



MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA MARKANIN KORUNMASI

Doktora Tezi

Ayşe Kübra ALTIPARMAK

Eskişehir 2023

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA MARKANIN KORUNMASI

Ayşe Kübra ALTIPARMAK

DOKTORA TEZİ

Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. Mesut AYGÜN

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Ocak 2023

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Ayşe Kübra ALTIPARMAK'ın “Milletlerarası Özel Hukukta Markanın Korunması” başlıklı tezi .../.../20.. tarihinde aşağıdaki jüri tarafından değerlendirilerek “Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği”nin ilgili maddeleri uyarınca, ... Anabilim/Anasanat dalında Yüksek Lisans/Doktora/Sanatta Yeterlik tezi olarak kabul edilmiştir.

	<u>Unvanı Adı Soyadı</u>	<u>İmza</u>
Üye (Tez Danışmanı) :		
Üye :		
Üye :		
Üye :		
Üye :		

.....

Enstitü Müdürü

ÖZET

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA MARKANIN KORUNMASI

Ayşe Kübra ALTIPARMAK

Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ocak 2023

Danışman: Doç. Dr. Mesut AYGÜN

Bu tez çalışması, birden fazla ülke hukukuyla bağlantılı, diğer deyişle yabancı unsurlu marka ihlallerinde, milletlerarası yetki ile uygulanacak hukukun tespitini ve genel olarak milletlerarası özel hukukun bu alanda nasıl şekillendiğini ele almaktadır. İlgili konularda sorulacak bütün soruların cevabı, fikrî mülkiyet hukukunu şekillendiren ülkesellik ilkesinin yorumuna bağlı olduğundan, çalışma ilgili ilke ekseninde yürütülmüştür.

Çalışmanın ilk bölümünde bir fikrî mülkiyet türü olarak marka hakkı, markanın korunma gerekçeleri ve yöntemi açıklanarak, marka hukukunu düzenleyen uluslararası sözleşmeler incelenmiştir. 2017’de yürürlüğe giren Sınai Mülkiyet Kanunu’nun (SMK) marka hakkına ilişkin getirdiği yenilikler ve genel olarak SMK’da marka tecavüzü teşkil eden durumlar ve hak sahibinin bunlara karşı başvurabileceği savunma imkanları da yine bu bölümde açıklanmıştır.

İkinci bölümde çalışmanın ana temasını belirleyen, “Ülkesellik milletlerarası marka korumasını nasıl şekillendirir?” sorusu cevaplanmıştır. Bu bölümde ülkesellik ilkesinin milletlerarası yetki ve uygulanacak hukuku nasıl şekillendirdiği analiz edilmiştir. Bunun yanında günümüz küresel ticaret düzeninde ülkeselliğin çözümsüz bıraktığı sorunlar tespit edilerek, gelecekte bu alanın nasıl şekilleneceği de ortaya konulmuştur. Bu bağlamda internet üzerinden işlenen marka ihlalleri ayrı bir başlık olarak ele alınmıştır.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde Türk hukukunda markanın korunmasına ilişkin milletlerarası özel hukuk kuralları ve yaklaşımları incelenmiştir. Ülkeselliğe ilişkin ikinci bölümde yapılan tüm tespitler ve ulaşılan sonuçlar, üçüncü bölümde Türk hukukuna ilişkin önerileri de şekillendirmiştir.

Anahtar Sözcükler: Ülkesellik, marka, fikrî mülkiyet, internet, milletlerarası özel hukuk.

ABSTRACT

PROTECTION OF TRADEMARKS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Ayşe Kübra ALTIPARMAK

Department of Private International Law

Anadolu University, Institute of Social Sciences, January 2023

Supervisor: Assoc. Prof. Mesut AYGÜN

This thesis seeks to answer, how questions of private international law should be addressed in trademark infringements which can be linked to several legal systems. In other words, “*international trademark infringements*”. The answer to this question depends on the interpretation of the principle of territoriality that shapes intellectual property law.

In the first chapter of the study, the trademark as a type of intellectual property right, the grounds and method of its protection are explained and the international conventions regulating trademark law are examined. The new system of 2017 Code of Industrial Property Rights and what constitutes a trademark infringement and the possible defend mechanisms offered for right holders under the so called Code are also explained in this chapter.

In the second chapter, the main question determining the theme of the study is answered: “*How does territoriality shape international trademark protection?*” This chapter analyzes how the principle of territoriality shapes international jurisdiction and applicable law. In addition, the problems left unsolved by territoriality in today's global trade system are also revealed, and how this field will be shaped in the future is also reflected upon. In this context, trademark violations committed on the Internet are examined seperately.

In the third and the final chapter of the study, private international law rules and approaches regarding the protection of trademarks in Turkish law are analyzed. All the findings and conclusions in the second part regarding territoriality have also shaped the recommendations for Turkish law in this chapter.

Keywords: Territoriality, trademark, intellectual property, internet, private international law.

ÖNSÖZ

Bu çalışma Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanarak 2 Şubat 2023 tarihinde savunulmuş ve saygıdeğer jürinin oybirliğiyle başarılı bulunmuştur. Başta tez danışmanım Doç. Dr. Mesut Aygün olmak üzere jüride bulunan Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu, Prof. Dr. Füsün Nomer Ertan, Doç. Dr. Pelin Karaaslan ve Doç. Dr. Aslı Bayata Canyaş'a çalışmaya sundukları katkılar, yapıcı öneriler ve destekleyici yaklaşımları için yürekten teşekkürlerimi sunuyorum.

Çalışmanın karşılaştırmalı hukuk kısımlarıyla ilgili *London Institute of Advanced Legal Studies* ve *Columbia Law School*'a oldukça verimli iki akademik ziyaret gerçekleştirilmiştir. Her iki kuruma da sağladıkları imkânlar ve özellikle sundukları huzurlu çalışma ortamı için müteşekkirim. *Columbia Law School*'da derslerini takip ettiğim ve tezin Amerikan hukukuyla ilgili tartışmalarında önemli açılımlara ulaşmamı sağlayan akademik sponsorum Prof. Jane C. Ginsburg'a ve Prof. Rob Smit'e destekleri için şükranlarımı sunuyorum.

Son olarak tezin okumalarını titizlikle yapan çalışma arkadaşlarım Mehmet Arif Tuğ, Doğukan Küçük ve sevgili Gökalp Elmas'a ve desteklerini her zaman hissettiğim kürsü arkadaşlarım Cansu Kaya Ülken ve Banu Uslu Yiğit'e teşekkür ediyorum.

Çalışmanın tüm hukukçulara ve Türk akademisine faydalı olması dileğiyle.

Eskişehir- Şubat 2023

....../....../20....

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan “bilimsel intihal tespit programı”yla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

Ayşe Kübra ALTIPARMAK

İÇİNDEKİLER

BAŞLIK SAYFASI	i
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	ii
ÖZET	iii
ÖNSÖZ	v
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR DİZİNİ	xiii

BİRİNCİ BÖLÜM

FİKRÎ MÜLKİYETİN BİR TÜRÜ OLARAK MARKA HAKKI VE MARKA HAKKININ KORUNMASI

GİRİŞ	1
1. FİKRÎ MÜLKİYET HAKLARI.....	3
1.1. Fikrî Mülkiyet Kavramı	3
1.2. Fikrî Mülkiyet Hakkının Niteliği.....	4
1.3. Fikrî Mülkiyet Haklarının Özellikleri.....	5
1.4. Fikrî Hak- Sinaî Hak Ayrımı	8
2. MARKA HAKKI VE HAKKIN KORUNMASI.....	10
2.1. Markanın Doğuşu ve Marka Korumasının Tarihî Temelleri.....	10
2.2. Marka Hakkının Tanımı, İşlevleri ve Koruma Gerekçeleri	13
2.2.1. Markanın işlevleri	14
2.2.2. Markanın korunma gerekçeleri	16
2.3. Marka Hukukunun Uluslararası Kaynakları	18
2.3.1. Marka hakkının esasını ve korunmasını konu alan uluslararası sözleşmeler.....	18

2.3.1.1. Paris Sözleşmesi	18
2.3.1.2. TRIPS.....	19
2.3.1.3. TRIPS’le kurulan küresel fikrî mülkiyet sistemine yönelik eleştiriler ve gelişmekte olan ülkeler için daha adil sistem talepleri	24
2.3.1.3.1. Gelişmekte olan ülkeler için TRIPS uygulaması.....	25
2.3.1.3.2. TRIPS uygulamasında süreç	27
2.3.1.3.3. Gelişmekte olan ülkeler için çözüm önerileri	29
2.3.2. Uluslararası tescil sisteminin kurulmasına yönelik sözleşmeler: Madrid Anlaşması ve Madrid Protokolü	31
2.3.3. Markaların sınıflandırılması ve tescil prosedürüne ilişkin anlaşmalar .	34
2.3.3.1. Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis (Nice) Anlaşması	34
2.3.3.2. Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması.....	35
2.3.3.3 Marka Kanunu Anlaşması.....	36
2.3.4. Fikrî mülkiyet hukuku alanında faaliyet gösteren uluslararası örgütlerin kurucu sözleşmeleri	36
2.3.4.1. Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü (WIPO) Kurucu Sözleşmesi.....	36
2.3.4.2. Dünya Ticaret Örgütü (WTO) Kurucu Sözleşmesi	37
3. TÜRK HUKUKUNDA MARKA HAKKININ KORUNMASI	39
3.1. Türk Hukukunda Marka Hakkına İlişkin Düzenlemelerin Gelişimi.....	39
3.2. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve Marka Hukukuna Getirdiği Yenilikler.....	40
3. 3. Genel Olarak Türk Hukukunda Markaya Sağlanan Koruma	43
3.3.1. Sınai Mülkiyet Kanunu’nda marka koruması.....	44
3.3.2. Tescilli marka haklarında haksız rekabet koruması	46
3.4. Sınai Mülkiyet Kanunu’nun markanın korunmasına ilişkin düzenlemeleri	49
3.4.1. Marka hakkına tecavüzün koşulları	49
3.4.2. Marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller	51
3.4.3. Tecavüze karşı açılabilecek davalar ve ileri sürülebilecek talepler	52
3.4.4. Davalının başvurabileceği savunma imkanları.....	60

3.4.5. Marka hakkına tecavüz nedeniyle açılan davalarda uygulanacak usûl hükümleri	61
3.4.5.1. Davanın tarafları.....	62
3.4.5.2. Görevli ve yetkili mahkeme	63
3.4.5.3. Zamanaşımı	63
3.5. Marka Hakkının Korunma Sınırı: Tükenme İlkesi.....	64
3.5.1. Genel olarak fikrî mülkiyet haklarında tükenme ilkesi.....	64
3.5.2. Marka hakkının tükenmesi	66
3.5.2.1. Tükenmenin türleri.....	67
3.5.2.2. Türk hukukunda marka hakkının tükenmesi.....	68

İKİNCİ BÖLÜM

ÜLKESELLİK İLKESİNİN

ULUSLARARASI MARKA KORUMASINA ETKİLERİ

1. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA VE FİKRÎ MÜLKİYET HUKUKUNDA ÜLKESELLİK.....	71
1.1. Milletlerarası Özel Hukukta Ülkesellik Kavramı	71
1.2. Uluslararası Fikrî Mülkiyet Korumasında Ülkesellik: İlkenin Gelişimi ve Milletlerarası Anlaşmalarda Ülkeselliği Destekleyen Esaslar	77
1.3. Ülkesellik ve Milletlerarası Özel Hukukta Fikrî Mülkiyet Haklarına Etkisi.....	81
2. ULUSLARARASI MARKA KORUMASINDA ÜLKESELLİK	86
2.1. Maddi Hukuk Boyutuyla Ülkesellik.....	87
2.2. Milletlerarası Özel Hukuk Boyutuyla Ülkesellik: Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk	90
2.2.1. Ülkesellik uluslararası marka korumasında ulusal mahkemelerin yetkisini nasıl etkiler?.....	90
2.2.1.1. Common Law yaklaşımı.....	93
2.2.1.2. Kıta Avrupası yaklaşımı (Avrupa Birliği yetki kuralları)	99
2.2.2. Ülkesellik markanın korunmasına uygulanacak hukuku nasıl etkiler?	102
2.2.2.1. Ülkeselliğe dayanan bir bağlama kuralı: Lex loci protectionis (koruma yeri hukuku)	103

2.2.2.2. Yurtdışında gerçekleşen hak ihlallerinde ulusal marka yasalarının uygulanması (ülkesellik karşısında sınır-aşan yaklaşım): <i>extra-territoriality</i>	109
2.2.2.2.1. ABD mahkemelerinin Lanham Act uygulaması.....	110
2.2.3. Uluslararası kuruluşların milletlerarası fikrî mülkiyet korumasına ilişkin önerileri.....	116
2.2.3.1. ALI İlkeleri.....	116
2.2.3.2. CLIP İlkeleri	119
2.2.3.3. Kyoto İlkeleri	121
3. İNTERNET YOLUYLA GERÇEKLEŞEN ULUSLARARASI MARKA İHLALLERİNİN ÜLKESELLİK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ....	123
3.1. İnternetin Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Önem Taşıyan Karakteristik Özellikleri	123
3.2. Uygulanacak Hukuk.....	129
3.2.1. Aracı hizmet sağlayıcıların marka ihlallerinden sorumluluğu ve uygulanacak hukukun tespiti	133
3.2.1.1. Türk hukuku	136
3.2.1.2. Karşılaştırmalı hukuk	139
3.3. Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi.....	141
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
TÜRK HUKUKUNDA MİLLETLERARASI MARKA İHLALLERİNE	
UYGULANACAK HUKUK, MAHKEMELERİN YETKİSİ VE DİĞER USULİ	
MESELELER	
1. MARKA UYUŞMAZLIĞININ MİLLETLERARASI NİTELİĞİNİN TESPİTİ.....	144
1.1. Genel Olarak Yabancılık Unsurunun Tespiti ve Tespitin Yargılama Hukuku Bakımından Sonuçları	144
1.2. Yabancılık Unsuru ve Marka Uyuşmazlığına Milletlerarası Nitelik Kazandırması.....	147
2. VASIFLANDIRMA	150
2.1. Genel Olarak Vasıflandırma.....	150

2.2. Marka İhlali, Haksız Rekabet İlişkisinin Vasıflandırmaya Etkisi	152
3. MARKA UYUŞMAZLIKLARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ	155
3.1. Genel Olarak Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi.....	155
3.2. SMK m. 156 Uyarınca Marka Uyuşmazlıklarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Münhasır Yetki Teşkil Eden Durumlar.....	158
3.3. Marka Hakkının İhlalinde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Tanıma/Tenfiz Bakımından Etkileri	166
3.4. Değerlendirme	172
4. MARKANIN KORUNMASINA UYGULANACAK HUKUK.....	173
4.1. Türk Hukukunda Fikrî Mülkiyete İlişkin Bağlama Kurallarının Şekillenmesi.....	173
4.2. Markanın Korunmasına Uygulanacak Hukuk	176
4.2.1. 5718 sayılı MÖHUK'ta fikrî mülkiyet haklarına uygulanacak hukuk	176
4.2.2. Marka hakkının ihlaline uygulanacak hukuk	177
4.3. Değerlendirme	182
4.4. Milletlerarası Marka Uyuşmazlıklarında Doğrudan SMK'nın Uygulanması Problemi.....	185
5. YABANCI UNSURLU MARKA UYUŞMAZLIKLARINDA ÖNEM TEŞKİL EDEN DİĞER USULÎ MESELELER	188
5.1. Marka Hakkı Sahiplerinin Teminat Yükümlülüğü ve Teminattan Muafiyet Sorunu	188
5.1.1. Genel olarak yabancıların teminat yükümlülüğü (MÖHUK m. 48)	189
5.1.2. Yabancıların teminattan muafiyeti.....	192
5.1.3. TRIPS ve Paris Sözleşmesi'nde öngörülen millî muamele ilkesinin, teminattan muafiyete gerekçe olup olamayacağı sorunu.....	195
5.1.4. Teminatın şekli ve miktarı.....	198
5.2. Marka Hakkının İhlaline İlişkin Davada Bekletici Mesele Sorunu	199
5.3. Yabancı Unsurlu Marka Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk.....	202
5.3.1. Genel olarak arabuluculuk	202
5.3.2. Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk.....	204

5.3.3. Marka uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk	205
SONUÇ	208
KAYNAKÇA.....	217



KISALTMALAR DİZİNİ

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
ALI	: The American Law Institute (Amerikan Hukuk Enstitüsü)
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BIRPI	: United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property (Fikrî Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Birleşik Ofis)
Bkz	: Bakınız
ccTLD	: Country-code-top level-domain (ülke kodu üst seviye alan adı)
CLIP	: European Max-Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (Fikrî Mülkiyete İlişkin Kanunlar İhtilafı Hakkında Avrupa Max Planck Grubu)
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
ETBİS	: Elektronik Ticaret Bilgi Sistemi
FSHHM	: Fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemesi
GSYİH	: Gayri safi yurtiçi hasıla
gTLD	: Generic-top-level domain (jenerik üst seviye alan adları)
HMK	: 6100 Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
ICANN	: Internet Corporation of Assigned Names and Number (İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu)
ILA	: International Law Association (Uluslararası Hukuk Birliği)
IP	: Internet protocol adress (internet protokol adresi)
IPRG	: Gesetz für Internationales Privatrecht (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu)
İES	: İnternet erişim sağlayıcı
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İSS	: İnternet servis sağlayıcı

JIPITEC	: Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law
LLI	: Legal Information Institute (Cornell Üniversitesi Hukukî Bilgi Enstitüsü)
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development (İktisadi Kalkınma ve İş Birliği Örgütü)
Örn.	: Örneğin
SMK	: Sınai Mülkiyet Kanunu
SMKY	: Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik
TLD	: Top level domain (üst seviye alan adı)
TLT	: Trademark Law Treaty (Marka Kanunu Anlaşması)
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TRIPS	: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Anlaşması)
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TÜRKPATENT	: Türk Patent ve Marka Kurumu
TV	: Televizyon
UCLA	: University of California, Los Angeles
UNAIDS	: Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (Birleşmiş Milletler HIV/AIDS Programı)
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development (Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı)
USPTO	: United States Patent and Trademarks Office (Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi)
WIPO	: World Intellectual Property Organization (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)
WTO	: World Trade Organization (Dünya Ticaret Örgütü)
WWW	: World wide web (dünya çapında ağ)
vd.	: ve diğerleri, ve devamı
YİDK	: Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
yy.	: Yüzyıl

GİRİŞ

Bugünkü anlamıyla ilk kez 19. yüzyılda hukuki düzenlemelere konu olan marka hakkı, ürünleri ve hizmetleri muadillerinden ayırt etmeye yarayan bir kimlik işlevi görmüştür. Ancak bir fikrî mülkiyet türü olan marka hakkının soyut yapısı, bu hakların hukuken düzenlenmesini, somut eşyalar üzerinde doğan mülkiyet hakkından farklılaştırmıştır. Fikrî mülkiyetin tarihî süreç içinde devletlerin egemenlik yetkisiyle ilişkilendirilmesi, “ülkesellik” kavramını ortaya çıkarmıştır. Ülkesellik, fikrî mülkiyet haklarının her ülkede farklı düzenlenmesine sebep olmuş ve bir ülkede kazanılan haklarla ilgili taleplerde, yabancı devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin ve yabancı hukukların uygulanmasının sınırlanmasına sebep olmuştur.

Ülkesellik ilkesi gereği her devlet, marka haklarının neler olduğunu, varlığından sona ermesine kadar hangi düzenlemelere tabi olacağını ve nasıl korunacağını kendisi belirler. Ancak gelişen teknolojik imkânlar ve artan uluslararası ticaret sayesinde marka hakları, her geçen gün artan sayıda milletlerarası nitelikli uyuşmazlığın konusu olmakta ve markaların tescil ülkesi dışında da korunmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu durumda uyuşmazlıkla ilgili hukuklar içinden hangisinin ihlale uygulanacağı ve mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tespiti gerekir.

Çalışmada; genel anlamda milletlerarası nitelikli marka hakkı ihlallerinde uygulanacak hukuk ve mahkemelerin yetkisinin nasıl tespit edilmesi gerektiği sorusuna cevap aranacaktır. Ülkesellik ilkesi etkisiyle, marka hukukunun maddi boyutu anlaşılmadan milletlerarası özel hukuk boyutunun anlaşılması oldukça zordur. Bu nedenle çalışmanın ilk bölümünde marka hakkının fikrî mülkiyet hakları içindeki yeri, işlevleri ve neden korunması gerektiği soruları cevaplanacaktır. Bunun yanında konunun Türk hukukunda ve Türkiye’nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde nasıl düzenlendiği de incelenecektir. Bu noktada fikrî mülkiyet korumasının ekonomi-politiği de genel olarak ortaya konulacak ve özellikle TRIPS sözleşmesinin gelişmekte olan ülkeler bakımından sonuçları tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu konunun fikrî mülkiyet korumasına tek taraflı olarak, hak sahibi perspektifinden bakılması yanlıgısını ortadan kaldırmak adına önemli olduğunu düşünüyoruz. Birinci bölümde 2017’de yürürlüğe giren Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) ile marka hukukunda meydana gelen değişiklikler de genel çerçevede verilerek, SMK uyarınca marka ihlalini oluşturan haller ve buna karşılık hak sahibine sunulan imkanlar açıklanacaktır.

Çalışmanın devamında milletlerarası özel hukukla ilgili tüm sorularımızın cevabını etkileyecek olan “ülkesellik” prensibi incelenecektir. Çalışma sırasında konunun kategorize edilerek anlaşılır hale getirilmesinin özel bir zorluk teşkil ettiğini ifade etmeliyiz. Zira fikrî mülkiyet hukukunda ülkesellik, farklı yönlerden ve bütüncül olarak değil; daha ziyade belli konular özelinde incelenmiştir. Bu bölümde cevaplanmaya çalışılacak temel soru, bütüncül bir yaklaşımla, fikrî mülkiyet haklarının ülkeselliğinin, farklı hukuk sistemlerinde nasıl yorumlandığı ve nasıl yorumlanması gerektiğidir. Bu konuda verilecek cevapların marka korumasına etkileri, somut örneklerle açıklanmaya çalışılacaktır. Ülkesellikle ilgili mevcut sistemler açıklanırken, Amerikan mahkemelerinin federal marka yasası *Lanham Act*’i yurtdışında gerçekleşen ihlallere tatbiki, ülkesellik karşısında “sınır-aşan yaklaşım” olarak özel bir incelemeyi gerektirmektedir. Genel olarak Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin ülkesellik yorumundaki farklılığın, bu sistemlerde marka korumasına uygulanacak hukuku ve mahkemelerin milletlerarası yetkisini nasıl etkilediği de cevaplanmaya çalışılacaktır. Konuyla ilgili Amerikan Hukuk Enstitüsü (ALI), Uluslararası Hukuk Birliği (ILA) ve Fikrî Mülkiyete İlişkin Kanunlar İhtilafı Hakkında Avrupa Max Planck Grubu’nun (CLIP) çalışmaları, gelecek perspektifimize kaynaklık edecektir. Bu kuruluşların çalışmaları, özellikle internet üzerinden gerçekleşen marka ihlallerindeki yerleşik ülkesellik yorumunu esnetmeleri bakımından önemlidir. Günümüzde önemli bir sorun olan online pazaryerleri aracılığıyla işlenen marka hakkı ihlallerinde aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğu da bu bölümde incelenecektir.

Geçmişten gelen sert ülkesellik yorumlarının giderek esnetilmesinin, Türk hukukunda da bir karşılık bulması gerektiğini düşünüyoruz. Çalışmanın Türk hukukuna ilişkin son bölümündeki açıklamaların arka planında, ülkesellik yaklaşımının nasıl yorumlanması gerektiği sorusu yer almaktadır. Mevcut düzenlemeler ve uygulama karşısında, uygulanacak hukuk ve mahkemelerin milletlerarası yetkisinde ülkeselliği nasıl yorumladığımızı sonuç bölümlerinde ortaya koyacağız. Bu bölümde Türk hukuku bakımından yapılacak açıklamalarda “milletlerarası marka koruması” ifadesinin neleri kapsadığının tespiti de konunun sınırlarının doğru belirlenebilmesi için önem teşkil etmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

FİKRÎ MÜLKİYETİN BİR TÜRÜ OLARAK MARKA HAKKI

VE MARKA HAKKININ KORUNMASI

1. FİKRÎ MÜLKİYET HAKLARI

1.1. Fikrî Mülkiyet Kavramı

Fikrî mülkiyet, insan düşüncesinin ürünü olan ve maddi olmayan varlıklar üzerinde tesis edilebilen bir hak türüdür¹. Hukuk sistemleri, kişilerin maddi olmayan varlıklar üzerindeki özgün fikirlerine dayanan haklarını uzun süredir, farklı şekillerde tanımaktadır. Ancak eşyadan bağımsız bir hak olarak fikrî mülkiyetin kabul edilmesi 18. yy. sonlarında gerçekleşmiştir. 19. yy. ortalarında da bugünkü anlamıyla *fikrî mülkiyet* kavramı kullanılmaya başlanmıştır².

Günümüzde fikrî mülkiyet hukuku, geniş bir alanda yer alan farklı hakları kapsamaktadır³. Bu haklar temel olarak iki gruba ayrılmaktadır: Telif ve bağlantılı haklar (*copyrights and related rights*) ile sınai mülkiyet hakları (*industrial property rights*). Telif hakları ilmî eserler, edebî eserler ve güzel sanat eserleri musikî eserleri ile sinema eserlerini düzenler. Bunlar yanında telif mevzuatıyla eserden doğan başka bağlantılı haklar, işaret, resim, ses, portre, günlük, hatıra ve mektup gibi diğer konularda da koruma sağlanabilir⁴. Sınai mülkiyet ise marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adları gibi hakları içeren bir üst kavramdır.

¹J. Hughes (1988). The philosophy of intellectual property. *Georgetown law journal*, 77(2), 287-366, s. 294. Zihnî ürünlerde fikrî mülkiyet hakkından söz edilebilmesi için “özgünlük” esastır. Bu özgünlük sonucu ortaya koyulan fikrî ürünün sonucu olan “şey” kimse tarafından bilinmiyor olabilir. Ancak hakkın tesisi için her zaman böyle bir mutlak özgünlük aranmamaktadır. Burada önemli olan hakkın elde edildiği sırada fikrin genel anlamda bilinmiyor olmasıdır.

² L. Bently and B. Sherman (2004). *Intellectual property law*. New York: Oxford University Press, s. 4.

³Bu çalışmanın yapıldığı ortamı ele alalım. Yazar, pek çok kitabın bulunduğu bir kütüphane masasında, bilgisayarı üzerinden bu satırları yazmaktadır. Eşya hukuku anlamında bilgisayarın maliki yazar, kitapların maliki ise *Anadolu Üniversitesi*'dir. Ancak bu ortamda bunlarla sınırlı tutulamayacak başka haklar da bulunmaktadır. Yazar her ne kadar bilgisayarın maliki olsa da bilgisayarın taşıdığı *Dell* markası, bilgisayarın içindeki yazılımlar ve tasarımı farklı hakların konusudur. Bu haklar her ne kadar bilgisayarda cisimleşmiş olsa da eşyadan bağımsız varlıklarını sürdürmektedirler. Yine kitapların maliki *Anadolu Üniversitesi* olmakla birlikte, kitapların kapaklarındaki resimler, kapak tasarımları ve içerikleri, kitaplardan bağımsız olarak, farklı hakların konusudur. Masada bulunan kahve termosunun tasarımı da bir başka hakkın konusudur. Sayılan tüm bu haklar, hukuk düzenince korunan fikrî mülkiyet haklarının konusudur.

⁴C. Suluk, R. Karasu ve T. Nal (2020). *Fikrî mülkiyet hukuku* (4. Bası). Ankara: Seçkin Yayıncılık, a.g.k.,1.

1.2. Fikrî Mülkiyet Hakkının Niteliği

Fikrî mülkiyet hakları, insan düşüncesinin ürünü gayri maddi mallar üzerinde kurulan, sahibine mutlak yetki veren ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Maddi varlıklar üzerinde kurulamaması nedeniyle eşya hukukundaki mülkiyet hakkından ayrılır⁵. Bu hak maddi bir varlık üzerinde cisimleşmiş olsa dahi hakkın konusu eşya değil, eşyada cisimleşmiş olan fikrî ürün ya da çabadır⁶.

Fikrî ve sınai hakların üst başlığı olarak kullanılan “fikrî mülkiyet”in (*intellectual property, geistiges eigentum*) doğru bir kullanım olup olmadığı ve bu hakların mülkiyet niteliği konusunda tartışmalar bulunmaktadır⁷. Bahsi geçen konu mülkiyet kavramının farklı hukuk sistemlerinde taşıdığı anlamdan, ekonomik teorilerin mülkiyet

⁵Özel hukuktan doğan haklarla ilgili pek çok sınıflama söz konusudur. Bu haklar, muhatabın kim olduğu, sağladıkları olanaklar, para ile ölçülebilirlik, kullanma yetkisi, başka bir hakka veya ilişkiye bağlılık, el değiştirebilirlik gibi pek çok kritere göre sınıflandırılmaktadır. (Hakların sınıflandırılmasıyla ilgili bkz.: M. Dural ve S. Sarı (2017). *Türk özel hukuku, Cilt I, temel kavramlar ve medenî kanunun başlangıç hükümleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 148 vd.; R. Serozan (2018). *Medeni hukuk* (8. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 235; K. Oğuzman ve N. Barlas (2018). *Medenî hukuk* (24. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 142 vd. Hakkın muhatabının kim olduğuna göre yapılan sınıflandırmaya bakıldığında, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklar ile sadece hukukî işlemin tarafları arasında ileri sürülebilen nispi haklar olmak üzere ikili bir ayırmayla karşılaşılır. Mutlak haklar, şahıs varlığı veya malvarlığı üzerinde ortaya çıkabilir. Malvarlığı üzerindeki mutlak haklar, para ile ölçülmesi mümkün olan ve başkasına devredilebilen haklardır. Bu haklar, maddi veya maddi olmayan varlıklar üzerinde kurulabilir. Mutlak haklardan olan mülkiyet hakkı, belirli bir malvarlığı üzerinde kurulabilir. Ancak maddi olmayan varlıklar (*intangible assets, Gegenstände unkörperlicher Art*) üzerinde de fikrî mülkiyet haklarının kurulabileceği kabul edilmiştir (A. M. Kılıçoğlu (2019). *Fikrî haklar* (5. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 1).

⁶Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, 1; (2004). 22; L. Bently, and B. Sherman (2004). *Intellectual property law*. New York: Oxford University Press, s. 1. Örneğin bu bilimsel çalışma yayımlandığı takdirde, fikrî hakkın konusu basılı kitap değil, kitapta yer alan fikirler olacaktır. Nitekim kitabı satın alan okuyucu, fikirlerin cisimleştiği kitabın maliki olmakla birlikte, eserdeki fikrî hakta hak iddia edemez. Bu nedenle kitabın maliki, kitabı çizebilir, yırtabilir, yakabilir ancak kitapta yer alan yazıları izinsiz çoğaltıp yayımlayamaz. Bu noktada yazarın kitap üzerindeki fikrî mülkiyet hakkı devreye girerek buna engel olur.

⁷Bu tartışmalarda mülkiyet kavramına *common law* ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yüklenen anlamların farklı olması ve fikrî mülkiyetin tarihî gelişimi de etkilidir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz.: D. S. Gangjee (2013). *Property in brands: the commodification of conversation: Concepts of property in intellectual property law* (Ed. H. Rowe ve J. Griffiths), Londra: Cambridge University Press, s. 57 vd.; T. Dreier (2013). *How much ‘property’ is there in intellectual property? The german civil law perspective: Concepts of property in intellectual property law* (Ed. H. Rowe ve J. Griffiths), Londra: Cambridge University Press, s. 116-117 vd.; R. P. Merges (2018). *What kind of rights are intellectual property rights?: The oxford handbook of intellectual property law*. (Ed. R.C. Dreyfuss and J. Pila), New York: Oxford University Press, s. 58; D. Scott, A. Oliver, and M. Ley-Pineda (2008). *Trade marks as property: a philosophical perspective: Trade marks and brands, an interdisciplinary critique* (Ed.: L. Bentley, J. Davis and J. C. Ginsburg) (s. 267-283), New York: Cambridge University Press.

Türk hukukunda gayrimaddi varlıklar üzerinde inhisari hak tesisine meşruiyet kazandırılması gerektiğine ilişkin bkz.: P. Karaaslan (2022). Kişisel verilerin inhisari hakkın konusu olabilirliği üzerine bir değerlendirme: *Muhtelif yönleriyle kişisel verilerin korunması hukuku*. (Ed.: K. Şenocak), Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 123 vd.

yaklaşımlarına kadar çok katmanlı bir tartışmanın konusudur. Ancak günümüzde fikrî mülkiyet kavramı ilgili haklar bakımından genel kabul gören kullanımdır⁸.

Özel hukuk anlamında bir nitelendirme yapılacak olursa; fikrî mülkiyet haklarının, tekелci egemenlik hakları⁹ ve maddî olmayan eşya üzerindeki mutlak haklar olduğu söylenmelidir. Buna göre fikrî mülkiyet hakları, herkese karşı ileri sürülebilir ve yalnızca kanunla düzenlenebilir. İhlâl durumunda hak sahibi, hakkını korumak için en geniş yetkilere sahiptir. Fikrî mülkiyet haklarının mülkiyet niteliği tartışmalı olsa dahi, sayılan özellikleri bakımından uygulamada ve yasa koyucular tarafından mülkiyet olarak tanınmaktadır¹⁰.

1.3. Fikrî Mülkiyet Haklarının Özellikleri

Fikrî mülkiyete konu haklar birbirinden farklı olmakla birlikte, kendine özgü ortak özellikleri, bu hakları “fikrî mülkiyet” şemsiyesi altında toplamaktadır. Fikrî mülkiyet haklarının bu özellikleri, hukukun diğer alanlarından farklı ve kendine özgü (*sui generis*) niteliktedir¹¹.

Fikrî mülkiyet haklarının ortak özellikleri şu şekilde sıralanabilir:

- *Fikrî mülkiyet hakları soyuttur.*

Patent, tasarım gibi hakların konusu olan “fikrî ürün”; marka, coğrafi işaret, ticaret ünvanı gibi hakların konusu olan “ayırt edici ad veya işaretler” soyuttur¹². Fazıl Say’ın *İstanbul Senfonisi*’ndeki melodinin, *Aspirin*’in üretiminde kullanılan formülün, *Hotiç*

⁸Kılıçoğlu, burada kullanılan *mülkiyet* kavramının eşya hukukundaki anlamıyla değil; kelime anlamıyla yani “aidiyet” ve “sahiplik” bildirmek üzere kullanıldığını ifade etmiştir (Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, 2).

⁹Serozan yaptığı sınıflandırmada, sağladıkları olanakları göz önünde bulundurarak, fikrî mülkiyet haklarını, egemenlik haklarından kabul etmiştir. Egemenlik hakları, tekелci sahiplik haklarıdır (hâkimiyet hakları/*Herrschaftsrechte*). Bu haklar, hak konusu üzerinde dolaysız ve aracısız bir egemenlik sağlar ve hakkın hak sahibi tarafından herkese karşı korunabilmesini mümkün kılar. Kısaca egemenlik haklarında “dolaysız bir yetki” ve bunun doğurduğu “mutlak etki” söz konusudur. Örneğin, SMK’nın marka hakkının korunmasıyla ilgili hükümlerinde, marka hakkının sağladığı mutlak etki açıkça görülebilir. Marka hakkı sahibi, tecavüz halinde kanunda sayılan olanakları herkese karşı kullanabilmektedir. Egemenlik hakları herkese yönelik etki doğurduğu için tip sınırlılığı ilkesine bağlıdır. Bu nedenle, kanunda öngörülenler dışında, atipik egemenlik hakları yoktur. Egemenlik haklarının yaygın etkileri nedeniyle “kamuya açık” ve “belirli” olmaları gerekir. Bu kamuya açıklık ve belirlilik fikrî mülkiyet haklarında tescil ile sağlanır. Nitekim markaların korunmasında da prensip olarak tescil esası benimsenmiştir (Serozan, 2018, **a.g.k.**, s. 212).

¹⁰Merges, 2018, **a.g.k.**, 58. Fikrî mülkiyet haklarının devletlerin egemenlik yetkisiyle ve serbest ticaretle olan yakın ilgisinin, bunların mülkiyet olarak tanımlanmasını zorlaştırdığı yönünde bkz.: M. A. Lemley (2015). Faith based intellectual property. *UCLA law review*, s. 1328-1338. Lemley’in görüşünün detaylı eleştirisi için bkz.: Merges, 2018, **a.g.k.**, 72 vd.

¹¹Suluk, Karasu ve Nal, 2020, **a.g.k.**, 1.

¹²R. Ayhan, H. Çağlar ve M. Özdamar (2019). *Ticarî işletme hukuku* (12. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 274; Ü. Tekinalp (2012). *Fikrî mülkiyet hukuku* (5. Bası). İstanbul: Beta Yayınevi, s. 11, 20.

adının somut varlıkları yoktur. *İstanbul Senfonisi*'nin kaydedildiği CD, *Aspirin* formülüyle üretilen tabletler, *Hotiç* markasının kullanıldığı ayakkabı, somut varlıklardır. Ancak fikrî mülkiyet hakkının konusu CD değil, senfonideki notaların dizilişi, *Aspirin*'in kendisi değil formülü, ayakkabının kendisi değil “*Hotiç*” kelimesidir.

- Fikrî mülkiyet hakları gayrimaddi mallar üzerinde kurulabilir ve somutlaştığı eşyadan farklı bir varlığa sahiptir.

Fikrî mülkiyet hakları yalnızca gayri maddi mallar (*intangible goods, Gegenstaende unkörperlicher Art*) üzerinde kurulabilir¹³. Ancak önceki örneklere bakıldığında, senfoninin bestesi, CD’de; ilaç formülü, ilaç tabletinde; marka, ayakkabıda cisimleşmiştir. Daha açık bir ifadeyle; konusu gayri maddi olan hak, somut bir eşyada cisimleşmiştir. Ancak fikrî hak, üzerinde cisimleştiği maddi maldan ayrı varlık göstermektedir. Diğer bir deyişle burada bir parçalama söz konusudur. Bu sayede ayakkabı, ilaç ve CD eşya hukukunun konusu olurken; beste, ilaç formülü ve marka fikrî hakkın konusu olmaktadır. Bu nedenle de farklı hukukî rejimlere tâbidirler.

*- Fikrî mülkiyet hakları, özel hukuka ilişkin olmakla birlikte kamu hukukunu da ilgilendirir*¹⁴.

Klasik sınıflandırmaya göre hukuk, kamu hukuku ve özel hukuk olarak iki kola ayrılmaktadır. Bu çerçevede haklar da bu hukuk dallarına göre bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Fikrî mülkiyet hukuku, marka, patent gibi hakların genel anlamda tescille doğması veya kazanılması nedeniyle kamu hukukuyla ilişkili bir alandır¹⁵. Ancak hakkın mutlak niteliği, herkese karşı ileri sürülebilmesi ve hak sahibine tanıdığı yetkiler dikkate alındığında; bu hakkın özel hukuktan doğan niteliği ağır basmaktadır. Hakkın devlet tarafından verilmesi, bu hakkın niteliğini değiştirmez.

*- Fikrî mülkiyet hakları sahibine maddî ve manevî menfaat sağlar*¹⁶.

¹³Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 274; Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, 1; Oğuzman ve Barlas, 2018, **a.g.k.**, 159; Dural ve Sarı, 2017, **a.g.k.**, 150.

¹⁴Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, 1; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 275.

¹⁵Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 275. Fikrî mülkiyet haklarının tarihî süreçte ortaya çıkışı, hükümdarların tek taraflı olarak eser veya buluş sahiplerine tanıdıkları özel yetkilerle başlamıştır. Bu durum, fikrî mülkiyet haklarının devletlerin egemenlik yetkisiyle ilişkilendirilmesine sebep olmuş ve hakların tescili usulünün kaynağını oluşturmuştur. Fikrî mülkiyetin egemen gücün bahşettiği bir hak olarak ortaya çıkmasıyla ilgili bkz.: Dreier, 2013, **a.g.k.**, 118.

¹⁶B. Erdem (2002). *Patent hakkının korunmasına ve patent hakkına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk*. (2. Bası), İstanbul: Beta Yayınevi, s. 17.

Hotiç'in marka hakkı sahibi, marka lisansı sözleşmesiyle markanın kullanım haklarını vererek, Fazıl Say, bestesinin çoğaltılması ve radyo ile yayın hakları için kayıt şirketiyle yaptığı anlaşma sayesinde fikrî mülkiyet haklarından maddi menfaatler elde ederler. Bunun yanında özellikle fikir ve sanat eserlerinde, eser sahibi ile fikrî ürün arasındaki sıkı bağ nedeniyle birtakım manevi yetkiler de söz konusu olmaktadır¹⁷.

*- Fikrî mülkiyet hakları, mutlak hak niteliğindedir ve sahibine inhisarî yetkiler verir*¹⁸.

Fikrî mülkiyet hakları gayri maddi mallar üzerinde sahibine sınırsız ve mutlak hakimiyet tanıyan haklardır. Hakkın mutlak olmasının bir gereği olarak hak sahibi, hakkını herkese karşı ileri sürebilir. İnhisarî olması nedeniyle hakkın müspet ve menfi olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Müspet yönünün gereği olarak hak sahibi, hakkıyla ilgili her türlü tasarrufta bulunma ve kullanma yetkisine sahiptir¹⁹. Bu sayede hak sahibi, hakkından ekonomik yarar elde edebilir. Hakkın menfi yönü ise üçüncü kişilerin tecavüzlerine karşı hak sahibine hakkını koruma imkânı verir²⁰. Kısaca hak sahibi fikrî mülkiyet hakkını herkese karşı ileri sürebilir ve bu hakka yönelen her türlü saldırıya karşı korumak için gerekli önlemleri almaya yetkilidir²¹.

*- Fikrî mülkiyet hakları ülkeseldir*²².

Fikrî mülkiyet hakları genel olarak ülkesellik (mülkîlik) ilkesine tabidir. Ülkesellik ilkesi gereği bu haklar, tanındığı ülkede etki gösterir. Bu durum özellikle tescilin söz konusu olduğu sınai haklarda etkilidir. Ülkesellik ilkesi en genel tanımla, fikrî hakların doğumu, tabi olduğu hükümler, tecavüzlere karşı korunması ve sona ermesi gibi hususların, hakkın tanındığı yer tarafından belirlenmesidir²³.

*-Fikrî ürün kullanmakla tükenmez*²⁴.

¹⁷Fikir ve sanat eserleri, kişilik hakkının bir parçası olarak kabul edilmektedir. Bunda bu hakların eser sahibiyle sıkı ilişkisi rol oynar. Kişiye bağlı niteliği nedeniyle fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar, mirasla geçemez (Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 9).

¹⁸Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 8; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 275.

¹⁹Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 276.

²⁰Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 276.

²¹Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, “1.2. Fikrî Mülkiyet Hakkının Niteliği”

²²Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 276; Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 8.

²³Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 276; A. Paslı (2014). *Uluslararası antlaşmaların türk marka hukukunun esasına ilişkin etkileri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 177.

²⁴Suluk, Karasu ve Nal, 2020, **a.g.k.**, 2.

Bir patentin somutlaştığı hoparlör, ne kadar sayıda üretilip satılsa da patent hakkı tükenmez. Yalnızca fikrî ürünün somutlaştığı mal veya eşya üzerindeki hak tükenir. Bu durum fikrî mülkiyet hukukunda “tükenme ilkesi” olarak adlandırılır. Tükenme ilkesi gereği, hak sahibinin izniyle piyasaya sürülen bir ürünün tekrar satışına hak sahibi engel olamaz.

1.4. Fikrî Hak- Sınai Hak Ayrımı

Fikrî mülkiyet hukuku başlığında incelenen marka, patent, telif ve diğer fikrî hak türlerinin maddi olmayan varlıklar üzerinde kurulmak ve insan zihninin ürünü olmak gibi ortak özellikleri bulunmaktadır²⁵. Ancak bu haklar arasındaki farklılıklar dikkate alınarak, kendi içinde sınai haklar ve fikri haklar olmak üzere iki ayrı grupta incelenmiştir.

Bahsi geçen iki hak türü arasındaki temel farklılık, amaçları noktasında ortaya çıkmaktadır. Sınai haklarda amaç ürünün endüstride ve/veya ticarete kullanılmasıdır. Fikir ve sanat eserlerinde bir ticari amaç olsa bile; eserin yaratılmasında bu amaç ön planda değildir²⁶. Bir diğer önemli farklılık hak sahipliğinin doğumunda ortaya çıkar. Sınai haklarda hak sahipliği için kural olarak tescil şartı aranırken, fikrî haklarda hakkın doğumu için bu şart aranmaz²⁷. Fikir ve sanat eserlerinde “yaratma ilkesi” geçerlidir. Eser sahibi eseri meydana getirdiği anda, tescile gerek olmaksızın eserle ilgili haklara sahip olur. Bununla birlikte sınai haklarda hak sahipliğinin tescil aşamasında değil, başvuru anında doğduğuna dikkat edilmelidir.

Bir diğer önemli farklılık hakkın kullanılması noktasında ortaya çıkar²⁸. Bir örnek üzerinden açıklanacak olursa, Sınai Mülkiyet Kanunu²⁹ (SMK) m. 9/1’e göre markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından kullanılmaması durumunda, iptaline karar verilecektir. Eser sahipliğinin doğumunda ise

²⁵Vicente, D. M. (2017). *Intellectual property*: Encyclopedia of private international law. (Ed. J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari ve P. M. Asensio), Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 961.

²⁶Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, 95.

²⁷Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, 95. Ancak SMK sınai mülkiyet haklarının tescille doğabileceği ilkesine tasarımlar bakımından bir istisna getirmiştir. SMK m. 55/4’e göre ilk kez Türkiye’de kamuya sunulmuş olması halinde tescilsiz tasarımlar da SMK kapsamında tasarımlara ilişkin hükümlere göre korunabilecektir.

²⁸Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, 96. Hukukumuzda kullanma zorunluluğu her ne kadar markalar ve patentler bakımından kabul edilmiş olsa da tasarım, coğrafi işaret ve geleneksel ürün adlarıyla entegre devrelerde kullanma zorunluluğu aranmamıştır.

²⁹R.G. 10.01.2017, 29944.

yaratma ilkesi geçerli olduğundan, eser ciddi biçimde kullanılmasa dahi, eser sahibinin hakları devam edecektir.

Koruma süreleri bakımından da fikrî ve sınai haklar arasında farklılık bulunmaktadır. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu³⁰ (FSEK) m. 27 uyarınca fikrî haklar bakımından yetmiş yıl olarak kabul edilmiştir. Sınai haklar bakımından ise koruma süresi hakkın türüne göre değişiklik göstermektedir. Markalarda tescil tarihinden itibaren on yıl olan ve her on yıl sonunda yenilenebilen koruma süresi (SMK m. 23/1), patentlerde başvuru tarihinden itibaren yirmi yıldır (SMK m. 101/1)³¹.

Fikrî haklarla sınai haklar arasındaki önemli farklardan birisi de hakkın manevi boyutunda ortaya çıkar. Fikir ve sanat eserlerinde eser sahibinin eserden para kazanma, eseri çoğaltıp yayma gibi mali hakları (*material rights, droit patrimonial*) yanında; eserin kamuya sunulması, eserde değişiklik yapılması gibi manevi hakları da (*moral rights, droit moral*) bulunur³². Maddî haklar el değiştirip mirasçılara geçebilirken; manevi haklar, kişiliğe bağlı olduğundan el değiştiremez ve mirasçılara geçemez³³. Sınai haklarda ise bu iki boyutlu hak sahipliği daha zayıf olup, mali haklar ön plandadır³⁴.

Geçmişte kabul gören anlayış, fikrî ve edebî eserlerin “fikrî haklar” (diğer deyişle “telif hakları”); marka, patent, ticaret unvanı ile diğer ad ve işaretlerin “sınai haklar” başlıkları altında gruplanması yönündeydi³⁵. Ancak bu görüş günümüzde etkisini yitirmektedir³⁶. Zira sınai haklardan kabul edilen patent, faydalı model ve endüstriyel tasarımlarda da “fikrî ürün” ortaya çıkabilmektedir³⁷. Yine günümüzde bir müzik eserinin, bir bilgisayar programının taşıyabileceği ticarî değer düşünüldüğünde bunların da sınai hakka kayan özellikleri ortaya çıkmaktadır. Nitekim uluslararası literatürde de

³⁰R.G. 13.12.1951, 7981.

³¹Bununla birlikte coğrafi işaret ve geleneksel ürün adları bakımından bir koruma süresi kabul edilmemiştir. Bu haklar her zaman koruma bulurlar.

³²Serozan, 2018, **a.g.k.**, 214; Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 10.

³³Bu haklar mirasla geçmez ancak ölümle de son bulmaz. Eser sahibinin tayin ettiği kişi veya FSEK m. 19’da sayılan kişiler bu hakları kullanabilir (Suluk, Karasu ve Nal, 2020, **a.g.k.**, 120).

³⁴Patent ve endüstriyel tasarımlarda manevi hakların varlığı kabul edilmekle birlikte, fikir ve sanat eserlerindeki kadar belirgin değildir. Ayırt edici işaretler ve dolayısıyla marka bakımından manevi hakların varlığı kabul edilmemiştir (Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 15,18).

³⁵Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 1.

³⁶Bu ayrımın, yapay bir ayrım olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: A. Paslı (2020). *Marka hukukunda tescil kullanım ilişkisi*: Fikrî ve sınai haklar sempozyumu (Ed. Ayşe Kübra Altıparmak). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 109.

³⁷Buna karşı marka, coğrafi işaret, ticaret unvanları bakımından ayırt edici vasıf ağırlık kazanmakla birlikte, ortada bir fikrî ürün bulunmaz. (Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 1-3.)

intellectual property veya *intellectual property rights* (fıkrî mülkiyet-fıkrî mülkiyet hakları, IP-IP rights) terimlerinin her iki hak grubunu da kapsayacak şekilde, geniş anlamda kullanıldığı görülmektedir³⁸. İngiliz ve Amerikan doktrinindeki bu geniş kullanım tüm dünyada kabul görmektedir³⁹. Çalışmada da bu durum dikkate alınarak her iki grup hakkı kapsayan “fıkrî mülkiyet” ifadesi tercih edilmiştir.

Her ne kadar fıkrî hak-sınai hak ayrımı günümüzde ağırlığını kaybetse de Türk kanun koyucusu bu ayrımı devam ettirmiştir. Bunun sonucu olarak Türk hukukunda fıkrî mülkiyet hakları, 5846 sayılı FSEK ve 6769 sayılı SMK olmak üzere iki ayrı kanunda düzenlenmiştir.

2. MARKA HAKKI ve HAKKIN KORUNMASI

2.1. Markanın Doğuşu ve Marka Korumasının Tarihî Temelleri

Marka, bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırmaya yarayan her türlü işarete verilen addır. Bu tür ayırt edici işaretlerin ilk örneklerine, tarih öncesi çağlarda hayvanlar üstünde kullanılan ve sahiplik bildiren işaretlerde rastlanmaktadır⁴⁰. Bu nitelikteki işaretler günümüzde kırsal yerleşimlerdeki hayvan sürülerinde hâlâ görülebilir.

Arkeolojik kazılar Roma İmparatorluğu, Sümer, Mısır, Yunan ve Çin uygarlıklarında da ayırt edici işaretlerin yaygın olarak özellikle çanak, çömlek ve metal ürünlerde kullanıldığını göstermektedir⁴¹. Bu işaretler, sahiplik bildirmekten ziyade, ürüne ilişkin bilgi verme amacıyla kullanılmıştır. Bunlar, eşyayı yapan kişinin kimliği, eşyanın menşe ülkesi veya resmî izinler-onaylar gibi pek çok farklı bilgiyi göstermek için kullanılmıştır⁴². Bu işaretlerin aynı zamanda takip işlevi olduğundan, markaların bu ilk örnekleri, vergilendirme ve kalite tespitine ilişkin takiplerin yapılmasına da hizmet etmiştir⁴³.

³⁸Vicente, 2017, **a.g.k.**, 961; Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 1; Erdem, 2002, **a.g.k.**, 9.

³⁹Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 1. Nitekim fıkrî mülkiyet hukukunun temel uluslararası metinlerden Ticaretle Bağlantılı Fıkrî Mülkiyet Anlaşması (TRIPS), marka, patent ve tasarım yanında fikir ve sanat eserlerini de düzenlemektedir.

⁴⁰C. Seville (2018). *The emergence and development of intellectual property in western europe: The oxford handbook of intellectual property law*. (Ed. R.C. Dreyfuss and J. Pila), New York: Oxford Univeristy Press, s. 184.

⁴¹D. Gangjee (2018). *Trade marks and allied rights: The oxford handbook of intellectual property law* (Ed. R.C. Dreyfuss and J. Pila), New York: Oxford University Press, s. 518.

⁴²Gangjee, 2018, **a.g.k.**, 518; Seville, 2018, **a.g.k.**, 184.

⁴³Gangjee, 2018, **a.g.k.**, 518.

Görüldüğü üzere Antik Çağlarda kullanılan ve marka kavramının doğuşunun dayandırıldığı ilk işaretler iki farklı işleve sahip olmuştur;

-Sahiplik bildiren işaretler (Daha çok hayvan sürülerinde sahipleri ayırt etmek için kullanılmıştır),

- Eşyaya ilişkin bilgi veren işaretler (Yapan kişi, menşe ülke, dönemin hükümdarı vb. gösterirler).

Ancak bugünkü anlamıyla “marka”nın atası kabul edilebilecek işaretler, Orta Çağ’da loncaların kullandıkları lonca damgalarıdır (*guild brand*) ⁴⁴. Orta Çağ Avrupası’nda dokumacılık, demircilik gibi belli ticaret dallarındaki özellikle güçlü loncaların her biri, kendi damgasını oluşturmuştur ve yalnızca lonca üyelerine bu damgaları kullanma izni verilmiştir⁴⁵. Loncalar kendi bünyelerinde üretilen ürünlerin kalite standartlarını belirlemiş ve düzenli olarak bu standartlara uygunluğu denetlemişlerdir⁴⁶. Zanaatkârlar, lonca damgalarının yanında sıklıkla kendi işaretlerini de kullanmışlardır. Loncalar tarafından bu işaretlerin ve damgaların kayıtları tutulmuş ve hatta büyük ticaret şehirlerinde yabancı işletmelerin işaretleri de kayıt altına alınmıştır⁴⁷. Bu kayıtlar sayesinde loncalar içinde güven ve hesap verilebilirlik temin edilmeye çalışılmıştır. Hak ihlalleri ise genellikle loncalar içinde çözülmesine rağmen, dışarıdan kaynaklanan ihlaller de ağır cezalara çarptırılmıştır⁴⁸. Örneğin, 16. yy. Fransa’sında çıkarılan bir fermanla marka taklitçiliğinin, hapis veya kürek mahkûmiyeti ile cezalandırılacağı bildirilmiştir⁴⁹.

18 yy.’ın sonlarında üretim süreçlerindeki teknik ilerlemeler sayesinde el işçiliği azalmış, ürün çeşitliliği artmış ve loncaların etkisi giderek azalmaya başlamıştır. Bu süreçte piyasaların kontrolü giderek zorlaşmıştır⁵⁰. Sanayi Devrimi’nin sağladığı teknik ilerlemeler hızlandıkça, iş modelleri değişmiş ve piyasalarda hızlı genişlemeler başlamıştır. Markanın temel niteliği olan ürünlerin ticarî menşeyini belirtme, yani ayırt edicilik işlevini kazanması da 19. yy’ın ikinci yarısında, yani bu dönemde

⁴⁴Gangjee, 2018, **a.g.k.**, 518.

⁴⁵Seville, 2018, **a.g.k.**, 184.

⁴⁶Gangjee, 2018, **a.g.k.**, 519.

⁴⁷Seville, 2018, **a.g.k.**, 184.

⁴⁸Seville, 2018, **a.g.k.**, 184.

⁴⁹IX. Charles’ın 1564’teki fermanına dayanır (Seville, 2018, **a.g.k.**, 184.)

⁵⁰Seville, 2018, **a.g.k.**, 184.

gerçekleşmiştir⁵¹. İlerleyen dönemde ise ayırt edici işaret (marka), artık ürünün kaynağını gösterme yanında ürünün kalitesi için de bir gösterge olmaya başlamıştır⁵². Devam eden süreçte reklamların yaygınlaşmasıyla artık markalar kaynak bildirme, ayırt edicilik gibi temel işlevleri dışında farklı bir değer kazanmıştır⁵³. Markalar bu dönemde sembolize ettikleri imajla, kendinden kaynaklanan bir kıymete kavuşmuştur. Markanın bu dönüşümü ve marka imajının doğuşuyla, tüketiciler sosyal kimlik inşasında markaları kullanmaya başlamıştır. Bu dönüşüm tüketim tercihleri üzerinde de büyük bir etki yaratmıştır. Bu durumun sonucu olarak markalar işletmelerin en değerli varlıklarından birisi haline gelmiştir.

Marka koruması cihetinden bakıldığında ise modern marka hukukunun, eski dönem uygulamalarından oldukça farklı olduğu görülür. Kaynak belirtme ve bilgi verme amacıyla kullanılan ilk marka örneklerinde ihlallere karşı koruma, daha ziyade ceza hukuku ve haksız fiil gibi farklı hukuki rejimlerin konusu olmaktaydı⁵⁴. Marka ihlalleri bu dönemde dolandırıcılık ve sahtecilik suçları içinde değerlendiriliyordu⁵⁵. 19. yy'ın sonlarında bugünkü anlamıyla marka kavramı doğmuş ve tescil sayesinde mülkiyetin konusu olarak korunmaya başlanmıştır⁵⁶. Markaların mülkiyet kapsamında değerlendirilmesiyle üreticiler özellikle haksız rekabet konusunda koruma talep etmeye başlamışlardır. Markaların, gayri maddi malvarlığı kabul edilmesi sayesinde, bu konuda münhasır nitelikte hakların tanınması gerekli hale gelmiştir. Bunun sonucu olarak 1883 yılında, marka da dâhil olmak üzere, sınai mülkiyet hakları Paris Sözleşmesi'nde ilk kez uluslararası seviyede düzenlenmiş ve bu haklara ilişkin asgarî koruma standartları ve temel ilkeler ortaya konulmuştur.

⁵¹L. Bently (2008). *The making of modern trade mark law: the construction of the legal concept of trade mark (1860–1880)*: Trade marks and brands, an interdisciplinary critique (Ed.: L. Bently, J. Davis and J. C. Ginsburg). New York: Cambridge University Press, s. 3 vd.; D. M. Higgins, (2008). *The making of modern trade mark law: The uk, 1860–1914. A business history perspective*: Trade marks and brands, an interdisciplinary critique (Ed. L. Bentley, J. Davis, and J. C. Ginsburg). New York: Cambridge University Press, s. 43; Gangjee, 2018, **a.g.k.**, 518.

19. yy. İngiltere'sinde dış ticaret ve marka ilişkisiyle ilgili bkz.: Higgins, 2008, **a.g.k.**, 42 vd.

⁵²Seville, 2018, **a.g.k.**, 184.

⁵³Seville, 2018, **a.g.k.**, 185.

⁵⁴Gangjee, 2018, **a.g.k.**, 519.

⁵⁵Gangjee, 2018, **a.g.k.**, 519.

⁵⁶Gangjee, 2018, **a.g.k.**, 519.

2.2. Marka Hakkının Tanımı, İşlevleri ve Koruma Gerekçeleri

Marka, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan her türlü işarettir⁵⁷. Bu işaretler; kişi adı (*Christian Dior, Kâmil Koç* vb.), sözcük (*Koton, LC Waikiki* vb.), şekil (*Nike*'nin tik işareti, *Lacoste*'nin timsahı vb.), harfler (*MNG Kargo, HB, Migros*'un M'si vb.) ve sayılardan (*Boeing 727* vb.) oluşabileceği gibi, malların ve ambalajların biçimi (*Toblerone* markasının çikolatalarda kullandığı üçgen prizma şekli gibi), renkler⁵⁸, kokular⁵⁹ ve diğer işaretlerden oluşabilir⁶⁰.

Ticaret hayatında işletmeleri ve işletmelerin ürettiği malları ve hizmetleri ayırt etmeye yarayan çeşitli gayri maddi unsurlar bulunur. Bunlara, ticaret unvanı, işletme adı, marka, alan adı örnek gösterilebilir⁶¹. Sanayi devrimiyle birlikte seri üretimin yaygınlaşması ve malların üretildikleri ülke dışında da satışının artmasıyla birlikte, malları birbirinden ayırt etme işlevi, marka kavramını ön plana çıkarmıştır⁶². Daha önce de açıklandığı üzere, Sanayi Devrimi sonrası markaların önemi katlanarak artmış ve markalar, işletmelerin en değerli varlıklarından birisi haline gelmiştir. Bu nedenle geçmişte işletmenin bir parçası kabul edilen markalar, günümüzde işletmelerden ayrı olarak hukuki işlemlere konu olabilir⁶³.

⁵⁷R. Ayhan vd. (2021). *Sınai mülkiyet hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 26; S. Arkan (2019). *Ticari işletme hukuku* (25. Bası). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 295.

⁵⁸*Red Bull* markasının ihlaline ilişkin, İzmir Fikrî ve Sınai Haklar Mahkemesinin verdiği güncel karar bu konuda önemli bir örnektir. Bir enerji içeceği markasına (*Power Jaguar*) karşı açılan davada Mahkeme, ürün isminde benzerlik olmasa da ambalajda *Red Bull*'la özdeşleşen gümüş ve mavi renklerinin kullanılmasını marka hakkı ihlali olarak kabul etmiştir. Karar henüz kesinleşmemiş olsa da Türkiye'de renk markalarının korunmasına ilişkin önemli bir adımdır. Kararla ilgili bkz.: Z.S. Alhas, ve D.S. Kayalica (2021). IP court rules on red bull's colour marks in an infringement claim. *Gün partners*. <https://bit.ly/3cQqVdo> (Erişim tarihi: 25.11.2021).

⁵⁹TRIPS ve diğer uluslararası sözleşmelerde kokunun marka olarak tescil edilebileceğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle kokuların marka olarak tescili uzun zaman tartışılmıştır. Günümüzde ayırt edici kokuların marka olarak tescili ABD'de mümkün olmakla birlikte; Türkiye ve pek çok ülke, koku markalarını kabul etmemektedir. Bunda özellikle kokuların tescil anında ve devamında aranan şekli şartların kalıcı ve ulaşılabilir olmaması etkilidir. Bkz.: Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 313; H. Ülgen vd. (2019). *Ticari işletme hukuku* (6. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 455.

⁶⁰Marka olarak tescil edilebilecek işaretler bakımından SMK'da herhangi bir sınır getirilmemiştir. Ayırt edici olması ve sicilde gösterilebilir olması şartıyla her türlü işaret marka olarak tescil edilebilir. Örneğin bir sloganın, kimyasal bir formülle ifade edilebilen bir tadın da marka olarak tescili mümkündür. Bkz.: Ayhan vd., 2021, **a.g.k.**, 30-37; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 314.

⁶¹U. Çolak (2018). *Türk marka hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 9.

⁶²Marka kavramının tarihi gelişimi ile ilgili bkz.: Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 445-446.

⁶³Suluk, Karasu ve Nal, 2020, **a.g.k.**, 155.

Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Anlaşması'nda (TRIPS) marka, “bir işletmenin mal ve hizmetlerini, başka bir işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaret” şeklinde tanımlanmıştır⁶⁴.

6769 sayılı SMK da benzer bir yaklaşımla markayı şu şekilde tanımlamaktadır:

*“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 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.”*⁶⁵

2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nün 4. maddesinde de markanın ayırt etme fonksiyonunu öne çıkaran benzer bir tanım kabul edilmiştir. Özel isimler de dâhil olmak üzere kelimeler veya tasarımlar, harfler, renkler, ürünlerin şekli, ambalajların şekli veya seslerin, ayırt edici karakter taşıması ve hakkın konusunun gerek tescil merci gerek halk tarafından açıkça anlaşılabilmesi koşuluyla, marka olarak tescil edilebileceği ifade edilmiştir⁶⁶.

2.2.1. Markanın işlevleri

Ayırt edicilik vasfı üzerinden tanımlanan markanın bunun yanında farklı işlevleri de bulunur. Marka hakkının, kaynak gösterme işlevi, reklam, yatırım ve iletişim işlevi, garanti ve kalite işlevleri bulunur⁶⁷. Bunlar yanında Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) farklı kararlarında markanın yatırım ve iletişim işlevlerini de kabul etmiştir⁶⁸.

⁶⁴TRIPS m. 15.

⁶⁵Daha önce 556 sayılı KHK döneminde marka tanımında yer alan “baskı yoluyla çoğaltılabilme” ifadesi SMK'da kaldırılmıştır. Böylece TRIPS'le ve AB Mevzuatıyla uyumlu olarak markalar bakımından “grafik temsil şartı” kaldırılmıştır. Bkz.: Çolak, 2018, **a.g.k.**, s.10-11.

⁶⁶14 Haziran 2017 tarihli, 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü için bkz.: EUR-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32017R1001> (Erişim tarihi: 17.12.2019).

⁶⁷Suluk, Karasu ve Nal, 2020, **a.g.k.**, 158; Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 467-468; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 315-316; Çolak, 2018, **a.g.k.**, 16-18.

⁶⁸*Interflora Inc. V. Marks&Spencer* kararında AB Adalet Divanı yatırım işlevine ışık tutmuştur. Bu kararda markaların müşteri sadakatini sağlamakta kullanılan bir ticarî strateji aracı olduğu ifade edilerek, markanın yatırım işlevine işaret edilmiştir. Bkz.: L. Bently vd. (2018). *Intellectual property law*. Londra: Oxford University Press, s. 1124. *Interflora Inc & Anor v Marks and Spencer Plc*, (2014) EWCA Civ 1403 (Kaynak: Info-Curia)

Marka, başlangıçta **kaynak gösterme işlevi** ile ön plana çıkmıştır. Kaynak gösterme işlevi; markanın, malın veya hizmetin hangi işletmeden geldiğini göstermesini ifade eder⁶⁹. Bu sayede marka mal veya hizmet ile işletme arasındaki bağlantıyı sağlar.⁷⁰ ABAD kararlarında da öne çıkan bu işlev⁷¹, zaman içinde gelişen ekonomiler ve lisans sözleşmeleriyle kullanım neticesinde eski önemini kaybetmiştir⁷².

Günümüzde markanın öne çıkan çağdaş işlevi **ayırt edicilik**⁷³. Markalar sayesinde farklı işletmelerin mal veya hizmetlerinin birbirlerinden ayırt edilmesi mümkün hale gelir. Günümüzde ön plana çıkan bir başka işlev ise markanın **reklam, yatırım ve iletişim işlevidir**. Marka sayesinde işletme ile tüketici arasında bir iletişim kurulur ve bilgilendirme sağlanır. İşletmeler bu iletişimi güçlendirerek markalarının tanınırlığını ve dolayısıyla satışlarını arttırmak için reklam yatırımları yaparlar. Bu sayede markanın halk nezdinde tanınırlığı artar ve tüketicilerin satın alma kararları etkilenir⁷⁴. Marka ile müşteri kitlesi arasındaki iletişim, reklam yatırımlarının artmasıyla güçlenir ve markanın tanınırlığı arttıkça tüketici ilgisi ile marka değeri de artar⁷⁵. Kurulan iletişim ile markanın tüketici nezdindeki imajı şekillenir ve hedef kitle etkilenir.

Markanın bir diğer işlevi ise **kaliteyi garanti işlevidir**⁷⁶. Tüketiciler daha önce kullanarak kalitesini bildikleri mal ve hizmetleri tercih etme eğilimi gösterirler. Örneğin daha önce uzun yıllar *Ford* marka bir araç kullanan ve hiçbir sıkıntı yaşamamış bir tüketiciyi düşünelim. Bu tüketici, yeni bir araç alırken, eski deneyimine dayanarak, seçenekleri içindeki *Ford* markalı araçlara olumlu yaklaşacaktır. Zira tüketici nezdinde bu marka, kaliteli araç üreten bir firmadır. Bu durum markanın garanti ve kalite işlevinin sonucudur.

Özetle markanın işlevleri sayesinde marka konusu olan mal veya hizmetin kimin tarafından üretildiği tespit edilebilir, söz konusu mal veya hizmet diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilebilir, tanınırlığı artar ve markanın sunduğu kalite

⁶⁹Ayhan vd., 2021, **a.g.k.**, 45.

⁷⁰Çolak, 2018, **a.g.k.**, 16.

⁷¹Ayhan vd., 2021, **a.g.k.**, 45.

⁷²Ancak kaynak gösterme işlevi tanınmış markalar bakımından hala önemini korumaktadır. Zira bunlarda marka doğrudan işletmeyi işaret eder (Suluk, Karasu ve Nal, 2020, **a.g.k.**, 159).

⁷³TRIPS, AB Marka Tüzüğü ve SMK'da marka, ayırt etme işlevi üzerinden tanımlanmıştır.

⁷⁴Çolak, 2018, **a.g.k.**, 17.

⁷⁵Çolak, 2018, **a.g.k.**, 17.

⁷⁶Ayhan vd., 2021, **a.g.k.**, 46.

konusunda bir intiba oluşur. Markanın temel işlevi olan ayırt edicilik yanında hakkın konusu olan mal veya hizmetin kalitesine ilişkin sağladığı garanti işlevi ve reklam, yatırım ve iletişim işlevleri bütün olarak hakka önemli bir maddi değer kazandırır. Bu değerın korunması için markaya yönelik tecavüzlere karşı hakkın korunması gerekir. Örneğin piyasada ortalama tüketici tarafından kaliteli olarak bilinen bir konfeksiyon markasının sahibi, markanın sağladığı garanti ve kalite fonksiyonunu korumak için düşük kaliteli mallar üreten taklit markalara karşı koruma talep edecektir. Zira işletmenin belki de en kıymetli malvarlığı değeri olan markanın korunması burada esasen markanın garanti fonksiyonunun korunması anlamına gelmektedir.

2.2.2. Markanın korunma gerekçeleri

“Fikrî mülkiyet hakları neden korunmalıdır?” sorusu, fikrî mülkiyete ilişkin felsefî tartışmaların temelinde yer almaktadır. Bu sorunun cevaplandırılmasında iki temel yaklaşım olduğu görülür. Bu yaklaşımlardan ilki etik ve ahlaki gerekçelere dayanır⁷⁷. Örneğin, marka koruması, üçüncü kişilerin haksız olarak, emek harcamaksızın sebepsiz zenginleşmesini engellediği gerekçesiyle kabul edilir. Yine telif koruması ise telif hakkı sahibinin eser üzerindeki emeğini koruduğu gerekçesiyle kabul edilmelidir. İkinci görüş ise fikrî mülkiyet korumasının faydalı ve işlevsel yönüne odaklanır⁷⁸. Örneğin, patent sistemi girişimcilerin gelecekteki araştırma ve geliştirme yatırımlarına teşvik sağladığı gibi, değerli teknik bilgilerin kamu erişimine açılmasını da sağlar. Benzer şekilde, marka koruması da yüksek kaliteli ürünlerin üretimini ve satılmasını ve kamuya bilgi sağlanmasını teşvik eder. Fikrî mülkiyetin işlevsel yönüne odaklanan bu görüşler genel olarak, koruma olmadığı takdirde fikrî ürünlerin üretiminin azalacağı savına dayanır. Zira bu türden münhasırlık veren haklar olmadığı takdirde rakipler tarafından ürünler kolaylıkla kopyalanarak, yaratım sürecindeki maliyetlere maruz kalmadıklarından, çok daha ucuza satılacaktır.

Marka korumasında bu gerekçelerden hangisine dayanılırsa dayanılsın, asıl önemi, korumanın konusu teşkil etmektedir. Başka bir deyişle, marka hakkının hangi özellikleri kendisini korunmaya değer kılmaktadır? Marka koruması ile esasen, markanın *işlevleri* korunmaktadır. Marka hakkına yönelik tecavüzler markanın işlevlerini zedelediğinden,

⁷⁷Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz: J. Sonderholm (2012). *Ethical issues surrounding IP rights: New frontiers in the philosophy of intellectual property* (Ed. A. Lever). New York: Cambridge University Press, s. 116 vd.; Bently and Sherman, 2004, **a.g.k.**, 2-4.

⁷⁸Sonderholm, 2012, **a.g.k.**, 116.

talep edilen koruma bu işlevleri korumaya hizmet eder. Örneğin, yaptığı önemli reklam yatırımlarıyla markasının tanınırlığını arttıran bir işletmenin, piyasadaki taklit markalara karşı açtığı tecavüz davasında esasen markanın garanti işlevi ile reklam, yatırım ve iletişim işlevlerinin korunması talep edilmektedir. Zira taklit markalar, orijinal markanın reklam yatırımlarıyla oluşan tanınırlığını ve markanın kalitesine olan güveni kullanmaktadır.

SMK’da tükenme ilkesinin istisnasını teşkil eden “kötüleştirmeye engel olma hakkı” da marka koruması ile işlevlerin korunması arasındaki bağlantıya işaret etmektedir. SMK m. 152/1 “*Sınai mülkiyet hakkı korumasına konu ürünlerin, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra bu ürünlerle ilgili fiiller hakkın kapsamı dışında kalır.*” ifadesi ile tükenme ilkesi kabul edilmiştir. Ancak devam eden fıkrada, markalı ürünlerin üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılması halinde, marka sahibinin bunu önleme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu korumanın nedeni, kötüleştirme ve değiştirme hallerinde markanın tüketici ve piyasa nezdinde oluşturduğu kalite intibainın zedelenmesidir. Bu halde kanun koyucu, marka hakkı sahibine sağladığı koruma ile esasen markanın garanti ve kalite fonksiyonunu korumuş olmaktadır⁷⁹.

Marka korumasının bir diğer boyutunu da tüketiciler ve piyasa teşkil eder. Marka koruması sayesinde markanın ayırt ediciliği, garanti ve kalite fonksiyonları korunarak tüketicilerin ve piyasanın markaya olan güveni de korunmuş olmaktadır. Bu bakımdan marka korumasının kamu düzeni boyutunun da bulunduğu söylenebilir.

Marka korumasının, markanın işlevlerinin korunması yanında, temel bir hak olan mülkiyet hakkının korunması anlamına da geldiği savunulmuştur⁸⁰. Anayasa Mahkemesi (AYM), SMK’dan önceki dönemde, farklı tarihlerde verdiği kararlarında marka hakkının kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesinin Anayasa’ya aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir. AYM bu kararlarında marka hakkının özünde bir mülkiyet hakkı olduğunu ve mülkiyet hakkının yalnızca kanunla sınırlanabileceğini ifade etmiştir⁸¹. Bu

⁷⁹Çolak, 2018, **a.g.k.**, 17. Bu da aslında başta açıklanan fikrî mülkiyet korumasının etik ve ahlaki boyutuna işaret eder.

⁸⁰1982 Anayasası’nın Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı ikinci bölümünde yer alan m.35’te mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. Madde ifadesi gereği “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*”.

⁸¹Bkz.: Birinci Bölüm “3.2. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve Marka Hukukuna Getirdiği Yenilikler”

bakımdan markanın korunması, markanın herhangi bir işlevine ilişkin olmasa dahi, temel bir hak olan mülkiyet hakkının korunması gerekliliğinin sonucu olarak kabul edilebilir. Marka hakkının mülkiyet niteliği tartışmalı olmakla birlikte, AYM içtihadı gereği marka korunması anayasal bir hak olarak kabul edilmektedir⁸².

2.3. Marka Hukukunun Uluslararası Kaynakları

2.3.1. Marka hakkının esasını ve korunmasını konu alan uluslararası sözleşmeler

2.3.1.1. Paris Sözleşmesi

20 Mart 1883 yılında on bir devlet tarafından imzalanan Paris Sözleşmesi⁸³, fikrî mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin uluslararası düzeyde atılan ilk adımdır. Sözleşme’de marka, patent, faydalı model endüstriyel tasarım, hizmet markaları, işletme adı, coğrafi işaretler ve haksız rekabetin önlenmesine ilişkin hükümler yer alır⁸⁴. Fikrî mülkiyet alanında rüçhan hakkı (*right of priority*), millî muamele ilkesi gibi temel esasların ilk kez bu metinde zikredilmesi nedeniyle önem taşır⁸⁵.

1883 yılında yürürlüğe giren Sözleşme, ilki 1900 ve sonuncusu 1967 yılında Stockholm Anlaşması ile olmak üzere toplam yedi defa değişikliğe uğramıştır⁸⁶. Sınai mülkiyet haklarının korunması amacıyla hazırlanan Sözleşme ile taraf devletler Paris Birliği’ni⁸⁷ (*Paris Union*) oluşturmuşlardır (m. 1/1). Türkiye Cumhuriyeti, Sınai Haklara İlişkin Paris Sözleşmesi’ne 1975 yılında taraf olmuştur⁸⁸⁸⁹.

Paris Sözleşmesi’nde kabul edilen iki önemli esas “millî muamele” ve tescilde “rüçhan hakkı”dır⁹⁰. Millî muamele ilkesi gereği, Birlik’e dahil devlet vatandaşlarının başka bir taraf devlette, o devletin kendi vatandaşlarına tanıdığı haklardan

⁸²Ayrıca bkz.: Merges, 2018, **a.g.k.**, 58 vd.

⁸³Tam adıyla, “Sınai Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Bir İttihat İhdas Edilmesine Dair 20/3/1883 tarihli Sözleşme” metni için bkz.: WIPO, *Paris Convention*, <https://wipolex.wipo.int/en/text/287556> (Erişim Tarihi: 14.02.2020).

⁸⁴WIPO, *Summary of the Paris Convention*, https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/summary_paris.html (Erişim tarihi: 14.02.2020).

⁸⁵WIPO, *Summary of the Paris Convention*.

⁸⁶WIPO, *Summary of the Paris Convention*.

⁸⁷Bundan sonra “Birlik” olarak kullanılacaktır.

⁸⁸Paris Sözleşmesi 8/8/1975 tarihli ve 7/10464 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmıştır.

⁸⁹Paris Anlaşması’na taraf olunmasında Lozan Anlaşması’na ek Ticaret Mukavelenamesi’nde verilen taahhüt etkili olmuştur (İ. Kırca (2005). *Markaların milletlerarası tescili*. Ankara: BATİDER, s. 8-9).

⁹⁰S. Ricketson (2020). *The trademark provisions in the paris convention for the protection of industrial property: The cambridge handbook of international and comparative trademark law* (Ed.: I. Calboli and J. Ginsburg). Cambridge: Cambridge University Press, s. 7-8.

yararlanabileceği kabul edilmiştir (m. 2/2). Rüçhan hakkı gereği ise Birlik üyesi devletlerden birinde tescil başvurusunda bulunan kişi bu başvurudan itibaren 6 ay içinde diğer taraf devletlerde de markanın tescili konusunda rüçhan (öncelik) hakkına sahiptir (m. 4/4).

Paris Sözleşmesi'nde markaların tescili için aranan şartlar düzenlenmemiş, bunun yerine; taraf devletlerin millî hukuklarına bırakmıştır⁹¹. Bu nedenle bir marka menşe ülkesinde tescil edilememiş olsa dahi bir başka üye devlette tescil edilebilir. Diğer bir deyişle tescil şartları üye devletler bakımından birbirinden bağımsızdır. Rüçhan hakkı gereği, Birlik üyesi devletlerde tescilde bir öncelik hakkı tanınmış olsa da bu hakkı kullanabilmek için diğer devletlerde ayrı ayrı tescil başvurusunda bulunmak gerekmektedir. Ancak daha sonra markanın her devlette ayrı ayrı tescili usulünün zorluğu nedeniyle, merkezî bir ofis vasıtasıyla farklı devletlerde tescili sağlayan Madrid Anlaşması kabul edilmiştir⁹².

2.3.1.2. TRIPS

Fikrî mülkiyet hakları alanında 19. yüzyıl sonlarından itibaren akdedilen sözleşmeler, teoride ideali yansıtmakla birlikte, pratikte istenen başarı yakalanamamıştır. Anlaşmaların getirdiği maddi hükümlere karşı; usulî ve icrai hükümlerin eksikliği nedeniyle yeknesak bir uygulama oluşmamış ve anlaşmalar geniş uygulama alanı bulamamıştır. 20. yy. boyunca fikrî mülkiyet haklarının uluslararası ticaretle olan ilişkisinin giderek artması ise sorunun çözümü için yeni bir fikri gündeme getirmiştir: Fikrî mülkiyet haklarını uluslararası ticaret kurallarıyla düzenlemek. Bu doğrultuda, Dünya Ticaret Örgütü'nü (DTÖ) kuran Marakeş Anlaşması'nın 1C eki olarak 15 Nisan 1994'te, Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Anlaşması (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, TRIPS), kabul edilmiştir. Anlaşma, Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) Uruguay Turu müzakereleri neticesinde ortaya çıkmıştır. Anlaşma, 6 Aralık 2005 tarihli Protokol ile tadil edilmiş ve 23 Ocak 2017'de

⁹¹WIPO, *Summary of the Paris Convention*. Ayrıca bkz. Ricketson, 2020, **a.g.k.**, s. 7 vd.

⁹²Arkan, 2019, **a.g.k.**, 298.

yürürlüğe girmiştir⁹³. DTÖ'yü Kuran Anlaşma ve ekleri, Türkiye tarafından 29.01.1995 tarihinde kabul edilmiştir⁹⁴.

TRIPS, tüm DTÖ üyesi devletler bakımından, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin temel ilkeler ve icraî hükümler içermektedir⁹⁵. Anlaşma, Bern Sözleşmesi⁹⁶ ve Paris Sözleşmesi⁹⁷ gibi önemli fikrî mülkiyet anlaşmalarını esas almış ve bunların sağladığı fikrî mülkiyet korumasını daha da ileri taşıyan hükümler getirmiştir⁹⁸. Bu sözleşmeler bakımından uluslararası alanda yaşanan temel problemlerden birisi, geniş katılım sağlanamaması ve sözleşmeler arasında uyumlu bir uygulama olmamasıdır. Nitekim TRIPS'in hazırlandığı sırada, gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerin pek çoğu Paris ve Bern Sözleşmelerine taraf değildir. Ancak bu ülkeler, serbest ticaret anlaşmalarını da içeren geniş bir müzakere paketinin parçası olan TRIPS'i kabul ederek, önceki anlaşmalardan daha yüksek standartlı bir fikrî mülkiyet korumasını kabul etmişlerdir⁹⁹. Böylece TRIPS, güçlü bir fikrî mülkiyet koruması talep eden ABD, Kanada gibi gelişmiş ülkeler yanında, Hindistan, Çin, Türkiye gibi gelişmekte olan ve Kamboçya, Myanmar, Lesotho gibi az gelişmiş ülkeleri de kapsayan geniş bir alanda uygulanma imkânı bulmuştur¹⁰⁰. Bu sayede TRIPS, 29 Temmuz 2016'dan bu yana 164 ülkede yürürlüktedir¹⁰¹.

TRIPS'te genel başlıklarıyla şu konular düzenlenmektedir¹⁰²:

⁹³TRIPS'in güncel metni için bkz.: WTO, *legal texts, TRIPS*, <https://bit.ly/3ojtM3c> (Erişim tarihi: 23.10.2020) 2005 tarihli protokolle yapılan değişiklikler neticesinde 31bis maddesi ile maddeye ilişkin lahika eklenmiştir. Bu değişiklik neticesinde üye devletlere, hastalarına yetecek miktarda jenerik ilacı kendi imkanlarıyla üretemeyen devletlere ilaçların üretim ve ithalatı için özel zorunlu lisans verebilmesine imkân tanınmıştır.

⁹⁴Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 29.01.1995 tarih ve 22186 sayılı Resmî Gazete 'de yayınlanmıştır. Anlaşma metni ve ekleri için bkz.: R.G. 25.02.1995, 22213.

⁹⁵A. Metzger (2017). *TRIPS: Encyclopedia of private international law*. (Ed. J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. M. Asensio), Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 1748.

⁹⁶Bern Sözleşmesi'nin metni için bkz.: WIPO, *Other IP Treaties, Berne Convention*, <https://wipo.int/en/treaties/textdetails/12214> (Erişim tarihi: 26.03.2020).

⁹⁷WIPO, *Paris Convention*, <https://wipo.int/en/text/287556> (Erişim Tarihi:26.03.2020).

⁹⁸TRIPS, m. 2. Bunun yanında TRIPS, Entegre Devrelere İlişkin 1989 Tarihli Washington Sözleşmesi ve İcracı Sanatçılar, Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair 1961 Tarihli Roma Sözleşmesi'ndeki yükümlülükleri de esas almıştır. Bkz.: UNCTAD, *Training Module on the TRIPS*, 26.

⁹⁹Metzger, 2017, **a.g.k.**, 178.

¹⁰⁰DTÖ üyesi ülkelerin gelişmişlik düzeyine göre sınıflandırmaları için bkz.: WTO, *Understanding the WTO*, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm (Erişim tarihi: 10.04.2020)

¹⁰¹Anlaşmaya taraf olmayan toplam 24 ülke bulunmaktadır., İran, Irak, Azerbaycan, Özbekistan, Sırbistan ve Belarus bu ülkeler arasında yer almaktadır. Bkz.: WTO, *Members and observers*, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm (Erişim tarihi: 10.04.2020)

¹⁰²WTO, *Understanding The WTO: The Agreements*: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm7_e.htm (Erişim tarihi: 26.03.2020)

- Uluslararası ticaretin temel ilkeleri ve genel kurallarının, uluslararası fikrî mülkiyete nasıl uygulanacağı,
- Fikrî mülkiyet konusunda üye devletlerin sağlaması gereken asgari koruma standartlarının neler olduğu,
- Fikrî mülkiyet haklarının kendi bünyelerinde icrası için üye devletlerin izlemesi gereken usuller,
- DTÖ üyeleri arasındaki fikrî mülkiyet ihtilaflarının nasıl çözümleneceği,
- TRIPS hükümlerinin icrası için özel geçiş hükümleri.

Sayılan konuları altı bölümde düzenleyen TRIPS'in ilk bölümünde genel hükümler ve temel ilkeler yer almaktadır. İlk bölümde millî muamele (*national treatment*) ve en çok kayırılan ülke kuralı (*most-favoured nation treatment*) olmak üzere iki önemli temel ilke kabul edilmiştir. Buna rağmen üye devletler uluslararası nitelikte bir tükenme ilkesi üzerinde anlaşamamışlardır¹⁰³. Dolayısıyla üye devletler tükenmeye ilişkin kendi düzenlemelerini kabul etmekte serbesttir¹⁰⁴.

TRIPS, fikrî mülkiyet alanındaki en geniş kapsamlı uluslararası düzenlemedir. Anlaşma kapsamındaki fikrî mülkiyet haklarının neler olduğu ve bu hakların nasıl korunacağı, Sözleşme'nin ikinci kısımda düzenlenmiştir. Bu bölümde telif ve bağlantılı haklar, markalar, coğrafi işaretler, endüstriyel tasarımlar, patentler, entegre devre topografyaları, ticarî sırların korunması ve lisans sözleşmelerindeki rekabeti sınırlayan hükümlere ilişkin maddi düzenlemeler yer alır¹⁰⁵. Bu korumada DTÖ'nün kuruluşundan önce Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (*World Intellectual Property Organization, WIPO*) tarafından hazırlanan iki önemli uluslararası sözleşmedeki yükümlülükler temel alınmıştır: Sınai Mülkiyetin Korunmasına ilişkin Paris Sözleşmesi ve Edebî ve Sanatsal Ürünlerin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi.

TRIPS, bir “asgari standart anlaşması” dır. Daha açık bir ifadeyle TRIPS, üye devletlerin fikrî mülkiyet alanında uyması gereken asgari koruma standartlarını belirler. Bunun sonucu olarak üye devletlerin, Anlaşma'da öngörülenin altında bir fikrî mülkiyet

¹⁰³Anlaşmanın 6. maddesi her ne kadar “tükenme” başlığını taşısa da; tükenmeye ilişkin bir açıklama getirmemektedir.

¹⁰⁴Metzger, 2017, **a.g.k.**, 1749.

¹⁰⁵Anlaşmanın kapsam dışı bıraktığı iki konu; ıslahçı hakları (*breeders rights*) ve faydalı modellerdir (*utility models*). Bkz.: UNCTAD, *Training Module on the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*, https://unctad.org/en/Docs/ditctncd20083_en.pdf (Erişim tarihi: 09.04.2020).

koruması kabul edemeyeceği, ancak daha kapsamlı bir koruma öngörebileceği kabul edilmiştir¹⁰⁶.

Anlaşma, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin maddi hükümler yanında, usulî ve icraî hükümler de getirmiştir. Bu yönüyle önceki fikri mülkiyet sözleşmelerinden ayrılmaktadır¹⁰⁷. TRIPS'in üçüncü bölümünde fikrî mülkiyet haklarının icrasına ilişkin adlî ve idarî usuller detaylı hükümlerle düzenlenmiştir. Devletlerin Anlaşmayı iç hukuklarına ne şekilde aktaracakları ise her devletin kendi hukukuna bırakılmıştır¹⁰⁸.

TRIPS'in üye devletler tarafından iç hukuklarına aktarılması için, yürürlüğe giriş tarihi olan 1 Ocak 1995'ten itibaren, bir yıllık geçiş süresi öngörülmüştür (m. 65/1). Ancak bu süre, gelişmekte olan ülkeler (*developing countries*) için beş yıla uzatılmıştır (m. 65/2)¹⁰⁹¹¹⁰. En az gelişmiş ülkeler (*least developed countries, LDC's*) için ise TRIPS'in genel yürürlüğe giriş tarihi olan 1 Ocak 1996'dan itibaren 10 yıllık bir süre öngörülmüştür (m. 66/1). Sonraki müzakereler neticesinde bu süre, belli hükümler için 2016'ya ve sonrasında 1 Temmuz 2034'e kadar uzatılmıştır¹¹¹.

¹⁰⁶Buna karşı üye devletlerin, başka devletlerce daha yüksek bir koruma sağlamaya mecbur tutulması da engellenmiştir. Ancak ABD, AB gibi gelişmiş ekonomiler, gelişmekte olan ülkelerle imzaladıkları -TRIPS-Plus olarak adlandırılan- ikili veya çok taraflı ticaret anlaşmalarıyla, TRIPS'te öngörülenden daha sert koruma hükümlerini devreye sokmuşlardır. Bu durumla ilgili olarak Dünya Sağlık Örgütü (WHO) salgın hastalıklara karşı gerekli altyapısı bulunmayan az gelişmiş ülkeleri, özellikle ilaç patentlerinde dikkatli olmaları konusunda uyarmıştır. Bkz.: UNCTAD, *Training Module on the TRIPS*, 28.

¹⁰⁷UNCTAD, *Training Module on the TRIPS*, 25.

¹⁰⁸UNCTAD, *Training Module on the TRIPS*, 25. Bu noktada gelişmekte olan ülkelerin TRIPS'te öngörülen esnekliklerden olabildiğince faydalanması tavsiye edilmektedir. Bkz.: UNCTAD, *Training Module on the TRIPS*, 26.

¹⁰⁹Millî muamele ve en çok kayrılan ülke ilkeleri bakımından 5 yıllık uzatılmış süre kabul edilmemiştir.

¹¹⁰Bu hüküm kapsamında Türkiye, anlaşma hükümlerini iç hukukuna aktarmak için beş yıllık geçiş süresinden faydalanabilecekti. Ancak Avrupa Topluluğu'nun 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın (Gümrük Birliği Kararı) yürürlük tarihinden itibaren üç yıl içinde TRIPS'in uygulanma yükümlülüğü sebebiyle Türkiye, 1999 yılı sonuna kadar TRIPS hükümlerini uygulama yükümlülüğü altına girmiştir. Bkz.: M. Bağırar (2015). *TRIPS anlaşması kapsamında marka hakkının korunması*. Ankara: TPE Uzmanlık Tezi, s. 3.

¹¹¹Başlangıçta verilen bu süre, az gelişmiş ülkelerin alt yapı yetersizlikleri nedeniyle yeterli olmamıştır. Bu nedenle, 2001 Doha Turu Müzakereleri sonucunda az gelişmiş ülkeler için bu süre, ilaç alanındaki patent ve ticari sırlarla sınırlı olmak üzere, 1 Ocak 2006 yerine, 1 Ocak 2016'ya kadar uzatılmıştır. Bunun dışındaki TRIPS yükümlülükleri ise -2006'dan hemen önceki talep neticesinde- 1 Temmuz 2013'e ve son olarak 2034'e kadar uzatılmıştır. Bkz.: UNCTAD, *Training Module on the TRIPS*, 30; WTO, *TRIPS: FAQ'S*, https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/tripfaq_e.htm (Erişim tarihi: 04.10.2022).

Markalara ilişkin düzenlemeler, TRIPS'in ikinci bölümünde, m. 15-21 arasında yer almaktadır¹¹². Markalara ilişkin TRIPS hükümleri; marka korumasının kapsamı¹¹³, tescil şartları ve marka hakkı sahibine tanınan hakları düzenler. Bu hükümlerle markaların korunmasıyla ilgili asgarî standart ortaya konulmuştur. Diğer bir deyişle, üye devletler bu kuralları esnetemez ancak, TRIPS'in öngördüğünden daha sert kurallar kabul edebilir.

Marka başvurusu ve tescili, genel anlamda her bir taraf devletin millî hukukuna bırakılsa da¹¹⁴ taraf devletlerin tescil sürecinde uyması gereken temel ilkeler ve kurallar ortaktır. Bunlar kısaca; tescilde rüçhan (*priority*), markanın tescilinin yayımlanması gerekliliği (*publishing requirement*), markanın tesciline engel olmayacak sebepler, markanın tesciline engel *olabilecek* sebepler ve markanın tesciline kesin surette engel olacak veya tescilin iptaline sebep olacak nedenlerdir¹¹⁵.

Marka hakkı sahibine tanınan yetkiler m. 16'da düzenlenmiştir. Ancak unutulmamalıdır ki TRIPS, asgarî standartları düzenleyen bir anlaşma olduğundan, marka hakkı sahibinin hakları bakımından ilk bakılması gereken, ilgili devletin millî hukukudur.

Düzenleme şu şekildedir (TRIPS m. 16/1):

“Tescilli bir markanın sahibi, karışıklık ihtimaline sebep olacak ise, marka sahibinin iznini almayan üçüncü şahısların, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetler için, ticaretin olağan akışı içinde aynı veya benzer işaretleri kullanmalarını engelleme hakkına, münhasıran sahiptir. Aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde, karışıklık olasılığının mevcut olduğu varsayılacaktır. Yukarıda tanımlanan haklar önceden tanınmış mevcut haklara zarar vermeyeceği gibi, Üyelerin kullanım esasına göre hak elde etme olanağını da etkilemeyecektir.”

TRIPS'in markalar alanında getirdiği en önemli yenilikler, marka korumasının konusuna ilişkin geniş ve detaylı bir tanımın yapılması, hizmet markalarının koruma

¹¹²Bunun yanında m. 2/1'de yapılan atıf gereği Paris Sözleşmesi'nin maddi hükümlerinin de TRIPS'e dahil edildiği unutulmamalıdır.

¹¹³Marka koruması kapsamında ayırt edici işaret olan markalar yanında Paris Sözleşmesi'ne yapılan atıf gereği (m. 8), ticari işletme adları da dahil edilmiştir. Bunun yanında topluluk markaları ve garanti markaları da marka koruması kapsamına alınmıştır. Bkz.: W. Meier-Ewert (2012). *Trademarks: A handbook on the WTO TRIPS agreement* (Ed. A. Taubman, H. Wager and J. Watal), New York: Cambridge University Press, s. 59-60.

¹¹⁴Paris Sözleşmesi m. 6/1 ve TRIPS m. 15/2.

¹¹⁵Meier- Ewert, 2012, **a.g.k.**, 60-66.

kapsamına alınması, Paris Konvansiyonu'ndaki tanınmış markaların hizmet markalarını da kapsayacak şekilde genişletilmesidir.

2.3.1.3. TRIPS'le kurulan küresel fikrî mülkiyet sistemine yönelik eleştiriler ve gelişmekte olan ülkeler için daha adil sistem talepleri

Fikrî mülkiyet haklarının korunmasıyla ilgili en temel argümanlardan birisi kalkınmadır. Buna göre fikrî mülkiyet haklarının korunmasıyla araştırma ve geliştirmeye olan talep artar, yabancı doğrudan yatırımlar için cazibe sağlanır ve genel anlamda ekonomik gelişmeye zemin hazırlanır¹¹⁶. Bu sav, TRIPS'in oluşturduğu küresel koruma sistemi içinde, gelişmekte olan ülkeler bakımından sıklıkla dile getirilmektedir. Ancak TRIPS'le tamamlanan fikrî mülkiyet sistemi, gelişmekte olan ülkelerin kalkınmasına ne derece katkı sunmaktadır? TRIPS bu ülkelerin kalkınma hedeflerine ulaşmasında doğru araç mıdır, yoksa aksine bu iddia tamamen yanlış mıdır?

Sorunun temelini oluşturan *gelişmişlik* kavramını açmakta yarar görüyoruz. Gelişme yahut gelişmişlik kavramlarından bahsedilirken çoğunlukla ekonomik göstergeler dikkate alınarak yapılan analizlere rastlanmaktadır. Ancak günümüzde, ekonomik göstergelerin tek başına gelişmişlik seviyesini göstermekte yetersiz kaldığı, kavramın yalnızca gelir artışından ziyade, hayat standartları ve özgürlükleri iletmeye yönelik olması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁷.

DTÖ metinlerinde ve TRIPS'te gelişmiş-gelişmekte olan ülke ayırımına sıkça yer verilse de DTÖ'nün bu konuda bir tanımı yoktur¹¹⁸. DTÖ üyeleri, hangi kategoride olduklarını kendileri belirlemektedir. Ancak bir ülkenin gelişmekte olan ülkelere tanınan

¹¹⁶Güçlü bir fikrî mülkiyet korumasını savunan güncel literatür iki temel kabule dayanmaktadır: Fikrî mülkiyet koruması doğrudan yabancı yatırımları çekmek için elzemdır ve teknoloji aktarımını sağlayarak inovasyonu destekler. Bkz.: J. H. Reichman (2014). *Intellectual property in the twenty-first century: Will the developing countries lead or follow?: Intellectual property rights.* (Ed. M. Cimoli vd.), New York: Oxford University Press, s. 143.

¹¹⁷D. Gervais (2015). *TRIPS and development: The SAGE handbook of intellectual property.* (Ed: M. David and D. Halbert), Londra: SAGE Publishing, s. 95. Nitekim gelişmeyi, tek başına ekonomik durumdan ziyade iktisadî ve sosyal ilerlemenin bir birleşimi olarak gören bu yaklaşım, BM İnsani Gelişim Endeksi gibi metinlerde yer bulmaktadır.

¹¹⁸WTO, Development: Definition, https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/d1who_e.htm (Erişim tarihi: 10.12.2019).

haklardan faydalanmasına, diğer ülkelerin itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Az gelişmiş ülkelerin (*least developed countries*) tespiti için ise BM sıralaması kabul edilmiştir¹¹⁹.

2.3.1.3.1. Gelişmekte olan ülkeler için TRIPS uygulaması

Başlangıçtaki soruya dönecek olursak, TRIPS geliştirmekte olan ülkelerin kalkınma hedefleri için doğru bir araç mıdır? Gelişmekte olan ülkeler TRIPS'e farklı nedenlerle taraf olmuş olsalar da pek çoğu için TRIPS'e taraf olmanın en büyük nedeni pazarlık gücünü arttırmaktır. Zira TRIPS, özellikle ABD'nin uyguladığı, tek taraflı ticari yaptırımlara karşı bir savunma mekanizması olarak görülmüştür¹²⁰. Bu yaptırımlar, Batılı büyük şirketlerin fikrî mülkiyet haklarının, geliştirmekte olan ülkelere daha güçlü korunması amacıyla getirilmekteydi. TRIPS ile bu tek yanlı yaptırımların tatbiki, çok yanlı hale getirilerek daha adil bir sistem oluşturulması hedeflenmiştir. Sistemin, iki sebepten ötürü süreci daha adil ve şeffaf hale getirdiği savunulmuştur¹²¹: İlk olarak tüm WTO üyesi ülkelerin uyması gereken kurallar TRIPS'te düzenlenmiştir. İkinci olarak ise yaptırımların uygulanabilmesi için WTO'dan bir yetki alınması gerekir.

Gelişmiş ülkelerin ekonomik olarak bulundukları noktaya nasıl geldikleriyle ilgili teoriler, bu ülkelerin bulundukları noktaya yüksek fikrî mülkiyet standartları getirilmeden önce diğer ülkeleri taklit ederek ulaştıklarını gösterir¹²². Bu konuda ABD ilginç bir örnek sunmaktadır. TRIPS'in uygulanmaya başlamasından itibaren, ABD'nin iktisadi ilerlemesinde, fikrî haklar en önemli rollerden birisini oynamıştır¹²³. En güçlü fikrî mülkiyet koruması taraftarlarından birisi olan ABD'nin geçmişine bakıldığında ise 1980'lere kadar fikrî mülkiyet korumasının -özellikle de patent alanında- oldukça zayıf olduğu ortaya çıkar¹²⁴. Yine benzer şekilde Japonya, Hindistan, Kore, Çin Brezilya ve Malezya da güçlü fikrî mülkiyet yasaları olmaksızın yüksek seviyede ekonomik büyüme yakalamayı başarmışlardır¹²⁵. Hindistan'ın ilaç endüstrisinin 1970'lerde başlayan müthiş başarısı, tıbbî ürünlerin patentlenmesine büyük ölçüde sınır getiren devlet politikası

¹¹⁹DTÖ az gelişmiş ülkeleri, diğer bir deyişle "dünyanın en fakir ülkelerini" belirlerken BM verilerine atıfta bulunmaktadır. BM'nin ve ona atıfta DTÖ'nün az gelişmiş olarak kabul ettiği ülkeler için bkz.: UN, *Committee for Development Policy, List of Least Developed Countries*, <https://unctad.org/topic/least-developed-countries/list> (Erişim tarihi: 10.12.2022). Listeye göre sayılan 46 ülkeden 31'i DTÖ üyesidir.

¹²⁰Gervais, 2015, **a.g.k.**, 96.

¹²¹Gervais, 2015, **a.g.k.**, 96.

¹²²Gervais, 2015, **a.g.k.**, 96.

¹²³Reichman, 2014, **a.g.k.**, 111.

¹²⁴Reichman, 2014, **a.g.k.**, 111.

¹²⁵Reichman, 2014, **a.g.k.**, 111.

sayesinde gerçekleşmiştir¹²⁶. Görüldüğü üzere; başlangıçta zayıf bir fikrî mülkiyet koruması benimsemek, bu ülkelerin bulundukları noktaya gelmesine engel olmamış aksine, stratejik ve bütüncül bir plan dahilinde kalkınmaya destek olmuştur.

Gelişmekte olan ülkelerin inovasyon potansiyellerinin artırılmasının, endüstrileşmiş ülkelere bilgi birikimi (*know-how*) ve teknoloji aktarımı ile sıkı ilişkili olduğu kabul edilmektedir. Ancak TRIPS'in bu aktarıma ne denli katkı sunduğu tartışmalıdır. Bu aktarımın, gelişmekte olan ülkelere katkı sağlaması için yalnızca bitmiş ürünün satışı yolundan ziyade, kullanıma da müsaade etmesi gerektiği savunulmaktadır¹²⁷. Örneğin ABD'den Türkiye'ye yapılan tamamlanmış bir bilgisayarın satışı, bu anlamda inovasyonun gelişimine bir katkı sunmaz. Bunun yerine söz konusu bilgisayar parçalarının Türkiye'de birleştirilerek ürünün kullanıma sunulması, Türkiye'nin gelişimine bir katkı sağlayacaktır.

TRIPS'in, inovasyon temelli endüstriyel gelişimi tetikleyeceğine ilişkin kabul, az gelişmiş ülkeler bakımından sorgulamalara sebep olmuştur. Bunun sonucu olarak da DTÖ, TRIPS'in pek çok hükmünün uygulamasını az gelişmiş ülkeler için belli hükümler bakımından 2034 yılına dek ertelemiştir¹²⁸. Ancak bu geçiş süreci, gelişmekte olan ülkeler için, beş yıl gibi oldukça kısa bir süreyle sınırlı tutulmuştur¹²⁹. Az gelişmiş ülkeler için uzun bir geçiş süreci tanınmasına rağmen, gelişmekte olan ülkeler için tanınan beş yıllık sürenin yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Nitekim TRIPS'in kurduğu küresel sisteme yönelik en büyük eleştirilerden birisi de bu konudur.

TRIPS'in henüz kendileri bakımından uygulanmadığı az gelişmiş ülkeleri bir yana bırakacak olursak, gelişmekte olan ülkeler 2000 yılından bu yana toplamda on dokuz yıldır küresel bir fikrî mülkiyet sisteminin parçasıdır. Ancak bu ülkeler birebir aynı

¹²⁶Reichman, 2014, **a.g.k.**, 111.

¹²⁷Gervais, 2015, **a.g.k.**, 96.

¹²⁸TRIPS'in yürürlüğe giriş tarihinden itibaren 10 yıl olan erteleme süresi (TRIPS, m. 66/1), Az Gelişmiş Ülkeler Grubu'nun talepleri doğrultusunda üç kez daha uzatılarak, 2034 yılına ertelenmiştir. Buna göre m.3 (millî muamele), m.4 (en çok kayırlan ülke hükmü) ve m.5 (WIPO usullerinin önceliği) dışındaki TRIPS hükümleri az gelişmiş ülkeler bakımından 2034 yılından itibaren uygulanmaya başlanacaktır. Bkz.: WTO, *Responding to least developed countries' special needs in intellectual property*, https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ldc_e.htm (Erişim Tarihi: 10.12.2022); WTO, *Extension of the transition period under article 66.1 for least developed country members*, https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_30jun21_e.htm (Erişim tarihi: 10.12.2022). Ayrıca bkz.: UN, *TRIPS transition period extensions for least-developed countries*, <https://bit.ly/3FXypuN> (Erişim tarihi: 10.12.2022)

¹²⁹TRIPS m. 65/2.

standartlarda değillerdir. Aksine, “gelişmekte olan ülke” kategorisindeki ülkelere bakıldığında örneğin Çin, Hindistan, Endonezya, Kore, Venezuela gibi oldukça farklı profillerle karşılaşılmaktadır. Buna rağmen TRIPS bu ülkelerin tamamını eşit kabul ederek, standart hükümlere tabi tutmaktadır. Gelişmekte olan ülkeler içindeki bu farklılıklar ışığında çeşitli sınıflandırmalar yapılmaktadır. Bu sınıflandırmalarda ülkelerin pazarlık güçlerinden¹³⁰, kişi başı gayri safi yurtiçi hasılaya (GSYİH)¹³¹ varana dek farklı kriterler dikkate alınmaktadır.

Gelişmişliğe ilişkin bahsedilen farklı yaklaşımlara bakıldığında çıkarılacak ortak sonuç, ülkelerin sosyal, teknolojik ve ekonomik alanlardaki ilerlemelerinin gelişmişlik düzeylerinin belirlenmesinde önem taşıdığıdır. Bunun yanında ülkelerin hangi sanayi alanında ilerleme kaydettiği de bir diğer önemli husustur¹³². Tüm gelişmekte olan ülkeleri aynı seviyede kabul eden yaklaşımı yanında TRIPS, tüm sanayileri de eşit kabul etmekte ve aynı hükümlere tabii tutmaktadır. Oysa örneğin ilaç sanayinde güçlü patent korumaları talep edilirken, bu seviyede bir korumayı getiren patent düzenlemesi, diğer alanlara da tatbik edilmekte ve sakıncalı sonuçlar meydana gelmektedir. Özellikle patent alanındaki bu tartışma sonucunda, yasa koyucular yapmıyorsa bile mahkemelerin sektörler arasında bir ayrıma gitmesi gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır¹³³. Sanayi sektörleri arasında kriterleri belirlenmiş ve makul bir ayrıma gidilmesi ihtiyacı, gerek uluslararası düzeyde gerek TRIPS millî hukuklara aktarılırken dikkate alınabilir¹³⁴. Ancak bu açıklamaların patentle sınırlı kalıp marka bakımından konumuz dışında olduğunu belirtmek gerekir.

2.3.1.3.2. TRIPS uygulamasında süreç

TRIPS’in uygulanmasında 1995’ten bu yana geçen yirmi beş yıllık sürede, Anlaşmaya olan yaklaşımda bir dönüşüm yaşandığı söylenebilir. Buna göre ilk aşamada TRIPS evleviyetle ve en sert şekilde uygulanmaya çalışılmıştır. WIPO gibi hükümetler arası örgütlerin hazırladığı model kanunlar yardımıyla TRIPS’in hızla iç hukuklara

¹³⁰D. Beloniell and B. Salama (2010). Towards an intellectual property bargaining theory: The post-WTO era. *University of pennsylvania journal of international law*, 32, s. 265-368. Bu sınıflandırmada Beloniell ve Salama gelişmekte olan ülkeleri pazarlık güçlerine göre “zayıf, orta, güçlü” olarak sınıflandırmıştır.

¹³¹Y. Chen and T. Puttitanun (2005). Intellectual property rights and innovation in developing countries. *Journal of development economics*, 78, s. 474-493.

¹³²Gervais, 2015, **a.g.k.**, 100.

¹³³D. L. Burk and M. A. Lemley (2010). The patent crisis and how the courts can solve it. *Syracuse science & technology law reporter*, 23, s. 1-22.

¹³⁴Gervais, 2015, **a.g.k.**, 101.

aktarılması hedeflenmiştir. Ancak doksanlı yıllarda yaşanan HIV krizi¹³⁵ sırasında, gelişmekte olan ülkelerde ilaçlara erişimin sektöre uğraması nedeniyle TRIPS'i sorgulayan bir yaklaşım ortaya çıkmıştır¹³⁶. “Direnc dönemi” olarak adlandırabileceğimiz bu süreçte, TRIPS'in emredici hükümlerini asgari düzeyde uygulayan bir yaklaşım benimsenmeye başlanmıştır.

İlk aşamada, daha yüksek oranda fikrî mülkiyet korumasının, gelişmekte olan ülkelerde (az gelişmiş ülkeler hariç olmak üzere) iyi sonuçlar doğuracağı düşünülmüştür. Bu düşünceye göre, güçlü bir koruma öngören fikrî mülkiyet stratejileri, ticareti ve doğrudan yabancı yatırımları arttırarak ekonomik büyüme getirecektir¹³⁷. Ancak, bu düşüncenin şekillendiği Uruguay Turu müzakereleri sırasında (1986-1995 yılları arasında) fikrî mülkiyet hakları, uluslararası ticaret iktisatçılarına tamamen yabancı bir kavramdı ve gerçekçi analizlere dayanılmamıştı. Nitekim sonraki yıllarda yapılan analizlere bakıldığında farklı bir tablo ortaya çıkmıştır. Buna göre, doğrudan yabancı yatırımların oranını belirleyen faktörün, bir ülkenin belli bir sektöründeki fikrî mülkiyet rejiminin gücünden ziyade, fikrî mülkiyet rejiminin -yabancı yatırımcı nezdindeki- genel itibarı ile ilgili olduğu sonucuna varılmıştır¹³⁸.

Sert bir fikrî mülkiyet yaklaşımı öngören ilk dönemin ardından gelen direnc dönemindeyse, her türlü fikrî mülkiyet korumasına karşı çıkan ve faydasız gören bir fikrî mülkiyet karşıtı koalisyon oluşmuştur. Bu yaklaşım özellikle AIDS (HIV) krizi ve 2019 sırasında az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin ulusal sağlık problemlerini çözmeleri bakımından anlaşılabilir. Yine 2020'de küresel pandemi olarak ilan edilen COVID 19 salgınında, gelişmekte olan ülkelerin aşırı erişiminde yaşanan zorluklar da bu görüşleri güçlendirmiştir. Ancak bu yaklaşımı tüm alanlara yaymanın uzun vadede bir getirisi olmayacağı ifade edilmektedir¹³⁹. Bu tutum, özellikle patent hassasiyetinin gözetildiği belli sanayi alanlarında yatırımların önemli ölçüde azalmasına yol açabilir. Buna karşı

¹³⁵UNAIDS, *Feature Story, Getting to zero AIDS-related deaths: TRIPS and the potential impact of free trade agreements*, <https://bit.ly/3hg7iBC> (Erişim tarihi: 11.12.2019)

¹³⁶Gervais, 2015, **a.g.k.**, 103.

¹³⁷Gervais, 2015, **a.g.k.**, 103.

¹³⁸G. Halydier (2012). A hybrid legal and economic development model that balances intellectual property protection and economic growth: A case study of india, brazil, indonesia, and vietnam. *Asia-pacific law and policy journal*, 14, s. 99, K. E. Maskus (2004). The role of intellectual property rights in encouraging foreign direct investment and technology transfer. *Duke journal of comparative& international law*, 109-161, s. 112-113.

¹³⁹Gervais, 2015, **a.g.k.**, 105.

her ne kadar devlet teşvikleri gibi alternatif çözümler ortaya çıksa da bunlar da tek başına yeterli olmayacaktır.

Günümüzde ise kalibrasyon dönemi olarak adlandırılan aşamada, ülkelerin başarılı fikrî mülkiyet stratejilerini oluşturabilmesi için masetme kapasitesi (eğitim ve sosyal ilerlemeyi de içeren) ve girişimciliği hesaba katmaları beklenmektedir¹⁴⁰. Bu aşamada politika belirleyiciler çeşitli değişkenlerin ve mülahazaların bulunduğu, karmaşık denklemlerle ilgilenirler. Bu konuda en iyi örneklerden birisi de Çin'dir. Daha önce de açıklandığı gibi Çin, ulusal fikrî mülkiyet stratejisini oluştururken, kapsayıcı bir yaklaşımla pek çok değişkeni dikkate almış ve insan gücünü odak noktasına almıştır.

Görüldüğü gibi fikrî mülkiyet korumasında başlangıçta oldukça sert olan korumacı yaklaşım, yerini esnekliğe bırakmıştır. Ancak sınırsız bir esneklik, hele de devlet teşvikleri gibi alternatif bir strateji kullanılmadıkça, doğrudan yabancı yatırımlar ve yerel girişimlerde olumsuz bir etki doğurur. Bu nedenle fikrî mülkiyet haklarında esneklik benimsenirken, bu alanda sınırlamalar getirilirken, çok dikkatli olunması ve sektörel bazda ve koşullara göre özenli bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir¹⁴¹. Zira tüm fikrî mülkiyet hakları aynı olmadığı gibi, tüm sanayi dalları da fikrî mülkiyet korumasındaki değişikliklere aynı tepkiyi göstermez¹⁴².

2.3.1.3.3. Gelişmekte olan ülkeler için çözüm önerileri

Yüksek ve orta gelirli gelişmekte olan ülkeler, günümüz fikrî mülkiyet sistemi içinde kendi yaklaşımlarını nasıl oluşturmalıdır? Bu konuda temel olarak iki çözüm yolu olduğu söylenebilir: İktisadi Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (*Organisation for Economic Co-operation and Development*, OECD) ülkelerinin fikrî mülkiyet alanında izlediği yolu izlemek ve TRIPS'in izin verdiği ölçüde esnekliklerden faydalanmak veya kendi stratejilerini oluşturmak¹⁴³. Pek çok uzman ve akademisyen, denenmiş ve test edilmiş ilk yolu savunmaktadır. Bunda gelişmiş ülkelerden gelecek baskıyı engellemenin rolü büyüktür. Ancak bu yola karşı şu temel eleştiri getirilmektedir: Gelişmekte olan ülkeler,

¹⁴⁰Gervais, 2015, **a.g.k.**, 102-103.

¹⁴¹Gervais, 2015, **a.g.k.**, 103.

¹⁴²Gervais, 2015, **a.g.k.**, 103.

¹⁴³Reichman, 2014, **a.g.k.**, 115.

teknoloji ithal eden ülkelerin izlediği bu yolu izlerken, bu ülkelerin çözmekte zorlandığı ciddi sistematik problemlerle de karşı karşıya geleceklerdir¹⁴⁴.

Peki, gelişmekte olan ülkeler fikrî mülkiyet alanında kendi stratejilerini nasıl oluşturmali? Daha önce de açıklandığı üzere; gelişme, ekonomik verilerin büyük yer tuttuğu ancak bununla sınırlı tutulamayacak çok boyutlu bir kavramdır. Gelişmekte olan ülkelerin de gelişmiş ülkeler ligine girerken, bu çok boyutlu yaklaşımdan faydalanarak sofistike stratejiler oluşturmaları gerektiği savunulmuştur¹⁴⁵.

TRIPS'in kurduğu küresel sisteme karşı, gelişmekte olan ülkelere yükselen eleştiriler haklı görülebilir. Ancak bu ülkeler, TRIPS'in sunduğu bütün esneklik imkânlarından faydalanarak ve inovasyon temelli stratejilerini oluştururken insan kaynağı gibi belli alanlardaki güçlerini odağa alarak ilerleme sağlayabileceklerdir. İlerleyen dönemlerde, üreten ve ihraç eden konumuna geldikçe, bu ülkelerin de TRIPS'in kurduğu sistemden fayda sağlayacağı açıktır¹⁴⁶. Tüm bunlar yanında unutulmamalıdır ki; denklem iki taraflıdır: Gelişmekte olan ülkeler doğrudan yabancı yatırımlara, lisanslara ve güncel teknolojik ürünlere ihtiyaç duyduğu kadar; teknoloji ihraç eden ülkelerin de gelişmekte olan ülke pazarlarına ulaşmaya ihtiyacı vardır¹⁴⁷. Gelişmekte olan ülkelerin genel fikrî mülkiyet koruması TRIPS'in öngördüğü asgari standartları ve imkânları sağladığı sürece, teknoloji ihraç eden ülkeler bu cazip pazarlara ulaşmanın yollarını bulacaklardır.

¹⁴⁴Reichman, 2014, **a.g.k.**, 115.

¹⁴⁵Bu görüşe göre, şirketler ve iflas hukukuna ilişkin düzenlemeler, gelişmiş bir eğitim sistemi gibi pek çok unsuru bünyesinde barındıran sofistike bir altyapı olmaksızın, fikrî mülkiyet yasalarının tek başına yabancı yatırımları çekmesi veya ekonomik kalkınma sağlanması beklenemez. Bunlar yanında gelişmekte olan ülkelerin bilgiye erişim imkânlarını açması ve inovasyonu tetikleyen bir güç olarak sosyal refahı arttırmaya çalışması da gerekir (Reichman, 2014, **a.g.k.**, 143).

¹⁴⁶Daha önce açıklandığı üzere, farklı teoriler, gelişmiş ülkelerin yüksek fikrî mülkiyet standartları getirmeden önce diğer ülkeleri taklit ederek bulundukları noktaya ulaştıklarını gösterir (Gervais, 2015, **a.g.k.**, 96). Bu ülkeler, taklitte ulaştıkları seviyede, güçlü fikrî mülkiyet koruma standartlarından faydalanarak pozisyonlarını korumak ve güçlendirmek isterler.

¹⁴⁷Reichman, 2014, **a.g.k.**, 142.

2.3.2. Uluslararası tescil sisteminin kurulmasına yönelik sözleşmeler:

Madrid Anlaşması ve Madrid Protokolü

Markaların Milletlerarası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması¹⁴⁸ (Madrid Anlaşması), Madrid Protokolü'yle birlikte “Madrid Sistemi” denilen yapıyı oluşturmaktadır. Madrid Sistemi, dünya genelinde markaların tescili ve idaresini kolaylaştırmayı ve maliyetleri uygun hale getirmeyi amaçlayan bir sistemdir¹⁴⁹. Bu sistemin temel işlevi, sisteme taraf ülkelerden birisinde yapılacak tek bir tescil başvurusuyla, markanın diğer üye devletlerde de geçerli, uluslararası bir tescile sahip olmasıdır¹⁵⁰. Örneğin, Türkiye’den yapılan bir tescil başvurusu sayesinde bir Türk markasının diğer bir üye devlette de korunması mümkündür. Sistemin iki unsuru (Anlaşma ve Protokol) bulunmasına rağmen esasen günümüzde sistem, Madrid Protokolü üzerinden işlemektedir.

Sistemin temelini teşkil eden Madrid Anlaşması, markaların uluslararası düzeyde korunması amacıyla 1891 yılında imzalanmıştır. Madrid Anlaşması esasen Paris Anlaşması’na bağlı ve talî nitelikte bir anlaşmadır¹⁵¹. Bu nedenle Paris Anlaşması’na taraf olmak, Madrid Sistemi’ne dâhil olabilmek için önkoşul niteliğindedir. 1970’lere gelindiğinde, seksen yıllık süre zarfında, bu anlaşma yalnızca otuz ülke tarafından kabul edilmiştir. ABD, Japonya, İngiltere gibi sanayileşmiş ülkelerin Anlaşmaya taraf olmaması yeni bir sistem arayışına sebep olmuştur¹⁵². Bu çekimserliğin pek çok sebebi olmakla birlikte en önemlisi, uluslararası tescil için millî düzeyde tescilin ön şart olarak aranmasıdır¹⁵³. Diğer bir deyişle; bir markanın ülke içinde tescili tamamlanmamışsa, diğer ülkelerde tescili talep edilememektedir. Bu durum özellikle tescilin uzun sürdüğü, ön inceleme sistemini kabul eden ülkeler ile diğer ülkeler arasında dengesizlik oluşturmuştur.

¹⁴⁸Madrid Anlaşması 14.04.1891 tarihinde Madrid’de imzalanmıştır. Anlaşma toplam altı defa revize edilmiştir: Bunlar ise Brüksel (1900), Vaşington (1911), Lahey (1925), Londra (1934), Nis (1957) ve Stokholm (1967) revizyonlarıdır. 1979’da Stokholm metni üzerinde bir değişiklik gerçekleştirilmiştir.

¹⁴⁹WIPO, Madrid System, <https://www.wipo.int/madrid/en/> (Erişim Tarihi: 14.02.2020).

¹⁵⁰Madrid Sistemiyle ilgili detaylı bilgi için bkz: WIPO, *Making the most of the Madrid System*, <https://bit.ly/3uQUgxe> (Erişim Tarihi: 14.02.2020).

¹⁵¹Paris Anlaşması’na taraf devletlerden bazıları, Paris Anlaşması’nın kendilerine verdiği özel anlaşmalar yapma yetkisini (m. 11) kullanarak, Madrid Anlaşması ile markaların tesciline ilişkin özel bir birlik kurmuşlardır (Kırca, 2005, **a.g.k.**, 11).

¹⁵²Kırca, 2005, **a.g.k.**, 11.

¹⁵³Kırca, 2005, **a.g.k.**, 11. Diğer sebeplerle ilgili detaylı bilgi için aynı esere bkz.

Madrid Anlaşmasına ilişkin eleştiriler dikkate alınarak, 28 Haziran 1989’da Markaların Milletlerarası Alanda Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ile İlgili Protokol¹⁵⁴ (Madrid Protokolü, Protokol) kabul edilmiştir. Protokol, Madrid Anlaşması hükümlerini esas almakla birlikte, bağımsız nitelikte bir anlaşmadır.

Madrid Protokolü ile markaların tescili sistemi tamamlanmış ve günümüzdeki şekliyle “Madrid Sistemi” oluşmuştur. Madrid Sistemi’ne göre markaların uluslararası tescili üç aşamada gerçekleşir¹⁵⁵:

1) Menşe ülke ofisine başvuru: Menşe Ülke Ofisi’ne marka tescil başvurusu yapılır¹⁵⁶. Bunun ardından uluslararası tescil için aynı büroya ikinci bir tescil talebinde bulunulur. Menşe Büro, uluslararası tescil talebini onaylayarak Merkez Büro yani WIPO’ya iletir.

2) WIPO’nun şekli incelemesi ve başvurunun ilgili ülke ofislerine iletilmesi: WIPO talep üzerinde yalnızca şekli bir inceleme yapar. İnceleme, başvurunun Madrid Protokolü’ndeki gerekliliklere uygunluğuyla sınırlıdır. WIPO’nun onayıyla marka, Uluslararası Marka Siciline tescil edilerek WIPO Gazetesi’nde yayımlanır. WIPO daha sonra başvuru sahibine bir sertifika yollar ve markanın korunmak istendiği ülke ofislerini bilgilendirir. Bu aşamada henüz marka, ilgili ülkelerde korunmaya başlanmamıştır. Yalnızca tescil talebi ilgili ülkelerin ofislerine iletilmiştir.

3) İlgili ülke ofislerinin tescil talebiyle ilgili karar vermesi: Marka korumasının talep edildiği ülke ofisleri 12-18 ay içinde tescil talebiyle ilgili karar verir. Her ülke kendi millî hukukuna göre markanın tesciline karar verecektir. Bu kararlar WIPO tarafından Uluslararası Sicile kaydolunur.

Açıklanan süreçler sonucu gerçekleşen tescil, *on yıl* süreyle geçerlidir. Doğrudan WIPO’ya talep üzerine, ücret ödenerek bu süre, *onar yıllık sürelerle yenilenebilir*¹⁵⁷.

Uluslararası marka tescil başvurusu, Protokole taraf ülkede gerçek ve etkin sınai veya ticari bir kuruluşu olan veya bu ülkede yerleşik olan veya bu ülkenin tabiiyetinde

¹⁵⁴Protokolle ilgili detaylı bilgi için bkz.: WIPO, *Administered Treaties, Madrid Protocol*, https://www.wipo.int/treaties/en/registration/madrid_protocol/ (Erişim Tarihi: 14.02.2020).

¹⁵⁵WIPO, *How the Madrid System Works*, https://www.wipo.int/madrid/en/how_madrid_works.html (Erişim tarihi: 16.02.2020); TÜRKPATENT, Uluslararası Marka Tescil Sistemi, <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/Madrid> (Erişim Tarihi: 14.02.2020).

¹⁵⁶Halihazırda tescil edilmiş bir marka varsa doğrudan uluslararası tescil başvurusunda bulunulur.

¹⁵⁷Tescil, ilgili ülkelerin tamamında veya bazılarında geçerli olmak üzere yenilenebilir. Ancak uluslararası tescilli markanın mal ve hizmetlerinin bir kısmı için yenileme yapılamaz.

bulunan gerçek veya tüzel kişi tarafından yapılabilir¹⁵⁸. Yine marka koruması da yalnızca Madrid Sistemi'ne üye ülkelerde sağlanabilir¹⁵⁹. Örneğin, Sistem üyesi Türkiye'den yapılan bir uluslararası tescil talebinde; başvuru sahibi, tek bir başvuruyla markasının ABD'de, Birleşik Krallık'ta, İran'da tescilini talep edebilirken, Madrid Sistemi'ne üye olmayan Irak'ta tescilini talep edemeyecektir¹⁶⁰. Irak'ta da markanın korunmasını istediği takdirde, Irak makamlarına ayrıca marka başvurusunda bulunması gerekecektir.

Türkiye Madrid Anlaşması'na 1930 yılında taraf olmuştur¹⁶¹. Ancak Anlaşma'dan beklenen iktisadi ve mali faydayı göremeyen Türkiye, bu gerekçeyle 1955 yılında Madrid Anlaşması'ndan çekilme kararı vermiştir¹⁶².

Türkiye'nin Protokole taraf olması ise, Gümrük Birliği sürecinde verilen taahhüde dayanmaktadır¹⁶³. Türkiye, Avrupa Ekonomik Topluluğu'na (AET) verilen taahhüt çerçevesinde 1997 yılında Madrid Protokolü'ne taraf olmuş ve 01.01.1999 tarihi itibarıyla Protokol, Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir¹⁶⁴. Madrid Sistemi'nin ülkemizde uygulanmasına ilişkin 1999 tarihinde bir de Yönetmelik yayımlanmıştır¹⁶⁵.

Madrid Sistemi kapsamında Türkiye'nin menşe ofisi (*office of origin*) Türk Patent ve Marka Ofisi'dir (TÜRKPATENT)¹⁶⁶. Bu nedenle Türkiye'den yapılan uluslararası marka tescil talepleri TÜRKPATENT tarafından kabul edilerek WIPO'ya iletilir.

¹⁵⁸Madrid Sistemi'nin kuruluş, yerleşiklik veya tabiiyet bakımından, üye ülkeyle gerekli bağlantıya sahip olmayan gerçek veya tüzel kişiler tarafından kullanılamayacağı ifade edilmiştir. Bkz.: TÜRKPATENT, *Madrid Sistemi'nden Kimler Faydalanabilir?* <https://bit.ly/3VRY0uD> (Erişim tarihi: 18.02.2020).

¹⁵⁹TÜRKPATENT, Uluslararası Marka Tescil Sistemi.

¹⁶⁰Madrid Sistemi'ne dahil ülkeler için bkz.: WIPO, *Madrid System*, *WIPO Gazette*, https://www.wipo.int/madrid/en/madrigazette/remarks/2009/50/gaz_st3.htm (Erişim tarihi: 26.02.2020).

¹⁶¹1619 sayılı Kanun için bkz.: R.G. 29.05.1930, 1506. Türkiye, Lozan Antlaşması'na ek Ticaret Mukavelenamesinde Paris Anlaşmasına taraf olacağına ilişkin taahhüt vermiştir. Türk hükümeti hem Paris Anlaşması'nın hem de Madrid Anlaşması'nın yenilendiği 1925 Lahey Diplomatik Konferansı'na iştirak etmiş ve her iki anlaşmaya da katılmıştır. Sonuç olarak Türk devleti, Paris Anlaşması'na taraf olma yönündeki taahhüdü için katıldığı görüşmelerde, hiçbir yükümlülüğü bulunmamasına rağmen Madrid Anlaşması'na da taraf olmuştur (Kırca, 2005, **a.g.k.**, 9).

¹⁶²R.G. 20.07.1955, 9059. Kırca, 2005, **a.g.k.**, 9.

¹⁶³Türkiye, AET-Türkiye Ortaklık Konseyi'nin Gümrük Birliği'nin Son Dönemi'nin Uygulamaya Konmasına İlişkin 22.12.1995 ve 1/95 sayılı Kararı ile Protokole katılmayı taahhüt etmiştir: Kırca, 2005, **a.g.k.**, 9.

¹⁶⁴R.G. 22.08.1997, 23088 Mükerrer.

¹⁶⁵Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmanın Uygulanmasına İlişkin Protokolün Uygulanmasına Dair Yönetmelik (R.G. 12.03.1999, 23637).

¹⁶⁶TÜRKPATENT üzerinden nasıl başvuru yapılacağıyla ilgili detaylı bilgi için bkz.: TÜRKPATENT, *Uluslararası Marka Tescil Sistemi*, <https://bit.ly/3iWUJoH> (Erişim tarihi: 18.02.2020)

2.3.3. Markaların sınıflandırılması ve tescil prosedürüne ilişkin anlaşmalar

2.3.3.1. Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis (Nice) Anlaşması

Soyut bir hak olan marka hakkının tescili, somutlaştığı mal ve hizmetler üzerinden yapılır. Ancak bu mal ve hizmetler, devletler tarafından farklı sınıflamalara tabi tutulmuştur. Farklı sınıflandırma sistemlerinin yarattığı karmaşanın önüne geçmek amacıyla 15.06.1957 tarihinde Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis (Nice) Anlaşması imzalanmış ve Anlaşma 08.04.1961 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁶⁷. Anlaşmanın temel amacı, farklı devletler tarafından kullanılan çeşitli sınıflandırma sistemlerinin doğurduğu karmaşaya son vermektir¹⁶⁸. Bu sayede markasını farklı ülkelerde tescil ettirmek isteyen başvuru sahiplerinin zor durumda kalmaları önlenmektedir.

Nis Sınıflandırması, WIPO'nun selefi olan Fikrî Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Birleşik Ofis (*United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property, BIRPI*)'nin 1935 senesinde hazırladığı sınıflandırmayı temel almaktadır¹⁶⁹. Söz konusu sınıflandırma, otuz dört mal sınıfından ve bu malların alfabetik listesinden müteşekkildir. Daha sonra on bir hizmet sınıfı daha bu listeye eklenerek bugünkü şekliyle “Nis Sınıflandırması” oluşmuştur. Nis Sınıflandırması, gözden geçirilerek, her sene 1 Ocak'ta yürürlüğe girmek üzere WIPO web sitesinde yayımlanmaktadır¹⁷⁰.

Nis Anlaşmasına taraf olan devletler ve muhtelif uluslararası tescil otoriteleri¹⁷¹ bu sınıflandırmaya uymakla yükümlüdür¹⁷². Taraflar, Nis sınıflandırmasını aslî sistem kabul

¹⁶⁷Nis Anlaşması 14.07.1967 tarihinde Stokholm'de, 13.05.1977 tarihinde Cenevre'de yenilenmiştir. Türkiye 12.07.1979 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Anlaşmayı kabul etmiştir. Bkz.: R.G. 13.08.1995, 22373.

¹⁶⁸Nis sınıflandırmasının amaçları ve işleyişiyle ilgili detaylı bilgi için bkz.: Ö. E. Ünsal (2001). *Markaların tescili konusunda uluslararası Nis ve Viyana sınıflandırmaları: Amaç, işleyiş ve uygulamaya ilişkin değerlendirmeler*. Ankara: TPE Uzmanlık Tezi.

¹⁶⁹WIPO, *International Classifications, Nice*, <https://www.wipo.int/classifications/nice/en/preface.html> (Erişim tarihi: 11.04.2020).

¹⁷⁰Bkz.: WIPO, *IP PORTAL, Classifications*, <https://www.wipo.int/classifications/nice/nclpub/en/fr/> (Erişim tarihi: 11.04.2020).

¹⁷¹Benelux Fikrî Mülkiyet Ofisi (BOIP), AB Fikrî Mülkiyet Ofisi (EUIPO) ve diğerleri için bkz.: WIPO, *International Classifications, Nice*.

¹⁷²WIPO, *International Classifications, Nice*.

edebileceği gibi talî sistem olarak da kullanabilir¹⁷³. Taraflar, tescille ilgili işlemlerde ve tescilin yayımlanmasında, ilgili mal veya hizmetin ait olduğu sınıfı göstermekle yükümlüdür. Örneğin Türkiye’de yeni bir dondurma markası için tescil talebinde bulunulması durumunda, tescille ilgili evrakta dondurmanın ait olduğu sınıf olan “30” gösterilmelidir.

2.3.3.2. Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması

1973 yılında akdedilerek 1985 yılında tadil edilen Viyana Anlaşması¹⁷⁴, şekilli (figüratif) elemandan oluşan veya şekil içeren markalara ilişkin bir sınıflandırma sistemi kurmuştur¹⁷⁵.

Nis Anlaşması’yla markanın konusu olan mal ve hizmetler sınıflandırılırken, Viyana Anlaşması’nda sınıflandırma konusu, markanın şekli (figüratif) unsurudur. Örneğin *Camel* markasının konusu olan paketli tütün sigarası, Nis sınıflandırmasında “tütün, çiğneme tütünleri, sigaralar, purolar” başlıklı 34’ncü sınıfta yer alırken, markada yer alan deve sembolü Viyana sınıflandırmasında “Hayvanlar” başlıklı 3’ncü sınıfta, deve, lama ve alpakistanların yer aldığı 3.2.13’e girmektedir¹⁷⁶.

Viyana Anlaşması’nın iki temel amacı bulunmaktadır: Benzer markalar için aramayı kolaylaştırmak ve birden fazla ülkede yapılacak başvurular için farklı ulusal sınıflandırmaları dikkate alma zorunluluğunun önüne geçmek¹⁷⁷. Anlaşma sayesinde, taraf devlet ofislerinin yapacağı figüratif benzerlik aramalarında hız ve güvenliğin tesisi sağlanmıştır¹⁷⁸. Zira başvuru sahipleri, farklı ülkelerde değişik sınıflandırma sistemleri yerine tek bir sınıflandırma sistemi ile işlemlerini tamamlayabilmektedir.

¹⁷³WIPO, *International Classifications, Nice*. Türkiye Nis Sınıflandırmasını aslî sistem olarak kullanmaktadır. Bkz.: Paslı, 2014, **a.g.k.**, 128.

¹⁷⁴12.06.1973 tarihinde akdedilen Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması için bkz.: WIPO IP Portal, WIPO Lex, <https://wipo.lex.wipo.int/en/text/294836> (Erişim tarihi: 12.04.2020).

¹⁷⁵WIPO, *Administered Treaties*, <https://bit.ly/3utnnFr> (Erişim tarihi: 12.04.2020).

¹⁷⁶Viyana sınıflandırması için bkz.: WIPO, *IP Portal, Vienna Classification*, <https://bit.ly/3YwCTjh> (Erişim tarihi: 12.04.2020).

¹⁷⁷Ünsal, 2001, **a.g.k.**, 69.

¹⁷⁸Ünsal, 2001, **a.g.k.**, 69.

Türkiye, 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Viyana Anlaşması'na katılımı kabul etmiş ve Anlaşma 01.01.1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁷⁹.

2.3.3.3 Marka Kanunu Anlaşması

Marka Kanunu Anlaşması (*Trademark Law Treaty, TLT*), ulusal ve bölgesel tescil prosedürlerini basitleştirerek, bu prosedürler arasında yeknesaklık sağlamak amacıyla 27.10.1994 tarihinde İsviçre, Cenevre'de imzalanmıştır.

Anlaşma, marka ofislerine yapılan ve üç aşamada incelenebilecek marka tescil talebi süreçlerini düzenlemektedir. Bunlar; tescil talebi, başvuru sonrası değişiklikler ve yenilemedir. Her aşamada izlenecek prosedürler net bir şekilde gösterilerek, talep edilecek evraklar sayılmış ve bu evraklar matbu form olarak sunulmuştur¹⁸⁰. Anlaşma, marka tescilinden feragat ve devir dışındaki imzalar için, imza tasdiki veya noter onayı aranmasını kaldırmıştır¹⁸¹.

Türkiye, Anlaşma'yı 1994 yılında imzalamış olmasına rağmen, ilgili Anlaşma ancak 2005 yılından bu yana iç hukukumuzda uygulanmaktadır¹⁸². Anlaşma'nın uygulanmasıyla ilgili olarak Marka Kanunu Anlaşması Uygulama Yönetmeliği çıkarılmıştır¹⁸³.

2.3.4. Fikrî mülkiyet hukuku alanında faaliyet gösteren uluslararası örgütlerin kurucu sözleşmeleri

2.3.4.1. Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü (WIPO) Kurucu Sözleşmesi

19. yy.'ın ikinci yarısında fikrî mülkiyet haklarına ilişkin akdedilen iki önemli sözleşme olan Paris ve Bern Sözleşmeleri; sözleşmelerin yürütülmesi için uluslararası büroların kurulmasını öngörmekteydi. Bu nedenle her bir sözleşme için iki ayrı sekreteryaya kurulmuştu. 1893 yılında söz konusu iki sekreteryaya birleştirilerek BIRPI meydana getirilmiştir.

¹⁷⁹R.G. 13.08.1995, 22373.

¹⁸⁰WIPO, *Administered Treaties, TLT*, https://www.wipo.int/treaties/en/ip/tlt/summary_tlt.html (Erişim tarihi: 12.04.2020).

¹⁸¹Bağırar, 2015, **a.g.k.**, 24.

¹⁸²Anlaşmayı katılmayı uygun bulan 5118 sayılı kanun için bkz.: R.G. 14.04.2004, 25433. Anlaşma metni için bkz.: R.G. 23.09.2004, 25592.

¹⁸³R.G. 23.09.2004, 25592.

1893 yılında kurulan ve genel merkezi İsviçre'nin Bern kentinde yer alan BIRPI, 1970 yılına kadar faaliyet göstermiştir. 1970 yılında Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kurucu Anlaşması'nın¹⁸⁴ yürürlüğe girmesiyle BIRPI, Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü'ne (*World Intellectual Property Organization*, WIPO) dönüştürülmüştür¹⁸⁵.

WIPO, taraf devletlerin yönettiği, hükümetler arası bir örgüt niteliğindedir¹⁸⁶. Örgütün genel merkezi İsviçre'nin Cenevre kentinde yer alır. Kuruluşundan dört yıl sonra WIPO, BM'ye entegre edilmiştir. Halihazırda BM'nin on yedi ihtisas örgütünden birisi olarak faaliyetlerini sürdürmektedir¹⁸⁷.

WIPO'nun iki temel amacı bulunmaktadır: Dünya genelinde fikrî mülkiyet haklarının korunmasını desteklemek ve WIPO nezdinde yürütülen anlaşmalarla kurulan fikrî mülkiyet birlikleri arasındaki idarî iş birliğini temin etmek. Bu amaçlara ulaşmak için WIPO, fikrî mülkiyet haklarının korunmasındaki standartları belirleyen anlaşmalar hazırlamakta, fikrî mülkiyet alanında devletlere teknik ve hukukî destek sağlamakta, uluslararası sınıflandırmalarda yeknesaklığı sağlamak amacıyla devletlerin patent ofisleri arasında iş birliğini temin eder ve sınai mülkiyet haklarının tesciline ilişkin faaliyetlerde bulunmaktadır¹⁸⁸. Markaların uluslararası tescilini sağlayan Madrid Sistemi de WIPO bünyesinde yürütülmektedir.

Türkiye, 12 Şubat 1976'da Sözleşmeye taraf olmuştur. Aynı yılın mayıs ayında Sözleşme, Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir¹⁸⁹. Günümüzde 193 ülke WIPO üyesidir.

2.3.4.2. Dünya Ticaret Örgütü (WTO) Kurucu Sözleşmesi

II. Dünya Savaşı sonrası çökme noktasına gelen dünya ticaretinin güçlendirilmesi amacıyla, ticaretin önündeki tarife, gümrük vergisi gibi engellerin kaldırılması öncelik haline gelmiştir. Bu amaçla 1947 yılında yirmi üç ülke tarafından Gümrük Tarifeleri ve

¹⁸⁴14 Haziran 1967 tarihinde Stokholm'de imzalanan WIPO Kurucu Anlaşması'nın 1979'da revize edilmiş güncel metni için bkz.: WIPO, *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*, https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283854 (Erişim tarihi: 08.09.2020).

¹⁸⁵WIPO'nun kısa tarihçesi için bkz.: WIPO, *Brief History*, <https://www.wipo.int/about-wipo/en/history.html> (Erişim tarihi: 08.09.2020).

¹⁸⁶WIPO, *Brief History*.

¹⁸⁷Bkz.: WIPO, *Summary of the Convention Establishing the World Intellectual Property Organization* (WIPO Convention) (1967), <https://bit.ly/3i8RzPW> (Erişim tarihi: 08.09.2020).

¹⁸⁸WIPO, *Summary of the WIPO Convention*.

¹⁸⁹Türkiye, Sözleşmeye m. 21/2-a hükmüne çekince koyarak taraf olmuştur. 12 Mayıs 1976'da Türkiye bakımından yürürlüğe giren sözleşme için bkz.: WIPO- *Administered Treaties, Contracting Parties, WIPO Convention*, <https://bit.ly/2Fl30oT> (Erişim tarihi: 08.09.2020).

Ticaret Genel Anlaşması (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) imzalanarak 1948 yılında yürürlüğe girmiştir¹⁹⁰.

Başlangıçta GATT'ın, BM bünyesinde uluslararası ticarete ilişkin bir uluslararası örgütün kuruluşuna kadar geçici nitelikte olması planlanmıştır. Ancak planlanan örgüt kurulamayınca GATT çatısı altında dünya ticaretine yön veren bir dizi anlaşma yapılmıştır. GATT bünyesindeki Uruguay Turu müzakereleri¹⁹¹ neticesinde imzalanan 15 Nisan 1994 tarihli Marakeş Anlaşması ile Dünya Ticaret Örgütü (*World Trade Organization*, DTÖ, WTO) kurulmuş¹⁹² ve GATT örgüt bünyesine dâhil edilmiştir¹⁹³. DTÖ faaliyetlerine 1 Ocak 1995'te başlamıştır. DTÖ'yü Kuran Anlaşma ve Ekleri, Türkiye tarafından 29.01.1995 tarihinde kabul edilmiştir¹⁹⁴.

Kendi tanımıyla DTÖ, ülkeler arası ticaretin kurallarını düzenleyen, küresel, uluslararası bir örgüttür¹⁹⁵. Örgütün temel amacı, uluslararası ticaretin mümkün olduğunca sorunsuz, öngörülebilir ve özgür şekilde işlemlerini temin etmektir¹⁹⁶. Bu amaca ulaşılmasında kullanılan temel enstrüman ise uluslararası ticaret anlaşmalarıdır.

GATT'ın yapısındaki eksiklikler nedeniyle gerçekleştiremediği hedefleri tamamlamak için oluşturulan sistemde, uluslararası mal ticareti, sunulan hizmetlerin ülkeler arası dolaşımı ve fikri mülkiyet haklarının korunması konuları üzerinde durulmuştur. GATT, uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının bulunmaması ve yaptırım gücünün olmaması nedeniyle beklenen etkinliği sağlayamamıştır¹⁹⁷. Bu eksiklikler DTÖ'de giderilerek uyuşmazlık çözüm mekanizmaları ve kurallara uymayan ülkeler için yaptırımlar düzenlenmiştir¹⁹⁸.

¹⁹⁰GATT metni için bakınız: WTO, *GATT*, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf (Erişim tarihi: 08.09.2020).

¹⁹¹GATT'ın tamamlanmasını müteakip sekiz tur yapılmıştır. Bunların sonuncusu Uruguay Turu müzakereleri olmuştur.

¹⁹²Aynı anlaşmanın 1C ekiyle Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Anlaşması (TRIPS), kabul edilmiştir. DTÖ'yü kuran Marakeş Anlaşması için bkz.: UN, *Treaties, Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization*, <https://bit.ly/3m809AD> (Erişim tarihi: 09.09.2020).

¹⁹³Günümüzde GATT'in uygulanmasından sorumlu birim WTO bünyesindeki Mal Ticareti Konseyi'dir (*The Council for Trades in Goods*). Konsey WTO üye ülkelerinin temsilcilerinden oluşur. Bkz.: WTO, *GATT&goods council*, https://www.wto.org/english/tratop_e/gatt_e/gatt_e.htm (Erişim tarihi: 09.09.2020).

¹⁹⁴Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 29.01.1995 tarih ve 22186 sayılı Resmî Gazete 'de yayınlanmıştır. Anlaşma metni ve ekleri için bkz.: R.G. 25.02.1995, 22213.

¹⁹⁵WTO, *About WTO*, https://www.wto.org/english/thewto_e/thewto_e.htm (Erişim tarihi: 09.09.2020).

¹⁹⁶WTO, *About WTO*.

¹⁹⁷Bağır, 2015, **a.g.k.**, 27.

¹⁹⁸Bağır, 2015, **a.g.k.**, 27.

DTÖ'nün temel hedefleri uluslararası ticaretin önündeki engelleri ortadan kaldırmak, ticaret kurallarını şeffaflaştırmak, ticaret işlemlerini kolaylaştırarak küresel ticaret hacmini artırmaktır. Örgütün kabul ettiği temel uluslararası ticaret ilkeleri ise mütekabiliyet, en fazla müsaadeye mazhar millet ilkesi ve millî muamele ilkesidir¹⁹⁹. DTÖ, selefî olan GATT'a kıyasla daha geniş bir alanda uluslararası ticareti düzenler. GATT, daha ziyade emtia ticaretini düzenlerken, DTÖ, bünyesinde akdedilen anlaşmalarla, hizmet ticareti ve fikrî mülkiyet haklarını da kapsamına almıştır²⁰⁰.

3. TÜRK HUKUKUNDA MARKA HAKKININ KORUNMASI

3.1. Türk Hukukunda Marka Hakkına İlişkin Düzenlemelerin Gelişimi

Osmanlı İmparatorluğu döneminde markalara ilişkin yapılan ilk düzenleme, 1872 tarihli Nizamnamedir²⁰¹. Bunun ardından 1888 yılında “Fabrika Mamulatıyla Eşya-i Ticariyeye Mahsus Alâmeti Farikalara Dair Nizamname” (Alametifarika Nizamnamesi) çıkarılmıştır²⁰². Alametifarika Nizamnamesi, 1928 yılındaki talimatname ışığında, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan sonra da uygulanmaya devam edilmiştir. Alametifarika Nizamnamesinin gelişen ekonominin ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalması nedeniyle, 1965 yılında 551 sayılı Markalar Kanunu²⁰³ kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

Gümrük Birliği üyeliği hazırlık sürecinde Türkiye, TRIPS anlaşmasını uygulamak, fikrî mülkiyet alanındaki birtakım uluslararası anlaşmalara taraf olmak ve AB'de bu alanda uygulanan standartları sağlamak yükümlülüğü altına girmiştir²⁰⁴. Bu yükümlülüğün gereği olarak 1995 yılında fikrî mülkiyet alanında pek çok kanun hükmünde kararname kabul edilmiştir²⁰⁵. Marka hakkına ilişkin olarak ise 556 sayılı

¹⁹⁹Brookings Institute, *The WTO and GATT: A Principled History*, <https://brook.gs/30fIBJF>, 16 -18 (Erişim tarihi: 28.09.2020).

²⁰⁰WTO, *the history of multilateral trading system*, https://www.wto.org/english/thewto_e/history_e/history_e.htm (Erişim tarihi: 28.09.2020).

²⁰¹S. Arkan (1997). *Marka hukuku*, Cilt I. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 520, s. 13.

²⁰²Arkan, 2019, **a.g.k.**, 295.

²⁰³R.G. 12.03.1965, 11951.

²⁰⁴Arkan, 1997, **a.g.k.**, 19. Türkiye-AET Ortaklık Konseyi'nin 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı kararı ile Türkiye söz konusu taahhüdü vermiştir.

²⁰⁵Türk Patent ve Marka Kurumu, tarihçe, <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/History> (Erişim tarihi: 16.04.2020).

Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname²⁰⁶ (Marka KHK) kabul edilerek, 551 sayılı Markalar Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır²⁰⁷.

556 sayılı KHK ile marka korumasında bütüncül bir sistem getirilmeye çalışılmış ve marka korumasının Avrupa Ekonomik Topluluğu mevzuatı ile uyumlu hale getirilmesi amaçlanmıştır. Ancak Anayasa m. 91'in birtakım mülkiyet haklarının KHK ile düzenlenmesini yasaklayan hükmüne binaen Anayasa Mahkemesi, sınai mülkiyet haklarına ilişkin KHK'ların bazı hükümlerini, farklı tarihlerdeki kararlarıyla iptal etmiştir²⁰⁸. 556 sayılı Marka KHK'nın çeşitli hükümleri de bu kapsamda iptal edilmiştir²⁰⁹. AYM'nin bu kararları neticesinde sınai mülkiyet alanında kurulmaya çalışılan sistemin bütünlüğü sarsılmıştır. Böylece sınai mülkiyet alanında bütüncül bir mevzuata olan ihtiyaç da artmıştır. Bu ihtiyacın sonucu olarak, 22.12.2016 tarihinde 6769 sayılı SMK TBMM tarafından kabul edilerek, 10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun, sınai mülkiyet alanında pek çok değişiklik getirmiş ve yürürlüğe girmesiyle 556 sayılı KHK da ilga olmuştur.

3.2. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve Marka Hukukuna Getirdiği Yenilikler

6769 sayılı SMK'ın 10 Ocak 2017'de yürürlüğe girmesiyle, Türk fikrî mülkiyet hukuku alanında köklü bir değişim yaşanmıştır. Bu kanun ile daha önce farklı KHK'larda düzenlenen ve dağınık halde bulunan sınai mülkiyet hakları, tek çatı altında toplanmıştır²¹⁰. Her hak için düzenlenen özel hükümler yanında, ortak hükümler başlığı altındaki koruma hükümleriyle de KHK'larda görülen tekrarın önüne geçilmiştir²¹¹. 6769

²⁰⁶R.G. 27.06.1995, 22326.

²⁰⁷Ancak 556 sayılı Markalar Kanunu, 4128 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkmıştır. 4128 Sayılı Kanun ile cezai hükümler düzenleme altına alınmıştır.

²⁰⁸Fikrî mülkiyet haklarının mülkiyet niteliği ve anayasal anlamda mülkiyet hakkı teşkil edip etmediğiyle ilgili detaylı bilgi için bkz.: Lemley, 2018, **a.g.k.**, 91 vd.

²⁰⁹Anayasa Mahkemesi, 14.12.2016 tarihli, E. 2016/148, K. 2016/149 sayılı kararında şu ifade kullanılmıştır: "... özünde bir "mülkiyet hakkı" olan "marka hakkı" ancak yasa ile sınırlanabilecek iken, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 91. maddesine aykırı şekilde Kanun Hükmünde Kararname ile Marka Hakkının sınırlanması, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olup, bu nedenle dahi anılan KHK'nın 14. maddesinin iptali gereklidir." (Kaynak: AYM web sitesi). Ayrıca bkz.: AYM T. 03.01.2008, E.2005/15, K. 2008/2 (Kaynak: R.G. 05.07.2008, 26927).

²¹⁰SMK'nın yürürlüğe girmesinden önce farklı türdeki sınai haklar şu KHK'lar ile korunmaktaydı:

- 551 sayılı Patentlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- 5147 sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun
- 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Hakkın Korunması Hakkında Kanun.

²¹¹K. Kılıçoğlu Yılmaz (2017). 6769 sayılı sınai mülkiyet kanunu. *Ankara barosu dergisi, fikrî mülkiyet özel sayısı*, S.1, s. 17.

sayılı SMK, mülga KHK’lardaki düzenlemeleri temel almakla birlikte -özellikle marka hukuku alanında- önemli değişiklikler de getirmiştir. 6769 sayılı SMK’nın fikrî mülkiyet haklarına ilişkin getirdiği yenilikler, geniş bir alanda incelenebilir²¹². Ancak bu başlık altında çalışmamızın konusu olan marka hakkı özelinde bir inceleme yapılacaktır.

Marka KHK’da marka olabilecek işaretler sınırlı sayıda gösterilmemekle birlikte, m. 5/1’de aranan çizimle görüntülenebilme şartı önemli bir sınırlama teşkil etmekteydi. SMK’nın getirdiği önemli yeniliklerden ilki, markanın *çizimle görüntülenebilmesi şartının kaldırılması*²¹³. Böylece ses, hareket, pozisyon markaları gibi yeni marka türlerinin tescili kabul edilmiştir (SMK m. 4). Bu sayede TRIPS ve AB mevzuatıyla uyum sağlanmıştır²¹⁴. Ses markaları, üç boyutlu markalar, hareket markaları gibi geleneksel olmayan marka türlerinin başvurularında aranan ilave şartlar, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik²¹⁵ (SMKY) m. 7 hükmünde gösterilmiştir.

Kanunla gelen bir diğer önemli yenilik, markanın kullanılmamasına bağlanan sonuçlardır²¹⁶. Marka başvurusu yapıldıktan sonra, nispi ret nedenlerinin sayıldığı m. 6/1’e göre yayıma itiraz mümkündür. Ancak bu hükme dayanan kötü niyetli marka sahiplerinin yeni tescillere engel olmasını önlemek amacıyla m. 19/2 düzenlemesi getirilmiştir. İlgili hüküm uyarınca, başvuru sahibinin talebi üzerine, marka başvurusunun yayımına itiraz eden taraftan markayı kullandığına ilişkin delil sunması talep edilebilecektir. Örneğin, 2017’de (X) markasının, ayakkabılar için (A) şirketi (Şti.) tarafından tescil ettirildiğini düşünelim. Ancak marka sahibi, markayı aktif olarak kullanmamış, üretim yapmamıştır. 2020 yılında B şirketi tarafından (X)’in ayakkabı markası olarak tescili için yeniden başvuru yapılmıştır. Marka başvurusunun ilanı üzerine (X) markası sahibi (A) Şti., SMK m. 6/1 uyarınca marka başvurusuna itiraz eder. Bu durumda (A), m. 19/2’ye dayanarak kullanmama def’ini ileri sürebilecektir. (A) Şti.,

²¹²Bu değişiklikler detaylı incelenmeyecek olmakla birlikte, önemli bir değişikliğe dikkat çekilmelidir: SMK ile sınai mülkiyet haklarıyla ilgili süreçleri yöneten Türk Patent Enstitüsü’nün adı Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) olarak değiştirilmiştir. Bkz.: TÜRKPATENT, tarihçe, <https://www.turkpatent.gov.tr/tarihce> (Erişim tarihi:18.04.2022).

²¹³Marka KHK m. 5/1

²¹⁴M. Abacıoğlu Viskuşenko (2018). Markalar ile ilgili sınai mülkiyet kanunu’nda yer alan değişiklikler. *Ankara barosu dergisi*, 2018(1), s. 56.

²¹⁵R.G. 24.04.2017, 30047.

²¹⁶Nitekim kanun koyucu amacını açıkça “tescilli markaların piyasada daha etkin kullanımını sağlamak ve kullanılmayan mal ve hizmetler için marka tescil talebinde bulunulmasının önüne geçmek” olarak ortaya koymuştur. SMK’nın genel gerekçesi için bkz.: SMK Genel Gerekçesi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0699.pdf> (Erişim tarihi: 22.12.2020).

başvuru veya rüçhan tarihinden önceki son beş yıl içinde markayı kullandığını ispat edememesi durumunda, TÜRKPATENT itirazı reddedecektir. Görüldüğü üzere bu hükümle kullanılmayan marka sahiplerinin sonraki tescillere engel olmalarının önüne geçilmiş ve markanın aktif kullanımı teşvik edilmiştir. Yine SMK m. 9'da tescil tarihinden itibaren beş yıl süreyle ciddi biçimde kullanılmayan veya beş yıl süreyle kullanımına ara verilen markanın iptaline karar verileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile de markanın kullanılması teşvik edilmiştir. Üstelik markaların iptali için mahkemeye gitmek yerine TÜRKPATENT nezdinde bir iptal başvurusu yeterli olacaktır.

Mülga KHK döneminde tescilli markaların iptali ve hükümsüzlüğü için mahkemeye başvuru şartı aranmaktaydı. Bu nedenle marka hakkı ihlallerinde gereken hız sağlanamamaktaydı. Bu sıkıntının önüne geçmek amacıyla SMK m. 26 ile TÜRKPATENT nezdinde *idari iptal* mümkün hale gelmiştir. İdari iptale: markanın kullanılmaması, markanın jenerik hale gelmesi, markanın halkı yanıltması, garanti ve ortak markaların teknik şartnameye aykırı kullanılması hallerinde başvurulabilir. Ancak bu hüküm 2024 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanacaktır²¹⁷.

Marka tescil talepleriyle ilgili getirilen önemli bir değişiklik ise tescil edilmiş bir marka veya benzeri için yeniden tescil talebinde bulunulabilmesidir. SMK m. 5/3 gereği, tescil edilmiş bir markanın sahibinden alınan noter onaylı muvafakatname ile aynı marka için yeniden tescil talebinde bulunulabilecektir. Bu sayede bir markanın iki kişi adına tescil edilmesinin de önü açılmış olmaktadır. Kanun'un genel gerekçesinde söz konusu hüküm ile başvuru sahiplerinin piyasada birlikte var olma yönünde ortaya koydukları iradenin korunması amaçlandığı ifade edilmiştir²¹⁸.

SMK ile Marka KHK'da öngörülen marka korumasının kapsamı da genişletilmiştir. Kanun m. 7/3/e-f uyarınca, işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması ve işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlara konu yapılması da marka ihlali kapsamında kabul edilmiştir.

²¹⁷Yürürlük konulu m. 192 gereği, iptale ilişkin m. 26, Kanun'un yayımı tarihinden itibaren yedi yıl sonra, yani 10.01.2024'ten itibaren uygulanmaya başlanacaktır. SMK'nın Geçici Madde 4/1 ifadesi gereği; bu tarihe kadar iptal yetkisi, ilgili maddedeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından kullanılacaktır (Abacıoğlu Viskuşenko, 2018, **a.g.k.**, 74).

²¹⁸Bkz.: SMK Genel Gerekçesi.

1999'dan bu yana Türkiye'de uygulanmakta olan Madrid Protokolü kapsamında yapılan uluslararası marka başvurularına ilişkin mülga KHK kapsamında herhangi bir düzenleme mevcut değildi²¹⁹. SMK m. 14 ile Madrid Sistemi kapsamında yapılan uluslararası başvurular da yasal dayanağa kavuşmuştur.

Bunlar yanında marka sahibinin sessiz kalması nedeniyle hak kaybı (m. 25/6); marka suçlarının kapsamının genişletilmesi²²⁰(m. 30/1); marka sahipleri açısından büyük bir sorun teşkil eden ceza yargılaması süresince depo masraflarına katlanma zorunluluğunu ortadan kaldıran taklit markalı mallara *hızlı imha prosedürü* (m. 163), SMK'nın marka hukukunda getirdiği diğer önemli değişikliklerdendir.

Konumuz bakımından en önemli değişiklik ise tükenme konusunda kabul edilen yeni yaklaşımdır. Mülga Marka KHK döneminde kabul edilen ülkesel tükenme ilkesi²²¹ yerine SMK'da *uluslararası tükenme* ilkesi benimsenmiştir. Tükenmeyle ilgili bu değişiklik neticesinde artık markaya konu malların dünyanın herhangi bir yerinde piyasaya sürülmesinden sonra, marka sahibinin ürün üzerindeki hakkı tükenmiş olacaktır. Buna göre, ürünlerin dünyanın herhangi bir yerinde piyasaya sürülmesinden sonra bu ürünlerin dünyanın herhangi bir yerinde satışı, piyasaya sürülmesi, yeniden ithali ve/veya paralel ithali mümkündür²²². Bu nedenle örneğin; Türkiye'de tescilli bir marka sahibi, ürünleri henüz Türkiye'de piyasaya sürmemiş olsa dahi, aynı markalı mallarını yurtdışında piyasaya sürdüğü takdirde, ürünlerinin paralel ithaline engel olamayacaktır²²³.

3. 3. Genel Olarak Türk Hukukunda Markaya Sağlanan Koruma

Fikrî mülkiyet haklarının mutlak hak niteliğinin sonucu olarak, markada hak sahipliğinin “müspet” ve “menfi” olmak üzere iki cephesi bulunur. Bunlar ise hak

²¹⁹Abacıoğlu Viskuşenko, 2018, **a.g.k.**, 76.

²²⁰Marka KHK m. 61 düzenlemesi “*Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeydi. SMK ile ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden ve depolayan kişiler de bu hükme eklenmiştir.

²²¹556 sayılı Marka KHK m. 13 ifadesinde açıkça “*Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak, marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır.*” denilerek ülkesel tükenme kabul edilmekteydi.

²²²Çolak, 2018, **a.g.k.**, 611.

²²³Tükenme ilkesindeki bu değişikliğe rağmen tükenmenin istisnası, mülga KHK'dan (m. 13/2) aynen aktarılmıştır. Buna göre marka hakkı sahibi, ürünlerin üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme hakkına sahiptir.

sahibine yararlanma ve önleme/yasaklama hakları verir²²⁴. Hakkın müspet yönü gereği marka hakkı sahibi, markasından dilediği gibi yararlanarak ekonomik menfaat elde edebilir²²⁵. Örneğin, (X) markası sahibi, lisans sözleşmeleri ile lisans bedelleri sayesinde önemli maddi ekonomik kazanç elde edebilir veya dilerse markasını sadece kendisi kullanabilir. Hakkın menfi yönü ise marka hakkı sahibinin hakkını üçüncü kişilere karşı koruyabilecek önlemleri almasına imkân verir. Bu durum özellikle üçüncü kişilerin markadan izinsiz yararlanmasına engel olunması ve gerektiğinde tazminat davası açılması şeklinde ortaya çıkar (SMK m. 29, m. 149)²²⁶. Önleme/yasaklama yönüyle marka hakkı, üçüncü şahısların markayı izinsiz kullanımına engel olma ve koruma talep etme imkânı sağlar.

Markanın mutlak hak niteliğinin sağladığı önleme/yasaklama yetkileri, marka korumasının temelini oluşturmaktadır. Bu koruma ise temelde hakkın tescilli olup olmamasına göre değişmektedir. Türk hukukunda marka koruması tescilli haklar bakımından SMK, tescilsiz haklar bakımından TTK m. 56 vd. haksız rekabet hükümleri ile sağlanmıştır²²⁷. Bununla birlikte tescilsiz markaların tamamen SMK sisteminin dışında da bırakıldığı söylenemez²²⁸. Özellikle tanınmış markalar için ve ticarete kullanımla hak elde edilen markalar için sağlanan koruma bu durumun en açık göstergesidir²²⁹. Yine tescilli haklar bakımından da şartları bulunduğu takdirde haksız rekabet hükümlerine başvurma imkânı bulunmaktadır.

3.3.1. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda marka koruması

SMK m. 7/1'de düzenlenen “*Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.*” ifadesiyle, hakkın sağladığı önleme/yasaklama yetkilerinden faydalanılması için markanın tescil edilmesi gerektiği hüküm altına almıştır. Bu düzenleme ile marka

²²⁴Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 459; Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 381.

²²⁵Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 459; Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 381.

²²⁶Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 460.

²²⁷N.F., Nomer Ertan (2020). *Fikrî mülkiyet ve haksız rekabet hukuku ilişkisi: Fikrî ve Sınai Haklar Sempozyumu* (Ed.A. K. Altıparmak), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 22 vd.

²²⁸Nomer Ertan, 2020, **a.g.k.**, 22 vd. Bkz: SMK m. 5/2, m. 6/3, m. 6/5, m. 6/6, m. 12 ve m. 25.

²²⁹SMK m. 6: “(3) 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. (4) Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesi bağlamındaki tanınmış markalar ile aynı veya benzer nitelikteki marka başvuruları, aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedilir.”

korumasında tescil esasının kabul edildiği söylenebilir²³⁰. İlgili hüküm gereği markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı tescilin yayımı tarihinden itibaren hüküm ifade eder²³¹. Türk marka hukukunda tescil ilkesi benimsenmiş olmakla birlikte, gerçek hak sahipliği de korunmuştur²³². SMK m. 155 hükmü gereği önceki tarihli hak sahiplerine karşı açılan tecavüz davasında, marka hakkı sahibi marka hakkını savunma gerekçesi olarak ileri sürememektedir. SMK'nın bahsi geçen düzenlemeleri ışığında, gerçek hak sahipliği ile tescil ilkesi arasında karma bir sistemin oluşturulduğu ifade edilmiştir²³³. Bu karma sistem neticesinde Türk hukukunda marka hakkının iki şekilde kazanılması mümkündür: a) Markanın ilk kez tescil ettirilmesiyle veya b) Markanın ilk defa kullanılması suretiyle²³⁴.

Marka hakkının sağladığı korumayla ilgili en önemli hususlardan birisi de korumanın kapsamıdır. SMK sisteminde markalar, hangi sınıf mal ya da hizmet için tescilli ise yalnızca o sınıf için koruma sağlar. Dolayısıyla marka koruması tescil olunan mal/hizmet sınıfı ile sınırlıdır²³⁵. Örneğin tanınmış olmayan ve ayırt ediciliği bulunmayan 3. sınıfta tescilli Pırıl isminde bir deterjan markası düşünelim. *Pırıl* markası sahibi, 14. sınıfta yer alan ve kuyumculuk eşyaları için tescilli *Pırıl Mücevherat*'a karşı herhangi bir hak talebinde bulunamayacaktır. Marka korumasının yalnızca tescil sınıfıyla sınırlı olması kuralının istisnası, tanınmış ve ayırt ediciliği yüksek markalardır. Bu markalara her sınıfta korunma sağlanmıştır.

Sonuç olarak, SMK'nın sağladığı kapsamlı korumadan faydalanmak için tescil ön koşuldur. Bununla birlikte bir markayı ilk kez ihdas eden ve kullanan kişinin markayı tescil ettirme mecburiyeti yoktur²³⁶. Tescil yalnızca hak sahibine SMK ile daha kapsamlı

²³⁰Çolak, 2018, **a.g.k.**, 418; Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 381. Tescilin hukukî niteliği kullanım durumuna göre değişiklik gösterir. Tescil süregelen kullanıma dayanıyorsa açıklayıcı niteliktedir. Aksi halde tescilin kurucu etkiye sahip olduğu kabul edilir. Nitekim Yargıtay kararlarında da farklı durumlarda marka tescilinin kurucu ve bildirici etkileri olduğu kabul edilmiştir. (Çolak, 2018, **a.g.k.**, 417.)

²³¹Bununla birlikte marka başvurusunun TÜRKPATENT Bülteni'nde yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması halinde yasaklanabilecek fiillerden dolayı başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Marka hakkı, tescilin Bültende yayımlanmasından itibaren ileri sürülebilirse de SMK m. 7 gereğince tescil başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren hüküm ifade eder (Çolak, 2018, **a.g.k.**, 417). Bkz.: Yargıtay 11. H.D. 05.12.2012, E. 2011/8618, K. 2012/19933 (Kaynak: Lexpera.com)

²³²Çolak, 2018, **a.g.k.**, 420. SMK m. 7'de marka hakkının tescille kazanılacağı ifade edilmesine rağmen, m. 6/3 hükmünde tescile rağmen başkası hak sahibi olabilmektedir.

²³³Çolak, 2018, **a.g.k.**, 420; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 338-339.

²³⁴Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 338-339.

²³⁵Çolak, 2018, **a.g.k.**, 431.

²³⁶Çolak, 2018, **a.g.k.**, 12.

bir korunma imkânı sunar. Tescilsiz markalar bakımından TTK'da düzenlenen haksız rekabet hükümlerine göre koruma talep etme imkânı devam eder.

3.3.2. Tescilli marka haklarında haksız rekabet koruması

Marka haklarının korunması esasen özel olarak düzenlenmiş haksız rekabet halleridir. Nitekim marka hukukunun temel amaçlarından birisinin, marka sahiplerini, rakiplerin rekabetine karşı korumak olduğu ifade edilmiştir²³⁷. Buna binaen marka hukuku, haksız rekabet hukukunun²³⁸ bir dalı olarak kabul edilmiş ve marka hakkı sahiplerinin, özel hükümler yanında haksız rekabet hükümleri ile de korunabileceği savunulmuştur²³⁹. Tescilsiz markalar bakımından haksız rekabet koruması esas iken²⁴⁰, tescilli markalar bakımından korumanın hangi hükümlere göre yapılacağı yoruma açıktır²⁴¹.

Türk hukukunda haksız rekabet genel olarak TTK m. 54 vd. düzenlenmiştir. İlgili hükme göre haksız rekabet, rakipler arasında veya tedarik edenle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı ya da dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile ticarî uygulamaların tümüdür²⁴². Belli bir davranışın haksız rekabet kabul edilebilmesi için, ilgili davranış biçiminin dürüst ve bozulmamış rekabet düzenine zarar vermesi ve rekabetin olumlu sonuçlarını engellemesi aranır²⁴³. TTK m. 54/2 anlamında haksız rekabetten söz edilebilmesi için kusur aranmaz²⁴⁴. Kusurun tespiti yalnızca açılacak davanın türünün belirlenmesi bakımından önem taşır²⁴⁵. Başlıca haksız rekabet halleri

²³⁷ Arkan, 2019, **a.g.k.**, 356; Arkan, 1998, **a.g.k.**, 225.

²³⁸ Haksız rekabet kavramı ilk ortaya çıktığı dönemde işletmelere ve tacirlere özgü bir haksız fiil hali olarak ele alınmıştır. Ancak zamanla, üçüncü kişiler ve piyasa üzerindeki etkisi de fark edilmiş ve haksız rekabet kavramı, haksız fiil dışında bağımsız bir anlam kazanmıştır. Günümüzde haksız rekabet hükümleri ile işletme ve rakipler yanında, tüm piyasa katılımcıları ve kamunun menfaatinin de korunduğu ifade edilmiştir. N. F., Nomer Ertan (2016). *Haksız rekabet hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 4.

²³⁹ Arkan, 2019, **a.g.k.**, 356, F. Karaman Odabaşı (2015). *Uygulamada fıkri mülkiyet haklarının haksız rekabete konu olması*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 57.

²⁴⁰ Kural bu olmakla birlikte tanınmış markalar için ve ticarete kullanımla hak elde edilen markalar için SMK'da da düzenlemeler bulunmaktadır.

²⁴¹ Ancak tescilli markalar SMK kapsamında koruma altında olduğundan, haksız rekabet koruması, özel olarak tescilsiz markalar bakımından önem teşkil etmektedir (Arkan, 2019, **a.g.k.**, 356).

²⁴² TTK m. 54 "(1) *Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.*

(2) *Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*"

²⁴³ Arkan, 2019, **a.g.k.**, 353.

²⁴⁴ Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 360.

²⁴⁵ TTK m. 56/1 hükmüne tespit, men ve haksız rekabetin sonucu olan maddî durumun ortadan kaldırılması için açılan davalarda kusur şartı aranmazken; haksız rekabet nedeniyle tazminat talebinde kusur şartı aranır.

TTK m. 55'te tâdâdi (sınırlayıcı olmayacak şekilde) olarak sayılmıştır²⁴⁶. İlgili maddede sayılan durumlar, yüksek yargı kararlarında en çok karşılaşılan haksız rekabet örnekleridir²⁴⁷. Haksız rekabete karşı sunulan koruma imkanları ise TTK m. 56'da düzenlenmiştir²⁴⁸.

Marka ihlaline konu eylemler çoğu zaman haksız rekabetin de konusu olmaktadır²⁴⁹. Örneğin uygulamada en sık karşılaşılan haksız rekabet durumu olan karıştırılma (iltibas) iddiasıdır (TTK m. 55/1). Karıştırılma iddiası aynı zamanda SMK anlamında marka korumasını da devreye sokacaktır²⁵⁰. Bu durumda markanın korunmasında SMK korumasına mı TTK'daki haksız rekabet hükümlerine mi başvurulacağı sorusu gündeme gelir. Konuyla ilgili öğreti ve uygulamada farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bir görüş, fikrî mülkiyete ilişkin özel düzenleme bulunması durumunda bunların öncelikli olarak uygulanması gerektiğini savunur²⁵¹. Bu görüş, kanunî düzenlemeler arasındaki özel hüküm genel hüküm ilişkisine dayanmaktadır.

²⁴⁶Bu nedenle genel düzenleme olan m. 54'e giren haller de haksız rekabet kabul edilir.

²⁴⁷TTK m. 54'e ilişkin gerekçeden. Yargıtay'ın haksız rekabete ilişkin iki önemli kararı için bkz.: Yargıtay 11. H.D. 19.12.2004, E. 2014/11783, K. 2014/20103; Yargıtay 11. H.D. 21.03.2008, E. 2008/1816, K. 2008/3687. (Kararların alındığı kaynak: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 575 vd.)

²⁴⁸"MADDE 56- (1) Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse;

a) Fiilin haksız olup olmadığının tespiti,

b) Haksız rekabetin men'ini,

c) Haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını,

d) Kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini,

e) Türk Borçlar Kanunu'nun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini, isteyebilir. Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.

(2) Ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler de birinci fıkradaki davaları açabilirler, ancak araçların ve malların imhasını isteyemezler."

²⁴⁹ Karaman Odabaşı, 2015, **a.g.k.**, 57 vd. Bunlar yanında markanın iktibas ve iltibas, SMK m. 30 kapsamında suç olarak da düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz.: A. A. Çankaya (2022). *Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi.

²⁵⁰Karıştırma ihtimali, en genel ifadeyle ortalama tüketicilerin iki işaret arasında bağlantı kurmasını ifade eder. Karıştırma ihtimali markanın ve malların/hizmetlerin benzerliği veya aynılığı ile ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan korunmak istenen markanın köken belirtme işlevidir. SMK'da karıştırma ihtimali, TTK'dan çok daha geniş bağlamda kabul edilmiştir. Zira TTK'da "bağlantı ihtimali" kabul edilmemiştir. Detaylı bilgi için bkz.: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 198; S. Uzunallı (2017). Marka hukukunda malların ve/veya hizmetlerin benzerliğinin tespiti sorunu. Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a armağan, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 675-700.

²⁵¹Bu yaklaşım da kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bir grup yazar özel hüküm genel hüküm ilişkisi kapsamında özel hükümde düzenleme bulunmaması halinde genel hükme başvurulabileceğini savunurken, diğer bir grup yazar fikrî mülkiyet mevzuatında koruma sağlanmayan hallerde haksız rekabet korumasına da başvurulamayacağını savunur. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz.: Nomer Ertan, 2020, **a.g.k.**, 24; Karaman Odabaşı, 2015, **a.g.k.**, 59-60, dn. 185.

Yargıtay'ın da kabul ettiği ve öğretideki baskın görüş ise fikrî mülkiyetin korunmasında haksız rekabet ve fikrî mülkiyet korumasının dayandığı ilkelerin birbirinden farklı olması nedeniyle kümülatif uygulamayı savunmaktadır²⁵². Bu görüşe göre, marka hakkının korunmasında gerek özel düzenleme (SMK), gerek haksız rekabet hükümleri uygulanabilecektir²⁵³. Kümülatif korumayı savunan bu görüş, tescilli marka sahiplerinin, tecavüzlere karşı SMK hükümleri yanında TTK'nın haksız rekabet hükümlerine de başvurabilmesine imkân sağlar.

Kümülatif koruma imkânı, özellikle TTK'daki haksız rekabet korumasının mülga Markalar Kanunu'ndan daha üstün ve kapsamlı koruma sağladığı konular bakımından önem taşımaktaydı²⁵⁴. Ancak mülga Marka KHK ve sonrasında SMK ile getirilen kapsamlı marka koruması nedeniyle kümülatif koruma tartışmasının önemini yitirdiği ifade edilmiştir²⁵⁵. Zira tescilli marka sahibi, markasının aynısı veya benzerinin bir başka ticaret unvanında veya reklamlarda kullanılmasına ya da internet alan adı olarak kullanılmasına SMK m. 7 ile engel olabilecektir²⁵⁷. Üstelik SMK'da "karıştırma ihtimali" koruma için yeterli görülmüşken²⁵⁸, TTK'da karıştırma²⁵⁹ için sağlanan haksız rekabet korumasında "ihtimal" ifadesine yer verilmemiştir. Bu bakımdan SMK'da karıştırılmaya sebep olacak eylemlerin çok daha geniş kapsamda kabul edildiği söylenebilir.

²⁵²Bu görüş ve savunan yazarlar için bkz.: Karaman Odabaşı, 2015, **a.g.k.**, 61 vd. Örneğin bkz.: Yargıtay H.G.K. 4.7.2018, E. 2017/11-2498, K. 2018/1316 (Kaynak: Kazancı.com).

²⁵³Bu görüş, haksız rekabet hükümlerinin ikinci derecede değil; şartları bulunuyorsa doğrudan doğruya ve birinci dereceden uygulanabileceğini de savunmaktadır. Diğer deyişle tescilli marka hakkı sahibi şartları bulunduğu takdirde SMK'ya başvurmadan haksız rekabet hükümlerine göre koruma talep edebilecektir. Bkz.: Nomer Ertan, 2020, **a.g.k.**, s. 25.

²⁵⁴Arkan, 2019, **a.g.k.**, 336; Karaman Odabaşı, 2015, **a.g.k.**, 167-168.

²⁵⁵Arkan, 2019, **a.g.k.**, 336; Karaman Odabaşı, 2015, **a.g.k.**, 167-168.

²⁵⁶Doktrinde Nomer Ertan iki temel fikrin kesişiminde yer alan yeni bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Bu görüşe göre, tescilli fikrî haklara tecavüz hallerinde öncelikle tecavüze konu hakla ilgili özel düzenlemeye gidilmelidir. Özel düzenlemenin istenen korumayı sağlayamaması halinde haksız rekabet hükümleri devreye girecektir. Haksız rekabet korumasına başvurabilmek için ise iki şart bulunmaktadır:

- 1) Başvurulan özel düzenlemenin beklenen korumayı sağlayamamış olması
- 2) Dürüstlük kuralının haksız rekabet hükümlerine başvurmayı gerektirmesi.

Buna göre örneğin, tescilli markanın iltibası yoluyla tecavüz söz konusu olduğunda öncelikle özel düzenleme olan SMK hükümlerine başvurulacak, SMK hükümleri ile korumanın sağlanamadığı durumlarda, dürüstlük kuralı da gerektiriyorsa, haksız rekabet hükümlerine başvurulabilecektir. Detaylı bilgi için bkz.: Nomer Ertan, 2020, **a.g.k.**, s. 25.

Karaman Odabaşı da kümülatif korumanın genel hüküm özel hüküm ilişkisini ortadan kaldırmadığını savunmuştur. Bkz.: Karaman Odabaşı, 2015, **a.g.k.**, 63.

²⁵⁷Arkan, 2019, **a.g.k.**, 336.

²⁵⁸Bkz. SMK m. 6 ve m. 7.

²⁵⁹TTK m. 55/4 ifadesi "*Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak*" şeklindedir.

Sonuç olarak kümülatif koruma tartışmaları bir yana, SMK ile sağlanan korumanın tescilli markalar bakımından, haksız rekabet korumasının ise özel olarak tescilsiz markalar bakımından önem teşkil ettiği söylenebilir²⁶⁰.

3.4. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun markanın korunmasına ilişkin düzenlemeleri

Marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller SMK m. 29'da tahdidi olarak sayılmıştır. Bu fiillere karşı marka hakkı, hukukî ve cezai yaptırımlarla korunmuştur. Hukuk davalarında amaç, marka hakkı sahibinin haklarının korunması iken ceza davalarında amaç, marka hakkı sahibinin korunması yanında ekonomik düzenin de korunmasıdır²⁶¹. Marka hakkının korunmasında öngörülen cezai boyut SMK'daki diğer fikrî mülkiyet hakları için kabul edilmemiştir²⁶².

Marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller, hukuki nitelik bakımından aynı zamanda birer haksız fiildir. Bu nedenle marka hakkının korunmasında SMK'da sayılan hukuk ve ceza davaları yanında genel hükümlere, özellikle haksız fiil hükümlerine de başvurulabilir²⁶³. Markaya karşı haksız fiil oluşturan bu eylemler, ekseriyetle, nitelikli bir haksız fiil hali olan haksız rekabet teşkil eder. Marka hakkının ihlali, temelde bir haksız fiil eylemi olmakla birlikte tecavüzden söz edilebilmesi için prensip olarak kusur aranmaz. Kusur daha ziyade tazminat taleplerinde önem arz eder²⁶⁴.

3.4.1. Marka hakkına tecavüzün koşulları

Marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için bulunması gereken koşullar şunlardır:

²⁶⁰Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 339; Arkan, 2019, **a.g.k.**, 336. Doktrinde tescilsiz markaların haksız rekabet hükümleriyle korunması konusunda bir tartışma bulunmamaktadır (Nomer Ertan, 2020, **a.g.k.**, s. 25). Yargıtay'ın tescilsiz markalar bakımından haksız rekabet korumasını kabul ettiği pek çok kararı bulunmaktadır. Bkz.: Yargıtay 11. H.D., 04.03.2013, E. 2013/2689 K. 2013/3923; Yargıtay 11. H.D., 09.09.2019, E. 2018/3517 K. 2019/5152. Bu kararda Yargıtay yurtdışında tescilsiz marka için kümülatif olarak Marka KHK ve TTK'nın haksız rekabet hükümlerini birlikte uygulamıştır. Ayrıca bkz.: Yargıtay 11. H.D., 17.06.2019, E. 2018/237 K. 2019/4531. (Kararların alındığı kaynak: Lexpera.com)

²⁶¹Marka hakkının ceza hukuku kuralları vasıtasıyla korunmasının piyasa kurallarının sürekliliğinin sağlanması yanında, piyasa aktörü olan marka hakkı sahiplerine sağladığı tekel hakkının zarar görmemesi açısından önem taşıdığı ifade edilmiştir. Bkz.: A. Kart (2019). *Marka hakkına tecavüz suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 45.

²⁶²SMK'da cezai hükümler yalnızca Marka Hakkına Tecavüz başlıklı Altıncı Kısım'da yer alan m.30'da düzenlenmiştir. "*Marka Hakkına Tecavüze İlişkin Cezai Hükümler*" başlığını taşıyan düzenleme, açıkça marka hakkına ilişkin olduğundan, diğer sınai mülkiyet haklarının ihlali bakımından cezai yaptırım öngörülmediği söylenebilir.

²⁶³Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 336.

²⁶⁴Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 336.

- Öncelikle geçerli ve üstün bir hak bulunmalıdır. SMK korumasından yararlanabilmek için tescilli bir hak bulunması yetmez. Bunun yanında hakkın tecavüz oluşturduğu iddia edilen marka veya işaretten daha önceki tescil veya rüçhan gibi üstün bir hakka dayanması gerekir²⁶⁵.

- Tecavüz oluşturduğu iddia edilen fiillere marka hakkı sahibinin açık veya zımnî izninin bulunmaması gerekir²⁶⁶. Marka sahibinin izninin bulunduğu, tecavüzde bulunanın ispat etmesi gerekir.

- Kullanımın ticarî nitelikte olması gerekir. Bu şart SMK'da açıkça düzenlenmemiş olsa da SMK m. 7 ve m. 29'daki kullanım şekilleri, ticari hayatta görülebilecek nitelikte olduğundan bu şartın aranması gerektiği ifade edilmiştir²⁶⁷.

- İzinsiz kullanımın "markasal" nitelikte olması gerekir²⁶⁸. Markasal kullanım, markanın korunan işlevlerine aykırı kullanımları ifade eder. Ancak işaretin adres bildirmek, malın üretim zamanını, kalitesini kullanım amacını/şeklini vb. göstermek amacıyla kullanılması durumunda markasal kullanım oluşmaz. Bu hallerde hukuka uygun kullanım söz konusudur²⁶⁹.

Markasal kullanım ile ilgili mülga Marka KHK'da ve SMK'da açık düzenleme yoktur. Konuyla ilgili doktrinde görüş farklılıkları olmakla birlikte, ABAD kararlarında da yer aldığı gerekçesiyle, Türk hukukunda marka tecavüzleri bakımından bu şartın aranması gerektiği savunulmuştur²⁷⁰. Ancak markasal kullanımın sınırlarının kaynak gösterme fonksiyonu yanında, reklam, kaliteyi garanti, yatırım gibi diğer işlevleri bakımından da geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir²⁷¹. Buna göre örneğin, karıştırılma tehlikesi bulunmasa dahi, markanın tanınmışlığından faydalanmak amacıyla kullanımı da belli hallerde markasal kullanım olarak değerlendirilmelidir²⁷². Kullanımın

²⁶⁵Ayhan vd., 2021, **a.g.k.**, 94. Marka tescil edilmemiş ancak tescil başvurusu ilan edilmişse, koruma için (SMK m. 7/4'teki gibi) tescil başvurusunun, başvuru sahibi lehine neticelenmesi gerekir.

²⁶⁶Ayhan vd., 2021, **a.g.k.**, 94 vd.

²⁶⁷Nitekim ticari nitelikte kullanım şartı AB ve Alman hukuklarında da kabul edilmiştir. Bkz.: Ayhan vd., 2021, **a.g.k.**, 94 vd.

²⁶⁸Ayhan vd., 2021, **a.g.k.**, 94; Çolak, 2018, **a.g.k.**, 433.

²⁶⁹SMK m. 7/3-e'de mülga KHK'dan farklı olarak işaretin, ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılması da artık marka tecavüzü olarak kabul edilmektedir (SMK m. 7/3-e).

²⁷⁰S. Arkan (2000). Marka hakkına tecavüz- İşaretin markasal olarak kullanılması zorunluluğu. *BATİDER* XX (3), 5-13, s.11; Ayhan vd., 2021, **a.g.k.**, 95.

²⁷¹Ayhan vd., 2021, **a.g.k.**, 95; Çolak, 2018, **a.g.k.**, 437.

²⁷²Bir organizasyon ve tanıtım şirketi tarafından tanınmış bir markanın, düzenlenen festival tanıtımlarında, afişlerinde, promosyonlarda kullanılması; marka hakkına tecavüz kabul edilerek tazminata hükmedilmiştir. İstanbul 4 nolu Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi kararı için bkz.: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 437.

eser adında, kitap veya haber içeriğinde geçmesi gibi durumlarda Yargıtay, markasal bir kullanım bulunmadığına; ancak haksız rekabetin incelenebileceğine hükmetmiştir²⁷³.

3.4.2. Marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller

Marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller SMK m. 29'da düzenlenmiştir. İlgili madde, tecavüz teşkil eden fiilleri düzenlerken “*Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamı ve İstisnaları*” başlıklı m. 7'ye atıfta bulunmaktadır²⁷⁴. Buna göre marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller şunlardır:

- **Markanın koruma kapsamının ihlali (m. 29/1-a):** Markanın, sahibinin izni olmaksızın, tescilden doğan hakların kapsamını belirleyen SMK m. 7'ye aykırı şekilde kullanımı, marka hakkına tecavüz oluşturur.
- **Markanın taklit edilmesi (m. 29/1-b):** Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek de yine marka hakkına tecavüz teşkil eder. Marka taklidi, esasen iktibas/iltibas suretiyle tecavüz hükmü ile paralellik gösterse de burada taklit/sahte mal olgusunun özellikle altı çizilmektedir²⁷⁵.
- **Tecavüz edilen markayı taşıyan ürünlerin ticarete kullanılması (m. 29/1-c):** Bu tecavüzün oluşması için markanın taklit edilmesi, kişinin taklit olgusunu bilmesi veya bilmesinin gerekmesi ve buna rağmen taklit markayı taşıyan mal veya hizmeti ticaret sahasına çıkarması veya ticari amaçla elde bulundurması gerekir. Bu kapsamda taklit markalı ürünlerin satılması, dağıtımı, ithal veya ihraç edilmesi, ticarî amaçla elde bulundurulması ya da bunlara dair sözleşme yapmak için öneride bulunulması tecavüz teşkil eder²⁷⁶. Taklit olgusunu bilme veya bilebilecek durumda olmayı, tecavüzü iddia eden tarafın ispat etmesi gerekir²⁷⁷.

²⁷³Yargıtay 11. H.D. 05.07.2011, E. 2009/9174, K. 2011/8313; Yargıtay 11. H.D. 19.07.2011, E. 2009/10198, K. 2011/9226. (Kaynak: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 440-441.)

²⁷⁴SMK m. 7 düzenlemesi 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi (m. 10) ile 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün (m. 9) ilgili hükümlerinden iktibas edilmiştir. İlgili madde iç hukukumuza aktarılırken Direktif ve Tüzük'te yer alan “*use in the course of trade*” yani “ticari süreçte/ticarete kullanım” ifadesi alınmamış ve bunun yerine koruma kapsamındaki hallerin sonuna “kullanılması” ifadesi eklenmiştir. Bu ifade, markanın ticari süreçte kullanımı vurgusunu içermediğinden doktrinde eleştirilmiştir. Eleştiri için bkz.: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 463.

²⁷⁵Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 516.

²⁷⁶Arkan, 2019, **a.g.k.**, 337.

²⁷⁷Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 517.

- **Lisans sözleşmesinin ihlali (m. 29/1-ç):** Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilen hakların izinsiz genişletilmesi veya bu hakların üçüncü kişilere devri marka hakkına tecavüz oluşturur. Lisans sözleşmesine aykırılık nedeniyle esasen sözleşmeye aykırılık hali de oluşur. Lisans sözleşmesiyle verilen hakların süre, miktar, coğrafi bölge bakımından genişletilmesi, markanın tescil kapsamını aşacak şekilde kullanılması, yetki kapsamında olmamasına rağmen alt lisans verilmesi, lisans yerine şube görüntüsü yaratılması gibi haller sözleşmeye aykırılık yanında marka hakkına tecavüz oluşturur²⁷⁸.

3.4.3. Tecavüze karşı açılacak davalar ve ileri sürülebilecek talepler

Marka hakkına tecavüz halinde açılacak davalar, ileri sürülebilecek talepler SMK m. 149 ve takip eden hükümlerde düzenlenmiştir. Tecavüz halinde açılacak davalar ve talepler, tecavüzün gerçekleşmesinden önce ve sonra olarak ikiye ayrılabilir²⁷⁹. Tecavüz gerçekleşmeden önce marka hakkı sahibi, “tecavüzün tespiti davası” veya “muhtemel tecavüzün önlenmesi” davası açabilir. Tecavüz başladığı, devam ettiği durumlarda ise tecavüz fiillerinin durdurulması, tecavüzün kaldırılması, maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gibi taleplerde bulunabilir. Bunlar yanında hak sahibi, SMK m. 159’a göre her zaman ihtiyati tedbir talebinde de bulunabilir.

Buna göre marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi şu davaları açabilir, taleplerde bulunabilir:

- **Tecavüzün tespiti davası (m. 149/1-a):** Marka hakkının tecavüze uğradığını düşünen hak sahibi, ilgili fiillerin tecavüz teşkil edip etmediğinin tespitini talep edebilir²⁸⁰. Davanın açılabilmesi için hukuki yararın bulunması gerekir²⁸¹. Bu dava çoğunlukla, açılacak diğer eda davalarının altyapısını sağlama

²⁷⁸Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 518.

²⁷⁹Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 339 vd.

²⁸⁰Mülga 556 sayılı KHK’de tecavüzün bulunmadığına dair menfi tespit davası düzenlenmiş ancak tecavüzün tespiti davasına yer verilmemişti. Oysa HMK m. 106 gereği güncel bir hukuki yarar bulunması kaydıyla tecavüzün tespiti davasının açılmasında engel bulunmuyordu. Nitekim doktrin ve Yargıtay uygulaması da bu yöndeydi. Konuyla ilgili Yargıtay’ın çeşitli kararları da bulunmaktadır. Nihayet, SMK’nın ilgili düzenlemesi sayesinde marka hakkına tecavüzün tespiti davası yasal dayanağa kavuşmuştur (Çolak, 2018, **a.g.k.**, 741). Marka KHK döneminde Yargıtay’ın konuya ilişkin verdiği karar örnekleri için bkz.: Yargıtay 11. H.D., 20.01.2012, E. 2011/15509, K. 2012/540; Yargıtay 11. H.D., 25.04.2011, E. 2009/12665, K. 2011/4913. (Kaynak: Yargıtay Karar Arama ve Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

²⁸¹Çolak, 2018, **a.g.k.**, 741. Ancak Yargıtay, ihlalin davadan önce sona ermesi durumunda dahi marka hakkı sahibinin tespit davası açmakta hukuki yararı bulunduğu görüşündedir. Bkz.: Yargıtay 11. H.D., 09.12.2015, E. 2015/6080, K. 2015/13276 (Kaynak: Yargıtay Karar Arama).

amacını taşıır²⁸². Tecavüzün tespiti davası tek başına açılabileceği gibi, tecavüzün durdurulması ya da tazminat davalarında talep olarak da ileri sürülebilir²⁸³. Tecavüzün tespiti davasını, marka hakkı sahibi yanında, tecavüz davası açmaya yetkili diğer kişiler de açabilir.

• **Muhtemel tecavüzün önlenmesi davası (Men davası) (m. 149/1-b):**

Marka hakkı sahibi, markaya yönelik bir tecavüz fiiline ilişkin ciddi hazırlıkların varlığı durumunda, görevli ve yetkili mahkemeden muhtemel tecavüzün önlenmesini talep edebilir²⁸⁴. Men davası olarak da adlandırılan bu dava, ilk kez gerçekleşecek bir tecavüz fiilinden önce açılabileceği gibi, daha önce gerçekleşmiş bir tecavüzün tekrarlanması veya devamı durumlarında da açılabilir²⁸⁵. Men davasının açılabilmesi için failin kastı veya kusuru aranmadığı gibi, bir zararın doğması da gerekmez²⁸⁶. Bu davanın açılabilmesi için objektif olarak hukuka aykırı bir fiilin varlığı yeterlidir. Tecavüz teşkil eden markayı taşıyan ürünlerin satışına yönelik ilan ve reklamlar ile ilgili malların depolanması ve sevkiyatı tecavüz tehlikesinin güçlü belirtileri olarak kabul edilebilir²⁸⁷.

• **Tecavüz fiillerinin durdurulması davası (m. 149/1-c):** Marka hakkı m. 29'da sayılan fiillerden biriyle tecavüze uğrayan marka hakkı sahibi, ilgili fiillerin durdurulmasını görevli ve yetkili mahkemeden talep edebilir. Men davası ile bu davanın temel farkı, bu davada tecavüz fiilinin başlamış ve devam ediyor olmasıdır. Bu dava yalnızca tecavüzün devamı süresince istenebileceğinden zamanaşımı söz konusu olmaz²⁸⁸. Tecavüzün durdurulması davası, niteliği itibarıyla bir eda davasıdır²⁸⁹. Tecavüzü gerçekleştirenin kusuru ve/veya zararın

²⁸²Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 518.

²⁸³Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 518.

²⁸⁴Mülga Marka KHK'da men davası açıkça düzenlenmediğinden bu davanın durumu öğretide tartışmalıydı. Bu nedenle konu 10 Ocak 2017'den önce açılan davalar bakımından önem arz etmektedir. Bu dönemde Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2010 tarihli bir kararında tecavüz tehlikesinin varlığı halinde Marka KHK m. 9 ve m. 61 hükümlerine dayanılarak, önleme talebinde bulunulabileceğini kabul etmiştir. Kaldı ki KHK'ya göre bu talepte bulunulması kabul edilmese dahi genel hüküm olan TTK m. 58/1'e dayanılarak tecavüzün men'i davası açılabilir. Konuyla ilgili detaylı bilgi ve Yargıtay'ın görüşü için bkz.: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 743. İlgili karar için bkz.: Yargıtay 11. H.D. 10.05.2010, E. 2008/13593, K. 2010/5070.

²⁸⁵Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 518.

²⁸⁶Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 519.

²⁸⁷Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 519.

²⁸⁸Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 341.

²⁸⁹Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 341.

gerçekleşmesi, davanın açılması için bir şart değildir²⁹⁰. Kusur esasen tazminat istemi bakımından önemlidir.

• **Tecavüzün kaldırılması (ref'i) davası (m. 149/1-ç):** Tecavüzün kaldırılması, tecavüz fiilinin maddi sonuçlarının, hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılmasını ifade eder. Buna göre marka hakkı sahibi tecavüze uğrayan kişi, hukuka aykırılığın ortadan kaldırılarak, durumun eski hale iadesini talep edebilir²⁹¹. Tecavüzün kaldırılması davasının açılabilmesi için tecavüzün devam etmekte olması gerekmez, ancak tecavüz fiillerinin sonuçlarının doğmuş olması gerekir²⁹². Örneğin, taklit markalı malların üretilmesi başlı başına bu davanın açılması için yeterli değildir. Ancak ilgili malların piyasada satışa sunulması halinde tecavüz fiilinin sonuçlarının oluştuğu kabul edilebilir. Bu dava ile mallar piyasadan toplatılabilir, taklit markalar silinir ya da ticaret sicil kaydı terkin veya tadil edilir²⁹³. Men davasında olduğu gibi bu davada da kusur aranmaz. Bu dava tecavüz veya sonuçları devam ettiği sürece açılabilir²⁹⁴. Tecavüzün kaldırılması davasının konusunu oluşturan taleplerden bazıları m. 149'da düzenlenmiştir:

- Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulması (m. 149/1-d),

- Bu şekilde el konulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması (m. 149/1-e)²⁹⁵,

- Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre el konulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası (m. 149/1-f)

²⁹⁰Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 519.

²⁹¹Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 519; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 341.

²⁹²Buna göre tecavüzün gerçekleşmiş olması yeterlidir, tekrarlayacak olması gerekmez (Çolak, 2018, **a.g.k.**, 766).

²⁹³Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 519.

²⁹⁴Çolak, 2018, **a.g.k.**, 768.

²⁹⁵SMK m. 149/2 gereği, belirtilen talebin kabulü durumunda, ilgili ürün, cihaz ve makinelerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değerın kabul edilen tazminat miktarını aşması hâlinde, aşan kısım hak sahibince karşı tarafa ödenir.

- İnternet üzerinden gerçekleşen ihlallerde internet alan adının terkin, internet sitesine erişimin durdurulması ve önlenmesi gibi taleplerde bulunabilir²⁹⁶.

Muhtemel tecavüzün önlenmesi, var olan tecavüzün durdurulması ve tecavüzün kaldırılması taleplerinde davalının kusuru ile zarar şartının aranmasıyla ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretide bir görüş bu davalarda kusur ve zararın koşul olmadığını, aksi durumun marka korumasının etkinliğini zedeleyeceğini savunmaktadır²⁹⁷. Diğer bir görüş ise bu talepler bakımından taklit markayı satan, dağıtan, ithal eden veya başka bir şekilde ticaret sahasına çıkaran kişinin fiilinin, yalnızca bu durumu bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde tecavüz oluşturacağını savunmaktadır²⁹⁸.

• **Tazminat davaları (m. 149/1-ç, m. 150):** Marka hakkına tecavüzden kaynaklanan zararın giderilmesi için hak sahibi tazminat talebinde bulunulabilir. Tazminat sorumluluğu esas itibarıyla borçlar hukuku anlamında bir haksız fiil sorumluluğudur²⁹⁹. Bu nedenle tazminat davasının açılabilmesi için failin kusuru bulunmalıdır³⁰⁰. Hak sahibi, tecavüzden kaynaklı maddi zarar için tazminat talebinde bulunulabileceği gibi, manevi tazminat talebinde de bulunulabilir (m. 149/1-ç, m. 150).

a) Maddi tazminat (m. 149/1-ç, m. 150): Maddi tazminat davasında davacı, fiilî zarar ile tecavüz nedeniyle yoksun kalınan kazancı talep eder (m. 151/1)³⁰¹. Fiilî zarar; hak sahibinin malvarlığı değerlerinin aktifinde azalma veya pasifinde çoğalma şeklinde meydana gelen doğrudan zarardır. Örneğin; taklit malların piyasada rağbet görmesi nedeniyle marka hakkı sahibinin piyasaya etkin şekilde girememesi ile oluşan gelir kaybı bu kapsamda değerlendirilebilir. Zararı ve zararın miktarını ispat yükü davacı

²⁹⁶Çolak, 2018, **a.g.k.**, 767.

²⁹⁷Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 519; H. Dirikkan (1998). Tescilli markayı kullanma külfeti. *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e armağan*, 219-280, s. 306.

²⁹⁸S. Arkan (1998). *Marka hukuku C. II*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 234.

²⁹⁹BK m. 49'a göre kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren kişi, verdiği zararı gidermekle yükümlüdür (Çolak, 2018, **a.g.k.**, 771).

³⁰⁰Arkan, 2019, **a.g.k.**, 339.

³⁰¹Çolak, 2018, **a.g.k.**, 771.

üzerindedir³⁰². Maddi tazminat davası esasen bir haksız fiil davası olduğundan, tazminata hükmedilebilmesi için; fiil, fiilden meydana gelen zarar, fiil ile zarar arasında nedensellik bağı ve failin kusuru şartlarının gerçekleşmesi gerekir³⁰³. Kusur, kasıt biçiminde olabileceği gibi, ihmal şeklinde de meydana gelebilir³⁰⁴.

SMK m. 151’de yoksun kalınan kazançla sınırlı olarak üç farklı değerlendirme usulü öngörülmüştür. Buna göre; tecavüz edenin rekabeti olmasaydı markanın kullanımından elde edilecek muhtemel gelir veya markayı kullanımdan elde edilen net kazanç (kâr)³⁰⁵ ya da lisans anlaşmasıyla kullanım söz konusu olsaydı ödenecek olan lisans bedeli dikkate alınarak yoksun kalınan kazançta göre hesaplama yapılabilir³⁰⁶. Marka hakkı sahibi yoksun kalınan kazanç talebi yanında hangi değerlendirme usulünü seçtiğini de belirtmelidir³⁰⁷.

Marka hakkına tecavüz halinde, aynı eylemden dolayı SMK korumasıyla birlikte TTK hükümlerince haksız rekabete de dayanılarak tazminat talebinde bulunulabilir. Bu durumda aynı anda iki tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği sorusunun cevaplanması gerekir. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır: İlk görüş her iki talepten iki ayrı hak doğduğunu kabul ederken, diğer bir görüş bu durumda yarışan hakların söz konusu olduğunu ve bu nedenle tek bir tazminata hükmolunması gerektiğini savunur³⁰⁸. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2008 tarihli kararında tek bir

³⁰²Ancak davacı, tazminat davasının açılmasından önce delil tespiti veya dava sırasında zarar miktarının belirlenebilmesi için, marka hakkının kullanılmasıyla ilgili belgelerin karşı tarafça mahkemeye sunulmasını talep edebilir (m. 150/3). Bu halde HMK m. 219 vd. gereği, tazminat yükümlüsü kendi aleyhine dahi olsa elindeki belgeleri ibrazla yükümlü tutulabilir.

³⁰³K. Oğuzman ve T. Öz (2017). *Borçlar hukuku genel hükümler*, cilt 2 (13. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 11 vd.

³⁰⁴İhmal halinde gösterilmesi gereken özenin derecesi tespit edilirken, failin mesleği, tacir olup olmadığı, somut olayın özellikleri gibi konuların da dikkate alınması gerekir (Çolak, 2018, **a.g.k.**, 774).

³⁰⁵Mütecevizin elde ettiği net kazançta göre yapılan hesaplamada TTK’nın haksız rekabete ilişkin hükümleri ile uyum sağlanması için değişiklik yapılmıştır. Bkz.: 556 sayılı Marka KHK m. 66/II-b, SMK m. 151/2-b; SMK m. 151 Gereçesi. Bkz.: Arkan, 2018, **a.g.k.**, 338, dn. 1.

³⁰⁶Maddi tazminatın hesaplanması usulüyle ilgili detaylı bilgi için bkz.: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 775-809.

³⁰⁷Bunun yanında yoksun kalınan kazancın tespitinde marka hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında marka hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler göz önünde tutulur (m. 151/3). Özellikle tanınmış markaların ekonomik önemi dikkate alındığında, yoksun kalınan kazançta ilişkin bir artırım gündeme geleceği öngörülebilir. Bkz.: Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 522.

³⁰⁸Çolak, 2018, **a.g.k.**, 773.

tazminata hükmolunması gerektiğini savunmuş³⁰⁹; 2010 tarihli kararında³¹⁰ ise iki tazminatın verilmesine ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamıştır³¹¹. Bu nedenle konuyla ilgili Yargıtay'ın net bir yaklaşımı olduğu söylenemez.

b) Manevi tazminat (m. 149/1-ç): Marka hakkı tecavüze uğrayan kişi, şartların varlığı halinde manevi tazminat talebinde bulunabilir³¹². Bu konu genel anlamda BK'da düzenlenmiştir. Manevi tazminatta amaç, kişisel hakları haleldar olan kişinin manevi yönden tatminini sağlamak ve potansiyel mütecevizleri caydırmaktır³¹³. Manevi tazminat Borçlar Kanunu³¹⁴ (BK) m. 51 kapsamında kusurun ağırlığına göre tespit edilir. Tazminat miktarının belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi bulunur³¹⁵. Marka hakkına tecavüz halinde manevi tazminata hükmedilmesinde ve tazminatın şartlarının ve kapsamının belirlenmesinde SMK m. 149/1-ç yanında BK m. 51, 52 ve TTK m. 56 hükümleri de dikkate alınmalıdır³¹⁶.

c) İtibar tazminatı (m. 150/2): Markanın kötü veya uygun olmayan tarzda kullanımı ve bu kullanım nedeniyle markanın itibarının zarar görmesi halinde itibar tazminatı talep etmek mümkündür. İtibar tazminatı maddi ve manevi zararın unsurlarını taşısa da onlardan ayrı bir tazminat talebi olarak kabul edilmiştir³¹⁷. Burada fiilî bir zarar veya yoksun kalınan kâr söz konusu değildir³¹⁸. İtibar tazminatı ile talep edilenin, markanın tüketiciler nezdindeki güven ve kalite imajı ile marka değerinin erozyona uğramasının oluşturduğu maliyet olduğu ifade edilmiştir³¹⁹. İtibar tazminatının maddi ve manevi

³⁰⁹Yargıtay 11. H.D., 20.11.2008, E. 2007/4585, K. 2008/13092. (Kaynak: Lexpera.com)

³¹⁰Yargıtay 11. H.D., 22.11.2010, E. 2009/4769, K. 2010/11782. (Kaynak: Lexpera.com)

³¹¹Konuyla ilgili olarak doktrinde Çolak'ın, hakların yarıştığı bu gibi durumlarda iki ayrı tazminata hükmolunmaması gerektiği yönündeki görüşüne katılıyoruz. Bkz.: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 774.

³¹²BK hükümlerine göre manevi tazminat talep edilebilmesi için; kişilik hakkına yönelik bir saldırı bulunmalı, kişilik hakkı tecavüze uğrayan ve zarar gören aynı kişi olmalı, ortada manevi bir zarar bulunmalı ve fiille zarar arasında nedensellik bağı olmalıdır. Bunlar yanında davalının sorumluluğunu gerektiren bir kusur bulunmalıdır. Oğuzman ve Öz, 2017, **a.g.k.**, 260 vd.

³¹³Çolak, 2018, **a.g.k.**, 814. Manevi tazminatın amacı ve işleviyle ilgili tartışmalar için bkz.: Oğuzman ve Öz, 2017, **a.g.k.**, 257.

³¹⁴R.G. 04.02.2011, 27836.

³¹⁵Çolak, 2018, **a.g.k.**, 814.

³¹⁶Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 522.

³¹⁷Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 523; Çolak, 2018, **a.g.k.**, 819.

³¹⁸Çolak, 2018, **a.g.k.**, 818.

³¹⁹Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 505; Çolak, 2018, **a.g.k.**, 819.

tazminat yanında talep edilebileceği de savunulmuştur. Nitekim Yargıtay da 2015 tarihli bir kararında bu yönde hüküm kurmuştur³²⁰.

İtibar tazminatı çoğunlukla tanınmış markalar bakımından uygulama alanı bulmaktadır³²¹. Ancak tanınmış markaların her türlü kötü kullanımı, itibar tazminatını gerektirmez. Bu tazminatın talep edilebilmesi için kullanımın kişisel değil, ticarî olması gerekir³²². Örneğin, sınırlı sayıda ve sıkı koşullara tabi satılan *Ferrari* marka araca LPG taktırılmasında kişisel kullanım söz konusu olduğu için itibar tazminatı gündeme gelmez.

Uygulamada mahkemelerin manevi tazminata hükmettikleri davalarda, itibar tazminatını reddettikleri görülmektedir. Bu durum, manevi tazminatla sarsılan marka imajının biraz da olsa giderildiği düşüncesi ve aynı konuda ikinci bir tazminata hükmedilmesinin gereksiz görülmesinden kaynaklanır³²³. Ancak manevi tazminatta işletmenin, itibar tazminatında ise marka imajının korunduğu unutulmamalıdır.

Sayılan davalar yanında, marka hakkına tecavüze karşı şu talepler de ileri sürülebilir:

• **Marka hakkına tecavüz bulunmadığının tespiti davası (m. 154/1):**

SMK m.154/1 hükmü gereği “*Menfaati olan herkes, Türkiye’de giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyetin ya da bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimlerin sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hususunda, hak sahibinden görüşlerini bildirmesini talep edebilir*”. Bildirim için resmî şekil şartı aranmamakla birlikte, ispat kolaylığı açısından yazılı bildirim yapılmasında fayda vardır³²⁴. Talebin tebliğinden itibaren bir ay içinde cevap verilmemesi veya cevabın kabul edilmemesi halinde menfaat sahibi, hak sahibine karşı müstakil bir dava açabilir (fiillerin tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesi talepli) ya da

³²⁰Yargıtay 11. H.D. 01.06.2015, E. 2015/2112, K. 2015/7408 (Kaynak: Lexpera.com)

³²¹Doktrinde *Tekinalp*, tüm markalar bakımından itibar tazminatına hükmedilebileceğini; *Çolak ve Kaya*’nın savunduğu diğer bir görüş ise bunun yalnızca tanınmış markalar bakımından mümkün olduğunu savunmaktadır. Bkz.: *Tekinalp*, 2012, **a.g.k.**, 508; *Çolak*, 2018, **a.g.k.**, 820, c

³²²*Çolak*, 2018, **a.g.k.**, 819.

³²³*Çolak*, 2018, **a.g.k.**, 819.

³²⁴Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 523. Bununla birlikte açılacak davada, bildirimin yapılmış olması, dava şartı olarak aranmaz.

hükümsüzlük davası ile birlikte dava açabilir.³²⁵ Bu dava kendisine karşı tecavüz davası açılan kişi tarafından açılmaz.

• **Delillerin tespiti talebi (HMK m. 400):** Marka hakkına tecavüzü ileri süren taraf, tecavüz sayılabilecek delillerin tespitini mahkemeden talep edebilir.

• **İhtiyati tedbir talebi (m. 159):** Tecavüz davası açma hakkı olan kişiler, dava konusu kullanımın, ülke içinde kendi sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Asıl hükmün etkinliğini sağlar nitelikteki ihtiyati tedbirlerin özellikle şunlar olacağı düzenlenmiştir:

a) Tecavüz teşkil eden fiillerin önlenmesi ve durdurulması,

b) Marka hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalarla, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, bulundukları her yerde el konulması³²⁶,

c) Bunların saklanması veya herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi.

Verilen ihtiyati tedbir örneklerinin tahdidi değil, tadâdi sayılmış olması nedeniyle hâkimin ihtiyati tedbir konusunda geniş bir takdir yetkisi bulunduğu görülmektedir.

İhtiyati tedbir, davadan önce, dava sırasında veya dava görüldükten sonra talep edilebilir. Bu talep davadan ayrı olarak incelenir³²⁷.

³²⁵Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 523.

³²⁶Aslen ihtiyati tedbirin bir türü olan “gümrükte el koyma” tedbiri, idare eliyle uygulanan bir ihtiyatî tedbirdir. Marka hakkına tecavüz durumunda cezayı gerektiren hallerde, taklit markalı mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idareleri tarafından el konabilir. Bkz.: Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 525. Çabuk bozulabilir eşya için üç iş günü, diğer eşya için on iş günü içinde hak sahibince tedbir kararının yerine getirilmemesi halinde, eşya hakkında beyan sahibinin talepte bulunduğu gümrük rejimi hükümlerine göre işlem yapılır. Bkz.: 4458 sayılı Gümrük Kanunu m. 57/3.

³²⁷Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 525.

3.4.4. Davalının başvurabileceği savunma imkanları

Marka hakkına tecavüz halinde açılacak davalarda, davalının başvurabileceği çeşitli savunma imkânları bulunmaktadır. Bunlardan ilki “hukuka uygun kullanım savunması”dır. SMK m. 7/5’te düzenlenen bu savunma imkânına göre, marka, üçüncü kişi tarafından eğer adı-soyadında, işyeri adresinde yer aldığı veya üretim ya da satışını yaptığı ürün veya hizmeti açıklamak amacıyla kullanılıyorsa, kullanımın niteliği ile sınırlı olarak ve dürüst ticari uygulamalara aykırı olmamak şartıyla koruma kapsamında değildir³²⁸. Örneğin *Migros* markasının bir başka ticari işletmenin adresinde “*Migros’un yanı*” şeklinde kullanılması veya *Atasay* markasının bir başkasının işletmesinde “*Halil Atasay*” şeklinde soyadı olarak kullanılmasında bu durum söz konusudur. Bu durumların marka koruması kapsamında olmadığı kabul edilmelidir³²⁹.

Pek çok farklı savunma imkânı bulunmakla birlikte³³⁰ bahsedilmesi gereken özellikli savunma imkânları, kullanmama def’i (SMK m. 19/2) ile sessiz kalma suretiyle hak kaybıdır (SMK m. 25/6). Tescilli marka hakkına tecavüz durumunda açılan davalarda, markanın kullanılmadığı def’i ileri sürülebilir. Kullanmama def’i esasen marka tescilinin yayımına yapılan itirazlarda başvuru bir savunma vasıtasıdır. SMK m. 6 gereği markanın tescili sırasında, daha önce tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış bir başka marka ile karıştırma ihtimali bulunması durumunda tescile itiraz edilebilir³³¹. Ancak başvuru sahibinin talebi üzerine, marka sahibi tarafından ilgili markanın Türkiye’de beş yıldır ciddi biçimde kullanılıyor olduğuna dair delil sunması

³²⁸Çolak, 2018, **a.g.k.**, 632.

³²⁹Konuyla ilgili detaylı açıklamalar ve örnek yargı kararları için bkz.: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 632 vd.

³³⁰Savunma imkânları arasında, gerçek hak sahipliği ve eskiye dayalı kullanım savunması, marka üzerinde müşterek hak sahipliği savunması, miras nedeniyle müşterek marka sahipliği durumunda tecavüzün söz konusu olmadığı, geçmişteki ortaklık nedeniyle müşterek marka sahipliği halinde tecavüzün bulunmadığı, markadaki tali ve jenerik unsurların kullanılması, idari makamlardan izin alındığı savunması, dekoratif amaçlı kullanım savunması, tescilli ticaret unvanının kullanıldığı savunması, kullanımın markasal olmadığı savunması, kötü niyetli tescile dayanılarak orijinal malların ithalinin engellenemeyeceği savunması, markanın jenerik hale geldiği ve cins adı olarak kullanıldığı savunması, paralel ithalat savunması, kullanmama def’i, lisansa dayalı kullanım savunması, Paris Sözleşmesi m. 8’e göre tescilsiz ticaret unvanının korunma savunması, kullanımın yargılama sırasında değiştirildiği savunması, haklı bir nedenle kullanım savunması, yasaya dayalı kullanım savunması, ve ihlal davasında sonraki marka sahibinin müdahale hakkı savunması bulunmaktadır. Detaylı açıklamalar ve örnek içtihat için bkz.: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 632, 654-695.

³³¹Karıştırılma tehlikesinde lisans uygulamalarının nasıl yorumlanacağıyla ilgili bkz.: P. Karaaslan (2020). Markaların kapsadığı ürünler arasındaki benzerlik incelemesinde lisans uygulamalarının rolü. *Selçuk üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 28(3), 887-911.

istenebilir³³². Bunun için markanın itiraza konu başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye’de beş yıldır tescilli olması şartı aranır³³³. Kullanmama def’inin tecavüz davalarında ileri sürülebileceği ise m. 29/2’de düzenlenmiştir. Bu def’i sayesinde davacı öncelikle karşı tarafın markasını kullandığını ispat etmesini talep edebilir. Böylece tecavüz davasında davalıda olan ispat yükü davacıya geçmekte ve davacı markasını kullandığını ispat edemezse beklediği sonucu elde edememektedir³³⁴.

Tecavüz davalarında davalının bir diğer def’i imkânı “sessiz kalma suretiyle hak kaybı”dır. SMK’da hükümsüzlük davalarına özgü getirilen bu savunma imkânı, Marka KHK’da yer almıyordu. Marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller uzun süre devam etmesine karşın marka hakkı sahibinin bu sürede dava açmaması, yani “sessiz kalması”, durumunda daha sonra açılan davada hakkın kötüye kullanıldığı savı gündeme gelebilir. Bu durum SMK m. 25/6’da “*Marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötünîyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.*” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Sessiz kalma suretiyle hak kaybı def’i, haksız rekabet davaları, markanın hükümsüzlüğü, sınai mülkiyet hakkının ihlali davaları, internet alan adının terkinin gibi geniş bir uygulama sahasına sahiptir³³⁵. Bu müessese temelini MK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralından alır³³⁶.

3.4.5. Marka hakkına tecavüz nedeniyle açılan davalarda uygulanacak usûl hükümleri

Marka hakkına tecavüz durumunda açılacak davalarda uygulanacak usul hükümleri, genel anlamda SMK ve TTK’da yer almaktadır. Bu kapsamda; davanın tarafları SMK’ da görevli ve yetkili mahkeme ise SMK ve TTK’da düzenlenmiştir.

³³²İnceleme sonucunda markanın, başvuru kapsamındaki mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için tescil edilemeyeceği sonucuna varılırsa, başvuru bu mal veya hizmetler bakımından reddedilir. Aksi hâlde itirazın reddine karar verilir. Bkz.: SMK m. 19/3.

³³³Tecavüz durumunda kullanıma ilişkin beş yıllık süre, dava tarihi esas alınarak belirlenir (SMK m. 29/2). Ancak beş yıllık sürenin başlangıcı açıkça gösterilmemiştir. Doktrinde bu konuda farklı görüşler olmakla birlikte; sürenin, tecavüzün öğrenildiği tarihten başlatılması gerektiği yönündeki görüşe katılıyoruz. Bu görüşe göre tecavüz fiilinin öğrenildiği tarihte davacı markasının en az beş yıldan beri tescilli olması aranacaktır. Bkz.: Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 526.

³³⁴N. S. Sönmez (2018). 6769 sayılı sınai mülkiyet kanununa göre markanın kullanılmaması neticesinde ortaya çıkan sonuçlar. *İstanbul hukuk mecmuası*, 76 (1): 277–308, s. 287.

³³⁵Davalı markanın hükümsüzlüğü, haksız rekabetin tespiti ve menî ile ticaret unvanının terkinin istemli davada Yargıtay’ın sessiz kalma suretiyle hak kaybını MK m.2’ye dayandırdığı karar için bkz.: Yargıtay 11 H.D., 10.06.2015, E. 2015/1667, K. 2015/8076. (Kaynak: Yargıtay Karar Arama)

³³⁶Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 527.

HMK'daki genel düzenlemeler saklıdır. Zamanaşımı konusunda ise SMK m. 157'de BK'nın uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

3.4.5.1. Davanın tarafları

Marka hakkının ihlalinde tecavüz davası, kural olarak, marka hakkı sahibi tarafından açılır. Bu ise; marka, adına tescil edilen kişidir. Markanın devri durumunda devir tescil edilene kadar devreden kişinin marka üzerindeki hakları devam eder. Bu nedenle devir tescil edilene kadar devredenın dava açma hakkı bulunur³³⁷. Yine marka başvuru sahibi de tecavüz durumunda, marka henüz tescil edilmemiş olsa dahi, tazminat davası açabilir. Ancak mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliği hakkında tecilin yayımından önce karar vermeyecektir.

Marka hakkına ilişkin bir lisans sözleşmesinin bulunduğu durumlarda, lisans hakkı sahibinin de dava açma yetkisi bulunabilir. Lisans hakkı sahibinin dava açma yetkisi ise kendi menfaatleriyle sınırlandırılmıştır (SMK m. 158/2). Buna göre lisans alan, marka hakkı sahibinden bağımsız olarak uğradığı zarar miktarını belirleyerek yalnızca bu kısımla sınırlı olarak talepte bulunabilir³³⁸. İnhisarî lisans alan, sözleşmede aksinin kararlaştırılmamış olması şartıyla, kendi adına tecavüz davası açabilir (SMK m. 158/1). İnhisarî olmayan lisans söz konusu ise lisans alan, bildirimle marka hakkı sahibinden dava açmasını talep eder. Marka hakkı sahibi dava talebini kabul etmez veya bildirimden itibaren üç ay içinde davayı açmazsa lisans alan davayı kendi adına açabilir. Açılan dava marka hakkı sahibine bildirilir. Bildirimden itibaren öngörülen üç aylık süre içinde ciddi bir zarar tehlikesinin mevcudiyeti halinde, lisans alanın talebi üzerine, ihtiyati tedbir kararı alınabilir. İhtiyati tedbir kararı verildiği takdirde lisans alan doğrudan tecavüz davasını açabilir. Bunlar yanında, markayı rehin alan kişi de rehin hakkına dayanarak tecavüze karşı dava açabilir. Sonuç olarak marka hakkına tecavüz durumunda davacı olabilecek kişiler, SMK'da sayılan koşullar dâhilinde, marka hakkı sahibi, başvuru sahibi, lisans alan ve rehin hakkı sahibidir.

Tecavüz davasında davalı taraf ise fail, yani tecavüzde bulunan kişidir. Buna göre fail, markayı taklit eden, markanın taklit edildiğini bilerek taklit ürünleri satan, dağıtan, ticaret alanına çıkaran; ithal veya ihraç eden, ticarî amaçla elinde bulunduran veya bu

³³⁷Arkan, 1998, **a.g.k.**, 339. Yargıtay 11. H. D., 01.07.2003, E. 1728/2003, K.7187/2003. (Kaynak: Banka ve Ticaret Enstitüsü Araştırma Derneği Dergisi, 2004, 22(3), s. 251.)

³³⁸Arkan, 1998, **a.g.k.**, 339.

ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunan kişidir (SMK m. 29/1/b,c). Buna karşın, tecavüz oluşturan markalı ürünleri kullanan tüketicilere karşı tecavüz davası açılmaz (SMK m. 153/1). Yine marka hakkı sahibine tecavüzden doğan zarar için tazminat ödeyen kişinin piyasaya sürdüğü malları ticarî amaçla kullanan kişiye karşı da dava açılmaz. Bu kişilere karşı dava açılabilmesi için marka hakkı sahibinin tecavüz teşkil eden ürünlere el konulmasını istemiş olması gerekir (SMK m.153/2).

3.4.5.2. Görevli ve yetkili mahkeme

Tecavüz davalarında SMK m. 156/1 gereği *fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemeleri* (FSHHM) görevlidir. Tescilsiz markalar bakımından ise davanın genel görevli mahkemelerde açılması gerektiği ifade edilmiştir³³⁹. Buna göre tescilsiz markalar için haksız rekabet iddiasıyla TTK'ya göre açılan davalarda ticaret mahkemeleri görevlidir³⁴⁰. Fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmayan yerlerde asliye hukuk mahkemeleri görevlidir (m. 156/1)³⁴¹.

Yetkili mahkeme ise davacının yerleşim yeri veya tecavüz fiilinin gerçekleştiği ya da bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir (SMK m. 156/3)³⁴². Bu mahkemelerin yetkisinin, kesin yetki mi HMK'da sayılan mahkemelere alternatif özel yetki mi olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Marka uyuşmazlıklarında Türk mahkemelerinin iç hukuk anlamında yetkisi ve milletlerarası yetkisi çalışmanın üçüncü ve son bölümünde detaylı olarak incelenecektir³⁴³.

3.4.5.3. Zamanaşımı

Marka hakkına tecavüzden doğan uyuşmazlıklarda SMK m. 157 hükmü gereği BK'nın zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır. Marka tecavüzü temelde haksız fiil teşkil ettiğinden BK' da haksız fiiller için öngörülen iki ve on yıllık süreler uygulanacaktır (BK m. 72). Buna göre tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl geçmesiyle ve her halde fiilin işlendiği tarihten

³³⁹Arkan, 2019, **a.g.k.**, 342. Burada dikkat edilmesi gereken, tescilli bir markaya dayanılarak savunma yapılmıyor olmasıdır (Çolak, 2018, **a.g.k.**, 577).

³⁴⁰Çolak, 2018, **a.g.k.**, 577. Yargıtay'ın konuyla ilgili kararı için bkz.: Yargıtay 11. H.D., 01.02.2012 T, E. 2010/9605, K. 2012/1131 (Kaynak: Uyap, Emsal Karar Arama).

³⁴¹Marka hakkına tecavüz teşkil eden davalar TTK m. 4/1 gereğince ticarî dava sayılır. Buna karşın fikrî ve sınai haklar mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemelerinin görevlendirilmesi doktrinde de eleştirilmiştir. Bkz.: Arkan, 2018, **a.g.k.**, 340.

³⁴²Bu hüküm haksız fiillerde yetkinin düzenlendiği HMK m. 16 ile kısmen uyumlu bir yetki düzenlemesidir.

³⁴³Bkz.: Üçüncü Bölüm, "3. Marka Uyuşmazlıklarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi"

başlayarak on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak tazminat, ceza kanunlarının daha uzun zamanaşımı öngördüğü bir fiilden doğmuşsa, daha uzun olan bu zamanaşımı uygulanır³⁴⁴.

Marka hakkına tecavüzün tespiti, giderilmesi ve durdurulması davalarında zamanaşımı söz konusu olmaz³⁴⁵. Zira süregelen tecavüz durumunda zamanaşımı süresi işlemez. Süre, tecavüz teşkil eden fiilin sona erdiği tarihten başlar. Tazminat davalarında ise bu kural geçerli olmayıp, süre fiil ve failin öğrenildiği tarihte başlar. Bu durumun özellikle kısmî davalarda gözetilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁴⁶.

3.5. Marka Hakkının Korunma Sınırı: Tükenme İlkesi

3.5.1. Genel olarak fikrî mülkiyet haklarında tükenme ilkesi

Tükenme ilkesi (*exhaustion principle, first-sale doctrine, Erschöpfung des Rechts, Erschöpfungsgrundsatz*), fikrî mülkiyet hakkına konu ürünün hak sahibi tarafından veya hak sahibinin izniyle piyasaya sunulmasından sonraki işlemlere hak sahibinin müdahale hakkının sona ermesini ifade eder³⁴⁷. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, tükenme ilkesi fikrî mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlamadır. Genel anlamda eşya üzerindeki mülkiyet hakkı, sahibine sınırsız yetkiler vermektedir. Buna karşı karşı fikrî mülkiyet haklarında neden böyle bir sınırlama getirilmiştir? Bu soruya verilecek cevap, tükenme ilkesinin daha net olarak anlaşılmasını sağlayacaktır.

Mülkiyet hakkı sahibi, mutlak nitelikteki hakkına dayanarak, hakkın konusu üzerinde çeşitli sınırlamalar getirebilir. Bu sınırlamalar, hakkın konusuna ilişkin akdedilen sözleşme taraflarının (satıcı-alıcı, üretici-distribütör, toptancı-perakendeci) serbest pazarlığını da sınırlar³⁴⁸. Mülkiyet hakkının mutlak niteliğine dayanan sınırlama yetkisi, taşınır mülkiyeti ve taşınmaz mülkiyetinde olduğu gibi fikrî mülkiyet haklarında da ortaya çıkabilir. Bu sınırlamalardan özellikle mülkiyetin devrine ilişkin olanlar, fikrî mülkiyet haklarında daha fazla sorunu gündeme getirir³⁴⁹. Bir taşınmaz satışı

³⁴⁴Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 529. Bunun için ceza davası açılmış olması veya mahkûmiyet kararı verilmiş olması şart değildir. Eylemin SMK veya diğer ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş olması yeterlidir. Bununla birlikte ceza yargılamasında kanunî boşluk nedeniyle taklit malların iadesi halinde iade tarihinden itibaren yeni bir zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağına ilişkin bkz.: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 827.

³⁴⁵Arkan, 2019, **a.g.k.**, 341; Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 529; Çolak, 2018, **a.g.k.**, 827.

³⁴⁶Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 529.

³⁴⁷Çolak, 2018, **a.g.k.**, 610; Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 453.

³⁴⁸S. Gosh and I. Calboli (2018). *Exhausting intellectual property rights: A comparative law and policy analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 176-209, 177.

³⁴⁹Gosh and Calboli, 2018, **a.g.k.**, 177.

düşünüldüğünde taşınmazın sınırları, malikleri ve taşınmaza bağlı diğer hakların tespiti mümkündür³⁵⁰. Oysa patent veya marka hakkının kesin sınırlarını tespit etmek mümkün olmadığı gibi, bu haklar sonsuz sayıda hukuki işleme konu olabilir³⁵¹. Fikrî mülkiyet hakkının sınırlandırılmaz yapısı, hakkın cisimleştiği malların devrini sınırlamayı da güçleştirir³⁵². Örneğin (A) markasının kullanıldığı tüm ürünlerin konu olduğu her bir hukukî işlemin (lisans sözleşmeleri, dağıtım sözleşmeleri, satış sözleşmeleri vb.) tespiti neredeyse imkansızdır. (A) markasını taşıyan ürünlerin satışında her seferinde (A) markasının hak sahibinin onayının alınması gerçekçi olmadığı gibi, bu durum serbest piyasa ekonomisi işleyişinde kabul görmeyecektir. Yine örneğin, (B) marka otomobil satışında otomobilin farklı aksamlarındaki tasarım hakları, kullanılan yazılımdaki telif hakkı, çeşitli parçalardaki patent haklarının her birinin farklı ülkelerdeki binlerce satışta gündeme gelmesi de satışları imkânsız hale getirecektir.

Özetle fikrî mülkiyet hakkının, malların dolaşımını kontrol etmesi halinde, fikrî mülkiyet hakkı sahibi -hakkın tanındığı alanla- ilgisiz piyasaları etkileyecektir³⁵³. Fikrî mülkiyet hakkının sağladığı inhisarî yetki, malların serbest dolaşımına da engel olur³⁵⁴. Bu durumun önüne *tükenme ilkesi* ile geçilir. Bu ilke ile fikrî mülkiyet hakkı sahibinin, kanun koyucunun kendisi için öngördüğü sınırlar dışındaki piyasaları etkilemesi engellenir.

Tükenme ilkesi sayesinde fikrî mülkiyet haklarına sağlanan koruma ile serbest ticaret, kamu yararı ve özel mülkiyet menfaatleri arasında bir denge kurulmaya çalışılır³⁵⁵. Ancak bu dengenin ne şekilde kurulacağına ilişkin genel geçer bir kabul yoktur. Nitekim sınai mülkiyet haklarına ilişkin temel kaynak kabul edilen TRIPS' te

³⁵⁰Bir parça arazi binlerce paydan müteşekkil bir mülkiyet hakkına konu olabilirse de sınırları bellidir ve hak sahiplerinin tespiti mümkündür. Kaldı ki taşınmaz için düzenlenen tapu sicil kaydı da maliklerin tespitini kolaylaştırır.

³⁵¹Amerikan Temyiz Mahkemesi *Kirstaeng* kararında farklı durumlar için telif hakları üzerinden bu problemlere değinmiştir. Kararda özellikle telif haklarını taşıyan ürünlerin ithalinde coğrafi yorumun doğuracağı sorunlar sayılmaktadır. Mahkeme, kararda Amerikan Telif Yasası'nın uluslararası tükenme ilkesini benimsediği sonucuna varmıştır. Buna göre telif hakkına konu ürünler dünyanın herhangi bir yerinde tekrar satışa konu olabilir ve ABD'ye geri ithali mümkündür. *Kirtsaeng v. John Wiley&Sons Inc.*, 568 U.S. kararının özeti için bkz.: Gosh and Calboli, 2018, **a.g.k.**, 179-180.

³⁵²Gosh and Calboli, 2018, **a.g.k.**, 177.

³⁵³Gosh and Calboli, 2018, **a.g.k.**, 177.

³⁵⁴Bu durum özellikle malların serbest dolaşımını esas alan AB gibi ekonomilerde ciddi bir problem teşkil eder. Bkz.: Ü. A. Düzgün (2010). *Marka hakkının tükenmesi ve paralel ithalat*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 43.

³⁵⁵T. Ayoğlu (2001). *Marka hakkının tükenmesi*. Yayımlanmamış doktora tezi, Galatasaray Üniversitesi, YÖK, Ulusal tez merkezi; Aslan Düzgün, 2010, **a.g.k.**, 43.

tükenme ilkesinin nasıl yorumlanacağı belirsizdir. Anlaşmanın 6. maddesi her ne kadar “tükenme” başlığını taşısa da tükenmeye ilişkin bir açıklama getirmemektedir. Bu nedenle TRIPS’ e taraf devletler tükenmeye ilişkin kendi düzenlemelerini kabul etmekte serbesttir³⁵⁶.

3.5.2. Marka hakkının tükenmesi

Marka hakkının tükenmesi, en genel ifadeyle, tescilli markayı taşıyan ürünün piyasaya sunulmasından sonra piyasadaki ürünlerle ilgili sonraki fiillere marka hakkı sahibinin engel olamamasını ifade eder³⁵⁷. İlk satış ilkesi olarak da adlandırılan bu prensip emtia markalarını kapsamakla birlikte, hizmet markalarını kapsamaz³⁵⁸.

Tükenme ilkesi gereği, marka sahibi markasını taşıyan malları bir kez piyasaya sürdükten sonra, belli bir coğrafi bölgede artık bu malların müteakip satışlarına, el değiştirmesine, ikinci el satışlarına ve reklamlarının yapılmasına engel olamaz³⁵⁹. Tükenen, markalı malların ilk satış hakkıdır. Marka sahibinin marka hakkına dayanarak başkalarının izinsiz üretim ve satış yapmalarını yasaklama, lisans verme, devretme gibi markaya dayalı çeşitli hakları devam eder³⁶⁰.

Marka hakkının tükenmesinden söz edebilmek için iki önemli şartın sağlanması gerekir³⁶¹:

- Malların hak sahibi tarafından veya onun izniyle piyasaya sunulması³⁶²,
- Malların piyasaya sunulması yani diğer deyişle, malların ticaret alanına, tedavüle çıkarılması.

Tükenme ilkesi marka sahibi ve malları satın alanların menfaatleriyle ilgili olduğu kadar, rekabetin sağlanmasıyla da ilgilidir. Nitekim ABAD da tükenme ilkesinin

³⁵⁶ Metzger, 2017, **a.g.k.**, 1749.

³⁵⁷ Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 512; Çolak, 2018, **a.g.k.**, 609, Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 453.

³⁵⁸ Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 512; Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 453.

³⁵⁹ Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 453; Çolak, 2018, **a.g.k.**, 609-610.

³⁶⁰ Çolak, 2018, **a.g.k.**, 610.

³⁶¹ Çolak, 2018, **a.g.k.**, 610.

³⁶² Marka sahibiyle piyasaya süren kişi arasındaki hukuki ilişki işletmesel veya organik bir bağdan kaynaklanabileceği gibi tek satıcılık, lisans gibi markayı kullanma yetkisi veren bir sözleşmeye de dayanabilir (Çolak, 2018, **a.g.k.**, 613).

tarafların menfaati yanında, rekabeti koruyacak şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir³⁶³.

3.5.2.1. Tükenmenin türleri

Tükenme ilkesi, devletlerin siyasi ve ekonomik tercihlerine göre coğrafi sınırlar dikkate alınarak; ülkesel, bölgesel ve uluslararası tükenme olarak uygulanmaktadır. Ülkesel tükenme, yalnızca markayı taşıyan malın piyasaya sunulduğu ülke sınırları içinde, o ürünler bakımından ilk satış hakkının tüketilmesidir³⁶⁴. Marka KHK’da da bu ilke benimsenmiştir³⁶⁵. Bu ilkeye göre; ilk satış veya piyasaya sürülme ülke dışında gerçekleştiğinde, hak ülke içinde tükenmediğinden, ülke dışındaki malların ülkeye ithali önlenebilir. Ancak mallar ülke içinde piyasaya sunulduktan sonra yurtdışına ihraç edildiyse, bu malların yeniden ülkeye ithali engellenemez.

Bölgesel tükenmede belirli bir bölge içinde, örneğin AB sınırları dâhilinde, tükenme gerçekleşmektedir³⁶⁶. Buna göre bir AB üyesi ülkede, örneğin Hollanda’da marka hakkı sahibinin mallarını piyasaya sunmasıyla tüm AB üyesi ülkelerde bu markayı taşıyan mallar bakımından ilk satış hakkı tükenir. Bundan sonra hak sahibi Fransa’da, İspanya’da, Almanya’daki sonraki satışlara engel olamaz.

Uluslararası tükenme ise dünyanın herhangi bir yerinde marka hakkı sahibi tarafından veya onun rızasıyla malların piyasaya sunulmasından sonra marka hakkı sahibinin ilk satış hakkının sona ermesini ifade eder³⁶⁷. İhracatta öne çıkan ülkelerin bu yaklaşımı benimsediği ifade edilmiştir³⁶⁸. Hindistan bunun en önemli örneğidir³⁶⁹. Buna göre, Hindistan’da üretilen markalı mallar, marka hakkı sahibi tarafından Sri Lanka’da satışa sunulduğu anda artık tüm dünyada marka hakkı sahibi sonraki satışlara, yeniden ithalata veya paralel ithalata müdahale edemez. Bu mallar henüz Hindistan’da kendisi

³⁶³Konuyla ilgili ABAD’ın 14 Haziran 2011 tarihli kararı için bkz.: CJEU, C- 46/10, *Viking Gas A/S v Kosan Gas A/S*. (31. Paragraf). (Kaynak: *InfoCuria* web sitesi)

³⁶⁴Çolak, 2018, **a.g.k.**, 611.

³⁶⁵Yine ABD, Rusya, İsviçre ve pek çok hukuk sisteminde ulusal tükenme kabul edilmiştir. Bkz.: L. G. Grigoriadis (2014). *Trade marks and free trade*. Cham: Springer, s. 450, 453,

³⁶⁶Çolak, 2018, **a.g.k.**, 611. AB hukukunda tükenme ile ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz.: Grigoriadis, 2014, **a.g.k.**, 189 vd.

³⁶⁷Çolak, 2018, **a.g.k.**, 611.

³⁶⁸Grigoriadis, 2014, **a.g.k.**, 457.

³⁶⁹Grigoriadis, 2014, **a.g.k.**, 457.

tarafından satışa sunulmamış olsa da başkaları tarafından Hindistan'a ithal edilmesine engel olamaz.

3.5.2.2. *Türk hukukunda marka hakkının tükenmesi*

Mülga Marka KHK'nın aksine, SMK'da (m. 152), uluslararası tükenme ilkesi kabul edilmiştir³⁷⁰³⁷¹. İlgili hükümde uluslararası tükenmenin kabul edildiği açıkça ifade edilmemiştir. Ancak mülga Marka KHK'da "*Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra*" ifadesi yer alırken SMK'da "*Türkiye'de*" ifadesinin çıkarılması bunu işaret etmektedir. Bunun yanında Kanun'un gerekçesinde 10 Ocak 2017'den bu yana ulusal tükenmeden vazgeçildiğinin ifade edilmesi de *uluslararası tükenmenin* kabul edildiğini göstermektedir.

Uluslararası tükenme ilkesinin kabulüyle artık Türkiye'deki marka sahipleri dünyanın herhangi bir yerinde markalı malları piyasaya sürdüğünde, bu mallar üzerindeki ilk satış hakları tükenecektir. Bu andan itibaren mallar henüz Türkiye'de piyasaya sürülmemiş olsa dahi, bir başkası tarafından paralel ithaline engel olamayacaktır. Ancak bu durum marka hakkı sahibinin TTK'ya göre haksız rekabet hükümlerine başvurmasına engel değildir.

Mülga Marka KHK döneminde markalı malların Türkiye'de piyasaya sunulmuş olması halinde, ilk satış hakkının tükendiği kabul edildiğinden, aynı markayı taşıyan malların Türkiye'ye paralel ithalatı mümkün kabul edilmekteydi³⁷². Yargıtay, malların Türkiye'de ilk satışlarının yapıp yapılmadığını inceleme konusu yapıyordu. Bu dönemde tek satıcılık anlaşmasına dayanarak paralel ithalatın engellenmesi konusunda ise Yargıtay olumsuz görüştedir³⁷³. Yargıtay tek satıcılık sözleşmesinin yalnızca sözleşmenin tarafları arasında kurulmasından dolayı, üçüncü kişilere herhangi bir yükümlülük getirmediğini ifade etmiştir³⁷⁴. Bu sözleşmeye göre ilgili bölgede tek satıcıya

³⁷⁰Çolak, 2018, **a.g.k.**, 612. Uluslararası tükenme, markalar yanında patent ve tasarım hakları bakımından da geçerlidir.

³⁷¹Türk hukukunda uluslararası tükenme her ne kadar SMK ile kabul edilmiş olsa da esasen bu tarihten önce yargı kararlarında ülkesel tükenmeden vazgeçildiği görülmektedir³⁷¹. Bu durum SMK gerekçesinde de ifade edilmiştir. (Çolak, 2018, **a.g.k.**, 612).

³⁷²Çolak, 2018, **a.g.k.**, 617.

³⁷³Çolak, 2018, **a.g.k.**, 617.

³⁷⁴Yargıtay 11. H.D. 26.05.1999, E. 1999/2086, K. 1999/4505. (Kaynak: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 617). Konuyla ilgili bir başka önemli kararda Yargıtay, tek satıcılık sözleşmesine rağmen markayı taşıyan orijinal malların yurtdışından Türkiye'ye ithalinin, marka hakkına tecavüz teşkil etmediğine karar vermiştir. Bu

tekel hakkını sağlamak yapımcının akdî edimidir. Bu nedenle tek satıcının bu hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesi mümkün değildir. Gerek tek satıcılıkla ilgili bu konu, gerek genel anlamda paralel ithalatla ilgili tartışmalar, SMK döneminde tamamen sona ermiştir denilebilir. Zira artık mallar piyasaya sürüldükten sonra, paralel ithalat dâhil, sonraki satış ve hukuki işlemlere müdahale edilemez. SMK’da kabul edilen uluslararası tükenme ilkesi ile artık bu malların Türkiye’de ilk satışları yapılmamış olsa dahi paralel ithalatı mümkündür.

SMK m.152/2 ile tükenme ilkesinin istisnası düzenlenmiştir. Buna göre, malın piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçla kullanılması halinde hakkın tükenmediği kabul edilecektir. Diğer bir deyişle, bu durumda marka hakkı sahibi, ürünler piyasaya sürülmüş olsa dahi, önleme yetkisini kullanabilecektir.

durum Mülga Marka KHK m. 13 kapsamında marka hakkının tükenmesi olarak değerlendirilmiştir. Kararda tek satıcılık sözleşmesinin ve lisans sözleşmesinin paralel ithalatı engelleme hakkı vermediğinin altı çizilmiştir. Yargıtay 11. H.D. 26.03.2009, E. 2007/8735, K. 2009/3615. Konuyla ilgili detaylı bilgi ve bahsi geçen kararların yorumu için bkz.: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 617-619.

İKİNCİ BÖLÜM

ÜLKESELLİK İLKESİNİN

ULUSLARARASI MARKA KORUMASINA ETKİLERİ

Fikrî mülkiyet haklarının neler olduğu, nasıl kazanılacağı ve ne şekilde korunacağını, her devletin kendisinin belirlemesi esastır. Diğer deyişle fikrî mülkiyet hakkının geçerliliği ve etki alanı, kazanıldığı yer tarafından belirlenmektedir. Bu durum, fikrî mülkiyet haklarında *ülkesellik ilkesinin* (mülkilik ilkesi, *territoriality principle*) sonucudur³⁷⁵.

Kaynağını devletlerin egemenlik yetkisinden alan ve fikrî mülkiyet hukukunu şekillendiren ülkesellik ilkesi, farklı boyutlara sahiptir. Söz konusu ilke, fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin uluslararası anlaşmalarda ve millî hukuklarda genel kabul gören bir esastır³⁷⁶. Bunun yanında ülkesellik kavramı, milletlerarası özel hukuk kuramının gelişiminde de oldukça önemli bir yer tutmaktadır.

Ülkesellik ilkesinin, hakların içeriği yanında etki alanını da belirlemesi, bu ilkenin milletlerarası özel hukuk açısından değerlendirilmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Bu sayede ülkeselliğin, uluslararası marka korumasında uygulanacak hukuku ve milletlerarası yetkiyi nasıl etkilediği anlaşılabilir. Ayrıca konuyla ilgili olarak günümüzdeki yaygınlığı ve özellik arz eden durumu nedeniyle internet üzerinden işlenen marka hakkı ihlallerinin özel bir inceleme gerektirdiği açıktır.

Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası sistemlerindeki farklı yaklaşım ve uygulamalar, ülkeselliğin farklı şekilde yorumlanmasına ve düzenlenmesine sebep olmuştur. Bu nedenle konuyla ilgili yapılacak inceleme, karşılaştırmalı bir analizi gerektirmektedir. İlgili hukuk sistemleri ve Türkiye’deki mevcut durum karşısında, uluslararası kuruluşların konuyla ilgili önerileri farklı bir gidişata işaret etmektedir. Çalışmanın bu bölümünde, ülkeselliğin esnetilmesi yönündeki bahsi geçen eğilim ve bunun milletlerarası özel hukuk bakımından sonuçları ortaya konulacaktır.

³⁷⁵“Territoriality” kavramının Türkçe karşılığı “bölgeselilik” olsa da Türk hukukundaki yerleşik kullanımda “ülkesellik” tercih edilmektedir. *Territoriality* ile aslen hakkın belli bir alanla sınırlanması ifade edilmek istenmektedir. Çalışmada da yerleşik kullanım olan “ülkesellik” kavramı tercih edilmiştir.

³⁷⁶A. Le Peru (2004). *Branding and territories the conflict of applying domestic laws to universal trademarks*, s. 36. *Yayımlanmamış yüksek lisans tezi*, <https://bit.ly/3dTI8Uy> (Erişim tarihi: 27.04.2021); L. Lundstedt (2016). *Territoriality in intellectual property law*. Malmö: Stockholm University Press, s. 28.

1. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ve FİKRÎ MÜLKİYET HUKUKUNDA ÜLKESELLİK

1.1.Milletlerarası Özel Hukukta Ülkesellik Kavramı

Ülkeselliğin kavramsal olarak ilk kullanımı, İtalyan site devletlerinde kanunlar ihtilafının doğuşu (9-10. yy) ile yaşıt kabul edilebilir. Bu dönemde Kuzey İtalya site devletlerinin her biri kendi hukuk düzenine sahiptir ve site devletleri arasında yoğun ticarî ilişkiler bulunmaktadır. Bilinen ilk kanunlar ihtilafı problemi de bu ticarî ilişkilerden doğmuştur³⁷⁷³⁷⁸. İki tacir arasında çıkan uyuşmazlıkta Bolonya hâkimi, Modenalı tacire Bolonya kanunlarını uygulamak istemiş, tacir de buna karşı çıkmıştır³⁷⁹. Buradan kanunlar ihtilafının klasik sorusu: “Uyuşmazlığın birden fazla hukuk düzeniyle ilgili olduğu durumlarda, hangi hukuk uygulanır?” sorusu şekillenmiştir. Adil bir sonuç için ülkesel kanunların konusuna giren uyuşmazlıklarda bulunulan ülkenin kanunları, kişisel konularda ise kişinin tabi olduğu kanunlar uygulanmalıdır. Bu gelişmenin neticesinde kanunlar arasında *lex realia* (aynî kanun) ve *lex personalia* (kişisel kanun) tasnifi yapılmıştır^{380 381}. Aynî kanunların konusuna giren konuların ülkesel olduğu ve olayın cereyan ettiği ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Örneğin, “taşınmazlar malın bulunduğu yer hukukuna tabidir” kuralı, bunun sonucudur.

³⁷⁷V. Doğan (2022). *Milletlerarası özel hukuk* (8. Baskı). Ankara: Savaş Kitabevi, s.183; E. Nomer (2017). *Devletler hususi hukuku* (22. Bası). İstanbul: Beta Yayınevi, s. 51 vd.

³⁷⁸Uyuşmazlıkla ilgili *statutalar* ve *Corpus Iuris Civilis*’te çözüm bulunamayınca Bolonya Akademisi’ne başvurulmuştur. Akademi, Codex’in CIII kısmındaki hüküm ve şerhte aranan cevabı bulmuştur (Accarsius Emirnamesi). Emirname’de geçen ifade şu şekildedir: “İmparatorluğun emrindeki herkesin imparatorun dinine tabi olması esastır ve gittiği yere de dinini götürür”. Bu kuraldan, çıkarılan sonuçlar şunlardır: 1) Hükümdarın dini, emri gibidir. 2) Hükümdarın emrinin iki boyutu vardır ve kanunlar da hükümdarın emri olarak iki boyuta sahiptir: Kanun hükümdarın ülkesinde uygulanır (emir ülkeseldir). Tebaa dışarı çıktığında da onu takip eder (emir aynı zamanda kişiseldir). 3) Dolayısıyla bir Bolonyalı Modena’ya giderse, tâbi olmadığı Modena kanunlarıyla idare edilemez. T. Arat, 2014. *Kanunlar ihtilâfi kuramı – Kanunlar ihtilâfi metodolojisi* (Yayımlanmamış ders notları). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (Prof. Dr. Tuğrul Arat’ın 2014’te Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde verdiği lisansüstü derslerde yazarın tuttuğu notlar kaynak alınmıştır. İki dönemden oluşan derslerde 9.-10. yüzyıl İtalyan statücülerinden günümüze kadar Avrupa ve ABD’de kanunlar ihtilâfi kuramının gelişimi ve farklı kuramcılarının metotları ile bu metotların günümüz yasalarına etkileri analiz edilmektedir.)

³⁷⁹Nomer, 2017, **a.g.k.**, 52; Arat, 2014, **a.g.k.**

³⁸⁰Bu tasnifte İtalyan statücülerinin eşyanın tabiatını dikkate almıştır. Buna göre her eşyanın bir tabiatı vardır. İnsan, aklîselim vasıtasıyla bunu algılayarak kategorilere sokar ve her eşyanın tabiatına göre bir kural bulur. Arat, 2014, **a.g.k.**

³⁸¹Bu ayırım sonraları *statuta personalia*, *statuta realia* ve *statuta mixta* (haksız fiil ve akitler için oluşturulan bir kategori) olarak üç kategoriye çıkarılmıştır. Arat, 2014, **a.g.k.**; Doğan, 2022, **a.g.k.**, 183-184.

Kanunların ülkeselliği, kişiselliği tartışması 14-16. yy. Fransız hukukunda da devam etmiştir³⁸². Bu dönemde *Bertrand D'Argantre* ve *Demoulin*'in başrollerinde olduğu tartışmada Paris Komünyonu kanunlarının taşırayı bağlayıp bağlamayacağı sorusu gündemdedir³⁸³. Zamanın ruhu bu dönemde *D'Argantre*'den yanadır ve kanunların ülkeselliği ilkesi benimsenir³⁸⁴.

Ancak 17. yy.'a kadar yapılan tartışmalarda günümüzdeki anlamıyla bir “ülkesellik” kavramından bahsedilemez zira henüz ulus-devletler kurulmamış, devletlerarası genel hukuk ve bu hukukun “egemen eşitlik” gibi kavramları oluşmamıştır. 17. yy'da ulus-devletlerin oluşmaya başlaması ve 1648 Vestfalya Barışı sonrası günümüzdeki anlamıyla devletlerarası genel hukuk kavramları şekillenmeye başlamıştır. Bu dönemde “ülkesellik” ilkesi, ulus-devletin oluşumunu gerçekleştiren görüşlerin de temeli olmuştur. Devletlerarası genel hukuk anlamıyla “ülkesellik” ilkesinden faydalanarak bağlama kuralları oluşturmaya çalışan teoriler de aynı dönemde ortaya çıkmıştır³⁸⁵.

Hollandalı yargıç *Ulrich Huber*, *De Conflictu Legum in Diversis Imperiis* (Farklı Devletlerde Yasaların Çatışması) risalesinde yabancı devlet hukukunun uygulanmasıyla ilgili üç ilkeden oluşan bir sistem oluşturmuştur. Buna göre; hukuk düzenleri ülkeseldir (*territorial*) ve devletin egemenlik alanıyla sınırlıdır. Ancak egemen devlet, başka bir devlet hukukunun uygulanmasına *comitas gentium* (milletlerarası mücamele) gereği izin verebilir. Bu ise devletin kendi egemenlik hakkına dayanan yetkisini kullanmasıyla mümkündür³⁸⁶. Önceki statücü görüşler; yabancı hukukun, kendi iç doğası gereği uygulandığını savunmaktayken; Hollanda okulu, yabancı hukukun uygulanmasını

³⁸²Nomer, 2017, **a.g.k.**, 52.

³⁸³M. Aygün, 2016. ABD kanunlar ihtilâfı hukukuna kuramsal ve metodolojik bir bakış: çeşitli teori ve metotlar, II. Restatement ve sözleşmeye uygulanacak hukuk. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (2), s.133.

³⁸⁴Fransız statücülerinden olan *D'Argantre*'nin taşınmaz mallara bulunduğu yer hukukunun uygulanması (*lex rei sitae*) gerektiğine dair görüşü, günümüz Fransız ve Anglosakson hukukunda karşılık bulmaktadır. Aygün, 2016, **a.g.k.**, 15. *D'Argantre* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: R. De Nova, (1966). Historical and comparative introduction to conflict of laws, 118 *Rec. des Cours*, (1966/ II), s. 441-622.

³⁸⁵Bu teorilerin ulusçuluk akımlarının güç kazandığı Hollanda'da ortaya çıkması da aynı sebepten olsa gerektir. Hollandalı statücülerin görüşleri üzerinde ise *D'Argantre*'nin ülkesellik anlayışı etkili olmuştur. (Aygün, 2016, **a.g.k.**, 134.)

³⁸⁶Aygün, 2016, **a.g.k.**, 134; Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 28; De Nova (1966), **a.g.k.**, 450. Yabancı devletin hukukunun uygulanması, uygulandığı ülkede toplum düzenine aykırı sonuç doğuracaksa, bundan vazgeçilebilir. Böylece kamu düzeni olgusunun da temelleri *Huber* ve Hollanda statücülerinin sayesinde atılmıştır (Aygün, 2016, **a.g.k.**, 134-135).

devletin kendi egemenlik yetkisiyle ilişkilendirmiştir³⁸⁷. Hollanda okulunun yabancı hukukun uygulanmasına getirdiği bu açıklama, milletlerarası özel hukukta önemli bir yeniliktir³⁸⁸.

Hollanda statücülerinin *comitas gentium* kuramı, 18. yy'dan başlayarak İngiltere ve ABD'li hukukçuları da büyük ölçüde etkilemiştir³⁸⁹. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde uzun süre bu akımın etkisiyle ülkesellik ilkesine bağlı kalınmış ve yabancı hukukun uygulanması *comity* yani *comitas gentium*'a dayandırılmıştır³⁹⁰.

ABD'li hukukçu *Joseph Story*, *Huber*'in etkisiyle, 19. yy'da milletlerarası özel hukukun ilk soyut ilkelerini oluşturmuştur. *Story* bu ilkeleri oluştururken ülkeselliğe sıkı sıkıya bağlı kalmıştır. "Milletlerarası özel hukuk" kavramının da kurucusu olan *Story*, kanunların ülkesel olduğunu ancak; milletlerarası mücamele³⁹¹ (*comity*) ve karşılıklı işlem esası gereği yabancı hukukun uygulanabileceğini kabul etmiştir³⁹². *Story*'nin görüşleri, Amerikalı hukukçuları ve yargı kararlarını uzun süre etkilemiştir³⁹³. *Story*'den başlayarak, hukukların ülkeselliği uzun süre Anglo-Amerikan kanunlar ihtilafı sisteminin temeli kabul edilmiştir³⁹⁴. *Story*'nin *Huber*'den tek farkı, milletlerarası mücamele (*comity*) esasını *Huber* gibi bir gereklilik değil; devletlerarası hukukun genel ilkesi kabul etmesidir³⁹⁵.

Hollanda okulunun ülkeselci yaklaşımı, Anglo-Amerikan hukukunda gelişen kazanılmış haklar teorisini de (*vested rights theory*) şekillendirmiştir³⁹⁶. Kazanılmış haklar teorisinin temelinde mutlak bir ülkesellik anlayışı yatmaktadır³⁹⁷. Kazanılmış

³⁸⁷Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 39.

³⁸⁸Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 39.

³⁸⁹Bunda Hollanda'da hukuk eğitimi alan İskoç hukukçuların etkisi büyüktür. Öğreti bu hukukçular tarafından İngiltere ve oradan da ABD'ye taşınmıştır. Bkz.: Aygün, 2016, **a.g.k.**, 135.

³⁹⁰A.A. Ehrenzweig, (1962). *A treatise on the conflict of laws*, St. Paul, Minn.: West Publishing, s. 4 vd; (Ehrenzweig'dan aktaran: Aygün, 2016, **a.g.k.**, 134.).

³⁹¹*Story*, *Huber*'in *comitas gentium* ilkesinden yola çıkarak *comity* kuramını geliştirmiştir.

³⁹²Aygün, 2016, **a.g.k.**, 135.

³⁹³*Story*'nin *Commentaries on the Conflict of Laws* eseri uzun süre, İngiliz ve Amerikan mahkemeleri tarafından otorite olarak kabul edilmiştir. Amerika ve İngiltere ve Avrupada pek çok davada *Story*'nin bu eserinden faydalanılmıştır. (Aygün, 2016, **a.g.k.**, 134).

³⁹⁴E. G. Lorenzen (1920). The theory of qualifications and the conflict of laws. *Columbia law review*, 20(3), s. 247 vd.

³⁹⁵Arat, 2014, **a.g.k.**

³⁹⁶Teori ilk olarak İngiltere'de Dicey daha sonra ABD'de Beale tarafından geliştirilmiştir. Aygün, 2016, **a.g.k.**, 140. Detaylı bilgi için bkz.: P. Dane (1987). Vested rights, "vestedness," and choice of law. *The yale law journal*, 96 (6) May, s. 1194 vd.

³⁹⁷Ehrenzweig'dan aktaran: Aygün, 2016, **a.g.k.**, 135.

haklar teorisine göre, kural olarak her devlet, mahkemelerine gelen uyuşmazlıkta kendi millî hukukunu uygular. Mahkemeler kendi hukuklarına izafe edilemeyecek bir nedenle yabancı hukuku uygulamaya mecbur edilemez. Ancak bir hakkın veya borcun yabancı hukuk düzeni içinde doğmuş olması halinde, bunların geçerliliğini sağlamak amacıyla yabancı hukukun etkisi kabul edilebilir³⁹⁸. Burada aslında yabancı hukuk uygulanmamakta, yalnızca hakkın korunmasıyla sınırlı olarak yabancı hukuka geçerlilik tanınmaktadır. *Dicey* kazanılmış haklara saygı ilkesini tek bağlayıcılık normu kabul etmiştir. Buna göre yabancı bir kanuna göre hukuken ve tam olarak kazanılmış haklara riayet etmek, uygar devletlerin vazifelerinden biri olmalıdır. Aksi halde, milletlerarası ilişkiler ve özellikle milletlerarası ticaret hayatının yürümesi mümkün değildir. Kazanılmış haklar teorisi, kurucusu *Dicey* ile İngiliz hukukunda, *Beale*'in etkisiyle ABD'de 1934 tarihli I. Restatement'ta etkin olmuştur³⁹⁹. Kazanılmış haklar teorisinin statücülerden farkı, kanunların değil, hakların türüne göre tasnif yapmasıdır⁴⁰⁰. Böylece genel kapsamlı bağlama kurallarından daha dar kapsamlı bağlama kurallarına gidilmeye başlanmıştır⁴⁰¹.

Uygulamadaki yorum farklılıkları neticesinde mahkemeler; kazanılmış haklar teorisini, her durumda *lex fori*'ye (mahkemenin hukuku) öncelik verecek şekilde, milliyetçi yorumlamıştır⁴⁰². Bunun doğurduğu sakıncalar ve doktrinde bu görüşe

³⁹⁸Aygün, 2016, **a.g.k.**, 140.

³⁹⁹Restatement'lar Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute- ALI*) tarafından hukukun temel alanlarına ilişkin yayımlanan ve bu alanlarda dikkate alınması gereken temel ilkeleri ve emsal kararları içeren, bağlayıcı olmayan hukuk eserleridir. Restatement'lar hukukun ikincil kaynaklarından. Her ne kadar resmî bağlayıcılığı olmasa da bu eserler Amerikan hukukunda yargı kararlarını ve akademik çalışmaları yoğun olarak etkilemektedir. Bunun yanında mahkemeler Restatement'ları emredici hukuk kuralı olarak da uygulayabilir.

Eserlerin temel amacı mahkemelerin *common law*'u anlamaları ve yorumlamalarına yardımcı olmaktır. Bu eserleri hazırlayan ALI, önde gelen yargıç, akademisyen ve avukatlardan oluşan bağımsız bir kuruluştur. Detaylı bilgi için bkz.: ALI, *about ALI*, <https://www.ali.org/about-ali/> (Erişim tarihi: 28.10.2020).

⁴⁰⁰Arat, 2014, **a.g.k.**

⁴⁰¹Bilinen ilk bağlama kuralları statücülerden gelir ve bunlar genel bağlama kurallarıdır. Örneğin; “ahkam-ı şahsiye millî kanuna tabidir”, “haksız fiiller işlendiği yer hukukuna tabidir” kuralları, statücüler tarafından oluşturulmuştur. Ancak bunlarda bağlanma konusu oldukça geniştir. *Dicey* döneminde kanunlar ihtilâfi kuralının kapsamı biraz daha daralmaya başlamıştır. Örneğin: “akdin geçerliliği yapıldığı yer hukukuna, akdin ifası ifa yeri hukukuna tabidir.” kuralında bu daralma görülür. Haklara göre tipleştirilmiş kanunlar ihtilâfi kuralının özelliği, kuralın daralması olmuştur (Arat, 2014, **a.g.k.**).

⁴⁰²Aygün, 2016, **a.g.k.**, 142.

yöneltiren diğer eleştiriler neticesinde *Savigny* ve Alman ekolünün görüşleri yaygınlık kazanmaya başlamıştır⁴⁰³.

19. yy'a kadar ağırlığını sürdüren klasik ülkesellik anlayışı, *Savigny* ile değişim göstermiştir. *Savigny* ulus-devletlerin sayıca arttığı, uluslararası hukukun temel kavramlarının olduğu bir dönem olan 19. yy.'da fikirlerini oluşturmuştur. *Savigny*, devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarını oluştururken “uluslararası toplum”un isterlerine göre hareket edilmesi gerektiğini öne sürmüştür⁴⁰⁴. Zira kanunlar ihtilafı kuralları uluslararası toplumun sorunlarına dair düzenleme getirir ve uluslararası toplum da hukukî öngörülebilirlik ve yeknesaklık ister. Örneğin, X ülkesinde kurulan hukukî ilişkinin Y ve Z devletlerinde de aynı sonucu doğurması, kazanılan hakkın geçerli olması beklenir. Bu amaca ulaşmak için kanunların kişisel-ülkesel olarak ayrıma tabi tutulması sonuç vermeyecektir. Zira hukuk kuralları, sadece kişisel veya sadece ülkesel değildir. Hareket noktası hukuk kuralları değil, bunların düzenlediği konular olmalıdır⁴⁰⁵. *Savigny*'e göre amaç uyumsuzluğa en uygun hukukun (*most proper law*) uygulanması suretiyle, kararların dış uyumunun (uluslararası uyum) sağlanmasıdır. Ancak millî hukukların farklılığından ötürü, “kanunların tasnifi” (ülkesel-kişisel kanunlar) ile değil; ancak “hukukî ilişkilerin tasnifi” ile dış karar ahenginin sağlanması mümkündür. Böylece “*Savigny*yen metot” veya “ihtilafçı metot” olarak adlandırılan yöntem ortaya çıkmış ve büyük oranda Kıta Avrupası'nı etkilemiştir.

⁴⁰³Tüm unsurları bir devlette meydana gelen, fakat davanın başka bir devlette açılmış olduğu basit olaylarda kazanılmış haklar kuramı olumlu sonuç verebilir. Ancak unsurları birkaç devlet arasında dağılmış olan daha karmaşık uyumsuzluklarda, kazanılmış haklar kuramı, gerçek anlamda kanunlar ihtilafı “*true conflict*” sorununu aşmada yetersiz görülmüştür. Yine kazanılmış haklar teorisinin fiilin veya hukuki ilişkinin herhangi bir devletin hâkimiyet alanına girmeyen, açık deniz gibi bir yerde gerçekleşmesi halinde çözümsüz kalması eleştiri konusu olmuştur. Kazanılmış haklar teorisiyle ilgili eleştiriler için bkz.: V. R. Abou-Nigm and J. H. C. Morris (2012). *The conflict of laws*. Surrey: Sweet&Maxwell, s.541 vd.

⁴⁰⁴*Savigny* devletler dışında uluslararası toplumu da bir aktör olarak kabul etmiştir. Ancak uluslararası hukuk henüz gelişimini tamamlamadığı için pozitif hukuk oluşturamaz. Bu nedenle hukuk kurallarını millî hukuklar oluşturur. Ancak millî hukuklar uluslararası hukuku ilgilendiren kural koyarken, uluslararası toplumun isterlerini dikkate alır (Arat, 2014, **a.g.k.**).

⁴⁰⁵*Savigny*'e göre sorun, her hukukî ilişkinin özelliklerine göre tabi olması en uygun görülen hukuk düzeninin tespit edilmesidir. Buna göre *Savigny* milletlerarası ilişkileri kategorilere ayırır, mahiyetine bakar ve buna göre ağırlık noktasını tespit eder. Ağırlık noktasının bulunduğu ülke hukuku “en uygun hukuk” olarak hukukî ilişkiyi yönetir. *Savigny* kanun veya haklar değil hukukî ilişki tipolojisine başvurur. Ağırlık noktasını belirlemek için ise hukukî ilişkiyi unsurlarına ayırır. Bunun sonucunda ağırlık noktalarını tespit ederek bağlama kurallarını; borçlarda, ifa yeri; mallarda, malın bulunduğu yer; hukukî ilişkinin ihtilâf haline dönüşmesi halinde, dava yeri; haksız fiillerde, hâkimin hukuku; hukuki işlemin şekli konusunda, işlemin doğduğu yer; şahsın hukuku-aile hukuku-miras hukuku ilişkilerinde şahıs ağır bastığından, ikametgâh şeklinde oluşturur. *Savigny*yen metot (ihtilâfçı metot) ile bağlama kuralları netleşmiş ve bağlama noktaları flulaşmıştır. Böylece hâkimin takdir yetkisi artmıştır (Arat, 2014, **a.g.k.**) İhtilafçı metot ile ilgili ayrıca bkz.: Nomer, 2017, **a.g.k.**, 55 vd.; Doğan, 2022, **a.g.k.**, 193-194.

Sonuç olarak, milletlerarası özel hukuktaki ülkesellik prensibi, milletlerarası özel hukukun devletlerarası genel hukuk temelli olduğu kabulüne dayanmaktadır⁴⁰⁶. Ulus-devletlerin kurulduğu ve uluslararası hukukun şekillenmeye başladığı 17. yy'da, Hollanda statücülere, uluslararası hukuktaki "ülkesellik" ilkesini milletlerarası özel hukuka dâhil etmiştir. Bu dönemde temel kabul, kanunların uygulama alanını kendisinde taşıdığıdır. Kanunlar ülkeseldir ancak; milletlerarası nezaket (*comitas gentium*) gereği yabancı hukukun uygulanması mümkün olabilir. 19. yy' da İngiltere'de Dicey tarafından geliştirilen kazanılmış haklar teorisinde ise prensipte mutlak bir ülkesellik anlayışı benimsenmiştir. Klasik kazanılmış haklar teorisine göre bir hak bir yerde kazanıldıktan sonra hakkın geçerliliğinin her yerde tanınması gerekir. Kazanılmış haklar teorisi, Anglo-Amerikan hukukunu yoğun şekilde etkilemiş ve I. Restatement'a kaynaklık etmiştir.

Kıta Avrupası'nda ise ülkesellik ilkesi Savigny'nin görüşleri üzerinden şekillenmiştir⁴⁰⁷. Avrupa devletler özel hukuku, devletler genel hukuku temelinden uzaklaştıkça, somut hukuki ilişkideki adaleti ve uluslararası ticaretin kolaylaştırılmasını gözeterek diğer bağlama noktaları devreye girmiştir⁴⁰⁸. Bu bağlama noktaları zaman içinde ülkesel bağlama noktalarını (*territorial connecting factors*) ortadan kaldırmış veya bunları tamamlayıcı şekilde kullanılmıştır.

Ülkesellik prensibi devletler genel hukukunda hâlâ baskın etkisini sürdürse de milletlerarası özel hukukta başlangıçtaki etkisini kaybetmiştir. Ancak bu gelişmelerin sonucu olarak; günümüzde özel hukuk ve kamu hukuku arasındaki keskin ayrıma karşı çıkmaktadır. Milletlerarası özel hukuk kurallarının şekillenmesinde *forum* devletinin (mahkeme devleti) menfaatlerinin etkin olduğu artan oranda kabul edilmekte ve gerektiğinde üçüncü bir devletin menfaatlerinin dikkate alınabileceği de kabul edilmektedir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 72.

⁴⁰⁷Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 72.

⁴⁰⁸Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 72.

⁴⁰⁹ABD'de milletlerarası özel hukuk ile devletler hukuku arasındaki ayrım, kamu hukuku ile özel hukuk ayrımının belirsizleşmesiyle paralel gelişmiştir. Bu nedenle ABD'de uygulanacak hukukun tespitinde devlet ve taraf menfaatlerini gözeterek karma, eklektik bir metot gelişmiştir. Ancak ABD Yüksek Mahkemesi'nin federal kanunları yorumlama şeklinden, ülkeselliğin geleneksel yorumuna dönmeye başladığı ifade edilmiştir (Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 72.) Amerikan hukukunda bağlama kurallarının oluşumunda ve uygulanmasında menfaat ve politika analiziyle ilgili olarak bkz: G. Güngör (2007). *Temel milletlerarası özel hukuk metinlerinin sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda yakınlık yaklaşımı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 44-67.

1.2. Uluslararası Fikrî Mülkiyet Korumasında Ülkesellik: İlkenin Gelişimi ve Milletlerarası Anlaşmalarda Ülkeselliği Destekleyen Esaslar

Ulus devletlerin yükselişiyle, kanunların ülkeselliği, hukukun her alanında kabul edilmeye başlanmıştır. Ancak adaletin gerekliliği ve serbest piyasa koşulları, yabancı devlet vatandaşlarının haklarının tanınmasını da gerekli kılmıştır. Özellikle kazanılmış haklar teorisiyle Anglo-Amerikan hukukunda bu anlayış 19. yy'dan itibaren önem kazanmıştır. Bu sayede özellikle mülkiyet hakkının coğrafi sınırların ötesinde bir hakimiyet sağladığı kabul edilmiştir. Ancak bu durum, mülkiyetin bir türü olan fikrî mülkiyet haklarında, hak konusu olan gayri maddi mallar bakımından geçerli olmamış ve bu haklar bakımından ülkesel yaklaşım sürdürülmüştür.

Hükümdarların tanıdığı imtiyazlarla başlayan fikrî mülkiyet hakları, 19. yy.'a gelindiğinde artık özel hukuk hakları olarak kabul edilmekteydi⁴¹⁰. Buna rağmen; fikrî mülkiyet haklarının geçerliliği, kazanıldıkları yer dışındaki ülkelerde kabul edilmemiş, devletler bu hakları yalnızca kendi vatandaşlarına tanıma eğilimi göstermişlerdir⁴¹¹. Bunun sebebi; devletlerin, yabancı fikrî mülkiyet haklarını kendi topraklarında tanımakta veya yabancılara bu hakları vermekte menfaatleri olmadığını düşünmesidir⁴¹². Yine bu hakların kamu hukuku kaynaklı olmaları ve genellikle özel hukuk ilişkileri neticesinde değil, devletin tasarrufuyla (pek çok durumda tescille) kazanılması da bu eğilimin bir başka nedeni olarak kabul edilmiştir⁴¹³. Fikrî mülkiyet hakkının, tescilin coğrafi etki alanıyla sınırlı olması, bu haklar bakımından ülkesellik ilkesinin kabul edildiğini göstermektedir⁴¹⁴. Bu gelişim seyrinde, 20. yy. başlarında Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin patent haklarına ilişkin verdiği kararlar, fikrî mülkiyet hukukunda ilk kez teorik anlamda ülkesellik ilkesi kabul edilmiştir⁴¹⁵.

⁴¹⁰Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 84.

⁴¹¹Bu dönemde markalarda yabancıların hak sahipliği tamamen reddedilmemekle birlikte, sınırlandırılmıştır. Buna göre; ilgili ülkede bir işletmesinin bulunması veya vatandaşı bulunduğu devlette yabancılara benzer haklar tanınması -karşılıklılık olması- durumunda, yabancıların marka hakkı kazanabilmesi kabul edilmiştir. (Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 85.)

⁴¹²Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 84; Erdem, 2002, **a.g.k.**, 50.

⁴¹³Devletlerin yabancı fikrî mülkiyet haklarını tanımama eğilimi doktrinde, bu hakların kamu hukuku kaynaklı olmasına bağlanmıştır. Örneğin, *Pillet*, fikrî mülkiyet haklarının hükümdarın verdiği imtiyazlardan gelmesinin bu yaklaşımda etkili olduğunu savunmuştur. Yine *Lipstein* fikrî mülkiyet haklarının diğer haklardan farklı muamele görmesinin, bu hakların “yerel kamu hukukunun tanıdığı geçici nitelikte özel imtiyazlar” olmasına bağlamıştır (Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 84, dipnotlar).

⁴¹⁴Tescil ile ülkesellik arasındaki ilişki için bkz.: Paslı, 2014, **a.g.k.**, 27-48.

⁴¹⁵B. Erdem (1999). Fikrî haklarda ülkesellik prensibi. *Prof. Dr. Nihal Uluocak'a armağan*, s. 50.

Uluslararası hareketliliğin ve teknolojik ilerlemelerin artmasıyla fikrî mülkiyet haklarında tek taraflı ülkesel yaklaşım yetersiz kalmaya başlamıştır. Güçlü ekonomiler, vatandaşlarının fikrî mülkiyet haklarını farklı devletlerde de korumanın yollarını aramaya başlamış ve bunun sonucunda fikrî mülkiyet alanında ikili anlaşmalar dönemi başlamıştır⁴¹⁶. İkili anlaşmalardaki temel amaç; vatandaşların haklarının yurtdışında da korunması ve bunun yanında yabancı ürünlere erişim sayesinde iç piyasaların desteklenmesidir. Ancak bunlar, fikrî mülkiyet alanında aranan yeknesaklık ve öngörülebilirlik ihtiyaçlarını karşılamakta yeterli olmamıştır. Koruma standartlarının millî hukuklardaki farklılığı, ikili anlaşmaların bu alanda yetersiz kalmasının temel sebebidir. Bunun yanında fikrî mülkiyet korumasına ilişkin düzenlemelerin, çoğunlukla ikili ticarî anlaşmalarda yer alması da bir başka problemdir. Ticari anlaşmaların siyasi konjonktüre göre sıklıkla değişen yapısı, bu anlaşmaların fikrî mülkiyet hakları bakımından kalıcı çözüm olmasını engellemiştir⁴¹⁷. İkili anlaşmalar döneminin önemi, bu dönemde **millî muamele** ilkesinin, fikrî mülkiyet hakları bakımından temel bir esas olarak kabul edilmeye başlanmasıdır⁴¹⁸. Nitekim daha sonra akdedilecek milletlerarası anlaşmalarda da bu esas korunmuştur.

Fikrî mülkiyet alanındaki yeknesaklığı sağlayabilmek için 19. yy.'ın ikinci yarısında uluslararası düzeyde çalışmalar başlamış; 1883 Paris Sözleşmesi ve 1886 Bern Sözleşmesi ile uluslararası fikrî mülkiyet sisteminin temelleri atılmıştır⁴¹⁹. Bu sözleşmelerde önceki ikili anlaşmalarla kabul edilen “millî muamele” ilkesi korunmuştur. İlke, “hakların bağımsızlığı” ve “asgarî koruma” ilkeleri ile de desteklenmiştir.

Paris ve Bern Sözleşmeleri akdedilirken kanunlar ihtilafı yaklaşımı veya maddî hukuk yaklaşımının benimsenmesi konusunda tartışmalar olmuşsa da her ikisi de kabul görmemiştir. Bunda millî hukuklar arasındaki farklılıkların derin olması etkilidir. Maddî hukuk yaklaşımının benimsenmesi, tüm Birlik'te koruma sağlayacak bir uluslarüstü kurallar sistemi oluşturmak anlamına geliyordu. Bu durumda devletlerin millî hukuklarında köklü değişiklikler yapması gerekeceğinden söz konusu yaklaşım, kabul görmemiştir. Kanunlar ihtilafı yaklaşımı ise yabancı ülkede kazanılan hakların diğer

⁴¹⁶Ricketson, 2020, **a.g.k.**, 3 vd.

⁴¹⁷Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 86.

⁴¹⁸Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 86.

⁴¹⁹Bently and Sherman, 2004, **a.g.k.**, 5.

devletlerde de aynı koşullarla kabulünü öngörmekteydi⁴²⁰. Kanunlar ihtilafı yaklaşımı, yabancıların vatandaşlardan çok daha geniş haklara sahip olması sonucunu doğurabileceği için kabul görmemiştir. Yine bu yaklaşım sonucu, bir ülkedeki fikrî hak sahipleri farklı hukuklara tabi olduğunda, aynı piyasa içinde eşit olmayan rekabet koşulları oluşacağı da öngörülmüştür⁴²¹. Sayılan bu riskler, kanunlar ihtilafı yaklaşımının kabul görmesini engellemiştir.

Maddi hukuk yaklaşımı ve kanunlar ihtilafı yaklaşımının doğuracağı problemler karşısında “*millî muamele*” ilkesi tek çözüm olarak görülmüştür⁴²². Millî muamele ilkesi gereği; örneğin, Paris Anlaşmasına taraf olan A devleti, anlaşmaya taraf olan B devleti vatandaşlarına, kendi vatandaşlarına sunduğu korumayı sağlamakla yükümlü tutulur. Böylece A devleti kendi millî hukukunu uygulamaya devam ederken, B devleti vatandaşları da A devletinde haklarının korunmasını talep etme hakkına sahip olur. Bu sayede uluslararası harmonizasyon sağlanmadan ve millî hukuklar değiştirilmeden, fikrî mülkiyet haklarına uluslararası koruması sağlanmış olur.

Fikrî mülkiyet hukukunda ihtiyaç duyulan uluslararası korumaya, millî hukuklarda yeknesaklaşma-harmonizasyon (*harmonization*) yoluyla ulaşmak zordur. Bunun temel sebebi de ilgili hukuk dalının ülkesel yapısıdır. Millî muamele ilkesi sayesinde yeknesaklaşmaya gerek kalmaksızın bir uluslararası koruma mekanizması tesis edilmiştir⁴²³. İlkenin kabulü ile devletlerin, millî hukuklarını değiştirmesine gerek kalmadan, yalnızca maddi hukuk kurallarının kapsamını, ilgili yabancıları kapsayacak şekilde genişletmesi yeterli olacaktır. Bu sayede devletler, uluslararası korumanın

⁴²⁰Kanunlar ihtilâfı yaklaşımı bir ülkede kazanılan hakkın, başka ülkelerde de kabulü anlamına gelen evrensel yaklaşıma dayanmaktadır. Bkz.: İkinci Bölüm’de “1.3. Ülkesellik ve Milletlerarası Özel Hukukta Fikrî Mülkiyet Haklarına Etkisi”

⁴²¹Kanunlar ihtilâfı yaklaşımında taraf devletler, diğer devletlerin millî hukuklarını uygulamak zorunda kalacağı için bu durum oluşacaktır. Buna göre örneğin; Paris Sözleşmesi üyesi A ve B ülkelerinde kazanılan marka hakları, C ülkesinde de aynı koşullarla kabul edilecek ve korunacaktır. Bu durumda marka hakkı sahipleri, A ve B’de kazandıkları marka haklarını herhangi bir işleme gerek kalmadan C’de de kullanabileceklerdir. Ancak farklı ülkelerin marka düzenlemeleri C ülkesinde uygulandığında hukuki öngörülebilirlik zedelenerek ve C’nin piyasası zarar görecektir. Özetle; yabancı hak sahipleri bakımından olumlu gözükse de bu durum, iç piyasalar bakımından olumsuz sonuçlar doğuracaktır.

⁴²²Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 87-88.

⁴²³Bently and Sherman, 2004, **a.g.k.**, 5.

taleplerini karşılamanın yanında, kendi hukuk kurallarını geliştirip uygulama özgürlüğüne de sahip olmaktadır⁴²⁴.

Peki millî muamele ilkesi fikrî mülkiyet alanında ihtiyaç duyulan uluslararası korumayı sağlamakta yeterli midir? Buna olumlu bir cevap vermek güçtür. Özellikle korumanın ön koşulu olarak tescilin arandığı durumlarda millî muamele ilkesi, ihtiyaç duyulan düzeyde korumayı sağlayamaz. Bu durumda A ülkesinde fikrî mülkiyet korumasından faydalanmak isteyen B devleti vatandaşı, A devletinde de fikrî mülkiyet hakkının tescili için zaman harcayacak ve masraflara katlanacaktır.

İkili anlaşmalar döneminde kabul edilmeye başlanan millî muamele ilkesi, Paris ve Bern Sözleşmelerinde yeni ilkelerle desteklenmiştir. Millî muamele ilkesinin tatbiki için bu sözleşmelerde “hakların bağımsızlığı” prensibine dayanan hükümler getirilmiştir. Bunun yanında millî muamele ilkesi, “asgari koruma” hükümleri ile de desteklenmiştir. Asgari koruma hükümleri sayesinde, taraf devletlerin karşılıklılık talepleri sınırlanmıştır⁴²⁵.

Fikrî mülkiyet haklarında yeknesek bir sistem oluşturma çabalarının en somut sonucu “Avrupa Birliği Markası”dır. 14.06.2017 tarihli, (AB) 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (AB Marka Tüzüğü)⁴²⁶ ile oluşturulan sistemde, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi’ne yapılan tek bir tescil başvurusu ile AB’ye üye ülkelerin tamamını kapsayacak şekilde bir marka hakkı elde edilmesi mümkündür⁴²⁷. Gerçek ve tüzel kişiler bakımından herhangi bir sınırlama getirilmediği için⁴²⁸ yabancı özel ve tüzel kişilerin de bu sistem dahilinde markalarının

⁴²⁴Bu sayede devletler, kendi gelişim hedefleri doğrultusunda millî hukuklarını şekillendirebilecek ve kendi egemenlik sahasında uygulanacak hukuku kendisi belirleyebilecektir (Bently and Sherman, 2004, **a.g.k.**, 5).

⁴²⁵Paris Sözleşmesi, karşılıklılığa dayanarak millî muamele ilkesine sınırlamalar getirilmesini yasaklamıştır. Bern Sözleşmesi ise belli durumlarda buna cevaz vermektedir. (Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 87.)

⁴²⁶AB’de marka hukuklarına ilişkin uyumlaştırma çalışmaları ilk olarak 89/104 sayılı Marka Direktifi ile başlamıştır. Ancak Direktif’in markanın ülkeselliği ilkesini tamamen bertaraf edememesi nedeniyle istenen sonuç alınamamıştır⁴²⁶. Uyumlaştırma çalışmalarında ikinci adım olarak 1994’te Topluluk Markası Tüzüğü kabul edilmiştir. 2017’de değişikliğe uğrayan Tüzük, “topluluk markası”nı “AB markası” olarak adlandırmıştır. 14.06.2017 tarihli, (AB) 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (AB Marka Tüzüğü) için bkz.: Eur-Lex, *Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017*, <https://bit.ly/3jgptYr> (Erişim Tarihi: 20.12.2022).

⁴²⁷Bkz. AB Marka Tüzüğü, m. 1.

⁴²⁸AB Marka Tüzüğü, m. 5.

tescili için başvuruları mümkündür⁴²⁹. Bahsi geçen sistemde marka hakkının etki alanı oldukça genişletilmektedir⁴³⁰. Burada ülkesellik ilkesi ilk kez oldukça geniş bir alanı kapsayacak şekilde birden fazla ülke bakımından yorumlanmıştır. İlgili gelişme marka hukukunda yeknesaklaşma yönünde önemli bir adım olmakla birlikte, ülkeselliğin henüz tam anlamıyla ortadan kalktığı söylenemez. Zira bu sistemde tescilli bir marka hakkı sahibi, AB dışında tescil edilerek tanınmadığı bir ülkeden markasıyla ilgili koruma bulamayacaktır. Bununla birlikte, AB Markası'nın Avrupa Birliği ülkeleri bakımından ülkesel korumaya istisna oluşturduğu söylenebilir.

Fikrî mülkiyet haklarına ilişkin uluslararası anlaşmalarda millî muamele, hakların bağımsızlığı ve asgarî koruma ilkeleri sayesinde ülkesellik ilkesine aykırılık oluşmadan anlaşmaların uluslararası düzeyde işlerliği sağlanmıştır⁴³¹. Paris ve Bern Sözleşmeleri ile TRIPS gibi uluslararası anlaşmalarla fikrî mülkiyet haklarının tanınması, uluslararası düzeyde önemli ölçüde uyumlaştırılmıştır. Ancak bu anlaşmalar fikrî mülkiyet haklarının uluslararası çapta korunmasını sağlayacak bir mekanizmayı henüz oluşturamamıştır⁴³². Anlaşmaların dayandığı ülkesellik ilkesi, mevcut durumda fikrî mülkiyet hakkı sahibinin koruma talep ettiği her bir ülkede o ülkenin hukuk sistemine göre hareket etmesini gerektirmektedir.

1.3. Ülkesellik ve Milletlerarası Özel Hukukta Fikrî Mülkiyet Haklarına Etkisi

Ülkesellik (*territoriality*), gerek maddi hukuku gerek milletlerarası özel hukuku ilgilendiren çok boyutlu bir kavramdır. Örneğin; (A) ülkesinde kazanılan marka hakkının ilgili ülkede kendi hukuk kurallarına tabi olarak korunması, ülkeselliğin maddi hukuk boyutuyla ilgilidir. Ancak bir ülkede tescilli marka hakkının başka bir ülkede gerçekleşen eylemle ihlal edilmesi veya ihlalin etkilerinin farklı bir ülkede ortaya çıkması gibi durumlarda marka, artık yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın konusu olur. Söz konusu

⁴²⁹Türk vatandaşları ve şirketlerinin de bu kapsamda AB markası için başvuruda bulunmaları mümkündür. Nitekim Türkiye'de tanınmış bir marka olan *Şenpiliç*'in, aynı isimle yapılan AB Markası başvurusuna itirazıyla ilgili bkz.: 123. Ö. Özsoy (2018). Türk markalarının avrupa birliği markası olarak tescil edilmemesinin sonuçları – şenpiliç markası özelinde bir inceleme. *İNÜHFD*, 9(1), 611 vd.

⁴³⁰Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz.: Ö. Akın (2016). Avrupa birliği, topluluk markalarına reform getirebildi mi? *Legal hukuk dergisi*, 14(162), 3033 vd.

⁴³¹M. Heintzen and T. Kono (2017). *Territoriality: Encyclopedia of Private International Law* (Ed.: J. Basedow vd.), Londra: Edward Elgar Publishing, s. 1704; Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 87; G. Dinwoodie (2001). *Private international aspects of the protection of trademarks. WIPO forum on private international law and intellectual property*, s. 30, <https://bit.ly/3Wtcy44> (Erişim tarihi: 20.11.2019).

⁴³²Heintzen and Kono, 2017, **a.g.k.**, 1705.

durumda farklı bir ülke de uyumsuzlukla ilgili hale geleceğinden, milletlerarası yetkinin ve uygulanacak hukukun tespiti gerekir. Ülkeselliğin bu aşamada uygulanacak hukuk ve yetki konularında da etkisini sürdürdüğü görülür. Bu nedenle ülkeselliğin hangi bağlamda kullanıldığının tespiti, konuya ilişkin açıklamaların netliği için önem arz etmektedir.

Maddi hukuka ilişkin (maddî) ülkesellik, uygulama alanının mekân itibariyle belirlenmesi amacını taşır⁴³³⁴³⁴. Fikrî mülkiyet hukuku anlamında maddî ülkesellik, fikrî hakka, hakkın kazanıldığı, devredildiği veya sona erdiği yer hukukunun uygulanmasını ifade eder⁴³⁵. Örneğin Türkiye’de kazanılan marka hakkının, Türkiye’de SMK’ya tabi olarak korunması maddî ülkeselliğin sonucudur.

Milletlerarası özel hukuk bağlamında (usûlî) ülkesellik ise hukuki fiilin veya hukuki ilişkinin fiilen etkili olduğu yani icra edilebildiği alanı belirlemektedir⁴³⁶. Bir ülkede kazanılan marka hakkının diğer ülkelerde geçerli olup olmayacağı, bir ülkede marka uyumsuzluğuna ilişkin alınan mahkeme kararının başka bir ülkede geçerli olup olmadığı, milletlerarası özel hukuk bağlamında ülkesellikle ilgilidir.

Özetle; fikrî mülkiyet hakları bakımından maddî ve usulî ülkesellik olmak üzere ikili bir ayrıma gidilebilir. Maddî ülkesellik daha ziyade kanunların ülkeselliğiyle ilgilidir. Egemen devletin kendi yetki alanında kendi hukukunu uygulamasının sonucudur. (X) ülkesinde tescil edilen marka hakkına (X) kanunlarının uygulanması bu kapsamdadır. Milletlerarası özel hukuk bağlamında ülkesellik ise aynı hakkın tanındığı

⁴³³Maddî-usulî ülkesellik ayrımı Türk hukukunda ilk olarak *Erdem* tarafından *Kropholler*’den aktarılarak kullanılmıştır. Bkz.: Erdem, 2002, **a.g.k.**, 35 (J. Kropholler (1994). *Internationales privatrecht, Die Grundbegriffe Internationalen Privatrechts 2. Neubearbeitete auflage*).

⁴³⁴Bağlama kuralının mekânsal unsurlar içermesi ve bundan dolayı normun uygulama alanının mekân itibariyle belli olması durumunda normun ülkeselliği söz konusudur. Örneğin, “taşınmazlar bulunduğu yer hukukuna tabidir” kuralında bu türden bir ülkesellik söz konusudur. Statüler kuramının kanunların yapısına dayanarak yaptığı ilk “ülkesel kanun-kişisel kanun” tasnifinde maddi ülkesellik görülebilir. Ancak kuralın salt ülkeselliği veya kişiselliği her durumda söz konusu olmamaktadır. Kişinin mutad meskeni, ikametgahı gibi karma bağlanmalar bazen kişisel bazen ülkesel yorumlanabilmektedir. (Nitekim statücüler, ilerleyen dönemde haksız fiiller ve sözleşmeler için üçüncü bir kategori olarak “*statuta mixta*”yı kabul etmiştir. (Bkz.: İkinci Bölüm, “1.1. Milletlerarası Özel Hukukta Ülkesellik Kavramının Gelişimi”.) Öte yandan para birimi, sözleşmenin başka bir sözleşmeyle bağlantısı gibi ne kişisel ne ülkesel bağlanmalar da olabilmektedir.

⁴³⁵C. Suluk ve A. Orhan (2005). *Uygulamalı fikrî mülkiyet hukuku*. İstanbul: Arıkan, s.104.

⁴³⁶Ülkeselliğin bu yönü öğretilde “usulî ülkesellik” olarak adlandırılmıştır. Fikrî mülkiyet hukuku anlamında usulî ülkesellik, fikrî hakkın korunmasına, korumanın talep edildiği yer hukukunun uygulanmasını ifade eder. (Suluk ve Orhan, 2005, **a.g.k.**, 104.) Bu kabulden yola çıkarak usulî ülkeselliğin fikrî mülkiyet hakkının menşe ülke dışında da tanınmasına ilişkin olduğu ifade edilmiştir (Erdem, 2002, **a.g.k.**, 36). Milletlerarası özel hukuku ilgilendiren asıl kısım da budur. Ancak “usul” kavramının “milletlerarası usul hukuku”nu çağrıştırması nedeniyle, uygulanacak hukuku dışlama riskine karşı çalışmada “milletlerarası özel hukuk bağlamında ülkesellik” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

yer sınırları dışına çıkıldığında hâlâ etkili olup olamayacağıyla ilgilidir. (X) ülkesinde kazanılan marka hakkının (Y) devleti sınırlarında tanınması problemi bu kapsamdadır.

Milletlerarası özel hukuku ilgilendiren esas konunun, fikrî mülkiyet haklarının tanındığı, geçerli olduğu veya tescil edildiği ülke dışındaki etkisi ve bunun sınırlanıp sınırlanmayacağı olduğu söylenebilir. Bahsi geçen konularda detaylı incelemeye geçilmeden önce, hakların etki alanının sınırlanmasındaki farklı yaklaşımlardan bahsedilmelidir.

Milletlerarası özel hukuk öğretisinde hakların etki alanının sınırlandırılması bakımından ülkesellik-evrensellik ayrımı yapılmaktadır⁴³⁷. Bu ayrıma göre hakların etki alanı bakımından şu dört kategori oluşmuştur: Mutlak ülkesellik, nispi ülkesellik, nispi evrensellik ve mutlak evrensellik.

Mutlak ülkesellik, ülke içinde sadece ilgili ülkenin hukukunun uygulanması ve yabancı hukukların tamamen göz ardı edilmesidir⁴³⁸. Bu anlayış günümüzde kabul görmemekte, karşılıksız kamulaştırma gibi belirli alanlarda geçerliliğini sınırlı olarak sürdürmektedir.

Nispi ülkesellikte, hukuka yalnızca kendi ülkesi için doğrudan etki tanınmakta, diğer ülkelerde ise dolaylı etki tanınmaktadır⁴³⁹. Menşe ülke dışında sınırlı uygulama imkânı bulan kamu hukukunun ülkeselliği bu kapsamdadır⁴⁴⁰. Fikrî mülkiyet haklarının korunmasında da genel anlamda nispi ülkesellik söz konusudur⁴⁴¹.

Nispi evrensellik anlayışında, yabancı hukukî ilişkinin kendisine tekabül eden yerli hukukî ilişki ile eşdeğer kabul edilmesi ya da bir şekilde⁴⁴² aynı etkiye sahip olması söz

⁴³⁷Heintzen and Kono, 2017, **a.g.k.**, 1702; Erdem, 2002, **a.g.k.**, 36.

⁴³⁸Bu yaklaşım özellikle 1648 Vestfalya Barışı'yla uluslararası toplumun ve uluslararası hukukun oluşmasından önce kabul gören anlayıştır.

⁴³⁹Kropholler'den aktaran: Erdem, 2002, **a.g.k.**, 37.

⁴⁴⁰Daha önce bahsedilen Huber'in yabancı hukukun uygulanmasını *comitas gentium*'a dayandıran görüşünde de aslen nispi ülkeselliğe geçiş görülebilir. Huber ülkeselliği kabul etmiş, devletlerin kendi egemenlik alanlarında kendi hukuklarını uygulayacağını ve yabancı hukuk düzenlerini kabul etmek zorunda olmadığını ifade etmiştir. Ancak *comitas gentium* gereği yabancı hukukun kabul edilebileceğini söylemiştir. Bkz.: İkinci Bölüm, "1.1. Milletlerarası Özel Hukukta Ülkesellik Kavramının Gelişimi".

⁴⁴¹Kropholler' den aktaran: Erdem, 2002, **a.g.k.**, 37.

⁴⁴²Bu özel bir işlemle veya kendiliğinden sağlanabilir.

konusudur⁴⁴³. Bu evrensellik anlayışına örnek olarak Madrid Sistemi ile kurulan uluslararası marka tescil sistemi gösterilebilir⁴⁴⁴.

Mutlak evrensellik ise yabancı hukukî ilişkisinin farklı ülkelerde, menşe ülke ile aynı etkiyi göstermesini ifade eder⁴⁴⁵. Örneğin, Türkiye’de kazanılan bir marka hakkını düşünelim. Mutlak evrensellik anlayışında bu hak, tescil vb. herhangi bir işleme gerek kalmaksızın dünyanın her yerinde aynı esaslarla kabul edilecek ve korunacaktır. Fikrî mülkiyet hukukunda ülkeselliğin giderek zayıflamasına rağmen mutlak evrenselliğin tatbiki, uluslararası bir kanun koyucu olmadığı sürece mümkün gözükmemektedir⁴⁴⁶.

Genel anlamda ülkesellik, maddi hukuk yaklaşımını; evrensellik ise kanunlar ihtilafı yaklaşımını yansıtmaktadır⁴⁴⁷. Mutlak ülkeselliğin kabul edildiği durumlarda kanunlar ihtilafı ve dolayısıyla yabancı hukukun tatbiki göz ardı edildiğinden maddi hukuk yaklaşımı benimsenmektedir. Evrenselliğin benimsenmesi halinde ise bir ülkede kazanılan hak, diğer devletlerde de kabul edileceğinden; evrensellik, kanunlar ihtilafı yaklaşımını temsil etmektedir⁴⁴⁸. Bu nedenle, mutlak ülkesellikten, mutlak evrenselliğe doğru geçiş; maddi hukuk ile kanunlar ihtilafı arasında yapılacak tercihi de yansıtacaktır.

⁴⁴³Erdem, 2002, **a.g.k.**, 37.

⁴⁴⁴Erdem, 2002, **a.g.k.**, 37. Madrid Sistemi’ne göre menşe ülkede tescil edilen marka, yetkili kurum aracılığıyla Uluslararası Fikrî Mülkiyet Bürosuna tevdi edilerek diğer âkit devletlerde de tescili talep edilebilir. Diğer deyişle marka hakkı menşe ülkesinde yapılacak tek bir başvuruya diğer devletlerde de tanınabilmektedir. Bu şekilde diğer âkit devletlerin her birinde sanki oraya doğrudan tevdi edilmiş gibi koruma görecektir.

⁴⁴⁵Bu evrensellik anlayışının uluslararası hukuk uyumlaştırmasına en uygun yaklaşım olduğu ifade edilmiştir Kişinin hukuku ve milletlerarası sözleşme hükümleri bu konuda örnek gösterilebilir. (Kropholler’den aktaran: Erdem, 2002, **a.g.k.**, 37.)

⁴⁴⁶Doktrinde Niboyet, mutlak evrenselci yaklaşımın iki sebepten dolayı “ütopik” olduğunu savunur. İlk olarak millî hukuklardaki “kamu düzeni” bu yaklaşıma engeldir. İkinci sebep, bütün devletlerin ihtiyaçlarını karşılayacak küresel bir örgüt kurulana kadar, siyasî mülâhazaların tamamen görmezden gelinemeyeceği gerçeğidir. J. P. Niboyet (1952). Territoriality and universal recognition of rules of conflict of laws. *Harvard law review*, 65(4), s. 584.

⁴⁴⁷M. van Eechoud (2003). *Choice of law in copyright and related rights: alternatives to the lex protectionis*. Lahey: Kluwer Law International, s. 58; F.K. Beier (1984). One hundred years of international cooperation – the role of the Paris Convention in the past, present and future, *IIC*, 15(1), s. 8-9.

⁴⁴⁸Van Eechoud, 2003, **a.g.k.**, 58; Beier, 1984, **a.g.k.**, 8-9.

Fikrî mülkiyet haklarının etki alanının belirlenmesinde yaklaşımlar:

Güçlü maddî hukuk yaklaşımı



Kanunlar ihtilâfı yaklaşımı

Mutlak ülkesellik	Nispî ülkesellik	Nispî evrensellik	Mutlak evrensellik
Yabancı hukuk tamamen göz ardı edilir. Günümüzde karşılıksız kamulaştırma gibi belli alanlarla sınırlıdır. Uluslararası fikrî mülkiyet hukukunda kabul edilen bir esas değildir. Örn.: Yabancı ülkede kazanılan fikrî mülkiyet haklarının her durumda geçersiz kabul edilmesi.	Hukuka yalnızca kendi ülkesinde doğrudan etki tanınırken, diğer ülkelerde dolaylı etki tanınır. Örn.: SMK'nın Türkiye'de doğrudan, yabancı mahkemede görülen uyuşmazlıkta ise belli durumlarda uygulanabilmesi.	Yabancı hukukî ilişki, kendisine tekabül eden yerli hukukî ilişki ile eşdeğer kabul edilir veya özel bir işlemle ya da kendiliğinden ülke içinde aynı etkiye sahip olur. Örn.: Madrid Sistemi'ne göre yabancı marka hakkı sahibinin Türkiye'de rüçhan hakkına sahip olması.	Yabancı hukukî ilişki farklı ülkelerde, menşe ülke ile aynı etkiyi gösterir. Evrensel bir kanun koyucu olmadığı müddetçe uygulanamaz. Örn.: (varsayım) Türkiye'de kazanılan marka hakkının dünyanın her yerinde geçerli kabul edilerek Türk hukukundaki şekliyle korunması⁴⁴⁹ (Böyle bir uygulama mevcut değildir).

⁴⁴⁹ Alman yazar Kohler, 19. yy.'da marka hakkının bir kişilik hakkı olduğunu ve markanın maddî mal ile kişi arasındaki bağlantıyı gösterdiğini savunmuştur. Markanın kişilik ile birleşmesi marka hakkının tanındığı ülke sınırlarını aşarak evrensel ölçüde etkili olması anlamına gelir. Buna göre örneğin, marka hakkı yalnızca tanındığı, tescil edildiği ülkede değil, yurt dışında da ihlallere karşı korunacaktır. Alman İmparatorluk Mahkemesi'ni bir süre etkisi altında bırakan bu teori daha sonra yaratıcısı Kohler tarafından da terkedilmiştir. Bunda devletlerin ve hukuk sistemlerinin fikrî mülkiyet haklarını egemenlikle ilişkilendiren yaklaşımı etkili olmuştur (Kohler'den aktaran Le Peru, 2004, **a.g.k.**, 35-36. (J. Kohler (1884). *Das recht des markenschutzes*. Würzburg).

Maddi hukuk yaklaşımı ile kanunlar ihtilâfı yaklaşımı arasında yapılan tercih, uluslararası fikrî mülkiyet sözleşmelerini de etkilemiştir. Bu sözleşmelerde -her ne kadar ülkesellik temel esas olarak korunsun da- mutlak evrensellik ile mutlak ülkesellik arasında orta bir yol çizilmeye çalışılmıştır. Bu sözleşmelerde kabul edilen millî muamele esası sayesinde devletler, millî hukuklarını değiştirmeksizin, fikrî mülkiyet hakları için uluslararası koruma sağlayabilmişlerdir⁴⁵⁰. Günümüzde mutlak ülkesellik anlayışının doğurduğu sıkıntılar, Madrid Sözleşmesi, AB Markası⁴⁵¹ gibi ülkeselliğin daha esnek yorumları sayesinde aşılmaya çalışılmaktadır.

2. ULUSLARARASI MARKA KORUMASINDA ÜLKESELLİK

Fikrî mülkiyet haklarının temel özelliklerinden birisi yapıları gereği ülkesel olmalarıdır⁴⁵². Diğer bir deyişle bu haklar, yalnızca tanındıkları bölgede işlerlik kazanırlar ve korunurlar. Bu temel tanım ve ilkenin gelişimine ilişkin önceki açıklamalarımız, ülkesellik ilkesine ilişkin bir fikir vermekle birlikte, ilkenin uluslararası marka korumasındaki işleyişini anlamak bakımından yetersiz kalmaktadır. Öğretide, ülkeselliğin kapsamını ve işleyişini anlayabilmek için, ilkenin farklı etkilerini ele alan sınıflandırmalar yapılmıştır.

Ülkeselliği farklı boyutlardan açıklayan görüşler bulunmaktadır. Örneğin *Bouche*, ülkeselliği iki boyuttan ele almaktadır⁴⁵³: Sınırlama ve kanunlar ihtilafı. Buna göre marka hakkının kendi uygulama alanını ve geçerliliğini doğduğu yerle sınırlaması, ülkeselliğin sınırlama yönüyle ilgilidir. Kanunlar ihtilafı boyutuyla ülkesellik ise hakkın varlığı ve etkisinin hakkın ileri sürüldüğü hukuka tabi olması anlamına gelir⁴⁵⁴. *Cornish* ve *Llewelyn* ise hakların ülkeselliğinin en azından dört muhtemel sonucu olduğunu ifade etmiştir⁴⁵⁵:

- Her ülkedeki hak o ülkenin hukuku tarafından belirlenir ve diğer ülkelerde aynı konuyu düzenleyen benzer haklardan bağımsızdır.

⁴⁵⁰Bently and Sherman, 2004, **a.g.k.**, 5.

⁴⁵¹B Markası ile ilgili bkz.: D. Llewelyn and T. (2019). *Cornish, Llweyn& Aplin on intellectual property: Patents, copyright, trade marks and allied rights* (9. Bası). Londra: Sweet & Maxwell, D. Llewelyn and T. Aplin (2019). *Cornish, Llweyn& Aplin on intellectual property: Patents, copyright, trade marks and allied rights* (9. Bası). Londra: Sweet & Maxwell, s. 715, 18-011 vd.

⁴⁵²Bently and Sherman, 2004, **a.g.k.**, 5; R. Fentiman, 2005. *Choice of law and intellectual property: Intellectual property and private international law- Heading for the future* (Ed. J. Drexel ve A. Kur), Oregon: Hart Publishing, s. 138.

⁴⁵³*Bouche*'dan aktaran: Le Peru, 2004, **a.g.k.**, 35. (N. Bouche (2002). *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*. Paris: L'Harmattan)

⁴⁵⁴*Bouche*'dan aktaran: Le Peru, 2004, **a.g.k.**, 35.

⁴⁵⁵Llewelyn and Aplin, 2019, **a.g.k.**, s. 27.

- İlgili hak yalnızca tanındığı ülkede girişilen faaliyetlerde etki gösterir.
- İlgili hak yalnızca tanındığı ülke vatandaşları veya hukukun hak tanıdığı diğer kişilerce ileri sürülebilir⁴⁵⁶.
- İlgili hak yalnızca tanındığı ülke mahkemelerinde ileri sürülebilir.

Türk hukukunda *Arkan* ve *Paslı* ise ülkeselliği “hakkın etki alanı”, “uygulanacak hukuk” ve “hakkın varlığı” olmak üzere üç cepheden ele almıştır⁴⁵⁷.

Farklı değerlendirmelere bakıldığında, marka hukukunda ülkeselliğin etkilerinin iki alanda yoğunlaştığı görülmektedir: Maddi hukuk boyutu ve milletlerarası özel hukuk boyutu⁴⁵⁸. Hakkın doğumu, varlığı ve korumanın kapsamı cihetinden ülkesellik, marka hukukunun maddi boyutuyla ilgilidir. Milletlerarası özel hukuku ilgilendiren kısım ise bir ülkede kazanılan marka hakkının başka bir ülkede etki göstermesi ve korunması durumudur. Burada ise mahkemelerin milletlerarası yetkisi ve marka korumasında uygulanacak hukukun tespiti gündeme gelir.

Marka hakkının ülkesel yapısı, milletlerarası özel hukuk bakımından tek başına anlam ifade etmez. Milletlerarası özel hukuku ilgilendiren esas konu; ülkeselliğin, ulusal marka korumasına getirdiği sınırlamadır⁴⁵⁹. Bu sınırlamalar gerek mahkemelerin yetkisi gerek uygulanacak hukuk konusunda ortaya çıkabilir. Bu nedenle çalışmada marka hukukunda ülkeselliğin maddi hukuk boyutuna kısaca değinilerek, ilkenin milletlerarası özel hukuka etki eden yönleri üzerinde durulacaktır.

2.1. Maddi Hukuk Boyutuyla Ülkesellik

Ülkesellik esası gereği; marka hakkının korunmasına, hakkın ortaya çıktığı, kazanıldığı yer hukukunun maddi hükümleri uygulanır. Bu anlamda ülkesellik, bir markanın var olup olmadığının ve hak sahipliğinin tespitinde ülkesel olguların esas alınması anlamına gelir⁴⁶⁰. Bunun sonucu olarak ilgili hukuk, markayı yalnızca kendi ülkesinde tescil edilmesi veya kullanılması durumunda malvarlığı konusu kabul eder ve

⁴⁵⁶Örneğin SMK m. 561’de korumadan yararlanacak kişilerin tek tek sayılması da bu kapsamda ülkeselliği işaret eder.

⁴⁵⁷Paslı, 2014, **a.g.k.**, 182 vd.; Arkan,1999, **a.g.k.**, 5.

⁴⁵⁸Paslı, 2014, **a.g.k.**, 182 vd.

⁴⁵⁹Fentiman, 2005, **a.g.k.**, 138.

⁴⁶⁰Paslı, 2014, **a.g.k.** 185.

korur. Marka hakkını ilgili ülke topraklarında ilk kim tescil ettirmiş veya kullanmışsa o kişi hak sahibi sayılarak korunur⁴⁶¹.

Soyut bir varlık olan marka, tescil veya ilk kullanımla somutlaşır⁴⁶². Ancak somutlaştığı ülke sınırları dışına çıkıldığında varlık bulmak ve korunmak için tekrar somutlaşması gerekir. Zira ülkesellik ilkesi gereği markalar, küresel korumaya sahip değildir. Bunun sonucunda farklı ülkelerde korunması için markanın her ülkede yeniden tescili gerekir⁴⁶³. Tescil ile ülkesellik arasındaki ilişki, Yargıtay'ın çeşitli kararlarında da ortaya konulmuştur⁴⁶⁴.

Marka hakkının sadece tescil edildiği ülkede varlık bulması ve korunması, yurtdışında korunmaya engel teşkil eder. Bu durum ise uluslararası sözleşmelerde kabul edilen ve Türk hukukuna da giren istisnalarla aşılmıştır. Bu istisnalar sayesinde, markanın ülkeselliği kabul edilerek, hakkın korunmasına millî hukuk uygulanırken; ülke sınırları dışındaki olgulara öncelik verilmektedir⁴⁶⁵. Markanın ülkeselliğine getirilen başlıca istisnalar şu şekilde sayılmıştır⁴⁶⁶: Markanın olduğu gibi korunması ilkesi⁴⁶⁷ (*telle quelle* kuralı), rüçhan hakkı⁴⁶⁸, yabancı marka sahibinin Türkiye'deki ticari vekili karşısında korunması⁴⁶⁹, hakkın kötüye kullanılması/kötü niyetli tescil⁴⁷⁰ ve tanınmış markalara sağlanan koruma⁴⁷¹. Sayılan konularda markanın etki gücü, tescil edildiği ülke sınırlarını aşmaktadır. Örneğin, SMK m. 6/4 gereği, tanınmış bir marka sahibi -Türkiye'de tescil edilmemiş olsa dahi- benzer bir markanın Türkiye'de tesciline itirazda bulunabilecektir. Böylece Türkiye'de tescilli olmayan bir markanın etki gücü kabul edilmiştir.

⁴⁶¹Bu nedenle aynı marka farklı ülkelerde tescile konu olabilir ve her bir tescilin konusu farklıdır. Bkz.: Paslı, 2014, **a.g.k.** 186; F. Karaman (2008). *Marka hukukunda markanın ülkeselliği ilkesi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 83.

⁴⁶²Paslı, 2014, **a.g.k.** 185.

⁴⁶³Paslı, 2014, **a.g.k.** 186.

⁴⁶⁴Yargıtay H.G.K. 27.02.2002, 11-62/115; Yargıtay 11. H.D., 09.03.2021, E. 2020/2047, K. 2021/2190; Yargıtay 11. H.D., 02.03.2021, E. 2020/1842 K. 2021/1878; (Kaynak: Lexpera.com). Aynı yönde bkz.: İstanbul BAM 16. H.D., 15.09.2021, E. 2021/1035, K. 2021/1510 (Kaynak: Lexpera.com).

⁴⁶⁵Karaman, 2008, **a.g.k.**, 85.

⁴⁶⁶Paslı, 2014, **a.g.k.** 189.

⁴⁶⁷Paris Konvansiyonu, Dördüncü mükerrer, m. 6

⁴⁶⁸Paris Konvansiyonu m. 4, m.11; Marka KHK m. 25 vd.; SMK m. 12.

⁴⁶⁹Paris Konvansiyonu Altıncı mükerrer, m.6; Marka KHK m.8/2.; SMK m. 6/2, m. 10.

⁴⁷⁰MK, m. 2.

⁴⁷¹Paris Konvansiyonu birinci mükerrer, m.6; TRIPS m. 16/2-3; Marka KHK m.7/1, ı (AYM'nin 27/5/2015 tarihli ve E.: 2015/33, K.: 2015/50 sayılı iptal kararı öncesi); SMK m. 6/4.

Tüm bunlar yanında rüçhan hakkını tam anlamıyla ülkeselliğin istisnası olarak kabul etmediğimizi belirtmeliyiz. Rüçhan hakkı, TRIPS ve Paris Sözleşmesi gereğince kabul edilen millî muamele ilkesinin bir sonucudur. Millî muamele ilkesinin ise ülkeselliği desteklediğini ifade etmiştik. Rüçhan hakkı ile örneğin, Türkiye’deki tescilde daha önce yurtdışında tescil edilmiş bir yabancı markaya öncelik verilmektedir. Diğer deyişle Türkiye’deki tescilde yurtdışında gerçekleşen bir olay etkili olmaktadır. Bu durum hakkın doğumunda ülkeselliğin istisnası olabilirse de hakkın geçerli olarak kazanılmasından sonra ülkesel koruma geçerlidir. Bu bakımdan rüçhan ve sayılan diğer konuları ülkeselliğin istisnası olarak değil, bütün olarak ülkeselliğin esnetilmesi olarak yorumlamak daha doğru olacaktır. Zira sayılan tüm hallerde hakkın etki alanı ülke sınırlarını aşmakla birlikte, ülkesel koruma tamamen ortadan kalkmamaktadır⁴⁷².

Ülkesel yasaların kimleri kapsamına aldığıнын tespiti de önemli bir husustur. Türk hukukunun ülkesel marka korumasından kimlerin yararlanabileceği 6769 sayılı SMK m.3’te düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, SMK’nın sağladığı korumadan Türk vatandaşları, yerleşim yeri Türkiye’de olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile Paris Sözleşmesi⁴⁷³ veya DTÖ Kuruluş Anlaşması hükümleri (TRIPS)⁴⁷⁴ dâhilinde başvuru hakkına sahip kişiler ve karşılıklılık ilkesi uyarınca Türk vatandaşlarına sınai mülkiyet koruması sağlayan devlet vatandaşları yararlanır. Söz konusu hüküm gereği Türk vatandaşları ve Türkiye’yle bağlantısı olan yabancıların SMK’ya tabi tutulması, ülkesel koruma mantığına uymaktadır. Ancak maddenin devamında yurtdışında yaşayan ve Türkiye’yle ilgisi olmayan yabancıların da (Paris Sözleşmesi ve TRIPS’e göre başvuru hakkına sahip olan kişilerin) SMK kapsamına alınması ülkesellik ilkesine istisna getirildiği şeklinde mi anlaşılmalıdır?

Paris Sözleşmesi ve TRIPS’te kabul edilen yükümlülükler gereği benimsenen “millî muamele” ve “asgarî haklar” esasları ülkesellikten bir sapma değildir⁴⁷⁵.

⁴⁷²Nitekim yabancı kaynaklarda da genel anlamda ülkesellik ilkesini ortadan kaldırmayan ancak hakka belirli konu ve durumlarda sınır aşıcı etki tanıyan istisnai haller, esnek bir ülkesellik yaklaşımı olarak değerlendirilmektedir. Bunun karşısında geleneksel ülkesellik anlayışı “sert ülkesellik” (*strict territoriality*) olarak adlandırılmıştır. Biz de bu nitelendirmenin daha doğru olduğu görüşündeyiz. Zira istisnalar tam anlamıyla ülkeselliği ortadan kaldırmamakta, yalnızca esneklik sağlamaktadır. Bkz.: E. Treppoz (2014). *International choice of law in trademark disputes. Columbia journal of law & arts* 37(4), 558 vd.

⁴⁷³Paris Sözleşmesi m. 2/1, m. 3.

⁴⁷⁴TRIPS m. 1/3, m. 3.

⁴⁷⁵Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 87-88; Paslı, 2014, **a.g.k.** 180; Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 58; Bently and Sherman, 2004, **a.g.k.**, 5. Detaylı açıklamalar için bkz.: İkinci Bölüm, “1.2. Uluslararası Fikrî Mülkiyet Korumasında Ülkesellik İlkesinin Gelişimi ve Milletlerarası Anlaşmalarda Ülkeselliği Destekleyen Esaslar”.

Yabancıların haklarının Türkiye’de korunabilmesi için bunların yine SMK hükümlerine tabi tutulması esasen ülkeselliğin teyidi niteliğindedir. Zira bu hakların Türkiye’de korunabilmesi için yine Türk maddi hukukunda aranan şartları sağlamaları gerekmektedir. Karşılıklılık esası gereği Türk vatandaşlarına sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devlet vatandaşları için de aynı açıklamalar geçerlidir. Bunların SMK kapsamına dahil edilmesi; ülkesellik ilkesine istisna getirilmesi değil, ülkeselliğin bu kişileri kapsayacak şekilde yorumlanmasının sonucudur⁴⁷⁶. Bahsi geçen durum, korumanın ilgili ülkelere genişletildiği anlamına gelmez. Bu hüküm, ilgili kişilerin de “Türkiye” de, “Türk hukuku” kapsamında korunacağını işaret eder. Bu ülke vatandaşları da -SMK’da sayılan şartların sağlanması koşuluyla- Türkiye’de marka korumasından yararlanabilir.

2.2. Milletlerarası Özel Hukuk Boyutuyla Ülkesellik: Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk

2.2.1. Ülkesellik uluslararası marka korumasında ulusal mahkemelerin yetkisini nasıl etkiler?

Millî mahkemelerin marka ihlaliyle ilgili hangi uyuşmazlıklara, ne şartlarla bakabileceği; her ülkenin millî hukuku tarafından tespit edilir⁴⁷⁷. Yabancı unsurlu marka uyuşmazlıklarında milletlerarası yetkinin tespiti de bu kapsamdadır. Fikrî mülkiyet hukukunu her yönden şekillendiren ülkesellik etkisinin, yabancı unsurlu marka uyuşmazlıklarında mahkemelerin milletlerarası yetkisini de etkilemesi kaçınılmazdır.

Usûl hukuku anlamında “yetki”, hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından davaya bakılacağını belirler⁴⁷⁸. Milletlerarası özel hukuk anlamında “yetki” ise birden fazla ülkeyle ilişkili bir uyuşmazlıkta ilgili devlet mahkemelerinin yetkili olup olmadığını tespit eder⁴⁷⁹. Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda her devletin, kendi mahkemelerinin

⁴⁷⁶Başka bir ifadeyle, SMK korumasının, taraf olunan uluslararası sözleşmeler veya karşılıklılık esası gereğince yabancı devlet vatandaşlarını da kapsaması, ülkesellik esasından sapma teşkil etmez.

⁴⁷⁷Yabancı unsurlu bir marka uyuşmazlığının millî mahkemeler tarafından görülebilmesi, ülkesel egemenliğin bir yansımasıdır ve bu nedenle ülkeselliğin, yargısal yönü ortaya çıkar (Heintzen and Kono, 2017, **a.g.k.**, 1704).

⁴⁷⁸L. Ş. Görgün vd. (2020). *Medeni usûl hukuku* (9. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 160; H. Pekcanıtez, O. Atalay ve M. Özkes (2018). *Medenî usûl hukuku* (6. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 69.

⁴⁷⁹G. Güngör (2021). *Milletlerarası özel hukuk* (2. Bası), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 231; A. Çelikel ve B. Erdem (2020). *Milletlerarası özel hukuk* (16. Bası) İstanbul: Beta, s. 559; Tekinalp, 2020, **a.g.k.**, 392; C. Şanlı, E. Esen ve İ. Ataman-Fıganmeşe (2020). *Milletlerarası özel hukuk*. (8. Baskı) İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 405.

yetkisini belirlemesi esastır⁴⁸⁰. Devletler, mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirlerken egemenlik haklarına dayanır⁴⁸¹. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, milletlerarası yetki kurallarının uyuşmazlıkta hangi devlet mahkemelerinin yetkili olduğunu değil, yalnızca ilgili devlet mahkemelerinin yetkili olup olmadığını göstermesidir. Örneğin; Türk milletlerarası yetki kuralları bir marka uyuşmazlığında İngiliz mahkemelerinin yetkisine karar veremez. Aksi halde bir devletin, yabancı devlet mahkemelerinin yetkisine karar vermesi söz konusu olacaktır. Bu durum devletlerin egemenlik yetkisine aykırı kabul edilmiştir⁴⁸²⁴⁸³. Ancak bu kabulün istisnası *forum non conveniens* prensibidir⁴⁸⁴. Genel anlamda *common law* hukuklarında kabul edilen *forum non conveniens* prensibine göre mahkeme, önüne gelen uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili bir ülkenin bulunduğu kanaat getirirse, yetkisinden bu ülke lehine feragat edebilir⁴⁸⁵. Bu prensip Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ve dolayısıyla Türkiye’de kabul edilmemektedir⁴⁸⁶.

Özetle yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda her devlet millî hukukuna dayanarak mahkemelerinin yetkisini tespit eder. Ancak bu alan, yalnızca millî hukuklarla değil, uluslararası sözleşmelerle de düzenlenmektedir. Peki bu durum, fikrî mülkiyet hakları bakımından mahkemelerin yetkisini nasıl etkilemiştir?

Daha önce de ifade edildiği gibi, fikrî mülkiyet haklarında ülkesellik esastır ve bu nedenle her devlet, topraklarındaki hakların neler olduğunu ve hangi hükümlere tabi olduğunu kendisi belirler. Bununla birlikte ülkesellik ilkesine rağmen uluslararası anlaşmalarla fikrî mülkiyet haklarının tanınmasında büyük oranda yeknesaklık

⁴⁸⁰Güngör, 2021, **a.g.k.**, 231. Bunun yanında çeşitli uluslararası anlaşmalarla da milletlerarası yetki konusu düzenlenmiştir.

⁴⁸¹Fikrî mülkiyet hukukundaki anlamıyla ülkesellik ilkesi, devletlerin kendi topraklarındaki fikrî mülkiyet haklarını düzenlerken egemenlik yetkisini kullandığı kabulüne dayanır. Yine devletlerin kendi topraklarındaki mahkemelerin yetkisini belirlemesinde de egemenlik yetkisine dayandığı kabul edilir. Bu bakımdan her iki konuda da egemenlik yetkisinin kilit rol oynadığı görülmektedir.

⁴⁸²P. Stone (2018). *Stone on private international law in the european union* (4. Bası). Croydon: Edward Elgar Publishing, s. 81.

⁴⁸³Kaldı ki İngiliz mahkemelerinin Türk hukukunun yetkilendirmesini bağlayıcı kabul etmesi için bir sebep yoktur. Bu nedenle uyuşmazlığa bakan Türk mahkemesi, yalnızca kendisinin yetkili olup olmadığına karar verir; yetkili olmadığı durumlarda hangi ülke mahkemelerinin yetkili olduğunu gösteremez.

⁴⁸⁴*Forum non conveniens* ile ilgili bkz.: A.V. Dicey, J.H.C. Morris ve L. Collins (2012). *Dicey, Morris & Collins, The conflict of laws* (15. Bası). Londra: Sweet & Maxwell, s. 533 vd.; Stone, 2018, **a.g.k.**, 81.

⁴⁸⁵Dicey, Morris and Collins, 2012, **a.g.k.**, 534.

⁴⁸⁶AB yetki düzenlemelerinde de genel olarak *forum non conveniens* prensibi kabul edilmemiştir. Bkz.: Stone, 2018, **a.g.k.**, 81. Bu yaklaşımın kabul edilmesi Türk hukukunda da mümkün görülmemiştir. Zira AY m. 36 gereği Türk mahkemeleri önüne gelen davaya bakmaktan kaçınamaz.

sağlanmıştır. Örneğin, Paris Konvansiyonu ve TRIPS ile marka hakkına ilişkin belirlenen esaslar genel kabul görmüştür. Buna rağmen söz konusu anlaşmalar, hak sahiplerini uluslararası çapta koruyacak yeknesak bir sistem oluşturamamıştır. Fikrî mülkiyet haklarının ülkeselliği, hak sahibinin koruma aradığı her bir ülkede aktif adımlar atmasını zorunlu kılmaya devam etmektedir⁴⁸⁷. Bu kapsamda koruma aranan ülke mahkemelerinin milletlerarası yetki kuralları her durumda önem arz eder. Zira bahsi geçen anlaşmalar milletlerarası yetkili mahkemeyi göstermemektedir.

Somut olarak bakıldığında yetki ifadesi Paris Sözleşmesi'nde (m. 2/3) ve TRIPS'te (m. 41/4) yalnızca birer kez geçmektedir. Bu hükümlerde de açıkça yetkili mahkeme gösterilmemiştir. Bern Sözleşmesi'nde ise yetkiyle ilgili hiçbir ifade yer almaz. Paris Sözleşmesi m. 2/3' te taraf devletlerin adli ve idari usul hukuku kuralları ile yetki kuralları, millî muamele ilkesinin istisnası kabul edilmiştir. Hükümün amacının yabancı vatandaşların ülke mahkemelerine erişiminin engellemesi değil; aşırı yetki kurallarının (*exorbitant jurisdiction*) yabancıları etkilemeden, vatandaşlara uygulanmasına devam etmek olduğu savunulmuştur.

Ülkesellik ilkesi sonucu devletler, fikrî mülkiyet haklarını egemenlik yetkisiyle ilişkilendirmiştir. Bu nedenle yakın zamana kadar bir devlet mahkemesinin yalnızca kendi ülkesinde tanınan haklar bakımından milletlerarası yetkisi bulunduğu kabul edilmiştir⁴⁸⁸. Bu yaklaşım özellikle tescile tâbi marka ve patent gibi haklar bakımından münhasır yetki anlayışını oluşturmuştur. Ancak münhasır yetki kuralları özellikle günümüz fikrî mülkiyet uyumsuzluklarının birden çok ülkede etki gösteren yapısıyla ters düşmekte, hak aramayı zorlaştırmakta, öngörülemez sonuçlar doğurmakta ve yetkide parçalanmaya sebep olmaktadır.

Uluslararası fikrî mülkiyet anlaşmalarının yetki kuralları içermemesi nedeniyle, mahkemelerin milletlerarası yetkisinin, dava açılan her bir yerin millî hukukuna göre tespitine devam edilmektedir⁴⁸⁹. Bu nedenle de ülkesellik etkisiyle millî hukuklarda karşılaşılan münhasır yetki kurallarının farklı sistemlerde nasıl yorumlandığının anlaşılması önemlidir. Devam eden başlıklarda Avrupa Birliği ve Anglo-Amerikan hukuk

⁴⁸⁷Marka hakkı konusunda Madrid Sistemi vb. düzenlemelerle her ne kadar ülkesellik esnetilmiş olsa da yetkili mahkemeler bakımından herhangi bir düzenleme getirilmemiştir.

⁴⁸⁸B. Ubertazzi (2011). Intellectual property rights and exclusive (subject matter) jurisdiction. between private and public international law. *Marquette intellectual property law review*, 15(2), s. 361.

⁴⁸⁹*Ladas ve Bodenhausen*'den aktaran: Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 108.

sistemine tâbi ülkelerde ülkesellik ve milletlerarası yetki üzerinden bir değerlendirme yapılacak ve münhasır yetkinin nasıl yorumlandığı açıklanacaktır.

2.2.1.1. Common Law yaklaşımı

Common law sisteminde 20. yy. başlarından itibaren fikrî mülkiyet haklarında yetki konusuna mutlak bir ülkesellik hâkim olmuştur⁴⁹⁰. Bunda *common law*'daki yetki kurallarının gelişimi de etkilidir. Bu sistemde, kanunda açıkça aksi belirtilmediği sürece millî kanunlar, yurtdışında gerçekleşen eylemlere uygulanamaz⁴⁹¹. Bu sistemde, birden çok hukuku ilgilendiren fikrî mülkiyet hakkı ihlallerinde mahkemenin konu bakımından yetkili (*subject matter jurisdiction*) olması şartı aranmış ve yurtdışında kazanılan fikrî mülkiyet haklarına ilişkin talepler, konu bakımından yetki bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir⁴⁹². Bu noktada *common law* hukukundaki kişi ve konu bakımından yetki kavramlarının açıklanmasında yarar vardır.

Common law hukukunda mahkemenin uyuşmazlığa bakabilmesi için kişi (*personal jurisdiction*) ve konu bakımından (*subject matter jurisdiction*) yetkili olması şartı aranmıştır⁴⁹³. Kişi bakımından yetki şartı, davalının nerede dava edilebileceğiyle ilgilidir. Amerikan hukukunda kişi bakımından yetki genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Uluslararası uyuşmazlıklarda davalının, “ev”inde (*home*) dava edilmesi halinde genel yetkinin (*general jurisdiction*) sağlandığı kabul edilir⁴⁹⁴. “Ev”den anlaşılması gereken; davalının yerleşim yerinin -tüzel kişilerde faaliyet merkezinin- bulunduğu ülke veya davalının sürekli ve sistematik bağlantılarının bulunduğu ülkedir. Kişi bakımından yetkinin tesis edilebileceği bir diğer hal ise davalının *forum* ülkesiyle irtibatının bulunmasıdır⁴⁹⁵. Bu halde özel yetki (*specific jurisdiction*) söz konusudur. Örneğin bir Türk şirketinin, bir Japon vatandaşı Amerika’da haksız fiille zarar verdiğini düşünelim. Bu takdirde Japon davacının, Türk şirketine karşı açacağı davada Amerikan

⁴⁹⁰Heintzen and Kono, 2017, **a.g.k.**, 1703.

⁴⁹¹İlk kez 18. yy. deniz kazalarında İngiliz mahkemeleri, yurtdışındaki eylemler bakımından yetkisi bulunduğunu kabul etmeye başlamıştır. Buna rağmen ülke dışında gerçekleşen haksız fiillerde ülkesellik temel ilke olmaya devam etmiştir (Heintzen and Kono, 2017, **a.g.k.**, 1703).

⁴⁹²A. Briggs (2014). *Private international law in english courts*. Londra: Oxford University Press, s. 168 vd.

⁴⁹³D. E. Childress, M. D. Ramsey and C. A. Whytock (2021). *Transnational law and practice*. New York: Wolters Kluwer, s. 386 vd.

⁴⁹⁴Bu durumda “genel yetki” (*general jurisdiction*) bulunduğu kabul edilir. Örneğin; Amerikan vatandaşı ve Teksas’ta ikamet eden kişinin, Türkiye’de gerçekleştirdiği haksız fiille ilgili, Teksas mahkemelerinin genel yetkisi kabul edilir. Yine *forum* ülkesiyle devamlı ve sistematik bağlantı da genel yetkinin tesisi için yeterli görülmüştür. Bkz.: Childress, Ramsey and Whytock, 2021, **a.g.k.**, 387.

⁴⁹⁵Childress, Ramsey and Whytock, 2021, **a.g.k.**, 387.

mahkemesinin kişi bakımından yetkisi bulunmaktadır, zira eylem Amerika’da gerçekleşmiştir.

Kişi bakımından yetki konusunda, davalının ülkeyle geçici ve zayıf bir irtibatına dayanarak dahi *common law* mahkemelerinin yetki tesis edebileceği görülmektedir⁴⁹⁶. Örneğin İngiliz mahkemeleri davalıya İngiltere’de tebligat yapılmasını yetki tesisi için yeterli kabul etmiştir⁴⁹⁷. Amerikan hukukunda konuyla ilgili en önemli örnek, yabancı şirketler bakımından verilebilir. Yabancı şirket temsilcisinin Amerika’ya iş seyahati veya şirketin burada temsilci görevlendirmesi ya da şirketin ticari faaliyette bulunmak için burada sicile kaydolması gibi hallerde *tag jurisdiction* ile Amerikan mahkemeleri kişi bakımından yetki tesis edebilmektedir. Bu hallerde eylemin Amerika’da gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın mahkemenin kendini yetkili kabul etmesi ihtimali doğar⁴⁹⁸. Zayıf bağlantılara dayanan yetki tesisi önemli problemlere sebep olmaktadır. Bu durumun yarattığı sorunlar; mahkemenin, yabancı devlet mahkemeleri lehine kendi yargılama yetkisinden vazgeçmesi şeklinde özetlenen *forum non conveniens* prensibi ile aşılmaktadır⁴⁹⁹.

Konu bakımından yetki (*subject matter jurisdiction*) ise mahkemenin söz konusu uyuşmazlık türüne ilişkin karar verebilme yetkisini ifade eder⁵⁰⁰. Taraflar, kişi bakımından yetkiden feragat edebilirse de konu bakımından yetki bulunmayan hallerde mahkeme davaya bakamaz⁵⁰¹. Amerikan hukukunda *subject matter jurisdiction* yalnızca federal mahkemeler bakımından aranan bir yetki şartıdır ve davanın açıldığı tarihte

⁴⁹⁶Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 408.

⁴⁹⁷Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 408.

⁴⁹⁸Zayıf ve geçici bağlantıya dayanan yetki tesisi Amerikan hukukunda “*tag jurisdiction*” olarak adlandırılmıştır. Terim, “*Tag you’re it!*” yani “Ebelendin!” deyişinden ortaya çıkmıştır. Konuyla ilgili Amerikan Yüksek Mahkemesi kararı için bkz.: *Burnham v. Superior Court*, 495 U.S. 604 (1990) (Kaynak: Justia web sitesi). Konuyla ilgili detaylı bilgi ve farklı görüşteki mahkeme kararları için bkz.: Childress, Ramsey and Whytock, 2021, **a.g.k.**, 442-443.

⁴⁹⁹Zayıf irtibatlara dayanan yetki tesisinde davacı, kendi menfaatini gözeterek davasını uyuşmazlıkla yakın ve gerçek irtibatı bulunmayan ülke mahkemelerinde açabilmektedir. Bu durum *forum shopping* olarak ifade edilmektedir. Bunun önüne geçmek için *common law* hukukunda *forum non conveniens* doktrini kabul edilmiştir. Söz konusu doktrin, uyuşmazlıkla *forum* mahkemesinin gerçek ve güçlü bir irtibatı bulunmadığı durumlarda, mahkemenin başka devlet lehine yargılama yetkisinden vazgeçmesini ifade eder. *Forum non conveniens*, ancak uyuşmazlıkta birden fazla ülke mahkemesinin yetkili olması halinde uygulanabilir. Bkz.: Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 408; Stone, 2018, **a.g.k.**, 81; G. Bayraktaroğlu Özçelik (2016). *Milletlerarası usûl hukukunda paralel davalar*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 69 vd.; Dicey, Morris and Collins, 2012, **a.g.k.**, s. 533 vd.; N. Ekşi (2000). *Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi* (2. Bası). İstanbul: Beta Yayınevi, s. 60 vd.

⁵⁰⁰Cornell Law School, LLI, *Legal Encyclopedia, subject matter jurisdiction*, <https://bit.ly/3WP1Owr> (Erişim tarihi: 18.03.2020).

⁵⁰¹Childress, Ramsey and Whytock, 2021, **a.g.k.**, 452-453.

bulunması gerekir⁵⁰². Federal mahkemelerin yargılama yetkisi, eyalet mahkemelerine kıyasla sınırlıdır. Eyalet mahkemeleri kişi bakımından yetkinin bulunduğu her konuda yargılama yapabilmektedir. Oysa federal mahkemeler, Amerikan Anayasası m. 3 gereği yalnızca belli konular ve kişiler bakımından yargı yetkisini haizdir⁵⁰³. Bu konular ise Kongre'nin hazırladığı yasalarla düzenlenmektedir. Uluslararası marka uyumsuzluklarında Federal Marka Yasası “*Lanham Act*”⁵⁰⁴ de federal yargılamanın konusudur.

Genel anlamda *common law* sisteminde kişi bakımından yetkinin bulunduğu halde mahkemenin davaya bakmaması, nadiren söz konusudur. Yabancı ülkede kazanılan fikrî mülkiyet hakları -özellikle patentler- konu bakımından yetkinin bulunmadığı ender hallerden kabul edilmektedir⁵⁰⁵.

Avustralya Temyiz Mahkemesi'nin 1906 tarihli *Potter* kararı, bu konudaki emsal kararlardandır⁵⁰⁶. İlgili kararda; patent haklarının yurtdışında kazanılmış olması nedeniyle, korumanın talep edildiği yer olan Avustralya mahkemesinin konu bakımından yetkisi bulunmadığı kabul edilmiştir. Mahkeme, patent hakkının tescilini, ilgili devletin egemenlik yetkisi dahilinde bir eylem olarak yorumlamış ve yargılanamaz kabul etmiştir⁵⁰⁷. Mahkeme üyelerinden biri olan Yargıç Griffith ise “devlet eylemi doktrini” (*act of state doctrine*) yanında milletlerarası özel hukukta *common law* sistemi tarafından oluşturulan Mozambik kuralına (*Moçambique Rule*) da dayanmıştır⁵⁰⁸. Mozambik

⁵⁰²Childress, Ramsey and Whytock, 2021, **a.g.k.**, 453.

⁵⁰³Childress, Ramsey and Whytock, 2021, **a.g.k.**, 453.

⁵⁰⁴*Lanham Act*, 15 U.S. Code §1051 et. seq. *Lanham Act* metni için bkz.: Legal Information Institute, U.S. Code, Chapter 22, Section 22-Trademarks, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-22> (Erişim tarihi: 01.12.2022). *Lanham Act* uygulaması için bkz.: İkinci Bölüm, “2.2.2.2.1. ABD Mahkemelerinin *Lanham Act* Uygulaması”.

⁵⁰⁵Briggs, 2014, **a.g.k.**, 168 vd.; Cornell Law School, LLI, *Legal Encyclopedia*, subject matter jurisdiction.

⁵⁰⁶*Potter v Broken Hill Pty Co. Ltd.* (1906) 3 CLR 479. Davayla ilgili detaylı bilgi için bkz.: R. Garnett, (2009). *Potter v broken hill: Misuse of precedent in cross-border IP litigation*: Landmarks in australian intellectual property law (Ed.: A. K. Kenyon, M. Richardson and S. Ricketson), Londra: Cambridge University Press, s. 1-15.

⁵⁰⁷Mahkeme, gerekçesinde “*act of state doctrine*” olarak adlandırılan prensibe dayanmaktadır. Bu prensibe göre bir devletin egemenlik yetkisine dayanarak gerçekleştirdiği eylemlerin başka bir devlet mahkemesinde yargılanması mümkün değildir. Bkz.: Garnett, 2009, **a.g.k.**, 7.

⁵⁰⁸“Mozambik kuralı” (*Moçambique rule*, *Mozambique rule*), İngiltere Lordlar Kamarası'nın 1893 tarihli *British South Africa Co v. Companhia de Moçambique* [1893] AC 602 kararına dayanır. Mozambik kuralına göre yabancı topraklardaki taşınmazlardaki mülkiyetin tespiti ve mülkiyete izinsiz girmeden doğan zararın tazminine ilişkin konular *common law* mahkemelerinin yargı yetkisine girmez. *Potter* kararında da Mozambik kuralı geniş yorumlanarak, yabancı topraklarda kazanılan patent hakkına ilişkin iddiaların Avustralya Mahkemeleri tarafından yargılanamayacağına hükmedilerek, konunun Avustralya'nın yargı

kuralına göre mahkemenin yabancı ülkedeki taşınmazlara ilişkin konular bakımından yetkisi bulunmaz. Burada yurtdışında tescilli fikrî mülkiyet hakkı, yabancı ülkede bulunan taşınmaz mülkiyeti gibi değerlendirilerek, yargılanamaz kabul edilmiş olmaktadır.

Potter kararını takip eden yüzyıl boyunca *common law* mahkemeleri, yabancı fikrî mülkiyet haklarının “yargılanamaz” (*non-justiciable*) olduğunu ve bu davalarda konu bakımından yetkinin bulunmadığını kabul etmiştir⁵⁰⁹. Amerikan hukukunda da bu ülkesel yaklaşım sürdürülmüştür.

Marka ve patent gibi tescile tâbi fikrî mülkiyet haklarında ülkesellik etkisi özellikle, hakkın varlığı, geçerliliği gibi tescili etkileyen konularda mahkemelerin münhasır yetkisi ile ortaya çıkmaktadır. Ancak ABD hukukunda birebir münhasır yetkiyi karşılayan bir düzenleme bulunmadığından, ülkesel yaklaşım konu bakımından yetki noktasında kendini göstermektedir⁵¹⁰. ABD mahkemelerinin, özellikle marka hakkının geçerliliğine ilişkin mevzularda, tıpkı AB hukukundaki gibi güçlü ülkesel bir yaklaşım izlediği ve konu bakımından yetkiyi aradığı görülür⁵¹¹. ABD hukukundaki bu ülkesel yaklaşım öyle güçlüdür ki, mahkemeler, yurtdışında tescilli haklarla ilgili uyuşmazlık kendi topraklarında etki gösteren bir ihlale dayansa dahi, yetkisi bulunmadığını kabul etmektedir. Oysa AB hukukunda münhasır yetki, tescili etkileyen konularla sınırlı tutulmuş ve ihlale dayanan uyuşmazlıklarda kabul edilmemiştir. Bu konuyla ilgili ABD hukukunda kabul gören yaklaşım, 1956 tarihli *Vanity Fair* kararı ile ortaya konulmuştur⁵¹². İlgili kararda davacı, ABD’de tescilli *Vanity Fair Mills* markasıyla kadın iç çamaşırı üreterek ABD ve Kanada’da satmaktadır. Davacının markasını Kanada’da tescil talebi, Kanada şirketi *Eaton*’un önceki tarihli tescili nedeniyle reddedilmiştir. *Eaton Co.*, *Vanity Fair* markasıyla ürettiği düşük kalitedeki ürünleri Kanada ve ABD’de davacının aynı markalı ürünleri yanında satmakta ve reklamını yapmaktadır. Davacı,

alanı dışında gerçekleştiği gerekçesine dayanılmıştır. Davaya bakan üç yargıçtan biri olan *Griffith*’in gerekçesini oluşturan bu yoruma göre, yurtdışında kazanılan patent haklarının geçerliliği, yurtdışında kazanılan taşınmaz mülkiyeti gibi yorumlanabilir. Buna göre her iki konu da Avustralya Mahkemeleri’nin yargı alanı dışında kalmaktadır. Bkz.: R. Johnson (2003). The mozambique rule and the (non) jurisdiction of the supreme court of western australia over foreign land. *Western australian law review*, 31(2), s. 267

⁵⁰⁹Heintzen and Kono, 2017, **a.g.k.**, 1705. Mahkemeler burada konu bakımından yetkileri (*subject matter jurisdiction*) bulunmadığı gerekçesine dayanmıştır.

⁵¹⁰Ubertazzi, 2011, **a.g.k.**, 363-364.

⁵¹¹Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 563.

⁵¹²*Vanity Fair Mills, Inc. v. T. Eaton Co.*, 234 F.2d 633 (2d Cir. 1956). (Kaynak: Casetext)

uyuşmazlığın tamamında ABD mahkemelerinin yetkili olduğunu ve *Lanham Act*'in uygulanması gerektiğini iddia etmiştir. Buna gerekçe olarak da davalının eylemlerinin ABD'de ciddi etki doğurmasını göstermiş ve *Bulova* kararındaki korumadan yararlanmak istemiştir⁵¹³. Ancak Üst Derece Mahkemesi⁵¹⁴, davalının Kanada vatandaşı olması nedeniyle *Bulova* kararındaki korumanın sağlanamayacağı sonucuna ulaşmıştır. İlgili kararda yurtdışında geçerli olarak tescilli markanın, yabancı vatandaşlıktaki sahibi için, *Lanham Act*'in sınır-aşan şekilde uygulanamayacağı ifade edilmiştir. *Lanham Act* uygulanmasa dahi, ABD mahkemesinin cevaplama gereken bir soru daha vardır: Mahkemenin Kanada'da gerçekleşen eylemler hakkında karar verme yetkisi bulunup bulunmadığı. Yerel mahkeme bu konuda Kanada'da gerçekleşen eylemler bakımından yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. Üst derece mahkemesi, *forum non conveniens* prensibi gereği mahkemenin, bu kararıyla takdir yetkisini suiistimal etmediğine hükmetmiştir. Söz konusu kararla, ABD hukukunda dava konusunun yurtdışında tescilli bir markaya ilişkin olması durumunda, tecavüzün etkileri ABD'de görülse dahi, ABD mahkemelerinin yetkisinin bulunmadığı kabul edilmiştir.

Ülkesel yaklaşım sonraki tarihlerde de sürdürülmüştür. 2007 tarihli *Voda* kararında ABD mahkemesi, yurtdışında tescilli patent haklarının ihlali iddiasından kaynaklanan davada, konu bakımından yetkisi bulunmadığını bildirmiştir⁵¹⁵.

Görüldüğü üzere ABD mahkemeleri, yalnızca fikrî mülkiyet hakkını ihlal eden eylemlerin Amerika'da gerçekleşmesi durumunda yetkili olduğunu kabul etmektedir⁵¹⁶. Aynı yaklaşım anti-tröst davalarında da benimsenmiştir. ABD Temyiz Mahkemesi'nin *Hoffman-La Roche* kararı bu konuda önemli bir örnektir. Olayda vitaminsatın alan tüketicilerin, üretici ve distribütörlere açtığı bir toplu dava söz konusudur. Uyuşmazlıkta, bir grup ABD'li ve yabancı vitamin üreticisi ile distribütörlerinin, küresel çapta vitamin fiyatlarını sabitlemek için geniş kapsamlı ve uzun süren bir komplo yürüttüğü iddia edilmiştir. Davacılar ABD anti-tröst yasalarına dayanarak zararlarının tazminini talep

⁵¹³*Bulova* kararı ABD mahkemelerinin *Lanham Act*'i sınır-aşan uygulamasını başlatan ve Amerikan marka hukukunda dönüm noktası teşkil eden bir karardır. Bu karar ve ABD mahkemeleri'nin sınır-aşan yaklaşımı için bkz.: İkinci Nölüm, "2.2.2.2.Yurtdışında Gerçekleşen Hak İhlallerinde Ulusal Marka Yasalarının Uygulanması (Ülkesellik Karşısında Sınır-aşan Yaklaşım)".

⁵¹⁴İlgili kararda üst derece mahkemesi marka uyuşmazlıklarında öncü kararlar veren *Second Circuit*'tir. *Lanham Act*'in sınır-aşan şekilde uygulanmasına ilişkin ilk karar olan *Bulova* kararındaki kriterler de *Second Circuit* tarafından belirlenmiştir.

⁵¹⁵*Voda v. Cordis Corp.*, 476 F.3d 887, 890 (Fed. Cir. 2007) (Kaynak: Casetext).

⁵¹⁶Heintzen and Kono, 2017, **a.g.k.**, 1705.

etmiştir. Davalılar ise, davacıları etkileyen eylemlerin yurtdışında gerçekleştiği ve ABD ticaretinde faaliyet nedeniyle zarar görülmediği savunmasına dayanarak davanın reddini istemiştir. Mahkeme, yabancı davacıların yalnızca yabancı etkiye dayanarak tazminat talep edemeyeceğine hükmetmiş ve oybirliğiyle davayı reddetmiştir. Bu yaklaşım çok uluslu şirketlerin yurtdışındaki hak ihlallerine sebep olan eylemleri bakımından da kabul edilmiştir⁵¹⁷.

Common law'un ülkesel yaklaşımına en önemli eleştiri, İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından 2011 tarihli *Lucas Film* kararıyla getirilmiştir. 2008 tarihli *Lucas Film Ltd.* kararı, *Star Wars* filmindeki özel tasarım kaskların satışına ilişkin uluslararası bir telif uyuşmazlığına dayanmaktadır⁵¹⁸. *Star Wars* film serisinin yapımcısı *Lucas Film Ltd.*, filmlerde kullanılan “*stormtrooper*” kasklarının replikalarının, davalı *Ainsworth* tarafından internet üzerinden ABD’ye satışının, filmlerden doğan telif hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. İngiliz Temyiz Mahkemesi, davalının yerleşim yeri İngiltere’de olsa bile, konu ABD’de kazanılan bir fikrî mülkiyet hakkına ilişkin olduğu için yargılama yapamayacağına karar vermiştir⁵¹⁹. Ancak 2011 yılında İngiliz Yüksek Mahkemesi gidişatı değiştirmiştir. Yüksek Mahkeme, İngiliz mahkemelerinin yabancı teliflere ilişkin talepleri incelemesine engel bir durum olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme bu kararında ülkesel öğretinin zayıfladığını ve geleneksel yaklaşımların değişen piyasa koşullarıyla uyumlu hale getirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. *Lucas Film Ltd.* kararı ile *common law* hukukunda ilk kez fikrî mülkiyet haklarında ülkesel yaklaşıma karşı çıkmıştır⁵²⁰. Bu yaklaşımın marka hakkına ilişkin uyuşmazlıkları nasıl etkileyeceği belirsizdir.

⁵¹⁷Bkz.: *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co*, 133 S. Ct. 1659 (2013). (Kaynak: Casetext)

⁵¹⁸Aynı konuyla ilgili daha önce ABD mahkemelerinde de dava açıldığının altı çizilmelidir. ABD’de açılan davada mahkeme, İngiltere’den ABD’ye yapılan internet satışlarıyla ABD’deki telifin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ancak karar, İngiltere’de tenfiz edilmek istendiğinde İngiliz mahkemesi, davalılar fiziken ABD’de bulunmadığı için ABD mahkemesinin kişi bakımından yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle tenfiz istemini reddetmiştir. Bu nedenle davacılar İngiltere’de, ihlal iddiasıyla tekrar dava açmıştır. Detaylı bilgi için bkz.: Ubertazzi, 2011, **a.g.k.**, 365-366.

⁵¹⁹*Lucasfilm Ltd v. Ainsworth* (2008) EWCH 1878 (Ch) (2008). (Kaynak: vlex/justis web sitesi)

⁵²⁰*Lucasfilm* kararı ile ilk kez Brüksel I Tüzüğü’nün AB dışında kazanılan haklara etki edecek şekilde uygulandığı hakkında bkz.: Stone, 2018, **a.g.k.**, 223-224, 7.34.

Sonuç olarak *common law* mahkemelerinde, ülkesellik etkisi devam etmekte ve yurtdışında kazanılan marka hakkına ilişkin talepler, konu bakımından yetki bulunmadığı (*subject matter jurisdiction*) gerekçesiyle reddedilmektedir⁵²¹.

2.2.1.2. Kıta Avrupası yaklaşımı (Avrupa Birliği yetki kuralları)

Fikrî mülkiyet uyuşmazlıklarında yetki konusunda, Kıta Avrupası hukuk sisteminde de ülkesel yaklaşımın benimsendiği söylenebilir. Bu hukuk sisteminde genel anlamda “münhasır yetki” kuralları ile ülkeselliğe hizmet edilmiştir. Ancak *common law* sistemiyle arasındaki en önemli fark, münhasır yetki kurallarının tescile tâbi haklar bakımından getirilmiş olmasıdır⁵²². *Common law* sisteminde ise böyle bir ayrıma gidilmeden, tescile tâbi olup olmadığına bakılmaksızın, hakkın kazanıldığı yer mahkemelerinin konu bakımından yetkisi kabul edilmiştir⁵²³.

Avrupa Birliği’nde milletlerarası yetki ve tanıma-tenfiz konularının düzenlendiği 1215/2012 sayılı ve 2012 tarihli Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Tüzük’ün (Brüksel I Tüzüğü)⁵²⁴ münhasır yetki düzenlemesi, AB hukukunda ülkesel yaklaşımın yetki kurallarındaki en açık yansımasıdır.

Brüksel I Tüzüğü’nde genel yetki kuralı, davalının yerleşim yeridir. Ancak uyuşmazlığın esasının gerektirdiği belli durumlarda farklı bir bağlama noktasının dikkate alınabileceği ifade edilmiştir⁵²⁵. Bu kapsamda genel yetki kuralına alternatif, özel yetki kuralları ve münhasır yetki kuralları getirilmiştir. Fikrî mülkiyet haklarında tescil yeri de genel kuraldan farklı bir bağlama noktasının kabul edildiği hallerdendir. Ancak tescil

⁵²¹Birleşik Krallık’ın AB üyeliği nedeniyle -Brüksel I Tüzüğü gereği- AB üyesi ülkelerde kazanılan marka haklarında yetkisi devam etmekteydi. Ancak *Brexit* sonrası 1 Ocak 2021 tarihi itibarıyla Tüzük’ün uygulaması sona ermiştir. Bu nedenle AB üyesi ülkelerde kazanılan fikrî mülkiyet hakları bakımından İngiliz mahkemelerinin hangi yaklaşımı benimseyeceği ilerleyen dönemde anlaşılabacaktır (Dicey, Morris and Collins, 2012, **a.g.k.**, 372 vd.). *Brexit* sonrası yetki kuralları için bkz.: Gov. Uk, *Brexit, Guidance Cross-border civil and commercial legal cases: guidance for legal professionals*, <https://bit.ly/2OExJ5E> (Erişim tarihi: 05.03.2021).

⁵²²Stone, 2018, **a.g.k.**, 220, 7.28.

⁵²³*Lucasfilm* davasında, Yüksek Mahkeme’nin son kararı bir yana, İngiliz Temyiz Mahkemesi’nin ABD’de kazanılan telif haklarıyla ilgili konu bakımından yetkisi bulunmadığına ilişkin kararı bunun en açık örneğidir.

⁵²⁴Brüksel I Tüzüğü’nün 2015’te yürürlüğe giren güncel metni için bkz.: Europa, Eur-Lex, Brussels I Regulation, <https://bit.ly/2JGvnex> (Erişim tarihi: 05.03.2021).

⁵²⁵Brüksel I Tüzüğü, açıklamalar (15).

yeri, davalının yerleşim yerine alternatif olarak özel yetki kuralı şeklinde değil; m. 24/4'te münhasır yetki kuralı olarak düzenlenmiştir. İlgili düzenleme şu şekildedir:

Art. 24/4: “*Tarafların yerleşim yerine (domicile)*⁵²⁶ *bakılmaksızın;*⁵²⁷ *tevdii veya tescili gereken patent, marka, tasarım ve benzer diğer hakların geçerliliği veya tesciline ilişkin davalarda, konunun dava veya savunma olarak ileri sürülmesine bakılmaksızın, tescil veya tevdiiin talep edildiği, yapıldığı veya bir AB düzenlemesi ya da milletlerarası bir anlaşma gereğince yapılmış kabul edildiği ülke mahkemeleri yetkilidir.*”⁵²⁸

Maddede geçen “hakların geçerliliği veya tesciline ilişkin” konuların neler olduğu tespit edilirken millî hukuklara odaklanmadan, bütüncül bir yorum yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁵²⁹. Buna göre; hakkın geçerliliği, hakkın varlığı veya sona ermesi ya da önceki tescile dayanan rüçhan hakkı iddiası gibi konular bu kapsamdadır⁵³⁰. Ancak tescilden kaynaklansa bile; hakkın ihlali, münhasır yetkiye tâbi değildir⁵³¹.

Tüzük'te tevdii veya tescili gereken fikrî mülkiyet haklarının, münhasır yetki kuralıyla düzenlenmesi, birkaç konu bakımından önemlidir. Münhasır yetki kuralıyla düzenlenen konularda diğer bütün yetki kuralları etkisiz hale gelir⁵³². Buna göre taraflar, yetki sözleşmesi veya farklı bir mahkemede dava açma yoluyla yetki kuralını bertaraf edemez. Başka bir mahkemenin bu yetki kuralına rağmen hüküm kurması durumunda ise verilen kararın, üye devlette tanınması/tenfizi mümkün değildir⁵³³. Ancak münhasır yetki kuralı kapsamına yalnızca tescil ve geçerliliğin girdiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla marka hakkına tecavüz durumunda m. 24 yerine genel ve özel yetki kurallarına başvurulur. Bu kurallara göre, marka tecavüzünde yetkili mahkeme; davalının yerleşim

⁵²⁶Yerleşim yeri (*domicile*) kavramının yorumu davanın görüldüğü AB üyesi mahkemeye bırakılmıştır. Şirketler ve tüzel kişilerin yerleşim yeri kanunî merkezin, idare merkezinin veya fiilî işletme merkezinin bulunduğu bulunduğu yere göre belirlenir. Bkz.: EUR-Lex, *Brussels I Summary*, <https://bit.ly/38X9G8R> (Erişim tarihi: 20.03.2021).

⁵²⁷Bu ifade gereği davalı veya davacının AB üyesi bir ülkede yerleşim yeri olmasa dahi, tescil yeri mahkemesinin münhasır yetkisi bulunur.

⁵²⁸Bu maddenin, yalnızca üye devleti işaret ettiği durumda uygulanacağı kabul edilmiştir. Diğer deyişle, tescil veya talep yeri AB üyesi bir devletteyse söz konusu ülke mahkemeleri milletlerarası yetkiye sahiptir. Kural, örneğin Türkiye mahkemelerini işaret ediyorsa AB mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bulunmamaktadır. Tüzük m. 24/4 münhasır yetki kuralı olduğundan, genel kurala gidilemez (Briggs, 2014, **a.g.k.**, 213).

⁵²⁹*Duijnste v Goderbauer* E.C.R. 3663 (1983).

⁵³⁰Dicey, Morris and Collins, 2012, **a.g.k.**, 524.

⁵³¹Stone, 2018, **a.g.k.**, 220, 7.28.

⁵³²Briggs, 2014, **a.g.k.**, 212.

⁵³³Briggs, 2014, **a.g.k.**, 212.

yeri (m. 4) veya haksız fiilin gerçekleştiği ya da gerçekleşmesi muhtemel yerdir (m. 7/2)⁵³⁴. Haksız fiilin gerçekleştiği yerden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Konunun bu şekilde düzenlenmesinin bilinçli bir tercihin ürünü olduğu ifade edilmiştir. Bu sayede üye devletler haksız fiilin gerçekleştiği yeri, fiilin gerçekleştiği yer veya zararın meydana geldiği yer olarak yorumlayabilmektedir.

Uygulamada sıkça karşılaşılan ve en problemli konulardan birisi, fikrî mülkiyet hakkına tecavüz nedeniyle açılan davada, savunma olarak hakkın geçersizliğinin ileri sürülmesi hâlidir. Bu durumda yetkili mahkemenin haksız fiile göre mi yoksa -hakkın geçersizliği iddiası dikkate alınarak- münhasır yetki kuralına göre mi belirlenmesi gerektiği sorusu ortaya çıkar⁵³⁵. Bu soruya iki cevap verilebilir:

- 1) Davanın tecavüz iddiasına dayanması ancak davalının savunma olarak geçersizliği ileri sürmesi durumunda haksız fiil dikkate alınmalıdır.
- 2) Bu halde münhasır yetki devreye gireceğinden, tescil yerinin yetkisi kabul edilmelidir⁵³⁶.

İkinci cevap, güçlü bir ülkesellik anlayışının yansımasıdır. Söz konusu görüşün sonucu olarak örneğin, marka hakkına ilişkin bir tecavüz davasında tescilin geçersizliği savunması yapılırsa, bu iddianın tescil yeri mahkemesi tarafından incelenmesi gerekecektir.

Nitekim patent hakkına ilişkin bir tecavüz davasında verdiği kararda (kısaca *GAT* kararı) Avrupa Adalet Divanı, tecavüz iddiasına bakan mahkemenin, patentin geçerliliği konusunda yetkisi bulunmadığına hükmetmiştir⁵³⁷. Ancak Mahkeme, bu gibi bir durumda ne yapılması gerektiğine ilişkin bir yol haritası çizmemiştir. Öğretide bu durumda

⁵³⁴Genel yetki kuralı (m. 4) gereği davalının yerleşim yeri; özel yetki kuralı (m. 7/2) gereği haksız fiilin gerçekleştiği veya gerçekleşmesi muhtemel yerdir.

⁵³⁵Briggs, 2014, **a.g.k.**, 221.

⁵³⁶*Coin Controls* kararında yargılamanın, hakkın geçerliliğinin tespiti üzerinde yoğunlaşması halinde, tecavüz davasının bütün olarak geçerliliğe tabi olabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüş *Fort Dodge* kararında tasdik edilmiştir. Ancak *Fort Dodge* davasında İngiliz temyiz mahkemesi konuya şüpheyile yaklaşarak Adalet Divanı'na iletmıştır. Bu aşamada taraflar anlaşmaya vardığından Adalet Divanı dosyadan el çekmiştir. Bkz.: *Coin Controls Ltd v Suzo-International (UK) Ltd*, Ch. 33, (1999); *Fort Dodge Animal Health Ltd v Akzo Nobel NV*, F.S.R. 222 (CA), (1998), (Kaynak: Dicey, Morris and Collins, 2012, **a.g.k.**, 524).

⁵³⁷*Gesellschaft für Austreibstechnik mbh & Co KG v Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*, ECR I-6509 (GAT) (2006). Konuyla ilgili diğer kararlar için bkz.: *Prudential Assurance Co Ltd v Prudential Insurance Co of America*, 1 W.L.R. 2295 (CA), (2003), *Knorr-Bremse Systems for Commercial Vehicles Ltd v Haldex Brake Products GmbH* (2008) EWHC 156 (Pat.), (2008) 2 All E.R. (Comm.) 448. (Kaynak: Court of Justice of the European Union web sitesi)

mahkemenin tecavüze ilişkin yargılamayı durdurarak münhasır yetkili mahkemeden hakkın geçerliliğine ilişkin alınacak karara göre yargılamaya devam edebileceği ifade edilmiştir⁵³⁸. Ancak söz konusu çözüm, tecavüz davasını oldukça uzatacağından, hak sahibinin kaybını da arttıracaktır. Adalet Divanı'nın bu yaklaşımı, münhasır yetkiye ilişkin diğer konulardaki içtihatlarıyla çatıştığı için öğretide eleştirilmiştir⁵³⁹.

Adalet Divanı'nın GAT kararı, Brüksel I Tüzüğü'nde yer alan fikrî mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemenin kaynağını oluşturmuştur. Bu kararla birlikte, hakkın geçerliliğine ilişkin münhasır yetki kuralı, geçersizlik iddiasının savunma olarak ileri sürüldüğü durumları da kapsayacak şekilde yorumlanmıştır⁵⁴⁰.

Sonuç olarak AB hukukunda, tescile tâbi hakların ve dolayısıyla markaların tescilini etkileyen davalarda tescil yeri mahkemelerinin yetkisi, münhasır yetki olarak kabul edilmiştir. Ancak ihlal davalarında savunma olarak hakkın geçersizliği iddiasının ileri sürülmesi halinde ilgili münhasır yetki kuralının dikkate alınması, çeşitli belirsizlikler doğuracak ve uyuşmazlığın farklı mahkemelerde görülmesi yetkide parçalanmaya sebep olacaktır.

2.2.2. Ülkesellik markanın korunmasına uygulanacak hukuku nasıl etkiler?

Yabancı unsurlu uyuşmazlıkta mahkemenin hukukunun uygulanması her durumda en adil ve uygun sonucu vermeyebilir⁵⁴¹. Milletlerarası özel hukukta en adil ve uygun çözüme uyuşmazlık ve taraflarla en sıkı bağlantıya sahip hukuk düzeninin kurallarıyla ulaşılabileceği kabul edilmiştir⁵⁴². Bu nedenle kanunlar ihtilâfı kurallarının uyuşmazlık ve taraflarla en sıkı ilişkili hukuku işaret edecek şekilde düzenlenmesi esastır⁵⁴³. En sıkı ilişkili hukukun uygulanması ile milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanacağı kabul edilmiştir⁵⁴⁴. Bununla birlikte milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanırken taraf menfaati, işlem menfaati, düzen menfaati veya maddi hukuk menfaatlerinin dikkate

⁵³⁸Briggs, 2014, **a.g.k.**, 221.

⁵³⁹Avrupa Adalet Divanı'nın taşınmaz üzerindeki aynî haklar ve taşınmaz kiralarna ilişkin münhasır yetki konusunda (m.24/1) aynı yaklaşımı benimsemediği görülmektedir.

⁵⁴⁰Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 560.

⁵⁴¹Nomer, 2017, **a.g.k.**, 6.

⁵⁴²Güngör, 2021, **a.g.k.**, 69; Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 33; G. Tekinalp (2020). *Milletlerarası özel hukuk* (13. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 27 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, 26 vd.; Nomer, 2017, **a.g.k.**, 6.

⁵⁴³Nomer, 2017, **a.g.k.**, 6..

⁵⁴⁴Nomer, 2017, **a.g.k.**, 6.

alınması gerekebilir. Örneğin, mülkiyet haklarında genel kabul gören *lex rei sitae* kuralıyla, işlem menfaatinin gözetildiği kabul edilir. Bahsi geçen kurala göre mülkiyet hakkı, malın bulunduğu yer hukukuna tâbidir. Maddi mallar bakımından bu yer kolaylıkla tespit edilebilirken fikrî mülkiyet haklarında bu mümkün değildir⁵⁴⁵. Kaldı ki fikrî mülkiyet haklarının kendine özgü yapısı, bunlara ilişkin bağlama kuralları düzenlenirken dikkate alınacak menfaatleri de tartışmaya açar⁵⁴⁶. Bu durumda fikrî mülkiyet hakları bakımından en sıkı ilişkili hukuk nasıl tespit edilmelidir?

2.2.2.1. *Ülkeselliğe dayanan bir bağlama kuralı: Lex loci protectionis (koruma yeri hukuku)*

Fikrî mülkiyet haklarına uygulanacak hukukun tespitinde; *lex loci protectionis* (koruma yeri hukuku), *lex loci originis* (menşe ülkesi hukuku) ve karma⁵⁴⁷ bağlama noktaları önerilmiştir. Bunlar yanında millî hukuk, *lex fori* (mahkemenin hukuku) ve *lex loci delicti*⁵⁴⁸ (fikrî hakkın ihlal edildiği yer hukuku) uygulanmasını savunan görüşler de bulunmaktadır⁵⁴⁹. Ancak sayılanlar içinde fikrî mülkiyet haklarının ülkesel yapısına en uygun olanın *lex loci protectionis* yani “koruma yeri hukuku” olduğu ifade edilmektedir⁵⁵⁰.

İlkenin yorumlanmasında dikkat edilecek nokta, *koruma yeri hukukundan* ne anlaşılması gerektiğidir. Koruma yeri, “korumanın talep edildiği yer” değil, “korumayı sağlayan yer” olarak anlaşılmalıdır⁵⁵¹. Aksi yorum, her durumda mahkemenin hukukunun (*lex fori*) uygulanmasına ve ülkesellikle çatışmaya sebep olur⁵⁵². Bu nedenle *lex loci protectionis*in korumanın talep edildiği mahkemenin hukuku değil, hakkın korunmak

⁵⁴⁵Tekinalp, 2020, **a.g.k.**, 267.

⁵⁴⁶Fikrî mülkiyet haklarında gözetilmesi gereken işlem menfaati midir, yoksa düzen menfaati veya hak sahibi bakımından taraf menfaati mi önemlidir?

⁵⁴⁷Bu yaklaşım, koruma yeri hukuku kriteri temel alınarak gerekli oldukça menşe ülkesi hukukunun uygulanması şeklinde özetlenebilir. Bkz.: Tekinalp, 2020, **a.g.k.**, 267.

⁵⁴⁸*Lex loci delicti* prensibi uygulamasına Avusturya Devletler Özel Hukuku Kanunu paragraf 34 düzenlemesi örnek gösterilebilir. Bkz.: IPR Gesetz, Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für IPR, <https://bit.ly/3BZDUpe> (Erişim tarihi:04.10.2022). Lihtenştayn 1996 tarihli milletlerarası özel hukuk yasasında da *lex loci delicti* esası kabul etmiştir. Düzenleme (m. 38/1) şu şekildedir: “*Fikri mülkiyet haklarının oluşturulması, içeriği ve sona ermesi, kullanım veya ihlal fiilinin işlendiği ülkenin kanunlarına göre değerlendirilecektir.*” Bkz.: *Liechtensteinisches internationale Privatrecht* (IPRG), art. 38, <https://www.gesetze.li/konso/1996194000> (Erişim tarihi: 08.12.2022).

⁵⁴⁹Erdem, 2002, **a.g.k.**, 92 vd.

⁵⁵⁰Dinwoodie, 2001, **a.g.k.**, 30.

⁵⁵¹*Lex loci protectionis* ilkesinin benimsendiği Kyoto İlkeleri m. 19 şerhinde bu durum açıkça ortaya konulmuştur. Bkz.: Kyoto guidelines, *short comments*, art. 19.

⁵⁵²Kyoto guidelines, *short comments*, art. 19.

istendiği hukuk olarak anlaşılması gerekir. Kuralın marka hukuku bakımından sonucu, marka hakkının var olup olmadığı veya bir tecavüzün bulunup bulunmadığına ilişkin konuların, koruma hangi ülke için isteniyorsa, o ülke hukukuna göre çözüme kavuşturulmasıdır⁵⁵³.

Lex loci protectionis, doktrin ve uygulamada en yaygın kabul gören kuraldır⁵⁵⁴. Söz konusu esasın, diğer bağlama noktalarına göre tercih edilmesinin temel sebebi, fikrî mülkiyet haklarının “ülkeselliği” esasıyla uyumdur. Bu uyum, korumanın kendisi için talep edildiği yerin çoğu zaman hakkın tanındığı ve dolayısıyla korunduğu yer olmasından kaynaklıdır⁵⁵⁵. Tescile tâbi haklar için koruma yeri, hakkın tescilli olduğu yer; tescile tâbi olmayan fikrî haklar için ise hakkın tanındığı yerdir⁵⁵⁶.

Maddi anlamda ülkesellik ilkesi gereği marka hakkı, tescilli olduğu ülkede geçerlidir ve bu ülke dışında korunamaz⁵⁵⁷. Bu nedenle markasını korumak isteyen hak sahibi, hakkın hukuken tanındığı ve tescil edildiği yer hukukuna göre koruma talep etmeyi tercih edecektir. Aksi halde, hakkın tescil edildiği yer dışında bir hukukun uygulanması, hakkı korumasız bırakacaktır. Bu esasen fikrî mülkiyet haklarının bağımsızlığı ile de ilgilidir⁵⁵⁸. Bir örnek üzerinden açıklamaya çalışalım: Ülkesellik ilkesi gereği (X) ülkesinde tescilli bir marka hakkı, diğer ülkelerde tescil edilmediği sürece geçersizdir. (X)’te tescilli markanın, (Y) ülkesinde gerçekleşen bir eylemle ihlalinde, (Y) ülkesi hukuku da uyuşmazlıkla ilgili hale gelecektir. Bu uyuşmazlıkta (Y) hukukunun uygulanması durumunda hak sahibi korumasız kalacaktır. Zira marka hakkı (Y) ülkesinde tescilli olmadığından geçerli bir korumaya da sahip değildir. Oysa korumanın talep edildiği hukuk olarak (X) hukukunun uygulanması durumunda, hakkın geçerliliği kabul edilecek ve hak sahibi koruma imkânı bulacaktır. Bu nedenle *lex loci protectionis* kuralı,

⁵⁵³Dinwoodie, 2001, **a.g.k.**, 31.

⁵⁵⁴Y. Kaplan (2004). *İnternet ortamında fikrî hakların korunmasına uygulanacak hukuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 175; Erdem, 2002, **a.g.k.**, 100; Dinwoodie, 2001, **a.g.k.**, 30. Nitekim çalışmanın devamında da görüleceği üzere bu esas farklı kuruluşların tavsiye kararlarında da ortak kabul gören yaklaşımdır.

⁵⁵⁵P. A. De Miguel Asensio (2009). The private international law of intellectual property and unfair commercial practices: Convergence or divergence: *Intellectual property and private international law* (Ed.: S. Leible ve A. Ohly), Tübingen: Mohr Siebeck, s. 15.

⁵⁵⁶Kyoto Guidelines, art. 19., *short comments*,

⁵⁵⁷Tanınmış markalar gibi istisnalar saklıdır.

⁵⁵⁸Hakların bağımsızlığı uluslararası fikrî mülkiyet sözleşmelerinde kabul edilen, ülkeselliği destekleyen ve ülkeselliğin sonucu olarak ortaya çıkmış bir esastır. Bu esasa göre bir marka farklı ülkelerde tescil edildiğinde, her bir ülkede farklı bir hak olarak ortaya çıkar ve bu hakların her biri birbirinden bağımsızdır. Bkz.: İkinci Bölüm, “1.2. Uluslararası Fikrî Mülkiyet Korumasında Ülkesellik: İlkenin Gelişimi ve Milletlerarası Anlaşmalarda Ülkeselliği Destekleyen Esaslar”.

marka hakkı ve genel anlamda fikrî mülkiyet hakları bakımından ülkesel korumayla uyum içindedir⁵⁵⁹.

Millî kanunlara ve uluslararası sözleşmelere bakıldığında da *lex loci protectionis* bu alanda kabul edilen temel esas olduğu görülür. Çin⁵⁶⁰, İsviçre (IPRG art. 110/1)⁵⁶¹ ve İtalya (MÖHK m. 54)⁵⁶² ilgili esasın kabul edildiği millî hukuklara örnek gösterilebilir⁵⁶³. Japon hukukunda da fikrî mülkiyete uygulanacak hukuka dair açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, mahkeme kararlarında ülkeselliğin benimsendiği görülmektedir⁵⁶⁴.

AB düzenlemelerinde de *lex loci protectionis* benimsendiği görülmektedir. 864/2007 sayılı Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (Roma II) m. 8/1’de, fikrî mülkiyet haklarının ihlaliinde uygulanacak hukuk, korumanın kendisi için talep edildiği ülke hukuku olarak düzenlenmiştir⁵⁶⁵. İlgili kuralda “daha sıkı ilişkili hukuk” gibi bir istisna kuralına yer verilmemesi, güçlü bir ülkeselliğin benimsendiğini göstermektedir⁵⁶⁶. Benzer bir hüküm, Türk hukukunda da kabul edilmiştir. MÖHUK m. 23 gereği, fikrî mülkiyete ilişkin haklar, “hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbidir”⁵⁶⁷. İlgili madde

⁵⁵⁹Kyoto Guidelines, art. 19, *short comments*, par. 1.

⁵⁶⁰Çin Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 48 ve devamında fikrî mülkiyet haklarına uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Fikrî mülkiyet haklarında gerek hak sahipliğinin tespiti gerek hakkın ihlaliyle ilgili uyuşmazlıklarda koruma ülkesi hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Hakkın ihlaliinde, tecavüzün gerçekleşmesinden sonra taraflara mahkemenin hukukunu seçebilme imkânı da getirilmiştir. Çin Halk Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun İngilizce metni için bkz.: Conflict of laws.net, *China PIL*, <https://conflictoflaws.net/News/2011/01/PIL-China.pdf> (Erişim tarihi: 14.02.2021).

⁵⁶¹1987 tarihli Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin İsviçre Federal Yasası (IPRG) için bkz.: Fedlex, *Die Publikationsplattform des Bundesrechts*, <https://bit.ly/3W57uCT> (Erişim tarihi: 08.12.2022).

⁵⁶²1995 tarihli İtalyan milletlerarası özel hukuk yasası m. 54’te “Maddi olmayan varlıklar üzerindeki haklar, kullanımın gerçekleştiği devletin kanunlarına tabidir.” denilmiştir. Bkz.: Normattiva, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, <https://bit.ly/3Bm6v90> (Erişim tarihi: 08.12.2022).

⁵⁶³Buna karşı Romanya ile Portekiz *lex originis* (kaynak ülke hukukunu) bağlama noktası olarak kabul etmiştir (Tekinalp, 2020, **a.g.k.** 268, dn.51). Yine Amerikan Hukuk Enstitüsü (ALI) İlkeleri’nde de tescilli haklar bakımından *lex originis* esas kabul edilmiştir. Bkz.: İkinci Bölüm, “2.2.3. Uluslararası Kuruluşların Milletlerarası Fikrî Mülkiyet Korumasına İlişkin Önerileri”.

⁵⁶⁴Bu konuda en çok atıf verilen karar *Card Reader* kararıdır. Bkz.: *Fujimoto v. Neuron Corporation* (‘Card Reader Case’), 56 Minshū 1551. Kararla ilgili detaylı bilgi ve Japon hukukunda fikrî mülkiyet haklarına uygulanacak hukukla ilgili bkz.: P. Jurcys (2010). Applicable law to intellectual property infringements in japan: alternatives to the *lex loci protectionis* principle. *International review of law, computers and technology*, 24(2), s. 199 vd.

⁵⁶⁵Roma II Tüzüğü için bkz.: Eur-lex, Rome II, <https://bit.ly/329EAqL> (Erişim tarihi: 13.04.2021).

⁵⁶⁶Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 561.

⁵⁶⁷Maddenin ikinci fıkrasında tarafların ihlâlden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabileceği düzenlenmiştir. Böylece taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmıştır.

gerekçesinde açıkça milletlerarası sözleşmeler ve Türk hukukunda benimsenen ülkesellik prensibi ile uyum sağlandığı ifade edilmiştir⁵⁶⁸.

Ülkesellik ilkesi gereği marka haklarının tescil edildiği veya kullanıldığı yerde varlık bulması ve korunması esastır. Örneğin; (A) ülkesinde kazanılan marka hakkı, yalnız burada geçerlidir ve (A) ülkesinde korunabilir. Aynı hakka yönelik bir ihlalin (B) ülkesinde mahkemeye götürülmesi durumunda (B) ülkesi, yabancı unsur taşıyan bu uyuşmazlığa uygulanacak hukuku kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirler. (B)'nin bağlama kurallarının, hakkın kazanıldığı yer olan (A)'yı işaret ettiğini düşünelim. Bu ihtimalde (A)'nın marka hukuku kuralları, kanun koyucusunun iradesi dışında bir yoruma tabi tutulacaktır. Zira (A) kanun koyucusu, marka hakkını kendi egemenlik alanında korumak üzere bir hüküm getirmiştir. Bu durum, fikrî mülkiyet yasalarının sınırlı etki alanına sahip olmasıyla ilgilidir. Fikrî mülkiyet yasalarının kendi etki alanını sınırlayan yapısı yalnızca ilgili ülke mahkemelerine gelen uyuşmazlıkları değil, yabancı mahkemelerdeki uyuşmazlıkları da etkilemiş olmaktadır⁵⁶⁹. Milletlerarası özel hukuk bakımından önem teşkil eden nokta da tam olarak budur: Ülkeselliğin, uygulanacak hukuka getirdiği sınırlama. Örneğin, yabancı ülke mahkemelerinde görülen bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk, Türk hukuku olarak gösterilse dahi; SMK'nın kendi uygulama alanını sınırlayan yapısı buna engel olabilecektir⁵⁷⁰. Yoksa, Türkiye'de marka haklarının kazanılması ve korunmasında SMK'nın uygulanması, milletlerarası özel hukukun konusu değildir. Bu husus; ülkeselliğin maddi hukuk boyutuyla ilgilidir. *Lex protectionis* bu bakımdan da doğru bir çözüm sunmaktadır. “Kendisi için koruma talep edilen hukuk” işaret edilerek davacıya, bağlama noktasını seçme hakkı tanınmıştır. Davacı tarafından tercih edilen hukuk, korumanın sınırlarını belirlemektedir. Bu sayede her devlet kendi fikrî mülkiyet mevzuatının mahal itibariyle koruma alanını kendisi tayin etmektedir⁵⁷¹. Söz konusu durum, yabancı mahkeme kararlarının -aşırı yetkiye dayanarak verilmemiş ise- tanınmasını da mümkün kılmaktadır.

⁵⁶⁸5718 sayılı MÖHUK'un Genel Gereği için bkz.: B. Tiryakioğlu, M. Aygün ve E. Küçük (2021). *Türk uluslararası özel hukuk mevzuatı*. (14. Bası), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 81 vd.

⁵⁶⁹Fentiman, 2005, **a.g.k.**, 138.

⁵⁷⁰Fikrî mülkiyet hukukundaki bu ülkesel yapı, haksız fiil ve sözleşme hukukunun uygulama alanını sınırlandırmayan (evrensel etki alanına sahip) yapısıyla çatışmaktadır. Örnek için bkz.: Fentiman, 2005, **a.g.k.**, 138-139.

⁵⁷¹Nomer, 2017, **a.g.k.**, 313.

Daha önce de ifade edildiği üzere milletlerarası özel hukukun amacı, maddi hukuk adaletini sağlamak değildir. Söz gelimi bir marka hakkı ihlalinde uygulanacak hukukun marka hakkı sahibini ne ölçüde koruduğu, kanunlar ihtilafının konusunu teşkil etmez. Ancak fikrî mülkiyet haklarının sağladığı ülkesel koruma, genel kabul gören bir olgudur. Günümüzde millî fikrî mülkiyet yasalarının tamamı ülkeseldir. Bu nedenle, *lex protectionis*, yani korumanın talep edildiği ülke dışındaki bir hukukun kabul edilmesi, davacının her durumda kaybetmesine sebep olur. Zira fikrî mülkiyet hakkının korunmasının talep edildiği hukuk, hakkın halihazırda korunduğu yer olacaktır. Hak sahibi hakkı nerede geçerli olarak tanınıp-korunuyorsa, o ülke için koruma talep edecektir. Bu nedenle *lex protectionis*, hak sahibinden yana bir kuraldır. *Lex protectionis* kuralına karşı olan görüşlerin ise hak sahibinden değil, üçüncü kişilerden yana pozisyon aldığı söylenebilir⁵⁷².

Lex protectionis'in her durumda kabul edilmesi, hak sahiplerinden yana dengesiz bir durum oluşturabilir. Zira hak sahibi her durumda hakkın tanındığı ve koruma bulduğu hukuka başvuracaktır. Kanunlar ihtilâfinin, farklı menfaat gruplarından yalnızca birisi lehine tavır alması ise adaleti zedeler. Örneğin internet üzerinden gerçekleşen fikrî mülkiyet ihlallerinde koruma ülkesi hukukunu uygulamak, her durumda davacıya koruma sağlayan hukukun uygulanması sonucunu doğurur. Hak sahibinin (veya bunu iddia eden davacının) kendisini koruyan hukuku tercih etmesi gibi, davalılar da kendilerini koruyan hukuku tercih etmek isteyebilir. Bu dengeyi sağlamak için; milletlerarası özel hukukun, *maddi hukuk adaletini* sağlayan imkânlarından yararlanılabileceği ifade edilmiştir⁵⁷³. Örneğin daha sıkı ilişkili hukukun bulunması durumunda, bunun uygulanması gibi istisna kurallarından yararlanılabilir. Yine kullanıcının bulunduğu ülke hukukunun asgarî koruma standardı olarak kabul edilmesi de düşünülebilir. Bununla birlikte Kıta Avrupası ve Türk hukukunda, maddi hukuk adaletinin gözetildiği durumların sınırlı olduğu da unutulmamalıdır. Çünkü bu hukuk sistemlerinde temel amaç maddi hukuk adaleti değil,

⁵⁷²Fentiman, 2005, **a.g.k.**, 138.

⁵⁷³Fentiman, Anglo-Amerikan hukukuna uygun olarak maddi hukuk adaletini sağlayan bir yaklaşımla bağlama kurallarının oluşturulabileceğini öne sürmüştür. Yazar, bu dengeyi sağlamak için milletlerarası özel hukukun “daha yakın ilişkili hukuk” istisna kurallarından yararlanılabileceğini savunur (Fentiman, 2005, **a.g.k.**, 138). Ancak devletlerin somut uyuşmazlıkta adaleti sağlamak için egemenlik hakları ve ekonomik menfaatleriyle ilişkili bir konuda taviz vermesi mümkün görünmemektedir. Fikrî mülkiyet haklarına ilişkin tartışmalarda kullanıcıların haklarını ön planda tutan “açık erişim” hareketi güç kazandıkça, bu konudaki bağlama kurallarında da değişikliğe gidilebilir. Ancak günümüzde bu ihtimal uzak bir hayalden öteye geçememektedir. Maddi hukuk adaletiyle ilgili bkz.: Güngör, 2021, **a.g.k.**, 75.

milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanmasıdır⁵⁷⁴. Milletlerarası özel hukuk adaleti ise uyumsuzlukla en sıkı ilişkili hukukun uygulanması ile temin edilir. Bu sistemlerde maddi hukuk adaleti özellikle zayıf âkit tarafın korunması gibi sınırlı durumlarda kendini gösterir⁵⁷⁵. Kıta Avrupası sisteminde ve Türk hukukunda kullanıcı lehine dengenin sağlanması, *lex loci protectionis* kuralının uyumsuzlukla bağlantısı zayıf bir hukuku işaret ettiği durumlarda en sıkı ilişkili hukuk yaklaşımıyla mümkündür. Çalışmanın devamında açıklanacağı üzere farklı milletlerarası kuruluşların konuyla ilgili yayımladığı ilkelerde, özellikle internet ve uydu yayınları gibi kanallarla aynı anda birden fazla ülkede gerçekleşen hak ihlallerinde en sıkı ilişkili hukukun uygulanması önerilmiştir⁵⁷⁶. Fikrî mülkiyet haklarında kullanıcı lehine yorumlar güç kazandıkça, hak sahipleri dışındaki gruplar lehine dengeyi sağlayan bu tarz bağlama kurallarının oluşması düşünülebilir. *Common law* sistemleri bakımından maddî hukuk adaleti, Kıta Avrupası hukuku bakımından milletlerarası özel hukuk adaleti bu dengeyi sağlamaya hizmet eder. Sistemlerin araçları farklı olsa da sonuç aynıdır: En sıkı ilişkili hukukun uygulanması. Ancak bu ihtimalin gerçekleşmesi yakın gelecekte mümkün değildir. Zira kanunlar ihtilâfinin buradaki işlevi ne olursa olsun, fikrî mülkiyet hukukunun hak sahibinden yana tavır aldığı görülmektedir⁵⁷⁷.

Bununla birlikte *lex loci protectionis* gereği, hakka geçerlilik sağlayan hukukun tercih edilmesi, yalnızca hak sahibini koruma saikiyle değerlendirilemez. Özellikle tescile tâbi haklar bakımından koruma yeri hukuku ile işlem güvenliğinin sağlanması da söz konusudur⁵⁷⁸. İşlem güvenliği, milletlerarası özel hukukun gözettiği menfaatlerden olan “işlem menfaati”nin sağlanması anlamına gelir⁵⁷⁹. İşlem menfaati, işlemin tarafları ile üçüncü kişilerin, hukukî işlemin geçerli olmasındaki menfaatinin ifade eder⁵⁸⁰. Örneğin marka hakkının tescilini etkileyen geçerliliğe ilişkin davada, tescil ülkesinden farklı bir ülke hukukunun uygulandığını ve tescilin iptaline karar verildiğini düşünelim. Bu durumda tescil ülkesinde durumdan haberdar olmayan üçüncü kişilerin hakları da

⁵⁷⁴Nomer, 2017, **a.g.k.**, 14.

⁵⁷⁵Örneğin iş sözleşmelerinde işçinin ve tüketici sözleşmelerinde tüketicinin korunmasına yönelik MÖHUK m. 26, m. 27, Roma I Tüzüğü m. 6 ve m. 8.'de bu yaklaşım açıkça görülmektedir.

⁵⁷⁶CLIP, ALI ve Kyoto İlkelerindeki düzenlemelerle ilgili bkz.: İkinci Bölüm, “2.2.3.Uluslararası Kuruluşların Milletlerarası Fikrî Mülkiyet Korumasına İlişkin Önerileri”.

⁵⁷⁷Fentiman, 2005, **a.g.k.**, 140.

⁵⁷⁸Von Bar'dan aktaran: Erdem, 2002, **a.g.k.**, 101-102.

⁵⁷⁹Güngör, 2021, **a.g.k.**, 75.

⁵⁸⁰İşlem menfaati ile ilgili bkz.: Güngör, 2021, **a.g.k.**, 74 vd.

etkilenmiş olacaktır. Oysa gerek hak sahibi gerek üçüncü kişiler bakımından beklenen, hakkın tescilli olduğu yer kurallarına tâbi olmasıdır. Kaldı ki tescilin devlet egemenliğiyle ilişkilendirilen yapısı gereği, bu kararın, sicilin tutulduğu ülkede icra edilmesi mümkün olmayacaktır.

**2.2.2.2. Yurtdışında gerçekleşen hak ihlallerinde ulusal marka yasalarının uygulanması (ülkesellik karşısında sınır-aşan yaklaşım):
*extra-territoriality***

Uluslararası marka uyuşmazlıklarında uygulanacak hukukun tespitine ilişkin teorik açıklamalar, mahkeme uygulamalarında çoğu zaman karşılık bulmamaktadır. Mahkemeler bu tip bir uyuşmazlıkta kanunlar ihtilafı kurallarına gitmek yerine doğrudan kendi millî hukuklarını uygulama eğilimi göstermektedir. Özellikle *forum* ülkesinde tescilli bir marka hakkına yönelik yurtdışında gerçekleşen ihlal durumunda bu durum önemli bir sorunu gündeme getirir: Millî marka yasasının sınır-aşan (*extra territorial*) şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağı. Örneğin ABD mahkemeleri, yurtdışında gerçekleşen eylemler sebebiyle 1946 tarihli Federal Marka Yasası *Lanham Act*'in uygulanıp uygulanamayacağını tespit ederken bu konuyu, daha açık bir ifadeyle “millî marka yasasının sınır-aşan etkisini” incelemektedir.

Uygulama ve teorideki bu farklılık, hukukun mahkeme kararlarıyla şekillendiği Anglo-Amerikan hukuku bakımından özel bir önem arz eder. Böylece yabancı unsurlu marka uyuşmazlıkları bakımından iki ihtimal ortaya çıkar⁵⁸¹: İlk olarak uluslararası marka uyuşmazlıklarında uygulanacak hukuk, kanunlar ihtilafı kurallarıyla yapılacak bir araştırmayla tespit edilebilir. İkinci ihtimalde ise *forum* mahkemesi, kendi yasalarının sınır-aşan (*extra-territorial*) şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağına bakar. Bunu yaparken mevcut olaydaki bulguları ve kanun koyucunun amacını dikkate alır.

Bu tartışma Türkiye gibi Kıta-Avropası hukukları bakımından aynı önemi haiz değildir. Zira yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitinin milletlerarası özel hukuk kanunlarına göre yapılması gerekir. Buna göre örneğin; yabancı unsurlu bir marka uyuşmazlığında Türk hâkimi öncelikle MÖHUK m. 23'e göre hangi

⁵⁸¹Dinwoodie, 2001, **a.g.k.**, 34; International law association's guidelines on intellectual property and private international law ("Kyoto Guidelines"). *JIPITEC*, 44 (2021), applicable law, 12. <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-1-2021/5247> (Erişim tarihi: 13.04.2021)

hukuk için korumanın talep edildiğini tespit etmeli, ardından bu hukuka göre uyumsuzluğu çözmelidir.

2.2.2.2.1.ABD mahkemelerinin Lanham Act uygulaması

ABD'nin federe devlet yapısı marka hukuku sistemini de etkilemiştir. Amerikan marka sisteminde temel olarak üç çeşit marka bulunmaktadır⁵⁸²;

i) Tescilsiz markalar (*common law/unregistered trademarks*): Tescile tabi değildir. Belirli bir coğrafi bölgede ticarî kullanımla hakkın kazanıldığı kabul edilir. *Trademark*'ın kısaltması olan TM veya (SM) ile ifade edilir⁵⁸³. Bu markalar eyalet yasalarına göre kazanılır ve yalnızca kullanıldığı bölgede korunur.

ii) Eyalet markaları (*state trademarks*): Eyaletler tarafından tescil edilen markalardır. Yalnızca tescil edildikleri eyalette korunurlar.

iii) Federal markalar (*federal trademarks*): Federal yasalara tabi bu markalar en kapsamlı korumayı sağlar. Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi (United States Patent and Trademarks Office, USPTO) tarafından tescil edilirler ve USPTO veritabanında kayıt altına alınırlar. Tescilli oldukları için “*registered trademark*”ın kısaltması olan ® işareti ile kullanılırlar.

Federal marka sahipleri, haklarının korunması için federal mahkemelerde dava açabilirler. Bu nedenle markaya tecavüz durumunda *common law* markalarına göre daha fazla hakka sahiplerdir ve bu nedenle daha avantajlılardır. Söz konusu tescil, yabancı ülkelerde markanın korunmasına ilişkin taleplerde de kullanılabilir⁵⁸⁴. Uluslararası marka uyumsuzluklarında *Lanham Act*'in uygulanmasına ilişkin yapacağımız açıklamalar federal markaları kapsamaktadır. Ancak tescilsiz *common law* markalarında da *Lanham Act*'e benzer doktrin ve içtihadın kullanıldığı belirtilmelidir⁵⁸⁵.

⁵⁸²USPTO, *Trademarks, Basics, Why register your trademark?* <https://www.uspto.gov/trademarks/basics/why-register-your-trademark> (Erişim tarihi: 14.04.2021). Amerikan hukukunda marka hakkının içeriğiyle ilgili bkz.: J. C. Ginsburg, (2008). ‘*See me, feel me, touch me, hear me*’ (and maybe smell and taste me too): *I am a trademark – a US perspective*: Trade marks and brands, an interdisciplinary critique (Ed. L. Bentley, J. Davis, and J. C. Ginsburg). New York: Cambridge University Press, s. 92 vd.

⁵⁸³Hizmetler için SM (*service marks*), ürünler için TM (*trademarks*) kullanılır. Bkz.: USPTO, *Trademarks, Basics*, <https://www.uspto.gov/trademarks/basics/what-trademark> (Erişim tarihi: 14.04.2021).

⁵⁸⁴USPTO, *Trademarks, Why register your trademark?*

⁵⁸⁵*Common law* markalarının internet üzerinden gerçekleşen ihlallerde korunmasına ilişkin bkz.: S. Johnson (2014). *Trademark territoriality in cyberspace: An internet framework for common-law trademarks*. *Berkeley technology law journal*, 29(2), s. 1250 vd.

Uluslararası nitelik taşıyan -yabancı unsurlu- uyuşmazlıklarda Amerikan mahkemeleri kimi zaman kanunlar ihtilafı hukukunu uygulamakta, kimi zaman tek yanlı (*unilateralist*) bir yaklaşımla ilgili konudaki Amerikan Federal Yasası'nın yurtdışında gerçekleşen uyuşmazlıklarda uygulanıp uygulanamayacağını tespit etmektedir. Amerikan mahkemeleri aslında kanunlar ihtilafı sürecini işletme konusunda çekingen değildir⁵⁸⁶. Özellikle haksız fiil uyuşmazlıklarında kanunlar ihtilafı sürecinin işletildiği pek çok karar bulunmaktadır⁵⁸⁷. Ancak konu marka uyuşmazlıkları olduğunda, kanunlar ihtilafı incelemesinin tamamen terk edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Uluslararası marka davalarında Amerikan Mahkemeleri genel olarak *Lanham Act*'in uyuşmazlığa uygulanıp uygulanamayacağını incelemektedir. Diğer deyişle kanunlar ihtilafı süreci işletilmek yerine, millî kanunun sınır-aşan şekilde uygulanmasının (*extra-territorial application*) mümkün olup olmadığına bakılmaktadır. Cevap olumlu olduğu takdirde uyuşmazlık *Lanham Act*'e göre çözüme kavuşturulmakta, olumsuz ise mahkeme konu bakımından yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmektedir⁵⁸⁸.

Amerikan mahkemelerinin uluslararası marka uyuşmazlıklarında kanunlar ihtilafı sürecini neden işletmediği tam olarak bilinmemekle birlikte, mahkemelerin bu konudaki tutumu yerleşik uygulama halini almıştır⁵⁸⁹. Bu tutumda iki temel etken olduğu düşünülebilir: Amerikan hukukunda kanunlar ihtilafının gelişimi ve ABD'nin fikrî mülkiyet geçmişi. Daha önce açıklandığı üzere, Amerikan hukukunda gelişen kazanılmış haklar teorisi, zamanla her durumda *lex fori*'ye öncelik verecek şekilde, milliyetçi yorumlanmıştır⁵⁹⁰. Bu yaklaşımın fikrî mülkiyet haklarının korunmasında da etkili olduğunu düşünmek yanlış olmaz. İkinci olarak, mahkemelerin söz konusu yaklaşımında, ABD'nin fikrî mülkiyet korumasına bakışını şekillendiren tarihî süreç de etkilidir. ABD

⁵⁸⁶Dinwoodie, 2001, **a.g.k.**, 33. Örneğin Amerikan 2. Bölge Yüksek Mahkemesi'nin telif haklarında yabancı hukuku uyguladığı karar için bkz.: *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998) (Kaynak: Casetext).

⁵⁸⁷Örneğin bkz.: *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953); *Richards v. United States*, 369 U.S. 1 (U.S. 1962); *Casey v. Manson Constr. & Engineering Co.*, 247 Ore. 274 (Or. 1967); *Hernandez v. Burger*, 102 Cal. App. 3d 795 (Cal. App. 4th Dist. 1980) (Kararların alındığı kaynak: Casetext ve Westlaw).

⁵⁸⁸Dinwoodie, 2001, **a.g.k.**, 33. Konu bakımından yetki ve Amerikan hukukunda yetkiyle ilgili detaylı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, "2.2.1.1. *Common Law Yaklaşımı*".

⁵⁸⁹ABD'de uygulanacak hukukun tespitinde farklı menfaatleri gözetken eklektik bir metot gelişmiştir. Ancak ABD Yüksek Mahkemesi'nin federal kanunları yorumlama şekline, ülkeselliğin geleneksel yorumuna dönmeye başladığı anlaşılmaktadır (Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 72).

⁵⁹⁰Detaylı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, "1.1. *Milletlerarası Özel Hukukta Ülkesellik Kavramı*". Zamanla ABD'de uygulanacak hukukun tespitinde farklı menfaatleri gözetken eklektik bir metot gelişmiştir. Ancak ABD Yüksek Mahkemesi'nin federal kanunları yorumlama şekline, ülkeselliğin geleneksel yorumuna dönmeye başladığı anlaşılmaktadır (Lundstedt, 2016, **a.g.k.**, 72.).

19. yy.'dan başlayarak Avrupa'yla girdiği şiddetli patent yarışı ve zayıf koruma yaklaşımı ardından, edindiği yeri korumak için güçlü bir fikrî mülkiyet korumasını savunmuştur⁵⁹¹. Amerikan marka ve patentlerinin gelişmekte olan ülkelerde uğradığı yoğun ihlaller ve ilgili ülkelerin sağladığı korumanın zayıf olması da mahkemeleri, fikrî mülkiyet haklarının korunmasında kanunlar ihtilafını uygulamakta çekingen davranmaya sevketmiş gözükmemektedir⁵⁹². Amerikan mahkemelerinin bu tutumunun sebepleri arttırılabilirse de sonuç değişmemektedir: Uluslararası marka ihlallerinde ABD mahkemeleri kanunlar ihtilafını denklemden çıkarmıştır.

Kanunların sınır-aşan şekilde uygulanması temel olarak iki durumda mümkündür: Kanunun kendi uygulama alanını açıkça belirlemesi halinde veya kanun koyucunun amacından kanunun uygulama alanını bu şekilde belirlediği anlaşıldığında. Genelde kanunlarda uygulama alanı açıkça belirlenmediğinden; kanunların sınır aşan niteliğinin tespiti gerekir⁵⁹³. Bu halde Amerikan mahkemeleri, kanun koyucunun niyetini yorumlamıştır⁵⁹⁴. İki durumun varlığı halinde kanun koyucunun niyetinin, ilgili kanunun yalnızca Amerikan topraklarındaki eylemlere uygulanması olduğu kabul edilmiştir. Bunlar “sınır-aşan uygulama karşıtı karineler” (*presumptions against extraterritoriality*) olarak tanımlanmıştır. Bu karinelerden birinin çürütülmesi halinde ilgili yasa sınır-aşan şekilde uygulanabilmektedir. Bahsi geçen karineler şu şekilde özetlenebilir⁵⁹⁵:

- i) Kongre (kanun koyucu), normal olarak⁵⁹⁶, yurtdışında değil; yurtiçinde gerçekleşen olayları düzenlemek niyetindedir⁵⁹⁷ veya
- ii) Kongre, normal olarak, ilgili yasa ile uluslararası hukuka karşı gelmemek niyetindedir⁵⁹⁸

⁵⁹¹Bkz.. Birinci Bölüm, “2.3.1.3.1. Gelişmekte Olan Ülkeler için TRIPS Uygulaması”.

⁵⁹²Bununla birlikte Paris Sözleşmesi, Bern Sözleşmesi ve devamında TRIPS ile tüm ülkeler bakımından getirilen asgarî koruma standartları ile günümüzde fikrî mülkiyet hakları için dünyanın neredeyse tümünde yaklaşık bir koruma sağlandığı söylenebilir. Detaylı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, “2.3.1.2. TRIPS”. Konuyla ilgili tarihi gelişim için ayrıca bkz.: F. Machlup and E. Penrose (1950). The patent controversy in the nineteenth century. *Journal of economic history* 10(01), Cambridge University Press on behalf of the Economic History Association, (May, 1950), 1 vd..

⁵⁹³Childress, Ramsey and Whytock, 2021, **a.g.k.**, 6.

⁵⁹⁴Childress, Ramsey and Whytock, 2021, **a.g.k.**, 6.

⁵⁹⁵Childress, Ramsey and Whytock, 2021, **a.g.k.**, 6-7.

⁵⁹⁶Karinelerde geçen “ordinarily” yani “normal olarak” ifadesi, “kendinden beklenen şekilde” olarak anlaşılabilir.

⁵⁹⁷Bu “the presumption against extraterritoriality” (sınır aşan uygulama karşıtı karine) şeklinde ifade edilmiştir.

⁵⁹⁸Bu karine “the presumption against violating international law” (uluslararası hukukun ihlaline karşı karine) olarak adlandırılmıştır.

Sayılan karinelerin aksi ispat edilerek çürütülebilirse, kanunun uygulama alanına Amerika dışında gerçekleşen eylemlerin de girdiği kabul edilebilir. Bu halde ilgili kanun sınır-aşan şekilde uygulanmış olacaktır. Kanunun somut uyuşmazlıkta yurt dışında gerçekleşen olaylara uygulanıp uygulanamayacağı tespit edilirken mahkemeler farklı ilkeler ve analitik yaklaşımlar geliştirmiştir. Bu durum *Lanham Act*'in sınır-aşan şekilde uygulanmasında da zaman içinde yeni kriterlerin ve yaklaşımların doğmasına sebep olmuştur.

Lanham Act'in sınır-aşan şekilde uygulanması ilk olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1952 tarihli *Steele v. Bulova Watch Co.*⁵⁹⁹ kararında görülür. Bu karar, uluslararası marka uyuşmazlıklarında Amerikan hukukunun hangi durumlarda uygulanacağını tespit eden kriterleri belirlemesi bakımından önemlidir. Uyuşmazlıkta, *Steele*, *BULOVA* markasını saatler için Meksika'da tescil ettirmiş bir Amerikan vatandaşıdır. Davacı ise Amerika'da yüksek kalitede saat üretim yapan *Bulova Watch* markasının sahibidir. Davalı, Amerika'dan aldığı parçaları Meksika'da birleştirerek düşük kaliteli saatler üretmekte ve *BULOVA* markasıyla Meksika'da satmaktadır. Meksika'da üretilen saatlerden bir kısmı Amerika'ya geçmiş ve davacı, tüketicilerden gelen şikayetler üzerine, durumdan haberdar olmuştur. Davacı, marka ihlali ve haksız rekabet iddiasıyla Amerikan hukukuna (*Lanham Act*) göre ihtiyati tedbir ve maddi tazminat talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, davada markalara ilişkin iç hukuk düzenlemesi olan 1946 tarihli *Lanham Act*'in uygulanmasına karar vermiştir. Mahkeme bu kararında üç gerekçeye dayanmıştır⁶⁰⁰:

- Davalının Amerikan vatandaşı olması⁶⁰¹
- Davalının eylemlerinin etkisinin ABD'de hissedilmesi
- Yabancı hukuka aykırı bir sonucun doğmaması⁶⁰²

Steele v. Bulova kararı, uluslararası marka uyuşmazlıklarında Amerikan mahkemelerinin kendi hukuk kurallarını (*Lanham Act*) hangi durumlarda uygulayacağını göstermesi bakımından bir dönüm noktasıdır. Ancak Yüksek Mahkeme, yurtdışında

⁵⁹⁹*Steele v. Bulova Watch Co., Inc.*, 344 U.S. 280 (1952). Kararla ilgili detaylı bilgi için bkz.: Justia, *US Supreme Court*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/344/280/> (Erişim tarihi: 13.04.2021).

⁶⁰⁰Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 562; Dinwoodie, 2001, **a.g.k.**, 34.

⁶⁰¹ABD Kongresi'nin vatandaşlarının eylemlerini düzenleyecek geniş yetkiye sahip olduğu ifade edilmiştir.

⁶⁰²Davanın Temyiz Mahkemesi önüne geldiği tarihte, *Steele*'in Meksika'daki tescili iptal edilmiştir. Bu da ABD Mahkemesi kararının Meksika'daki hukukî durumla uyumlu olmasını sağlamıştır.

gerçekleşen bir marka ihlalinde *Lanham Act*'in uygulanması için kriterlerin ne şekilde dikkate alınacağını detaylandırmamıştır. Örneğin bu kriterlerden hangisi sınır-aşan uygulama için elzendir veya bu kriterlerden hangilerinin yokluğu halinde *Lanham Act* yine de uygulanabilir? Bahsi geçen sorular ilgili kararda cevaplanmamıştır. Ancak *Bulova*'yı izleyen kararlarda yerel mahkemeler bu kriterleri geliştirmiş, farklı testler ve kriterler kullanmıştır⁶⁰³. Günümüzde İkinci Bölge (*Second Circuit*) ve Dokuzuncu Bölge (*Ninth Circuit*) Üst Derece Mahkemeleri'nin yaklaşımları uluslararası marka uyuşmazlıklarında öne çıkmaktadır. İkinci Bölge, *Bulova* kararındaki kriterleri temel almış ve bunlar üzerinden ilerlemiş, Dokuzuncu Bölge ise daha önce anti tröst uyuşmazlıklarında geliştirdiği kriterler üzerinden daha liberal bir yaklaşım benimsemiştir⁶⁰⁴. Dokuzuncu Bölge, *Lanham Act*'in yurtdışındaki uyuşmazlıklarda tatbiki için şu üç kriteri geliştirmiştir⁶⁰⁵:

- Amerikan dış ticareti üzerinde bir etki olması,
- Bu etkinin Amerikan federal yasalarına göre davacılar bakımından önemli bir zarar meydana getirmesi,
- Amerikan dış ticaretine ait menfaatlerin ve Amerikan dış ticaretiyle bağlantıların diğer ülkelere kıyasla daha güçlü olması⁶⁰⁶.

Dokuzuncu Bölge'nin ortaya koyduğu kriterler *Lanham Act*'in sınır-aşan marka uyuşmazlıklarında uygulanmasını kolaylaştırmaktadır. Farklı mahkemelerin geliştirdiği kriterler içinde özellikle Amerikan ticareti üzerindeki etkiyi nasıl yorumladıkları önem teşkil eder. Örneğin, İkinci Bölge, marka ihlalinin Amerikan ticareti üzerinde esaslı ve önemli bir etki doğurmasını ararken, diğer mahkemeler bu konuda daha rahat bir yorum benimsemiştir⁶⁰⁷. Diğer mahkemelerin geniş yorumu, uluslararası marka ihlallerinde

⁶⁰³Amerikan mahkemelerinin *Lanham Act*'in sınıraşan uyuşmazlıklarda uygulanmasına ilişkin geliştirdiği kriterlerle ilgili detaylı bilgi için bkz.: R. E. Schechter (1997). The case for extraterritorial reach of the *lanham act*. *Virginia journal of international law*. 619 (37), 619 vd.; R. Butts (1993). Trademark law: interpreting the congressional intent of the extraterritorial application of the *lanham act*. *Florida journal of international law*, 447(8), 447 vd.

⁶⁰⁴Dinwoodie, 2001, **a.g.k.**, 37.

⁶⁰⁵Dinwoodie, 2001, **a.g.k.**, 35.

⁶⁰⁶Bu kriterin tespitinde ise yabancı hukukla ihtilâfın derecesi, tarafların vatandaşlığı, amacın açıkça Amerikan ticaretini hedef alıp almaması gibi yedi alt-kriter belirlenmiştir. Bu alt kriterler Amerikan kanunlar ihtilâfındaki politika analiziyle oldukça benzeşmektedir.

⁶⁰⁷İkinci Bölge Mahkemesi'nin dar yorumu için bkz.: *Totalplan Corp. of Am. v. Colborne*, 14 F.3d 824, 830 (2nd Cir. 1994); Beşinci Bölge'nin konuyla ilgili geniş yorumu için bkz.: *American Rice, Inc. v. Arkansas Rice Growers Coop. Ass'n*, 701 F.2d 408, 414 n.8 (5th Cir. 1983). (Kaynak: Casetext)

Lanham Act'in uygulanması ihtimalini arttırmaktadır. Bununla birlikte İkinci Bölge'deki yerel mahkemelerin giderek daha geniş bir yorumu benimsemeye çalıştığı görülmektedir⁶⁰⁸.

Görüldüğü üzere ABD mahkemeleri, uluslararası marka ihlallerinde doğrudan milletlerarası özel hukuk prosedürünü işleterek uygulanacak hukuku tespit etmek yerine; *Lanham Act*'in mevcut uyuşmazlıkta sınır-aşan şekilde uygulanabilmesi ihtimalini incelemektedir. Bu nedenle *Lanham Act*, ülkesel değil, sınır-aşan bir yoruma tabi tutulmaktadır. Sınır-aşan uygulamada mahkemeler, tarafların ABD vatandaşlığında olması, uyuşmazlığın ABD dış ticaretine etkisi, eylemlerin Amerika'da etki doğurması gibi çeşitli kriterlerin varlığını inceler. Bu kriterlerin sağlanmadığı ve *Lanham Act*'in uygulanamayacağına karar verildiği takdirde, konu bakımından yetkinin (*subject matter jurisdiction*) bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilir⁶⁰⁹. Tüm bu açıklamalar ışığında, Amerikan mahkemeleri her ne kadar patent ve telif hakları bakımından ülkesel yaklaşımı benimsese de⁶¹⁰, marka hukukunda sınır-aşan bir yaklaşımın da kabul edildiği görülmektedir⁶¹¹.

Amerika'da tescilli marka hakkının sınır ötesinde gerçekleşen ihlallerde de uygulanması mümkündür. Bu bakımdan kısmen de olsa ülkesellikten uzaklaşma vardır. Ancak bu durum yabancı ülkede tescilli marka hakkının varlığı ve geçerliliğine ilişkin konularda davacıların ihlalin gerçekleştiği her bir ülkede dava açması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz⁶¹². Bu nedenle uluslararası marka uyuşmazlıklarında Amerikan hukukundaki sınır-aşan yaklaşımın, aslında AB hukukundan çok da farklı bir sonuç doğurmadığı ve parçalanmayı önlemekte yeterli olmadığı görülmektedir⁶¹³.

⁶⁰⁸Ancak her durumda *Bulova* kararındaki yaklaşımın tamamen terk edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz.: *Sterling Drug, Inc. v. Bayer*, 14 F.3d 733 (2d Cir. 1994). (Kaynak: Casetext)

⁶⁰⁹Dinwoodie, 2001, **a.g.k.**, 33.

⁶¹⁰*Subafilms, Ltd. v. Mgm-Pathe Communs. Co.* - 24 F.3d 1088 (9th Cir. 1994); *Microsoft Corp. v. AT&T Corp.*, 550 U.S. 437, 441 (2007). (Kaynak: Casetext)

⁶¹¹Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 561.

⁶¹²Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 562.

⁶¹³Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 562.

2.2.3. Uluslararası kuruluşların milletlerarası fikrî mülkiyet korumasına ilişkin önerileri

Milletlerarası nitelik taşıyan fikrî mülkiyet uyuşmazlıklarında uygulanacak hukuk, yetki ve tanıma-tenfiz konularında çeşitli kuruluşların önemli çalışmaları bulunmaktadır. Bu kuruluşların hazırladığı ilkeler, alanın geleceğini şekillendirecek niteliktedir.

Farklı ülkelerden ve hukuk sistemlerinden akademisyenler tarafından farklı tarihlerde, hazırlanan söz konusu metinlerdeki yaklaşım farklılıklarının ve benzerliklerinin tespiti önemlidir. İnceleme konusu yapılacak olan her üç metinde de detaylarda önemli farklar olmakla birlikte, ülkeselliğin temel esas kabul edildiği görülmektedir⁶¹⁴. Ancak ülkeselliğin günümüz teknolojilerinde karşılık bulmayan sonuçları, istisna hükümlerle aşılmaya çalışılmıştır. Özellikle internet üzerinden işlenen hak ihlalleri konusunda her üç metnin yetki ve uygulanacak hukuk kurallarıyla mümkün olduğunca uyuşmazlıkların tek mahkemede görülmesini hedeflediği anlaşılmaktadır.

Bu çalışmaların öncelikle yetki ve sonrasında uygulanacak hukukla ilgili kuralları incelenerek, ülkeselliğe getirdikleri yorum daha iyi anlaşılabilir.

2.2.3.1. ALI İlkeleri

Milletlerarası nitelikli fikrî mülkiyet uyuşmazlıkları konusunda Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün (*American Law Institute*, ALI) tavsiye niteliğindeki ilkeleridir⁶¹⁵⁶¹⁶. *Rochelle C. Dreyfuss*, *Jane C. Ginsburg* ve *François Dessemontet* raporörlüğünde hazırlanan metin, 2008 yılında yayımlanmıştır. Sınır aşan fikrî mülkiyet uyuşmazlıklarında mahkemelerin esas ve kişi bakımından yetkisi, uygulanacak hukuk ile yabancı kararların tanınması ve tenfizine ilişkin ilkeler getirmiştir. Çalışma, Ginsburg ve *Dreyfuss*'un 2001 yılındaki akademik bir sunumuna dayanmaktadır. Sunum, ALI'nin ilgisini çekmiş ve ikilinin çalışması ALI projesi olarak devam ettirilerek, nihaî haline

⁶¹⁴CLIP ilkeleri dibacesinde (*preamble*), ALI ilkeleri Uygulanacak Hukukla ilgili Üçüncü Bölüm'de (Part III, *Applicable Law*) açıkça fikrî mülkiyet haklarında ülkeselliğin kabul edildiği ifade edilmiştir. Kyoto İlkeleri'nde açıkça ülkesellik vurgusu bulunmamakla birlikte bağlama kuralları ve yetki kurallarının düzenleniş şeklinde ülkeselliğin kabul edildiği görülmektedir.

⁶¹⁵American Law Institute (ALI) (2008). *Intellectual property: principles governing jurisdiction, choice of law, and judgments in transnational disputes*, <https://wipo.int/en/legislation/details/7687> (Erişim tarihi: 08.11.2022).

⁶¹⁶1923'te kurulan Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*, ALI), ABD'nin önde gelen yargıçları, akademisyenleri ve avukatlarından oluşan bağımsız bir kuruluştur. Temel amacı hukukun modernleştirilmesi, geliştirilmesi ve berraklaştırılmasıdır. ALI, bu amaçla hukukun farklı alanlarında *Restatementlar*, *model kanunlar* ve *ilkeler* yayımlar.

ulaşmıştır⁶¹⁷. İlkeler; devletlerin taraf olarak millî hukuklarına aktarmaları gereken bir metin değil; farklı hukuk sistemlerinde hakîmlerin yargılama sırasında başvurabileceği, yol gösterici ve millî hukukları tamamlayıcı ilkeler olarak hazırlanmıştır.

Yetki

ALI ilkelerinin raportör notları ve açıklamalar kısımlarında ülkeselliğin esas alındığı defaatle belirtilmiştir. Bununla birlikte; ülkeselliğin sebep olduğu paralel yargılamalar ve yabancı kararların tanıma/tenfizindeki zorluklar gibi problemlerin önüne geçmek amacıyla oldukça detaylı ve istisna yetki kuralları öngörülmüştür.

Kişi bakımından yetkinin düzenlendiği ilk bölümde⁶¹⁸ taraflara aralarında doğacak uyuşmazlıklarla ilgili yetki sözleşmesi yapma imkânı tanınmış ve yetki sözleşmesi belirlenen mahkemenin münhasır yetkili olduğu ifade edilmiştir. Yetki sözleşmesi bulunmayan durumlarda genel yetki kuralı olarak (§ 201), davalının yerleşik olduğu yer (*resident*) mahkemelerinin milletlerarası yetkisi kabul edilmiştir⁶¹⁹.

Ülkeselliğe getirilen önemli istisnalardan birisi, tescilli haklara ilişkin tespit kararları konusundadır. Tespit kararlarının, belli koşullar dahilinde sadece tarafları bağlayıcı etki doğurmak üzere tescil yerinden farklı ülke mahkemeleri tarafından da verilebilmesi kabul edilmiştir (§213). Buna gerekçe olarak, hakkın varlığı ve geçerliliği gibi konularda münhasır yetkinin gündeme gelmesiyle oluşan parçalanmanın önüne geçilmesi gösterilmiştir. Böylece tecavüz davalarında yetkili mahkeme, tescili etkilememek ve yalnızca taraflar bakımından etki doğurmak üzere, hakkın geçerliliğine ilişkin konularda da yetkili sayılmıştır.

Aynı hukuki işlem veya olayla ilgili birden çok ülkede devam eden yargılamalar olması durumunda tarafların talebi üzerine, mahkemeler arasında iş birliği sağlanması veya davaların birleştirilmesi imkânı kabul edilmiştir (§221). Bu sayede aynı anda birden fazla ülkede birbirini etkileyecek davaların devamında §221’de öngörülen mahkeme

⁶¹⁷Detaylı bilgi için bkz.: R. Dreyfuss (2005). The ALI principles on transnational intellectual property disputes: why invite conflicts? *Brooklyn journal of international law*, 30(3), s. 819.

İlke şehirlerinde ve raportör notlarında yer yer, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı (*Hague Conference on Private International Law*) düzenlemelerine ve sözleşmelerde geçen terminolojiye başvurulduğu ifade edilmiştir.

⁶¹⁸Kişi bakımından yetki (*personal jurisdiction*), ve konu bakımından yetki (*subject matter jurisdiction*) ile ilgili bkz.: İkinci Bölüm, “2.2.1.1. Common Law Yaklaşımı”.

⁶¹⁹*Resident* kavramından ne anlaşılması gerektiği m. 201/1-2’de gerçek ve tüzel kişiler bakımından açıklanmıştır.

(koordinasyon otoritesi) koordinasyonu yürütecek, şartları olduğu takdirde, davaları birleştirebilecektir⁶²⁰. Bu hükümde geniş anlamda milletlerarası derdestliğin (*lis pendens*) kabul edildiği ifade edilmiştir⁶²¹. Düzenlemeyle, ülkeselliğin sebep olduğu paralel yargılamalar, bunların getirdiği yargılama maliyetleri ve çelişen kararlar gibi sorunların önüne geçilmesi amaçlanmıştır⁶²².

Uygulanacak Hukuk

Metnin giriş kısmındaki açıklamalarda sınır-aşan fikrî mülkiyet uyuşmazlıklarında uygulanacak hukukla ilgili ülkeselliğin kabul edildiği açıkça ifade edilmiştir⁶²³. Uygulanacak hukuka ilişkin genel kural da (§301) bu yaklaşımın bir yansıması niteliğindedir. Söz konusu kuralda hakların tescilli olup olmamasına göre bir ayrıma gidilmiştir. Tescilli hakların varlığı, geçerliliği, süresi, nitelikleri ve ihlali tescil yeri hukuku uygulanır. Diğer tüm haklar bakımından ise kendisi için koruma talep edilen ülke hukuku uygulanır⁶²⁴.

Ülkeselliğin; hakkın varlığı, ihlali, hakkın süresi ve tazminat gibi pek çok konuda temel esas olduğu kabul edilmekle birlikte, sert bir ülkesellik anlayışı da reddedilmiştir. Buna göre belli konularda ülkeselliğe istisna olacak kurallar önerilmiştir. Bunlardan konumuz bakımından en önemlileri, internet üzerinden gerçekleşen marka ihlalleri ve hukuk seçimi konusundadır.

Hukuk seçimi imkânı tanıyan §302 düzenlemesine göre; fikrî mülkiyet hakkının ihlali konusunda taraflar, her aşamada uygulanacak hukuku seçebilir. Ancak tescilli hakların geçerliliği ve sürdürülmesine ilişkin konular ve her türlü hakkın varlığı, nitelikleri, devri ve süresi istisna tutulmuştur. Buna göre marka hakkının varlığı, geçerliliği ve tescili ile sayılan diğer konuları ilgilendiren uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk, genel kurala göre tespit edilecektir. Hak ihlalinin aynı anda birden çok yerde gerçekleştiği durumlarda uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili ülke hukukunun veya belli bir grup

⁶²⁰Davaların birleştirilmesi durumunda diğer mahkemelerin yargılamayı durdurup bu mahkemenin kararını beklemesi öngörülmüştür (m. 223). Davaların birleştirilmemesi durumunda koordinasyonun yürütülmesi m. 222’de düzenlenmiştir.

⁶²¹Bkz. *ALI İlkeleri*, m. 221, *Comment*, paragraf b.

⁶²²Bkz. *ALI İlkeleri*, m. 221, *Comment*, paragraf a.

⁶²³Bkz.: Part III, *Applicable Law, Introductory Note*. Mevcut durumda ülkeselliği esas kabul eden geniş ve açık uçlu ilkeler yanında belli durumlar için az sayıda istisna hükümleri getirilmektedir. ALI’nin öngörüsü, milletlerarası fikrî mülkiyet yargılaması geliştikçe genel ve açık uçlu yaklaşım yerine daha fazla konuda, detaylı istisna hükümlerle bağlama kuralları getirilmesidir.

⁶²⁴Tescilsiz markalar bakımından da bu hükme başvurulacağı ifade edilmiştir.

ülke hukuklarının uygulanması önerilmiştir (§321). Taraflara dar bir çerçevede olmak üzere tanınan irade serbestisi ve birden çok yerde gerçekleşen ihlaller bakımından en sıkı ilişkili hukuk yaklaşımı ile sert ülkesellik anlayışının doğuracağı olumsuz sonuçlar önlenmek istenmiştir.

2.2.3.2. CLIP İlkeleri

CLIP İlkeleri, 2004 yılında kurulan Fikrî Mülkiyete İlişkin Kanunlar İhtilafı Hakkında Avrupa Max Planck Grubu⁶²⁵ (*The European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property*, CLIP) tarafından, 2011 yılında yayımlanmıştır⁶²⁶. CLIP ilkelerinde genel olarak fikrî mülkiyet hukukundan doğan milletlerarası uyuşmazlıklarda mahkemelerin milletlerarası yetkisi, uygulanacak hukuk ve tanıma/tenfize ilişkin tavsiye niteliğinde ilkeler yer alır.

Yetki

CLIP ilkeleri m. 2:301’de, münhasır yetki kuralları saklı olmak üzere taraflara, aralarında doğacak her türlü uyuşmazlıkla ilgili, yetki sözleşmesi yapabilme imkânı verilmiştir. Yetki sözleşmesi bulunmayan durumlarda m. 2:101’de genel yetki kuralı olarak davalının mutad meskeninin bulunduğu ülke mahkemelerinin yetkisi kabul edilmiştir. Bunun yanında sözleşmeden doğan konular ve hak ihlalleri gibi çeşitli hususlarda alternatif olmak üzere özel yetki kuralları getirilmiştir. Fikrî mülkiyet hakkı ihlalleriyle ilgili m. 2:202’de genel yetkili mahkeme yanında ihlalin gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemelerinin de milletlerarası yetkisi kabul edilmiştir.

İnternet ve uydu yayını gibi eşzamanlı olarak birden fazla ülkede etki doğurabilen medya araçlarıyla ilgili de özel bir düzenleme getirilerek, bunlarda genel yetki kuralından ayrılabilmek için belli şartlar öngörülmüştür (m. 2:203/2)⁶²⁷.

Marka ve patent gibi korunması tescile tabi hakların tescili, geçerliliği, terkini veya iptaline ilişkin konularda tescil yeri mahkemelerinin yetkisi, münhasır yetki olarak

⁶²⁵Çalışma grubu, Max Planck Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Enstitüsü ve Max Planck Uluslararası Özel Hukuk Enstitüsü tarafından oluşturulmuştur.

⁶²⁶CLIP ilkeleri ve ilkelerle ilgili detaylı bilgi için bkz.: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) (2013). *Conflict of laws in intellectual property: The clip principles and commentary*. Londra: Oxford University Press.

⁶²⁷Detaylı bilgi için bu bölümde bkz.: 3. İnternet Yoluyla Gerçekleşen Uluslararası Marka İhlalleri başlığı altında 3.3. Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi.

belirlenmiştir (m. 2:401). Düzenlemenin devam eden fıkrasında kurala istisna getirilerek, bu konuların asıl veya karşı dava olarak ileri sürülmediği durumlarda münhasır yetki kuralının uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Buna gerekçe olarak; söz konusu davaların, üçüncü kişilere karşı, hakkın tescil veya geçerliliğini etkilememesi gösterilmiştir.

Mahkemenin önüne gelen davanın, başka bir ülke mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu konularla ilgili olması durumunda mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi gerektiği de ifade edilerek *forum non conveniens* esası kabul edilmiştir (m. 2:402).

Uygulanacak Hukuk

CLIP ilkelerinde uygulanacak hukuk konusunda genel anlamda *lex loci protectionis* ilkesini kabul ederek ülkesellik esasını benimsenmiştir. Bununla birlikte, belli durumlar için getirilen istisnalarla katı bir ülkeselliğin de önüne geçilmiştir. Taraflara belli konularla sınırlı olarak tanınan hukuk seçimi imkânı (m. 3:103)⁶²⁸ ve internet kanalıyla işlenen ihlallerde uygulanacak hukuka ilişkin kural (3:603) ülkeselliğe getirilen esnek yorumun en açık örnekleridir.

Uygulanacak hukuka ilişkin genel kural olan m. 3:102’de açıkça hakkın varlığı, geçerliliği, tescili, kapsamı ve süresi ile hakka ilişkin diğer tüm konuların, koruma hangi ülke için talep ediliyorsa o ülkenin hukukuna tâbi olacağı düzenlenmiştir. İlk sahipliğin - markalarda tescilin- tespitinde (m. 3:201) ve hakkın devredilebilirliğinde de (m. 3:301) koruma ülkesi hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Aynı yaklaşım m. 3:601’de de sürdürülerek, hakkın ihlali ve tazminat konularında da *lex loci protectionis* ilkesi kabul edilmiştir. Ancak bu kuralın uygulanabilmesi için ihlalin, koruma ülkesiyle tamamen ilgisiz olmaması, eylemin burada başlatılması, ilerlemesi veya bu ülkede önemli etki doğurması ya da bu ülkeyi hedef alması gerekir (m. 3:602). Ayrıca mahkeme gerek görürse bu kuralı uygulamayabilecektir (m. 3: 602). Mahkemeye tanınan bu istisnai yetkiyle, kişilerin uyuşmazlıkla ilgisiz ülke hukuklarına göre koruma talep etmesinin önüne geçilmiş olmaktadır. Bununla birlikte taraflar fikrî mülkiyet haklarının ihlalinde tazminat konusunda uygulanacak hukuku seçebilir (m. 3:606).

⁶²⁸Taraflara, belli konularla sınırlı olarak, aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmıştır (m. 3:103). Buna göre fikrî mülkiyete ilişkin sözleşmeden doğan ilişkilerde (m. 3:501), iş sözleşmesinde (m. 3:503), hak ihlallerinde tazminata (m. 3:606) ve fikrî mülkiyet hakkı ile teminata (m. 3:801) ilişkin uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmıştır.

İnternet ve uydu gibi aynı anda birden fazla yerde etki gösteren iletişim kanallarıyla işlenen ihlallerde, ihlalle en sıkı ilişkili ülkenin hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir (m. 3:603). En sıkı ilişkinin tespitinde dikkate alınacak kriterler tahdidi değil, tadadi olarak sayılmıştır. Mahkemeye en sıkı ilişkili hukukun tespitinde tanınan geniş takdir yetkisi, bu konularda uyuşmazlığın olabildiğince tek hukuka tabi tutulması amacına işaret etmektedir.

2.2.3.3. Kyoto İlkeleri

Kyoto İlkeleri (*Kyoto Guidelines*)⁶²⁹, Uluslararası Hukuk Birliği (*International Law Association*, ILA) bünyesindeki Fikrî Mülkiyet ve Milletlerarası Özel Hukuk Heyeti'nin 2010'da başlayarak 2020'de tamamlanan on yıllık çalışmasının ürünüdür. Genel olarak uluslararası fikrî mülkiyet uyuşmazlıklarındaki milletlerarası özel hukuku ilgilendiren konularla ilgili rehber ilkeler getirmiştir. Kyoto İlkeleri, en yakın tarihli çalışma olması ve güncel yaklaşımı yansıtmaması bakımından önem teşkil etmektedir. Önceki metinlere kıyasla daha sade ve anlaşılır bir dil ve sistematik kullanıldığı görülmektedir.

Yetki

Kyoto İlkelerinde genel yetkili mahkeme, aksine hüküm bulunmadığı sürece, davalının mutlak meskeninin bulunduğu yer mahkemesi olarak belirlenmiştir (m. 3).

Fikrî mülkiyet hakkı ihlallerinde yetkili mahkeme, ihlal eylemlerini gerçekleştirdiği iddia edilen kişinin ihlali başlatmak ya da ilerletmek için harekete geçtiği yer veya ihlalin doğrudan önemli bir zarar doğurabileceği öngörülen ülke mahkemeleridir. Her iki düzenlemede de (m. 3 ve m. 5) mahkemelerin yetkisini ancak ülkesel, diğer bir deyişle kendi egemenlik alanıyla sınırlı olarak kullanabileceği ifade edilmiştir. Bu durumda özellikle yabancı unsurlu fikrî mülkiyet uyuşmazlıklarında ABD gibi sınır-aşan (*extra-territorial*) yaklaşım benimseyen ülkeler bakımından önemli bir sınırlama öngörülmüştür.

Tescile tâbi hakların tescili, geçerliliği, terkinin veya iptaline ilişkin konuların, davanın esasını teşkil ettiği durumlarda, tescil ülkesi mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu kabul edilmiştir (m. 11/1). Diğer deyişle hakkın varlığı ve geçerliliğine ilişkin

⁶²⁹ILA İlkeleri, diğer adıyla Kyoto İlkeleri için bkz.: ILA, *Kyoto Guidelines*, https://www.ila-hq.org/en_GB/committees/intellectual-property-and-private-international-law (Erişim tarihi: 10.11.2022).

konularda tescil yeri mahkemeleri münhasıran yetkilidir. Aynı maddenin devamında ise bu konuların davanın esasını teşkil etmediği hallerde, diğer yetkili mahkemelerin de bunlarla ilgili karar verebileceği kabul edilmiştir. Ancak ilgili kararın üçüncü kişiler üzerinde herhangi bir etki doğurmayacağı da eklenmiştir. Konuyu bir örnek üzerinden açıklamaya çalışalım. Marka hakkının ihlalden doğan bir tazminat davasında, savunma olarak davacının markasının geçersizliği ileri sürülmüş olsun. Bu durumda tazminat davasına bakan mahkeme, tescil ülkesinde olmasa bile, geçerliliğe ilişkin de karar verebilecektir. Ancak mahkemenin geçersizliğe ilişkin verdiği karar üçüncü kişileri etkilemeyerek, yalnızca taraflar bakımından sonuç doğuracaktır. Bu nedenle örneğin, karara dayanarak hakkın sicilden terkinin istenemeyecektir.

Kyoto İlkeleri de ALI ilkelerine benzer şekilde, tarafları ve konusu aynı olan ve farklı ülkelerde görülen davalar bakımından *lis pendens*'i (milletlerarası derdestliği) kabul etmiştir. Fakat münhasır yetkinin söz konusu olduğu durumlar hariç tutulmuştur.

Uygulanacak Hukuk

Kyoto İlkeleri m. 19'da hakkın varlığı, geçerliliği, tescili, süresi, devri, kapsamı ve hakka ilişkin diğer tüm konularda, kendisi için korumanın arandığı ülke hukukunun uygulanacağı (*lex loci protectionis*) öngörülmüştür. Fikrî mülkiyet hakkında ilk sahipliğin belirlenmesinde ise telif hakları bakımından bir ayrıma gidilerek en yakın ilişkili ülke hukukuna işaret edilmiş, bunun dışındaki haklar bakımından yine *lex loci protectionis* esası kabul edilmiştir. Hak ihlallerinde de korumanın arandığı ülkelerin hukuklarının uygulanacağı ifade edilmiştir (m. 25/1). Taraflara, tazminata uygulanacak hukuku seçme imkânı da tanınmıştır (m. 25/2).

Tazminat konusu bir yana, haklar bakımından herhangi bir ayrıma gidilmeden, her türlü fikrî mülkiyet hakkı için, gerek genel bağlama kuralında (m. 19) gerek hak ihlallerinde (m. 25) *lex loci protectionis* ile ülkeselliğin kabul edildiği görülmektedir. Böylece hakkın varlığı ve geçerliliği ile hakkın ihlaline ilişkin konular, aynı hukuka tabi tutulmuş olmaktadır.

Bununla birlikte, internet gibi araçlar kanalıyla aynı anda birden çok yerde gerçekleşen ihlaller hakkında tıpkı ALI ve CLIP İlkelerinde olduğu gibi ülkeselliğe istisna getirilerek en sıkı ilişki kriteri esas alınmıştır (m. 26). Devam eden fıkralarda en sıkı ilişkili ülkenin tespitinde dikkate alınacak bağlantılar tadadi olarak sayılmıştır.

3. İNTERNET YOLUYLA GERÇEKLEŞEN ULUSLARARASI MARKA İHLALLERİNİN ÜLKESELLİK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Marka haklarının ülkeselliği, hakkın yalnızca tescilli olduğu yer hukukuna göre korunmasına imkân verir. Ancak günümüzde bir ülkede tescilli hak, internet üzerinden tecavüze konu olduğunda internetin maddî sınırları kaldıran doğası, tecavüzün gerçekleştiği yerin tespitini neredeyse imkânsız hale getirmektedir. Bu tespitin zorluğuna karşı, konuya getirilecek yorumun önemi gün geçtikçe artmaktadır. Zira, burada getirilecek doğru bir yorum, internet üzerinden gerçekleşen marka hakkı ihlallerinde uygulanacak hukuk ve mahkemelerin yetkisine ilişkin kuralları şekillendirecektir.

3.1. İnternetin Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Önem Taşıyan Karakteristik Özellikleri

İnternetin fizikî dünyadan farklı karakteristik özellikleri nedeniyle, internet yoluyla yapılan iletişimin niteliği ve hukukî sonuçları da farklı olmaktadır. İnternetin başlıca karakteristik özellikleri arasında⁶³⁰; sınırlarının olmaması, coğrafi konumdan bağımsız olması, dil engelini bulunmaması⁶³¹, aynı anda birden fazla kişiye ulaşma imkanının bulunması⁶³², bilgiye erişimin yaygın ve kolay olması⁶³³, kullanım alanının yaygınlığı, merkezî bir otorite tarafından yönetilmemesi, coğrafi tanım ve işaretlerin sık kullanılmaması veya her zaman gerçeği yansıtmaması, etkileşimli ve tepkisel yapıda olması⁶³⁴, araçların önemli rol oynaması, taşınabilir niteliği ve yakınsama özelliği

⁶³⁰İnternetin karakteristik özellikleri ile ilgili bkz.:D. J. B. Svantesson (2016). *Private international law and the internet* (3. Bası). Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, s. 56 vd.

⁶³¹İnternet ortamındaki iletişimde online sözlükler ve çeviri araçları sayesinde dilden bağımsız bir iletişim sağlanabilmektedir. Bu özellik diğer iletişim yöntemlerinde bulunmaz. Bu durum da iletişimin sınır aşan yönünü destekler.

⁶³²Dünya çapında ağ (*world wide web*, WWW) yoluyla iletişimde tek kaynaktan birden fazla kişiye (*one-to-many*) veya birden fazla kaynaktan, birden fazla kişiye (*many-to-many*) ulaşmak mümkündür. Tek kaynaktan birden fazla kişiye ulaşmakta kullanılan ilk yöntem internettir denilemez. Televizyon (TV) ve radyo yayınları da sınır aşan ve coğrafyadan bağımsız iletişim araçlarıdır. Ancak internetin bu yöntemlerden farkı, sınırlamanın ve kontrolün daha güç ve hatta çoğu zaman imkânsız olmasıdır.

⁶³³Geleneksel TV ve radyo yayıncılığında kanallar aracılığıyla yayın yapılır. Bu durum yalnızca belli kişi ve grupların kitlelere ulaşabilmesine olanak sağlar. Oysa WWW’de sıradan kişiler, kitlelere ulaşarak bilgi paylaşımında bulunabilmektedir. Bilgi paylaşımının kolay olmasının bir sonucu olarak, bilginin tekrar paylaşımı da mümkündür (Svantesson, 2016, **a.g.k.**, 62 vd.).

⁶³⁴Diğer iletişim yöntemlerinin aksine, sunucu ve kullanıcının bilgi akışında karşılıklı ve anlık bir etkileşim söz konusudur. Örneğin bir internet kullanıcısı, bir web sitesine girmek istediğinde öncelikle adresini arar ve siteye girmek için tıklayarak bir talepte bulunur. Bu talepte bulunmadığı ve adresini aratarak web sitesine

sayılabilir. Bu özellikler ve teknik detayların her biri, internetin diğer iletişim araçlarından farklılaşmasına ve bu araç kullanılarak gerçekleşen işlemlerin ve eylemlerin farklı hukukî sonuçlar doğurmasına sebep olmaktadır⁶³⁵. Ancak bu özelliklerden bazıları milletlerarası özel hukuk bakımından özel önem teşkil etmektedir:

i. İnternette sınırlar yoktur. İnternet iletişimi ülkeler arasında serbestçe gerçekleşir. Fizikî dünyanın aksine internet dünyasındaki bu iletişimde sınır kontrolleri bulunmaz. Çin Halk Cumhuriyeti ve Suudi Arabistan gibi kimi ülkeler internet erişimine devlet kontrolü ile sınırlamalar getirmiştir⁶³⁶. Ancak internet iletişimi, bu gibi ülkeler dışında, yerli ve yabancı birden fazla sağlayıcı aracılığıyla yürütüldüğünden, sınırlanamaz yapıdadır.

ii. İnternet iletişimi coğrafi konumdan bağımsızdır. İnternet erişiminde mesafelerin önemi yoktur. Aynı ülkedeki bir kişiye e-posta yollamakla, dünyanın öbür ucundaki bir kişiye e-posta yollamak arasında fark yoktur. Anılan durum, internetin sınırları olmamasıyla da ilgilidir. Bununla birlikte coğrafi konum teknolojileri (*geo-location technologies*) uygulaması giderek yaygınlaşmaktadır⁶³⁷. Böylece internetin coğrafyadan bağımsızlığı azaltmaktadır. Yine Google ve Yandex gibi arama motorlarının kullanıcının coğrafi konumuna göre sonuçları filtreleyerek sunması da bu yapıyla çelişmektedir.

girmedigi sürece web sitesi ilgili kişiyle bilgi paylaşmaz. Söz konusu özellik, marka ihlallerinde uygulanacak hukuk ve yetkinin tespiti bakımından dolaylı olarak önem teşkil eder. Zira bu tepkisel yapı sayesinde farklı erişim talepleri ayırt edilebilir ve coğrafi lokasyon tespiti mümkün hale gelir. Diğer bir deyişle coğrafi konum tespitinde kullanılan teknolojiler için internetin tepkisel özelliği elzemdir (Svantesson, 2016, **a.g.k.**, 72).

⁶³⁵İnternet ortamında özel hukuk alanını ilgilendiren pek çok güncel konu son yıllarda tartışılmaya başlanmış ve kanun koyucuları yeni düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. Bunlardan en önemlilerinden birisi de kişisel verilerin korunmasıdır. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz.: E. Tekin (2021). *Milletlerarası özel hukukta kişilik haklarının internet yoluyla ihlalinde sorumluluk*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.

⁶³⁶Çin Halk Cumhuriyeti'nde dört kademeli bir internet yapısı vardır. Tabanda bulunan kullanıcılar (dördüncü kademe), internet servis sağlayıcıları (İSS) aracılığıyla (üçüncü kademe) internete bağlanırlar. İnternet servis sağlayıcıları ise bir "İnternet Erişim Sağlayıcısı"na (ikinci kademe) bağlanırlar. İnternet erişim sağlayıcılar (İES) gerçek anlamda fiziksel ağları yönetenlerdir. Son aşamada İES'LER Çin Devleti'nin ağ geçidine bağlanırlar (birinci kademe). Tüm bu kademelerden geçerek uluslararası internet erişimi sağlanmış olur. Normal internet erişiminden farklı olan bu yapıda kullanıcının yabancı bir İSS aracılığıyla sistemi atlatabilmesi mümkün değildir. Bu tip girişimler cezalandırılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz.: J. Zittrain, vd. (2005) *Internet filtering in china in 2004-2005: A country study*, <https://bit.ly/3gIvngj> (Erişim tarihi: 14.02.2022).

⁶³⁷Coğrafi konum (*geo-location*) teknolojileri ile ilgili detaylı bilgi için bkz.: Svantesson, 2016, **a.g.k.**, 521 vd.

iii. İnternette coğrafi tanımlamalar sınırlı kullanılır: Posta, telefon ve hatta TV, radyo yayıncılığı gibi iletişim yöntemlerinde iletişimin coğrafi kaynağını tespit etmek kolaydır. Örneğin posta yoluyla gönderilen mektupta adres, telefonda alan kodu iletişimin coğrafi kaynağını gösterir. Ancak internet iletişiminde coğrafi göstergeler her zaman bulunmaz, bulunduğu ise her zaman doğruyu göstermez. İnternet iletişiminde alan adı (*domain name*), IP adresi veya e-posta adresi coğrafi gösterge olarak kabul edilebilir. Kimi alan adlarının sonunda bir ülke kodu bulunabilir. Üst seviye alan adının (*top level domain- TLD*) ülke kodu olduğu durumlarda ilgili web sayfasının gösterilen ülkede bulunduğu anlaşılmalıdır. Örneğin “www.anadolu.edu.tr” adresinde, sonda bulunan “tr” ibaresi, bu web sitesinin Türkiye’de bulunduğuna işaret eder⁶³⁸. Ancak web sitelerinin bulundukları ülkeden farklı bir ülkenin kodunu kullanmaları yaygın bir uygulamadır. Yine ABD gibi pek çok ülke web siteleri, ülke kodu kullanmamakta, bunun yerine “org.”, “com.” gibi jenerik üst seviye alan adlarını (*generic-top-level domains*, gTLD) kullanmaktadır. E-posta yoluyla iletişimde de “hotmail.com”, “gmail.com” gibi adreslerle yollanan e-postalarda alıcının ve yollayanın coğrafi konumunu tespit etmek mümkün olmamaktadır. Günümüzde internet sunucularının yerini doğru olarak tespiti yarayan teknolojilerde önemli gelişmeler vardır ve giderek artan oranda uygulanmaktadırlar⁶³⁹. Ancak ilgili gelişmelere rağmen, e-posta adresleri ve alan adları, güvenilir coğrafi göstergeler olarak kabul edilemez. Bu durum, internet üzerinden yabancı ülke web siteleri aracılığıyla gerçekleşen marka tecavüzlerinde gerekli hukukî adımların atılmasını zorlaştırmaktadır.

iv. İnterneti yöneten merkezî bir kontrol otoritesi bulunmaz. Bunun yerine, kontrol büyük oranda araçlardadır. İnternet, yapısı itibarıyla merkezi bir otorite tarafından yönetilmez⁶⁴⁰. Devletler kendi ülkelerinde; sosyal medya siteleri, kullanıcılarının paylaşımları üzerinde veya internet servis

⁶³⁸Ülkeleri gösteren bu kodlar, “ülke kodu üst seviye alan adı” (*country-code-top-level-domain*, ccTLD) olarak adlandırılmaktadır. Üst düzey alan adları, ISO3166 uluslararası standardına dayanır. (Svantesson, 2016, a.g.k., 67).

⁶³⁹İnternet üzerinde kullanıcının, sunucunun ve araçların coğrafi konumunun tespit edilmesinde kullanılan yöntemlerle ilgili bkz.: Svantesson (2016), a.g.k., 521 vd. Ayrıca telefon üzerinden kullanılan uygulamalarla internete erişilmesi durumunda “küresel konumlama sistemi” (*global positioning system*, GPS) yoluyla, kullanıcının konumunu tespit etmek mümkün olduğu da akılda bulundurulmalıdır.

⁶⁴⁰Svantesson, 2016, a.g.k., 74 vd.

sağlayıcılar, kullanıcılar üzerinde bir denetim uygulayabilir. Ancak dünya genelinde tüm internetin işleyişini yöneten ve müdahale eden bir merkezî otorite bulunmamaktadır. Bu durum alınan kararların farklı ülkelerde tanınması ve uygulanmasını da etkiler⁶⁴¹.

En önemli denetim ve müdahale vasıtası “aracılar”dır (*intermediaries*) . “İnternet aracıları” (*internet intermediaries*) kavramı, genel olarak internet üzerinde üçüncü kişiler arasındaki iletişime ve işlemlere imkân sağlayan hizmet sağlayıcılarını tanımlamakta kullanılır⁶⁴². Bu araçlar OECD tarafından; internet servis sağlayıcıları (*internet service providers*, İSS)⁶⁴³, yer sağlayıcılar (*hosting providers*), arama motorları (*search engines*), e-ticaret aracıları⁶⁴⁴, ödeme aracıları (*payment intermediaries*)⁶⁴⁵ ve katılımcı ağ platformları⁶⁴⁶ (*participative network platforms*) şeklinde sayılmıştır⁶⁴⁷.

Aracıların temel hizmetlerine paralel olarak yürüttüğü ve aracı niteliğini aşan diğer bazı işlemleri de olabilir. Örneğin kullanıcılar tarafından paylaşılan içeriğin sınıflandırılması ve sınırlandırılması buna en önemli örnektir. Çoğunlukla algoritmalar kullanılarak yapılan bu işlemler, ifade özgürlüğü, kamu düzeni ve

⁶⁴¹Svantesson, 2016, a.g.k., 81.

⁶⁴²Avrupa Konseyi ve OECD’nin internet aracısı tanımları için bkz.: Council of Europe, *Internet intermediaries, Recommendation CM/Rec (2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries*, <https://bit.ly/3LJ9zzk> (Erişim tarihi: 18.2.2022); OECD (2010) *The economic and social role of internet intermediaries*, Nisan 2010, <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/44949023.pdf>, (Erişim tarihi: 18.2.2022).

⁶⁴³İnternet servis sağlayıcılar, fizikî altyapıları sayesinde ücret karşılığında gerçek ve tüzel kişilere internet erişimi sağlayan araçlardır. Bunlara örnek olarak, *Türk Telekom*, *Vodafone* ve *Türknet* örnek gösterilebilir (OECD, 2010, a.g.k., 11). “İnternet servis sağlayıcısı” kavramı 2000/31 sayılı Avrupa Konseyi Elektronik Ticaret Direktifi’nde daha geniş tanımlanmıştır. Direktif’in “Tanımlar” başlıklı 2’nci maddesinin b bendinde servis sağlayıcı, “bilgi toplumuna hizmeti sağlayan her türlü gerçek ve tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Bkz.: Eur-lex europa, *legal-content*, <https://bit.ly/3M3Avdk> (Erişim tarihi: 28.02.2022).

⁶⁴⁴E-ticaret aracıları alıcı ve satıcı/sağlayıcılar arasında ticarî işlemler yapılmasına imkân veren araçlardır. Örneğin; *Hepsiburada*, *Trendyol*, *e-bay* ve *Alibaba* e-ticaret araçlarındandır. Detaylı bilgi için bkz.: OECD, 2010, a.g.k., 12-13.

⁶⁴⁵Bunlar bir banka hesabına bağlı olabileceği gibi (*Visa*, *Mastercard* gibi); doğrudan bir banka hesabına bağlı olmayan ve banka dışı kurumlar tarafından yönetilen sistemler (*Paypal* gibi) olabilir. Tanım ve detaylı bilgi için bkz.: OECD, 2010, a.g.k., 13.

⁶⁴⁶Kullanıcıların içerikleriyle gelişen bu platformların en bilinen örnekleri; *Youtube*, *Wikipedia*, *Twitter* gibi sosyal medya platformlarıdır. Sosyal medya platformları dışında bilgisayar oyunu ve moda gibi farklı içeriklerde platformlar da bulunmaktadır (OECD, 2010, a.g.k., 14).

⁶⁴⁷İnternet araçılarının tanımı ve işlevleriyle ilgili bkz.: OECD, *The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives, Executive summary*, <https://bit.ly/3sPro7i> (Erişim tarihi: 18.02.2022).

güvenliği ile hak ihlalleri ekseninde çokça tartışmaya yol açmaktadır⁶⁴⁸. Bunun yanında araçların yayımcılara benzer eylemleri de olabilmektedir ve bu durum özellikle araçların hukukî sorumluluğunun tespiti noktasında oldukça önemlidir⁶⁴⁹.

Araçlar, internette bilginin paylaşılması, toplanması, kaldırılması ve sınırlandırılmasında söz sahibidir⁶⁵⁰. İnternetteki içeriğin sınırlandırılması veya kaldırılmasındaki rolleri, marka ihlallerinde tecavüz teşkil eden içeriğe yönelik tedbirler ve mahkeme kararlarının uygulanması bakımından özellikle önem teşkil eder. Bu konuda genel kabul gören OECD'nin 2010 tarihli çalışmasında ortaya çıkan sonuç; internet araçlarının içeriği engelleme/kaldırma imkanları bulunmasının, bunun kendilerinden istenmesini haklı kılmayacağıdır⁶⁵¹.

v. İnternet taşınabilirlik. Tanımlaması ve anlaşılması zor bu özellik, milletlerarası özel hukuk bakımından belki de en önemli problem kaynağıdır. Telefon ve posta gibi diğer iletişim yöntemlerinde de taşınabilirlik vardır. Ancak WWW'de taşınabilirlik üst boyuta geçmiştir. Tek bir web sayfasına dünyanın farklı yerlerindeki pek çok farklı sunucudan (server) ulaşabilmek mümkündür. Ortalama bir web kullanıcısının eriştiği web sayfasının coğrafi konumunu bilebi lmesi çoğunlukla mümkün değildir. Kullanıcının gördüğü “alan adı” (domain name) değil, alan adının bağlı olduğu “internet protokol adresi”

⁶⁴⁸Avrupa Konseyi'nin internet araçlarının hukukî niteliği ve sorumluluğu ile ilgili tavsiye kararı için bkz.: Council of Europe, Internet intermediaries, *Recommendation CM/Rec (2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries* <https://bit.ly/3LJ9zzk> (Erişim tarihi: 18.02.2022).

⁶⁴⁹Konuyla ilgili güncel bir tartışma Google ve Facebook gibi araçların, farklı kaynaklardan haber başlıklarını bağlantı olarak kullanıcılarına sunduklarında, haberin asıl kaynağı olan yayıncılara telif ödemelerine ilişkindir. Burada araçlar, farklı kaynaklardan aldıkları haberleri kullanıcılarına sunarken yayıncı gibi davranmakta ancak haberin yayıncısı olmadıklarından hukukî sorumluluktan kurtulmaktadırlar. Bunun yanında reklam gelirlerine katkı sağlayan bu haberleri kullanırken, kaynak yayıncılara herhangi bir telif de ödememektedir. Özellikle sürekli yayın yapan yerel basından gelen yoğun şikayetler sonrası, yerel yayıncıları korumak adına ABD'de bu tip araçlar (haber toplayıcı- news aggregator) hukukî sorumluluğuyla ilgili bir çalışma başlatılmıştır. Google ve Facebook başta olmak üzere büyük haber toplayıcılar, ifade özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle bu çalışmadaki sonuçlara karşı çıkmaktadır. ABD Senatosu yerel yayıncı haklarının korunması sağlanana dek, geçiş döneminde müzakereleri teşvik etmek adına bir bildiri yayımlamıştır. Bildiri için bkz.: News Media Alliance, s. 673, <https://bit.ly/3v4RC8z>, (Erişim tarihi: 18.02.2022). Ancak güncel sosyal ve teknolojik gelişmelerin yerel haber kaynaklarına doğrudan erişim talebini azalttığı ve dolayısıyla yerel yayıncılara telif ödenmesinin bu durumu çözmeyeceği görüşündeyiz. Hele ki bağlayıcılığı ve yaptırımı olmayan bir tavsiye kararının bu problemi çözmesi ve yerel yayıncıları çöküşten kurtarması naif bir beklentiden öteye geçmemektedir.

⁶⁵⁰OECD, 2010, **a.g.k.**, 15.

⁶⁵¹Yine Avrupa Konseyi'nin internet araçlarının rolü ve sorumluluğuyla ilgili tavsiye kararı da bu konuda önemli bir kaynak olduğu unutulmamalıdır (Council of Europe, *internet intermediaries*, <https://bit.ly/3LJ9zzk> (Erişim tarihi: 18.2.2022)).

(*internet protocol adress, IP adress* veya IP)⁶⁵² coğrafi konumu tespiti yarar⁶⁵³. Günümüzde özellikle web sitelerine daha hızlı erişim sağlanması ve tıkanıklıkların önlenmesi adına bir alan adı, birden fazla IP adresine bağlanmaktadır⁶⁵⁴. Bir alan adının birden fazla IP adresi ile bağlantılı olması halinde ise coğrafi konumun tespiti güçleşir. Örneğin, kullanıcı belli bir URL⁶⁵⁵ (ile Türkiye’deki bir web sayfasına girer. İkinci kez aynı URL ile web sayfasına girdiğinde ise aynı sayfa Hindistan’daki bir sunucudan erişiliyor olabilir. Buna benzer olarak bir web sayfası birden fazla ülkeye de yayılmış olabilir. Örneğin, web sitesinin metinleri Amerika’daki bir sunucuda, görseller ise Meksika’daki bir sunucuda tutuluyor olabilir. Bu gibi hallerde sunucunun coğrafi konumu birden fazla ülkeyle ilişkili hale gelmektedir. Ayrıca farklı web şirketlerine fiziki olanaklar sağlayarak hizmet veren “sunucu çiftlikleri” (*server farms*) ve bulut (*cloud*) sistemlerinin kullanımında da coğrafi konumun tespitiyle ilgili özellikli durumlar ortaya çıkmaktadır⁶⁵⁶. Görüldüğü üzere internetin “taşınabilir” özelliği, sunucunun konumuna dayanılarak uygulanacak hukuk ve yetki tespit edileceği için özel bir önem taşımaktadır⁶⁵⁷.

Sonuç olarak internetin sınırları olmayan yapısı, iletişimin coğrafi konumdan bağımsız olarak yürütülebilmesi, interneti yöneten merkezî bir otoritenin bulunmaması ve araçların işleyişteki kilit rolü, milletlerarası özel hukuk bakımından altı çizilmesi gereken özelliklerdir. Bunlar içinde internetin diğer iletişim yöntemlerine kıyasla bir üst boyuta geçen taşınabilir niteliği, internet yoluyla işlenen marka hakkı ihlallerinde, konudan bağımsız gözükten ülkeleri dahi uyumsuzlukla ilgili hale getirebildiğinden, özel önem arz eder. İnternette coğrafi konum tespitini sağlayan yöntemler sayesinde

⁶⁵²İnternetteki her noda bir IP adresi atanır. Bu IP adresi statik olabileceği gibi değişken de olabilir. Örneğin kullanıcılar aynı URL ile web sayfasına girdiğinde IP adresi statikse her seferinde aynı IP adresine yönlendirilirler. IP adresi değişken ise aynı URL ile sayfaya her girişte farklı bir IP adresi atanır (Svantesson, 2016, **a.g.k.**, 64).

⁶⁵³Kavramlarla ve sistemin işleyişiyle ilgili detaylı bilgi için bkz.: Svantesson (2016), **a.g.k.**, 64 vd.

⁶⁵⁴Svantesson, 2016, **a.g.k.**, 64.

⁶⁵⁵*Uniform Resource Locator* (Standart Kaynak Bulucu) internetteki kaynakların adreslerini ifade eden bir tanımdır. Bu kaynak bir web sitesi, bir grafik, doküman dosyası veya uygulama programına ait olabilir. Gerçek hayattaki ev adresleri gibi internetteki bu kaynaklara da her birine özgü bir URL ile erişilir. URL’ler, “http: //” veya “https: //” ile başlayan, “www” ve sonrasında web sitesi adıyla devam eden adreslerden oluşur. Bunların ardından dosya uzantıları da gelebilir. Bkz.: Britannica, <https://www.britannica.com/technology/URL> (Erişim tarihi: 21.10.2022).

⁶⁵⁶Svantesson, 2016, **a.g.k.**, 65-66.

⁶⁵⁷Svantesson, 2016, **a.g.k.**, 66.

taşınabilirlik özelliğinin getirdiği belirsizlik büyük oranda aşılabilmektedir. Ancak gelişen teknolojinin coğrafi konumu gizlemek için de kullanılabilirdiği unutulmamalıdır. İnternet iletişimini yöneten uluslararası düzeyde merkezî bir otorite eksikliği de bir diğer önemli problem kaynağıdır. Devletler ve araçların aldığı kararların yabancı ülkelerde tanınması ve icrasında da güçlükler doğmaktadır⁶⁵⁸.

3.2. Uygulanacak Hukuk

İnternet üzerinden gerçekleşen marka ihlallerinde uygulanacak hukuk problemi teknik detaylar düşünüldüğünde içinden çıkılmaz bir hal alabilir. Örneğin, Türkiye’de bir online pazar yerinde⁶⁵⁹, İngiltere’de tescilli bir markanın, sahte markalı malları, Almanya’da bulunan bir işletme tarafından satılıyor olsun. Bu durumda satıcının sorumluluğu ve Pazar yerinin tâli sorumluluğunun tespiti bir yana, yalnızca uygulanacak hukukun tespiti bile sınırsız ihtimali gündeme getirebilir. Ürünlerin satışa sunulduğu web sitesinin bulunduğu Türkiye veya satıcının ülkesi Almanya yanında, ürünlerin satıldığı sayısız ülke de uyuşmazlıkla ilgili hale gelmektedir. Kaldı ki web sitesinin birden fazla IP adresi ile ilişkili olması durumunda sayılan ülkeler dışında farklı ülkeler de uyuşmazlıkla ilgili hale gelebilir⁶⁶⁰. Bu gibi karmaşık bir problemin çözümü esasen temel bir soruyla ilişkilidir: Haksız fiil teşkil eden eylem ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması durumunda haksız fiil nerede gerçekleşmiştir?

Zararın, haksız fiilden farklı bir ülkede ortaya çıktığı durumlarda bu iki yer arasında bir seçim yapmak gerekir. Bu halde genel yaklaşım, zararın ortaya çıktığı yer hukukunu uygulamak yönündedir⁶⁶¹. Ancak internet söz konusu olduğunda zarar yeri çoğu zaman birden fazladır. Bu nedenle eylemin gerçekleştiği yeri (kaynak yeri) tercih etmek daha

⁶⁵⁸Svantesson, 2016, **a.g.k.**, 81.

⁶⁵⁹Online pazar yerleri, farklı satıcılardan alışverişe imkân sağlayan web siteleri veya uygulamaların genel adıdır. Online pazar yerlerinin genel olarak kendilerine ait bir mal stoğu yoktur. Bunlar, farklı satıcıların stoklarını alıcılara sunarak, satış işlemlerine aracılık ederler. Günümüzde üç çeşit pazar yeri bulunmaktadır: Yatay, dikey ve küresel. “Yatay pazar yeri”, benzer karakterdeki farklı ürünleri satar. Örneğin muhafazakâr giyim markalarına ait ürünleri satan Modanisa, bir yatay pazaryeridir. “Dikey pazaryeri”, aynı türden ürünleri farklı satıcılarla sunar. Örneğin, yalnızca takı satışı yapan bir web sitesi bu türdendir. “Küresel pazaryeri” ise farklı satıcılarla, her çeşit ürünü sunar. *Ebay*, *Amazon* ve *Trendyol* küresel pazaryerlerine örnektir. Detaylı açıklamalar için bkz.: R. Kestenbaum (2017). What are online marketplaces and what is their future? *Forbes*, April 26, 2017. <https://bit.ly/3exHo7X> (Erişim tarihi: 10.05.2021).

⁶⁶⁰URL’nin birden fazla IP adresi ve dolayısıyla birden fazla coğrafi konumla ilişkilendirilebilmesiyle ilgili bkz.: İkinci Bölüm, “3.1. İnternetin Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Önem Taşıyan Karakteristik Özellikleri”

⁶⁶¹Bkz.: MÖHUK m. 34/2; Roma II Tüzüğü m. 4/1.

makul bir çözüm olarak görülebilir⁶⁶². Eylemin gerçekleştiği yer tercih edildiğinde ilişkinin parçalanması ve ilgili tüm hukukların uygulanması yerine; tek bir hukuk, sınır aşan şekilde uygulanacaktır⁶⁶³.

Ancak günümüz teknolojik imkanlarıyla internet üzerinde eylemin gerçekleştiği yerin manipüle edilmesi oldukça kolaydır. Örneğin tek bir URL'ye sahip web sitesine her girişte farklı bir ülkedeki IP adresi ile bağlantı kuruluyor olabilir. Bu her zaman kötü niyetle değil, web sayfasına erişimde tıkanmaların önüne geçmek gibi teknik gereklilikler nedeniyle de yapılmaktadır⁶⁶⁴. Eylemin gerçekleştiği yer hukuku tercih edildiği takdirde; bu faaliyetlerin, marka hakkının korunmadığı devletlerde yoğunlaşma riski vardır⁶⁶⁵. Verilen örnekte web sitesi fikrî mülkiyet haklarının yüksek standartlarda korunduğu bir ülkede olsa dahi; bağlantılı olduğu IP adresi daha düşük standartlarda koruma sağlayan başka bir ülkeyi işaret edebilir. Nitekim Avrupa Adalet Divanı da 2011 tarihli *L'Oréal SA v. eBay International AG* kararında bu riske dikkat çekmiş ve kaynak yeri kuralını reddetmiştir⁶⁶⁶.

ABAD söz konusu kararda, online pazaryerinin -AB üyesi olmayan- üçüncü bir ülkeyi satışa davet ile hedef alması durumunda AB marka düzenlemelerinin uygulanamayacağına karar vermiştir. Aksi ihtimalde, yani üçüncü ülkeden Avrupa'daki tüketicilere yönelik satışlarda, AB marka düzenlemelerine uyma zorunluluğu da olmayacaktır. Bu gibi bir durum ise AB marka düzenlemelerinin etkinliğini ortadan kaldıracaktır. İlgili karardan da anlaşılacağı üzere, internet üzerinden gerçekleşen marka ihlallerinde kaynak yeri kuralı -diğer deyişle haksız fiil teşkil eden eylemin gerçekleştiği yer- kabul görmemiştir. Marka düzenlemelerinin etkinliğinin sağlanabilmesi için kaynak yeri kuralının reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁶⁷.

⁶⁶²Bu çözüm doktrinde “kaynak yeri kuralı” (*place of emission rule*) olarak adlandırılmıştır.

⁶⁶³Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 563.

⁶⁶⁴Svantesson, 2016, **a.g.k.**,

⁶⁶⁵*Off-shore* hesapların yoğunlaştığı -Cayman Adaları, Panama, vd.- vergi cenneti olarak tabir edilen devletler gibi, fikrî mülkiyet korumasının zayıf olduğu ülkelerde de sahtecilik ve hak ihlali teşkil eden diğer eylemler yoğunlaşacaktır (Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 563).

⁶⁶⁶*L'Oréal SA v. eBay Int'l AG*, 2011 E.C.R. I-06011. (Kaynak: EUR-Lex.) Kararla ilgili detaylı inceleme için bkz.: Columbia University, *Global Freedom of Expression*, <https://bit.ly/3qrRay7> (Erişim tarihi: 22.03.2022).

⁶⁶⁷Amerikan hukukunda telif haklarının ihlali bakımından kaynak yeri kuralı kabul edilmiştir. Ancak tecavüzü gerçekleştirenler, sunucularını kolaylıkla değiştirerek Amerikan hukukunu etkisiz hale getirebilmektedir. Bu konuda Treppoz, Avrupa'daki “eylemin etkisinin meydana geldiği yer” yaklaşımının Amerikan hukukunda da uygulanmasını önermiştir (Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 564).

İnternet üzerinden gerçekleşen uluslararası marka ihlallerinde haksız fiilin gerçekleştiği yer hukuku reddedildiği takdirde, ikinci ihtimal; zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasıdır. Ancak internet üzerinden gerçekleşen ihlallerde zararın meydana geldiği yer çoğu zaman birden fazla olduğundan, bu tespiti yapmak dikkatli bir tahkik gerektirir. Zararın meydana geldiği yerin tespiti için “teknik” ve “hukukî” olmak üzere iki yaklaşım bulunur⁶⁶⁸.

Teknik yaklaşım, ihlalin gerçekleştiği web sitesine ulaşılabilen her yeri, zararın meydana geldiği yer olarak kabul eder. Zira bu web sitesine erişilebilen her ülkede ilgili hak ihlal edilmiştir. Ancak örneğin tamamen Çince içerikli ve ağırlıklı olarak Uzak Doğu ülkelerine satış yapan bir web sayfasına Türkiye’den de erişilebildiği için burada da bir zarar meydana geldiğinin kabulü, makul sonuçlar doğurmaz⁶⁶⁹. Bu durum internetin ve e-ticaretin mantığı ve yapısıyla da çelişir. Bu sebeple hukukî yaklaşım, web sitesine ulaşılabilen her ülkeyi değil, ilgili web sitesinin hedeflediği ülkeleri dikkate alır.

Hukukî yaklaşıma göre bir ülkede ihlalden söz edilebilmesi için, web sitesinin ilgili ülkeyi ticarî olarak hedef alması gerekir⁶⁷⁰. Bu yaklaşım WIPO’nun 2001 yılında yayımladığı Ortak Tavsiye Kararı’nda, özellikle uygulanacak hukuk bakımından savunulmuştur⁶⁷¹. ABAD da, daha önce bahsi geçen *L’Oréal* kararında, hedef ülke yaklaşımını benimsemiş ve aynı yaklaşımı 2012 tarihli *Football Dataco* kararında da sürdürmüştür⁶⁷². Hukukî yaklaşım Amerikan mahkemeleri tarafından da

⁶⁶⁸Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 565.

⁶⁶⁹Bununla birlikte daha önce bahsedilen internetin coğrafi konumdan ve dil engellerinden bağımsız yapısı bu savı zayıflatmış görüşündeyiz. Zira internet içeriğinde anlık çeviriye imkân veren teknolojiler sayesinde her dilden web sayfasına ve -istisnalar dışında- coğrafi konumdan bağımsız olarak dünyanın herhangi bir yerindeki web içeriklerine ulaşılabilen, *Visa*, *Mastercard*, *Paypal* gibi ödeme araçlarıyla rahatça ödeme yapabilmektedir. Böyle bir ortamda bir web sitesine erişimde dünyanın herhangi bir yerindeki kullanıcı ile aynı web sitesinin hedeflediği ülkedeki kullanıcılar arasındaki fark kaybolmaktadır. Diğer deyişle hedef, bu siteye erişilebilen her yer olmaktadır.

⁶⁷⁰Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 565.

⁶⁷¹WIPO’nun 2001 yılında kabul edilerek 2002 yılında yayımlanan Tavsiye Kararı’nda yer alan hükümlerin amacı; markalarını internette kullanmak isteyen ve elektronik ticaretin gelişmesine katkı sağlayan kişilere bir hukuki çerçeve sunmaktır. Tavsiye Kararının markalara -ve işaretlerle gösterilen diğer sınai mülkiyet haklarına- ilişkin mevcut yasaların uygulanmasını kolaylaştırma amacı taşıdığı ifade edilmiştir. Markaların ve İşaretle Gösterilen Diğer Sınai Mülkiyet Haklarının İnternette Korunmasına İlişkin Hükümlere Dair Ortak Tavsiye Kararı için bkz.: WIPO, *Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet* <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=345> (Erişim tarihi: 10.06.2021).

⁶⁷²*Football Dataco Ltd and Others v Sportradar GmbH and Sportradar AG.*, C-173/11, 2012 (Kaynak: EUR-Lex.)

benimsenmiştir⁶⁷³. Yurt dışında gerçekleşen eylemlerle Amerikan marka haklarının ihlalinde hak sahipleri *Lanham Act* korumasına başvurmak istemektedirler. *Mc Bee v. Delica* kararı bunun en açık örneğidir⁶⁷⁴. Karara konu uyuşmazlıkta Amerikalı jazz sanatçısı *Cecile McBee*, Japonya’da *Delica* tarafından isminin bir giyim markası olarak kullanılması ve internetten satışına karşı koruma talep etmiştir. *McBee, Bulova* kararına dayanarak, *Lanham Act*’in sınır-aşan şekilde uygulanmasını talep etmiştir. Konuyla ilgili olarak Birinci Bölge Yüksek Mahkemesi ilgili web sitesine Amerika’dan erişilebilmesini tek başına *Lanham Act*’i uygulamak için yeterli bulmamış ve erişimi esas alan teknik yaklaşımın internetin doğasına aykırı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme *forum* hukukunun uygulanabilmesi için ilgili web sitesine erişimin yeterli olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, erişilebilirlik yanında; ilgili siteden sipariş vermeyi sağlayacak olanaklar gibi destekleyici başka unsurların da olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu kararla mahkeme, salt web sitesine erişilebilirliği değil; ilgili web sitesinin Amerikan piyasasını hedef almasını dikkate almıştır.

Görüldüğü üzere, internet yoluyla işlenen marka hakkı ihlallerinde gerek WIPO’nun tavsiye kararı gerek ABAD kararlarında “kaynak yeri kuralı” reddedilmiştir. Zararın meydana geldiği yerin tespitinde ise genel anlamda bu web sayfasına ulaşılabilen her yer değil; ilgili web sayfasının hedeflediği ülkeler bağlama noktası kabul edilmiş ve bu sayede olayla bağlantılı hukuklar sınırlandırılmıştır. Ancak, bu durumda dahi e-ticaret platformları üzerinden pek çok ülkeye satış yapanların ve hatta ikincil sorumluluk bakımından bu platformların da hedefledikleri ülke hukuklarının tamamını dikkate almaları gerekmektedir⁶⁷⁵. Söz konusu durum da internet üzerinden gerçekleşen marka hakkı ihlallerinde ülkesellik prensibinin devam ettirildiğini göstermektedir⁶⁷⁶.

Mutlak ülkesel yaklaşım internet üzerinden işlenen fikrî mülkiyet hakkı ihlallerinde pratik olmayan sonuçlar doğurur ve internetin yapısıyla da bağdaşmaz. Bu nedenle

⁶⁷³Yurtdışında gerçekleşen eylemlerle Amerikan marka haklarının ihlalinde hak sahipleri *Lanham Act*’in sınır-aşan etkisine başvurmak istemektedirler. Ancak bu durumda mahkemeler ihlalin Amerika’da önemli bir etki doğurmasını aramaktadır.

⁶⁷⁴*Mc Bee v. Delica Co., Ltd.* 417 F.3d 107 (Kaynak: Casetext)

⁶⁷⁵Hedeflenen tüm ülke hukuklarına uyulması gerekliliği, özellikle tüm dünyaya satış yapan Amazon, Alibaba, E-bay gibi platformlar bakımından önem arz eder. Bu platformların haksız fiilin aslı veya tali faili olması fark etmeksizin, her durumda hedeflenen tüm ülke hukuklarına uygun hareket etmeleri gerekir. Bu zorluğun önüne geçmek için bu tip platformların hizmetlerine erişimi coğrafi olarak sınırlandırdığı görülmektedir. Bu esasen farklı ülkelerde e-ticaret mevzuatının getirdiği yükümlülüklerin farklı olmasıyla da ilgilidir.

⁶⁷⁶Treppoz, 2014, a.g.k., 566.

internete ulaşılabilen her yer değil, hedef ülke hukukları dikkate alınarak uygulanacak hukukların sınırlandırılması sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak bu yaklaşım da yeterli görülmeyerek konuyla ilgili uluslararası kuruluşların tavsiye ilkelerinde; internet kanalıyla aynı anda birden çok yerde işlenen fikrî mülkiyet hakkı ihlallerinin tek bir hukuka tabi tutulmaya çalışıldığı görülür⁶⁷⁷. Bu amaçla ALI ilkeleri (§ 321), CLIP İlkeleri (m. 3:603) ve Kyoto İlkelerinde (m. 26) en sıkı ilişki kriteri kabul edilmiştir. Her üç metinde de internet kanalıyla birden çok yerde etki doğuran bir fikrî mülkiyet hakkı ihlalinde, uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanması öngörülmüştür. En sıkı ilişkili ülke hukukunun tespitinde dikkate alınabilecek kriterlerin tahdidi sayılmamış olması bu konuda hâkime geniş bir takdir yetkisi verildiğini göstermektedir. Hâkime tanınan geniş takdir yetkisi ise uyuşmazlığın parçalamaya konu olmadan, bütün olarak tek hukuka tabi tutulmak istendiğini göstermektedir.

Haksız fiil boyutundan bakıldığında, en sıkı ilişkili hukukun uygulanması birden fazla yerde etki doğuran haksız fiiller bakımından da önerilen bir yaklaşımdır⁶⁷⁸. Nitekim haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m. 34/3'te de yer alan "*Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde bu ülke hukuku uygulanır.*" hükmü de bunu göstermektedir. Dolayısıyla fikrî mülkiyet ihlallerindeki ülkeselliğin elverdiği ölçüde en sıkı ilişkili hukuk kriteri hukukumuzda da benimsenmelidir. Bu sayede fikrî mülkiyet hakkı ihlallerinde ülkeselliğin sebep olduğu parçalanmanın önüne geçilebilecektir. Burada dikkate alınacak kriterler, ALI, CLIP ve Kyoto İlkeleri dikkate alınarak tadadi şekilde belirlenebilir.

3.2.1. Aracı hizmet sağlayıcıların marka ihlallerinden sorumluluğu ve uygulanacak hukukun tespiti

Marka hakkının internet kanalıyla ihlalinin, uygulamada çoğu zaman aracı hizmet sağlayıcılar (*intermediary service provider*) kanalıyla gerçekleştiği görülmektedir. Marka hakkını ihlal eden ürünler, elektronik ticaretin sağladığı imkanlarla ve aracı hizmet sağlayıcılar kanalıyla hızlı bir şekilde ve farklı ülkelerde çok geniş kitlelere ulaşmakta, bu durum da kontrolü zorlaştırmaktadır. Örneğin, Çin'de işletmesi bulunan (A), (X) e-ticaret platformu kanalıyla sahte markalı malları Türkiye'ye ve dünyanın farklı ülkelerine satıyor olabilir. (A)'nın sorumluluğuna uygulanacak hukuk yanında bir diğer önemli konu

⁶⁷⁷Treppoz, 2014, a.g.k., 568.

⁶⁷⁸Doğan, 2022, a.g.k. 438.

(X) platformunun sorumluluğunun doğup doğmadığıdır. (A)'nın kısıtlı imkanlarıyla bu ihlali tüm dünyada gerçekleştirmesi oldukça zorken, (X)'in sağladığı imkanlarla pek çok ülkeden binlerce tüketiciye ulaşmakta dolayısıyla ihlalin boyutu genişlemektedir. (X)'in satışların tarafı olmadığı gerekçesiyle marka hakkının ihlalinde sorumluluğu olmadığını iddia etmek, satıştaki önemli rolü düşünüldüğünde, hakkaniyete uygun değildir. Bu nedenle farklı hukuklarda aracı hizmet sağlayıcıların bu konuda uyması gereken yükümlülükler öngörülmüştür. Nitekim söz konusu platformlar yoluyla gerçekleşen ihlallerde çoğu zaman satıcıların değil, platformun hukukî sorumluluğuna gidildiği görülmektedir.

İnternet kanalıyla gerçekleşen marka hakkı ihlallerinde, aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğu konusunda farklı yaklaşımlar savunulmuştur. Konuyla ilgili temel mesele, aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğunun asıl ihlalle bağlantılı mı yoksa tamamen bağımsız bir haksız fiil olarak mı ele alınması gerektiğidir⁶⁷⁹. Bu tespit esasen vasıflandırmayla ilgili bir konudur. Öğretide bir görüş, aracı hizmet sağlayıcının eyleminin, asıl ihlal eylemine bağlı değil, ayrı bir haksız fiil olarak ele alınması gerektiğini ve ayrı bir bağlama kuralına tâbi tutulması gerektiğini savunmuştur⁶⁸⁰. Bahsi geçen yaklaşım, aracı hizmet sağlayıcılar lehine olacağından serbest ticaret ortamının ilerlemesi yönünde katkı sağlayacak ancak fikrî mülkiyetin korunması aleyhinde olacaktır⁶⁸¹. Söz konusu görüş, çifte vasıflandırmaya sebep olması, birbiriyle bağlantılı iki konuyu farklı hukuklara tâbi tutarak uyumsuzluğu parçalaması ve en önemlisi aracı hizmet sağlayıcıların güvenli limanlara sığınmasına sebep olması nedeniyle

⁶⁷⁹G. Dinwoodie, R. Dreyfuss and A. Kur (2011). The law applicable to secondary liability in intellectual property cases. *New york university journal of international law and politics*, Vol. 42, 216 vd. Amerikan mahkemeleri aracı hizmet sağlayıcıların marka ihlallerinden sorumluluğunu değerlendirirken başlangıçta doğrudan marka ihlalinin şartlarını incelese derlerken süreçte bu kafa karışıklığının ortadan kalktığı görülür. Amerikan mahkemeleri sonraki kararlarında aracı hizmet sağlayıcıların ve diğer online aktörlerin marka ihlalinin sorumluluğunu tâli ihlal olarak kabul ederek farklı kriterler geliştirmişlerdir. Detaylı bilgi ve *common law* hukukunda aracı hizmet sağlayıcıların marka ihlallerinden sorumluluğunun gelişimi için bkz.: S. Dogan (2020). *Secondary liability for trademark infringement: The cambridge handbook of international and comparative trademark law* (Ed. I. Calboli and J. C. Ginsburg). Cornwall: Cambridge University Press, s. 520-521 vd.

⁶⁸⁰Dinwoodie, Dreyfuss and Kur, 2011, **a.g.k.**, 224.

⁶⁸¹Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 570; Dinwoodie, Dreyfuss and Kur, 2011, **a.g.k.**, 224. Bu yaklaşım CLIP İlkelerinde de benimsenmiş ve aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğu bakımından faaliyetlerinin yoğunlaştığı yer hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir (CLIP İlkeleri m. 3:604-2). Bir örnek üzerinden açıklanacak olursa, *e-bay* üzerinden Türkiye’de tescilli (A) markasının taklit ürünlerinin Avrupa’da farklı ülkelere satıldığını düşünelim. (A) markası sahibinin *e-bay*’e açacağı davada uygulanacak hukuk *e-bay*’in faaliyet merkezi olan ABD hukuku olacaktır. Marka hakkı sahibinin asıl satıcıya karşı açacağı davada ise uygulanacak hukuk m. 3:603 gereği ihlalle en sıkı ilişkili ülke hukuku olacaktır. Bu ise aktivitelerin yoğunlaştığı AB hukuklarından birisi olabilir.

eleştirilmiştir⁶⁸². Diğer bir görüş ise aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğunu tali bir sorumluluk olarak ele almayı ve asıl ihlale uygulanan bağlama kuralına tâbi tutmayı savunmuştur⁶⁸³. Bu yaklaşım, asli ve tali sorumluluğu aynı hukuka tabi tutması ve parçalanmayı önlemesi ve hak sahipleri bakımından sağladığı kolaylık nedeniyle benimsenmiştir⁶⁸⁴. Bahsi geçen yaklaşım, fikrî mülkiyet haklarının korunması lehine olmakla birlikte, serbest ticaret bakımından olumsuz kabul edilmiştir⁶⁸⁵. Her iki görüşün olumlu ve olumsuz yanları bulunmakla birlikte, fikrî mülkiyet haklarında devam eden ülkesellik nedeniyle esas mesele konunun millî hukuklarda ele alınış şeklidir. Bu nedenle her durumda aracı hizmet sağlayıcılar için en güvenli yöntem hizmet sunulan ülke hukuklarına uyulmasıdır. Ancak millî hukukların ilgili ülke menfaatlerini uluslararası ticaretin menfaatlerinden üstün tutmasıyla serbest ticaret önünde engeller oluşabilmektedir. Bu tehlikeye karşı *soft law* imkanlarıyla millî hukuklarda benzer standartların benimsenmesini sağlanmaya çalışılmaktadır⁶⁸⁶. Bahsi geçen yöntemlerle aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğu konusunda millî hukuklarda ortak bir yaklaşım birliği oluşturularak maddi hukuk çözümü sağlanmaya çalışıldığı söylenebilir⁶⁸⁷.

Genel anlamda aracı hizmet sağlayıcıların kendi platformlarında satış yapan üçüncü kişi satıcıların içeriklerinden sorumlu olmadığı kabul edilmektedir. Ancak tüketicilerin sağlık ve güvenliğini tehdit eden ya da marka hakkı sahiplerinin haklarını ihlal eden satışlar, her geçen gün yeni yöntem arayışlarına sebep olmuştur. Bu yöntemlerden en yaygın kabul göreni, aracı hizmet sağlayıcıların kanunî düzenlemeler eliyle hukuka aykırı içeriğin önlenmesi amacıyla iş birliğine yönlendirilmesidir. Hukuka aykırı içerik karşısında OECD, aracı hizmet sağlayıcıların hukuk sistemiyle iş birliği yapabileceği

⁶⁸²Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 570-571. Bahsi geçen yaklaşımı savunan yazarlarca da doğacak çeşitli olumsuz sonuçlara dikkat çekilmiştir. Bkz. Dinwoodie, Dreyfuss and Kur, 2011, **a.g.k.**, 223 vd.

⁶⁸³Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 571. Bu yaklaşım ALI İlkelerinde de benimsenmiştir. Bkz.: ALI İlkeleri *supra* note 11, m. 301.

⁶⁸⁴Treppoz, 2014, **a.g.k.**,

⁶⁸⁵Dinwoodie, Dreyfuss and Kur, 2011, **a.g.k.**, 223 vd.

⁶⁸⁶Dinwoodie, Dreyfuss and Kur, 2011, **a.g.k.**, 225.

⁶⁸⁷Örneğin WIPO'nun Markaların ve İşaretle Gösterilen Diğer Sınai Mülkiyet Haklarının İnternette Korunmasına İlişkin Ortak Tavsiye Kararı ve internet alan adları aracılığıyla işlenen marka ihlallerinde İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu'nun (*Internet Corporation of Assigned Names and Number*, ICANN) İhtilaf Çözümüne İlişkin Yeknesak İlkeleri buna örnek gösterilebilir. ICANN'in yeknesak ilkelerinde bir eylemin *cybersquatting* oluşturup oluşturmadığının tespitinde dikkate alınacak unsurlar düzenlenmiştir. *Cybersquatting* internet alan adının bir başkası tarafından alınması veya ileride satılmak amacıyla kötü niyetli kişilerin benzer alan adlarını tescil etmesi şeklinde açıklanabilir. ICANN'in bahsi geçen ilkelerinde *cybersquatting*'e yaklaşımı millî hukukları da etkilemektedir. Bkz.: *Uniform Dispute Resolution Policy of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN's UDRP), <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en> (Erişim tarihi: 10.10.2022).

yöntemleri şu şekilde saymıştır: Aracının hukuka aykırı içerikle ilgili bildirim alınca içeriği kaldırması (*notice and takedown*), bildirim üzerine içerik sahibine bildirimde bulunması (*notice and notice*), bildirim üzerine sürekli ihlal gerçekleştiren içerik sahiplerini sistemden çıkarması (*notice and disconnection*) ve filtreleme (*filtering*)⁶⁸⁸. Bu modelde araçlar, mutlak sorumluluk modelindeki gibi aktif olarak devamlı tarama ve filtreleme yükümlülüğü taşımaz⁶⁸⁹. Bu şartlara uyulmaması halinde aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğunu doğuran “koşullu sorumluluk modeli” bu alanda kabul görmüştür⁶⁹⁰. “Güvenli liman” (*safe harbour*) olarak adlandırılan bu sorumsuzluk imkanından faydalanabilmek için hizmet sağlayıcıların, bildirim ve içeriği kaldırma gibi şartları yerine getirmiş olması gerekir⁶⁹¹. Bununla birlikte, aracı hizmet sağlayıcılar, iletimini sağladıkları veya barındırdıkları içerikle ilgili “aktif rollerinin” söz konusu olduğu durumlarda güvenli liman kapsamında sorumsuzluk rejiminden faydalanamayacaklardır⁶⁹².

3.2.1.1. Türk hukuku

Türk hukukunda elektronik ticarete aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğu 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’da (Elektronik Ticaret Kanunu)⁶⁹³ hüküm altına alınmıştır⁶⁹⁴. 7416 sayılı Kanun⁶⁹⁵ ile Elektronik Ticaret Kanunu’nda önemli değişiklikler yapılmış ve özellikle aracı hizmet sağlayıcıların⁶⁹⁶ sorumluluğu arttırılmıştır⁶⁹⁷. Daha önce m. 9’da aracı hizmet sağlayıcıların üçüncü kişi

⁶⁸⁸OECD (2011). *The role of internet intermediaries in advancing public policy objectives*. Paris: OECD Publishing, s. 143–162.

⁶⁸⁹R. Mackinnon vd. (2014). *Fostering freedom online: The role of internet intermediaries*. UNESCO, s. 42. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000231162> (Erişim tarihi: 24.03.2022).

⁶⁹⁰Mackinnon, 2014, **a.g.k.**, 42.

⁶⁹¹Z. Yasaman (2020). *İnternette marka hakkının ihlali*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 649.

⁶⁹²Yasaman, 2020, **a.g.k.**, 649.

⁶⁹³R.G. 5.11.2014, 29166.

⁶⁹⁴Bunun yanında TTK m. 58/4 ile ilgili eylemler nedeniyle aracı hizmet sağlayıcının haksız rekabet sorumluluğuna gidilmesi de mümkündür. Bunun için aracı hizmet sağlayıcının haksız rekabet fiilinde etkin rol oynaması şartı aranmıştır. Konuyla ilgili bkz.: S. Bozbel (2015). *Fikrî mülkiyet hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 322.

⁶⁹⁵7416 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun için bkz.: R.G. 7.1.2022, 31889.

⁶⁹⁶Kanun değişikliğiyle “elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı” olarak değişmiştir (m. 2/f).

⁶⁹⁷Kanun değişikliğiyle elektronik ticaret sisteminde köklü değişiklikler getirilmiştir. Aracı hizmet sağlayıcılar için e-ticaret lisansı alma yükümlülüğü, yıllık net işlem hacmi ve işlem sayısı belirli eşikleri aşan işletmelere ilave yükümlülükler getirilmesi gibi önemli sistemsal yenilikler, 2023 yılında uygulanmaya başlanacaktır. Değişikliklerle, e-ticarete haksız rekabet, tekelleşme ve rekabeti bozucu uygulamaların engellenmesi amaçlanmıştır. Bunun yanında yeni düzenlemelerin, yüksek pazar gücüne sahip

satıcılar (hizmet sağlayıcılar)⁶⁹⁸ tarafından oluşturulan içeriği denetlemekle yükümlü olmadığı düzenlenmekle yetinilmiş ve aracı hizmet sağlayıcılar, hukuka aykırı içerikten sorumlu tutulmamıştı. Marka hakkı sahipleri BK m. 49 haksız fiil sorumluluğu ve BK m. 61'deki müteselsil sorumluluğa başvurarak, online pazaryerlerinin sorumluluğuna gitmekteydi.

Elektronik Ticaret Kanununda yapılan değişiklik sonrası, aracı hizmet sağlayıcıların güvenli liman kapsamında sorumsuzluktan nasıl faydalanacağını şartları açıklığa kavuşturulmuştur. Aracı hizmet sağlayıcı, bünyesindeki üçüncü kişi satıcılar tarafından sunulan içeriğin, hukuka aykırı olduğundan haberdar olması hâlinde, bu içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırmak ve hukuka aykırı hususu ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirmekle yükümlü tutulmuştur (m. 9/2)⁶⁹⁹. Yine fikrî mülkiyet hakkı sahibinin, hakkın ihlalini gösteren bilgi ve belgeye dayanan şikâyeti üzerine, satıcının şikâyete konu ürününü yayımdan kaldırarak durumu kendisine ve hak sahibine bildireceği düzenlenmiştir. Ancak satıcı, şikâyetin aksini gösteren bilgi ve belgeye dayanarak elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya itirazda bulunursa, bu sayede şikâyete konu ürünü yeniden yayımlanabilecektir.

Elektronik Ticaret Kanunu'nun daha önce aracı hizmet sağlayıcıların içeriği denetlemekle sorumlu olmadığını ifade eden düzenlemesine rağmen Yargıtay, 2013 tarihli bir kararında aracı hizmet sağlayıcıyı hukuka aykırı içerikten, BK m. 61 uyarınca satıcıyla birlikte, müteselsilen sorumlu tutmuştur⁷⁰⁰. 2013 tarihli bir kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, aracı hizmet sağlayıcıların hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde kusur karinesi öngörmüştür⁷⁰¹. Uyuşmazlık, telif hakkında eser sahibinin haklarını ihlal eder nitelikteki ürünün, aracı hizmet sağlayıcı aracılığıyla satışa sunulması sebebiyle oluşan zararın tazminine ilişkindir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, aracı hizmet

işletmelerin hareket alanlarını sınırlayarak denetim ve gözetimin kolaylaşmasını amaçladığı da görülmektedir. Kanun teklifinde, AB mevzuatından güncel metinlerin; 2019/1150 sayılı Çevrimiçi Aracılık Hizmetlerinin Ticari Kullanıcıları İçin Adillliği ve Şeffaflığı Teşvik Etmeye İlişkin Tüzük ile Dijital Hizmetler ve Dijital Piyasalar düzenleme taslaklarının da etkili olduğu ifade edilmiştir. Kanun teklifi için bkz.: 2/4528 Esas Numaralı Teklif, TBMM, <https://bit.ly/3NVYDzO> (Erişim tarihi: 10.11.2022).

⁶⁹⁸Kanun değişikliğiyle “elektronik ticaret hizmet sağlayıcı” olarak değişmiştir (m. 2/g).

⁶⁹⁹İlgili düzenleme 7416 sayılı Kanun m. 12 hükmü gereği 1.1.2023 tarihinde uygulanmaya başlanacaktır.

⁷⁰⁰Yargıtay H.G.K. 15.01.2014, E. 2013/11-1138 K. 2014/16. (Kaynak: Bozbel, 2015, **a.g.k.**, s.322)

⁷⁰¹Aynı yöndeki *Lancome-Gittigidiyor* kararı için bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 26.06.2014, E. 2013/11-1138, K. 2014/16 (Kaynak: Bozbel, 2015, **a.g.k.**, s.323).

sağlayıcının kusurunun ispatlanması halinde tazminat sorumluluğu doğacağını kabul etmiştir.

Bunlar yanında konumuz bakımından bir diğer önemli değişiklik, aracı hizmet sağlayıcıların arama motorlarındaki reklamlarda satıcıların markalarını kullanabilmesine ilişkindir. Konunun düzenlendiği Elektronik Ticaret Kanunu ek madde 3/1 düzenlemesi şu şekildedir:

“Elektronik ticaret hizmet sağlayıcı, olumlu irade beyanını yazılı şekilde ya da elektronik ortamda almadığı sürece, ekonomik bütünlük içinde bulunmadığı kişilerin ETBİS’e kayıtlı alan adının ana unsurunu oluşturan tescilli markasını kullanarak çevrim içi arama motorlarında pazarlama ve tanıtım faaliyetinde bulunamaz.”

Bu düzenleme ile aracı hizmet sağlayıcıların, marka sahibinin bilgisi ya da onayı olmadan markaları çevrim içi arama motorlarında kullanarak, bu platformlarda kendilerini öne çıkarmalarının önüne geçilmek istenmiştir.

Elektronik ticareti ilgilendiren bir diğer önemli gelişme ise internet alan adlarının tahsisi konusunda yetkinin 14 Eylül 2022 itibariyle el değiştirmiş olmasıdır. Esasen 27752 sayılı İnternet Alan Adları Yönetmeliği⁷⁰² uyarınca “.tr” uzantılı alan adlarına ilişkin faaliyetlerin yürütülmesi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) bünyesinde kurulacak “.tr Ağ Bilgi Sistemi”ne (TRABİS) devredilmesi kararlaştırılmıştır. Ancak TRABİS’in alt yapısının hazırlanamaması nedeniyle uzun süre ODTÜ’ye ait “Nic.TR” aracılığı ile bu faaliyetler devam etmiştir⁷⁰³. TRABİS’in hazırlık çalışmalarının tamamlanmasının ardından, 14 Eylül 2022 tarihinden itibaren nic.tr faaliyetleri BTK bünyesindeki TRABİS’e devredilmiştir⁷⁰⁴.

⁷⁰²R.G. 07.11.2010, 27752.

⁷⁰³Detaylı bilgi için bkz.: E. B. Güllökar ve E. Berkman (2022). Turkey: .tr uzantılı alan adlarında yeni dönem: trabis, 14 eylül 2022 tarihinde faaliyete başladı. MA Gazette, Sayı, S. 121, <https://bit.ly/3jsVufN> (Erişim tarihi: 07.11.2022).

⁷⁰⁴Konuyla ilgili mevzuat için bkz.: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, *Sektörel, İnternet alan adları*, <https://www.btk.gov.tr/internet-alan-adlari-mevzuat> (Erişim tarihi: 30.12.2022).

3.2.1.2. Karşılaştırmalı hukuk

Koşullu sorumluluk modelinin benimsendiği AB Elektronik Ticaret Direktifi'nde aracılardan sorumluluktan kurtulmasını sağlayan koşullar m. 12, 13 ve 14'te sayılmıştır⁷⁰⁵. Direktif, aracılardan tam olarak tanımlamasa da ilgili maddelerde aracılardan hangi aktivitelerden sorumlu tutulamayacağını saymıştır. 12. maddeye göre aracı, iletişimi başlatmadığı, iletişimin muhatabını belirlemediği, iletişimin içeriğini seçmediği ve değiştirmedeği sürece içerikten sorumlu değildir. Diğer bir deyişle, online pazaryeri satış sürecini başlatmadığı, içeriğini ve alıcısını belirlemediği sürece, üçüncü kişilerin sattığı sahte markalı mallardan dolayı sorumlu tutulamaz. Direktif'in 14'üncü maddesi ise aracının ev sahipliği (*hosting*) yaptığı içeriğin hukuka aykırı olduğunu bilmesi halinde süratle ilgili içeriği kaldırmasını öngörmektedir. “*notice and take-down*” olarak adlandırılan bu sistemle ilgili Direktif'te teknik detay verilmeyerek, bunların düzenlenmesi üye ülkelere bırakılmıştır. “*Hosting*” kapsamına giren işlemlerin neler olduğu sayılmamakla birlikte ABAD, arama motorlarının reklam hizmetlerini, online pazaryerlerini ve sosyal ağları⁷⁰⁶ bu kapsamda kabul eden kararlar vermiştir. *L'Oréal SA v eBay International AG*. kararı Direktif'in 14'üncü maddesinin yorumlandığı önemli bir karardır⁷⁰⁷. İlgili karar sayesinde bu tip global online pazaryerlerinin “aracı” konumlarının arkasına sığınarak sorumluluktan kaçmaları zorlaşmıştır. Karara göre pazaryerinin ürünlerin pazarlanması ve satışında aktif rol oynaması veya hukuka aykırılıktan haberdar olmasına rağmen hızla harekete geçerek içeriği kaldırmaması durumunda sorumluluğu doğacaktır. Bu noktada örneğin ilgili ürünlere ilişkin çeşitli arama motorlarına reklam verilmesi, eBay'in ürünlerin pazarlanmasında “aracı” rolünü aşarak aktif rol oynadığı şeklinde yorumlanmıştır.

⁷⁰⁵2000/31 sayılı Avrupa Konseyi E-ticaret Direktifi m. 12, 13, 14 için bkz.: Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). EUR-Lex. <https://bit.ly/3tCtQja> (Erişim tarihi: 24.03.2022).

⁷⁰⁶*Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08). İlgili kararda ABAD, arama motoru Google'ın, Louis Vuitton markasını taşıyan taklit markalı mallara ilişkin reklamlar bakımından sorumlu olmadığı sonucuna varmıştır. (Kaynak: Info-curia.com)

⁷⁰⁷Kararla ilgili bkz.: F. Chen, G. Preston and G. Margetson (2011). *L'oreal v. eBay, clarification of online marketplace operators' liability for its users' trade mark infringement*, Lexology, <https://bit.ly/3JlM6e> (Erişim tarihi: 24.03.2022).

Online pazaryerlerinin marka ihlallerinden sorumluluğu noktasında ABD hukukunda bakılması gereken düzenleme, Restatement II. of Torts, § sec. 402A'dır⁷⁰⁸. İlgili hüküm, satıcının hatalı ürünün tüketiciye verdiği zarardan sorumluluğuna ilişkindir. Düzenleme gereği, satıcının sorumluluğuna gidilebilmesinin temel şartı; satıcının satış eylemine doğrudan dahil olmasıdır. Bu düzenleme, aracı hizmet sağlayıcılar bünyesinde üçüncü kişilerin sattığı ürünlere de uygulanmıştır. Üçüncü kişi satıcıların tarafı olduğu satışlarda online pazaryeri veya sosyal medya ağı yalnızca “aracı” rolü üstlendiğinden ve satışın doğrudan tarafı olmadığından sorumluluğu doğmaz. Bu durum sahte markalı ürün satışlarında gerek tüketiciler gerek marka sahipleri bakımından çeşitli problemlere sebep olmaktadır. Farklı ülkelerde bulunan kötü niyetli satıcılar çoğu zaman takip edilmemek için çeşitli stratejiler izlemektedir. Örneğin birkaç hesap açan bu satıcılar, hesaplardan birisi kapandığında çoğu zaman diğer hesaplardan satışa devam etmektedir⁷⁰⁹.

Görüldüğü üzere günümüzde genel kabul, satıcıların sahte markalı ve kusurlu ürün satışlarından, aracı hizmet sağlayıcının, –uygulamada çoğunlukla online pazaryerinin– sorumlu tutulamayacağı yönündedir⁷¹⁰. ABD’de Restatement of Torts sec. 402A, AB’de 2000/31 sayılı e-Ticaret Direktifi ve Türk hukukunda Elektronik Ticaret Kanunu’nda (m.9/1) çeşitli farklarla da olsa benzer esaslar kabul edilmiştir. Aracı hizmet sağlayıcıların, bünyelerindeki bağımsız satıcıların eylemlerinden sorumlu tutulmaması, bu platformları ciddi bir ihlal ortamı haline getirmektedir⁷¹¹. Örneğin Amerikan hukukunda Restatement of Torts 402A maddesine göre pazaryerinin üründen doğan zarardan sorumlu tutulabilmesi için ürünün satıcısı olması aranmıştır. Pazaryerinin rolü burada yalnızca “kolaylaştırıcı” olarak tanımlanmıştır. Bunun sebebi, pazaryerinin sağladığı teknik altyapıyla satışa aracılık etmesi ancak sözleşmenin tarafı olmamasıdır. Ancak bu yaklaşım yakın zamanda tartışılmaya başlanmış ve yüksek mahkeme

⁷⁰⁸Düzenleme için bkz.: H20, Harvard, Restatement Second of Torts, <https://h2o.law.harvard.edu/collages/749> (Erişim tarihi: 24.03.2022).

⁷⁰⁹Kaldı ki bu satıcılar ABD dışında bulunuyor ise ABD mahkemelerinin yargı yetkisinden de kaçabilmektedirler.

⁷¹⁰Council of Europe, *internet intermediaries*, <https://bit.ly/3LJ9zzk> (Erişim tarihi: 18.2.2022).

⁷¹¹Çalışmanın bu bölümünde getirdiğimiz öneri, Türk hukukundaki son kanun değişikliği ile karşılık bulduğundan metinden çıkarılmıştır. Çıkarılan kısım şu şekildedir: “Uygulanacak hukuk konusundaki belirsizliğe karşın, bu alanda piyasayı ve tüketicileri korumanın temel adımı olarak, aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğunu doğuran hallerin netleştirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Aracı hizmet sağlayıcıların bünyesindeki ihlale sebep olan satışlardan mutlak sorumluluğu değil, OECD tarafından belirlenen iş birliği yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda daha sert yaptırımlara tabi tutulması da bunları daha etkin rol oynamaya teşvik edecektir.”

kararlarında eleştirilmiştir⁷¹². Konuyla ilgili 2021’de Amerikan Kongresi’ne getirilen *Shop Safe Act*⁷¹³ olarak adlandırılan yasa taslağı büyük taraftar toplamıştır. Yasa ile aracı hizmet sağlayıcıların bünyesindeki üçüncü kişi satıcıların sahte markalı malların satışından sorumlu tutulması öngörülmüştür. Burada aracı hizmet sağlayıcılar bakımından öngörülen hukuka aykırı içeriği filtreleme yükümlülüğü oldukça dikkat çekicidir. AB ve Türkiye’de halihazırda aracı hizmet sağlayıcıların bünyesindeki satıcıların hukuka aykırı içeriklerinden sorumlu tutulmamaları esası kabul edilmiş ancak; sorumsuzluktan faydalanabilmek, bildirim ve içeriğin kaldırılması gibi koşullara bağlanmıştır.

3.3. Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi

İnternet yoluyla işlenen marka hakkı ihlallerinde, paralel yargılamalar en önemli problemlerden birini oluşturmaktadır. Örneğin marka hakkının ihlal edildiğini ileri süren hak sahibi satıcının mutlak meskeni ülkesinde satıcıya karşı dava açmış, buna karşılık hakkı ihlal ettiği öne sürülen satıcı, marka hakkının tescilli olduğu ülkede ihlal olmadığını tespiti talebiyle bir başka dava açmış olabilir. Bu davalarda geçersizlik, haksız tescil ve markasal olmayan kullanım gibi farklı savunmalar öne sürülmüş olabilir. Bahsi geçen savunmalardan tescilli etkileyecek nitelikte olanlar münhasır yetkiyi gündeme getirecektir. Bunun yanında her bir iddiaya uygulanacak hukukun da farklı olması durumunda ortaya birbiriyle çelişen kararlar çıkacak ve yüksek yargılama maliyetleriyle tarafların adalete erişimi sınırlanmış olacaktır. Dolayısıyla internet üzerinden gerçekleşen marka hakkı ihlalleri bakımından en pratik ve adalete dönük çözüm; uyuşmazlığın parçalanmadan, münhasır yetki kuralları vb esaslar elverdiği ölçüde tek mahkemede ve tek bir hukuka tâbi olarak çözüme kavuşturulmasıdır. Böylece yargılama taraflar için daha öngörülebilir ve makul maliyetli olacak, birbiriyle çelişen kararların ve tenfizle ilgili problemlerin önüne geçilecektir. Bu yaklaşım uluslararası kuruluşların ilke metinlerinde de benimsenmiştir.

ALI ilkelerinde uyuşmazlığın olabildiğince tek mahkemede ve tek bir hukuka tabi olarak görülmesi hedeflenmiştir. Bu amaçla yetki konusunda en önemli esaslar, milletlerarası derdestliğin kabulü ve mahkemeler arası koordinasyonun sağlanmasına

⁷¹²*Ohio State Univ. v. Redbubble, Inc.*, 989 F.3d 435 (6th Cir. 2021).

⁷¹³*Stopping Harmful Offers on Platforms by Screening Against Fakes in E-commerce Act of 2021* için bkz.: US Congress, Shop Safe Act of 2021, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/1843> (Erişim tarihi: 9.11.2022).

yönelik düzenlemelerdir. ALI İlkeleri § 221 gereği aynı hukuki işlem veya olayla ilgili birden çok ülkede devam eden yargılamalar olması durumunda, tarafların talebi üzerine, mahkemeler arasında iş birliği sağlanması veya davaların birleştirilmesi imkânı kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyle, ülkeselliğin sebep olduğu paralel yargılamalar, bunların getirdiği yargılama maliyetleri ve çelişen kararlar gibi problemlerin azaltılması amaçlanmıştır⁷¹⁴. Bir diğer önemli düzenleme, tespit kararlarının, belli koşullar dahilinde sadece tarafları bağlayıcı etki doğurmak üzere tescil yerinden farklı ülke mahkemeleri tarafından da verilebilmesi imkânıdır (§ 213). Bu sayede; hakkın varlığı, geçerliliği gibi konularda münhasır yetkinin gündeme gelmesiyle oluşan parçalanmanın önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Böylece tecavüz davalarında yetkili mahkeme, tescili etkilememek ve yalnızca taraflar bakımından etki doğurmak üzere, hakkın geçerliliğine ilişkin konularda da yetkili sayılmıştır. Örneğin internet üzerinden İtalya’da tescilli (X) markasının, Amerikalı satıcı tarafından ABD ve Latin Amerika ülkelerine satılmasına karşı ABD’de açılan davada mahkeme, hakkın geçersizliğine yönelik ileri sürülecek iddialar bakımından da yalnızca taraflar bakımından sonuç doğurmak üzere karar verebilecektir.

CLIP ilkelerinde internet ve uydu yayını gibi eşzamanlı olarak birden fazla ülkede etki doğurabilen medya araçlarıyla ilgili özel bir düzenleme getirilerek, belli şartların sağlanması koşuluyla, 2:202’ye göre marka hakkı ihlalinde yetkisi tespit edilen mahkemenin⁷¹⁵, diğer ülkelerdeki ihlal eylemleri bakımından da yetkili olacağı kabul edilmiştir. Buna göre söz konusu mahkemenin, ilgili ülkelerde gerçekleşen ihlaller bakımından da yetkili olabilmesi için; ihlale sebep olan eylemlerin, ihlali gerçekleştirenin mutlak meskeni ülkesinde önemli bir etki doğurmamış olması ve ihlale sebep olan önemli eylemlerin, yetkili mahkemenin ülkesinde gerçekleşmesi veya yetkili mahkemenin ülkesinde ihlalin sebep olduğu zararın, ihlalin bütünü bakımından önem taşıması gerekir.

İnternet üzerinden birden çok yerde etki doğuracak şekilde işlenen hak ihlalleri konusunda Kyoto İlkeleri’nde uygulanacak hukukla ilgili açık bir düzenleme yer almış ancak yetki konusunda buna gerek duyulmamıştır. Fakat bu konudaki problemlere çözüm sunan farklı yetki kuralları bulunmaktadır. Markanın varlık ve geçerliliğine ilişkin

⁷¹⁴Bkz. ALI İlkeleri, m. 221, *Comment*, paragraf a.

⁷¹⁵CLIP İlkeleri m. 2:101’e göre, davalının mutlak meskeninin bulunduğu ülke mahkemelerinin yetkisi, genel yetkidir. Fikrî mülkiyet hakkı ihlalleri bakımından m. 2:202’de genel yetkili mahkeme yanında, ihlalin gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemelerinin milletlerarası yetkisi de kabul edilmiştir.

konularda istisnaen, münhasır yetkisi bulunmayan mahkemelerin yetkisi de kabul edilmiştir. Örneğin; Japonya’da tescilli marka hakkının internet yoluyla ihlalden doğan bir tazminat davasında, davacının markasının geçersizliği ileri sürülmüş olsun. Bu durumda tazminat davasına bakan İspanyol mahkemesi, münhasır yetkisi bulunmamasına rağmen, hakkın geçersizliği iddiasını reddederek tazminata hükmedebilecektir. Ancak mahkemenin geçersizliğe ilişkin verdiği karar üçüncü kişileri etkilemeyerek, yalnızca taraflar bakımından sonuç doğuracaktır (m. 11/2). Bu nedenle örneğin, karara dayanarak hakkın sicilden terkinini istenemez. Konuyla ilgili bir diğer çözüm önerisi milletlerarası derdestliğin kabulüdür. Kyoto İlkeleri de ALI İlkeleri’ne benzer şekilde, tarafları ve konusu aynı olan ve farklı ülkelerde görülen davalar bakımından *lis pendens* (milletlerarası derdestliği) kabul etmiştir. Münhasır yetkinin söz konusu olduğu durumlar saklıdır.

Sonuç olarak internet üzerinden işlenen ve birden fazla ülkede etki doğuran marka hakkı ihlallerinde paralel yargılamalardan çıkan farklı sonuçlar ve münhasır yetki kurallarıyla yetkide parçalanma en önemli sorunlar olarak gözükmemektedir. Bu konuda milletlerarası derdestliğin kabulü ve üçüncü kişileri etkilemeyecek şekilde marka hakkının geçerliliği ve varlığına ilişkin konularda ihlal yeri mahkemesinin yetkisinin kabulü ile münhasır yetki kurallarına istisna getirilmesi ortak çözüm önerileridir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TÜRK HUKUKUNDA MİLLETLERARASI MARKA İHLALLERİNE
UYGULANACAK HUKUK, MAHKEMELERİN YETKİSİ VE DİĞER USULİ
MESELELER

1. MARKA UYUŞMAZLIĞININ MİLLETLERARASI NİTELİĞİNİN TESPİTİ

1.1. Genel Olarak Yabancılık Unsurunun Tespiti ve Tespitin Yargılama Hukuku Bakımından Sonuçları

Yabancılık unsuru, (yabancı unsur/milletlerarası unsur, *foreign element/ international element*) bir hukukî olay veya ilişkiyi, önüne getirildiği mahkemenin hukuk düzeni dışında, farklı hukuk düzenleriyle irtibatlı hale getiren unsurdur⁷¹⁶.

MÖHUK m.1’de Kanun’un kapsamı belirlenirken “*yabancı unsur taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkiler*” ifadesinde “yabancı unsur” terimine yer verilmekle birlikte, bundan ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu nedenle yabancı unsurun yorumlanmasının doktrin ve uygulamaya bırakıldığı ifade edilmiştir⁷¹⁷.

Klasik anlayışa göre yabancılık unsuru, genellikle kişi veya yer bakımından ortaya çıkar⁷¹⁸. Örneğin tarafların yabancı vatandaşlıkta olması, farklı ülkelerde ikamet etmeleri, sözleşme konusunun veya ifa yerinin farklı bir ülkede bulunması, haksız fiilin sonuçlarının farklı bir ülkede ortaya çıkması halinde uyumsuzluğun yabancı unsurlu olduğu kabul edilir⁷¹⁹.

Son dönemde, klasik anlamda yabancılık unsuru anlayışı, özellikle sözleşmeler bakımından terk edilmiştir⁷²⁰. Buna göre sözleşmesel ilişki, kişi veya yer bakımından yabancılık unsuru içermese dahi, milletlerarası ticaretin menfaatleri söz konusu ise, yabancılık unsurunun bulunduğu kabul edilmektedir. Bu anlayışa göre, sözleşmenin

⁷¹⁶Akıncı, 2020, **a.g.k.** 4-5; Doğan, 2022, **a.g.k.**, 6; Güngör, 2021, **a.g.k.**, 31; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, 2020, **a.g.k.**, 299; Tekinalp, 2020, **a.g.k.**, 20; M. Aygün (2014). Yabancılık unsurunun mahiyeti ve yargılamadaki rolü. *Dokuz eylül üniversitesi hukuk fakültesi dergisi* 16 (2014), s. 1029.

⁷¹⁷Doğan, 2022, **a.g.k.**, 6.

⁷¹⁸Aygün, 2014, **a.g.k.**, 1030.

⁷¹⁹Doğan, 2022, **a.g.k.**, 6; Tekinalp, 2020, **a.g.k.**, 20.

⁷²⁰Aygün, 2014, **a.g.k.**, 1031.

doğurduğu ekonomik sonuçların, birden fazla devletle ilgili olması halinde; sözleşmenin milletlerarası nitelik taşıdığı kabul edilmelidir⁷²¹.

Günümüz milletlerarası özel hukuk doktrininde, yabancılık unsurunun ortaya çıkabilmesi için, olay veya ilişkinin yabancı hukuk düzeni ile herhangi bir şekilde ilişkilendirilebilmesi gerekli ve yeterlidir⁷²². Klasik anlayışın aksine; somut olarak kişi veya yer bakımından yabancılık unsuru bulmak yerine, hukuki olay veya ilişkinin yabancı bir hukuk düzeni ile irtibatlı hale gelmesi yeterli görülmüştür⁷²³. Özel hukuk ilişkilerinde her durum için yabancılık unsurunun önceden tespiti mümkün olmadığından, somut olayın şartlarına göre bir tespit yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁷²⁴.

Türk yargı kararlarına bakıldığında, yabancılık unsurunun tespitiyle ilgili, uygulamada önemli bir kafa karışıklığı olduğu görülmektedir. İlk derece mahkemelerinin yabancılık unsuru tespit etmeksizin verdiği kararlarla ilgili, Yargıtay'ın verdiği pek çok bozma kararı bulunmaktadır⁷²⁵. Bu kafa karışıklığının bir sebebi de yabancılık unsurunun

⁷²¹B. Tiryakioğlu (1996). *Taşınır mallara ilişkin milletlerarası unsurlu satım akitlerine uygulanacak hukuk*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 7-8; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, 2020, **a.g.k.**, 298 vd. Objektif anlamda yabancılık unsuru bulunmasa dahi, yabancı bir hukukun seçimi ile akdi borç ilişkisinin yabancı unsurlu hale gelebileceği görüşü için bkz.: Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 379; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, 2020, **a.g.k.**, 299; Nomer, 2017, **a.g.k.**, 320. Aksi yöndeki görüşle ilgili detaylı bilgi için bkz.: S. Özel (2016). Sözleşmesel ilişkide yabancılık unsuru ve hukuk seçimi, M. Aygün, A. Önal, A.K. Altıparmak ve C. Kaya (Editörler), *Milletlerarası özel hukukta güncel konular sempozyumu* içinde (s.423-439). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 429 vd.

⁷²²Bu yaklaşım, sözleşmeden doğan milletlerarası tahkim uyuşmazlıklarında kabul görmüş ve ticari sözleşmeler bakımından 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yabancılık unsuru düzenleyen 2'nci maddesinde de kabul edilmiştir. İlgili düzenlemede örneğin, taraflardan birinin görünüşte Türk şirketi olmasına rağmen, yabancı sermaye teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye ile kurulmuş olması durumunda, yabancılık unsuru bulunduğu kabul edilmiştir (MTK m.2/3). Doğan, 2022, **a.g.k.**6; Aygün, 2014, **a.g.k.**, 1030.

⁷²³Doğan, 2022, **a.g.k.**, 7.

⁷²⁴Doğan, 2022, **a.g.k.**, 7; Aygün, 2014, **a.g.k.**, 1032. Yabancılık unsurunda doğumla Türk vatandaşlığını kazanıp, çıkma izniyle Türk vatandaşlığını kaybeden özel statüdeki Mavi Kartlıların durumuyla ilgili Yargıtay'ın farklı kararları bulunmaktadır. Bu kişilerin taraf olduğu davalarda yabancılık unsuru bulunduğunu kabul eden kararlar olduğu gibi, Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında aksi görüşte olduğu görülmektedir. Bkz.: Yargıtay 2. H.D. 25.12.2007, E. 2006/21951, K. 2007/17742; Yargıtay 2. H.D. 01.04.2013, E. 2012/23566, K. 2013/8998 (Kaynak: Doğan, 2022, **a.g.k.**, 8-9)

⁷²⁵Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, *franchise* sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesinin tarafların ABD vatandaşı olması, uyuşmazlığa konu şirketin ABD şirketi olması ve sözleşmenin de burada imzalanması dikkate alınarak, yabancı unsurlu uyuşmazlıkta mahkemenin resen uygulanacak hukuku tespit etmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: Yargıtay 11. H.D., 2.12.2014, E. 2013/15863 K. 2014/18821 (Kaynak: Lexpera.com). Yine Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 2006 tarihli kararında, evlat edinmeye ilişkin ilk derece mahkemesi kararında yabancılık unsuru ve uygulanacak hukuka ilişkin inceleme yapılmamasını bozma sebebi kabul etmiştir. Bkz.: Yargıtay, 18. H.D. 12.1.2016, E. 2015/6145, K. 2016/244 (Kaynak: Lexpera.com). Ayrıca benzer yönde bkz: Yargıtay 8. H.D., 9.2.2016, E. 2016/1206 K. 2016/2027; Yargıtay 2. H.D., 15.1.2015, E. 2014/16187 K. 2015/523 (Kararların alındığı kaynak: Lexpera.com)

hukuki niteliğine ilişkin bilgi eksikliğidir. Bu bakımdan yabancılık unsurunun hukuki niteliği ve tespitine ilişkin yükümlülüklerin anlaşılması önemlidir.

Hukukî uyuşmazlıklarda yabancılık unsurunun bir vakıa olarak taraflarca ileri sürülmesi gerekir⁷²⁶. Taraflarca dava malzemesi yapılmadıkça yabancılık unsurunu hâkim re'sen tespit edemez. Yabancılık unsuru tespit edilmediği sürece mahkemenin milletlerarası yetkisinden ve uygulanacak hukukun tespitinden söz edilemez. Yabancılık unsuru tespit edilemeyen durumlarda yanlış kanun hükmünün uygulanması adil olmayan sonuçlara yol açabilecek ve kararın üst mahkemelerce bozulması riski doğacaktır⁷²⁷. Yabancılık unsurunun bu önemli etkileri nedeniyle, dava şartı olmamasına rağmen dava şartı gibi incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷²⁸. Buna göre hâkim, ön inceleme aşamasında dava malzemelerinden yabancılık unsuru olup olmadığını titizlikle incelemelidir. Yine öneminden dolayı yargılamanın sonuna kadar her aşamada tespitinin mümkün olduğu savunulmuştur⁷²⁹. Buna göre örneğin; yargılama sırasında markasının korunması için dava açan davacının, yabancı vatandaşlıkta olduğunun sonradan tespit edilmesi halinde, karşılıklılık da sağlanmıyorsa, marka sahibine kesin süre verilerek teminatın yatırılması talep edilmelidir.

Her ne kadar medeni yargılama hukukunda taraflarca getirilme ilkesi (HMK m. 25) esas olsa da hâkim, davayı aydınlatma görevi (HMK m. 31)⁷³⁰ kapsamında yabancılık unsurunu tespit etmek ve uygulanacak hukuku bularak uyuşmazlığı buna göre çözmekle yükümlüdür⁷³¹. Yine HMK m. 33 gereği Türk hâkimi önüne gelen uyuşmazlıkta re'sen hüküm vermek mecburiyetindedir ve ilgili kanunlar ihtilafını da bu kapsamda re'sen bulup

⁷²⁶Bununla birlikte yabancılık unsuru maddi vakıa değil, hukukun uygulanmasına koşul “hukuki vakıa” olarak nitelenmiştir (Aygün, 2014, **a.g.k.**, 1046-1047).

⁷²⁷Yabancılık unsurunun dikkate alınmayarak yanlış kanunun uygulanması durumunda HMK m. 46 gereği hâkimin sorumluluğuna gidilebileceği ifade edilmiştir. HMK m. 46/1-c’de “Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması” durumunda devlet aleyhine tazminat davası açılabilceği düzenlenmiştir. Bkz.: Aygün, 2014, **a.g.k.**, 1055.

⁷²⁸Aygün, 2014, **a.g.k.**, 1047.

⁷²⁹Aygün, 2014, **a.g.k.**, 1049.

⁷³⁰Hâkimin davayı aydınlatma ödevi başlığını taşıyan HMK m. 31 düzenlemesi şu şekildedir: “*Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir, delil gösterilmesini isteyebilir.*”

⁷³¹Yabancılık unsurunun tespitinin hukuki nitelendirmeye ilişkin bir konu olup, hâkimin kendiliğinden yapması gereken usuli bir faaliyet olduğu ifade edilmiştir (Aygün, 2014, **a.g.k.**, 1051, 1053).

uygulaması gerekir⁷³². Ancak bunun için öncelikle uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını bulması gerekir. Yabancılık unsurunun tespitinin ve vasıflandırmanın doğru yapılması; uyuşmazlıkla ilgili daha sonra ortaya çıkabilecek farklı konularda başvurulacak hukuku göstermesi bakımından önemlidir. Uyuşmazlıkta açıkça kişi veya yer bakımından yabancılık unsurunun görülmediği durumlarda hâkimin, tarafların mahkemeye sunduğu maddi vakıaları ön inceleme aşamasında titizlikle araştırarak yabancılık unsurunu tespit etmesi gerekir. Örneğin; dava dilekçesinde davacının adının yabancı olduğunu gören hâkim, taraflar bu durumu dillendirmese bile, davacının vatandaşlığını tespit etmelidir.

1.2. Yabancılık Unsuru ve Marka Uyuşmazlığına Milletlerarası Nitelik Kazandırması

Marka uyuşmazlıklarının milletlerarası niteliğinin nasıl tespit edileceği, “milletlerarası marka koruması”nın (*international trademark protection*) sınırlarını çizebilmemiz için önem arz eder. Zira, uyuşmazlık milletlerarası nitelik taşıdığı takdirde farklı hukuklar uyuşmazlıkta söz sahibi olabilir. Milletlerarası nitelik taşımayan bir uyuşmazlıkta ise Türk mahkemesinin uygulanacak hukuku tespit etmesine gerek kalmaz ve Türk hukukuna göre karar verilir.

Milletlerarası özel hukukta bir uyuşmazlığın milletlerarası nitelik kazanabilmesi için farklı hukuklarla temas halinde olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu ise uyuşmazlıktaki yabancılık unsurunun varlığına bağlıdır. Klasik yaklaşıma göre yabancılık unsuru genellikle kişi veya yer bakımından ortaya çıkar. Buna göre marka uyuşmazlığında “yer bakımından” yabancılık unsurunun oluşabilmesi için ihlâl oluşturan eylemlerin yurtdışında gerçekleşmesi veya sonuçlarının yurtdışında doğmuş olması gerekir. Örneğin, Türkiye’de tescilli bir markayı taklit eden sahte markayı taşıyan malların yurtdışında üretilmesi durumunda veya yurtdışında üretilen bu ürünlerin Türkiye’de satışı durumunda yabancılık unsuru gerçekleşmiş kabul edilmelidir. Türkiye’de tescilli bir markaya ait ürünlerin, marka hakkı sahibinin bilgisi dışında yurtdışında piyasaya sürüldüğü ve internet üzerinden Türkiye’de ve farklı ülkelerde satışa sunulduğunu düşünelim. Burada marka hakkı

⁷³²Nomer, 2017, **a.g.k.**, 192. Yargıtay 11. H.D. 2016 tarihli bir kararında bu hususa şu ifadelerle dikkat çekmiştir: “...Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda somut olayda gelince, davanın taraflarının aynı zamanda ABD vatandaşı oldukları, davaya konu edilen şirketin ABD’nde bir şirket olduğu, davaya dayanak sözleşmenin bu ülkede düzenlendiği, tarafların uzun süre bu ülkede yaşadıkları, davacının dava dilekçesindeki adresinin dahi ABD’deki adresi olduğu anlaşılmakla, uyuşmazlığın yabancı unsur içermesi bağlamında çekişmenin esası hakkında uygulanacak hukukun re’sen belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.” İlgili karar için bkz.: Yargıtay 11. HD., 2.12.2014, E. 2013/15863 K. 2014/18821 (Kaynak: Lexpera.com).

sahibinin gerek Mülga KHK döneminde gerek SMK hükümlerine göre ilk satış hakkının tükenip tükenmediği tartışılmadan önce yapılması gereken, yer bakımından yabancılık unsurunun tespiti. Bunun tespiti sayesinde uyumsuzlukta farklı hukukların da söz sahibi olabileceği anlaşılır.

Klasik anlayışa göre marka uyumsuzluklarında “kişi bakımından yabancılık unsuru”ndan söz edebilmek için ise uyumsuzluğun taraflarından birinin, yabancı tabiiyette olması gerekir. Buna göre örneğin; markasının korunmasını talep eden marka hakkı sahibinin yabancı vatandaşlıkta olması veya şirketse statüdeki idare merkezinin yurtdışında bulunması durumunda yabancılık unsuru sağlanmış olacaktır. İhlale konu eylemlerin, idare merkezi yurtdışında bulunan yabancı bir işletme veya yabancı kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda da kişi bakımından yabancılık unsuru vardır.

Klasik anlayışa göre durum böyleyken, marka uyumsuzluklarında kişi bakımından yabancı unsurun gerçek anlamda milletlerarası bir marka uyumsuzluğundan söz edilebilmesi için yeterli olmadığı görüşündeyiz. Örneğin, yabancı davacının, Türkiye’de tescilli markasıyla ilgili tecavüz iddiasıyla Türk mahkemelerine başvurduğunu düşünelim. İhlal teşkil eden eylemler de Türkiye’de gerçekleşmiş olsun. Burada her ne kadar davacı yabancı vatandaşlıkta olsa da bu, uyumsuzluğu gerçek anlamda bir milletlerarası marka uyumsuzluğu olarak nitelenmek için yeterli değildir. Marka haklarındaki ülkesellik prensibi, Türkiye’de tescilli marka haklarının Türkiye sınırları içinde Türk hukukuna göre korunacağını düzenler. Bu esasen ülkeselliğin maddi hukuktaki etkisinin sonucudur⁷³³. Bu aşamada uyumsuzluğun yabancı bir hukuk düzeniyle ilgili hale gelmesi söz konusu değildir. Ancak örneğin, yer bakımından yabancı unsurun bulunması halinde yabancı bir ülkenin marka koruması da uyumsuzlukla ilgili hale gelecek ve uyumsuzluk gerçek anlamda milletlerarası niteliğe bürünecektir. Aynı örnek üzerinden devam edecek olursak, ihlal eylemlerinin Fransa’da gerçekleştiğini veya internet aracılığıyla ihlalin birden fazla ülkede gerçekleştiğini düşünelim. Bu takdirde farklı devlet hukuklarına göre koruma talep edilebileceğinden, uyumsuzluk farklı hukuk düzenleriyle ilgili hale gelmiş olur.

⁷³³Daha önce İkinci Bölüm’de detaylı olarak açıklandığı üzere ülkeselliğin maddi hukuku ve milletlerarası özel hukuku etkileyen iki boyutu vardır. Her devlet kendi ülkesinde fikrî mülkiyet haklarının neler olduğunun ve nasıl korunacağını belirleme yetkisine sahiptir. Ülkeselliğin maddî hukuk bakımından etkisiyle açıkladığımız bu alanda farklı bir ülkenin fikrî mülkiyet korumasının devreye girmesi söz konusu değildir. Bkz.: İkinci Bölüm, “2.1.Maddi Hukuk Boyutuyla Ülkesellik”

Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün (ALI) Sınır-aşan Fikrî Mülkiyet Uyuşmazlıklarında Uygulanacak Hukuk, Yetki ve Tanıma/Tenfize İlişkin İlkelerinde de aynı yaklaşımın benimsendiği görülür. Tanımların düzenlendiği §101'de *transnational civil dispute* yani milletlerarası nitelikli hukuk uyuşmazlığının nasıl tespit edileceği açıklanmıştır. Buna göre yerel mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta

- Başka bir devletin fikrî mülkiyet haklarına ilişkin bir talep veya savunma ileri sürülmesi veya,
- Fikrî mülkiyet haklarına yönelik eylemlerin bir kısmının yurtdışında gerçekleşmesi durumunda uyuşmazlığın milletlerarası nitelik kazandığı kabul edilecektir.

Bu hallerde uygulanacak hukukun tespiti gerektiği ifade edilmiştir. Madde şerhinde bunun dışındaki yabancılık unsurları için bu ilkelerin dikkate alınabileceği ancak; iç hukuku ilgilendiren davaların söz konusu metnin konusu olmadığı düzenlenmiştir⁷³⁴. Bu ifadeden, bunlar dışında kalan ancak, uyuşmazlığa yabancılık unsuru katabilecek vakıaların (yabancı vatandaşlık, yerleşim yeri gibi), tam anlamıyla uyuşmazlığa milletlerarası nitelik katmayan bağlantılar olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Madde şerhinde verilen örneklerde de açıkça bu anlayış görülmektedir. Örneklerde, bir ülke içinde gerçekleşen ve ilgili ülkedeki tescilli haklara ilişkin uyuşmazlıkta, tarafların yerleşim yerlerinin yabancı ülkede bulunmasının uyuşmazlığa milletlerarası nitelik katmadığı ve konunun iç hukuka tâbi olduğu belirtilmiştir.

Sonuç olarak; Türk mahkemeleri önüne gelen marka uyuşmazlıklarında tarafların vatandaşlığı, yerleşim yeri gibi kişisel bağlantıların, farklı unsurlarla desteklenmediği sürece, tek başına uyuşmazlığa milletlerarası nitelik katmadığı görüşündeyiz. Bu yaklaşım, günümüz doktrininde her durum için yabancılık unsurunun önceden kategorik olarak tespit edilemeyeceği ve somut olayın özelliklerine göre bir tespit yapılması gerektiği kabulüyle de uyusmaktadır⁷³⁵. Yabancılık unsuru “bir işlem, olay veya ilişkinin birden fazla hukuk nizamı ile temas halinde bulunması” şeklinde tanımlanır⁷³⁶. Bu tanıma göre, Türkiye’de tescilli bir marka hakkını konu alan uyuşmazlıkta tarafların vatandaşlığının veya yerleşim yerinin uyuşmazlığı tek başına yabancı unsurlu olarak nitelemek için yeterli olmadığı

⁷³⁴ALI İlkeleri, §101, *commentary*.

⁷³⁵Doğan, 2022, ag.k., 7; Aygün, 2014, **a.g.k.**, 1032.

⁷³⁶Yargıtay 9. H.D., 18.05.2021, E. 2021/5065, K. 2021/9195. (Kaynak: Kazancı içtihat arama motoru)

görülebilecektir. Maddî anlamda ülkesellik ilkesi gereği; Türkiye’de tescilli marka hakkı için Türkiye’de gerçekleşen eylemlere karşı koruma talep edildiğinde veya geçerliliği dava konusu edildiğinde, farklı bir hukukun söz sahibi olabilmesi mümkün değildir. Burada marka hakkı sahibinin vatandaşlığı yalnızca teminat yükümlülüğü bakımından önem taşıyabilir. Ancak örneğin; ihlalin yurtdışında gerçekleşmesi veya etkilerinin yurtdışında görülmesi durumunda veya ihlalin birden fazla ülkede gerçekleşmesi durumunda ya da yabancı ülkede tescilli bir marka hakkı konu edildiğinde; uyuşmazlık milletlerarası nitelik kazanacaktır⁷³⁷. Bunun dışındaki durumlarda uyuşmazlık milletlerarası nitelik taşımadığından ülkesellik ilkesi gereği doğrudan SMK uygulanacaktır. Bu, fikrî mülkiyet haklarındaki ülkesellik ilkesinin de gereğidir. Zira ülkesellik ilkesi gereği her ülke kendi egemenlik alanındaki fikrî hakların neler olduğunu ve nasıl korunacağını kendisi belirler.

2. VASIFLANDIRMA

2.1. Genel Olarak Vasıflandırma

Yabancı unsurlu uyuşmazlığa uygulanacak hukuku doğru tespit edebilmek için, ilgili bağlama kuralında geçen kavramların, müesseselerin taşıdığı anlamın doğru nitelendirilmesi gerekir. “Vasıflandırma” olarak adlandırılan bu faaliyet, insan zihninin doğal bir sürecidir⁷³⁸. Önüne yabancı unsurlu bir uyuşmazlık gelen hâkim, öncelikle uyuşmazlıkta geçen kavram ve müesseseleri tespit etmelidir. Böylece uyuşmazlığın hangi hukuk kuralını harekete geçireceği de anlaşılır. Bu faaliyet, iç hukukta herhangi bir problemle karşılaşmaksızın yapılabilirken; uyuşmazlığın birden fazla hukuk düzeni ile ilişkili olması halinde, vasıf ihtilâfı ortaya çıkabilir⁷³⁹. Zira bir kavram-müessese, farklı hukuk düzenlerinde değişik anlamlar taşıyabilir veya bir hukuk düzeninin kabul ettiği kavram başka bir hukuk düzeninde kabul edilmiyor veya bilinmiyor olabilir. Örneğin, zamanaşımı, İngiliz hukukunda usul hukukuna ait bir konu iken Türk hukukunda maddî hukuka ait bir konudur⁷⁴⁰. Zamanaşımının usule veya esasa ait bir konu olarak yorumlanması, davanın sonucunu da etkileyecektir. Bu gibi durumlarda vasıflandırma sorunu (vasıf ihtilâfı) ortaya çıkmaktadır.

⁷³⁷ Aynı yaklaşımın kabul edildiği ALI ilkelerindeki örnekler ve detaylı bilgi için bkz.: ALI İlkeleri, §101, *commentary, illustrations*.

⁷³⁸ Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.** 74.

⁷³⁹ Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 75; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.** 50.

⁷⁴⁰ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.** 49.

Vasıf ihtilâfı, kanunlar ihtilafı kuralına konu teşkil eden kavram veya hukukî ilişkinin hukukî nitelik ve içeriğinin, hâkimin hukukundaki (*lex fori*) anlamı ile yabancı hukuktaki anlamının farklı olduğu durumda ortaya çıkar⁷⁴¹. Bu halde ilgili hukuklardaki vasıflandırmalardan hangisinin dikkate alınacağı sorusu gündeme gelir.

Vasıf ihtilafı, bağlama noktasında ortaya çıkabileceği gibi, bağlama konusunda da ortaya çıkabilir⁷⁴². Bağlama noktasının vasıflandırılmasında gerek Türk gerek yabancı doktrinde herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır ve *lex fori* vasıflandırma kabul edilmiştir⁷⁴³. Buna göre örneğin Türk mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıkta MÖHUK gereği ikametgâh hukukunun uygulanması gerekiyorsa, bağlama noktası olan “ikametgâh”, Türk hukukundaki anlamıyla ele alınmalıdır. Problem, genel anlamda, bağlama konusunun vasıflandırılmasında ortaya çıkar.

Türk hâkimi, önüne yabancı unsurlu uyuşmazlık geldiğinde uyuşmazlık konusunu Türk hukukuna göre vasıflandırır ve belirli bir hukukî kategoriye oturtur. Buna göre ilgili bağlama kuralına göre yetkili hukuku tespit eder. Yetkili yabancı hukukun (*lex causae*), ilgili hukukî ilişkiye hâkimin hukukundakinden farklı bir hukukî nitelik tanınması durumunda vasıf ihtilâfı ortaya çıkar⁷⁴⁴. Kimi zaman da hâkimin önüne gelen yabancı unsurlu olaydaki hukuki müessesesyle ilgili *lex foride* düzenleme bulunmayabilir ve bundan kaynaklı vasıf ihtilafı doğabilir⁷⁴⁵. Vasıf ihtilafının çözümünde *lex fori*, *lex causae*, bağımsız (otonom) ve karma yorumlar kullanılabilir⁷⁴⁶. Türk hukukunda kabul gören yaklaşım, hâkimin aşına olduğu hukuk olan *lex foriye* göre vasıflandırma yapmasıdır⁷⁴⁷. Ancak bu yöntem her zaman doğru sonuçlara ulaştırmayabilir. Bu durumda hâkimin esnek bir yaklaşım benimseyerek *lex causae* vasıflandırmaya da açık olması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁴⁸.

Marka ihlalinden kaynaklanan yabancı unsurlu uyuşmazlık önüne gelen Türk hâkimi ilk olarak uyuşmazlığın fikrî mülkiyet ihlalinden kaynaklı olduğuna ilişkin bir

⁷⁴¹Doğan, 2022, **a.g.k.**, 220-221; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.** 49; Tekinalp, 2020, **a.g.k.**, 36; Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 75.

⁷⁴²Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.** 75.

⁷⁴³Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.** 89; Nomer, 2017, **a.g.k.**, 107.

⁷⁴⁴Doğan, 2022, **a.g.k.**, 221; Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.** 86.

⁷⁴⁵Doğan, 2022, **a.g.k.**, 221; Tekinalp, 2020, **a.g.k.**, 37.

⁷⁴⁶Detaylı bilgi için bkz.: Doğan, 2022, **a.g.k.**, 220 vd.; Tekinalp, 2020, **a.g.k.**, 37-38; Nomer, 2017, **a.g.k.**, 101.

⁷⁴⁷Doğan, 2022, **a.g.k.**, 223.

⁷⁴⁸Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.** 87.

vasıflandırma yapmalıdır. Bağlama konusuna ilişkin bu ilk vasıflandırma, Türk hukukuna göre yapılır. Buna göre Türk hâkimi, SMK ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar uyarınca bir inceleme yapar⁷⁴⁹. Türk hukuku anlamında bir markanın varlığı söz konusu ise MÖHUK'un ilgili hükümleri gereğince uygulanacak hukuk tespit edilir. Birebir Türk hukukundaki şartları sağlayan bir markadan söz edilemiyorsa dahi; ilk vasıflandırmada genel hatlarıyla bir fikrî mülkiyet hakkından söz edilebilmesi yeterlidir. Nitekim MÖHUK m. 23'te yer alan bağlama kuralı da genel anlamda fikrî mülkiyet haklarına ilişkindir. Marka hakkının tescilli olduğu yer bakımından geçerliliği esasa ilişkin bir konu olup vasıflandırmanın konusu yapılmamalıdır. Bu aşamada mahkemenin incelemesi gereken husus, hangi bağlama kuralının uygulanacağını doğru tespit edilebilmesi için ihlal edildiği iddia edilen hakkın genel anlamda bir fikrî mülkiyet hakkı olup olmadığıdır. Örneğin; uyuşmazlık bir koku markasına ilişkin ise, kokuların marka olarak tescil edilip edilemeyeceği vasıflandırmanın konusu değildir⁷⁵⁰. Bu, marka hakkının geçerliliğine ilişkin olup, uyuşmazlığın esasını ilgilendiren bir konudur.

2.2. Marka İhlali, Haksız Rekabet İlişisinin Vasıflandırmaya Etkisi

Vasıflandırma safhasında gündeme gelebilecek önemli bir problem de konunun haksız rekabet mi marka hakkına tecavüz olarak mı ele alınması gerektiğidir. Marka hakkını ihlal eden eylemler çoğu zaman haksız rekabet oluşturan eylemler de olmaktadır⁷⁵¹. Örneğin, uygulamada en sık karşılaşılan haksız rekabet durumu olan karıştırılma (iltibas)⁷⁵², aynı zamanda özel kanunlardaki marka korumasını da devreye sokacaktır⁷⁵³.

İki alan arasındaki bu yakınlık, Paris Sözleşmesi ve buna atıfla TRIPS düzenlemelerine de yansımıştır. Paris Sözleşmesi m. 1/2 'de sözleşmenin amaçları arasında sınai mülkiyet haklarının korunması yoluyla haksız rekabetin önlenmesi de

⁷⁴⁹Çalışmanın maddi hukuka ilişkin ilk bölümündeki açıklamalar, vasıflandırma faaliyeti için dikkate alınmalıdır.

⁷⁵⁰Koku markalarına ilişkin bkz.: Ayhan, Çağlar ve Özdamar, 2019, **a.g.k.**, 313; Ülgen vd., 2019, **a.g.k.**, 455.

⁷⁵¹Marka ihlalinin, haksız rekabetin özel bir görünümünü teşkil etmesiyle ilgili bkz.: Birinci Bölüm, "3.3.2. Tescilli marka haklarında haksız rekabet koruması"

⁷⁵²Konu Türk hukukunda TTK m. 55/1'de düzenlenmiştir.

⁷⁵³Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, "3.3.2. Tescilli Marka Haklarında Haksız Rekabet Koruması"

sayılmıştır. Korumanın hangi durumda haksız rekabet, hangi durumda fikrî mülkiyet korumasını devreye soktuğu millî hukuklarda farklı düzenlenmiş olabilir.

Yabancı unsurlu marka uyumsuzluğunda marka ihlalinin haksız rekabet korumasına mı fikrî mülkiyet korumasına mı tâbi olacağının tespiti, iki duruma ilişkin bağlama kuralları farklı olduğu ve bu konular millî hukuklarda farklı kapsamda düzenlendiği için uyumsuzluğun neticesi bakımından da önemlidir⁷⁵⁴. Konu haksız rekabet olarak değerlendirilirse MÖHUK m. 37/1 gereği uyumsuzluk, haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tâbi olacaktır⁷⁵⁵. Bu halde piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukunun haksız rekabete ilişkin hükümleri uyumsuzluğa tatbik edilecektir. Buna karşılık konu, fikrî mülkiyet koruması kapsamında değerlendirilirse MÖHUK m. 23 gereği koruma ülkesi hukuku uygulanacak ve bu hukukun marka korumasına ilişkin hükümlerine göre uyumsuzluk hakkında karar verilecektir. Konunun haksız rekabet veya fikrî mülkiyet ihlali olarak vasıflandırılması, görevli ve yetkili mahkemenin tespiti bakımından da önem arz eder. Haksız rekabet uyumsuzluklarında Asliye Ticaret Mahkemeleri görevli iken, marka hakkının ihlalinin doğan uyumsuzluklarda Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri (FSHHM) görevlidir⁷⁵⁶. İki durumda milletlerarası yetkinin tespiti de farklı hükümlere tâbidir.

Burada yalnızca *lex fori*ye göre yapılacak vasıflandırma adil olmayan veya milletlerarası özel hukuk menfaatleriyle çelişen sonuçlar doğurabilir. Zira ilgili eylemin haksız rekabet teşkil edip etmediği, kümülatif korumanın mümkün olup olmadığı uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukla Türk hukukunda farklı düzenlenmiş olabilir. Bu noktada davacı marka hakkı veya lisans hakkı sahibinin korumaya ilişkin nitelendirmesi, ilgili hukuktaki vasıflandırmaya ilişkin önemli bir ipucudur. Bu nedenle, vasıflandırma yapılırken davacının hukukî nitelendirmesi de dikkate alınmalıdır. Örneğin davacı, dilekçesinde haksız rekabet iddiasında bulunmuşsa hâkim, uyumsuzluğa ilişkin vasıflandırmayı haksız rekabet olarak yapmalı, MÖHUK m. 37 uyarınca haksız rekabete

⁷⁵⁴Marka hakkının kümülatif korumaya konu olup olmadığı da uyumsuzluğa tatbik edilecek millî hukuka göre belirlenecektir. Kümülatif korumayla ilgili bkz.: Birinci Bölüm, “3.3.2. Tescilli Marka Haklarında Haksız Rekabet Koruması”

⁷⁵⁵ MÖHUK m. 37/2 gereği “Haksız rekabet sonucunda zarar görenin münhasıran işletmesine ilişkin menfaatleri ihlâl edilmişse, söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.”

⁷⁵⁶Yargıtay haksız rekabete ilişkin uyumsuzluğun FSHHM tarafından görevsizlik nedeniyle reddedildiği ilk derece mahkemesi kararı hakkında onama kararı vermiştir. Bkz.: Yargıtay 11. H.D., 04.03.2013, E. 2013/2689 K. 2013/3923 (Kaynak:

uygulanacak hukuku tespit etmelidir⁷⁵⁷. Buna karşı hak sahibi tarafından açıkça marka hakkının ihlaline ilişkin bir koruma talep edilmişse ve haksız rekabet nitelendirmesi yoksa; fikrî mülkiyet hakkı ihlali vasıflandırması yapılacak ve MÖHUK m. 23'e göre ihlale uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Vasıflandırma yapılırken tarafların talebi yanında marka hakkının tescilli olup olmaması da dikkate alınması gereken diğer bir husustur. Zira kural olarak marka koruması tescilli markalar için getirilen özel düzenlemelerle sağlanırken, haksız rekabet koruması tescilsiz markalar içindir⁷⁵⁸.

Davacının herhangi bir hukukî nitelendirmesi bulunmadığı takdirde hâkim, *lex fori* vasıflandırma ile Türk hukukuna göre bir tespitte bulunmalıdır. Haksız rekabet ve marka korumasının bir arada öne sürüldüğü taleplerde ise hâkimin Türk hukukuna göre vasıflandırma yaparak ilgili bağlama kuralına göre uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekir. Kanımızca fikrî mülkiyet koruması özel düzenlemelere tâbi olduğundan ve çoğu zaman haksız rekabete göre daha kapsamlı koruma sağladığından böyle bir durumda vasıflandırma marka ihlali olarak yapılmalıdır.

Hukukumuzda hâkimin taleple bağlı olmasının hukuki nitelendirmeyi kapsamadığı kabul edildiğinden, hâkim hukuki nitelendirmeyi resen yaparak, HMK m. 33 gereği Türk hukukunu resen uygulamak zorundadır. Bu kapsamda hâkim tarafların sunduğu maddi vakıalar ve talepleri dikkate alarak resen bir hukuki nitelendirmede bulunacak ve yine resen MÖHUK'taki ilgili hükmü uygulayacaktır. Hâkim tarafların sunduğu maddi vakıalar ve taleplerle bağlı olmakla birlikte, tarafların hukukî nitelendirmesiyle bağlı değildir⁷⁵⁹. Bu nedenle tarafların talebinin dikkate alınması gerekmeyle birlikte, konunun haksız rekabet veya marka koruması olarak vasıflandırılması en nihayetinde hâkimin takdirindedir.

⁷⁵⁷Haksız rekabete uygulanacak hukukla ilgili bkz.: A. İ. Sarıöz (2012). *Haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 80 vd.; B. Kayış (2012). *Haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilafı*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 111 vd.; Z. D. Tarman (2011). *Haksız rekabetten ve aldatıcı reklamlardan doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk*. Ankara: Beta Yayınevi, s. 151 vd.

⁷⁵⁸Bkz.: Birinci Bölüm, "3.3.2. Tescilli Marka Haklarında Haksız Rekabet Koruması"

⁷⁵⁹Doktrinde Tarman tarafından, davacının talebini fikrî mülkiyet hakkına dayandırması halinde m. 23'ün esas alınması gerektiği ifade edilmiştir. Buna gerekçe olarak da hâkimin taleple bağlı olması gösterilmiştir. Bununla birlikte Tarman ifadesinin devamında iddia edilen fikrî mülkiyet hakkına dayanan talebin dayanaktan yoksun olması halinde m. 37 ile haksız rekabet korumasının devreye girebileceğini de ifade etmiştir (Tarman, 2011, a.g.k., 98).

3. MARKA UYUŞMAZLIKLARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

Yabancılık unsuru taşıyan marka uyuşmazlıklarında Türk mahkemelerinin yetkisinin tespiti, iç hukuk kurallarıyla ilgili olmakla birlikte, HMK anlamında yetkiden farklı sonuçlara sahiptir. Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından yetkisini belirleyen milletlerarası yetki kuralları, hangi yerdeki mahkemenin uyuşmazlık bakımından yetkili olduğuyla ilgilenmez. Bu kuralların ilgilendiği konu, somut marka ihtilâfı bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bulunup bulunmadığıdır.

Marka ihlallerinde milletlerarası yetkinin tespiti için öncelikle, Türk hukukunda milletlerarası yetki sistemi anlaşılmalıdır. Ardından iç hukukta SMK ile getirilen yetki kurallarının, milletlerarası marka uyuşmazlıklarında mahkemelerin yetkisi bakımından nasıl yorumlanması gerektiği doğru olarak tespit edilebilir.

3.1. Genel Olarak Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yetkisini belirleyen “milletlerarası yetki” MÖHUK’ta düzenlenmiştir. Mahkemenin önüne gelen konunun yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık⁷⁶⁰ olması durumunda milletlerarası yetki, MÖHUK m. 40’a göre belirlenir. İlgili madde ifadesine göre “Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin eder.”. İlgili maddede geçen “Türk mahkemeleri” ifadesi sulh hukuk, asliye hukuk, asliye ticaret, fikri ve sınai haklar mahkemeleri gibi özel hukuk uyuşmazlıklarına bakan mahkemeleri kapsar. Ancak ceza mahkemelerinin yetkisi m. 40’ın uygulama alanı dışındadır⁷⁶¹.

Devletler, mahkemelerinin yabancı unsur taşıyan uyuşmazlıklardaki yetkisini düzenlerken, uyuşmazlığın ülke ile bağlantısını dikkate alarak ve egemenlik yetkilerini kullanarak herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın düzenleme yapabilir⁷⁶². Türk devleti de Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına bağlamıştır⁷⁶³. Ancak MÖHUK’ta bazı konularda Türk mahkemelerinin

⁷⁶⁰Tekinalp, çekişmesiz yargı işlerini de bu kapsamda değerlendirmiştir. Bkz.: Tekinalp, 2020, **a.g.k.**, s. 403.

⁷⁶¹Tekinalp, 2020, **a.g.k.**, 404.

⁷⁶²Doğan, 2022, **a.g.k.**, 54.

⁷⁶³C. Süral (2012). Hukuk muhakemeleri kanunun türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine etkisi. *TBB dergisi*, 2012 (100), 167-216, s. 167.

milletlerarası yetkisi, özel hükümlerle düzenlenmiştir. Bu istisnâ yetki hükümlerine bakıldığında; Türklerin kişi hallerine ilişkin davalar (m. 41), yabancıların kişi hâllerine ilişkin bazı davalar (m. 42), miras davaları (m. 43), iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları (m. 44), tüketici sözleşmesine ilişkin davalar (m. 45) ve sigorta sözleşmesine ilişkin davalarda (m. 46) milletlerarası yetkinin özel olarak düzenlendiği görülmektedir⁷⁶⁴. Bu yetki kuralları yanında, tarafların aralarındaki borç ilişkisinden doğacak veya doğmuş bulunan uyuşmazlıkta, yetki sözleşmesi yaparak yetkili mahkemeyi belirlemesi de mümkündür. Yabancı mahkemeler (MÖHUK m. 47) yanında Türk mahkemeleri de yetkilendirilebilir (HMK m. 17)⁷⁶⁵.

MÖHUK'ta özel olarak düzenlenen yetki kurallarının kapsamına giren uyuşmazlıklarda, ilgili kurala göre yetkili bir Türk mahkemesi yoksa, uyuşmazlıkta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bulunmadığı anlaşılmalıdır⁷⁶⁶. Bu kuralların kapsamına giren uyuşmazlıklarda yetkili Türk mahkemesi kurala göre tespit edilemezse, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bulunmadığı kabul edilir ve ayrıca genel hükümlere göre yetki araştırması yapılmaz⁷⁶⁷.

Yabancılık unsuru taşıyan bir davada genel (MÖHUK m. 40 göndermesiyle iç hukuk ve taraf olunan milletlerarası sözleşmeler) ya da özel yetki kurallarına (MÖHUK'ta yer alan yetki kuralları) göre yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı durumlarda, Türk mahkemelerinin uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkisi

⁷⁶⁴Özel yetki kurallarıyla ilgili bkz.: Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 611 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 435 vd.; Tekinalp, 2020, **a.g.k.**, 404 vd.

⁷⁶⁵Özel olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen MÖHUK m. 40 göndermesiyle HMK m. 17 uyarınca Türk mahkemeleri de yetkilendirilebilir (Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 448). Yabancı bir mahkemenin yetkilendirilebilmesi için; MÖHUK m. 47 uyarınca münhasır yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmaması, uyuşmazlığın yabancı unsur taşıması ve borç ilişkisinden doğması gerekir. HMK uyarınca tarafların Türk mahkemelerinin yetkisine karar verebilmesi için daha farklı şartlar aranmıştır. Buna göre tarafların tacir veya kamu tüzel kişileri olması, uyuşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konudan doğması, uyuşmazlığın dayandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması, yetkili kılınan mahkemenin belirli olması ve başka bir Türk mahkemesinin kesin yetkisi bulunmaması gerekir.

⁷⁶⁶MÖHUK'taki özel yetki kurallarının niteliği konusunda doktrinde iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Nomer'in görüşü bu özel yetki kurallarının genel yetkiyi kaldırmadığı yönündedir. Bu konularda yetkinin özel olarak düzenlenmesinin sonucu olarak taraflar bu konularla ilgili yetki sözleşmesi yaparak mahkemelerin yetkisini bertaraf edemeyecektir (E. Nomer (2018). *Milletlerarası usul hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 120-121). Çoğunluk görüşü ise aksi yöndedir. Zira, özel yetki kurallarının düzenleniş biçimleri, bu kuralların HMK anlamında özel yetkili mahkemelerden farklı olduğunu gösterir (Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 435; R. Erten (2017). *Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 171; B. Tiryakioğlu (2012). *Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi*. Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara: Yetkin Yayınları, s.1156-1157).

⁷⁶⁷Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 435, dn. 128; Doğan, 2022, **a.g.k.**, 62.

bulunmaz⁷⁶⁸. Bu durumun iki istisnası vardır: Kesin yetki bulunmayan hallerde yetki itirazında bulunulmaması ve mahkemenin yetkili hale gelmesi veya mücbir sebep, imkânsızlık gerekçesiyle yabancı ülke mahkemelerine başvurulamaması hali (*forum necessitatis*)⁷⁶⁹.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukuk anlamında yetki kurallarından ayıran en önemli konu münhasır yetkidir. Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yalnızca belirli bir devlet mahkemelerinin karar verme yetkisini düzenleyen kurallara “münhasır yetki” kuralları denir⁷⁷⁰. MÖHUK’ ta Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi bulunan hallerde yetki sözleşmesi ile yabancı mahkemelerin yetkilendirilemeyeceği (m. 47) ve Türk mahkemelerinin münhasıran yetkili olduğu konulara ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma/tenfize konu edilemeyeceği (m. 54) düzenlenmiştir⁷⁷¹. Bunun dışında MÖHUK’ta münhasır yetki kuralları açıkça tanımlanıp, sayılmamıştır. Kavramın MÖHUK’ta açıkça düzenlenmemiş olması nedeniyle, ilgili yetki kuralının lafzı ve düzenleme amacı dikkate alınarak münhasır yetkinin tespit edileceği ifade edilmiştir⁷⁷². Buna göre bir kuralın münhasır yetki kuralı olarak kabul edilebilmesi için; kanun koyucunun, düzenlenen konunun yalnızca Türk mahkemelerinde görülmesini amaçlamış olması gerekir⁷⁷³. Öğretide taşınmazın aynından doğan davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren HMK m. 12 hükmünün bir münhasır yetki kuralı olduğu ittifakla kabul edilmektedir⁷⁷⁴. Bunun yanında iflas davalarında da ticaret mahkemelerinin yetkisinin münhasır nitelikte olduğu da kabul edilmektedir.⁷⁷⁵ Bunlar yanında, Türkiye’de yerleşim yeri bulunan kişiler hakkında verilen vesayet kararları

⁷⁶⁸Doğan, 2022, **a.g.k.**, 54.

⁷⁶⁹Doğan, 2022, **a.g.k.**, 54.

⁷⁷⁰Nomer (2018), **a.g.k.**, 129. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz.: H. Ü. Doğan Kaya (2019). *Yabancı unsurlu sınıai mülkiyet uyuşmazlıklarında münhasır yetki*. (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi) Ankara Üniversitesi Akademik Arşiv Sistemi.

⁷⁷¹Tanım/tenfiz engeli olarak münhasır yetkiyle ilgili bkz.: B. Huysal (2013). 6100 sayılı hukuk muhakemeleri kanunu ile getirilen yenilikler ışığında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda bazı tespitler, *MHB*, 32 (1), 71-101, s. 84 vd. Yetki sözleşmesi ve yetki sözleşmesinde taraf iradesinin rolüyle ilgili bkz.: M. Avşar (2021). *Milletlerarası usul hukukunda mahkemelerin yetkisinin belirlenmesinde tarafların irade serbestisi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.

⁷⁷²Doğan, 2022, **a.g.k.**, 73;

⁷⁷³N. Ekşi (2013). *Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi*. İstanbul: Beta Yayınevi, s.27; Doğan, 2022, **a.g.k.**, 73; U. Tütüncübaşı (2017). Yabancı kararların türk hukukunda tanınması konusunda 690 sayılı kanun hükmünde kararname ile düzenlenen yenilikler. *Dokuz eylül üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 19(2), s.110.

⁷⁷⁴Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 606-607; Nomer, 2017, **a.g.k.**, 129; Tütüncübaşı, 2017, **a.g.k.**, 110

⁷⁷⁵2004 sayılı İcra İflâs Kanunu m. 154’te düzenlenen yetki kuralının münhasır yetki tesis ettiğine ilişkin bkz.: G. Güneysu Güngör (1997). *Milletlerarası özel hukukta iflas*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 182. Nomer, 2017, **a.g.k.**, 488.

konusunda da münhasır yetkiyi kabul eden görüşler bulunmaktadır⁷⁷⁶. Bir başka görüş ise MÖHUK m. 44-46'daki özel yetki kurallarının “zayıf tarafı koruyucu münhasır yetki” kuralı getirdiğini savunmaktadır⁷⁷⁷.

Görüldüğü gibi münhasır yetki kurallarının açıkça kanun koyucu tarafından tespit edilmemiş olması, uygulama ve doktrinde yorum farklılıklarına sebep olmaktadır. Yargıtay 2018 tarihinde verdiği bir kararında münhasır yetki kurallarını “*devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümlanlık haklarının kullanılmasını gösteren ve simgeleyen kurallar*” şeklinde tanımlamıştır⁷⁷⁸. Yine aynı kararda Yargıtay, münhasır yetki kuralları tespit edilirken kuralın ifadesi ve konuluş amacından hareket edilmesi gerektiğini ve kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının münhasır yetki teşkil etmediğini de belirtmiştir.

3.2. SMK m. 156 Uyarınca Marka Uyuşmazlıklarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Münhasır Yetki Teşkil Eden Durumlar

Türk mahkemesi önüne marka hakkına ilişkin yabancı unsurlu bir uyuşmazlık geldiğinde veya yabancı mahkemelerden bu konuda alınan kararların Türk mahkemelerinde tanınması/tenfizi talep edildiğinde, milletlerarası yetkinin tespiti gerekir. Özellikle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin münhasır nitelikte olduğu konuların tespiti, tanıma/tenfiz şartlarının sağlanabilmesi bakımından da önem arz eder.

Yabancı unsurlu fikrî mülkiyet hakkından doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisiyle ilgili MÖHUK'ta özel bir düzenleme bulunmaz.

⁷⁷⁶ C. Demir Gökyayla (2011). Milletlerarası özel hukukta vesâyet, *Galatasaray üniversitesi hukuk fakültesi dergisi, prof. dr. ata sakmar'a armağan*, 403-428, s. 418. Yargıtayın vesayet kararlarındaki yaklaşımı için bkz.: D. Elçin (2018). Vesâyet ve kısıtlılık kararlarının verilmesine veya sona ermesine ve vesâyetin yürütülmesine uygulanacak hukuk, türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması. *AÜHFD*, 67(2), 279-354.

⁷⁷⁷ Doktrinde bazı yazarlarca zayıf tarafı koruma amacının gözetildiği iş, tüketici ve sigorta sözleşmesinden doğan davalarda MÖHUK'taki yetki kurallarının (m. 41-43) “sınırlı münhasır yetki” öngördüğü savunulmaktadır. Buradaki yetki kuralları zayıf tarafı koruma amacıyla sınırlı olarak yorumlanmalıdır. Bu görüşe göre, tüketici, işçi veya sigorta ettiren ya da sigortalı tarafından açılacak davalarda Türk mahkemelerinin yetkisi münhasır yetki değildir ve bu taraflarca açılan davalarla ilgili yabancı mahkemelerden verilen kararların Türkiye’de tanınması/tenfizi mümkündür. Ancak zayıf tarafa (tüketici-işçi-sigortalı) karşı yabancı mahkemelerde dava açıldığı takdirde, Türkiye’de tanınması/tenfizi istenen kararlar ilgili Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin varlığı araştırılacaktır. Nitekim Yargıtay içtihadı da bu yöndedir. Bkz.: Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 628, 631, 633. Aksi yönde bkz.: Doğan, 2022, **a.g.k.**, 74. Doktrinde diğer bir görüş ise bu kuralların münhasır yetki kuralı teşkil etmediğini, m. 43 ile birlikte bunların kesin yetki kuralı olduğunu savunmaktadır. Bkz.: Ekşi (2013), **a.g.k.**, 204 vd, 210 vd; Doğan Kaya, 2019, **a.g.k.**, 20-21.

⁷⁷⁸ Yargıtay 20. HD. 26.11.2018, E. 2018/5596, K. 2018/7557 (Kaynak: Doğan, 2022, **a.g.k.**, 74.). Aynı yönde bkz.: Yargıtay HGK., E. 2017/1924 K. 2019/1060 T. 15.10.2019 (Kaynak: Lexpera.com).

Bu nedenle milletlerarası yetkinin tespitiyle ilgili MÖHUK m. 40'ta yer alan genel yetki kuralına binaen Türk hukukunun yer itibariyle yetki kurallarına başvurulur. Türk hukukunda yer itibariyle yetki, genel anlamda HMK'da düzenlenmiştir. HMK m. 5'te özel kanunlardaki yetki hükümleri saklı kalmak üzere, yetkinin HMK'ya tabi olacağı ifade edilmiştir.

Sınai mülkiyet haklarında yetki konusuna ilişkin SMK m. 156'da özel bir düzenleme yer alır. SMK m. 156 düzenlemesinin genel anlamda mülga Marka KHK m. 63 ve m. 71'deki kurallarla aynı yönde olduğunun ve bu dönemde yetkiye ilişkin yapılan tartışmaların geçerli olduğunun da altı çizilmelidir⁷⁷⁹.

SMK m. 156'nın ilk fıkrasına göre; markaya ilişkin hukuk davalarında görevli mahkeme, fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemesidir (FSHHM) (SMK m. 156/1) Fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, asliye hukuk mahkemesince bakılacağı düzenlenmiştir⁷⁸⁰.

SMK m. 156'ya göre marka uyuşmazlıklarında yer bakımından yetkili Türk mahkemesi:

- Türkpatent'in SMK'ya göre aldığı bütün kararlara karşı açılacak davalarda ve Kurumun kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin Kurum aleyhine açacakları davalarda görevli ve yetkili mahkeme Ankara Fikrî ve Sınai Haklar Mahkemesi'dir (SMK m. 156/2).

- Marka hakkı sahibi tarafından üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği ya da bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir (m. 156/3).

⁷⁷⁹Bu nedenle çalışmanın devamındaki açıklamalarda mülga KHK dönemindeki öğretide geçen görüşlere ve içtihadı atıfta bulunulmuştur.

⁷⁸⁰SMK m. 156/1: "(Değişik:22/7/2020-7251/61 md.) Bu Kanunda öngörülen davalarda görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir. Bu mahkemeler, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde Adalet Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, asliye hukuk mahkemesince; fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, asliye ceza mahkemesince bakılır. Bu dava ve işlere bakacak asliye hukuk ve asliye ceza mahkemeleri ile bu mahkemelerin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir."

- Davacının Türkiye’de yerleşim yeri bulunmuyorsa davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki, eğer vekillik kaydı silinmişse Kurum merkezinin bulunduğu Ankara’daki mahkeme yetkilidir (m. 156/4).

- Marka hakkı sahibine karşı üçüncü kişilerin açacağı davalarda, davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Sınai mülkiyet hakkı başvurusu veya sınai mülkiyet hakkı sahibinin Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması durumunda, dördüncü fıkra hükmü uygulanır. (m. 156/5)

TÜRKPATENT bünyesindeki Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) kararlarının iptali talebiyle açılan davalarda Ankara FSHHM’nin SMK m. 156/2’de öngörülen yetkisi, kamu düzenine ilişkin olup, iç hukuk anlamında kesin yetki niteliğindedir⁷⁸¹. Kurum tarafından verilmiş bir karar yokken Kurum’a karşı açılan davalarda bu yetki kuralı uygulanmaz⁷⁸². Madde ifadesi gereği, Kurumun SMK dışında farklı mevzuata göre aldığı kararlar bakımından da kesin yetki söz konusu değildir ve HMK’daki genel hükümlere göre yetki belirlenir⁷⁸³.

Uygulamada sıkça karşılaşılan bir hatanın; hükümsüzlük davasının, markanın adına tescilli olduğu kişi yanında TÜRKPATENT de taraf gösterilerek açılması olduğuna dikkat çekilmiştir⁷⁸⁴. Oysa SMK m. 25/3 ifadesi açıkça “*Marka hükümsüzlük davası, dava tarihinde sicilde marka sahibi olarak kayıtlı kişilere veya hukuki haleflerine karşı açılır. Markanın hükümsüzlüğü davalarında Kurum taraf gösterilmez.*” demektedir. Hükümsüzlük davasının, yalnızca TÜRKPATENT’in taraf gösterilmesi nedeniyle SMK m. 156/2’ye dayanarak Ankara FSHHM’de açılması durumunda, davanın yetkisiz mahkemede açılmış olacağı ifade edilmiştir⁷⁸⁵.

⁷⁸¹O. U. Karaca (2020). *Sınai mülkiyet hakkına ilişkin hukuk uyumsuzluklarında yetkili mahkeme*. IPR Gezgini, <https://bit.ly/3gcB5Kn> (Erişim tarihi: 17.10.2022); Doğan Kaya, 2019, **a.g.k.**, 45; Çolak, 2018, **a.g.k.**, 908-909. Yargıtay da mülga KHK döneminde benzer m. 71/2 hükmünü kesin yetki kabul etmiştir. Bkz.: Yargıtay 11. H.D., 17.10.2005, E. 2004/12167, K. 2005/9890 (Kaynak: Doğan Kaya, 2019, **a.g.k.**, 45, dn. 195.)

⁷⁸²Örneğin TÜRKPATENT’e başvurulmadan doğrudan yerel mahkemede tanınmışlığın tespiti ve tecavüzün önlenmesinin talep edildiği davada, bu yetki kuralının uygulama bulmayacağı ifade edilmiştir. Bkz.: Yargıtay 11. H.D. 26.06.2008, E. 2007/6321, K. 2008/8591 (Kaynak: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 908-909).

⁷⁸³Yine TÜRKPATENT’in herhangi bir kararı bulunmaksızın Kurum’a karşı dava açılan istisnai durumlar da görülebildiği ifade edilmiştir. Bu iki halde Türk mahkemelerinin yetkisi, SMK m.156/2’ye göre değil, HMK’nın yetkiye ilişkin genel düzenlemelerine göre belirlenmelidir (Karaca, 2020, **a.g.k.**).

⁷⁸⁴Karaca, 2020, **a.g.k.**

⁷⁸⁵Karaca, 2020, **a.g.k.**

SMK m. 156/3'te düzenlenen hükümsüzlük davaları ile sınaî mülkiyet hakkına tecavüz davalarındaki yetki kuralının, iç hukuk anlamında kesin yetki olup olmadığı tartışmalıdır⁷⁸⁶. Öğretide bir görüş bu kuralın kesin yetki kuralı teşkil ettiğini ve HMK hükümlerine gidilemeyeceğini savunur⁷⁸⁷. Diğer bir görüş ise konuya ilişkin düzenlemenin kesin yetki kuralı olmadığını ve marka hakkı sahibinin sayılan kural yanında HMK'daki genel yetki kurallarına göre yetkili mahkemelerde de davasını açabileceğini savunmaktadır⁷⁸⁸. Marka hakkı sahibinin, üçüncü kişilere karşı açacakları davalar bakımından (m. 156/3) HMK'daki haksız fiil düzenlemesine benzer bir yaklaşım benimsendiği görülmektedir. Hak sahibine davasını açabileceği birden fazla yetkili mahkeme sunan düzenlemenin amacının, davacıya kolaylık sağlamak olduğu görülmektedir. Bu bakımdan biz de SMK m. 156/3'teki yetki kuralının, genel yetkiyi ortadan kaldırmayan, kesin olmayan yetki kuralı olduğu görüşündeyiz.

Üçüncü kişiler tarafından marka hakkı sahibine karşı açılacak hükümsüzlük davası, iptal davası veya tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin menfi tespit davasında ise yetkili mahkeme, davalı hak sahibinin yerleşim yeridir (SMK m. 156/5)⁷⁸⁹. Burada HMK'daki genel yetkiye paralel bir düzenleme getirilmiştir. Yargıtay da bu kuralın kesin olmayan yetki kuralı olduğuna ve davanın yetkisiz mahkemede açılması halinde ilk itiraza konu olacağına hükmetmiştir⁷⁹⁰. Burada da yetki, hak adına tescilli olan kişi yani hak sahibinin yerleşim yerine göre tespit edilmiştir.

Konuya milletlerarası yetki boyutuyla bakıldığında farklı değerlendirmeler bulunmaktadır. Mülga Marka KHK döneminde konuya ilişkin yapılan tartışmalarda Kurum'un aldığı kararlara karşı açılacak davalarda Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır nitelikte olup olmadığına ilişkin bir tartışma bulunmamaktadır⁷⁹¹. Kanımızca SMK m. 156/1 düzenlenme şekli ve amacı göz önüne alındığında TÜRKPATENT'in SMK'ya göre verdiği markanın tescilini etkileyecek nitelikteki kararlarına karşı açılacak

⁷⁸⁶Bkz. Mülga Marka KHK m. 63/1.

⁷⁸⁷Karaca, 2020, **a.g.k.**; Tekinalp, 2012, **a.g.k.** 654.

⁷⁸⁸B. Erdem (2005). Fikri haklara ilişkin davalarda türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin niteliği. *Legal fikri ve sınaî haklar dergisi*, (3) 2005, 687-699, s. 695; H. Yasaman vd. (2004). *Marka hukuku 566 sayılı KHK şerhi, Cilt II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 1155; Arkan, 1998, **a.g.k.**, 259-260.

⁷⁸⁹Doğan Kaya, 2019, **a.g.k.** 46; Çolak, 2018, **a.g.k.**, 1035.

⁷⁹⁰Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 25.4.2011, E. 2009/12224, K. 2011/4967 (Kaynak: Doğan Kaya, 2019, **a.g.k.**, 46, dn. 203.) Aynı yönde bkz.: Yargıtay 11. H.D. 24.10.2011, E. 2010/2678, K.2011/14346 (Kaynak: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 1037.

⁷⁹¹Mülga Marka KHK m. 71 ve m. 53. Bkz.: Erdem, 2003, **a.g.k.** 161.

davalarda Ankara FSHHM'nin milletlerarası yetkisinin münhasır nitelikte olduğu açıktır⁷⁹².

Ancak marka hakkı veya başvuru sahibi tarafından üçüncü kişilere ve üçüncü kişiler tarafından bahsi geçen kişilere karşı açılan davalarda yetki konusunda m. 63'ün⁷⁹³ niteliğiyle ilgili iki farklı görüş ortaya çıkmıştır: Öğretide *Sargın*, ilgili düzenlemelerin tamamının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamında olduğu görüşündedir⁷⁹⁴. *Sargın* ilgili yetki düzenlemelerinin marka hakkı sahibine kolaylık sağlama amacıyla getirilmediğini, esas korunmak istenenin “*millî ekonomi içindeki yeriyle Türk marka hakkının kendisi ile kamunun genel menfaatleri*” olduğunu savunmuştur⁷⁹⁵. Yazara göre, yetki düzenlemesinin konuluş gayesi Türkiye’de tescilli markalarla ilgili uyuşmazlıkların her durumda Türk mahkemesinde görülmesini sağlamaktır⁷⁹⁶. Buna karşı *Erdem* ihlal davaları bakımından bir ayrım yapmıştır. İlgili düzenlemenin amacının her durumda yetkili bir Türk mahkemesi bulundurarak hak sahibini korumak olduğunu savunan *Erdem*, hak ihlalleri söz konusu olduğunda m. 63'ün münhasır yetki olarak değerlendirilemeyeceği görüşündedir⁷⁹⁷. Bu dönemde *Şanlı* ise ilgili yetki kuralının her somut olayda özel olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Yazar, tazminat davaları dışında kalan tüm konular bakımından m. 63'te düzenlenen mahkemelerin münhasır yetkili olduğunu savunmuştur⁷⁹⁸.

Kanımızca markanın tescili ve geçerliliğine ilişkin davalarla ilgili olarak SMK m. 156'da düzenlenen mahkemelerin milletlerarası usûl hukuku anlamında münhasır yetkili

⁷⁹²Doğan Kaya, 2019, **a.g.k.**, 73.

⁷⁹³Mülga Marka KHK m. 63- “*Marka sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir.*

Davacının Türkiye’de ikamet etmemesi halinde, yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmiş ise, Enstitünün merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.

Üçüncü kişiler tarafından marka başvurusu veya marka sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının ikametgahının bulunduğu yerdeki mahkemedir. Marka başvurusu veya marka sahibinin Türkiye’de ikamet etmemesi halinde, ikinci fıkra hükmü uygulanır.

Birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumda, yetkili mahkeme, ilk davanın açıldığı mahkemedir.”

⁷⁹⁴F. Sargın (2005). *İnternet aracılığıyla gerçekleşen marka ihlalleri hakkında milletlerarası yetkiyi haiz mahkemeler ve uygulanacak hukuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 221 vd.

⁷⁹⁵Sargın, 2005, **a.g.k.**, 221.

⁷⁹⁶Sargın, 2005, **a.g.k.**, 222.

⁷⁹⁷B. Erdem (2003). *Fikrî hukukta türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi*. İstanbul: Beta Basım, s. 195.

⁷⁹⁸Şanlı, bu bağlamda markanın tescili, terkin, iptal ve tashihi ile tecavüzün tespiti ve önlenmesi gibi pek çok konuda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu görüşündedir. Detaylı bilgi için bkz.: C. Şanlı (2002). *Uluslararası ticari akitlerin hazırlanması ve uyuşmazlıkların çözüm yolları*. (2. Bası), İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 127.

olduğu söylenebilir⁷⁹⁹. Buna göre Türkiye’de tescilli markanın iptal ve hükümsüzlüğüne ilişkin davalarda Türk mahkemeleri münhasıran yetkilidir⁸⁰⁰. Ancak bunun dışında kalan konularda Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır nitelikte olmadığı görüşündeyiz. Mülga Marka KHK’da düzenlenen iptal davası, SMK ile TÜRKPATENT’e başvuru şartına bağlanan bir idarî iptal sistemine çevrilmiştir⁸⁰¹. SMK m. 26 düzenlemesi 10.01.2024’ten itibaren uygulanacağından, bu tarihe kadar yapılacak iptal başvurularında mahkemeler yetkilidir.

Milletlerarası usul hukukunda “münhasır yetki” bulunan konularda davanın, mutlaka Türk mahkemelerinde görülmesi gerektiği kabul edilir⁸⁰². Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi bulunan davalarda, yetki sözleşmesi ile başka ülke mahkemeleri yetkilendirilemez ve yabancı mahkemeden bu konulara ilişkin alınan kararlar, Türkiye’de tanıma-tenfize konu edilemez⁸⁰³. SMK’ya göre korunan bir markaya ilişkin TÜRKPATENT’in verdiği kararlara karşı açılan iptal ve hükümsüzlük davalarında Türk mahkemelerinin yetkisi münhasır nitelikte olduğundan, bu konularda yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır⁸⁰⁴. Yine bu davalarda Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi dava şartı olarak gözetilmelidir. Taraflar yetki itirazında bulunmasa bile hâkimin münhasır yetkiyi re’sen dikkate alması gerekir⁸⁰⁵.

Konuyla ilgili bir diğer önemli nokta marka hakkı sahibinin Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması durumunda yetkinin tespitidir. SMK m. 156/4 ifadesi gereği

⁷⁹⁹Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 741; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 434; Çolak, 2018, **a.g.k.**, 1059. Bu kural HMK m. 12’deki yetki kuralına benzetilmiştir. Zira HMK m. 12’de taşınmazın aynından doğan davalarda yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olarak belirlendiği gibi burada da hakkın tescil edildiği yerdir.

⁸⁰⁰Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 600; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 434; Doğan Kaya, 2019, **a.g.k.**, 71; Ekşi, 2013, **a.g.k.**, 216.

⁸⁰¹Mülga Marka KHK’de tescilli markaların iptali ve hükümsüzlüğü için mahkemeye başvuru şartı aranıyordu. Bu durum, marka hakkı ihlali iddialarının incelenmesinde gereken hızı sağlayamıyordu. Bu problemin önüne geçmek için SMK m. 26 ile TÜRKPATENT nezdinde idari iptal mümkün hale gelmiştir. İdari iptale; markanın kullanılmaması, markanın jenerik hale gelmesi, markanın halkı yanıltması, garanti ve ortak markaların teknik şartnameye aykırı kullanılması hallerinde başvurulabilir. Ancak bu hüküm 10.01.2024 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanacaktır (SMK m.192/1-a). Bu tarihe kadar üçüncü kişiler, marka iptali için “marka iptal davası” ile mahkemelere gitmek zorundadır. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz.: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 954 vd.

⁸⁰²Bir yetki kuralının münhasır yetki kuralı olduğunun kabul edilebilmesi için maddenin düzenleniş şekline ve amacına bakılması gerekir. İç hukukta kesin yetkiye tabi her konu, milletlerarası usul hukuku anlamında münhasır yetki kabul edilemez (Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 602).

⁸⁰³Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 602.

⁸⁰⁴Doğan Kaya, 2019, **a.g.k.**, 72; Erdem, 2005, **a.g.k.**, 697.

⁸⁰⁵MÖHUK m. 40’ın HMK’ya yaptığı gönderme nedeniyle; münhasır yetki, iç hukukta HMK m. 19/1’de düzenlenen kesin yetkiye bağlanan sonuçlara tabidir (Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 602).

“Davacının Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Kurum merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.” Buna göre marka hakkı sahibinin üçüncü kişilere karşı tecavüze ilişkin açacağı davalarda yetkili mahkeme; marka hakkı sahibinin sicilde kayıtlı vekilinin işyerinin bulunduğu yer mahkemesi, vekilin sicil kaydı silindiyse Ankara mahkemeleridir. Üçüncü kişilerin Türkiye’de tescilli marka hakkı sahibine karşı açtığı davalar bakımından da m. 156/5’te aynı hükme (156/4) gönderme yapılmıştır. Ancak hatalı bir ifadeyle m. 156/5’te “Sınai mülkiyet hakkı başvurusu veya sınai mülkiyet hak sahibinin Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde, dördüncü fıkra hükmü uygulanır.” denilerek davalı esas alınmıştır. Oysa 156/4’te davacının yerleşim yeri esas alınmıştır. Burada kanun koyucunun varsayımsal iradesi dikkate alınarak üçüncü kişilerin Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan kişilere karşı açacağı davalarda, bunların sicilde kayıtlı vekillerinin işyerlerinin bulunduğu yer mahkemelerinin yetkili olduğu kabul edilmelidir⁸⁰⁶.

Davalının yerleşim yerinin Türkiye’de olmadığı durumlarda, SMK m. 156/3 ve 156/5’i kesin yetki kuralı olarak kabul etmediğimizden, hükümsüzlük davaları ile tecavüzden doğan davaların, HMK m. 9 gereği, davalının mutad meskeninde veya tecavüzden doğan davalarda uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabileceğini savunuyoruz⁸⁰⁷. Ancak uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu yer, SMK m. 156/3 gereği “hukuka aykırı fiillerin gerçekleştiği yer” veya “fiilin etkilerinin görüldüğü yer” olarak da yorumlanabilir. Bu nedenle HMK m. 9 yalnızca, davalının mutad meskeni mahkemelerini yetkilendirmesi bakımından önem taşıyacaktır⁸⁰⁸.

Yerleşim yeri ve mutad mesken kavramlarının yorumlanması ve tespiti ise *lex fori*ye göre yapılır⁸⁰⁹. Nitekim HMK m. 6/2’de yerleşim yeri kavramının 4721 sayılı Türk

⁸⁰⁶Öğretide bu halde davalı marka hakkı sahibinin değil, davacının esas alınarak davacının yerleşim yeri mahkemelerinin yetkili kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz.: Karaca, 2020, **a.g.k.**, son paragraf. Ancak kanaatimizce kanun koyucu burada her halde sicil kaydını üstün kabul ederek sicildeki hak sahibine kolaylık sağlamayı amaçladığından, marka hakkı sahibinin vekilinin Türkiye’deki yerleşim yeri esas alınmalıdır. Nitekim m. 156/5 ilk cümlesinde de davalının yerleşim yeri esas alınmıştır.

⁸⁰⁷Bu kuralların kesin yetki kuralı olarak yorumlanması durumunda HMK m. 6 ve HMK m. 9 uygulanamayacaktır. Detaylı bilgi için bkz.: Doğan Kaya, 2019, **a.g.k.**, 48-49.

⁸⁰⁸Doğan Kaya, 2019, **a.g.k.** 48.

⁸⁰⁹Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 417

Medeni Kanunu’na⁸¹⁰ (TMK) göre belirleneceği düzenlenmiştir. Yerleşim yeri TMK m. 19 uyarınca gerçek kişiler için, yerleşme niyetiyle oturulan yerdir. Tüzel kişiler bakımından yerleşme yeri ise TMK m. 51 uyarınca işlerinin yönetildiği yerdir.

Görüldüğü üzere, SMK m.156 düzenlemesi, Türkiye’de SMK’ya göre korunan markalar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tespit ederken başvurulacak yetki hükmüdür. Ancak Türkiye’de tescil edilmemiş, yabancı markalar bakımından da bu maddenin uygulanıp uygulanamayacağı belirsizdir. Mülga Marka KHK döneminde öğretideki yorumlara bakıldığında, konuya olumsuz yaklaşıldığı görülmektedir. Zira Marka KHK m. 1’de yer alan ve açıkça kanunun uygulama alanını Türkiye’de tescilli markalarla sınırlayan düzenleme gereği⁸¹¹, yetki kuralının yabancı markaları kapsamadığı savunulmuştur⁸¹². Ancak mevcut SMK’da bu düzenleme yer almadığından bu yorumun geçerliliğini kaybettiğini düşünüyoruz. Bu nedenle, kanımızca MÖHUK m. 40 göndermesiyle bunlar hakkında da öncelikle SMK m. 156 özel yetki düzenlemesi olarak uygulanabildiği ölçüde uygulanmalı, kalan konularda HMK’daki genel yetki hükümlerine gidilmelidir. Buna göre örneğin, yabancı marka hakkının ihlaline ilişkin Türkiye’de açılan davada Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi SMK m. 156/3’e göre tespit edilecektir. Ancak tescile ilişkin konularda yetkili mahkeme SMK m. 156/2’ye göre tespit edilemeyeceğinden, HMK m. 6’daki genel yetki kuralına gidilecektir⁸¹³. Davalının yerleşim yerinin Türkiye’de bulunmadığı durumda ise HMK m. 9 gereği Türkiye’deki mutad meskenin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır. Yurtdışında tescilli markalar bakımından en önemli farkın, münhasır yetki konusunda ortaya çıktığının altı çizilmelidir. Yabancı markalara ilişkin hiçbir hususta Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi bulunmadığı görüşündeyiz.

⁸¹⁰R.G., 8.12.2001, 24607.

⁸¹¹Marka KHK m.1/1 düzenlemesi şu şekildedir: “*Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasını sağlamaktır.*”

⁸¹²Erdem, 2003, **a.g.k.**, s. 136; Sargın (2005), **a.g.k.**, 216.

⁸¹³Bununla birlikte markanın tescilini etkileyen konularda, tescil yeri mahkemelerinin yetkisinin pek çok hukukta münhasır yetki olarak düzenlendiği de hatırdadır bulunmalıdır. Buna göre Türk mahkemesinden alınan yabancı bir marka hakkının tescilini etkileyecek kararlar, çoğunlukla yurtdışında tanıma/tenfiz engeliyle karşılaşacaktır.

3.3. Marka Hakkının İhlalinde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Tanıma/Tenfiz Bakımından Etkileri

Marka hakkına tecavüz iddiasını konu alan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme, SMK m. 156/3'te düzenlenmiştir⁸¹⁴. İlgili fıkra ifadesi gereği; marka hakkı sahibi tarafından üçüncü kişilere karşı açılacak davalarda, davacının yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği ya da bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemeleri yetkilidir. Bu yetki kuralına göre; markanın korunmasına ilişkin açılacak tecavüzün tespiti, önlenmesi, durdurulması ve kaldırılması ile maddi ve manevi tazminat davalarında bu mahkemelerin milletlerarası yetkisi bulunur.

İlgili düzenleme mülga Marka KHK m. 63/1 ile paralel olduğundan, SMK'nın yürürlüğe girmesinden önce konuya ilişkin tartışmalar, geçerliliğini korumaktadır. Tecavüz davaları bakımından getirilen bu yetki kuralının niteliğine ilişkin iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Öğretideki ağırlıklı görüş, marka hakkına tecavüz iddiasına dayalı davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin münhasır nitelikte olmadığını savunmuştur⁸¹⁵. Diğer bir görüş ise tecavüz davalarında Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır nitelikte olduğu yönündedir⁸¹⁶. Bununla birlikte tecavüz davalarında münhasır yetkiyi kabul etmekle birlikte, tazminata ilişkin konuları münhasır yetki kapsamı dışında bırakan bir görüş de bulunmaktadır⁸¹⁷.

Genel anlamda hak sahibinin üçüncü kişilere karşı açacağı davalarda yetkiyi düzenleyen SMK m. 156/3 hükmü, HMK m.16'da haksız fiiller için getirilen yetki

⁸¹⁴İhtiyatî tedbirde yetki konusunda bkz.: B. Tiryakioğlu (2020). Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda türk mahkemelerinin ihtiyatî tedbir kararı alma yetkisi. *Public and Private International Law Bulletin*, 40 (2), 917-935.

⁸¹⁵Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 434; Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 600; Doğan Kaya, 2019, **a.g.k.**, 73; Çolak, 2018, **a.g.k.**, 1058.

⁸¹⁶E. Esen (2012). Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde münhasır yetki kavramı. *MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e armağan*, 22 (2), s. 203; Sargın, 2005, **a.g.k.**, 221; Şanlı, 2002, **a.g.k.** 127. Bununla birlikte Esen ve Şanlı'nın ortak yazarlık yaptığı eserde aksi görüş savunulduğundan yazarların bu görüşlerinin değiştiği anlaşılmaktadır. Bkz.: Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 434.

⁸¹⁷Şanlı bu dönemde tazminat dışında kalan konularda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu görüşündedir. Ancak daha sonra tecavüzden doğan tüm konuları münhasır yetki kapsamından çıkartarak görüşünü değiştirmiştir. Bkz.: Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 434.

kuralına paraleldir^{818 819}. Her iki düzenlemede de hak sahibini koruyan bir yaklaşım olduğu görülmektedir. Bu nedenle iki yetki kuralında da HMK m.6'daki genel yetki kuralının aksine, davacının/hakkı ihlal edilenin yerleşim yerine de yetki tanınmıştır^{820 821}. Bu yorumla davacıya tanınan imkân, davacıyı her durumda karşı tarafa karşı korunması gereken bir pozisyona koyarak avantaj tanıdığı gerekçesiyle eleştirilebilir. Nitekim bu eleştiri haksız fiillere ilişkin yetki kuralı bakımından getirilmiştir⁸²². Ancak burada resmî kurum tarafından tutulan sicile dayanan bir hak iddiası söz konusudur. Bu nedenle tıpkı tapu siciline duyulan güven gibi, bu sicile duyulan güven gereği de hak iddiasında bulunan kişinin aksi iddia edilene kadar hak sahibi olduğunun kabulü gerekir. Bu halde tescilli hak sahibine hakkını korumak için avantaj tanınmasının yerinde bir yaklaşım olduğu kanatındayız.

SMK m. 156/3 gereği; marka hakkı sahibi, kendi yerleşim yeri yanında, hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği ya da bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemelerinde de dava açabilir. Bu yetki kuralının kesin nitelikte olmadığı kabul edilecek olursa, HMK m.6'daki genel yetki kuralı gereği, davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi de devam etmektedir⁸²³.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından bu düzenleme ne anlama gelmektedir? Kanımızca hükmün düzenlenme şeklinden, marka sahibi tarafından bu konularda açılacak davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin, münhasır

⁸¹⁸HMK m. 16: “(1) *Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.*”

Haksız rekabette mahkemelerin milletlerarası yetkisi HMK m. 16'ya göre tespit edilir. Bu bakımdan iki düzenlemenin paralel olması olumludur.

⁸¹⁹Nitekim haksız rekabet davalarında da HMK m. 16'daki haksız fiiller için getirilen yetki kuralı uygulanır. Bkz.: L. Ş. Görgün, L. Börü, B. Toraman ve M. Kodakoğlu (2020). *Medenî usûl hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları (9. bası), s. 167.

⁸²⁰Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 577, 602.

⁸²¹Zarar görene kendi yerleşim yeri mahkemesinde dava açma imkânı tanıyan bu kural, aşırı yetki tesis eden bir kural olarak değerlendirilerek, Türk mahkemelerinden alınan kararların yabancı mahkemelerde tanıma/tenfizine engel olabilir. Konuyla ilgili bkz.: S. Özel (2012). Haksız fiillere ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin yetkisini belirleyen HMK m. 16 kuralının karşılaştırmalı hukuk açısından değerlendirilmesi. *Bahçeşehir üniversitesi hukuk fakültesi kazancı hakemli hukuk dergisi*, 2012(8), 7-35. Fikrî mülkiyet hakkındaki ülkesellik prensibi nedeniyle, hak sahibinin yerleşim yeri mahkemesi bakımından aşırı yetkinin gündeme gelme ihtimali daha düşüktür. Zira burada aynı zamanda ülkede tescilli bir hakkın varlığı da söz konusu olacaktır.

⁸²²Haksız fiillerde yetkiye ilişkin HMK m. 16'da davacıya tanınan imkân, davacıyı her durumda karşı tarafa karşı korunması gereken bir pozisyona koyarak avantaj tanıdığı gerekçesiyle öğretide eleştirilmiştir. Bkz.: Görgün vd., 2020, **a.g.k.**, 167; Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 577.

⁸²³B. Kuru ve B. Aydın (2021). *Medenî usûl hukuku* (5. bası). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 68; Börü vd., 2020, **a.g.k.**, 167.

nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır. Zira burada amaç, her durumda Türk mahkemelerinin yetkili olmasından ziyade; tıpkı haksız fiillerde olduğu gibi, hak sahibine birden fazla yetkili mahkemede davasını açma imkânı sunarak kolaylık sağlamaktır⁸²⁴. Aksi yorum, maddenin düzenleniş amacına ters neticeler doğuracaktır⁸²⁵. Örneğin hak sahibinin Türkiye’de tescilli markasına karşı gerçekleşen tecavüze karşı, yerleşim yeri olan Hollanda’da tazminat davası açtığını düşünelim. Bu kararın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konu olması gerekçesiyle tenfiz edilmemesi halinde davacı, Türkiye’de tekrar davasını açmaya mecbur bırakılacaktır. Hak sahibinin Türkiye’de tescilli hakkı için her durumda Türkiye’de dava açmasını zorunlu kılmak ve yurtdışından alınan mahkeme kararlarına Türkiye’de etki tanımamak, marka hakkının adeta taşınmaz mülkiyeti gibi ele alınması sonucunu doğuracaktır. Bu yaklaşım Türkiye’de tescilli marka hakkı sahibini koruma amacıyla bağdaşmaz ve bu halde hak sahibi için bir kolaylıktan söz edilemez. Tecavüze ilişkin davalarda tescili etkileyen bir durum olmadığı sürece ve yasal koşulları da bulunuyorsa, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin söz konusu olmadığı görüşündeyiz⁸²⁶. Yargıtay da marka ve patent haklarına tecavüze ilişkin yabancı kararlarda tenfiz şartlarını incelediği sair kararlarında aynı esası kabul etmiştir⁸²⁷.

Marka hakkına tecavüzün tespiti, önlenmesi, kaldırılması, sona erdirilmesi ve tazminat konularında Türk mahkemesinin yetkisi iç hukuk anlamında kesin yetki olmadığından; yetkili mahkeme dışında bir mahkemede dava açılır ve HMK m. 19’a göre yetki itirazında bulunulmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hale gelecektir⁸²⁸. Bu durumda iç hukuk bakımından yetkili hale gelen mahkemenin, milletlerarası yetkisi de tesis edilmiş olur.

Tecavüze ilişkin konularda yetkinin münhasır nitelikte olmamasının sonucu olarak, yabancı mahkemeden bu konularda alınan kararların Türkiye’de tanınması ve tenfizi de

⁸²⁴Erdem, 2005, **a.g.k.**, 192-193. Aksi yönde bkz.: Sargın, 2005, **a.g.k.**, 221-222.

⁸²⁵Aynı yönde bkz.: Doğan Kaya, 2019, **a.g.k.**, 74.

⁸²⁶Aynı yönde bkz.: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 1058; Doğan Kaya, 2019, **a.g.k.**, 73.

⁸²⁷Yargıtay 11. H.D. 05.03.2015, E. 2014/17914, K. 2015/2986 (Kaynak: Lexpera.com); Yargıtay 11. H.D. 08.05.2014, E. 2014/1417, K. 2014/8769. (Kaynak: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 1058.)

⁸²⁸Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 607-609.

mümkün olacaktır⁸²⁹. Ancak markanın tescilini etkileyen kararlar bakımından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi devam eder.

Bu noktaya kadar yapılan açıklamalar, haksız fiilin veya etkilerinin yurtdışında görüldüğü yabancı unsurlu marka ihlallerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkindir. Ancak bunlar yanında yabancı unsurlu marka uyuşmazlığı teşkil eden bir durum daha vardır: Yurtdışında tescilli yabancı markalara ilişkin ihlal iddiaları. Bu halde cevaplanması gereken soru şudur: ***Türkiye’de görülmekte olan yabancı marka hakkının⁸³⁰ ihlaline ilişkin davada Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespitinde de SMK mı uygulanmalıdır?***

Önceki başlıkta da ifade ettiğimiz üzere SMK’nın, Mülga Marka KHK aksine⁸³¹, uygulama alanını açıkça sınırlamaması nedeniyle yetkiye ilişkin hükümlerin yabancı markalara ilişkin davalarda da uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiği görüşündeyiz. Bu nedenle yabancı markanın ihlaline ilişkin Türkiye’de açılan davada Türk mahkemesinin yetkisini özel düzenleme olan SMK m. 156/3 belirleyecektir. Bu düzenlemeye göre hak sahibinin yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yer ya da bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer Türkiye’deyse Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bulunur. Bu kural kesin değil, alternatif yetki kuralı olarak değerlendirildiğinde HMK’daki genel düzenlemeler de dikkate alınmalıdır. Buna göre tecavüzde bulunanın yani davalının yerleşim yeri Türkiye’deyse veya zararın Türkiye’de meydana gelme ihtimali varsa Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bulunduğu kabul edilmelidir. Davalının yerleşim yerinin Türkiye’de bulunmadığı durumda ise HMK m. 9 gereği Türkiye’deki mutad meskenin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır.

Konuyla ilgili uygulamada gündeme gelebilecek önemli bir sorun, tecavüz davalarında savunma olarak marka hakkının geçersizliği iddiasının ileri sürülmesidir. Bu

⁸²⁹Marka hakkına ilişkin yabancı mahkemelerden alınan kararların tanınması ve tenfizinde yetkili mahkeme, kendisine karşı tanıma/tenfiz istenen kişinin Türkiye’deki yerleşim yeri veya sâkin olduğu yer asliye hukuk mahkemesidir (MÖHUK m. 51/1-2). Kişinin Türkiye’de yerleşim yeri veya sâkin olduğu bir yer yoksa; Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemeleri tanıma/tenfiz kararı için yetkili kabul edilir (MÖHUK m. 51/2).

⁸³⁰Yabancı marka ile ifade edilmek istenen, Türkiye dışında yabancı bir ülkede tescil edilmiş veya tescil başvurusunda bulunulmuş marka hakkıdır.

⁸³¹Mülga Marka KHK m. 1/1: “Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasını sağlamaktır.”

durumda milletlerarası yetkinin tecavüz iddiasına göre mi, hakkın geçersizliği iddiasına göre mi belirleneceği sorusu ortaya çıkar.

Türkiye’de tescilli marka hakkının varlığına ve geçerliliğine ilişkin konular, daha önce de ifade edildiği üzere, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi dahilindedir. Hakkın varlığı ve geçerliliği konusu AB hukukunda da haksız fiil boyutundan ayrılarak münhasır yetki kuralıyla düzenlenmiştir⁸³². Bu problemin tartışıldığı AB hukukunda iki farklı görüş öne sürülmüştür. Bunlardan ilki, tecavüz iddiasına dayanan davada, davalının savunma olarak geçersizliği ileri sürmesi durumunda haksız fiilin dikkate alınması gerektiğini savunur. Buna göre, tecavüz davasının açıldığı mahkeme, münhasır yetki kuralına rağmen, hakkın geçersizliği iddiası için de yetkili sayılacaktır. Bu görüş benimsenecek olursa, marka hakkının ihlaline ilişkin yabancı mahkemelerden alınan ve Türkiye’de tescilli marka hakkının geçerliliğine ilişkin hüküm içeren kararların tanınması/tenfizi mümkün olabilecektir.

Konuyla ilgili diğer görüş ise tescil yerinin münhasır yetkisinin devam ettiğini ve bunun dikkate alınması gerektiğini öne sürer⁸³³. Bu görüş, fikrî hakların ülkeselliği prensibiyle ve SMK m. 156’deki yetki düzenlemesiyle de uyumludur. Bahsi geçen görüşe göre, marka hakkına ilişkin bir tecavüz davasında tescilin veya marka hakkının geçersizliği savunması yapılırsa, bu iddianın tescil yeri mahkemesi tarafından incelenmesi gerekir. Nitekim ABAD, patent hakkına tecavüz iddiasından kaynaklanan davada verdiği kararda⁸³⁴ bu görüşü savunarak, tecavüz iddiasına bakan mahkemenin, patentin geçerliliği konusunda milletlerarası yetkisi bulunmadığına hükmetmiştir⁸³⁵. İlgili

⁸³²AB hukukunda marka ihlalinin doğan davalarda mahkemelerin milletlerarası yetkisiyle ilgili bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, “2.2.1.2. Kıta Avrupası Yaklaşımı (Avrupa Birliği Yetki Kuralları)”

⁸³³*Coin Controls Ltd v Suze-International (UK) Ltd* (1999) Ch. 33 kararında; yargılamanın, hakkın geçerliliği üzerinde yoğunlaşması halinde, tecavüz davasının bütün olarak bu hükme tabi tutulabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüş *Fort Dodge Animal Health Ltd v Akzo Nobel NV* (1998) F.S.R. 222 (CA) kararında da kabul edilmiştir. Ancak *Fort Dodge* davasında İngiliz temyiz mahkemesi konuya şüpheyile yaklaşmış ve konuyu Adalet Divanı’na iletmiştir. Taraflar bu aşamada anlaşmaya vardığı için Adalet Divanı, dosyayı kapatmıştır (Dicey, Morris and Collins, 2012, **a.g.k.**, 524).

⁸³⁴*Gesellschaft für Austreibstechnik mbh & Co KG v Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG* (2006) ECR I-6509 (GAT). (Kaynak: Eur-Lex)

⁸³⁵GAT kararına konu uyuşmazlıkta patent hakkının ihlaline ilişkin davada hakkın geçersizliği ileri sürülmüştür. Düsseldorf Temyiz Mahkemesi, Brüksel I Konvansiyonu m. 16/4’teki münhasır yetki kuralının nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin bilgi istemiştir. Adalet Divanı, konuya ilişkin muhtemel üç yaklaşım sunmuştur:

- Münhasır yetki ancak asıl iddia patentin geçerliliğine ilişkinse uygulanır

kararda, patent hakkının geçerliliğine veya tescile ilişkin konuların, iddia veya savunma olarak ileri sürülmesine bakılmaksızın, tescil yerinin münhasır yetkisine tâbi olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ancak mahkeme bu durumda ne yapılacağına ilişkin bir formül de sunamamıştır⁸³⁶. Öğretide savunulan görüşlerden birisi, bu durumda mahkemenin tecavüze ilişkin yargılamayı durdurması ve münhasır yetkili mahkemeden hakkın geçerliliğine ilişkin alınacak karara göre yargılamaya devam etmesi gerektiği yönündedir⁸³⁷. Ancak bu yöntem yargılamayı öngörülemez bir şekilde uzatacağından hak kayıplarını da arttırma ihtimali vardır. Bu tehlikeye rağmen, ABAD’ın GAT kararındaki bahsi geçen yaklaşımı, Brüksel I Tüzüğü’nde fikrî mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemenin kaynağını oluşturmuştur⁸³⁸. Tüzük m. 24/4’te hakkın geçerliliğinde tescil ülkesinin münhasır yetkisi düzenlenirken açıkça, konunun dava veya savunma olarak ileri sürüldüğüne bakılmayacağına altı çizilmiştir.

Yargıtay’ın konuyla ilgili bir kararı -her ne kadar yabancılık unsuru taşımasa da- Türk hukukundaki yaklaşımın anlaşılması bakımından önemlidir. Yargıtay, hükümsüzlük ve tecavüze ilişkin konuların birlikte görüldüğü davada yetkili mahkemenin, hükümsüzlük iddiasındaki yetkili mahkeme olduğuna hükmetmiştir⁸³⁹. Karar, mülga KHK döneminde verilmiş olup artık SMK m. 155 ile geçerliliğini yitirdiği savunulmaktadır⁸⁴⁰. Zira SMK m. 155 ifadesi gereği artık “*Marka hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez.*”. Dolayısıyla bu tip davalarda hükümsüzlük kararının adeta tecavüzün ref’i gibi görülmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁴¹. Bu sebeple hükümsüzlük davası asıl davadan ayrılarak yetkili mahkemeye gönderilmemeli, bunun yerine; önceki marka sahibine

- Patent yargılamasında geçerlilik ve tecavüz birbirinden ayrılmaz niteliktedir ve münhasır yetki kuralı ihlal iddiası için de uygulanır,

- Yalnızca geçerliliğe ilişkin konular münhasır yetki dahilindedir ve patente ilişkin diğer konularda bu yetki kuralı uygulanamaz.

Mahkeme son yaklaşımı benimsemiş ve sınai mülkiyet haklarının geçerliliğine ilişkin konularda tescil ülkesinin münhasır yetkisinin geçerli olduğuna hükmetmiştir. Konuyla ilgili diğer kararlar için bkz.: İkinci Bölüm’de 2.2.1.2. Kıta Avrupası Yaklaşımı (Avrupa Birliği Yetki Kuralları).

⁸³⁶Adalet Divanı’nın bu kararı, taşınmaz üzerindeki aynî haklar ve taşınmaz kirasında münhasır yetkiye ilişkin diğer içtihatlarıyla çatıştığı için doktrinde eleştiriye konu olmuştur. Bkz.: İkinci Bölüm “2.2.1.2. Kıta Avrupası Yaklaşımı (Avrupa Birliği Yetki Kuralları)”

⁸³⁷Briggs, 2014, **a.g.k.**, 221.

⁸³⁸Karar, Brüksel Konvansiyonu’nun yürürlükte olduğu dönemde verilmiştir.

⁸³⁹Yargıtay 11. H.D., 09.11.2009, E. 2008/7264, K. 2009/11587. (Kaynak: Çolak, 2018, **a.g.k.**, 765.)

⁸⁴⁰Çolak, 2018, **a.g.k.**, 767.

⁸⁴¹Çolak, 2018, **a.g.k.**, 767.

üstünlük tanınarak marka hakkına tecavüz davalarındaki yetki kuralına göre tespit edilen mahkemede dava görülmelidir. Ancak ilgili karar yabancılık unsuru içermeyen bir uyuşmazlığa ilişkin olduğundan konu Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi değil, iç hukuk anlamında yer bakımından hangi mahkemenin yetkili olduğunun tespitine ilişkindir.

Türkiye’de tescilli bir markanın söz konusu olduğu uyuşmazlıkta, tescili etkileyen konularda her durumda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi baskın gelecektir. Nitekim, tecavüz iddiasıyla birlikte Türkiye’de tescilli bir markanın hükümsüzlüğüne ilişkin karar da içeren yabancı mahkeme ilamının, Türkiye’de tanınması/tenfizinin, ancak tecavüze ilişkin kısımlar bakımından mümkün olacağı kabul edilmektedir⁸⁴².

3.4. Değerlendirme

Türk hukukunda marka hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 40 göndermesiyle iç hukuktaki özel yetki düzenlemesi oluşturan SMK m. 156’ya göre belirlenir. SMK m. 156 düzenlemesi görevli mahkemeye ilişkin değişiklik dışında, yetki bakımından Mülga Marka KHK m. 63 ve m. 71 ile paraleldir. Bu nedenle ilgili kuralın milletlerarası yetki bakımından yorumlanmasında Mülga Marka KHK’nın yürürlüğü döneminde öğretideki tartışmalar kısmen geçerliliğini korumaktadır. İlgili konuda değişiklik gösteren tek husus, SMK’da Mülga Marka KHK m.1’de olduğu gibi açıkça kanunun uygulama alanının sınırlanmamış olmasıdır. Bu bakımdan yabancı markalara ilişkin Türk mahkemelerinde açılacak davalarda milletlerarası yetkinin ve görevli mahkemenin tespiti de uygun düştüğü ölçüde özel yetki kuralı olarak nitelenen SMK m. 156’ya göre yapılmalıdır.

SMK m. 156’yla ilgili vardığımız sonuç, hakkın varlığı ve geçerliliğine ilişkin ve tescili etkileyen konularda Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır nitelikte olduğudur. Tescile tâbi hakların geçerliliği ve tescili etkileyen konularda tescil ülkesinin münhasır yetkisi gerek *common law* gerek Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ülkesellik ilkesinin doğal sonucu olarak kabul edilen bir esastır. İlgili kabul, sicile duyulan güvenin de gereğidir.

⁸⁴²Çolak, 2018, **a.g.k.**, 1058-1059. Bkz.: Yargıtay 11. H.D., 08.05.2014, 2014/1417 E., 2014/8769 K.; Yargıtay 11. H.D. 06.03.2014, 2014/1376 E., 2014/4242 K. (Kaynak: Uyap.gov.tr; Çolak, 2018, **a.g.k.**, 1058-1059).

Marka hakkı sahibinin ve marka hakkının tescili için başvuruda bulunanın markasına yönelik ihlallere karşı açacağı davalarda ise Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır nitelikte olmadığı görüşündeyiz. İlgili düzenlemeye bakıldığında düzenlemenin sınai hak ihlallerini özel bir haksız fiil olarak kabul eden yaklaşıma da uygun düştüğü görülmektedir. İlgili düzenlemenin münhasır yetki olarak yorumlanması, hak sahibinin hakkına yönelik ihallerde her durumda Türkiye’de dava açmaya zorlanması ve yurtdışından alacağı kararları Türkiye’de tanıyıp/tenfiz ettiremeyeceği anlamına geldiğinden sıkıntılı sonuçlar yaratacaktır. Özellikle günümüzde internet ve uydu gibi aynı anda birden çok yerde işlenen hak ihlallerinin yaygınlığı düşünüldüğünde bu yorumun yaratacağı sıkıntılar daha iyi anlaşılabilir.

Konuyla ilgili önemli bir problem, hakkın ihlaline ilişkin davalarda hakkın geçerliliğinin de konu edilmesi durumunda ortaya çıkar. Bahsi geçen durumda hakkın geçerliliğine ilişkin Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi tecavüze ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınması/tenfizine de engel mi olacaktır? Bu durumda doktrin ve Yargıtay uygulaması, hakkın geçerliliğine ilişkin konuların münhasır yetki kapsamında kabul edilerek, kararın tecavüze ilişkin konular bakımından kısmen tenfiz edilmesi yönündedir. Ancak uluslararası kuruluşların öneri ilkeleri (CLIP, ALI ve Kyoto İlkeleri) dikkate alındığında geçerliliğe ilişkin tespitin uyuşmazlığın esasını oluşturmadığı müddetçe ve tescili etkilememek koşuluyla yalnızca taraflar bakımından hüküm doğurmak üzere tanınabileceği kabul edilmektedir. Bu öneri, Türkiye’de tescilli marka sahiplerinin haklarının yurtdışında da etkin şekilde korunması bakımından kabul edilebilecek bir yorumdur.

4. MARKANIN KORUNMASINA UYGULANACAK HUKUK

4.1. Türk Hukukunda Fikrî Mülkiyete İlişkin Bağlama Kurallarının Şekillenmesi

Türk hukukunda fikrî mülkiyet haklarında uygulanacak hukuka ilişkin ilk düzenleme 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda (FSEK) yer almıştır. İlgili hüküm şu şekildedir:

“FSEK m. 1- Eser sahibinin vatandaşlığı gözetilmeksizin Türkiye’de ilk defa umuma arz edilen ve Türkiye’de bulunup da henüz umuma arz edilmemiş olan bütün eserlerle Türkiye’de bulunan bütün mektup ve resimlere, bu kanun hükümleri uygulanır”

FSEK m. 88'in birinci bendinde, açıkça ülkesellik esasının benimsendiği görülür⁸⁴³. Düzenleme, açık bir bağlama kuralı olmamasına ve sınaî hakları değil; yalnızca fikrî hakları kapsamına rağmen, "ülkesellik" esasını işaret etmesi bakımından önemlidir⁸⁴⁴. Bu hüküm, 27.11.2007 tarihinde 5718 sayılı MÖHUK m. 64 ile ilga edilmiştir.

Mülga Marka KHK'da "Amaç ve Kapsam" başlığını taşıyan m. 1'de de yine ülkesellik etkisi görülmektedir. Düzenleme şu şekildedir:

"Marka KHK m. 1 (1) *Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasını sağlamaktır*"

Bu hüküm ile KHK'nın uygulama alanı yalnızca Türk hukukuna göre tescil edilen markalarla sınırlanmış ve açıkça ülkeselliğin benimsendiği belirtilmiştir. KHK'da yer alan ve gizli bir bağlama kuralı olarak nitelendirilebilecek bu düzenleme hazırlandığında mülga MÖHUK'ta fikrî mülkiyet haklarına uygulanacak hukuku gösteren özel bir düzenleme bulunmuyordu. KHK'nın uygulama alanını gösteren bu düzenlemeye MÖHUK m. 23 hükmü nedeniyle artık gerek olmadığı açıktır⁸⁴⁵. Nitekim 6769 sayılı SMK'da bu düzenlemeye yer verilmediği görülür. Bunun yerine amaç ve kapsamın düzenlendiği birinci maddede "Bu Kanunun amacı; marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması ve bu suretle teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktır." denilerek Kanun'un sınai mülkiyet haklarının korunmasında esasen gözettiği amaç açıklığa kavuşturulmakla yetinilmiştir. Kanundaki bu değişikliğin ülkesellikten vazgeçildiği anlamına gelmediğinin altı çizilmelidir. SMK'da ülkeselliğin açıkça düzenlenmeyerek, konunun MÖHUK'a bırakılması doğru bir yaklaşımdır. Bu, MÖHUK'un yürürlüğe girişinin ardından FSEK m. 88'in ilga edilmesiyle de uyumlu bir tercihtir.

⁸⁴³Maddenin ikinci bendindeki "Türk vatandaşlarının henüz umuma arz edilmemiş yahut ilk defa Türkiye dışında umuma arz edilmiş bütün eserlerine" ifadesinin ülkesellik ilkesi kapsamında olup olmadığı belirsizdir. Ancak doktrinde ülkesellik ilkesinin bu bentte de geçerli olduğu kabul edilmiştir. Bkz.: Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.** 370.

⁸⁴⁴Düzenlemenin bir bağlama kuralı içermediği, yabancılar hukukuyla ilgili olduğuna ilişkin bkz.: E. Dardağan Kibar (2000). *Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklardan doğan kanunlar ihtilâfi*. Ankara: Betik Yayıncılık, s. 280.

⁸⁴⁵Düzenlemedeki bu değişikliğin bir diğer sebebi de marka hakkı yanında endüstriyel tasarımlar ve coğrafi işaretler gibi ülkesellik ilkesi yanında kişiselilik ilkesinin de kabul edildiği hakların da bu kanunla düzenlenmiş olmasıdır.

Türk hukukunda fikrî mülkiyet haklarına ilişkin bağlama kuralları ilk kez 2007 tarih ve 5718 sayılı MÖHUK ile açıkça düzenlenmiştir⁸⁴⁶. “*Fikrî Mülkiyet Haklarına Uygulanacak Hukuk*” başlığını taşıyan m. 23, akit dışı borç ilişkilerinden kaynaklanan fikrî mülkiyet uyuşmazlıklarını konu alırken; fikrî mülkiyet sözleşmelerine uygulanacak hukuk ise m.28’de düzenlenmiştir. Bu kanundan önce mülga 2675 sayılı MÖHUK’ta konuya ilişkin özel hüküm bulunmadığından, fikrî mülkiyet hakkı ihlallerinde uygulanacak hukuk konusu belirsizdi⁸⁴⁷. Mülga Kanun döneminde konuyla ilgili yapılan çalışmalarda fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili bu eksikliğe dikkat çekilerek, *lex loci protectionis*’in en doğru çözüm olduğu ifade edilmiştir⁸⁴⁸. Bu önerilerin, 5718 sayılı MÖHUK’ta dikkate alındığı görülmektedir.

5718 sayılı MÖHUK m. 23’te fikrî mülkiyet haklarındaki koruma ülkesi hukuku (*lex loci protectionis*) prensibi benimsenmiştir. Aynı yaklaşım AB düzenlemelerinde ve düzenlemenin alındığı İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda da (IPRG- *Gesetz für Internationales Privatrecht*) kabul edilmiştir. Bilindiği üzere AB’nin sözleşme dışı borç ilişkilerini konu alan düzenlemeleri, Roma II Konvansiyonu ve Roma II Tüzüğü MÖHUK’un hazırlık çalışmalarını etkilemiş ve kaynak teşkil etmiştir⁸⁴⁹. Ancak fikrî mülkiyete ilişkin MÖHUK m. 23 bağlama kuralının mehzaz hükmü İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (IPRG) m. 110’dur⁸⁵⁰. IPRG (m. 110) ve Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü’nde fikrî hak ihlallerinde uygulanacak hukuk (m.8) ayrıca düzenlenmiştir⁸⁵¹. Bu yaklaşım MÖHUK’ta da benimsenmiştir.

Roma II Tüzüğü m. 8 gereği, fikrî mülkiyet hakkının ihlalinden kaynaklanan akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, korumanın kendisi için talep edildiği ülke

⁸⁴⁶Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 49.

⁸⁴⁷Dardağan-Kibar, 2000, **a.g.k.**, 280; Erdem, 2002, **a.g.k.**, 220.

⁸⁴⁸Nomer ve Şanlı, 2007, **a.g.k.**, 291; Sargın, 2005, **a.g.k.**, 348; G. Tekinalp (2004). *Milletlerarası özel hukuk*. (8. Bası), İstanbul: Beta Yayınevi, s.264; Erdem, 2002, **a.g.k.**, 220; Dardağan-Kibar, 2000, **a.g.k.**, 170 ve 280.

⁸⁴⁹Hazırlık çalışmaları ile ilgili bkz.: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü (MHMME) (1978). *Milletlerarası özel hukuk ve milletlerarası usul hukuku kanunu öntasarı sempozyumu*, İstanbul 1976.

⁸⁵⁰Güngör, 2021, **a.g.k.**, 177 dn. 371. Mülga MÖHUK döneminde Erdem, İsviçre IPRG düzenlemesinin iktibas edilmesi önerisini sunmuştur. Bu önerinin mevcut düzenlemeyi şekillendirdiği sonucuna ulaşabiliriz. Bkz.: Erdem, 2002, **a.g.k.**, 220.

⁸⁵¹Konuyla ilgili bkz.: Z. D. Tarman (2016). Avrupa birliği kanunlar ihtilâfı kuralları, akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında roma II tüzüğü (AT864/2007): *Avrupa birliği devletler özel hukuku* (Ed.: I. Özkan), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 399 vd.

hukukudur⁸⁵². Tüzük dibacesi 26'ncı paragrafta konuyla ilgili *lex loci protectionis* ilkesinin kabul edildiği açıkça ifade edilmiştir⁸⁵³. Bahsi geçen maddenin ikinci fıkrasında topluluk markalarına uygulanacak hukuku gösteren bağlama kuralı ile ihlalin gerçekleştiği ülke işaret edilmiştir. Bu nedenle topluluk markaları bakımından *lex loci protectionis* değil, *lex loci delicti*'nin kabul edildiği görülmektedir. Son fıkrada ise tarafların akdedeceği sözleşme ile bu maddeye göre uygulanacak hukuku değiştiremeyeceği ifade edilerek, hukuk seçimine imkân tanınmamıştır. 5718 sayılı MÖHUK m. 23'te bu yaklaşım yerine IPRG m. 110 yaklaşımı benimsenmiş ve taraflara ihlalden sonra geçerli olmak üzere sınırlı bir hukuk seçimi yetkisi tanınmıştır.

Sonuç olarak, Türk milletlerarası özel hukukunda daha önce açıkça düzenlenmeyen fikrî hak ihlallerine uygulanacak hukuk konusunda 5718 sayılı MÖHUK'la ilk kez açık bir bağlama kuralı getirilmiştir. Konuyla ilgili IPRG ve AB düzenlemesi Roma II Tüzüğü'nde esas alınan ve dünyada genel kabul gören *lex loci protectionis* ilkesi benimsenmiştir.

4.2. Markanın Korunmasına Uygulanacak Hukuk

4.2.1. 5718 sayılı MÖHUK'ta fikrî mülkiyet haklarına uygulanacak hukuk

Yabancı unsurlu fikrî mülkiyet uyuşmazlıklarında vasıflandırmanın ardından ilk olarak; MÖHUK m. 1 gereğince, konuyla ilgili Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmanın uygulanması⁸⁵⁴; anlaşmada hüküm bulunmadığı takdirde MÖHUK'ta yer alan bağlama kurallarına göre uygulanacak hukukun tespiti gerekir.

5718 sayılı MÖHUK'ta fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili iki ayrı düzenlemeye yer verilmiştir. MÖHUK m. 23'te fikrî mülkiyet haklarına uygulanacak hukuku gösteren genel kural, m. 28'de ise fikrî mülkiyet sözleşmelerine ilişkin bağlama kuralı düzenlenmiştir⁸⁵⁵.

⁸⁵²Maddedeki düzenleme orijinal haliyle şöyledir: m. 8/1: “*The law applicable to a non-contractual obligation arising from an infringement of an intellectual property right shall be the law of the country for which protection is claimed.*”

⁸⁵³Roma II Tüzüğü dibacesi, par. 26.

⁸⁵⁴Marka konusunda Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalarla ilgili Birinci Bölüm'deki açıklamalara bakınız.

⁸⁵⁵Çalışmanın esasını oluşturan düzenleme MÖHUK m. 23 olduğundan, m. 28'den kısaca bahsedilmiştir. Marka lisans sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin detaylı bilgi için bkz.: F. Sargın (2002).

MÖHUK m. 28, iş ilişkisi kapsamında ortaya çıkan fikrî haklar hariç olmak üzere, fikrî mülkiyet hakkının veya kullanımının devrine ilişkin tüm sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren bağlama kuralıdır⁸⁵⁶. Bu nedenle marka lisans sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda doğrudan m. 28'e gidilmelidir⁸⁵⁷. İlgili bağlama kuralı, fikrî hakkın veya kullanımının devrine ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimine imkân tanımıştır. Hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda ise fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu anındaki işyeri, işyeri bulunmuyorsa mutad meskeni hukuku uygulanır⁸⁵⁸. Ancak işçinin işi kapsamında ve işi ifası sırasında meydana getirdiği fikrî mülkiyet haklarının ilgili hükme değil, iş sözleşmesine uygulanacak hukuka tâbi olduğu m. 28/3'te ifade edilmiştir.

4.2.2. Marka hakkının ihlaline uygulanacak hukuk

Sözleşmesel bir ilişkiden kaynaklanmayan marka uyuşmazlıkları “*Fikrî Mülkiyete İlişkin Haklara Uygulanacak Hukuk*” başlıklı MÖHUK m. 23'te düzenlenen bağlama kuralına tâbidir. Söz konusu madde ifadesi şu şekildedir:

“MADDE 23 – (1) Fikrî mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbidir.

(2) Taraflar, fikrî mülkiyet hakkının ihlâlinden doğan talepler hakkında, ihlâlden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler.”

MÖHUK m. 23'e göre fikrî mülkiyete ilişkin haklar, korumanın talep edildiği ülke hukukuna tâbi tutularak *lex loci protectionis* kuralı kabul edilmiştir. Nitekim madde gerekçesinde, milletlerarası sözleşmeler yanında, Türk hukukunda benimsenen ülkesellik prensibi ile uyum sağlandığı ifade edilmiştir⁸⁵⁹. Bu bakımdan kanun koyucunun da *lex*

Milletlerarası unsurlu patent ve ticari marka lisansı sözleşmelerine uygulanacak hukuk. Ankara: Turhan Kitabevi. Konuyla bağlantılı olarak, fikri mülkiyet alanına ilişkin olup konusu doğrudan fikri mülkiyet haklarını ilgilendirmeyen sözleşmeler de mevcuttur. Film yapmak üzere bir araya gelen yapımcıların oluşturduğu ortak yapım film sözleşmesi buna örnek olarak gösterilebilir. Detaylı bilgi için bkz: C. Kaya (2020). *Ortak yapım film sözleşmelerine uygulanacak hukuk: Atipik sözleşmelere uygulanacak hukuk* (Ed. S. Özel ve H. S. Pürselim Arning), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 138 vd.

⁸⁵⁶Doğan, 2022, **a.g.k.**, 436; Güngör, 2021, **a.g.k.**, 202; Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.** 439.

⁸⁵⁷Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.** 439.

⁸⁵⁸Öğretide bu tercihin, karakteristik edim üzerinden belirlendiği savunulmuştur. İlgili görüşe göre, fikrî mülkiyet hakkının kullanımının devri karakteristik edim, devreden taraf ise karakteristik edim borçlusu kabul edilmiştir (Güngör, 2021, **a.g.k.**, 203).

⁸⁵⁹5718 sayılı MÖHUK'un Genel Gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz.: Tiryakioğlu, Aygün ve Küçük, 2021, **a.g.k.**, 81 vd.

loci protectionis'i, ülkeselliğin milletlerarası özel hukuka yansımaları olarak gördüğü söylenebilir. Bunun yanında tarafların, ihlalden sonra mahkemenin hukukunu seçebilecekleri düzenlenerek, sınırlı bir hukuk seçimi hakkı da tanınmıştır. Uyuşmazlığın hakkın ihlaline ilişkin olması ve hukuk seçiminin ihlalden sonra yapılması şartlarıyla taraflar ihlale Türk hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler. Korumanın Türk hukuku için talep edilmediği hallerde bahsi geçen kural gereği taraflar ihlale Türk hukukunun uygulanmasını talep edebilirler. Türk hukuku dışında farklı bir ülke hukukunun seçilmesine ise imkân tanınmamıştır.

Madde ifadesine bakıldığında, kuralın yalnızca fikrî mülkiyet hakkı ihlallerini kapsadığı düşünülebilir. Ancak öğretideki yaygın kabul düzenlemenin, ihlal yanında hakkın doğuşu, varlığı, muhtevası ve sona ermesiyle ilgili tüm hukukî sorunlara da uygulanması gerektiği yönündedir⁸⁶⁰. Yine hak sahipliği, ihlal iddiası varsa ihlal bulunup bulunmadığı da bu hukuka göre tespit edilmelidir⁸⁶¹. Örneğin, yurtdışında tescilli bir markayla ilgili tecavüz iddiasında ilgili eylemlerin tecavüz teşkil edip etmediği, koruma ülkesi hukukuna göre tespit edilecektir. İlgili hakkın tükenmeye konu olup olmadığı da yine koruma ülkesi hukukuna göre belirlenmelidir. Hükmün düzenleme şekline ve öğretideki genel kabule bakıldığında, hakkın varlığı ve geçerliliği ile uyumsuzluk konusu diğer meselelerin bütün olarak tek hukuka tâbî tutulduğu ve parçalanmanın önlenmediği görülür.

Öğretide aksi yöndeki görüş ise koruma ülkesi hukukunun yalnızca fikrî mülkiyet hakkına yönelik ihlalleri kapsadığını savunur⁸⁶². Bu görüş özetle, fikrî mülkiyet haklarının doğumunun menşe ülkesi hukukuna, korumasının ise koruma yeri hukukuna tâbî tutulması gerektiğini ifade eder. Bu görüşe göre hakkın varlığı, geçerliliği, sona ermesi ile devri gibi konularda MÖHUK m. 21/1'deki *lex rei sitae* genel kuralı uygulanmalıdır⁸⁶³. Kanımızca bu yorum fikrî ve sınai hakların yapısına uygun değildir. Zira bu haklar, her ne kadar maddi mallar üzerinde somutlaştırsa da eşya hukuku anlamında aynı haklardan farklı olarak, gayri maddi niteliktedir. Dolayısıyla bu haklar, aynı anda birden fazla yerde ortaya çıkabilmektedir. Yine eşya hukukunda bir hak tüm dünyada

⁸⁶⁰Güngör, 2021, **a.g.k.**,178; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, 2020, **a.g.k.** 273; Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 370; Tekinalp, 2020, **a.g.k.**, 269; Erdem, 2002, **a.g.k.**, 105.

⁸⁶¹Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 370.

⁸⁶²Kaplan, 2004, **a.g.k.**, 167-168.

⁸⁶³Kaplan, 2004, **a.g.k.**, 167-168.

geçerli olabileceksen, fikrî haklardaki ülkesellik gereği her ülkede bu hakkın devletçe tanınması gerekir. İstisnaları olmakla birlikte, markalar bakımından bahsi geçen durum tescille mümkündür. Örneğin marka sahibi, (X) markasını Türkiye yanında ABD, Almanya, Belçika ve Arjantin’de de korumak istiyorsa, bu ülkelerin her birinde (X) markasını tescil etmelidir. Bu nedenle MÖHUK m. 21’de yer alan “işlem anında malların bulunduğu yer” eşya hukukundaki aynı haklar bakımından açıkken, fikrî mülkiyet hakları bakımından nasıl yorumlanacağı belirsizdir. Bu hüküm, konusu gayri maddi mallar olan fikrî haklarda hakkın somutlaştığı malları mı, soyut olarak hakkın kendisini mi işaret etmektedir? Bahsi geçen görüşe göre, MÖHUK m.21’deki *lex rei sitae* prensibinin tescil yeri olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak burada hakkın birden fazla yerde tescilli olduğu durumda hangi tescil yerinin dikkate alınması gerektiği belirsizdir ve ayrı bir vasıflandırma gerektirir. Bu yaklaşım, hakkın tescilli olduğu yerin de ayrıca *lex fori*ye göre vasıflandırılmasını gerektirdiğinden hâkime ekstra külfet getirmektedir. Bu nedenle ilgili görüş, fikrî haklarda sebep olduğu kategorik bölünmenin kapsamının belirsizliğinden ötürü de eleştirilmiştir⁸⁶⁴.

MÖHUK m. 23, 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (*Gesetz für Internationales Privatrecht*, IPRG) m. 110 esas alınarak hazırlanmıştır⁸⁶⁵. IPRG m. 110 düzenlemesi şu şekildedir⁸⁶⁶:

“IPRG art. 110 (1) Fikrî mülkiyet hakları, fikrî mülkiyetin korunmasının talep edildiği devletin hukukuna tâbidir.

(2) Fikrî mülkiyet haklarının ihlalinden doğan taleplerle ilgili olarak taraflar, zararın meydana gelmesine sebep olan olayın gerçekleşmesinden sonra herhangi bir vakitte, mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilir.

(3) Fikrî mülkiyetle ilgili anlaşmalar, bu Yasanın sözleşmelerle ilgili hükümlerine tâbidir (m. 122)”

İki düzenleme arasındaki tek farkın MÖHUK m. 23’te yer verilmeyen üçüncü fıkra olduğu görülür. MÖHUK’ta da fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler ayrı bir

⁸⁶⁴Doğan, 2019, **a.g.k.**, 397.

⁸⁶⁵Güngör, 2021, **a.g.k.**, 177.

⁸⁶⁶İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun İngilizce metni için bkz.: Fedlex, *Federal Act on Private International Law (PILA)*, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en#art_110 (Erişim tarihi: 4.10.2022).

bağlama kuralıyla düzenlenmiş (m. 28), ancak bu açıklamaya yer verilmesine gerek görülmemiştir. Bununla birlikte önemli bir diğer fark da IPRG m. 15'te yer alan ve bu kuralı da kapsayacak şekilde uygulanan genel istisna kuralıdır. IPRG m. 15 gereği tüm şartlar dikkate alındığında uyuşmazlığın IPRG'ye göre tespit edilen hukukla bağının çok zayıf olması ve başka bir ülkeyle daha sıkı ilişkili olması halinde, uyuşmazlığın istisnai olarak daha sıkı ilişkili hukuka tabi olacağı düzenlenmiştir. Bahsi geçen istisna kuralının, tarafların hukuk seçimi durumunda uygulanmayacağı da hüküm altına alınmıştır. İlgili hüküm gereği, fikrî mülkiyet hakkı ihlallerinde IPRG m. 110'a göre tespit edilen koruma ülkesi hukukunun uyuşmazlıkla ilgisinin zayıf olması halinde, ihlalden doğan taleplere uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili hukuk uygulanır. Bu düzenleme özellikle internet, uydu gibi aynı anda birden fazla yerde etki gösteren fikrî mülkiyet ihlalleri bakımından önemli sonuçlar doğurur.

Öğretide, MÖHUK m. 23 ve İsviçre IPRG m. 110 gibi *lex loci protectionis* ilkesini esas alan düzenlemelerin, *lex loci delicti* prensibini benimseyen kurallara kıyasla hâkimin işini kolaylaştırdığı savunulmuştur⁸⁶⁷. Bunun temel sebebi, iki aşamalı bir vasıflandırma faaliyetine gerek duyulmamasıdır. Örneğin Avusturya Devletler Özel Hukuku Kanunu 34'üncü paragrafında “*Fikrî mülkiyet haklarının oluşması, içeriği ve sona ermesi, bu hakların kullanıldığı veya ihlal eyleminin gerçekleştiği devletin hukukuna tabidir.*” ifadesiyle *lex loci delicti* ilkesi benimsenmiştir⁸⁶⁸. Haksız fiilin gerçekleştiği yeri esas alan bu yaklaşımda hâkim, haksız fiil yerini belirlerken öncelikle kendi hukukuna göre ihlal ülkesini bulduktan sonra bu ülke hukukuna göre bir haksız fiil olup olmadığını tespit edecektir⁸⁶⁹. Buna göre, ülke içinde imalat ve kullanım ile ülke içinde piyasaya sürme, transit geçişin tespiti gibi haksız fiile dair kriterler *lex causa*'ya göre belirlenecektir⁸⁷⁰. Sonuç olarak hâkim vasıflandırma için geleneksel olan yöntemle göre önce *lex fori* sonra

⁸⁶⁷Erdem, 2002, **a.g.k.**, 106.

⁸⁶⁸1978 tarihli Avusturya Federal Devletler Özel Hukuku Kanunu için bkz.: Rechtsinformationssystem Des Bundes, Bundesrecht konsolidiert: *Gesamte Rechtsvorschrift für IPR-Gesetz*, <https://bit.ly/3RI0lFx> (Erişim tarihi: 06.10.2022).

⁸⁶⁹Bahsi geçen durum, esasen kanunlar ihtilâfında bağlama noktasının vasıflandırılmasında benimsenen genel yaklaşımın sonucudur. Günümüzde bağlama noktasının vasıflandırılmasında *lex fori* yaklaşım benimsenmektedir. Bağlama noktası *lex fori*'ye göre belirlendikten sonra bağlama konusunun vasıflandırılmasında farklı yaklaşımlar benimsenebilir. Örnek kurala bakıldığında *lex fori*'ye göre bağlama noktası olan haksız fiilin gerçekleştiği yer tespit edildikten sonra bu hukuka yani *lex causae*'ya göre haksız fiilin gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilecektir. Bağlama noktasının *lex fori* vasıflandırılmasıyla ilgili bkz.: Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.** 89; Dicey, Morris and Collins, 2012, **a.g.k.**, 51 vd.

⁸⁷⁰*Von Bar*'dan aktaran: Erdem, 2002, **a.g.k.**, 106.

lex causae'ya göre vasıflandırma yapacaktır. Oysa MÖHUK ve İsviçre IPRG'de benimsenen *lex loci protectionis* yani "koruma yeri hukuku" prensibinde bu yeri ve dolayısıyla *lex causae*'yı belirlemenin taraflara bırakıldığı ifade edilmiştir⁸⁷¹. İlgili fikre göre, çift aşamalı bir vasıflandırmaya gerek kalmaksızın hâkim, korumanın istendiği yer hukukuna göre haksız fiili oluşturan eylemlerle ilgili vasıflandırmayı *lex causae*'ya göre yapacağından, *lex fori*'nin artık bir önemi kalmamaktadır. Diğer deyişle, koruma yeri hukuku, uyuşmazlığın en başından kendi uygulama alanını belirlemekte ve aynı zamanda hakkın saptanmasından başlayarak hakkın ihlaline kadar her soruna uygulanmaktadır.⁸⁷²

Kuralın bir diğer avantajının hak sahibi bakımından ortaya çıktığı ifade edilmiştir. Zira ilgili hakkın birden fazla ülkede korunuyor olması durumunda hak sahibi, hangi ülke hukukuna göre koruma talep edebileceğine kendisi karar verme yetkisine sahiptir⁸⁷³. Bu düzenleme şeklinde davacının mahkemeye başvurduğu anda zorunlu olarak hangi ülke hukukuna göre koruma talep ettiğini belirtmesi şart koşularak, bir seçim hakkı tanındığından, kuralın bir *proffessio iuris* (hukuk seçimi) içerdiği savunulmuştur⁸⁷⁴. Ancak bu yorum, internet gibi araçlarla işlenen ve aynı anda birçok yerde etki doğuran ihlallerde, uyuşmazlıkla ilgisi zayıf bir hukukun uygulanması ihtimalini doğurmaktadır. Bu durumda uyuşmazlıkla hiç ilgisi olmamasına rağmen hak sahibi, uyuşmazlıkta kendisine en fazla korumayı sağlayan hukuku uygulamaya çalışacaktır. Bu yorum, hak sahibine tanıdığı orantısız güç yanında, uyuşmazlıkla ilgisiz olmasına rağmen fikrî mülkiyet korumasının güçlü olduğu ülke hukuklarının uygulanması sonucunu doğuracaktır. IPRG m 15'teki gibi bir istisna kuralı olmadığı sürece bu kural, her durumda hak sahibi lehine sonuçlar doğuracaktır. Özellikle gelişmekte olan ülkeler bakımından bu durumun tehlikesine dikkat çekmek isteriz.

MÖHUK m. 23 ifadesinde geçen "*hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa*" ifadesi öğretide fikir ve sanat eserleri bakımından eleştiriye konu olmuştur. İfade, yanlış anlaşılmaya müsait olduğu gerekçesiyle Dardağan-Kibar tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre bu ifade; marka, patent gibi tescil usulüne bağlı haklar bakımından uygun olsa da telif hakları bakımından problemlidir. Zira uygulanacak

⁸⁷¹Güngör, 2021, **a.g.k.**, 177.

⁸⁷²Erdem, 2002, **a.g.k.**, 107.

⁸⁷³Güngör, 2021, **a.g.k.**, 177.

⁸⁷⁴Vischer'den aktaran Erdem, 2002, **a.g.k.**, 107. Erdem, bu durumda hak sahibinin muhtemelen en fazla koruma sağlayan hukuku seçeceğini ifade etmiştir.

hukukun davacının belli kriterlere dayanmayan seçimine göre tespiti belirsizlik yaratacaktır. Bunun yerine *lex loci protectionis*'in ihlal veya yararlanma fiilinin gerçekleştiği ülke şeklinde yorumlanması doğru olacaktır. Buna göre yazar, maddede “hangi ülke için koruma talep ediliyorsa” ifadesinin kullanılması gerektiğini savunmuştur⁸⁷⁵.

4.3. Değerlendirme

Fikrî mülkiyet haklarında genel kabul gören ülkesellik esasını yansıtan *lex loci protectionis* prensibinin MÖHUK m. 23 ile ilk kez Türk milletlerarası özel hukukunda da kabul edilmesi oldukça önemli bir gelişmedir. İlgili ilke hukukumuzda aktarılırken IPRG düzenlemesi esas alınarak taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkanının da kabul edilmesi, ülkeselliğin esnetilmesi yönündeki güncel eğilimin de takip edildiğini gösterir. Ancak gelişen teknolojik imkanlar ve uluslararası ticaretin giderek ivme kazanmasına karşı fikrî mülkiyet haklarındaki ülkesel koruma esasını yeni problemler doğurmakta ve esneklik ihtiyacı giderek artmaktadır. Çözülmesi gereken bu meselelerin başında internet ve uydu gibi kanallarla işlenen fikrî mülkiyet ihlallerinde *lex loci protectionis*'in nasıl yorumlanacağı gelir.

MÖHUK m. 23 gereği marka hakkının ihlalinde koruma, ihlalin gerçekleştiği yer için talep edilir. Bu yer markanın tescil yeri olabileceği gibi, ilgili ülkede tescil edilmemiş olmasına rağmen markanın rüçhan hakkı vb. korumalardan faydalanabildiği bir ülke de olabilir. Ancak günümüzde fikrî mülkiyet hakları, özellikle internet kanalıyla, aynı anda birden fazla ülkede ihlal edilebilmektedir. Bu durumda MÖHUK m. 23'ün nasıl uygulanacağı belirsizdir.

İnternet yoluyla işlenen hak ihlalleri esasen mesafeli haksız fiil oluşturduğundan, eylemin gerçekleştiği yer ile zararın meydana geldiği yer arasında bir tercih yapılması gerekir⁸⁷⁶. Eylemin gerçekleştiği yerin tercih edilmesi, korumanın zayıf olduğu yerlerde ihlal eylemlerini yoğunlaştıracığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸⁷⁷. Zararın meydana geldiği

⁸⁷⁵Detaylı açıklamalar için bkz.: E. Dardağan-Kibar (2016). Fikrî haklar alanında uygulanacak hukuk sorunu: *Milletlerarası özel hukukta güncel konular sempozyumu* (Ed: B. Tiryakioğlu, M. Aygün, A. Önal, A.K. Altıparmak ve C. Kaya), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 449.

⁸⁷⁶İnternet üzerinden gerçekleşen marka hakkı ihlallerinde ülkesellik etkisi, uygulanacak hukuk ve yetkiyle ilgili tüm açıklamalar ve öneriler için bkz.: İkinci Bölüm, “3. İnternet Yoluyla Gerçekleşen Uluslararası Marka İhlalleri” vd.

⁸⁷⁷ABAD'ın 2011 yılında verdiği *L'Oréal SA v. eBay International AG* kararında bu yaklaşımın tehlikelerine dikkat çekilmiştir. Bkz.: İkinci Bölüm, “3.2. Uygulanacak Hukuk”

yer ise internet söz konusu olduğunda oldukça fazla sayıdadır. Teknik yaklaşım benimsenecek olursa ihlalin gerçekleştiği web sitesinin hedef aldığı bütün ülke hukuklarının uygulanması gerekir⁸⁷⁸. Bu ise uyuşmazlığın parçalanması anlamına geldiği gibi uygulama bakımından büyük bir zorluk teşkil eder. Bu nedenle internet üzerinden gerçekleşen marka ihlallerinde gerek WIPO’nun tavsiye kararı gerek ABAD kararlarıyla, ihlal teşkil eden eylemin, ticarî olarak hedeflediği ülke hukukunun dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre örneğin; sahte markalı malların satışının yapıldığı *web* sitesine ulaşılabilen her ülke değil, bu *web* sitesinin ticarî olarak hedeflediği ülke hukukları uygulanacaktır. Açıklanan yaklaşım, ihlale uygulanacak muhtemel hukukların sayısını sınırlamakla birlikte, uyuşmazlığın parçalanmasına engel olamamaktadır. Bu alandaki güçlü ülkesellik, tüm ihlaller için tek bir hukukun uygulanmasının önüne geçmektedir. Ancak mevcut durumda ülkeselliğin özellikle marka hakları bakımından esnetilmesi gerekmektedir.

MÖHUK m. 23 ifadesinde benimsenen ülkesel yaklaşım günümüzde AB düzenlemeleri yanında CLIP, ALI ve Kyoto ilkeleriyle de uyumludur. Ancak sayılan kuruluşların ilkelerinde özel düzenlemelerle ülkeselliğe esnek bir yorum getirdiği görülmektedir. Nitekim IPRG’de de benzer bir yaklaşım, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını gerektiren istisna kuralıyla (m. 15) sağlanmıştır. En sıkı ilişkili hukukun uygulanması özellikle internet, uydu gibi aynı anda birden çok yerde etki gösteren kanallarla işlenen hak ihlallerinde parçalanmanın önüne geçmektedir. Yine bu sayede uyuşmazlık ve taraflarla ilgisiz bir hukukun uygulanması engellenmektedir. Bu nedenle MÖHUK m. 23’ün hak ihlalleri bakımından uygulanmasında, bu kuruluşların yorumlarının ve kuralın iktibas edildiği IPRG m. 15’te yer alan istisna kuralının da dikkate alınması gerektiğini düşünüyoruz.

Türk hukuku için önerimiz, internet ve uydu gibi kanallar aracılığıyla tek eylemle birden fazla yerde sonuç doğuran fikrî mülkiyet hakkı ihlallerinde uyuşmazlığın tek hukuka tâbi tutulmasını sağlamak için en sıkı ilişkili hukuk yaklaşımının benimsenmesidir⁸⁷⁹. MÖHUK m. 23’e yapılacak bir ekleme ile hâkimin en sıkı ilişkili

⁸⁷⁸İnternette işlenen marka hakkı ihlallerinde teknik ve hukukî yaklaşım için bkz.: İkinci Bölüm, “3.2. Uygulanacak Hukuk”

⁸⁷⁹Benzer öneriler için bkz.: ALI İlkeleri (m. 321), CLIP İlkeleri (m. 3:603) ve Kyoto İlkeleri (m.26). En sıkı ilişkili hukuk (yazarın kullanımıyla *yakınlık*) yaklaşımıyla ve daha sıkı ilişkili hukukla ilgili bkz.: Güngör, 2007, **a.g.k.**, 63 vd., 100 vd., 253 vd.

hukukun tespitinde dikkate alabileceği bağlantılar tadadi olarak sayılabilir veya IPRG yaklaşımı benimsenerek uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda bu hukukun uygulanacağına ilişkin bir istisna kuralı getirilebilir. Nitekim haksız fiillere uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m. 34/3'te de “*Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde bu ülke hukuku uygulanır.*” istisna kuralıyla, en sıkı ilişkili hukuk yaklaşımının benimsendiği görülmektedir. Özel bir haksız fiil türü olan fikrî mülkiyet hakkı ihlallerinde de aynı yaklaşımın benimsenmesi kanun bütünlüğü açısından uygun olabilir. Fikrî mülkiyet haklarındaki ülkesellik ilkesi bu denli geniş bir yoruma izin vermese de en sıkı ilişkili hukuk yaklaşımı, aynı anda birden fazla ülkeden erişilebilen internet vb. araçlarla işlenen ihlallerle sınırlı olarak uygulanabilir.

Konuyla ilgili bir diğer önemli mesele, aracı hizmet sağlayıcıların marka ihlallerinden sorumluluğudur⁸⁸⁰. Örneğin *online* pazaryeri üzerinden üçüncü kişinin sattığı sahte markalı ürünler ile bir marka hakkının ihlal edilmesi durumunda aracı hizmet sağlayıcı olarak nitelendirilen *online* pazaryerinin sorumluluğuna da başvurulmuş olabilir. Nitekim uluslararası ihlallerde münferit satıcıları tespit etmek zor olduğundan hak sahipleri genelde aracı hizmet sağlayıcılara yönelmektedir. Bu noktada aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğunun asıl ihlale bağlı mı yoksa ayrı mı ele alınması gerektiği sorusu gündeme gelir. Konuyla ilgili farklı öneriler bulunmakla birlikte, öğretide genel kabul gören yaklaşım, uyuşmazlığın parçalanmayarak bunların da ihlale uygulanacak hukuka tâbi tutulmasıdır⁸⁸¹. Söz konusu yaklaşım, uyuşmazlıkta daha fazla parçalanmayı engellemesi ve öngörülebilirlik sağlaması bakımından makul bir çözümdür. Bu yaklaşımın aracı hizmet sağlayıcılar ve dolayısıyla serbest ticaret için doğurabileceği olumsuz sonuçlar, ICANN ve WIPO gibi kuruluşların getirdiği maddi hukuk düzenlemeleriyle aşılmaktadır. Bu nedenle internet kanalıyla birden fazla yerde gerçekleşen hak ihlallerindeki en sıkı ilişkili hukuk yaklaşımının bunları da kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğini düşünüyoruz⁸⁸².

⁸⁸⁰Aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğu ile ilgili millî hukuklardaki düzenlemeler ve Türk hukukundaki güncel durum için bkz.: İkinci Bölüm, “3.2.1. Aracı hizmet sağlayıcıların marka ihlallerinden sorumluluğu meselesi” vd.

⁸⁸¹Bkz.: İkinci Bölüm, “3.2.1. Aracı hizmet sağlayıcıların marka ihlallerinden sorumluluğu meselesi” vd.

⁸⁸²Aynı yönde bkz.: Treppoz, 2014, **a.g.k.**, 571.

Konuyla ilgili bir diğ er  nerimiz, M  HUK m. 23' n kanundaki yerine ilişkindir. Fikrî mülkiyet haklarına ilişkin m. 23'e ayn  haklara ilişkin kurallar arasında yer verilmiřtir⁸⁸³. Oysa hükme bakıldığında bunun özel bir haksız fiil düzenlemesi olduğu görülmektedir. Bu nedenle maddenin M  HUK'ta düzenlendiği yer kanımızca değişmelidir. Fikrî mülkiyet haklarına uygulanacak hukukun, haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralından sonra düzenlenmesinin, kanun sistematığı bakımından daha yerinde olduğu görüşünde yiz. Nitekim Roma II Tüzüğü'nde de fikrî haklara uygulanacak hukuku gösteren bağlama kuralı (m. 8) "*Haksız fiiller/kusurlar*" başlıklı III. Bölüm'de düzenlenmiştir. Kuralın iktibas edildiği kanun olan IPRG'de ayn  haklar arasında düzenlendiğinden bahisle bu yaklaşımın benimsendiği savunulabilir. Ancak yabancı unsurlu fikrî mülkiyet uyuşmazlıklarının millî mahkemeler önüne geldiği durumların çoğunlukla hakkın geçerliliği değil, hakkın ihlali iddiasına dayandığı görülmektedir. Fikrî mülkiyet haklarının ihlalinde uyuşmazlığın haksız fiil yönünün daha baskın olduğu, hakkın geçerliliğinin çoğu zaman uyuşmazlığın bir parçası olarak tartışıldığı göz önünde bulundurulduğuunda, hükmün özel bir haksız fiil olarak ele alınması gerektiğini düşünüyoruz.

4.4. Milletlerarası Marka Uyuşmazlıklarında Doğrudan SMK'nın Uygulanması Problemi

Milletlerarası unsurlu bir marka uyuşmazlığıyla karşılaşan Türk h kiminin önünde iki seçenek vardır:

- Doğrudan SMK'yı uygulamak veya,
- Yabancılık unsurundan bahisle kanunlar ihtilafı sürecini işletmek ve M  HUK'a göre uygulanacak hukuku tespit ederek bu hukuka göre uyuşmazlığı  z me kavuşturmak.

Mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıkta doğrudan SMK'yı uygulamasının ilk gerekçesi SMK hükümlerinin doğrudan uygulanan kural niteliği taşıması olabilir. Türkiye'de tescilli markalar ile Paris Sözleşmesi bakımından tanınmış markaların;

⁸⁸³Burada düzenlemenin esas alındığı İsviçre Federal Yasası IPRG sıralamasının örnek alındığı görülmektedir. Ancak IPRG'de Bölümlendirme sistemi M  HUK'tan farklı olarak, her konu altında bu konuyla ilgili yetki kuralı, bağlama kuralı ve tanıma-tenfiz usul  olacak şekilde düzenlenmiştir. Oysa M  HUK'ta bu yaklaşım benimsenmeyerek bağlama kuralları ve milletlerarası usul kuralları, konularına bakılmaksızın ayrı bölümlerde düzenlenmiştir. Bu sistematığın Roma II Tüzüğü'nde de benimsendiği görülür.

reklam, kaynak gösterme, kalite belirtme gibi fonksiyonları düşünüldüğünde SMK'nın ilgili düzenlemelerinin kamu menfaatini koruma⁸⁸⁴ ve Türk iç pazarında düzeni sağlama amacı taşıdığı görülmektedir. Bu nedenle Türk mahkemesi önüne gelen marka uyuşmazlıklarında SMK'nın doğrudan uygulanan kural olarak tatbik edilmesi gerektiği düşünülebilir⁸⁸⁵. Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, kapsamına giren hukuki uyuşmazlıkların niteliğine, yabancılik unsuru içerip içermediğine bakılmaksızın doğrudan uygulanırlar⁸⁸⁶⁸⁸⁷. Kanun bu kuralları açıkça tanımlamamıştır. Bu nedenle bu kuralların tespitinde, ilgili düzenlemenin amacına ve koruduğu menfaate bakılması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁸⁸. Doğrudan uygulanan kuralların niteliği gereği, kapsamına giren her türlü uyuşmazlık bakımından uygulanması beklenir. Oysa SMK'nın yurtdışında tescilli bir markaya ilişkin Türkiye'de gerçekleşen ihlal eylemleri bakımından her halükârda uygulanacağı ileri sürülemez⁸⁸⁹. SMK'nın bazı hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak uygulanması veya kamu düzeni müdahalesi tartışılabilir ancak Kanun'un tamamının bu nitelikte olduğu savı yanlıştır⁸⁹⁰.

Türk mahkemesinin önüne gelen milletlerarası marka uyuşmazlığında SMK'nın doğrudan uygulanmasının bir diğer gerekçesi olarak uygulamacılar tarafından şu

⁸⁸⁴Markanın kaynak gösterme, kalite belirtme gibi işlevleri hem genel anlamda piyasa hem de tüketiciler için anlam ifade eder. Bu nedenle markanın ekonomik düzen yanında, kamu menfaatine hizmet eden bir yönü de bulunmaktadır.

⁸⁸⁵Doğrudan uygulanan kurallar, devletin organizasyonunu düzenleyen veya devletin malî, ekonomik ve sosyal politikalarını gerçekleştirmek amacıyla getirilen düzenlemelerdir. Bu kurallar özel hukuk alanını düzenlese bile kamu menfaatini gözetirler. Bu kuralların, dahil oldukları hukuk düzeninin ihlali mümkün olmayan değerlerini koruma altına aldıkları ifade edilmiştir. (Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 7; Nomer, 2017, **a.g.k.**, 62; H. Özdemir Kocasakal (2010). Sözleşmelere uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24 çerçevesinde tespiti ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları. *Milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk bülteni*, 30 (1-2), s. 80; A. Bayata Canyaş (2009). 5718 sayılı yeni MÖHUK uyarınca doğrudan uygulanan kurallar ve özellikle üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları. *Haluk Konuralp Anısına armağan 3*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 142 vd. Doğrudan uygulanan kuralların, ticarî tahkim yargılamasındaki etkisi için ayrıca bkz.: İ. D. Takavut (2018). *Milletlerarası ticari tahkimde doğrudan uygulanan kurallar*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.

⁸⁸⁶Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 7.

⁸⁸⁷"MÖHUK m. 6- (1) Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır."

⁸⁸⁸Doğan, 2022, **a.g.k.**, 205; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 7; Akıncı, 2020, **a.g.k.**, 23.

⁸⁸⁹Normun, doğrudan uygulanan kural olduğu açıkça ifade edilmediği durumda, konulmasındaki amaçtan hareket edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda kuralın konulmasındaki amaç eğer ülke ile irtibatlı bütün hukukî ilişkilere uygulanmak ise bu bir doğrudan uygulanan kuraldır. Bkz.: Doğan, 2022, **a.g.k.**, 205.

⁸⁹⁰Aynı görüş fikir ve sanat eserlerinde Dardağan-Kibar tarafından da savunulmuştur. Dardağan-Kibar, fikrî haklara uygulanacak hukukun kamu düzeni müdahalesi veya doğrudan uygulanan kurallar etkisiyle sınırlandırabileceğini ancak bu sınırlamanın daima istisnai mahiyette olması gerektiğine dikkat çekmiş ve FSEK'i doğrudan uygulanan kural olarak kabul etmenin bu alanı kanunlar ihtilâfı disiplini dışına çıkarmak anlamına geldiğini ifade etmiştir. Biz de bu görüşü SMK bakımından savunuyoruz. Bkz.: Dardağan-Kibar, 2000, **a.g.k.**, 281.

savunma yapılabilir: “Türk mahkemelerinde çoğunlukla koruma Türk hukuku için talep edileceğinden MÖHUK m. 23 ile ulaşılabilecek sonuç da Türk hukukudur.” Ancak örneğin yurtdışında tescilli bir markanın birden fazla ülkede ihlale uğraması ihtimalinde veya Türkiye’de tescilli markanın yurtdışında ihlale konu olması halinde marka hakkı sahibi Türk mahkemesinden farklı bir ülke için koruma talep etmek isteyebilir. Bu durumda Türk hukukuna göre sağlanan korumanın yurtdışında tanıma/tenfiz engeliyle karşılaşması ihtimali artar. Milletlerarası nitelik kazanmış ve farklı hukuklarla irtibatlı hale gelen bir marka uyuşmazlığında doğrudan Türk hukukunun uygulanması pek çok olumsuz netice ihtimali barındırır. Bu durumda milletlerarası marka uyuşmazlıklarında dış karar ahengi sağlanamaz⁸⁹¹ ve bu kararların tanıma/tenfiz engeline takılması ihtimali artacağından Türkiye dışında icra edilemeyen ve gerçek anlamda etkin olmayan kararlar verilmiş olur⁸⁹².

Hâkimin hukuku bir bütün olarak ve resen uygulama yükümlülüğü, milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklarda MÖHUK’un uygulanmasını gerektirir. Hâkimin yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta MÖHUK’u göz ardı etmesi ve doğrudan Türk hukukunu uygulaması, yanlış kanunun uygulanması nedeniyle hukuka aykırı bir hüküm alınmasına neden olabilecek ve adaleti zedeleyecektir⁸⁹³. İlk derece mahkemelerinden alınan pek çok kararın, yabancılık unsuru incelenmeden verildiği gerekçesiyle, Yargıtay’ca bozmaya konu edildiğinin de altı çizilmelidir⁸⁹⁴.

Yabancılık unsuru başlığı altında ifade ettiğimiz üzere, SMK’ya göre tescilli bir marka hakkını ihlal eden eylemin Türkiye’de gerçekleştiği ve Türk hukukuna göre korumanın talep edildiği ihtimalde; uyuşmazlık gerçek anlamda milletlerarası nitelikte

⁸⁹¹Dış karar ahengi, yabancı unsurlu uyuşmazlık hangi ülke mahkemelerinde görülürse görülsün, somut olayda aynı hukukun uygulanmasındaki menfaattir. Davanın açıldığı yerin etkisinin, uygulanacak hukukun tâyini sürecini etkilememesi buna hizmet eder. Bu sayede dava hangi ülkede açılırsa açılсын somut olay bakımından aynı çözümlere ulaşılabilecektir. Bunun tam anlamda sağlanabilmesi ancak geniş kabul görmüş bağlama kurallarının tercihi ve atfin reddi durumunda mümkündür. Bkz.: Doğan, 2022, **a.g.k.**, 198; Güngör, 2021, **a.g.k.**, 76-77. Fikrî mülkiyet haklarında *lex loci protectionis* bağlama kuralının tüm dünyada en fazla tercih edilen bağlama kuralı olduğu ve bu konuda atfin reddedildiği düşünülürse Türk hâkimlerinin ilgili kuralı uygulamasının dış karar ahengine büyük katkı sağlayacağı açıktır.

⁸⁹²İlgili durum, gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaatini zedeler. Gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaati, bir ülkede verilen yargı kararlarının, yabancı devletin ülkesinde de hukukî sonuç doğurması ile sağlanır. Bu ise tanıma/tenfiz kararları ile mümkündür. Bkz.: Doğan, 2022, **a.g.k.**, 200; Güngör, 2021, **a.g.k.**, 76-77.

⁸⁹³Bkz.: Üçüncü Bölüm, “1.1. Genel Olarak Yabancılık Unsurunun Tespiti ve Tespitin Yargılama Hukuku Bakımından Sonuçları”

⁸⁹⁴Bkz.: Üçüncü Bölüm, 1.1. Genel Olarak Yabancılık Unsurunun Tespiti ve Tespitin Yargılama Hukuku Bakımından Sonuçları

kabul edilemeyeceğinden; doğrudan Türk hukukunun uygulanması gerekir. Bu ihtimalde tarafların yabancı vatandaşlıkta bulunmasının SMK bakımından da önemi olmadığı ve Türkiye’de tescilli hakkın Türkiye’de SMK hükümlerine göre korunacağı SMK m. 3’te teyid edilmiştir.

Yurtdışında tescilli markayla ilgili uyuşmazlığın Türk mahkemeleri önüne gelmesi halinde veya Türkiye’de tescilli marka hakkının farklı bir ülkede gerçekleşen eylemle ihlal edilmesi durumunda gerçek anlamda milletlerarası nitelikli bir uyuşmazlıktan söz edilebilir. Ancak bu durumlarda mahkemenin MÖHUK’a göre uygulanacak hukuku tespiti gerekir.

Sonuç olarak hâkimin önüne gelen marka ihlaline ilişkin uyuşmazlıkta cevaplama gereken en önemli soru şudur: Uyuşmazlık bakımından farklı bir devlet hukukunun marka korumasının devreye girmesi ihtimali var mıdır? Böyle bir ihtimal bulunması halinde uyuşmazlık milletlerarası nitelik kazanacağından uygulanacak hukukun tespiti gerekir. Türk hâkimi önüne gelen yabancı unsurlu marka uyuşmazlığında yabancılik unsurunu doğru yorumlayarak; farklı bir hukukun marka korumasını devreye sokabilecek bir uyuşmazlık varsa MÖHUK’a gitmeli, aksi halde uyuşmazlık milletlerarası nitelik taşımadığından SMK’yı uygulamalıdır.

5. YABANCI UNSURLU MARKA UYUŞMAZLIKLARINDA ÖNEM TEŞKİL EDEN DİĞER USULÎ MESELELER

5.1. Marka Hakkı Sahiplerinin Teminat Yükümlülüğü ve Teminattan Muafiyet Sorunu

Marka hakkına tecavüz iddiasında bulunan hak sahibinin, Türk mahkemelerinde dava açmak, açılmış davaya müdahil olmak veya icra takibinde bulunabilmek için belli durumlarda teminat ödemesi gerekir. Teminat yükümlülüğü, MÖHUK m. 48’de yabancılar bakımından, HMK m. 84/1’de ise mutad meskeni yurtdışında bulunan Türk vatandaşları bakımından düzenlenmiştir. Bu başlık altında özellikle yabancı marka sahiplerinin teminat yükümlülüğü ve teminattan muafiyete ilişkin hak sahibinin başvurabileceği muafiyet imkânları tartışılacaktır. Yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları

için HMK’da öngörülen teminat ise marka koruması bakımından özellik arz etmediği için ele alınmayacaktır⁸⁹⁵.

5.1.1. Genel olarak yabancıların teminat yükümlülüğü (MÖHUK m. 48)

Türk hukukunda hak arama hürriyeti, eşitlik ilkesi gereği vatandaş yanında yabancılara da tanınmaktadır⁸⁹⁶. Bu durum AY m. 36’da “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” ifadesiyle Anayasal güvence altına alınmıştır. Ancak AY m. 16 çerçevesinde diğer temel hak ve hürriyetlerde olduğu gibi hak arama hürriyeti de yabancılar için “milletlerarası hukuka uygun olarak” ve “kanunla” sınırlanabilir.

Türk hukukunda yabancıların Türkiye’de “hak arama” temel hak ve hürriyeti, MÖHUK m. 48’de düzenlenen “teminat gösterme yükümlülüğü” (*cautio judicatum solvi*) ile kanunen sınırlandırılmıştır⁸⁹⁷. “Teminat” başlıklı MÖHUK m. 48 düzenlemesi şu şekildedir:

Madde 48- “(1) Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır.

(2) Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar.”

⁸⁹⁵Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda teminat gösterme yükümlülüğü yalnızca yabancı davacı-icra takibinde bulunanlar bakımından ortaya çıkmaz. Türk vatandaşı davacının da teminat göstermesinin arandığı durumlar vardır. İlgili düzenlemeye göre; dava açan veya davaya katılan ya da icra takibinde bulunan Türk vatandaşı kişinin Türkiye’de mutad meskeni olmaması durumunda teminat göstermesi gerekir. Düzenlemede teminat gösterilmesinin amacının “muhtemel yargılama giderlerini karşılamak” olduğu açıkça ifade edilmiştir. MÖHUK m. 48 düzenlemesinde ise teminatın amacı “yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak”tır. Bu bakımdan MÖHUK’ta yabancılar için getirilen teminat yükümlülüğünün daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilir.

Bu kişiler bakımından MÖHUK m. 48’deki gibi karşılıklılık ile muafiyet söz konusu değildir. Davacı, davaya katılan veya icra takibinde bulunanın teminattan muaf tutulacağı haller HMK m. 85’te sayılmıştır. İlgili maddeye dayanarak, marka hakkı sahibinin yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz malının veya aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağının bulunması halinde veya adli yardımdan faydalanması durumunda, teminattan muaf tutulacağı anlaşılmaktadır. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz.: Z. Çalışkan (2013). *Milletlerarası usûl hukukunda teminat*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 33 vd.

⁸⁹⁵Doğan, 2022, **a.g.k.**, 94.

⁸⁹⁶Güngör, 2021, **a.g.k.**, 268.

⁸⁹⁷Güngör, 2021, **a.g.k.**, 269.

İlgili madde ifadesi açıkça Türkiye’de dava açan⁸⁹⁸, açılmış davaya katılan ve icra takibinde bulunan⁸⁹⁹ yabancı gerçek ve tüzel kişiler için teminat mecburiyetini getirmiştir⁹⁰⁰. Davalının, kendisine karşı takipte bulunulan kişinin vatandaşlığının önemi yoktur. Teminat yükümlülüğü yalnızca davacının-takipte bulunanın vatandaşlığına göre tespit edilir. Madde düzenlemesi incelendiğinde yabancıların teminat gösterme yükümlülüğünün amacının, karşı tarafın zarar ve ziyanı ile yargılama ve takip masraflarının karşılanması olduğu görülür⁹⁰¹.

Yabancılik teminatı HMK m. 114/1 gereği dava şartıdır ve mahkemece re’sen gözetilir ve her aşamada dava şartı olarak ileri sürülebilir. Mahkemenin teminata karar vermesi için davalının talep veya itirazda bulunmasına gerek yoktur.

MÖHUK m. 48’in doğru yorumlanması için “yabancı” teriminin içeriği belirlenmelidir. Genel anlamda yabancı, bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletle vatandaşlık bağı bulunmayan kimsedir⁹⁰². Yabancılik, gerçek kişiler bakımından vatandaşlık üzerinden rahatça tespit edilirken, tüzel kişiler bakımından bu tespitin yapılması daha zordur. Bu nedenle tüzel kişilerin tâbiyetinin belirlenmesinde devletler; kurucuların vatandaşlığı, şirketler bakımından sermaye ülkesi, kuruluş yeri, merkez yeri ve kontrol sistemi gibi farklı esaslar benimsemiştir⁹⁰³. Türk hukukunda tüzel kişilerin tabiiyetinin tespitinde farklı kanunlarda merkez yeri ve kuruluş yeri sistemlerinin benimsendiği görülmektedir⁹⁰⁴.

⁸⁹⁸Madde düzenlemesinde “dava” ifadesi kullanılmış olsa da doktrinde çekişmesiz yargı işlerinde de teminat yatırılması gerektiği savunulmuştur. Bkz.: Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 671, dn.144.

⁸⁹⁹İcra takibiyle ilgili olarak ilamlı ve ilamsız icra takibi için bir ayırım yapılması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir. Bu görüşe göre ilamsız takip için teminat aranırken, ilamlı takipler için teminat aranmaması gerekir. Zira ilamlı takipte bulunan kişinin elinde bir ilam olacağı için haksız çıkma ihtimali düşüktür. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Kaldı ki ilgili mahkeme kararının dayandığı davayı açarken de teminat ödenmesi durumunda aynı konuyla ilgili mükerrer teminat alınmış olacaktır. Bu durumun hak arama hürriyeti ile bağdaşmayacağı görüşündeyiz. Yine Türk vatandaşları bakımından teminatın düzenlendiği HMK m. 85/1-ç hükmüyle ilama bağlı ilamlı takipler açıkça teminattan muaf tutulmuştur. İlamlı takipte yabancıların teminattan muaf tutulmasını savunan görüş için bkz.: Doğan, 2022, **a.g.k.**, s. 98; Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 671, dn. 145; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 491, dn.223.

⁹⁰⁰Konuyla ilgili bkz.: M. Acun Mekengeç (2017). Türk hukuku’nda teminat gösterme yükümlülüğü. *MHB*, 37(2), 1–33.

⁹⁰¹Yargıtay 2. H.D., 18.01.2010, E. 2009/10521, K. 2010/728 (Kaynak: Lexpera.com).

⁹⁰²A. Çelikel ve G. Öztekin Gelgel (2016). *Yabancılar hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 16.

⁹⁰³V. Doğan (2018). *Türk yabancılar hukuku*. Ankara: Savaş Kitabevi, s. 21.

⁹⁰⁴Doğan, 2018, **a.g.k.**, s. 7; M. Aygöl (2007). *Milletlerarası özel hukukta şirketlere uygulanacak hukukun tespiti*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 33 vd. Bkz.: TTK m. 40/IV, m. 48/III; MK, m. 59/1, m. 102.

Gerçek kişi yabancı, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na göre Türk vatandaşı sayılmayan kişilerdir⁹⁰⁵. Buna göre yabancı devlet vatandaşları, vatansızlar, mülteciler, göçmenler, özel statülü yabancılar Türk hukuku bakımından yabancı kabul edilmektedir⁹⁰⁶. Türk vatandaşlığı yanında başka bir devlet vatandaşlığı da bulunan çok tâbiyetli kişiler, Türkiye'de Türk vatandaşı sayılacağından teminat yatırmayacaktır⁹⁰⁷. Türk vatandaşlığını doğumla kazanarak çıkma izniyle Türk vatandaşlığını kaybeden özel statülü (Mavi Kartlı) kişilerin durumu da özellik arz eden bir meseledir. Bu kişilerin TVK m. 28'de yararlanamayacakları haklar açıkça sayılmış ve bunun dışında kalan haller için Türk vatandaşları ile eşit statüde kabul edilmişlerdir. Bu nedenle Mavi Kartlı Türk asıllı yabancıların, MÖHUK m. 48'e göre teminat yatırması gerekmez⁹⁰⁸.

Türk hukukunda teminat yükümlülüğü bakımından tüzel kişilerin tâbiyeti belirlenirken idare merkezi kriterinin esas alınması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁰⁹. Statüsündeki idare merkezi Türkiye dışında, yabancı bir devletin ülkesinde yer alan ve dolayısıyla hak ve fiil ehliyeti yabancı hukuka tâbi olan tüzel kişi, yabancı tüzel kişi olarak kabul edilecektir⁹¹⁰. Buna göre örneğin İngiltere'de yaşayan Türk vatandaşlarının İngiltere'de kurduğu bir şirkete ait marka hakkına yönelik tecavüz fiillerine karşı Türkiye'de dava açtığını düşünelim. Daha önce ilk bölümde maddi marka hukukuna ilişkin açıklamalarda belirtildiği üzere; marka hakkının ihlalinde kural olarak dava, marka hakkı sahibi tarafından açılır. Bu ise; marka, adına tescil edilen kişidir. Bu takdirde davacı Türk vatandaşları değil, şirket tüzel kişiliğidir. Statüdeki idare merkezi İngiltere'de bulunduğundan, davacı şirket yabancı kabul edilir ve MÖHUK m. 48 uyarınca mahkemenin belirleyeceği teminatı yatırmakla mükelleftir. Teminat yatırılmadığı

⁹⁰⁵Doğan, 2018, **a.g.k.**, s. 7.

⁹⁰⁶Doğan, 2018, **a.g.k.**, 7-19.

⁹⁰⁷Türkiye'de mutad meskeni bulunmaması halinde HMK m. 84'e göre teminat yatırma yükümlülüğü saklıdır.

⁹⁰⁸Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 492, dn.227; U. Tütüncübaşı (2010). Milletlerarası usûl hukukunda teminat gösterme yükümlülüğü, *Dokuz eylül üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 12(2), s. 214 vd.

⁹⁰⁹MÖHUK m. 9/4'te tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri statüdeki idare merkezi hukukuna tâbi tutulmuştur. Bu nedenle MÖHUK m. 48 anlamında tüzel kişinin yabancılığının tespitinde de bu kriter dikkate alınmalıdır. Bkz.: Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 493; Nomer, 2017, **a.g.k.**, 498-499. Ticaret şirketlerinin tâbiyeti konusunda sistemler ve özellikle merkez yeri sistemi için bkz.: Aygül, 2007, **a.g.k.**, 21-39; T. Arat (1970). *Ticaret şirketlerinin tâbiyeti*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 77 vd.

⁹¹⁰Doğan, 2018, **a.g.k.** 22-23.

takdirde HMK m. 115'e göre verilen süre içinde eksiklik giderilmezse, HMK m. 88 gereğince dava şartı eksikliği nedeniyle mahkeme davayı usulden reddeder⁹¹¹.

Statüdeki idare merkezi hukukuna göre tüzel kişiliği haiz olmayan ancak ilgili hukuka göre davada taraf olma ehliyetini haiz olan yabancı kişi ve mal toplulukları için de m. 48'e göre teminat yatırma zorunluluğu bulunur⁹¹². Örneğin Suudi Arabistan'da kurulmuş bulunan bir ortaklığın, sahibi bulunduğu marka için ihlâl iddiasını ele alalım. Suudi hukukuna göre ortaklığın tüzel kişiliği bulunmamasına rağmen⁹¹³; idare merkezi hukukuna göre davada taraf ehliyeti bulunur⁹¹⁴. Dolayısıyla bu ortaklığın Türk mahkemelerinde sahibi bulunduğu markayla ilgili dava açması, açılmış bir davaya katılması veya icra takibinde bulunması halinde teminat yatırması gerekir.

Sonuç olarak Türkiye'de yabancı şahıs veya statüdeki idare merkezi yurtdışında bulunan yabancı tüzel kişi adına tescil edilen markalarla ilgili dava açmak, açılan davaya katılmak veya icra takibinde bulunulmak istendiğinde, ilgili marka hakkı sahiplerinin belirlenen teminatı yatırması zorunludur.

5.1.2. Yabancıların teminattan muafiyeti

Yabancı gerçek veya tüzel kişinin tâbiyetinde bulunduğu devlet ile Türk devleti arasında teminattan muafiyeti sağlayacak karşılıklılık bulunuyorsa teminat aranmayacaktır (MÖHUK m. 48/2). Karşılıklılık bulunan durumlarda mahkeme, teminattan muafiyete karar vermek mecburiyetindedir. Bu halde mahkemenin dava veya takibin niteliğine ya da duruma göre teminata hükmetmesi kabul edilmemiştir⁹¹⁵. Diğer

⁹¹¹Güngör, 2021, **a.g.k.**, 269; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 496.

⁹¹²Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 493.

⁹¹³Suudi Arabistan hukukunda mülga yasalarda ortaklığın değil, ortakların sorumluluğunun esas alındığı organizasyonlar kabul ediliyordu. Günümüz ihtiyaçlarını karşılamayan bu yaklaşım 28 Haziran 2022 tarihli yeni yasa ile son bulmuştur. Farklı şirket organizasyon yapılarına izin veren bu düzenlemeyle ilgili bkz.: H. Al Hamoud ve S. Akbar (2022). *New dawn for professional companies in Saudi Arabia*. Al Tamimi&Co., law Update, May 2020 <https://bit.ly/3CNLYEY> (Erişim tarihi: 11/10/2022); D. Harris ve A. Wood (2022). *KSA Companies Law*. Pwc.

⁹¹⁴Örnek için bkz.: Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 493. Suudi hukukunda şirketlerden ziyade ortakların hukukî kişiliği kabul edilmiş ve buna göre limited şirket ve adi ortaklık türleri ticaret hayatında yerleşmiştir.

⁹¹⁵Güngör, 2021, **a.g.k.**, 272. Konuyla ilgili bkz.: Yargıtay 15. H.D., 14.2.2020, E. 2019/1268 K. 2020/460 (Kaynak: Lexpera.com).

deyişle karşılıklılık varsa mahkeme teminata hükmedemez, karşılıklılık yoksa uygun bir teminata hükmetmek zorundadır⁹¹⁶.

Düzenlemede herhangi bir sınırlama öngörülmediği için karşılıklılık ahdî, kanunî veya fiilî olabilecektir⁹¹⁷. Türkiye teminattan muafiyeti konu alan pek çok uluslararası sözleşmeye taraftır. Bu sözleşmelerle nafaka, velayet, eşya taşıma gibi konularda teminattan muafiyet sağlanmıştır⁹¹⁸.

Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Anlaşması⁹¹⁹ m. 16 ile mülteciler ve Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme⁹²⁰ m. 16 gereğince vatansız kişi ikametgâhının bulunduğu âkit devlette teminattan muaf tutulmuştur. Buna göre yerleşim yeri Türkiye’de bulunan mülteci ve vatansız kişiler marka haklarıyla ilgili dava açmak, davaya katılmak veya icra takibinde bulunmak istediklerinde teminattan muaf tutulacaktır.

Bunlar yanında Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu uyarınca Türk vatandaşlarına sağlanan haklardan eşit şekilde yararlanan uzun dönem ikamet izni bulunanlar, uluslararası koruma statüsü sahipleri, süresiz çalışma izni sahipleri ve

⁹¹⁶Konuyla ilgili gündeme gelen bir sorun, muafiyetten faydalanıldıysa, yargılama sürerken talep edilen ihtiyatî tedbirler için tekrar teminat gerekip gerekmediğidir. Örneğin, markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi için dava açan yabancı davacının, yargılama sırasında davalının benzer marka ile ürettiği mallarının üretiminin de durdurulması için ihtiyatî tedbir talebinde bulunduğunu düşünelim. İlgili olayda davacının ülkesiyle karşılıklılığın sağlanması nedeniyle hükümsüzlük davası açılırken davacı teminattan muaf tutulmuş olsun. Bu halde davacı ihtiyatî tedbir talebinde bulunurken de teminattan muaf mıdır? Konuyla ilgili Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 2013 tarihli kararında MÖHUK m. 48 uyarınca karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutulan kişilerin, aynı davadaki ihtiyatî tedbir talepleri için de muaf sayılacağına hükmetmiştir. Öğretide Çelikel ve Erdem, ilgili Yargıtay kararını eleştirerek, MÖHUK m. 48’e göre teminat yükümlülüğü dahi olmayan Türk vatandaşlarının ihtiyatî tedbir- ihtiyatî haciz talebinde bulunurken teminat gösterme zorunluluğu olduğuna dikkati çekmiştir (Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 678-679). Kanımızca HMK m. 392’de ihtiyatî tedbir taleplerinde teminat, kişinin yabancılığından kaynaklı değil, talep edenin haksız çıkması durumunda oluşacak zararı karşılamak için istendiğinden, ilgili durumda bir muafiyet oluşmamaktadır. İlgili Yargıtay kararı için bkz.: Yargıtay 8. H.D., 13.05.2013, E. 2013/6173, K.2013/6983 (Kaynak: Lexpera.com) Bir diğer ihtimalde, marka sahibinin başlangıçta teminat yatırdığını düşünürsek, dava sırasında talep edilen ihtiyatî tedbirler için tekrar bir teminat istenmeyebileceği görüşündeyiz. Burada MÖHUK m. 48’e göre başlangıçta yatırılan teminat, ihtiyatî tedbirle oluşabilecek zararı da karşılayacak nitelikteyse, HMK m. 392/1’in ikinci cümlesi gereği, durum ve koşulların gerektirdiği gerekçesiyle teminata hükmedilmeyebilir. Bu durumun kötüye kullanılmaması açısından sonraki tedbir talepleri için hâkimin değerlendirmesinin oldukça önemli olduğunu ifade etmeliyiz.

⁹¹⁷Doğan, 2022, **a.g.k.**, 97; Güngör, 2021, **a.g.k.**, 269, 271; E. Esen (2018). *Hukuk usulüne dair la haye sözleşmesi kapsamında yabancı tüzel kişilerin teminat yükümlülüğünden muafiyeti*. *İNÜHFD* 9(1), 2018, 1-26, s.1. Karşılıklılık durumunda Yargıtay’ın davacının teminattan muaf tutulmasını bildirdiği kararı için bkz.: Yargıtay 8. H.D. 13.05.2013, E. 2013/6173, K. 2013/698 (Kaynak: Doğan, 2022, **a.g.k.**, 98, dn. 82).

⁹¹⁸Sözleşmeler için bkz.: Tiryakioğlu, Aygün ve Küçük (2021), **a.g.k.**, 1255 vd.

⁹¹⁹R.G. 5.9.1961- 10898.

⁹²⁰Taraf devletler için bkz.: UNHCR, *States Parties to the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons*, <https://bit.ly/3ViVFZC> (Erişim tarihi:11.10.2022).

Turkuaz Kart sahiplerinin markalarını korumak için dava açmak/katılmak veya takipte bulunmak istediklerinde teminattan muaf tutulacaklardır⁹²¹.

Yabancı şirketler adına tescilli markaların sayıca fazlalığı düşünüldüğünde önem arz eden bir diğer sözleşme ise “Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi”dir⁹²².

Lahey Sözleşmesi m. 17 gereğince; âkit devletlerden birinde yerleşim yeri olan ve diğer bir âkit devlet mahkemesinde dava açan, davaya katılan âkit devlet vatandaşı gerçek veya tüzel kişilerden, ilgili ülkede yerleşim yeri olmaması veya yabancı olmaları nedeniyle herhangi bir teminat veya depozito istenemez. Ancak Yargıtay 2013 tarihli bir kararında⁹²³ Antlaşmanın 17’nci maddesinde geçen “*national*” ifadesinin yalnızca gerçek kişi vatandaşları kapsadığı ve yabancı tüzel kişilerin teminattan muaf tutulamayacağı sonucuna varmıştır. Bu gerekçeyle, ilgili kararda; Türkiye’de icra takibinde bulunmak isteyen İspanyol şirketinin teminat yatırması gerektiğine hükmedilmiştir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de 2016 tarihli kararında⁹²⁴ aynı gerekçelerle Türkiye’de icra takibinde bulunan Hollandalı şirketin teminattan muaf tutulamayacağına karar vermiştir. Yargıtay, ilgili kararlarında Lahey Antlaşmasında geçen “*national*” ifadesine karşı, bu Antlaşmanın yerine geçmesi amacıyla hazırlanan 1980 tarihli Adalet Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme 14’te, tüzel kişilerin teminat muafiyeti kapsamında olduğunun açıkça düzenlenmiş olmasını gerekçe göstermiştir⁹²⁵.

Bu nedenle Yargıtay uygulaması gereği, Türkiye’de sahibi bulunduğu marka ile ilgili dava açan, davaya katılan icra takibinde bulunan yabancı şirketlerin Lahey Sözleşmesine dayanarak teminattan muaf tutulamayacağı görülmektedir. Ancak Yargıtay’ın bu yaklaşımı, Antlaşmadan tüzel kişilerin teminattan muaf tutulmayacağına ilişkin bir yorum çıkarılamayacağı gerekçesiyle öğretilde eleştirilmiştir⁹²⁶.

Avrupa İkamet Sözleşmesi m.9’da da Sözleşmeye taraf devlet vatandaşları, taraf devletlerden birinde davacı veya müdahil olarak mahkeme önüne çıktığında teminattan

⁹²¹Doğan, 2022, **a.g.k.**, 93.

⁹²²R.G. 23.05.1973-14194. Almanya, Avusturya, Belarus, Belçika, Çin Makau Özerk Bölgesi, Danimarka, Ermenistan, Fas, Finlandiya, Hollanda, Japonya ve Rusya Federasyonu’nun da içinde bulunduğu 46 devlet sözleşmeye taraftır.

⁹²³Yargıtay 12. H.D., 02.07.2013, E. 2013/17436, K. 2013/24686. (Kaynak: Lexpera.com)

⁹²⁴Yargıtay 12. H.D., 11.02.2016, E. 2015/26555, K. 2013/3489. (Kaynak: Lexpera.com)

⁹²⁵Esen, 2018, **a.g.k.**, 17 vd.

⁹²⁶Esen, 2018, **a.g.k.**, 17 vd. Yargıya erişim hakkı temel esastır ve teminat yükümlülüğü buna yönelik bir sınırlamadır ve bu nedenle istisnai niteliktedir. Biz de teminata ilişkin ortaya çıkan bu belirsizliğin yargıya erişim hakkı lehine çözülmesi gerektiği görüşüne katılıyoruz.

muaftır. Ancak teminattan muafiyetin şartı olarak yine ikametgâh veya yerleşim yerinin âkit devletlerden birinde bulunması şartı aranmıştır. Buna göre örneğin Alman vatandaşı Türkiye’de tescilli markasını korumak için dava açtığında, mutad meskeninin Norveç’te olması halinde teminattan muaf tutulacaktır. Oysa mutad meskeni ve ikametgahının Sözleşmeye taraf olmayan ABD’de bulunması ihtimalinde, bu Sözleşme anlamında teminattan muaf tutulamayacaktır. ABD ile karşılıklılığı öngören herhangi bir uluslararası Sözleşme de bulunmadığından dava açanın elinde kalan tek imkân teminattan muaf tutulabilmesi için fiilî karşılıklılığı ispat etmesidir.

Türkiye, bunlar yanında pek çok devletle MÖHUK m. 48 ve HMK 84 vd. öngörülen teminattan muafiyeti düzenleyen iki taraflı anlaşmalar akdetmiştir⁹²⁷. Almanya, Avusturya, Çin Halk Cumhuriyeti, Birleşik Krallık, İran, Türkmenistan bu devletlerden yalnızca birkaçıdır. İlgili anlaşmaların tarafı devlet vatandaşları, Türkiye’de teminattan muafiyetlerini öne sürebilir.

Bunlar dışında marka hakkı sahibi, kendi ülkesinde; dava açarken, icra takibinde bulunurken Türk vatandaşlarının teminat yatırmak zorunda olmadığını ispat ederek, fiilî karşılıklılığı sağlayabilir ve bu sayede teminattan muaf tutulur⁹²⁸. Yine bazı hukuk sistemlerinde dava açmak, takipte bulunmak için istisnai haller dışında teminat talep edilmemektedir. Bu devlet vatandaşları da Türkiye’de açtıkları davalarda/takiplerde ilgili düzenlemeye dayanarak fiilî karşılıklılığı öne sürerse teminattan muaf tutulmalıdır⁹²⁹.

5.1.3. TRIPS ve Paris Sözleşmesi’nde öngörülen millî muamele ilkesinin, teminattan muafiyete gerekçe olup olamayacağı sorunu

Fikrî mülkiyet haklarına veya özel olarak markaya ilişkin teminattan muafiyeti öngören özel bir anlaşma bulunmamakla birlikte, Paris Sözleşmesi, TRIPS gibi

⁹²⁷ Teminattan muafiyete ilişkin çok taraflı ve ikili anlaşmalara Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü’nün internet sayfasından ulaşılabilir. Bkz.: ABDABGM, Yabancıların teminat yatırma Yükümlülüğü, <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yabancilarin-teminat-yatirma-yukumlulugu05032021034324> (Erişim Tarihi: 13.10.2022)

⁹²⁸ Özellikle ABD’li ve İngiliz şirketler tarafından bu savunmanın kullanıldığı ifade edilmiştir. Bu hukuklarda teminat, dava açanın özel durumuna göre davalı taraftan talep gelmesi halinde istenebilir. Yoksa davacının/takipte bulunanın yabancı vatandaşlıkta olmasından kaynaklanan bir teminat yükümlülüğü yoktur (Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 502-503, dn. 250). Yargıtay’ın konuyla ilgili kararı için bkz.: Yargıtay 19. H.D., 05.11.2013, E. 2013/10700, K. 2013/17222. (Kaynak: Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 503, dn. 250).

⁹²⁹ Doğan, 2022, **a.g.k.**, 98.

anlaşmalarda yer alan “millî muamele ilkesi”nin⁹³⁰ de teminattan muafiyete esas kabul edilmesi düşünülebilir⁹³¹.

Sınai mülkiyet haklarının düzenlendiği Paris Sözleşmesi m. 2 ve m. 3’te Birlik üyesi devlet vatandaşlarının ve Birlik üyesi devlet vatandaşı olmasa dahi bu devletlerden birinde ikametgahı veya ticari işletmesi bulunan kişilerin de vatandaşla eşit koruma talep edebileceği öngörülmüştür. TRIPS m. 3’te de benzer şekilde üye devlet vatandaşlarının diğer üye devletlerde, vatandaşla eşit işlem göreceği düzenlenmiştir. Millî muamele ilkesi veya eşit işlem ilkesi olarak adlandırılan bu hükümler; taraf devletlerin, kendi vatandaşlarına sağladıkları fikrî mülkiyet korumasını, diğer üye devlet vatandaşlarına da aynı şartlarla sağlamasını gerektirir.

Öğretide bir görüş bu sözleşmelerde öngörülen millî muamele ilkesinin AY m. 90 /5 ve SMK m. 3 gereği, MÖHUK m. 48’in önüne geçeceğini ve bu nedenle Türkiye’de dava açan veya takipte bulunan yabancının, teminat yükümlülüğü bulunmadığını savunmuştur⁹³². Bu görüş, teminat gösterme yükümlülüğünün hak arama özgürlüğünü sınırlayan yapısının usuli niteliğine karşı daha baskın olduğu kabulüne dayanır.

Yargıtay da farklı kararlarında uluslararası fikrî mülkiyet sözleşmelerindeki millî muamele esasının yabancılık teminatından muafiyete esas oluşturacağını bildirmiştir. Yargıtay’ın 2006 tarihli kararına konu olayda ilk derece mahkemesi, merkezi Hong Kong’da yer alan davacı şirketin, mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 32 uyarınca teminat yatırması için verilen kesin süreye uymaması neticesinde dosyayı işleminden kaldırmıştır. Dosyanın işleminden kaldırılmasına karşı yapılan temyiz başvurusunda Yargıtay 11. H.D., MÖHUK’ta öngörülen yabancılık teminatı konusunda TRIPS anlaşması m.3’te geçen millî muamele ilkesinin incelenmesini isteyerek, yerel mahkeme kararını bozmuştur⁹³³. Ancak Yargıtay bu kararında millî muamele ilkesini karşılıklılık kabul edip etmediğini açıklamamıştır.

2006 tarihli bir başka kararında Yargıtay 11. H.D., Bern Sözleşmesi m. 7/8’de yer alan “eşit muamele ilkesi” gereği davacı yabancı şirketin teminattan bağımsız olduğuna

⁹³⁰Millî muamele ilkesiyle ilgili bkz.: İkinci Bölüm, “1.2. Uluslararası Fikrî Mülkiyet Korumasında Ülkesellik: Ülkenin Gelişimi ve Milletlerarası Anlaşmalarda Ülkeselliği Destekleyen Esaslar”

⁹³¹Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz.: C. Suluk (2007). Fikrî mülkiyet hukukunda millî muamele ilkesi ve yabancılardan teminat gösterme yükümlülüğü. *Prof. dr. Hüseyin Ülgen’e armağan*, birinci cilt, s. 1179-1188.

⁹³²Paslı, 2014, **a.g.k.**, 66, dn. 84.

⁹³³Yargıtay 11. H.D., 30.06.2006, E. 2005/10004, K. 2006/10777 (Kaynak: Suluk, 2007, **a.g.k.**, 1184).

hükmetmiştir⁹³⁴. Benzer şekilde 2008 tarihli HUMMER kararında da Yargıtay, Paris Sözleşmesi m.2’de yer alan “eşit işlem ilkesi” gereği, ABD’li şirketin teminattan muaf tutulması gerektiğine hükmetmiştir⁹³⁵.

Ancak konuyla ilgili öğretideki diğer görüş ve WIPO görüşüne göre, yabancıların teminat yükümlülüğü, millî muamele ilkesine aykırı değildir⁹³⁶. TRIPS m. 3/2 ve Paris Sözleşmesi m. 2/3’te usulî meseleler millî muamele ilkesi kapsamı dışında bırakılmıştır. Sözleşmelerdeki milli muamele/vatandaşla eşit işlem ilkesinin, yalnızca maddi hukuk hükümlerine ilişkin olduğundan, teminattan muafiyet sağlamadığı ifade edilmiştir⁹³⁷.

Millî muamele ilkesiyle amaçlanan; yabancılara, fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili olarak vatandaşla benzer veya eşit koruma sağlamaktır. Usûl kuralları içinde düzenlenen teminatın amacı ise yargılama masraf ve giderleri ile dava sonucunda oluşacak zarar ve ziyanın güvence altına alınmasıdır. Burada kişilerin sadece yabancılığından kaynaklı bir yükümlülük öngörülmemiştir. Nitekim benzer şekilde mutad meskeni yurtdışında bulunan Türk vatandaşları da yargılama masraflarını güvence altına almak üzere teminat yatırmakla yükümlü tutulmuştur. Kaldı ki gerek Paris Sözleşmesi m. 2/3’te gerek TRIPS m. 3/2’te yargılamaya ilişkin konuların millî muamele ilkesinin kapsamı dışında olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle biz de Yargıtay’ın konuya ilişkin yaklaşımının yanlış olduğu ve bu anlaşmalardaki millî muamele ilkesinin, teminattan muafiyet sağlamadığı görüşündeyiz. Bununla birlikte eşit işlem ilkesinin, teminattan tamamen muafiyet sağlamasa bile teminatın miktarı konusunda etki doğurması gerektiği görüşündeyiz. Teminat yükümlülüğü usule ilişkin bir konu olmakla birlikte, hak arama özgürlüğüne sınır getiren yapısı nedeniyle maddi hukuku ilgilendiren bir yönü de bulunmaktadır. Bu nedenle; uygulamada aşırı yüksek belirlenen teminatlarla yabancıların hak arama özgürlüğünün sınırlanması söz konusu olduğundan eşit işlem ilkesine aykırılık iddiasında bulunulabileceği görüşündeyiz⁹³⁸.

⁹³⁴Yargıtay 11. H.D. 13.04.2006, E. 2005/3506, K. 2006/4425 (Kaynak: Suluk (2007), **a.g.k.**, 1185.)

⁹³⁵Yargıtay 11. H.D., 26.06.2008, E. 2007/6321, K. 2008/8591. (Kaynak: Lexpera.com)

⁹³⁶Çolak, 2018, ag.k., 15-16; Suluk, 2007, **a.g.k.**, 1187; Yasaman vd., 2021, **a.g.k.**, 91; O. Sekmen (2013). *Markanın hükümsüzlüğü ve hukuki sonuçları*. Doktora tezi. YÖK, Ulusal tez merkezi.

⁹³⁷Çolak, 2018, ag.k., 15-16; Suluk, 2007, **a.g.k.**, 1187; Yasaman vd., 2021, **a.g.k.**, 91.

⁹³⁸Zira yabancılar bakımından öngörülen teminat yükümlülüğü HMK m. 48 gereği “yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere” talep edilirken, Türk vatandaşları bakımından talep edilen teminat HMK m. 84 gereği “muhtemel yargılama giderleri” ile sınırlı olarak tespit edilir.

5.1.4. Teminatın şekli ve miktarı

Teminatın şekli konusunda tek açık düzenleme olan HMK m. 87’de teminatın şeklini hâkimin belirleyeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre; taraflar, sözleşmeyle teminatın şeklini belirleme hakkına sahiptir. Taraflar şekle ilişkin anlaşmadığı takdirde, davada gösterilecek teminatın şeklini hâkim açıkça belirler. HMK m.87 düzenlemesi MÖHUK m. 48 anlamındaki yabancılaşa dayanan teminata da uygulanır⁹³⁹.

Konuyla ilgili uygulamada ve Yargıtay kararlarında en sık karşılaşılan problemlerden birisi, teminatın döviz cinsinden yatırılmasıdır. Yargıtay sair kararlarında yabancıların yatıracığı teminatların döviz cinsinden olması gerektiğine hükmetmiştir. İlgili kararlarda döviz cinsinden teminatın Merkez Bankası’na yatırıldığına ispatı aranmıştır⁹⁴⁰. Ancak Yargıtay’ın ilgili kararlarında buna esas olacak herhangi bir yasal dayanak sunulmamıştır⁹⁴¹. Teminatın, mahkeme veya icra dairesi takdiriyle para cinsinden yatırılması gerektiğinde bu paranın, döviz veya Türk parası olarak yatırılmasında herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır⁹⁴². Nitekim Türk Parasının Kıymetinin Korunması mevzuatında böyle bir yükümlülüğü öngören bir düzenleme bulunmaz⁹⁴³. Bu nedenle davacı, davaya katılan veya takip talebinde bulunan yabancı şahsın, şirketin Türkiye’de talep edilen teminatı karşılayan mal varlığı değerleri varsa, bunları teminat olarak gösterebilmesi yeterli olmalıdır⁹⁴⁴.

Teminatın miktarı konusunda hâkime/icra dairesine takdir yetkisi tanınmış ve somut vakanın özelliklerine göre serbestçe belirleneceği düzenlenmiştir. Bu konuda tanınan takdir yetkisinin dava açmaya engel olacak şekilde uygulanması halinde, AİHS

Uygulamada yabancılar için istenen teminatın somut durum incelenmeksizin, %10-15 şeklinde kategorik olarak belirlendiği görülmektedir. Yabancılar bakımından aşırı teminatların AİHS m. 6’yı da ihlâl edebileceğine ilişkin sonraki başlık altındaki açıklamalara bkz. Ayrıca somut durumun özellikleri incelenmeden teminat miktarının belirlenmesinin bozma sebebi yapılmasıyla ilgili bkz.: Yargıtay 11. H.D, 30.06.2006, E. 2005/10004, K. 2006/10777 (Kaynak: Suluk, 2007, **a.g.k.**, 1184).

⁹³⁹Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 673; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 494.

⁹⁴⁰Yargıtay 12. H.D. 02.04.2004, E. 2004/5278, K. 2004/8098, Yargıtay 12. H.D. 07.06.2004, E. 2004/9915, K. 2004/14454 (Kaynak: Yargıtay karar arama, Lexpera.com)

⁹⁴¹Doğan, 2022, **a.g.k.**, 94; Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 674; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 494.

⁹⁴²Doğan, 2022, **a.g.k.**, 94; Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 674; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 494; Çalışkan, 2013, **a.g.k.**, 139 vd.

⁹⁴³Çalışkan, 2013, **a.g.k.**, 139 vd.

⁹⁴⁴Doğan, 2022, **a.g.k.**, 94.

m. 6/1 anlamında hak arama özgürlüğü ihlal edilmiş olur⁹⁴⁵. Bu nedenle öğretide, uygulamada talep edilen %10-15 teminatın kategorik hale getirilmesinin yanlış olduğu ifade edilmektedir⁹⁴⁶. Böyle bir kategorik yaklaşım yerine; dava kaybedildiğinde veya sonuçsuz kaldığında tamamlanacak harçlar, dava masrafları ve avukatlık giderleri, tedbirin haksız olmasına karşı davalının ileride isteyebileceği tazminat gibi unsurlar dikkate alınarak teminat miktarı münferiden belirlenmelidir⁹⁴⁷. Nitekim Yargıtay 11. HD. 2006 tarihli sınai mülkiyet uyuşmazlığını konu alan kararında, yerel mahkemenin teminat miktarını belirlerken dayanakları tartışmamasını bozma sebebi olarak kabul etmiştir⁹⁴⁸.

5.2. Marka Hakkının İhlaline İlişkin Davada Bekletici Mesele Sorunu

Türk mahkemelerinin önüne gelen yabancı markanın ihlaline ilişkin uyuşmazlıkta, hakkın geçersizliğinin ileri sürülmesi durumunda, ilgili mesele çözümlenmeden mahkeme tecavüze ilişkin bir tespitte bulunamayacaktır⁹⁴⁹ ⁹⁵⁰. Hakkın geçersizliği iddiası Türkiye’deki yargılamada itiraz olarak ileri sürülebileceği gibi, hakkın tescilli olduğu ülkede ayrı bir davaya da konu edilmiş olabilir. Hakkın geçersizliği iddiasıyla yurtdışında

⁹⁴⁵Aşırı teminatın AIHS m.6’yı ihlal edip etmeyeceğine ilişkin AIHM uygulaması için bkz.: Çalışkan (2013), **a.g.k.**, 101; A.İ. Sarıöz Büyükalp (2012). *Adil yargılanma hakkının türk milletlerarası usul hukuku üzerindeki etkileri*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 448.

⁹⁴⁶Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 495.

⁹⁴⁷Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 495.

⁹⁴⁸Yargıtay 11. H.D, 30.06.2006, E. 2005/10004, K. 2006/10777 (Kaynak: Suluk (2007), **a.g.k.**, 1184).

⁹⁴⁹Uygulamada Türk mahkemeleri önüne yabancı marka hakkının geçerliliğinin tespitine ilişkin bir davanın gelmesi ihtimal dahilinde değildir. Zira, ülkesellik prensibi gereği, hakkın geçerliliğine ilişkin konularda tescil yeri mahkemesinin münhasır yetkisi tüm dünyada kabul edilen temel esastır. Bu nedenle, ilgili kişiler hakkın geçerliliğine ilişkin davayı markanın tescilli olduğu ülkede açmayı tercih eder. Aksi durumda hakkın geçerliliğine ilişkin karar tanıma/tenfiz engelleriyle karşılaşacak ve tescil ülkesinde etkili olmayacaktır. Bu nedenle uygulamada karşılaşılabilecek ve asıl tartışılması gereken ihtimal, Türk mahkemeleri önündeki yabancı markanın ihlaline ilişkin uyuşmazlıkta hakkın geçersizliğinin ileri sürülmesidir. Nitekim AB hukukundaki tartışmalar da bu konu etrafında yoğunlaşmaktadır.

⁹⁵⁰Bu meselenin ön sorun olarak veya asıl uyuşmazlığın bir parçası olarak değerlendirilmesi mümkündür. *Önsorun (preliminary question, vorfrage)*, yabancı unsurlu uyuşmazlığın çözümünde öncelikle karara bağlanması gereken mesele şeklinde tanımlanabilir. Önsorunun çözümünde uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK’ta açık bir düzenleme yer almaz. Öğretide ve uygulamada konuyla ilgili iki yöntem benimsenmiştir: İlk yöntem, önsorunun asıl uyuşmazlıktan bağımsız olarak ele alınarak, kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği hukuka göre çözümlenmesidir. Bu yöntem “*lex fori* yöntemi” ve “bağımsız bağlanma” denilmiştir. İkinci olarak önsorunun, asıl sorunun bir parçası gibi ele alınarak asıl soruna uygulanacak hukuka göre çözüme kavuşturulmasıdır. Bu yöntem ise “*lex causae* yöntemi” ve “bağımlı bağlama” olarak adlandırılmıştır. Fikrî mülkiyet haklarının ihlalinde farklı bağlama kuralları kabul görmüşse de hakkın varlığı ve geçerliliğine ilişkin konuların tescil ülkesi hukukuna tâbi olması genel kabul gören esastır. Bu nedenle her iki yöntemde de sonuç, tescil ülkesi hukukunun uygulanması olacaktır. Bu nedenle gerçek anlamda bir önsorun ihtilâfından bahsedilemez. Çünkü “*forum*’un kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları ile esas soruna uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları, aynı ön sorun için farklı maddî sonuçlar” yaratmamıştır. Bkz.: Doğan, 2022, **a.g.k.**, 225; Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 131; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, **a.g.k.**, 94; D. Elçin (2018). Milletlerarası özel hukukta önsorun. *Türkiye adalet akademisi dergisi*, 33, 211-242, s.211 vd.; Nomer, 2017, **a.g.k.**, 138.

açılmış bir dava bulunmuyorsa, herhangi bir mesele gündeme gelmez ve mahkeme hakkın geçerliliğine ilişkin tespitte bulunarak tecavüz iddiasına dayanan talepler hakkında karar verir. Ancak davalı tarafın, markanın tescilli olduğu ülkede hakkın veya tescilin geçersizliğine ilişkin dava açmış olması durumunda, mahkemenin önünde iki seçenek bulunmaktadır: İlgili ülke mahkemelerinden hakkın geçerliliğine ilişkin alınacak kararı bekletici mesele yapmak veya ihlal iddiasıyla birlikte hakkın geçerliliğine ilişkin de hüküm vermek⁹⁵¹.

İlgili durum genel anlamda, milletlerarası usûl hukuku bağlamında paralel davalarda nasıl bir yaklaşımın kabul edildiği ile ilgilidir. Farklı ülke mahkemelerinde devam eden paralel davaların sebep olduğu problemlerin *forum non conveniens*⁹⁵², milletlerarası derdestlik, bekletici mesele ya da davaların birleştirilmesi gibi yöntemlerle aşılmaya çalışıldığı görülmektedir⁹⁵³.

Türk milletlerarası usûl hukukunda yabancı mahkeme kararlarının bekletici mesele yapılması konusunda ise iki farklı yaklaşım bulunmaktadır: Bir görüş; yabancı devlet mahkemelerindeki yargılamanın bekletici mesele yapılmasının ancak TTK m. 1361 gibi açık bir yasal düzenleme bulunması halinde mümkün olduğunu savunur⁹⁵⁴. İlgili görüşe göre, tanıma/tenfiz kararı alınmadıkça yabancı mahkeme kararları Türkiye’de geçerli olmadığından, Türk mahkemesindeki yargılamada da bekletici mesele yapılması mümkün değildir. Buna karşı diğer bir görüş, yabancı yargılama sonucu verilecek kararın Türkiye’de tanınması/tenfiz edilmesi önünde bir engel yoksa ve bu kararın Türkiye’deki yargılama

⁹⁵¹ Yabancı mahkemelerdeki yargılamaların Türk mahkemeleri önüne gelen uyuşmazlıkta bekletici mesele yapılmasına ilişkin Yargıtay’ın her iki yönde de kararları bulunmaktadır. İlgili kararlar ve konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz.: I. Egemen (2021). Milletlerarası usûl hukukunda bekletici sorun. *İstanbul medipol üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 7 (2); G. Bayraktaroğlu Özçelik (2016). *Milletlerarası usûl hukukunda paralel davalar*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 341-344; E. Doğan (2014). Milletlerarası derdestlik (lis alibi pendens). *Dokuz eylül üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 16 (2014).

⁹⁵²Farklı ülkelerde aynı veya ilgili konularda devam eden paralel davalar ile yetki çatışması doğması durumunda devletlerin, yabancı mahkemelerin yetkisi lehine yetkisizlik kararı vermemesi esastır. Ancak bu durumun istisnası *common law* hukuklarında kabul edilen *forum non conveniens* prensibidir. *Forum non conveniens* prensibi, milletlerarası yetkiyi haiz bir ülke mahkemesinin, başka bir devlet mahkemelerini uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili görmesi durumunda, bu konuda daha doğru karar verebilecek olması gerekçesiyle, kendi yetkisinden feragat ederek davayı görmeyi reddetmesidir. *Forum non conveniens* Türk hukukunda elverişli mahkeme prensibi olarak da adlandırılmıştır. Bkz.: E. Sökmen Güler (2019). *Forum non conveniens* doktrini ve uluslararası paralel davalar. *D.E.Ü. hukuk fakültesi dergisi, prof. dr. Durmuş Tezcan’a armağan*, C. 21, Özel S.; I. Özkan ve U. Tütüncübaşı (2017). *Uluslararası usûl hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 21; Bayraktaroğlu Özçelik, 2016, **a.g.k.**, 59.

⁹⁵³Bayraktaroğlu Özçelik, 2016, **a.g.k.**, 348.

⁹⁵⁴Çelikel ve Erdem, 2020, **a.g.k.**, 664; Nomer, 2017, **a.g.k.**, 458.

bakımından önemli bir sonuç doğurması öngörülüyorsa, yurtdışındaki davanın sonucunun bekletici mesele yapılabilceğini savunmaktadır⁹⁵⁵.

Marka hakkının geçerliliğine ilişkin tescil yeri mahkemelerinin kararının Türkiye’de tanınması/tenfizi önünde normal şartlarda herhangi bir engel bulunmamaktadır. Buna göre yurtdışında devam eden yargılamanın bekletici mesele yapılması yönündeki görüş benimsendiği takdirde mahkeme, yabancı mahkemeden hakkın geçerliliğine ilişkin bir karar alınana kadar yargılamayı durdurabilir. Bununla birlikte mahkemenin tarafların menfaatlerini, somut olayın özelliklerini ve yurtdışındaki yargılamanın geldiği aşamayı dikkate alarak yurtdışındaki yargılamanın kendi önündeki uyuşmazlıkta beklenmesinin gerekli ve faydalı olduğuna kanaat getirmesi gerekir⁹⁵⁶.

Milletlerarası unsurlu fikrî mülkiyet uyuşmazlıklarında yetki çatışmaları ve paralel yargılamaların doğuracağı sıkıntıların önüne geçmek üzere CLIP, ALI ve Kyoto İlkeleri’nde de derdestlik ve davaların birleştirilmesi yanında bekletici meselenin de kabul edildiği görülmektedir⁹⁵⁷. Tüm bu olanaklar, hakkın geçerliliğine ilişkin konularda ülkesellik ilkesiyle de uyumlu sonuçlar doğurur. Ancak sayılan durumlar, fikrî mülkiyet uyuşmazlıklarında arzu edilmeyen bir sonuç olan yetkide parçalanmaya da sebep olacaktır. Bu nedenle, hakkın geçerliliğinin uyuşmazlığın esasını oluşturmadığı durumlarda ülkeselliğin esnek yorumlanarak, uyuşmazlığın tamamı bakımından tek bir mahkemenin yetkisinin kabul edilmesi yaklaşımı da önerilmiştir⁹⁵⁸. Bahsi geçen öneri, ancak ilgili ilkeler geniş bir uygulama alanına sahip olduğunda işlevsel hale gelecektir. Mevcut durumda hakkın geçerliliğine ilişkin konulardaki münhasır yetki tanıma/tenfiz engeli olmaya devam ettiğinden bu öneri uygulamada etkin olamaz.

Sayılan gerekçelerle, yabancı marka hakkının ihlaline ilişkin uyuşmazlıkta Türk mahkemelerinin, hakkın geçersizliğine ilişkin tescil ülkesinde devam eden yargılamayı bekletici mesele yapabilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yurtdışındaki yargılamanın bekletici mesele yapılabilmesi için hâkimin, hakkın geçerliliğine ilişkin verilecek kararın Türkiye’deki yargılama bakımından önemini ve yurtdışındaki yargılamanın hangi aşamada

⁹⁵⁵Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2020, a.g.k, 489; G. Bayraktaroğlu Özçelik (2016). *Milletlerarası usûl hukukunda paralel davalar*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 347-348.

⁹⁵⁶Bayraktaroğlu Özçelik, 2016, a.g.k., 348.

⁹⁵⁷Bkz.: İkinci Bölüm, “2.2.3.Uluslararası Kuruluşların Milletlerarası Fikrî Mülkiyet Korumasına İlişkin Önerileri” vd.

⁹⁵⁸Bkz.: İkinci Bölüm, “2.2.3.Uluslararası Kuruluşların Milletlerarası Fikrî Mülkiyet Korumasına İlişkin Önerileri” vd.

olduğunu da değerlendirmesi gerekmektedir. Buna göre örneğin, yurtdışındaki davanın henüz açılmış olması ihtimalinde, Türkiye'deki yargılamanın uzayacak olması nedeniyle önemli hak kayıpları doğabilecektir. Bahsi geçen durumda, Türk mahkemesinin yurtdışında görülmekte olan davayı bekletici mesele yapmaksızın, markanın ihlalinden doğan davada, geçerlilik hakkında da bir tespitte bulunması gerektiği görüşündeyiz.

Türk mahkemelerinin hakkın geçerliliğine ilişkin yurtdışındaki davayı bekletici mesele kabul etmesinde göz önünde bulundurulması gereken diğer bir husus da kararın nerede icra edilmek istendiği olabilir. Örneğin hakka yönelik tecavüze karşı talep edilen maddi tazminat kararı Türkiye'de icra edilmek isteniyorsa, hakkın geçerliliğine ilişkin yurtdışından alınacak kararın bekletici mesele yapılmasına gerek olmayabilir. Oysa karar yurtdışında icra edilecekse, kararın icrasında tanıma/tenfiz engeliyle karşılaşılması ve hükmün etkinliğinin sağlanabilmesi için yurtdışındaki yargılama bekletici mesele yapılabilir. Sayılan nedenlerle hâkimin somut olaya ilişkin değerlendirmesi oldukça önem arz eder.

Tüm bu açıklamalarla birlikte görüşümüzün olması gerekeni işaret ettiğinin altını çizmek isteriz. Hukukumuzda açık bir kanunî düzenleme olmadığından, mevcut durumda Türk mahkemelerinin yabancı ülkede devam eden yargılamayı dikkate alabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle MÖHUK'ta veya ilgili kanunlarda açık bir düzenleme ile hâkimin gerek gördüğü durumlarda yurtdışından alınacak kararı dikkate alabileceği belirtilmedikçe yabancı mahkeme kararının bekletici mesele yapılması veya yabancı derdestliğin kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu yetki kanun hükmüyle tanınırken ise hâkimin hangi durumlarda yabancı mahkeme kararını dikkate alabileceğine ilişkin kriterlerin açıkça sayılması gerekir. Yapılacak düzenlemede tanınan yetkinin sınırlandırılması sayesinde mahkemelerin yurtdışından alınacak kararı kendi yargı yetkilerinden kolayca vazgeçmeyi sağlayacak bir kaçış mekanizması şeklinde kullanmalarının önüne geçilmesi oldukça önemlidir.

5.3. Yabancı Unsurlu Marka Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk

5.3.1. Genel olarak arabuluculuk

Uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma görevi esasen devletlere aittir. Ancak günümüzde mahkemelerin iş yükünün artması nedeniyle yargı süreçlerinin yavaş

işlemesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini doğurmuştur⁹⁵⁹. Bu yöntemlerin amacı, kamu düzenini ilgilendirmeyen, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları yargı sürecine taşımadan, dostane yollarla çözüme kavuşturmadır⁹⁶⁰. Bununla birlikte bu yöntemler devletlerin yargı sistemlerini ikame etme amacı taşımaz. Tahkim, uzlaştırma, tüketici hakem heyetleri gibi pek çok alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminden birisi de arabuluculuktur.

Arabuluculuk en genel tanımıyla, tarafların yargı sürecine gitmek yerine, aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için, uzman bir arabulucu gözetiminde bir araya geldikleri ve müzakerelerde bulundukları, çözümlerini kendilerinin üretmeye çalıştıkları gönüllü bir süreçtir⁹⁶¹. Bugünkü anlamıyla arabuluculuk 1960'lı yıllarda Amerikan hukukunda başlayarak, 1980'li yılların sonunda Avrupa hukukunda uygulanmaya başlamıştır⁹⁶². Türk hukukunda arabuluculuk 6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu” (HUAK) ile yürürlüğe girmiştir⁹⁶³.

HUAK, arabuluculuğu “*sistemik yöntemler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirini anlamaları ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” şeklinde tanımlamaktadır.

HUAK m. 1/ 2 gereği, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği her türlü özel hukuk uyuşmazlığında arabuluculuğa gitmek mümkündür. Diğer deyişle tarafların üzerinde sulh olabildiği her türlü özel hukuk uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemine elverişlidir. Buna yabancı unsurlu uyuşmazlıkların da dahil olduğu açıkça ifade edilmiştir⁹⁶⁴. Buna göre ticari uyuşmazlıklar, işçi-işveren uyuşmazlıkları, tüketici uyuşmazlıkları, kira uyuşmazlıkları, ortaklığın giderilmesi ve aile uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli alanlardır⁹⁶⁵.

⁹⁵⁹Görgün vd., 2020, **a.g.k.**, 791.

⁹⁶⁰Görgün vd., 2020, **a.g.k.**, 792.

⁹⁶¹Adalet Bakanlığı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı, s. 27, <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/40320221402571.pdf> (Erişim tarihi: 30.12.2022).

⁹⁶²Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı, 27.

⁹⁶³R.G. 5.8.2017, 30145.

⁹⁶⁴Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı, 27.

⁹⁶⁵Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı, 32.

Arabuluculuk, doğası gereği ihtiyarî bir yöntem olmakla birlikte, kanun koyucu bazı uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvurmayı bir dava şartı olarak düzenlemiştir. Bu uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulmaksızın dava açılması durumunda mahkeme, dava şartı eksikliği gerekçesiyle, davayı usulden reddeder (HMK m. 115)⁹⁶⁶. İlk olarak 2018 yılında işçi-işveren uyuşmazlıkları bakımından sonrasında 2019 yılında ticari uyuşmazlıklar ve son olarak tüketici uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuk dava şartı haline getirilmiştir⁹⁶⁷.

5.3.2. Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk

6102 sayılı TTK'ya 6 Aralık 2018 tarihinde, 7155 sayılı Kanun'la eklenen 5/A maddesi ile ticari davalarda arabuluculuk, dava şartı haline getirilmiştir⁹⁶⁸. Düzenleme şu şekildedir:

TTK m. 5/A: “*Kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*”

Düzenlemenin yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2019'dan itibaren, parasal talep içeren ticari uyuşmazlıklar için taraflar, davanın açılmasından önce arabuluculuğa başvurmakla yükümlüdür⁹⁶⁹.

TTK m. 5/A düzenlemesine uyuşmazlığın ticarî dava olması ve uyuşmazlık konusunun bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olması halinde dava şartı arabuluculuk söz konusudur. Dava şartı arabuluculuğun hüküm ve sonuçları, arabuluculuğun esaslarını belirleyen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda⁹⁷⁰ (HUAK) düzenlenmiştir.

⁹⁶⁶Görgün vd., 2020, **a.g.k.**, 808.

⁹⁶⁷Görgün vd., 2020, **a.g.k.**, 808.

⁹⁶⁸TTK'nın 5'inci maddesindeki değişiklik yapan 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun (m. 20) için bkz.: R.G. 19.12.2018, 30630.

⁹⁶⁹Ticari dava şartı arabuluculukla ilgili bkz.: A. Paslı (2019). *Ticari işletme ve ticaret şirketleri bakımından zorunlu arabuluculuğun değerlendirilmesi: Türk ticaret kanunu 5/A maddesinin yorumlanması*: Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk (Ed: C. Süral Efeçinar ve M. E. Yardım), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 16. Takip hukukunda itirazın iptali ve menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğuna ilişkin görüş için bkz.: B. Toraman (2020). Takip hukukuna özgü bazı davaların dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığı sorunu. *Çankaya üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 5(1), 3141-3170. Ticari davalarla ilgili ayrıca bkz.: M. A. Tuğ (2021). Kira sözleşmelerinden kaynaklanan ticari davalarda görevli mahkeme. *Selçuk üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 29 (3), 1897-1921.

⁹⁷⁰R.G. 22.06.2012, 28331.

“Dava Şartı Arabuluculuk” başlıklı HUAK m. 18/A/4 gereği başvuru, yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna yapılmalıdır. Arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevli yazı işleri müdürlüğüne başvuru yapılır. Arabulucu, tarafların anlaşmasıyla listede yer alan herhangi bir arabulucu içinden seçilebilir (HUAK m. 18/A/5). Tarafların anlaşamaması halinde arabuluculuk bürosu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden arabulucuyu belirler.

HUAK m. 18/A/2/c.4 gereği, arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının tespit edilmesi durumunda, herhangi bir işlem yapılmaksızın, davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilecektir⁹⁷¹. Yine belirtmek gerekir ki dava şartı arabuluculuk kapsamına girmeyen ve HUAK 2. madde kapsamındaki ticari dava konusu olan uyuşmazlıklar için ihtiyarî arabuluculuk yolu açıktır.

5.3.3. Marka uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk

TTK m. 4/1-d hükmü gereği, fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen konulardan doğan davalar ve çekişmesiz yargı işleri, ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Bu hükümde her ne kadar “*fikrî mülkiyet mevzuatı*” ifadesi kullanılmışsa da bununla kastedilen esasen; marka, patent gibi hakları kapsayan sınai haklar mevzuatıdır⁹⁷². İlgili hüküm ifadesi gereği, taraflarının tacir olup olmadığına bakılmaksızın marka hukukundan doğan bütün uyuşmazlıklar ticari dava kabul edilir.

TTK m. 4/1-d ve TTK m. 5/A gereği, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan marka hakkının korunmasına ilişkin davalar, dava şartı arabuluculuğa tâbidir. Ancak markanın hükümsüzlüğü veya TÜRKPATENT’in verdiği kararlara karşı açılacak iptal davalarında bu şartlar bulunmadığından arabuluculuk sürecine gitmek zorunlu değildir⁹⁷³. Bununla birlikte tarafların gönüllü olarak arabuluculuğa başvurma imkânı devam etmektedir. Ancak marka hakkının tecavüzüne karşı açılan davalarda tazminat talebi söz konusu olduğunda zorunlu arabuluculuk devreye girer. Marka hakkı sahibi arabuluculuğa

⁹⁷¹HUAK m. 18/A/18 hükmü gereği, özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya taraflar arasında tahkim sözleşmesi bulunan durumlarda, dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz.

⁹⁷²TTK m. 4/1-f hükmünde fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bir tarafın işletmesiyle ilgili olması şartıyla ticari dava sayılmıştır. Bu nedenle geniş anlamda telif mevzuatından doğan bütün uyuşmazlıkların mutlak ticari dava sayılmayacağı anlaşılmaktadır. R. Karasu (2019). *Fikri mülkiyet uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk dönemi başladı*. <https://fikrimulkiyet.com/fikri-mulkiyet-uyusmazliklarinda-zorunlu-arabuluculuk-donemi-basladi/> (Erişim tarihi: 30.10.2022).

⁹⁷³Karasu, 2019, a.g.k.

gitmeden dava açarsa davası, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilecektir. Davası reddedilen marka hakkı sahibi dava masraflarını da ödemek zorunda kalacaktır.

HMK m. 110 hükmü gereği ortak yetkili mahkemenin bulunması halinde birbirinden bağımsız asli taleplerin, aynı dava dilekçesinde ileri sürülmesi mümkündür⁹⁷⁴. Marka tecavüzüne karşı açılan davalarda da çoğu zaman parasal ve parasal olmayan talepler birlikte öne sürülmekte ve “objektif dava birleşmesi” söz konusu olmaktadır⁹⁷⁵. Marka uyuşmazlıklarında objektif dava birleşmesi olan durumlarda zorunlu arabuluculuğun nasıl yorumlanması gerektiği konusu açık değildir. Konu, yakın zamanda Yargıtay kararlarıyla netleştirilmiştir.

Yargıtay’ın 10.06.2020 tarihli kararına konu uyuşmazlık, marka hakkına dayalı tecavüze ilişkin talepler ile maddi ve manevi tazminat taleplerini içermektedir⁹⁷⁶. Diğer bir deyişle parasal ve parasal olmayan talepler tek bir davaya konu edilmiştir. İlk derece mahkemesi parasal taleplerin zorunlu arabuluculuğa tabi olduğunu ifade ederek, arabuluculuğa başvurulmaması nedeniyle dava şartı yokluğundan davayı usulden reddetmiştir. Davacının istinaf başvurusu, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Temyiz talebi üzerine konu Yargıtay’a taşınmıştır. Yargıtay zorunlu arabuluculuğa tâbi olan ve olmayan taleplerin bir arada ileri sürüldüğü objektif dava yığılması olan davalarda bu şartın aranmayacağına hükmetmiştir. Bu kararı takip eden telif haklarına ilişkin kararlarında da Yargıtay aynı yaklaşımı takip etmiş, maddi ve

⁹⁷⁴HMK m. 110 gerekçesi şu şekildedir: “Davacının, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla talebini, aralarında bir derecelendirme ilişkisi yani aslîlik-ferîlik ilişkisi kurmadan aynı dava dilekçesinde ileri sürmesine davaların yığılması denir. Bu dava çeşidinde taleplerin tümü birbirinden bağımsız, eşdeğer ve aynı derecede öneme sahiptir. Her bir talep farklı edimlerin gerçekleştirilmesine yönelmiştir. Görünüşte tek dava, gerçekte ise talep sayısınca dava mevcuttur. Yine, görünüşte tek hüküm, gerçekte ise talep sayısınca hüküm mevcuttur. Mahkeme, taleplerin tümü hakkında ayrı ayrı karar vermek ve bunları hüküm fıkrasında göstermek zorundadır. Mahkemenin, taleplerin tümü hakkında tek ve aynı şekilde karar verme zorunluluğu yoktur. Dava şartları, her bir talep bakımından ayrı ayrı belirlenir. Ayrıca, birlikte ileri sürülen talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağın bulunması da şart değildir. Davaların yığılmasının varlığı hâlinde, tek müşterek olan husus, delillerin ikâmesi ile tahkikat aşamasıdır. Sözü edilen kurum, son işaret edilen nokta sebebiyle usul ekonomisi ilkesinin gerçekleştirilmesine büyük ölçüde katkıda bulunur.

Maddede ayrıca, davaların yığılmasının yani kümülatif dava yığılmasının koşullarının neler olduğu da gösterilmiştir. Buna göre, davaların yığılmasının yani kümülatif dava yığılmasının ortaya çıkabilmesi için varlığı gereken koşullar şunlardır:

- a) Davacının aynı davalıya karşı ileri sürebileceği birden fazla talep olacak,
- b) Birlikte ileri sürülen taleplerin tümü aynı yargı çeşidi içinde yer alacak,
- c) Talepler arasında bir aslîlik-ferîlik ilişkisi kurulmamış olacak,
- ç) Taleplerin tümü bakımından geçerlilik taşıyan bir ortak yetkili mahkeme bulunacak.”

⁹⁷⁵Objektif dava birleşmesiyle ilgili bkz.: S. Kırtuloğlu (2014). Medeni yargılama hukukunda objektif dava birleşmesi. *Erzincan binali yıldırım üniversitesi hukuk fakültesi dergisi* XVIII (2014), s.133-172.

⁹⁷⁶Yargıtay 11. H.D., 10.06.2020, E. 2019/4851, K. 2020/2732 (Kaynak: hukukihaber.net)

manevi tazminat taleplerini içeren davalarda arabuluculuğa gidilmemiş olması nedeniyle ilk derece mahkemelerinin davayı usulden reddedemeyeceğine hükmetmiştir⁹⁷⁷.

Sonuç olarak marka tecavüzlerine karşı açılan davalarda parasal ve parasal olmayan taleplerin bir arada bulunması halinde Yargıtay görüşü, zorunlu arabuluculuk şartı bulunmadığı yönündedir. Yargıtay, ilgili içtihadında bu konuda açık bir kanun hükmü bulunmadığı gerekçesine dayanarak, boşluk doldurma yoluna gitmiştir.

Yargıtay'ın konuyla ilgili kararlarında karşı oylar bulunmakla birlikte, genel yaklaşım parasal ve parasal olmayan taleplerin bir arada görülebileceği ve bunlar bakımından zorunlu arabuluculuk şartının aranmaması gerektiğidir. Bu yaklaşım usul ekonomisi ilkesine uygundur, zira bu sayede arabuluculuğa gerek kalmaksızın tüm talepler tek bir davada görülebilecektir. Ancak kanaatimizce bu durum fikrî mülkiyet hakları bakımından dava şartı olarak öngörülen arabuluculuğun işlevsiz hale gelmesi ve hatta fiilen ortadan kalkması sonucunu doğurmaktadır. Arabuluculuğa gitmek istemeyen davacı, davasına her durumda maddi olmayan bir talep ekleyerek arabuluculuktan kaçabilecektir.

⁹⁷⁷Yargıtay 11. H.D., 04.11.2020, E. 2019/3611, K. 2020/4734 (Kaynak: Kazancı.com); Yargıtay 11. H. D., 09.12.2020, E. 2020/933, K. 2020/5776 (Kaynak: Lexpera.com).

SONUÇ

Fikrî mülkiyet haklarından marka hakkı, kaynak belirtme, kaliteyi gösterme, ayırt edicilik, reklam gibi pek çok işleviyle günümüzde işletmelerin en önemli malvarlığı değerlerinden kabul edilmektedir. Günümüz teknolojik imkanları ve fikrî mülkiyet haklarının soyut yapısının da etkisiyle bu haklar sıklıkla yabancı unsurlu ihlallere konu olmakta ve markanın korunmasıyla ilgili pek çok farklı mesele gündeme gelmektedir. Böyle bir durumda marka hakkı sahibinin hangi ülke mahkemelerinde, kime karşı, hangi hukuka göre ve hangi hükümler altında koruma talep edeceğine karar vermesi gerektiği gibi, davacının lehine alacağı kararın farklı ülkelerde icra edilebilirliği, yargılama sırasında hakkın geçerliliğine ilişkin yurtdışından alınacak kararın bekletici mesele yapılması gibi farklı konuların da ortaya çıkması muhtemeldir. Çalışmada milletlerarası özel hukuk ve fikrî mülkiyet hukukunun kesiştiği bu konularda *common law* ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki genel yaklaşım karşılaştırılmış ve farklı kuruluşların teklifleri ele alınmıştır. Bunu takiben Türk hukukundaki duruma ilişkin bütüncül bir inceleme ile yeni tespitler ortaya konulmuş ve gelecek perspektifi de göz ardı edilmeden, karşılaştırmalı hukuk ışığında uygulama ve yasamaya yönelik öneriler sunulmuştur.

Markanın ve genel anlamda fikrî mülkiyet haklarının hukuken korunması özellikle 19. yy.'da sanayi devrimiyle başlayan seri üretim ve bunun getirdiği rekabetçi ortamda önem kazanmaya başlamıştır. Bu dönemde fikrî mülkiyet haklarının uluslararası ihlallere konu olmaya başlaması ve millî hukuklardaki yaklaşım farklılıkları, konuyla ilgili milletlerarası düzenleme yapılması ihtiyacını doğurmuştur. 19. yy. sonlarında imzalanan Paris ve Bern Sözleşmeleri bu ihtiyaca yönelik ilk somut adımlardır. Ancak bu sözleşmeler usûlî ve icrai hükümlerinin eksikliği nedeniyle istenen başarıyı sağlayamamış ve beklenen rağbeti görmemiştir. Devam eden süreçte yeknesak bir fikrî mülkiyet sisteminin uluslararası ticaret düzenlemeleriyle sağlanması fikri kabul görmüş ve DTÖ'yü kuran Marakeş Anlaşması'nın eki olarak, 1994 yılında TRIPS kabul edilmiştir.

TRIPS, tüm DTÖ üyesi devletler bakımından, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin temel ilkeler, asgarî koruma standartları ve icrai hükümler içermektedir. Anlaşma, Bern ve Paris Sözleşmelerini esas alarak, bunların sağladığı fikrî mülkiyet korumasını ileri taşımıştır. Daha önce Paris ve Bern Sözleşmelerine taraf olmayan az gelişmiş ve gelişmekte olan

Ülkelerin pek çoğunun TRIPS'e taraf olması, anlaşmanın en önemli başarısıdır. Ancak gerçekte bunun gelişmekte olan ülkeler bakımından bir başarı olup olmadığı tartışmalıdır.

Çalışmada da detaylı olarak açıklandığı üzere, günümüzde gelişmiş ülkelerin bulundukları noktaya nasıl geldiği ile ilgili ekonomik teorilere bakıldığında *taklit*in önemli bir aşama olduğu görülmektedir. Bu teoriler, gelişmiş ülkelerin bulundukları aşamaya gelmeden önce yoğun şekilde fikrî mülkiyet taklidiyle teknoloji ve *know-how* aktarımı yaptığını göstermektedir. Bunun en önemli örnekleri arasında ABD ve Japonya sayılabilir. Gelişmiş lkeler taklit süreciyle bulundukları noktaya geldikten sonra ise gelişmekte olan ülkelerden ihlallere maruz kalmakta ve bu defa kendileri güçlü bir fikrî mülkiyet korumasını savunmaktadırlar. Açıklanan nedenlerle gelişmekte olan ülkeler ve az gelişmiş ülkelerin anlaşma hükümlerini iç hukuklarına aktarmaları için öngörülen geçiş süreleri yetersiz görlmştr⁹⁷⁸. TRIPS sistemi, gelişmekte olan ülkeler bakımından her ne kadar eleştirilse de küresel bir ticaret ağıının parçası olmanın bu ülkeler için sağladığı avantajlar, anlaşmanın olumsuz yönlerine baskın gelmektedir.

Bahsi geçen uluslararası sözleşmelerle fikrî mülkiyet hukuku önemli ölçüde uyumlaştırılrsa da henüz konuyla ilgili bütüncül bir milletlerarası mekanizma oluşturulamamıştır. Bunun en önemli sebeplerinden birisi, fikrî mülkiyet hukukunun temel esaslarından olan *lkesellik* ilkesidir. lkesellik ilkesi en genel anlamda, hakkın sadece kazanıldığı ülkede geçerli kabul edilmesi ve bu ülke hukuku uyarınca korunması anlamına gelir. Bahsi geçen ilke millî hukuklarda ve uluslararası sözleşmelerde etkisini sürdürdüğünden, fikrî mülkiyet hakkı sahibinin koruma talep ettiğı her bir ülkede ilgili ülkenin hukuk sistemine göre hareket etmesi gerekmektedir.

Marka hakları bakımından ele alındığında ülkesellik, hakkın yalnızca tescilli olduğı ülkede tanınıp korunması anlamına gelir. Diğerk deyişle ülkesellik, marka hakkının tescilin coğrafi etki alanıyla sınırlı olması anlamına gelir. Marka ve diğerk fikrî mülkiyet haklarında bu ilkenin ortaya çıkışı, fikrî mülkiyet haklarının tarihi gelişimiyle yakından ilgilidir. Hükümdarların tanıdığı imtiyazlarla başlayan fikrî mülkiyet hakları, 19. yy.'a gelindiğinde artık özel hukuk hakları olarak kabul edilmekteydi. Buna rağmen fikrî mülkiyet haklarının geerliliğı, kazanıldıkları yer dışındaki ülkelerde kabul edilmemiş,

⁹⁷⁸ Türkiye ise gelişmekte olan ülkeler bakımından öngörülen beş yıllık sreden de daha önce TRIPS'i iç hukukuna aktarmıştır.

devletler bu hakları yalnızca kendi vatandaşlarına tanıma eğilimi göstermişlerdir. Bunun sebebi; devletlerin, yabancı fikrî mülkiyet haklarını kendi topraklarında tanımakta veya yabancılara bu hakları vermekte menfaatleri olmadığı düşüncesidir. Yine bu hakların kamu hukuku kaynaklı olmaları ve genellikle özel hukuk ilişkileri neticesinde değil, devletin tasarrufuyla (pek çok durumda tescille) kazanılması da bu eğilimin bir başka nedeni olarak kabul edilmiştir.

Fikri mülkiyet haklarının ülkeselliği ilkesi esasen milletlerarası özel hukukun ruhuna aykırıdır. Zira milletlerarası özel hukuk sisteminin işleyişinde bir ülkede kazanılan hakkın, farklı ülkelerde de geçerli kabul edilmesi ve korunması esastır. Ancak bir ülkede kazanılan hakkın tüm dünyada aynı esaslarla korunması, uluslararası ortak bir fikrî mülkiyet sistemi kurulmadıkça veya millî hukuklardaki düzenlemeler tam anlamıyla yeknesak hale getirilmedikçe mümkün gözükmemektedir. Böyle bir durum, bir ülke içinde farklı ülkelerde kazanılan marka, patent ve diğer fikrî mülkiyet haklarının farklı standartlarda korunması anlamına geldiğinden, öngörülebilirlik, kesinlik ve adaleti zedeleyeceği gibi gelişmekte olan ülkeler bakımından da olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Ancak günümüz teknolojik imkanları ve gelişen uluslararası ticaret ortamında fikrî mülkiyet haklarının etkisinin kazanıldıkları ülkelerle sınırlı olmadığı da açıktır. Bu halde kanun koyucular dengeyi nasıl sağlamalıdır?

Fikrî mülkiyet haklarında katı bir ülkesellik yorumunun maddî hukuk yaklaşımını, ülkesellikte esnemenin ise milletlerarası özel hukuk yaklaşımını yansıttığı söylenebilir. Kanun koyucuların bu yaklaşımlardan hangisini benimsediği, yabancı unsurlu marka uyumsuzluğunda tüm soruların cevabını etkilemektedir. Günümüzde ülkesellik, fikrî mülkiyet düzenlemelerinde temel esas olmakla birlikte, küresel ticaretin ihtiyaçları nedeniyle katı ülkesellik yaklaşımı yerini marka korumasında esnek bir yaklaşıma bırakmaktadır. Örneğin Madrid Sözleşmesi ve Protokolü ile kurulan Madrid Sistemi bunun en açık örneğidir. İlgili sistemde Sözleşme 'ye taraf devletlerden birinden yapılacak başvuru ile birden fazla ülkede aynı markanın tescili mümkündür. İlgili ülkeler, millî hukuklarına göre tescil başvurusunu inceleyerek karara bağladığından ülkesellik devam etmekte ancak her bir ülkede ayrı başvuru yapma gerekliliği ortadan kalkmış olmaktadır. Yine uluslararası sözleşmelerde ve millî hukuklarda kabul edilen millî muamele ilkesi, rüçhan hakkı gibi esaslarla esneklik sağlanmakta ve ülkesellik ilkesinin küresel ticarete yarattığı zorluklar aşılmaya çalışılmaktadır.

Marka haklarının yabancı unsurlu ihlallere karşı korunmasında uygulanacak hukuk, yetki ve ilgili diğer tüm konular ülkesellik ilkesinin etkisiyle şekillenmiş ve şekillenmeye devam etmektedir. Milletlerarası özel hukukun iki temel meselesi olan yetki ve uygulanacak hukukta da ülkeselliğin yansımaları açıkça görülmektedir. Milletlerarası yetki konusunda ülkesellik, *münhasır yetki* kurallarıyla ortaya çıkmıştır. Uygulanacak hukukta ise ülkesellik *lex loci protectionis* ve *lex originis* gibi bağlama kurallarında yansıma bulmuştur. İlgili bağlama kurallarında amaç, hakkın geçerli olduğu ülke hukuklarının uygulanmasıdır. Ancak uluslararası kuruluşların konuyla ilgili tavsiye niteliğindeki ilkelerinde⁹⁷⁹ her iki konuda da giderek artan bir esneklik eğilimi görülmektedir.

Yabancı unsurlu, diğer ifadeyle milletlerarası nitelikli marka uyuşmazlıklarında ABD hukuku ise ülkesellik karşısında farklı bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Yabancı markalar bakımından ülkesel yaklaşım sürdürülürken, Amerikan markaları bakımından durum böyle değildir. ABD mahkemelerinin Amerikan markalarının yurtdışında uğradığı ihlallerde kanunlar ihtilafı sürecini tamamen göz ardı ederek doğrudan Amerikan Federal Marka Yasası *Lanham Act*'in uygulanıp uygulanamayacağıyla sınırlı bir inceleme yaptığı görülmektedir. Diğer deyişle kanunlar ihtilafı süreci işletilmek yerine, millî kanunun sınır-aşan şekilde uygulanmasının (*extra-territorial application*) mümkün olup olmadığı incelenmektedir. Cevap olumlu olduğu takdirde uyuşmazlık *Lanham Act*'e göre çözüme kavuşturulmakta, olumsuz ise mahkeme, konu bakımından yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmektedir.

Amerikan hukukunda yasaların sınır-aşan şekilde uygulanmasının, ilgili yasada konunun açıkça düzenlenmiş olması veya kanun koyucunun iradesinin yorumuyla mümkün olduğu ifade edilmiştir. Kanun koyucunun iradesinin yorumu ise mahkemelere bırakılmıştır. *Lanham Act*'te konuyla ilgili açık bir düzenleme olmadığından, yasanın sınır-aşan şekilde uygulanması mahkeme içtihadıyla şekillenmiştir. Konuyla ilgili temyiz mahkemeleri farklı kriterler oluşturmuştur. Bu kriterlerde tarafların vatandaşlığı, eylemlerin etki doğurduğu yer, yabancı hukuka aykırı bir sonucun ortaya çıkıp çıkmadığı ve ihlalin Amerikan dış ticareti üzerindeki etkisi gibi farklı konuların incelendiği görülmektedir. Bu kriterlerin yorumunda iki yaklaşım öne çıkmaktadır: 1952 yılında ilk

⁹⁷⁹CLIP, ALI ve Kyoto İlkeleri

kez *Lanham Act*'i yurtdışında gerçekleşen eyleme uygulayan İkinci Bölge (*Second Circuit*) Temyiz Mahkemesi kararında, marka ihlalinin Amerikan ticareti üzerinde esaslı ve önemli bir etki doğurması aranmıştır. Dokuzuncu Bölge Temyiz Mahkemesi ise anti-tröst uyuşmazlıklarındaki kriterleri uyarlayarak, eylemin dış ticaret üzerindeki etkisini esas almış ve *Lanham Act*'in uygulanması konusunda daha liberal ve rahat bir yorum benimsemiştir. Dokuzuncu Bölge yerel mahkemeleri ve Temyiz Mahkemesi'nin sınır-aşan uygulamada benimsediği geniş yorum, uluslararası marka ihlallerinde *Lanham Act*'in uygulanması ihtimalini arttırmaktadır. Günümüzde marka uyuşmazlıklarında diğer yargı bölgelerinde de bu yoruma olan eğilimin arttığı ve Amerikan markalarının ABD dışında gerçekleşen eylemlerle ihlali iddialarında *Lanham Act*'in daha kolay uygulandığı görülmektedir.

Amerikan mahkemelerinin yurtdışında gerçekleşen marka ihlallerinde kanunlar ihtilafı sürecini işletmeyerek kendi yasalarını sınır-aşan şekilde uygulamasının nedeni tam olarak bilinmemekle birlikte, mahkemelerin bu konudaki yaklaşımı yerleşik uygulama halini almıştır. Bu uygulamanın benimsenmesinde Amerikan hukukunda kanunlar ihtilâfının gelişimi, ABD'nin fikrî mülkiyet geçmişi ve *case-law*'un etkili olduğu düşünülebilir. Daha önce açıklandığı üzere, Amerikan hukukunda gelişen kazanılmış haklar teorisi, zamanla her durumda *lex fori*'ye öncelik verecek şekilde, milliyetçi yorumlanmıştır. Bu yaklaşımın fikrî mülkiyet haklarının korunmasında da etkili olduğunu düşünmek yanlış olmaz. Mahkemelerin söz konusu yaklaşımında, ABD'nin fikrî mülkiyet korumasına bakışını şekillendiren tarihî sürecin rolü de yadsınamaz. ABD 19. yy.'da Avrupa'yla girdiği şiddetli fikrî mülkiyet yarışı ve taklit döneminde zayıf koruma yaklaşımını savunmuşken, sonrasında gelişmiş ülkeler arasında edindiği konumu korumak için güçlü bir fikrî mülkiyet korumasına ihtiyaç duymaya başlamıştır. Amerikan marka ve patentlerinin gelişmekte olan ülkelerde uğradığı yoğun ihlaller ve ilgili ülkelerin sağladığı korumanın zayıf olması da mahkemeleri, fikrî mülkiyet haklarının korunmasında kanunlar ihtilâfını uygulamakta çekingen davranmaya sevk etmiş gözükmemektedir. Sonuç olarak Amerikan mahkemeleri, güçlü ülkesel yaklaşımla yabancı markalarla ilgili davaları konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle reddetmektedir. Buna karşı kendi ülkelerinde tescilli federal markalar bakımından ise sınır-aşan bir yaklaşımla yurtdışında gerçekleşen eylemlerde dahi ulusal marka yasalarına göre koruma sunmaktadır. Bu sınır-aşan yaklaşım özellikle Japon hukukunda eleştiri

konusu olmuş ve mahkeme kararlarında da karşılık bulmuştur. Amerikan yasalarının sınır-aşan şekilde uygulandığı kararların Türkiye’de de tanıma/tenfiz engelleri bakımından tartışmaya açılması gerektiğini düşünüyoruz.

Amerikan markalarına sağlanan aşırı sayılabilecek sınır-aşan koruma bir yana, fikrî mülkiyete ilişkin millî kanunlarda, milletlerarası fikrî mülkiyet sözleşmelerinde ve içtihatlarda ülkesellik temel esas olarak benimsenmeye devam etmektedir. Ülkesellik prensibinin milletlerarası yetki konusundaki en önemli sonucu, marka hakkının varlık ve geçerliliğine ilişkin konularda tescil ülkesi mahkemelerinin münhasır yetkili kabul edilmesi olmuştur. AB hukukunda Brüksel I Tüzüğü m. 24 bunun en somut örneğidir. İlgili düzenlemede tevdi veya tescili gereken fikrî mülkiyet haklarının geçerliliğine ve tesciline ilişkin davalarda tescil veya tevdi ülkesi mahkemelerinin münhasır yetkisi kabul edilmiştir. Buna göre marka hakkının geçerliliği, hakkın varlığı veya sona ermesi ya da önceki tescile dayanan rüçhan hakkı iddiası gibi konularda tescil ülkesi mahkemeleri münhasıran yetkilidir. İhlale ilişkin konular bu madde kapsamında olmadığından, marka hakkına tecavüz iddiasına dayanan davalarda tescil ülkesinin yetkisi münhasır değildir. Uygulamada sıkça karşılaşılan konulardan birisi, marka hakkına tecavüz nedeniyle açılan davada, savunma olarak hakkın geçersizliğinin ileri sürülmesi hâlidir. Bu durumda yetkili mahkemenin haksız fiile göre mi yoksa -hakkın geçersizliği iddiası dikkate alınarak- münhasır yetki kuralına göre mi belirlenmesi gerektiği sorusu ortaya çıkar. İlgili konuda ABAD’ın GAT kararı Brüksel I Tüzüğü m. 24’ü şekillendirmiş ve hakkın geçerliliğine ilişkin münhasır yetki kuralı, geçersizlik iddiasının savunma olarak ileri sürüldüğü halleri de kapsayacak şekilde yorumlanmıştır.

Common law hukuklarında ise ülkesel yaklaşım, konu bakımından yetki noktasında kendini göstermiştir. *Common law* mahkemelerinin, özellikle marka hakkının geçerliliğine ilişkin mevzularda, tıpkı AB hukukundaki gibi güçlü ülkesel bir yaklaşım izlediği ve konu bakımından yetkiyi aradığı görülür. *Common law* hukuklarındaki bu ülkesel yaklaşım öyle güçlüdür ki, mahkemeler, yurtdışında tescilli haklarla ilgili uyuşmazlık kendi topraklarında etki gösteren bir ihlale dayansa dahi, yetkisi bulunmadığını kabul etmektedir. Oysa AB hukukunda münhasır yetki, tescili etkileyen konularla sınırlı tutulmuş ve ihlale dayanan uyuşmazlıklarda kabul edilmemiştir. Bununla birlikte İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından verilen 2011 tarihli *Lucas Film*

kararında *common law*'un güçlü ülkesel yaklaşımına önemli bir eleştiri getirilmiştir. Ancak karar telif haklarına ilişkin olduğundan marka hukuku üzerindeki etkisi belirsizdir.

Ülkeselliğin getirdiği münhasır yetki kurallarının istisnasız uygulanması, yetkide parçalanmaya ve yabancı ülkelere alınan kararların tanınmasına/tenfizine engel olmaktadır. Konuyla ilgili güncel önerilere bakıldığında, hakkın varlığı ve geçerliliğine ilişkin münhasır yetki kurallarının sebep olduğu yetkide parçalanmanın önüne geçilmek istendiği görülür. Nitekim CLIP, ALI ve Kyoto ilkelerinde ülkesellik temel esas olmakla birlikte, esneklik imkanları da sağlanmıştır. Bu ilkelerde uyumsuzluğun esasını teşkil etmediği sürece veya yalnızca taraflar bakımından sonuç doğurmak üzere hakkın geçerliliğine ilişkin konularda ihlal davasına bakan mahkemenin yetkisinin kabul edilmesi önerilmiştir.

Konuyu Türk hukuku bakımından ele alacak olursak, marka hakkının varlık ve geçerliliğine ilişkin konularda Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır nitelikte olduğu görüşüne katılıyoruz. Bununla birlikte ülkeselliğin sonucu olan münhasır yetkiye daha esnek yaklaşılması, karşılaştırmalı hukuktaki esnek ülkesellik yorumlarıyla da uyum içinde olacaktır. Karşılaştırmalı hukuktaki öneriler ışığında; Türkiye'de SMK'ya göre tescilli markalar hakkında yabancı mahkemelerden alınan hakkın varlığı ve geçerliliğine ilişkin kararların; davanın esasını teşkil etmediği, Türkiye'deki tescili etkilemediği ve yalnızca taraflar bakımından hüküm doğurduğu durumlarda tanınabileceği görüşündeyiz. Buna göre örneğin, Türkiye'de tescilli bir hakkın tecavüzü iddiasıyla yurtdışından alınan kararda, hakkın geçerli olduğuna ve ihlal nedeniyle tazminata hükmedilmişse, hakkın geçerliliğine ilişkin kısım tescili etkilemediği için tanıma/tenfiz mümkün olmalıdır. Ancak hakkın geçersizliğine hükmedilmiş olması durumunda ilgili kararın Türkiye'de tanınması/tenfizi tescili etkileyebileceğinden, münhasır yetki gerekçesiyle ilgili kısım bakımından tanıma/tenfiz reddedilmelidir.

Ülkesellik ilkesinin kanunlar ihtilafı üzerindeki etkisi ise *lex loci protectionis* yani koruma ülkesi hukuku bağlama kuralıyla ortaya çıkmaktadır. Bu kural günümüzde Türkiye dahil olmak üzere millî hukuklarda ve çeşitli kuruluşların önerilerinde yaygın olarak benimsenmektedir. Örneğin Çin, İsviçre Japonya ve İtalya ilgili esasın kabul

edildiği millî hukuklara örnek gösterilebilir⁹⁸⁰. AB hukukunda da Roma II Tüzüğü m. 8/1’de açıkça *lex loci protectionis* esası kabul edilmiştir. İlgili kuralda “daha sıkı ilişkili hukuk” gibi bir istisna kuralına yer verilmemesi, güçlü bir ülkeselliğin benimsendiğini göstermektedir.

Ülkesellik ilkesi Türk milletlerarası özel hukukunda ilk kez açıkça MÖHUK m. 23 ile bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir. İlgili ilke hukukumuzda aktarılırken çağdaş düzenlemeler içinden IPRG’nin esas alınarak, sınırlı bir hukuk seçimi imkanının da getirilmesi, ülkeselliğin esnetilmesi yönündeki eğilime uygun düşmüştür. Ancak gelişen teknolojinin uluslararası ticaret üzerindeki etkisi, fikrî mülkiyet haklarındaki ülkesel koruma esası yeni problemler doğurmakta ve esneklik ihtiyacı giderek artmaktadır. Çözülmesi gereken bu meselelerin başında internet ve uydu gibi kanallarla işlenen fikrî mülkiyet ihlallerinde *lex loci protectionis*’in nasıl yorumlanacağı gelir.

Lex protectionis’in her durumda kabul edilmesi, hak sahiplerinden yana dengesiz bir durum oluşturabilir. Zira hak sahibi her durumda hakkın tanındığı ve koruma bulduğu hukuka başvuracaktır. Kanunlar ihtilâfının, farklı menfaat gruplarından yalnızca birisi lehine tavır alması ise adaleti zedeler. Bu dengeyi sağlamak için farklı esneklik imkanlarından yararlanılması önerilmiştir. Milletlerarası özel hukuk bakımından bu dengenin sağlanması en sıkı ilişkili hukukun uygulanması ile mümkündür. Nitekim CLIP, ALI ve Kyoto İlkelerinde özel düzenlemelerle ülkeselliğe esnek bir yorum getirdiği görülmektedir. MÖHUK m. 23’ün iktibas edildiği IPRG’de de daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını gerektiren istisna kuralıyla (m. 15) aynı etki sağlanmıştır. En sıkı ilişkili hukukun uygulanması özellikle internet, uydu gibi aynı anda birden çok yerde etki gösteren kanallarla işlenen hak ihlallerinde parçalanmanın önüne geçmektedir. Yine bu sayede uyumsuzluk ve taraflarla ilgisiz bir hukukun uygulanması engellenmektedir. Bu nedenle MÖHUK m. 23’ün hak ihlalleri bakımından uygulanmasında, bu kuruluşların yorumları ve kuralın iktibas edildiği IPRG m. 15’te yer alan istisna kuralının da dikkate alınması gerekmektedir.

⁹⁸⁰Buna karşı Romanya ile Portekiz *lex originis* (kaynak ülke hukukunu) bağlama noktası olarak kabul etmiştir (Tekinalp, 2020, a.g.k. 268, dn.51). Yine Amerikan Hukuk Enstitüsü (ALI) İlkeleri’nde de tescilli haklar bakımından *lex originis* esası kabul edilmiştir. Bkz.: İkinci Bölüm, “2.2.3. Uluslararası Kuruluşların Milletlerarası Fikrî Mülkiyet Korumasına İlişkin Önerileri”.

Türk hukuku için önerimiz, internet ve uydu gibi kanallar aracılığıyla birden fazla yerde etki doğuran fikrî mülkiyet hakkı ihlallerinde en sıkı ilişkili hukuk yaklaşımının benimsenmesi ve uyuşmazlığın bütün olarak bu hukuka tâbi tutulmasıdır. Burada tercih edilebilecek iki seçenek: MÖHUK m. 23'e yapılacak bir ekleme ile hâkimin en sıkı ilişkili hukukun tespitinde dikkate alabileceği bağlantıların tadadi olarak sayılması veya IPRG yaklaşımı benimsenerek uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda bu hukukun uygulanacağına ilişkin bir istisna kuralı getirilmesidir. Kanımızca ilgili durumlarda ayrı bir bağlama kuralıyla en sıkı ilişkili hukuku gösteren bağlantıların sayılması daha yerinde bir çözümdür. Zira *lex loci protectionis* ilkesiyle fikrî mülkiyet hakkı sahibi lehine oluşan dengesizlik, en sıkı ilişkili hukukun uygulanması ile uluslararası ticaretin menfaatleri lehine dengelenecektir. Daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına ilişkin bir istisna kuralı bu dengenin sağlanması için yeterli değildir. Fikrî mülkiyet haklarında ülkesellik ilkesi geniş bir yoruma izin vermese de internet, uydu gibi kanallarla işlenen ihlallerle sınırlı olarak en sıkı ilişkili hukuk yaklaşımının benimsenmesi, dengeli bir ülkesellik yorumu olacaktır.

Konuyla ilgili bir diğer önemli mesele, aracı hizmet sağlayıcıların marka ihlallerinden sorumluluğudur. *Online* pazaryeri üzerinden satışı yapılan sahte markalı ürünler ile bir marka hakkının ihlal edilmesi durumunda, üçüncü kişi satıcı yanında aracı hizmet sağlayıcı olarak nitelendirilen *online* pazaryerinin sorumluluğuna da başvurulabilmektedir. Nitekim uluslararası ihlallerde münferit satıcıları tespit etmek zor olduğundan hak sahipleri genelde aracı hizmet sağlayıcılara yönelmektedir. Böyle bir durumda aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğunun asıl ihlale bağlı mı yoksa ayrı bir haksız fiil sorumluluğu olarak mı ele alınması gerektiği belirsizdir. Konuyla ilgili farklı öneriler bulunmakla birlikte, öğretide genel kabul gören yaklaşım, uyuşmazlığın parçalanmayarak bunların da ihlale uygulanacak hukuka tâbi tutulmasıdır. Söz konusu yaklaşım, uyuşmazlıkta parçalanmayı engellemesi ve taraflar bakımından öngörülebilirlik sağlaması nedeniyle makul bir çözümdür. Bu yaklaşımın aracı hizmet sağlayıcılar ve dolayısıyla serbest ticaret için doğurabileceği olumsuz sonuçlar, ICANN ve WIPO gibi kuruluşların getirdiği maddi hukuk düzenlemeleriyle aşılmaktadır. Bu nedenle internet kanalıyla birden fazla yerde gerçekleşen hak ihlallerindeki en sıkı ilişkili hukuk yaklaşımının bunları da kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğini düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

- [1] Abacıoğlu Viskuşenko, M. (2018). Markalar ile ilgili Sınai Mülkiyet Kanunu'nda yer alan değişiklikler. *Ankara Barosu Dergisi*, 2018 (1).
- [2] Acun Mekengeç, M. (2017). Türk hukuku'nda teminat gösterme yükümlülüğü. *MHB*, 37(2), 1–33.
- [3] Akın, Ö. (2016). Avrupa birliği, topluluk markalarına reform getirebildi mi? *Legal hukuk dergisi*, 14(162), 3033-3043.
- [4] Aldred, J. (2008). The economic rationale of trade marks: An economist's critique. L. Bentley, J. Davis and J. C. Ginsburg (Ed.) *Trade marks and brands, an interdisciplinary critique* içinde (s. 267-283), New York: Cambridge University Press.
- [5] Alhas, Z.S. ve Kayalica, D.S. (2021). IP court rules on red bull's colour marks in an infringement claim. *Gün partners*. <https://bit.ly/3cQqVdo> (Erişim tarihi: 25.11.2021).
- [6] Arat, T. (1970). *Ticaret şirketlerinin tâbiyeti*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- [7] Arat, T. (2014). *Kanunlar ihtilâfi kuramı – Kanunlar ihtilâfi metodolojisi* (Yayınlanmamış ders notları). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- [8] Arkan, S. (1997). *Marka hukuku C. I*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- [9] Arkan, S. (1998). *Marka hukuku C. II*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- [10] Arkan, S. (1999). Yabancı markaların Türkiye'de korunması. *BATİDER*, XX (1), 5-20.
- [11] Arkan, S. (2000). Marka hakkına tecavüz- işaretin markasal olarak kullanılması zorunluluğu. *BATİDER* XX (3), 5-13.
- [12] Arkan, S. (2019). *Ticarî işletme hukuku*. (25. Bası), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

- [13] Aslan Düzgün, Ü. (2010). *Marka hakkının tükenmesi ve paralel ithalat*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- [14] Avşar, M. (2021). *Milletlerarası usul hukukunda mahkemelerin yetkisinin belirlenmesinde tarafların irade serbestisi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- [15] Aygün, M. (2014). Yabancılık unsurunun mahiyeti ve yargılamadaki rolü. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (2014), 1025-1066.
- [16] Aygün, M. (2016). ABD kanunlar ihtilâfı hukukuna kuramsal ve metodolojik bir bakış: çeşitli teori ve metotlar, II. restatement ve sözleşmeye uygulanacak hukuk. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (2), 129-170.
- [17] Ayoğlu, T. (2001). *Marka hakkının tükenmesi*. Yayımlanmamış doktora tezi, Galatasaray Üniversitesi. YÖK, Ulusal tez merkezi.
- [18] Bağırar, M. (2015). *TRIPS anlaşması kapsamında marka hakkının korunması*. T.C. Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Uzmanlık Tezi.
- [19] Bayata Canyaş, A. (2009). 5718 sayılı yeni MÖHUK uyarınca doğrudan uygulanan kurallar ve özellikle üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları. *Haluk Konuralp anısına armağan*, C. 3. Ankara: Yetkin Yayınları
- [20] Bayraktaroğlu Özçelik, G. (2016). *Milletlerarası usûl hukukunda paralel davalar*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- [21] Beier, F.K. (1984). One hundred years of international cooperation – the role of the Paris Convention in the past, present and future, *IIC*, 15(1), 1-20.
- [22] Beloniell, D. and Salama, B. (2010). Towards an intellectual property bargaining theory: The post-WTO era. *University of pennsylvania journal of international law*, 32, 265-368.
- [23] Bently, L. (2008). The making of modern trade mark law: the construction of the legal concept of trade mark (1860–1880). L. Bently, J. Davis and J. C. Ginsburg (Ed.) *Trade marks and brands, an interdisciplinary critique* içinde (s. 3-42), New York: Cambridge University Press.

- [24] Bently, L. and Sherman, B. (2004). *Intellectual Property Law*, New York: Oxford University Press.
- [25] Bently, L., Sherman, B., Gangjee, D. and Johnson, P. (2018). *Intellectual property law*. Londra: Oxford University Press.
- [26] Bozbel, S. (2015). *Fikrî mülkiyet hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- [27] Briggs, A. (2014). *Private international law in english courts*. Londra: Oxford University Press
- [28] Burk, D. L. and Lemley, M. A. (2010). The patent crisis and how the courts can solve it. *Syracuse science & technology law reporter*, 23, 1-22.
- [29] Butts, R. (1993). Trademark law: Interpreting the congressional intent of the extraterritorial application of the lanham act. *Florida journal of international law*, 447(8), 447-470.
- [30] C. Şanlı (2005). *Uluslararası ticari akitlerin hazırlanması ve uyuşmazlıkların çözüm yolları* (2. Bası). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- [31] Chen, Y. and Puttitanun, T. (2005). Intellectual property rights and innovation in developing countries. *Journal of development economics*, 78, 474-493.
- [32] Childress, D. E., Ramsey, M. D. and Wyhtock, C. A. (2021). *Transnational law and practice*. New York: Wolters Kluwer.
- [33] Çalışkan, Z. (2013). *Milletlerarası usûl hukukunda teminat*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- [34] Çankaya, A. A. (2022). *Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- [35] Çelikel, A. ve Erdem, B. (2020). *Milletlerarası özel hukuk*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- [36] Çelikel, A. ve Öztekin Gelgel, G. (2016). *Yabancılar hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- [37] Çolak, U. (2018). *Türk marka hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- [38] Dane, P. (1987). Vested rights, "vestedness," and choice of law. *The yale law journal*, 96 (6) Mayıs, 1191-1275.

- [39] Dardağan-Kıbar, E. (2000). *Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklardan doğan kanunlar ihtilafı*. Ankara: Betik Yayıncılık.
- [40] Dardağan-Kıbar, E. (2016). Fikrî haklar alanında uygulanacak hukuk sorunu. B. Tiryakioğlu, M. Aygün, A. Önal, A.K. Altıparmak ve C. Kaya (Editörler), *Milletlerarası özel hukukta güncel konular sempozyumu* içinde (s. 439-454). Ankara: Yetkin Yayınları.
- [41] De Miguel Asensio, P. A. (2009). The private international law of intellectual property and unfair commercial practices: Convergence or divergence. S. Leible ve A. Ohly (Editörler). *Intellectual property and private international law* içinde (s. 137-190). Tübingen: Mohr Siebeg.
- [42] De Nova, R. (1966). Historical and comparative introduction to conflict of laws, 118 *Rec. des Cours*, (1966/ II).
- [43] Demir Gökyayla, C. (2011). Milletlerarası özel hukukta vesâyet, *Galatasaray üniversitesi hukuk fakültesi dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar'a armağan*, 403-428.
- [44] Dicey A.V., Morris, J.H.C. ve Collins, L. (2012). *Dicey, Morris & Collins, The conflict of laws* (15. Bası). Londra: Sweet & Maxwell.
- [45] Dinwoodie, G. (2001). *Private international aspects of the protection of trademarks*. WIPO forum on private international law and intellectual property. <https://bit.ly/3Wtcy44> (Erişim tarihi: 20.11.2019).
- [46] Dinwoodie, G., Dreyfuss, R. and Kur, A. (2011). The law applicable to secondary liability in intellectual property cases. *New york university journal of international law and politics*, Vol. 42, 201-235.
- [47] Dirikkan, H. (1998). Tescilli markayı kullanma külfeti. *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan*, 219-280.
- [48] Dogan, S. (2020). Secondary liability for trademark infringement, I. Calboli and J. C. Ginsburg (Editörler), *The cambridge handbook of international and comparative trademark law* içinde (s. 512-524). Cornwall: Cambridge University Press,

- [49] Doğan Kaya, H. Ü. (2019). *Yabancı unsurlu sınai mülkiyet uyumsuzluklarında münhasır yetki*. (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi) Ankara Üniversitesi Akademik Arşiv Sistemi.
- [50] Doğan, E. (2014). Milletlerarası derdestlik (lis alibi pendens). *Dokuz eylül üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 16 (2014): 1857-1884.
- [51] Doğan, V. (2018). Türk yabancılar hukuku. Ankara: Savaş Kitabevi.
- [52] Doğan, V. (2022). *Milletlerarası özel hukuk* (8. Bası). Ankara: Savaş Yayınevi.
- [53] Dreier, T. (2013). How much ‘property’ is there in intellectual property? The german civil law perspective. Rowe, H. / Griffiths, J. (Ed.) *Concepts of property in intellectual property law* içinde. (s.116-160). Londra: Cambridge University Press.
- [54] Dreyfuss, R. (2005). The ALI principles on transnational intellectual property disputes: Why invite conflicts? *Brooklyn journal of international law*, 30(3), 819.
- [55] Egemen, I. (2021). Milletlerarası usul hukukunda bekletici sorun. *İstanbul medipol üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 7(2), 213-258.
- [56] Ekşi, N. (2000). *Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi* (2. Bası). İstanbul: Beta Yayınevi.
- [57] Ekşi, N. (2013). Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi. İstanbul: Beta Yayınevi.
- [58] Elçin, D. (2018). Milletlerarası özel hukukta önsorun. *Türkiye adalet akademisi dergisi*, 33, 211-242.
- [59] Elçin, D. (2018). Vesâyet ve kısıtlılık kararlarının verilmesine veya sona ermesine ve vesâyetin yürütülmesine uygulanacak hukuk, türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması. *AÜHFD*, 67(2), 279-354.
- [60] Erdem, B. (1999). Fikrî haklarda ülkesellik prensibi. *Prof. Dr. Nihal Uluocak’a armağan*, 39-54.

- [61] Erdem, B. (2002). *Patent hakkının korunmasına ve patent hakkına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk*. (2. Bası), İstanbul: Beta Yayınevi.
- [62] Erdem, B. (2003). *Fikrî hukukta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- [63] Erdem, B. (2005). Fikrî haklara ilişkin davalarda türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin niteliği. *Legal fikri ve sınai haklar dergisi*, (3) 2005, 687-699.
- [64] Erten, R. (2017). *Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- [65] Esen, E. (2012). Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde münhasır yetki kavramı. *MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e armağan*, 22(2), 183-206.
- [66] Esen, E. (2018). Hukuk usulüne dair la haye sözleşmesi kapsamında yabancı tüzel kişilerin teminat yükümlülüğünden muafiyeti. *İnönü üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 9(1), 2018, 1-26.
- [67] European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) (2013). *Conflict of laws in intellectual property: The clip principles and commentary*. Londra: Oxford University Press.
- [68] Fentiman, R. (2005). Choice of law and intellectual property. J. Drexler ve A. Kur (Editörler), *Intellectual property and private international law- Heading for the future* içinde (s. 130-148). Oregon: Hart Publishing.
- [69] Gangjee, D. (2018). Trade marks and allied rights. R. Dreyfuss and J.Pila (Editörler) *The oxford handbook of intellectual property law* içinde (s.517-571). New York: Oxford University Press.
- [70] Gangjee, D. S. (2013). Property in brands: the commodification of conversation. Rowe, H. / Griffiths, J. (Editörler) *Concepts of property in intellectual property law* içinde. (s. 29-59). Londra: Cambridge University Press;
- [71] Garnett R. (2009). Potter v broken hill: Misuse of precedent in cross-border IP litigation. A. K. Kenyon, M. Richardson and S. Ricketson (Editörler), *Landmarks in Australian intellectual property law* içinde (s. 1-15). Londra: Cambridge University Press.

- [72] Gervais, D. (2015). TRIPS and development. M. David and D. Halbert (Ed.) *The SAGE handbook of intellectual property* içinde (s. 95- 112). Londra: SAGE Publishing.
- [73] Ginsburg, J. C. (2008). ‘See me, feel me, touch me, hear me’ (and maybe smell and taste me too): I am a trademark – a US perspective. L. Bentley, J. Davis, and J. C. Ginsburg (Editörler) *Trade marks and brands, an interdisciplinary critique* içinde (s. 92-105), New York: Cambridge University Press.
- [74] Gosh, S. and Calboli, I. (2018). *Exhausting intellectual property rights: A comparative law and policy analysis*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [75] Görgün, L.Ş., Börü, L., Toraman, B. Ve Kodakoğlu, M. (2020). *Medenî usûl hukuku* (9. baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- [76] Güllökar, E. B ve Berkman, E. (2022). Turkey: .tr uzantılı alan adlarında yeni dönem: trabis, 14 eylül 2022 tarihinde faaliyete başladı. *MA gazette*, Sayı, S. 121.
- [77] Grigoriadis, L.G. (2014). *Trade marks and free trade*. Cham: Springer.
- [78] Güneysu Güngör, G. (1997). *Milletlerarası özel hukukta iflâs*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- [79] Güngör, G. (2007). *Temel milletlerarası özel hukuk metinlerinin sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda yakınlık yaklaşımı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- [80] Güngör, G. (2021). *Milletlerarası özel hukuk* (2. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- [81] Halydier, G. (2012). A hybrid legal and economic development model that balances intellectual property protection and economic growth: a case study of india, brazil, indonesia, and vietnam. *Asia-pacific law and policy journal*, 14, 87-151.
- [82] Harris, D. and Wood, A. (2022). *KSA companies law*. pwc.

- [83] Heintzen, M. and Kono, T. (2017). Territoriality, J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. De Miguel Asensio (Editörler), *Encyclopedia of private international law* içinde (s. 1702-1709). Londra: Edward Elgar Publishing.
- [84] Higgins, D. M. (2008). The making of modern trade mark law: the UK, 1860–1914. A business history perspective. L. Bentley, J. Davis, and J. C. Ginsburg. (Ed.) *Trade marks and brands, an interdisciplinary critique* içinde (s. 42-63). New York: Cambridge University Press.
- [85] Hughes, J. (1988). The philosophy of intellectual property. *Georgetown law journal*, 77(2), 287-366.
- [86] Huysal, B. (2013). 6100 sayılı hukuk muhakemeleri kanunu ile getirilen yenilikler ışığında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda bazı tespitler. *MHB*, 32 (1), 71-101.
- [87] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü (MHMME) (1978). *Milletlerarası özel hukuk ve milletlerarası usul hukuku kanunu öntasarı sempozyumu*, İstanbul 1976.
- [88] Sonderholm, J. (2012). Ethical issues surrounding IP rights, A. Lever (Editör), *New frontiers in the philosophy of intellectual property* içinde (s. 110-121). New York: Cambridge University Press.
- [89] Johnson, R. (2003). The mozambique rule and the (non) jurisdiction of the supreme court of western Australia over foreign land. *Western australian law review* 31, 266-292.
- [90] Johnson, S. (2014). Trademark territoriality in cyberspace: An internet framework for common-law trademarks. *Berkeley technology law journal*, 29(2) (Fall 2014), 1253-1300.
- [91] Jurcys, P. (2010). Applicable law to intellectual property infringements in japan: alternatives to the lex loci protectionis principle. *International review of law, computers and technology*, 24(2), 193-203.
- [92] Kaplan, Y. (2004). *İnternet ortamında fikrî hakların korunmasına uygulanacak hukuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- [93] Karaaslan, P. (2020). Markaların kapsadığı ürünler arasındaki benzerlik incelemesinde lisans uygulamalarının rolü. *Selçuk üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 28(3), 887-911.
- [94] Karaaslan, P. (2022). Kişisel verilerin inhisari hakkın konusu olabilirliği üzerine bir değerlendirme. K. Şenocak (Ed.), *Muhtelif yönleriyle kişisel verilerin korunması hukuku* içinde (s. 119-152). Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- [95] Karaca, O. U. (2020). *Sınai mülkiyet hakkına ilişkin hukuk uyumsuzluklarında yetkili mahkeme. IPR Gezgin*. <https://bit.ly/3gcB5Kn> (Erişim tarihi: 17.10.2022).
- [96] Karaman Odabaşı, F. (2015). Uygulamada fikri mülkiyet haklarının haksız rekabete konu olması. Ankara: Adalet Yayınevi
- [97] Karaman, F. (2008). *Marka hukukunda markanın ülkeselliği ilkesi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- [98] Kart, A. (2019). *Marka hakkına tecavüz suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- [99] Kaya, C. (2020). Ortak yapım film sözleşmelerine uygulanacak hukuk. S. Özel ve H. S. Pürselim Arning (Editörler), *Atipik sözleşmelere uygulanacak hukuk* içinde (s. 117-159). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- [100] Kayış, B. (2012). *Haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilafı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- [101] Kılıçoğlu Yılmaz, K. (2017). 6769 sayılı sınai mülkiyet kanunu. *Ankara barosu dergisi, fikrî mülkiyet özel sayısı*, S. 1.
- [102] Kılıçoğlu, A. M. (2019). *Fikrî haklar* (5. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- [103] Kırca, İ. (2005). *Markaların milletlerarası tescili*. Ankara: BATİDER.
- [104] Kuru, B. ve Aydın, B. (2021). *Medenî usûl hukuku* (5. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları.
- [105] Le Peru, A. (2004). *Branding and territories- The conflict of applying domestic laws to universal trademarks*. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, <https://bit.ly/3dTI8Uy> (Erişim tarihi: 27.04.2021).
- [106] Lemley, M. A. (2015). Faith based intellectual property. *UCLA law review*, 1330-1344.

- [107] Llewelyn, D. and Aplin, T. (2019). *Cornish, Llweyn &Aplin on intellectual property: Patents, copyright, trade marks and allied rights* (9. Bası). Londra: Sweet & Maxwell.
- [108] Lorenzen, E. G. (1920). The theory of qualifications and the conflict of laws. *Columbia law review*, 20(3), 247–282.
- [109] Lundstedt, L. (2016). *Territoriality in intellectual property law*. Malmö: Stockholm University.
- [110] Dural, M. ve Sarı, S. (2017). *Türk özel hukuku, Cilt I, temel kavramlar ve medenî kanunun başlangıç hükümleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- [111] Merges, R. P. (2018). What kind of rights are intellectual property rights? R.C. Dreyfuss and J. Pila (Editörler), *The oxford handbook of intellectual property law* içinde (s. 57-94). New York: Oxford University Press,
- [112] Machlup, F. and Penrose, E. (1950). The patent controversy in the nineteenth century. *Journal of economic history* 10(01), Cambridge University Press on behalf of the Economic History Association, (May, 1950), 1- 29.
- [113] Maskus, K. E. (2004). The role of intellectual property rights in encouraging foreign direct investment and technology transfer. *Duke journal of comparative& international law*, 109-161.
- [114] Mcclean, D., Abou-Nigm, V. R. and Morris J. H. C. (2012). *The conflict of laws*. Surrey: Sweet&Maxwell.
- [115] Meier-Ewert, W. (2012). Trademarks, A. Taubman, Hannu Wager and J. Watal (Editörler), *A handbook on the WTO TRIPS agreement* içinde (s. 54-75). New York: Cambrdige University Press.
- [116] Niboyet, J. P. (1952). Territoriality and universal recognition of rules of conflict of laws. *Harvard law review*, 65(4), 582-596.
- [117] Nomer Ertan, N. F. (2016). *Haksız rekabet hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.

- [118] Nomer Ertan, N. F. (2020). Fikrî mülkiyet ve haksız rekabet hukuku ilişkisi. A. K. Altıparmak (Editör). *Fikrî ve sınai haklar sempozyumu* içinde (s. 21-27). Ankara: Yetkin Yayınları.
- [119] Nomer, E. (2017). *Devletler hususî hukuku* (22. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi.
- [120] Nomer, E. (2018). *Milletlerarası usûl hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- [121] Oğuzman, K. ve Barlas, N. (2018). *Medenî hukuk* (24. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- [122] Oğuzman, K. ve Öz, T. (2017). *Borçlar hukuku genel hükümler, cilt 2* (13. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık
- [123] Özdemir Kocasakal, H. (2010). Sözleşmelere uygulanacak hukukun möhuk m. 24 çerçevesinde tespiti ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları. *Milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk bülteni*, 30 (1-2), 27-62.
- [124] Özel, S. (2012). Haksız fiillere ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin yetkisini belirleyen HMK m. 16 kuralının karşılaştırmalı hukuk açısından değerlendirilmesi. *Bahçeşehir üniversitesi hukuk fakültesi kazancı hakemli hukuk dergisi*, 2012(8), 7-35.
- [125] Özel, S. (2016). Sözleşmesel ilişkide yabancılık unsuru ve hukuk seçimi, M. Aygün, A. Önal, A.K. Altıparmak ve C. Kaya (Editörler), *Milletlerarası özel hukukta güncel konular sempozyumu* içinde (s.423-439). Ankara: Yetkin Yayınları.
- [126] Özkan, I. ve Tütüncübaşı, U. (2017). *Uluslararası usûl hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- [127] Özsoy, Ö. (2018). Türk markalarının avrupa birliği markası olarak tescil edilmemesinin sonuçları – şenpiliç markası özelinde bir inceleme. *İNÜHFD*, 9(1), 609-622.
- [128] Paslı, A. (2014). *Uluslararası antlaşmaların Türk marka hukukunun esasına ilişkin etkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- [129] Paslı, A. (2019). Ticari işletme ve ticaret şirketleri bakımından zorunlu arabuluculuğun değerlendirilmesi: Türk ticaret kanunu 5/A maddesinin

- yorumlanması. C. Süral Efeçınar ve M. E. Yardım (Editörler), *Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk* içinde (s. 13- 25). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- [130] Paslı, A. (2020). Marka hukukunda tescil kullanım ilişkisi. A. K. Altıparmak (Editör). *Fikrî ve sınai haklar sempozyumu içinde* (s. 105-114). Ankara: Yetkin Yayınları.
- [131] Pekcanıtez H., Atalay O. ve Özkes M. (2018). *Medenî usûl hukuku* (6. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- [132] Ayhan, R., Çağlar, H. ve Özdamar, M. (2019). *Ticarî işletme hukuku*. (12. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları.
- [133] Ayhan, R., Çağlar, H., Yıldız, B. ve İmirlioğlu, D. (2021). *Sınai mülkiyet hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- [134] Reichman, J. H. (2014). Intellectual property in the twenty-first century: Will the developing countries lead or follow? M. Cimoli vd. (Editörler), *Intellectual property rights* içinde (s. 111-185). New York: Oxford University Press.
- [135] Ricketson, S. (2020). The trademark provisions in the paris convention for the protection of industrial property. I. Calboli and J. Ginsburg (Editörler) *The cambridge handbook of international and comparative trademark law* içinde (s. 3- 26). Cambridge: Cambridge University Press.
- [136] Rutherglen, G.A. (2016). *Transnational civil litigation*. Foundation Press.
- [137] Sargın F. (2005). *İnternet aracılığıyla gerçekleşen marka ihlalleri hakkında milletlerarası yetkiyi haiz mahkemeler ve uygulanacak hukuk*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- [138] Sargın, F. (2002). *Milletlerarası unsurlu patent ve ticari marka lisansı sözleşmelerine uygulanacak hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- [139] Sarıöz, A.İ. (2012). *Haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- [140] Sarıöz Büyükalp, A.İ. (2012). *Adil yargılanma hakkının türk milletlerarası usul hukuku üzerindeki etkileri*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.

- [141] Schechter, R. E. (1997). The case for extraterritorial reach of the lanham act, *Virginia journal of international law*, 619 (37).
- Scott, D., Oliver, A. and Ley-Pineda, M. (2008). Trade marks as property: a philosophical perspective. L. Bentley, J. Davis and J. C. Ginsburg (ed.) *Trade marks and brands, an interdisciplinary critique* içinde (s. 267-283), New York: Cambridge University Press.
- [142] Sekmen, O. (2013). *Markanın hükümsüzlüğü ve hukuki sonuçları*. Doktora tezi. YÖK, Ulusal tez merkezi.
- [143] Serozan, R. (2018). *Medeni hukuk* (8. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- [144] Seville, C. (2018) The emergence and development of intellectual property in western europe. R. Dreyfuss and J.Pila (Editörler) *The oxford handbook of intellectual property law* içinde (s. 171-197). New York: Oxford University Press.
- [145] Sökmen Güler, E. (2019). Forum non conveniens doktrini ve uluslararası paralel davalar. *D.E.Ü. hukuk fakültesi dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a armağan*, C.21, Özel S., 2629-2658.
- [146] Sönmez, N. S. (2018). 6769 sayılı sınai mülkiyet kanununa göre markanın kullanılmaması neticesinde ortaya çıkan sonuçlar. *İstanbul hukuk mecmuası*, 76 (1): 277–308.
- [147] Stone, P. (2018). *Stone on private international law in the european union* (4. Bası). Croydon: Edward Elgar Publishing.
- [148] Suluk, C. (2007). Fikrî mülkiyet hukukunda millî muamele ilkesi ve yabancıların teminat gösterme yükümlülüğü. *Prof. dr. hüseyin ülgen'e armağan*, birinci cilt, 1179-1188.
- [149] Suluk, C. ve Orhan, A. (2005). *Uygulamalı fikrî mülkiyet hukuku*. İstanbul: Arıkan.
- [150] Suluk, C., Karasu, R. ve Nal, T. (2020). *Fikrî mülkiyet hukuku* (4. Bası). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- [151] Süral, C. (2012). Hukuk muhakemeleri kanunun türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine etkisi. *TBB dergisi*, 2012 (100), 167-216.

- [152] Svantesson, D. J. B. (2016). *Private international law and the internet*. United Kingdom: Wolters Kluver.
- [153] Şanlı, C., Esen E. ve Ataman-Figanmeşe, İ. (2020). *Milletlerarası özel hukuk* (8. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- [154] Takavut, İ. D. (2018). *Milletlerarası ticari tahkimde doğrudan uygulanan kurallar*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- [155] Tarman, Z. D. (2016). Avrupa Birliği kanunlar ihtilafı kuralları, akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında roma II tüzüğü (AT864/2007). I. Özkan (Editör). *Avrupa Birliği devletler özel hukuku içinde* (s. 399-426), Ankara: Adalet Yayınevi.
- [156] Tarman, Z.D. (2011). *Haksız rekabetten ve aldatıcı reklamlardan doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- [157] Tekin, E. (2021). *Milletlerarası özel hukukta kişilik haklarının internet yoluyla ihlalinde sorumluluk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- [158] Tekinalp, G. (2004). *Milletlerarası özel hukuk*. (8. Bası), İstanbul: Beta Yayınevi.
- [159] Tekinalp, G. (2020). *Milletlerarası özel hukuk* (13. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- [160] Tekinalp, Ü. (2012). *Fikrî mülkiyet hukuku*. (5. Bası), İstanbul: Beta Yayınevi.
- [161] Tiryakioğlu, B. (1996). *Taşınır mallara ilişkin milletlerarası unsurlu satım akitlerine uygulanacak hukuk*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- [162] Tiryakioğlu, B. (2012). Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi. *Prof. Dr. Tuğrul Arat'a armağan*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1141-1167.
- [163] Tiryakioğlu, B. (2020). Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisi. *Public and Private International Law Bulletin*, 40 (2), 917-935.
- [164] Tiryakioğlu, B., Aygün, M. ve Küçük, E. (2021). *Türk uluslararası özel hukuk mevzuatı*. (14. Bası), Ankara: Yetkin Yayınları.

- [165] Toraman, B. (2020). Takip hukukuna özgü bazı davaların dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığı sorunu. *Çankaya üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 5(1), 3141-3170.
- [166] Treppoz, E. (2014). International choice of law in trademark disputes. *Columbia journal of law & arts*, 37(4), 557-571.
- [167] Tuğ, M. A. (2021). Kira sözleşmelerinden kaynaklanan ticari davalarda görevli mahkeme. *Selçuk üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 29 (3), 1897-1921.
- [168] Tütüncübaşı, U. (2010). Milletlerarası usûl hukukunda teminat gösterme yükümlülüğü. *Dokuz eylül üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 12(2), 183-223.
- [169] Tütüncübaşı, U. (2017). Yabancı kararların türk hukukunda tanınması konusunda 690 sayılı kanun hükmünde kararname ile düzenlenen yenilikler. *Dokuz eylül üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 19(2), 103-127.
- [170] Ubertainzi, B. (2011). Intellectual property rights and exclusive (subject matter) jurisdiction. between private and public international law. *Marquette intellectual property law review*, 15(2), 358-448.
- [171] Uzunallı, S. (2017). Marka hukukunda malların ve/veya hizmetlerin benzerliğinin tespiti sorunu. *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a armağan içinde* (s. 675-700). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- [172] Ülgen, H., Helvacı, M., Kaya, A. ve Nomer Ertan, F. (2019) *Ticari işletme hukuku* (6. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık
- [173] Ünsal, Ö. E. (2001). *Markaların tescili konusunda uluslararası Nis ve Viyana sınıflandırmaları: Amaç, işleyiş ve uygulamaya ilişkin değerlendirmeler*, Ankara: TPE Uzmanlık Tezi.
- [174] Van Eechoud, M. (2003). *Choice of law in copyright and related rights: alternatives to the lex protectionis*. Lahey: Kluwer Law International.
- [175] Vicente, D. M. (2017). *Intellectual property*. J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. M. Asensio (Editörler), *Encyclopedia of private international law içinde*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

- [176] Yasaman, H., Altay, S.A., Ayoğlu T., Yusufoglu, F. Ve Yüksel, S. (2004). *Marka hukuku 566 sayılı KHK şerhi, Cilt II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- [177] Yasaman, H., Ayoğlu T., Yusufoglu, F., Yüksel, S.H., Yasaman, Z. (2021). *Sınai mülkiyet kanunu şerhi, Cilt I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- [178] Yasaman, Z. (2020). *İnternette marka hakkının ihlali*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- [179] Zittrain, J., Palfrey, J.G., Deibert, R., Rohozinski, R., Villeneuve, N. ve Bambauer, D. (2005) *Internet filtering in china in 2004-2005: a country study*, <https://bit.ly/3gIvngj> (Erişim tarihi: 14.02.2022).

İTERNET KAYNAKLARI

- [1] 2/4528 Esas Numaralı Teklif, TBMM, <https://bit.ly/3NVYDzO> (Erişim tarihi: 10.11.2022).
- [2] 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü, EUR-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32017R1001> (Erişim tarihi: 17.12.2019).
- [3] ABDABGM, Yabancıların teminat yatırma Yükümlülüğü, <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yabancilarin-teminat-yatirmayukumlulugu05032021034324> (Erişim Tarihi: 13.10.2022)
- [4] Adalet Bakanlığı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı, s. 27, <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/40320221402571.pdf> (Erişim tarihi: 30.12.2022).
- [5] ALI, *about ALI*, <https://www.ali.org/about-ali/> (Erişim tarihi: 28.10.2020).
- [6] American Law Institute (ALI) (2008). Intellectual property: principles governing jurisdiction, choice of law, and judgments in transnational disputes, <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/7687> (Erişim tarihi: 08.11.2022).
- [7] Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Sektörel, İnternet alan adları, <https://www.btk.gov.tr/internet-alan-adlari-mevzuat> (Erişim tarihi: 30.12.2022)
- [8] Britannica, <https://www.britannica.com/technology/URL> (Erişim tarihi: 21.10.2022).
- [9] Brookings Institute, *The WTO and GATT: A Principled History*, <https://brook.gs/30fIBJF>, 16 -18 (Erişim tarihi: 28.09.2020).

- [10] Chen, F., Preston, G. and Margetson, G. (2011). L'oreal v. eBay, clarification of online marketplace operators' liability for its users' trade mark infringement, *Lexology*, <https://bit.ly/3JlM6e> (Erişim tarihi: 24.03.2022).
- [11] Columbia University, Global Freedom of Expression, <https://bit.ly/3qrRay7> (Erişim tarihi: 22.03.2022).
- [12] Conflict of laws.net, China PIL, <https://conflictoflaws.net/News/2011/01/PIL-China.pdf> (Erişim tarihi: 14.02.2021).
- [13] Cornell Law School, LLI, Legal Encyclopedia, subject matter jurisdiction, <https://bit.ly/3WP1Owr> (Erişim tarihi: 18.03.2020).
- [14] Council of Europe, Internet intermediaries, Recommendation CM/Rec (2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries <https://bit.ly/3LJ9zzk> (Erişim tarihi: 18.02.2022).
- [15] Council of Europe, Internet intermediaries, *Recommendation CM/Rec (2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries*, <https://bit.ly/3LJ9zzk> (Erişim tarihi: 18.2.2022).
- [16] Council of Europe, *internet intermediaries*, <https://bit.ly/3LJ9zzk> (Erişim tarihi: 18.2.2022).
- [17] Council of Europe, *internet intermediaries*, <https://bit.ly/3LJ9zzk> (Erişim tarihi: 18.2.2022).
- [18] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). EUR-Lex. <https://bit.ly/3tCtQja> (Erişim tarihi: 24.03.2022).
- [19] Eur-lex europa, *legal-content*, <https://bit.ly/3M3Avdk> (Erişim tarihi: 28.02.2022).
- [20] EUR-Lex, *Brussels I Summary*, <https://bit.ly/38X9G8R> (Erişim tarihi: 20.03.2021).
- [21] Eur-Lex, *Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017*, <https://bit.ly/3jgptYr> (Erişim Tarihi: 20.12.2022).
- [22] Eur-lex, *Rome II*, <https://bit.ly/329EAqL> (Erişim tarihi: 13.04.2021).

- [23] Europa, *Eur-Lex, Brussels I Regulation*, <https://bit.ly/2JGvnex> (Erişim tarihi: 05.03.2021).
- [24] Fedlex, *Die Publikationsplattform des Bundesrechts*, <https://bit.ly/3W57uCt> (Erişim tarihi: 08.12.2022).
- [25] Fedlex, Federal Act on Private International Law (PILA), https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en#art_110 (Erişim tarihi: 4.10.2022).
- [26] Gov. Uk, Brexit, Guidance Cross-border civil and commercial legal cases: guidance for legal professionals, <https://bit.ly/2OExJ5E> (Erişim tarihi: 05.03.2021).
- [27] H. Al Hamoud ve S. Akbar (2022). *New dawn for professional companies in Saudi Arabia*. Al Tamimi&Co., law Update, May 2020 <https://bit.ly/3CNLyEY> (Erişim tarihi: 11/10/2022).
- [28] H2O, Harvard, Restatement Second of Torts, <https://h2o.law.harvard.edu/collages/749> (Erişim tarihi: 24.03.2022).
- [29] ILA, Kyoto Guidelines, https://www.ila-hq.org/en_GB/committees/intellectual-property-and-private-international-law (Erişim tarihi: 10.11.2022).
- [30] International law association's guidelines on intellectual property and private international law ("Kyoto Guidelines"). *JIPITEC*, 44 (2021), applicable law, 12. <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-1-2021/5247> (Erişim tarihi: 13.04.2021)
- [31] IPR Gesetz, Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift f r IPR, <https://bit.ly/3BZDUpe> (Erişim tarihi: 04.10.2022).
- [32] Justia, US Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/344/280/> (Erişim tarihi: 13.04.2021).
- [33] Legal Information Institute, *U.S. Code, Chapter 22, Section 22-Trademarks*, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-22> (Erişim tarihi: 01.12.2022).
- [34] Liechtensteinisches internationale Privatrecht (IPRG), art. 38, <https://www.gesetze.li/konso/1996194000> (Erişim tarihi: 08.12.2022).

- [35] Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması, WIPO *IP Portal*, *WIPO Lex*, <https://wipolex.wipo.int/en/text/294836> (Erişim tarihi: 12.04.2020).
- [36] News Media Alliance, , <https://bit.ly/3v4RC8z>, (Erişim tarihi: 18.02.2022).
- [37] Normattiva, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, <https://bit.ly/3Bm6v90> (Erişim tarihi: 08.12.2022).
- [38] OECD (2010) *The economic and social role of internet intermediaries*, Nisan 2010, <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/44949023.pdf>, (Erişim tarihi: 18.2.2022).
- [39] OECD, *The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives, Executive summary*, <https://bit.ly/3sPro7i> (Erişim tarihi: 18.02.2022).
- [40] R. Karasu (2019). Fikri mülkiyet uyumsuzluklarında zorunlu arabuluculuk dönemi başladı. <https://fikrimulkiyet.com/fikri-mulkiyet-uyusmazliklarinda-zorunlu-arabuluculuk-donemi-basladi/> (Erişim tarihi: 30.10.2022).
- [41] R. Kestenbaum (2017). What are online marketplaces and what is their future? Forbes, April 26, 2017. <https://bit.ly/3exHo7X> (Erişim tarihi: 10.05.2021).
- [42] Rechtsinformationsystem Des Bundes, Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für IPR-Gesetz, <https://bit.ly/3RI0lFx> (Erişim tarihi: 06.10.2022).
- [43] SMK Genel Gerekçesi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0699.pdf> (Erişim tarihi: 22.12.2020).
- [44] Türk Patent ve Marka Kurumu, tarihçe, <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/common Content/History> (Erişim tarihi: 16.04.2020).
- [45] TÜRKPATENT, *Madrid Sistemi'nden Kimler Faydalanabilir?* <https://bit.ly/3VRY0uD> (Erişim tarihi: 18.02.2020).
- [46] TÜRKPATENT, tarihçe, <https://www.turkpatent.gov.tr/tarihce> (Erişim tarihi: 18.04.2022).
- [47] TÜRKPATENT, *Uluslararası Marka Tescil Sistemi*, <https://bit.ly/3iWUjoH> (Erişim tarihi: 18.02.2020)
- [48] TÜRKPATENT, Uluslararası Marka Tescil Sistemi, <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/Madrid> (Erişim Tarihi: 14.02.2020).

- [49] UN, *Committee for Development Policy, List of Least Developed Countries*, <https://unctad.org/topic/least-developed-countries/list> (Erişim tarihi: 10.12.2022).
- [50] UN, *Treaties, Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization*, <https://bit.ly/3m809AD> (Erişim tarihi: 09.09.2020).
- [51] UN, *TRIPS transition period extensions for least-developed countries*, <https://bit.ly/3FXypuN> (Erişim tarihi: 10.12.2019)
- [52] UNAIDS, *Feature Story, Getting to zero AIDS-related deaths: TRIPS and the potential impact of free trade agreements*, <https://bit.ly/3hg7iBC> (Erişim tarihi: 11.12.2019).
- [53] UNCTAD, *Training Module on the TRIPS*, 30; WTO, *TRIPS: FAQ'S*, https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/tripfq_e.htm (Erişim tarihi: 04.10.2022).
- [54] UNCTAD, *Training Module on the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*, https://unctad.org/en/Docs/ditctnecd20083_en.pdf (Erişim tarihi: 09.04.2020).
- [55] UNHCR, *States Parties to the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons*, <https://bit.ly/3ViVFZC> (Erişim tarihi: 11.10.2022).
- [56] Uniform Dispute Resolution Policy of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN's UDRP), <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en> (Erişim tarihi: 10.10.2022).
- [57] US Congress, *Shop Safe Act of 2021*, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/1843> (Erişim tarihi: 9.11.2022).
- [58] USPTO, *Trademarks, Basics*, <https://www.uspto.gov/trademarks/basics/what-trademark> (Erişim tarihi: 14.04.2021).
- [59] USPTO, *Trademarks, Basics, Why register your trademark?* <https://www.uspto.gov/trademarks/basics/why-register-your-trademark> (Erişim tarihi: 14.04.2021).
- [60] WIPO- *Administered Treaties, Contracting Parties, WIPO Convention*, <https://bit.ly/2Fl30oT> (Erişim tarihi: 08.09.2020).

- [61] WIPO, *Administered Treaties, Madrid Protocol*, https://www.wipo.int/treaties/en/registration/madrid_protocol/ (Erişim Tarihi: 14.02.2020).
- [62] WIPO, *Administered Treaties, TLT*, https://www.wipo.int/treaties/en/ip/tlt/summary_tlt.html (Erişim tarih: 12.04.2020).
- [63] WIPO, *Brief History*, <https://www.wipo.int/about-wipo/en/history.html> (Erişim tarihi: 08.09.2020).
- [64] WIPO, *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*, https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283854 (Erişim tarihi: 08.09.2020).
- [65] WIPO, *How the Madrid System Works*, https://www.wipo.int/madrid/en/how_madrid_works.html (Erişim tarihi: 16.02.2020)
- [66] WIPO, *International Classifications, Nice*, <https://www.wipo.int/classifications/nice/en/preface.html> (Erişim tarihi: 11.04.2020).
- [67] WIPO, *IP PORTAL, Classifications*, <https://www.wipo.int/classifications/nice/nclpub/en/fr/> (Erişim tarihi: 11.04.2020).
- [68] WIPO, *IP Portal, Vienna Classification*, <https://bit.ly/3YwCTjh> (Erişim tarihi: 12.04.2020).
- [69] WIPO, *Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet* <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=345> (Erişim tarihi: 10.06.2021).
- [70] WIPO, *Madrid System*, <https://www.wipo.int/madrid/en/> (Erişim Tarihi: 14.02.2020).
- [71] WIPO, *Madrid System, WIPO Gazette*, https://www.wipo.int/madrid/en/madridgazette/remarks/2009/50/gaz_st3.htm (Erişim tarihi: 26.02.2020)
- [72] WIPO, *Making the most of the Madrid System*, <https://bit.ly/3uQUgxe> (Erişim Tarihi: 14.02.2020).
- [73] WIPO, *Other IP Treaties, Berne Convention*, <https://wipolex.wipo.int/en/treaties/textdetails/12214> (Erişim tarihi: 26.03.2020).
- [74] WIPO, *Paris Convention*, <https://wipolex.wipo.int/en/text/287556> (Erişim Tarihi: 14.02.2020).

- [75] WIPO, *Paris Convention*, <https://wipolex.wipo.int/en/text/287556> (Erişim Tarihi:26.03.2020).
- [76] WIPO, *Summary of the Convention Establishing the World Intellectual Property Organization* (WIPO Convention) (1967), <https://bit.ly/3i8RzPW> (Erişim tarihi: 08.09.2020).
- [77] WIPO, *Summary of the Paris Convention*, https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/summary_paris.html (Erişim tarihi: 14.02.2020).
- [78] WTO, *About WTO*, https://www.wto.org/english/thewto_e/thewto_e.htm (Erişim tarihi: 09.09.2020).
- [79] WTO, *Development: Definition*, https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/d1who_e.htm (Erişim tarihi: 10.12.2019).
- [80] WTO, *GATT&goods council*, https://www.wto.org/english/tratop_e/gatt_e/gatt_e.htm (Erişim tarihi: 09.09.2020).
- [81] WTO, *GATT*, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf (Erişim tarihi: 08.09.2020).
- [82] WTO, *legal texts, TRIPS*, <https://bit.ly/3ojtM3c> (Erişim tarihi: 23.10.2020).
- [83] WTO, *Members and observers*, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm (Erişim tarihi: 10.04.2020)
- [84] WTO, *Responding to least developed countries' special needs in intellectual property*, https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ldc_e.htm (Erişim Tarihi: 10.12.2022)
- [85] WTO, *the history of multilateral trading system*, https://www.wto.org/english/thewto_e/history_e/history_e.htm (Erişim tarihi: 28.09.2020).
- [86] WTO, *TRIPS*, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/31bis_trips_01_e.htm (Erişim tarihi: 12.02.2020).
- [87] WTO, *Understanding the WTO*, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm (Erişim tarihi: 10.04.2020)
- [88] WTO, *Understanding The WTO: The Agreements*: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm7_e.htm (Erişim tarihi: 26.03.2020)

[89] WTO, *WTO members agree to the extension of the transition period under article 66.1 for least developed country members*, https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_30jun21_e.htm (Erişim tarihi: 10.12.2022).

