

Doç. Dr. **Cahit SULUK**

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KORUMA KUVVETİ

Doç. Dr. Cahit SULUK

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KORUMA KUVVETİ

- Ne Katarsan Onun Karşılığını Alırsın -

- Ne Ekersen Onu Biçersin -

SEÇKİN | Hukuk

Ankara 2025



Akademik ve Mesleki Yayınlar

Fikri Mülkiyet Haklarının Koruma Kuvveti

Cahit SULUK

SEÇKİN | Hukuk

No: 3960

ISBN 978 625 381 274 4

Birinci Baskı: Temmuz 2025

Sayfa Tasarımı:

Ayşegül GENÇ KEMEÇ

Kapak Tasarımı:

Mert OKUMUŞ

348 Sayfa, 16x23,5 cm.

1. Fikri Mülkiyet Hakları
2. Fikri Mülkiyet Haklarının Koruma Kuvvetleri
3. Hakların Koruma Kuvvetlerinin Belirlenmesi
4. Fikri Ürünlerin Koruma Eşiğini Aşması
5. Zayıf ve Kuvvetli Fikri Mülkiyet Hakları

© Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.

Bu kitabın her türlü yayın hakkı Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.'ye aittir. Yayınevinin yazılı izni olmadan, tanıtım amaçlı toplam bir sayfayı geçmeyecek alıntılar hariç olmak üzere, hiçbir şekilde kitabın tümü veya bir kısmı herhangi bir ortamda yayımlanamaz ve çoğaltılamaz.

Satış ve Dağıtım:

Mustafa Kemal Mahallesi 2158. Sokak No:13 Çankaya/ANKARA

T: 0-312-435 30 30 F: 0-312-435 24 72 E: seckin@seckin.com.tr

İstanbul Çağlayan Adliyesi Şubesi

D Blok 2. Bodrum Kat No: 5

Çağlayan

T: (212) 240 0015

F: (212) 240 0015

E: caglayan@seckin.com.tr

İstanbul Kartal Adliyesi Şubesi

C Blok Zemin Kat No: 29

Kartal

T: (216) 303 11 23

F: (216) 303 11 23

E: kartalsube@seckin.com.tr

İstanbul Şişli Şubesi

Abide-i Hürriyet Cad. No:183/A

Şişli

T: (212) 234 34 77

F: (212) 231 24 69

E: sislisube@seckin.com.tr

Ankara Sıhhiye Şubesi

Strazburg Caddesi No: 23/B

Sıhhiye

T: (312) 230 52 62

F: (312) 230 52 62

E: ankarasube@seckin.com.tr

Web Sitesi: www.seckin.com.tr

Seçkin Yayıncılık Sertifika No: 45644

Baskı:

Vadi Grafik Ltd. Şti. – Sertifika No: 47479

İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cadde No: 58/1 Yenimahalle / ANKARA - T: (0-312) 395 85 71

Önsöz

Çalışmanın fikri, kitabın Sonuç kısmında (no. 27) yer verdiğimiz “örümcek ağı teorisi”nden doğdu.

Fikri mülkiyet haklarının, ne kadar geniş bir alanda koruma verdiği hususu, gerek yabancı hukuklarda gerekse ülkemizde literatür ve içtihadın dikkatini pek çekmemiştir. Oysa hak sahibinin koruma alanının belirlenmesi, *hukuk güvenliği* bakımından hayati önemi haizdir. Bu bağlamda fikri *mülkiyet koruması ve serbest alan* çatışmasının daha çok mürekkep emeceğini düşünüyorum.

Elinizdeki çalışma, fikri ürünlerin koruma eşiğine ulaşması, eşiği aşanların da derinlik ve genişlik olarak koruma kapsamlarının belirlenmesine ayrılmıştır. Bunun için sınırlarda dolaşmam gerekti. Yaptığım gezintilerde sınırların fazlasıyla puslu olduğuna şahit oldum. Oldukça riskli olan bu yolculukta hata yapmamak elde değil. Bu konuda okuyucunun hoşgörüsüne sığınmaktan başka çare göremiyorum.

Yolculuğum esnasında zaman zaman “joker hakkımı” kullanarak bazı hocalarım ile meslektaşlarımın yardımına başvurdum. Hazırlık sürecinde metnin tamamını veya ilgili bölümlerini okuyarak desteklerini esirgemeyenlere gerçekten borçluyum ve minnettarım: Prof. Dr. Mustafa Ateş, Dr. Öğr. Üyesi M. Halil Çonkar, Doç. Dr. Pelin Karaaslan, Prof. Dr. Rauf Karasu, Dr. Öğr. Üyesi Başak Karmutoğlu, Av. Dr. Temel Nal, Emekli Hakim Fethi Merdivan, Ar. Gör. Abdullah Talha Sevindik, Av. Şüheda Varolgüneş, Prof. Dr. Fülürya Yusufoglu. Hata ve eksikliklerin (belki fazlalıkların) tümüyle şahsıma ait olduğunu vurgulamak isterim.

Metindeki şekilleri çizen meslektaşım Av. Bahattin Çarkacı'ya ayrıca teşekkür ediyorum. Yayın sürecinde her zaman olduğu gibi titiz çalışmalarıyla beni destekleyen Seçkin Yayınlarına, özellikle de Çilem Bahadır ve Ayşegül Kemeç'e şükranlarımı sunuyorum.

Doç. Dr. Cahit Suluk

İçindekiler

Önsöz	5
Şekiller Listesi	13
Kısaltmalar.....	15
Giriş.....	19

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL BİLGİ

I. HUKUK VE “FİKRİ MÜLKİYET SİSTEMİ”	23
II. TARİHSEL SÜREÇTE “FİKRİ MÜLKİYET TEKELİ”	24
A. İLK UYGULAMALAR.....	24
B. İLK DÜZENLEMELER	27
C. ÜLKEMİZDEKİ GELİŞMELER	28
D. TARTIŞMALAR VE ULUSLARARASI GELİŞMELER	30
E. SON GELİŞMELER	34
III. FİKRİ MÜLKİYET KORUMASININ İŞLEVLERİ	35
A. GENEL OLARAK	35
B. FİKRİ MÜLKİYET TEORİLERİ	39
C. KORUMAYI MEŞRU KILAN NEDENLERİN HAK KATEGORİLERİNDE FARKLILAŞMASI	43
D. GÜNÜMÜZDE KORUMANIN GEREKÇELENDİRİLMESİ	46
IV. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KORUMA KUVVETLERİNİ BELİRLEMENİN ÖNEMİ.....	48
A. FİKRİ MÜLKİYET KORUMASI VE “KAMU MALI”	48
B. KORUMA KUVVETİNİ BELİRLEMENİN HUKUKİ SONUÇLARI	50
V. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ <i>DERİNLİĞİ</i> VE <i>GENİŞLİĞİ</i>	53
VI. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KORUMA KUVVETLERİNİ BELİRLEMİYİ ZORLAŞTIRAN ETKENLER	59
A. GENEL OLARAK	59
B. ŞEKLİ VE DİĞER FORMALİTELERİN YOL AÇTIĞI SORUNLAR	64
C. KÜMÜLATİF KORUMA İLKESİNİN YOL AÇTIĞI SORUNLAR	66
1. Genel Olarak	66
2. İlkenin Uygulanışı.....	68
3. Korumanın Farkı ve Kümülatif Koruma İlkesi	70
4. Fikri Mülkiyet Sisteminin Bozulması ve Korumanın Rayından Çıkması.....	73

5. AB İctihadındaki Yaklaşımlar.....	76
6. Türk İctihadındaki Yaklaşımlar	79
D. AÇIKLIK VE KESİNLİK SORUNU	84
VII. SINIRLARIN BELİRLENMESİ	89
VIII. DİĞER FİKRİ ÜRÜNLERİN KORUMA KUVVETLERİ.....	95
A. MARKA HARİCİNDEKİ AYIRT EDİCİ AD VE İŞARETLER	95
B. FAYDALI MODELLER, ENTEGRE DEVRELER VE YENİ BİTKİ ÇEŞİTLERİ	95
C. KNOW-HOWLAR VE TİCARİ SIRLAR	96

İKİNCİ BÖLÜM TELİF HAKLARI

I. TELİF HAKLARINDA KORUMAYI HAKLI KILAN UNSUR: FİKRİ YARATICILIK / HUSUSİYET.....	99
A. HUKUKUMUZDA “ESER” SAYILMANIN ŞARTLARI	99
1. Genel Olarak	99
2. Şekli Şart	100
3. Objektif Şart.....	101
4. Esas Şart.....	105
B. HUSUSİYET KAVRAMI	105
1. Terminoloji	105
2. Eser Sahipliği (Droit D’auteur) ve Copyright Sistemlerindeki Yaklaşım Farkı	108
C. HUSUSİYETİN BELİRLENMESİ	112
1. Genel Olarak	112
2. Hususiyeti Belirlemenin Önemi ve İşlevi	116
3. AB Hukukunda “Sahibinin Fikri Yaratıcılığı”nın/Orijinalliğin Belirlenmesi	118
a) Genel Olarak.....	118
b) Yaratıcılığın Fikri Ürüne Yansıması - Geliştiricinin Serbest Biçimlendirme Alanı ve Fonksiyonellik	123
c) Destan Devam Ediyor (Saga Continue).....	127
4. Hukukumuzda Hususiyetin/Orijinalliğin Belirlenmesi	129
D. FİKİR VE İFADE AYIRIMI (IDEA / EXPRESSION OF THE IDEA).....	134
1. Fikir Korunmaz.....	134
2. İfade Korunur.....	136
3. Şekil ve İçerik	141
E. ESER PARÇALARI VE TAMAMLANMAMIŞ ESERLER	143
1. Bireysel Kelimeler Korunmaz.....	143
2. Önemsiz Kullanımlar (<i>de minimis</i>) Caizdir	144
3. Hususiyetin Yansıdığı Parçalar Korunur	146
F. ÇİFTE YARATIM İLKESİ	147
G. YENİ TEKNOLOJİLERİN ÇIKARDIĞI SORUNLAR.....	150

II. FİKRİ ÜRÜNÜ GELİŞTİRENİ KISITLAYAN ETKENLER	152
A. FİKRİ ÜRÜNÜN TABİATİ/TİPOLOJİSİ.....	152
1. Geliştiricinin Biçimlendirme Alanı/Seçenek Özgürlüğü	152
2. Fikri Ürünün Fonksiyonu.....	156
3. Amaca Uygun Olanın Üstünde Özellikler	160
4. Genel Üstünde Özellikler	161
B. ÖNCEKİ AYNI/BENZER FİKRİ ÜRÜNLERİN YOĞUNLUĞU	162
C. REGÜLASYON (MEVZUAT)	162
III. FİKRİ ÜRÜNÜ GELİŞTİRENİN, BİÇİMLENDİRME ALANINI KULLANMASI	163
IV. FİKRİ ÜRÜN ÇEŞİDİNİN, HUSUSİYETİN YANSITILMASINA ETKİLERİ.....	165
A. GENEL BİLGİ.....	165
B. İLİM - EDEBİYAT ESERLERİ	169
1. Dil ve Yazıyla İfade Edilen Eserler ve Bilgisayar Programları	169
2. Dans, Pantomim ve Benzeri Sözsüz Sahne Eserleri.....	171
3. İlmi ve Teknik Nitelikteki Fotoğraflar, Haritalar, Çizimler ve Maketler.....	172
C. MUSİKİ ESERLERİ	175
D. GÜZEL SANAT ESERLERİ.....	177
1. Genel Olarak.....	177
2. Has Güzel Sanat Eserleri	181
3. Mimari Eserler	182
4. Uygulamalı Sanat Eserleri	183
5. Fotografik Eserler	184
E. SİNEMA ESERLERİ	185
F. İŞLEME ESERLER.....	189
1. Genel Olarak.....	189
2. Hukukumuzda Sorun Teşkil Eden İşleme Türleri	194
G. BAĞLANTILI HAKLAR	195
H. DİĞER KORUMA KONULARI.....	198

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM MARKALAR

I. MARKALARDA KORUMAYI HAKLI KILAN UNSURLAR: AYIRT EDİCİLİK VE YATIRIM	201
A. GENEL BİLGİ.....	201
B. MARKANIN UNSURLARI.....	203
1. İşaret.....	203
2. Ayırt Edicilik	204
3. Açıklık ve Kesinlik.....	210
C. MARKANIN AYIRT EDİCİLİĞİNE YATIRIM	214

II. KUVVETLİ VE ZAYIF MARKA AYIRIMI	214
A. GENEL OLARAK	214
B. MARKA OLABİLME KABİLİYETLERİ BAKIMINDAN İŞARETLER.....	217
C. KORUMA KUVVETLERİ BAKIMINDAN MARKALAR	219
III. MARKANIN AYIRT EDİCİ KUVVETİNİ ETKİLEYEN HUSUSLAR	222
A. İŞARETİN TABİATİ/DOĞASI	222
1. Genel Olarak	222
2. Marka Türlerinin Ayırt Edici Kuvvete Etkisi.....	223
3. Fonksiyonellik	227
B. ÖNCEKİ AYNI/BENZER MARKALARIN VARLIĞI VE YOĞUNLUĞU.....	230
C. AYIRT EDİCİLİĞİN SONRADAN KUVVETLENDİRİLMESİ / MARKANIN AYIRT EDİCİLİĞİNE YAPILAN YATIRIMLAR.....	232
1. Genel Bilgi.....	232
2. Korumanın Sonradan Derinleşmesi ve Genişlemesi	235
3. Korumadaki Dinamizm	237
D. MARKAYA YAKINLAŞMA.....	239
E. ARA SONUÇ.....	242
IV. MARKANIN AYIRT EDİCİ GÜCÜNÜN, KORUMA KUVVETİNE VE İLTİBASA ETKİSİ	243
A. GENEL OLARAK	243
B. İKTİBAS VE İLTİBAS KAVRAMLARI	245
C. GENEL KABUL	252
1. Genel Olarak	252
2. Genel Kabulün İçtihadı Yansıması.....	255
3. Türk İçtihadındaki Durum	257
D. YENİ YAKLAŞIM.....	260
E. GÖRÜŞÜMÜZ.....	261

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM TASARIMLAR

I. TASARIMLARDA KORUMAYI HAKLI KILAN UNSURLAR: YENİLİK VE AYIRT EDİCİLİK	265
II. TASARIMCIYI KISITLAYAN ETKENLER.....	267
A. ÜRÜN TİPOLOJİSİ	267
1. Kavram.....	267
2. Teknik Zorunluluk İstisnası	269
a) Genel Olarak.....	269
b. Teknik Zorunluluk İstisnasının Amacı ve Yorumuna İlişkin Değerlendirme	272
c. Yedek Parça İstisnası.....	274

B. ÖNCEKİ TASARIMLAR	275
C. REGÜLASYON.....	276
III. TASARIMIN GELİŞTİRİLMESİ/ÜRÜNE YANSITILMASI	276

BEŞİNCİ BÖLÜM PATENTLER

I. PATENT HUKUKUNDA KORUNAN: <i>BULUŞ</i>	279
A. GENEL OLARAK	279
B. BİLİMSEL BİLGİ VE TEKNİK BİLGİ	281
C. BULUŞUN NİTELİKLERİ	282
II. BULUŞÇUYU KISITLAYAN ETKENLER	284
A. TEKNİK PROBLEMİN DOĞASI	284
B. BİLİNER TEKNİK (PRIOR ART).....	285
C. REGÜLASYON.....	286
III. BULUŞUN GELİŞTİRİLMESİ VE KÂĞIDA DÖKÜLMESİ	286
IV. LİTERATÜRDE KUVVETLİ VE ZAYIF PATENT AYIRIMI	288
A. GENEL OLARAK	288
B. PATENTLERİN KORUMA KUVVETİ.....	292
C. KUVVETLİ VE ZAYIF PATENT AYIRIMININ HUKUKİ VE TİCARİ SONUÇLARI	293

ALTINCI BÖLÜM KORUMA EŞİĞİNİN AŞILMASI İLE KORUMA KUVVETİNİN BELİRLENMESİNE YÖNELİK ALINMASI GEREKEN TEDBİRLER

I. SORUNUN ORTAYA KONULMASI	297
A. GENEL OLARAK	297
B. ÜRÜN TİPOLOJİSİ VE FİKRİ ÜRÜNLER	299
C. KORUMA KUVVETİNİ ETKİLEYEN HUSUSLAR	302
D. KORUMA KUVVETİNİ BELİRLEMENİN HUKUKİ SONUÇLARI	305
II. UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLARIN ÇÖZÜMÜNE YÖNELİK ORTAYA KONULMASI GEREKEN “HUKUK İŞÇİLİĞİ”	307
III. ALINMASI GEREKEN TEDBİRLER	311
A. HUKUKİ METİNLERİN HAZIRLANMASINA YÖNELİK TEDBİRLER	311
B. MEVZUATIN UYGULANMASINA YÖNELİK TEDBİRLER.....	314

SONUÇ

I. KORUMANIN ARKA PLANI	317
II. KORUMANIN AMACI VE İŞLEVİ	319
III. HUKUKİ REJİM FARKI	320
IV. KÜMÜLATİF KORUMA VE SİSTEMİN KÖTÜYE KULLANILMASI	321
V. EŞİĞİN AŞILMASI VE KORUMA KUVVETİNİN BELİRLENMESİ.....	324
VI. FARKLI KORUMA MODELLERİ	325
Kaynakça	329
Dizin	343

Şekiller Listesi

Şekil 1: Koruma Eşiği ve Korumanın Yoğunlaşması	20
Şekil 2: Fikri Ürünlerin Koruma Kriterleri.....	44
Şekil 3: Kamu Malı ve Fikri Mülkiyet Koruması.....	49
Şekil 4: Hak Sahibinin Bireysel Çıkarları ile Toplumun Menfaatini Dengeleme	53
Şekil 5: Fikri Mülkiyet Haklarında Koruma Derinliği ve Genişliği	59
Şekil 6: Otomobil Tipolojisi ve Tipolojiye Özel Katkılar.....	59
Şekil 7: İnsanın Geliştirebildiği Fikri Ürünler.....	61
Şekil 8: Brompton Bicycle Kararına Konu Ürün Örneği.....	70
Şekil 9: Bob Marley'in Dava Konusu Fotoğrafı.....	87
Şekil 10: Türk Hukukunda İstisna ve Sınırlama Hükümleri	91
Şekil 11: Objektifleştirme	102
Şekil 12: Telifte Ülkelerin Kabul Ettiği Koruma Çıtaları.....	111
Şekil 13: Cofemel Kararına Konu Ürün Örnekleri	122
Şekil 14: BGH'nın ABAD'a yönelttiği soruya konu modüler mobilya görünümleri	128
Şekil 15: Önceki Eser (Joel Swanson-2019).....	180
Şekil 16: Sonraki Eser (Poppy Lekner-2020)	180
Şekil 17: Duvara Bantlanmış Muz	181
Şekil 18: Mimari Eserler	182
Şekil 19: Sanatçı Temel Nal'ın Fotoğraf Eserlerinden Örnekler	185
Şekil 20: FSEK'in Koruma Konuları	195
Şekil 21: İşaretlerin Marka Olabilme Kabiliyetleri	217
Şekil 22: Yargıtay'ın Farklı Bulduğu Marka Örnekleri	258
Şekil 23: Yargıtay'ın Benzer Bulduğu Marka Örnekleri	259
Şekil 24: Kuvvetli, Zayıf ve Hatalı Patentler	293
Şekil 25: Korumanın Belirlenmesi.....	306
Şekil 26: Doğru Açı Almak.....	308
Şekil 27: Fikri Ürünlerin Koruma Kriterleri.....	321

Kısaltmalar

AA	: Anadolu Ajansı
AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABGM	: Avrupa Birliği Genel Mahkemesi
ACM	: Asliye Ceza Mahkemesi
AG	: Attorney General/Hukuk Sözcüsü
Ar-Ge	: Araştırma-Geliştirme
ARIPO	: African Regional Intellectual Property Organisation
ATRIP	: International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property
AÜ	: Ankara Üniversitesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
B.C. L. Rev.	: Boston College Law Review
BENELUX	: Belgium, the Netherlands and Luxembourg
Bern	: Bern Konvansiyonu
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGH	: Bundesgerichtshof - Alman Federal Mahkemesi
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIRPI	: United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property
Bkz	: Bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C	: Cilt
CDPA	: Copyright, Designs and Patents Act 1988
CIPR	: Commission for Intellectual Property Rights
CJEU	: Court of Justice of the European Union
Colum. L. Rev	: Columbia Law Review
Corp	: Corporation
D	: Dairesi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn	: Dipnot
DSM	: Digital Single Market
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü

E	: Esas
EAPÖ	: Eurosean Patent Office
ECtHR	: The European Court of Human Rights
Ed/Eds/	: Editör/ler - Edition
EDTK	: 5147 sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun
EFTA	: European Free Trade Association
EGA	: European Generic Medicines Association
EIPR	: European Intellectual Property Review
EndTasKHK	: 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname
EPC	: European Patent Convention
EPO	: European Patent Office
ESI	: Emerging Scholars Initiative
EU	: European Union
EUIPN	: European Union Intellectual Property Network
EUIPO	: European Union Intellectual Property Office
EWHC	: England and Wales High Court
FCA	: Federal Court of Australia
Fed. Cir	: Federal Circuit
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FRAND	: Fair, Reasonable and Non-discriminatory
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FSHD	: Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi
FSHM	: Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi
GCC	: Patent Office of the Cooperation Council for the Arab States of the Gulf
GmbH	: Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İEİS	: İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İMÜHFD	: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İSAM	: İslam Araştırmaları Merkezi
İSKİ	: İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi
İTÜ	: İstanbul Teknik Üniversitesi
İÜ	: İstanbul Üniversitesi

IIC	: International Review of Intellectual Property and Competition Law
INN	: International Nonproprietary Names
IPQ	: Intellectual Property Quarterly
J. PAT. OFF. Soc'y	: Journal of the Patent Office Society (US)
JIPLP	: Journal of Intellectual Property Law & Practice
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Krş	: Karşılaştırınız
m	: Madde
MarKHK	: 556 sayılı Marka Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
Md. L. Rev.	: Maryland Law Review
MIT	: Massachusetts Institute of Technology
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
Mük	: Mükerrer
MÜZFED	: Müzik Sektöründe Bağlantılı Haklar Federasyonu
NFT	: Non-Fungible Token
Nis	: Nis Anlaşması
No	: Numara
Notre Dame L. Rev.	: Notre Dame Law Review
NYU	: New York University
OAPI	: Organisation Africaine de la Propriete Intellectuelle
OHIM (EUIPO)	: The Office of Harmonization for the Internal Market
OJ	: Official Journal
OLG	: Oberlandesgericht
ÖSYM	: Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı
p	: Page
para	: Paragraph
paras	: Paragraphs
PCT	: Patent Cooperation Treaty
QMJIP	: Queen Mary Journal of Intellectual Property
RG	: Resmî Gazete
s	: Sayfa
S	: Sayı
SCC	: Supreme Court Cases
SCR	: Supreme Court Reports
SEP	: Standarda Esas Patent
SMK	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

SMKY	: Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
t	: Tarih
TD	: Ticaret Dairesi
TDK	: Türk Dil Kurumu
TFM	: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TR	: Türkiye
TRIPS	: Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods
TSE	: Türk Standartları Enstitüsü
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Türk Patent	: Türk Patent ve Marka Kurumu
TV	: Televizyon
U Chi L Rev	: The University of Chicago Law Review
UK	: United Kingdom
UN	: United Nations
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development
UNESCO	: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UrhDaG	: Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz
UrhR-HdB	: Handbuch des Urheberrechts
US	: United States
U.S.C. (17 U.S.C.)	: United States (Copyright) Code
USD	: United States Dollars
USPTO	: The United States Patent and Trademark Office
vd	: Ve devamı
V	: Volume
WCT	: WIPO Copyright Treaty
WIPO	: World Intellectual Property Organisation
WPPT	: WIPO Performance and Phonograms Treaty
Yay	: Yayınları
YAYFED	: Yayımcı Meslek Birlikleri Federasyonu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZUM	: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Giriş

Fikri mülkiyet koruması temelde kapitalist ekonomik düzenin bir ürünüdür. Kapitalizm, 16. yüzyılda “serbest piyasa ekonomisi” olarak ortaya çıkmış olup günümüzde dünya genelinde yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Vurgulayalım ki kapitalizmin esası “**serbest rekabet**”tir.

Fikri ürün geliştirmeyi teşvik ve ödüllendirme saikiyle benimsenen fikri mülkiyet koruması, esasen serbest piyasanın işleyişine yabancısıdır, hatta onunla çatışır. Şöyle ki serbest piyasada ilke olarak tekellere yer yoktur. Oysa **fikri mülkiyet**, piyasa ekonomilerine karakterini veren “**serbest rekabet**”ten korunmaktadır. Serbest piyasada oluşan arz talep dengesine yasalarla “suni müdahale” niteliğindeki fikri mülkiyet korumasıyla hak sahibi, fikri ürününün kullanımını belirli sürelerle yasaklayabilir ve ürün üzerinde tekelleşebilir. Böylece tüketici davranışlarıyla oluşan “piyasa rayıcı”nın üzerinde yasal korumayla “suni bir fiyat” oluşur. Serbest piyasanın üzerindeki bu “**tekelci fiyat**”ın maliyetine toplum katlanır. Dolayısıyla fikri mülkiyet koruması en azından kısa vadede “topluma yük”tür. Bu yüzden fikri mülkiyet hakları, “*rekabeti teşvik etmek uğruna rekabeti sınırlandıran haklar*” şeklinde nitelenmiştir¹. Toplumsal maliyetine rağmen uzun vadede **topluma fayda sağlayacağından** hareketle tarihin süzgecinden geçerek dünya genelinde fikri mülkiyet koruması kabul edilmiştir. Başka bir deyişle **fikri mülkiyet koruması, “kamu yararı” düşüncesiyle benimsenmiştir**².

Fikri mülkiyet hukukunda neyin ne kadar korunduğunun anlaşılabilmesi için *ürün tipolojisi* açıklığa kavuşturulmalıdır. Ateş yakar, barut patlar, güneş parlar, su aşağı akar. Teker yuvarlaktır, bıçak keskindir, çivi sivridir. Örnek kabilinden saydığımız bu nitelikler, tabiatı gereği anılan eşyanın karakteristik özellikleridir. Bu özelliklere eşyanın zatı/tabiatı/cevheri veya *ürün tipolojisi* denir. Üstelik bu tipoloji eşyayla sınırlı olmayıp işin tabiatını da kapsar. Zira fikri ürünler bazen eşyada somutlaşabileceği gibi bazen de soyut kalır. Yani *ürün tipolojisi hem eşyanın hem de işin tabiatını içerecek şekilde anlaşılmalıdır*. Bir masa tipolojisi korunmadığı gibi diyelim ki edebiyatta konu ve temalar kimsenin tekeline verilmez. Markalarda ise

¹ Şehirali Çelik, Haksız Rekabet 33 ve dph 121’de anılan yazar.

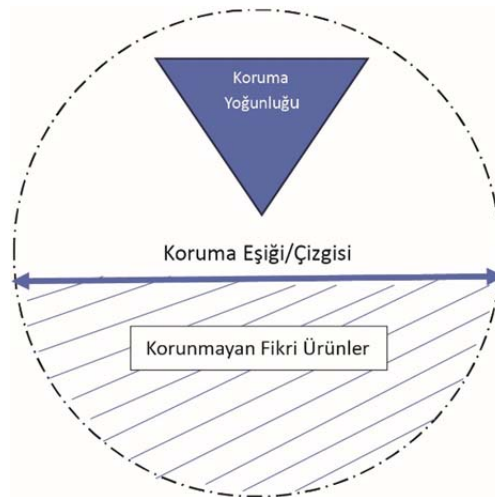
² Welfens/Addison/Audretech/Gries/Grupp 138; Correa 301. Hirş de; “... haklar, diğer fertlerin hürriyet sahasını bir tek şahıs lehine takyit ve tahdit ettiğinden, himayenin ancak **umumi kültürü zenginleştiren** fikri mahsullere bahşedilmesi icap eder” ifadesiyle telif hakları yönünden aynı hususa işaret eder. Bkz. Fikri Say 12.

tanımlayıcı ve jenerik işaretler korumanın dışında kalır. Bu işaretlerin bazıları teknik fonksiyonellik istisnasına bazıları da işin tabiatına (tanımlayıcılığa ve jenerikliğe) takılır. Philips'in üç başlıklı tıraş bıçağının tıraş makineleri için marka olamaması ilkinde, elbiselerin beden numarasını belirten S, M, L ve XL gibi işaretlerin giysiler için marka olamaması ikincisine örnektir.

Sözünü ettiğimiz tekелci yetkiye kavuşmak için fikri ürüne *öznel katkılar* verilmelidir; zira eşyanın/işin tabiatı (ürün tipolojisi) herkesin kullanımına açık olup birinin tekeline bırakılamaz. Yine harcıâlem ve sıradan (koruma eşiğini aşamayan) fikri ürünler de koruma görmez. Fikri mülkiyet korumasıyla yasa koyucular, fikri ürün geliştirmeyi ödüllendirerek teşvik ettiğine göre sistem şu kurala uygun çalış(malı)dır: **Ne katarsan/koyarsan onun karşılığını alırsın! Ne ekersen onu biçersin!** Bu da bizi her somut olayda ilk adımda fikri ürünün korunup korunmadığı (koruma eşiğini/çizgisini aşıp aşmadığı), ikinci adımda koruma devreye girmişse, onun kuvveti (güçlü veya zayıf oluşu) noktasına taşımaktadır.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere **fikri ürün geliştirmek, eşyanın/işin tabiatına "yabancılaştırma" faaliyetidir.** Bu yabancılaştırma, yasa koyucunun öngördüğü eşiği aştığında koruma devreye girer. Yeterince katkı veril(e)meyen fikri ürünler koruma çizgisinin altında kalır. Eşiği aşanların koruma kuvvetleri ise yabancılaştırmanın yoğunluk derecesine göre değişir. Katkının fazlalığına bağlı olarak aynen altın madeninin saflık derecesine benzer şekilde ilgili fikri ürünün değeri artar ve koruması giderek kuvvetlenir.

Şekil 1: Koruma Eşiği ve Korumanın Yoğunlaşması



Yasa koyucular, farklı formlardaki fikri ürünlere farklı düzenlemelerle koruma vermek suretiyle, **fikri ürün geliştirmeyi** ve toplumla paylaşmayı **teşvik ederek ödüllendirmektedir**. Buna göre fikri ürün koruması telif, marka, patent ve tasarım gibi formlarla hukuk âleminde kendine yer bulmuştur.

Aynı hak kategorisinde elde edilen haklar, sahiplerine aynı yetkileri vermekle birlikte o kategorideki hakların koruma kuvvetleri aynı değildir. Koruma kuvveti zayıf bir fikri mülkiyet hakkı, derinlik ve genişlik anlamında daha sığ ve dar kapsamda koruma verirken, güçlü olanlar daha derin ve geniş bir alanda koruma sağlar. Bu nedenle **hakkın kuvvetli veya zayıf oluşu, “derinlik” ve “genişlik” anlamında korumanın kapsamını³, dolayısıyla üçüncü kişilerin fikri ürüne koyması gereken mesafeyi tayin eder**. Burada derinlik ve genişlik kavramlarını kasıtlı kullanıyoruz. Şöyle ki bir fikri ürünün çekirdeğine doğru mesafesini “derinlik”, etrafa/çevreye doğru uzaklığını da “genişlik”le ifade ediyoruz. Buna göre **bir fikri ürünün çekirdeğine doğru artan koruma yoğunluğu (derinliği) ile çevresine doğru genişleyen etki alanı (bant genişliği), ürünün koruma zırhını oluşturur**. Örneğin, M1 markasının M2 markasına işaret olarak mesafesi koruma derinliği, M1 markasının tescilli olduğu mal/hizmetlerden farklı mal/hizmetlere korumasının taşması da genişlikle ölçülür. Bunlardan ilki içe doğru, ikincisi de dış çevreye doğru korumayı temsil eder. Derinlik ve genişlik birlikte düşünüldüğünde koruma en, boy ve derinlik şeklinde üç buutludur/boyutludur. Bu konu aşağıda (*Birinci Bölüm, V*) detaylandırılacaktır.

Bir fikri ürünün koruma kuvveti belirlenirken temelde üç etken göz önünde bulundurulur⁴: i) fikri ürünü geliştirenin verdiği bireysel/özel katkılarının miktarı, ii) fikri ürünün tipolojisi; işaretin veya teknik problemin zâtı/tabiatı/doğası⁵, iii) o alanda mevcut ay-

³ *Korumanın kapsamı* deyince hak sahibine tanınan yetkiler ile bu yetkilere getirilen istisnalar (*exceptions*) ve sınırlamalar (*limitations*) akla gelmektedir. Marka literatüründe ise mutlak ve nispi tescil engelleri önemli bir yer tutar. Bu çalışma, sadece korumanın kuvvetine özgülenmiş olup belirtilen konular inceleme dışında bırakılmıştır.

⁴ Bazen dördüncü bir etken olarak bunlara *regülasyon/mevzuat* eşlik edebilir. Konu ilgili bölümlerde (*İkinci Bölüm, II, C; Dördüncü Bölüm, II, C; Beşinci Bölüm, II, C*) incelenecektir.

⁵ Fikri ürünün somutlaştığı eşyanın tabiatı/doğası/tipolojisi, fikri ürünü geliştirene mal edilemez; fikri ürüne **katılan bireysel özelliklerle sınırlı koruma** verilir. Benzer şekilde *genel, sıradan* yani eşiği aşmayan fikri ürünler koruma görmez. Bu yüzden telifte *genelin üstünde, amacın üstünde* özellikler aranırken, patent hukukunda işin erbabınca vakıf olunan *genel bilgi* patentlenemez. ABGM de tasarımlarla ilgili bir kararında bilgilendirilmiş kullanıcının, banal/sıradan tasarım özelliklerini göz ardı

nı/benzer fikri ürünlerin yoğunluğu. Bunlardan ilki sonucu, diğerleri de fikri ürünü geliştirenin manevra/oynama alanını belirler. Son kertede bu unsurlar, eşiği aşan bir fikri ürünün koruma bandının genişlemesine veya daralmasına ve korumanın sığ ya da derin olmasına yol açarak koruma kuvvetini, dolayısıyla üçüncü kişilerin fikri ürüne yaklaşma mesafesini tayin eder.

Yasa koyucunun, korumaya getirdiği kriterler, istisna ve sınırlamalar bu çalışmanın dışındadır. Yine hak sahibine tanınan yetkiler ile hükümsüzlük ve tecavüz analizi gibi konular çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Bu çalışma, rekabet hukuku alanına giren fikri mülkiyet hakları üzerinden tekelleşme/konsantrasyonla ilgili de değildir. Hukuk politikasıyla ilgili olan ve daha ziyade gelişmiş ülkelerdeki *kuvvetli koruma* ve gelişimini tamamlayamamış (gelişmekte olan) ülkelerdeki *zayıf koruma* ayırımı da bu çalışmanın ilgi alanına girmemektedir⁶. Elinizdeki çalışma, fikri ürünlerin koruma eşiğine ulaşmasına ve eşiği aşanların da derinlik ve genişlik anlamında koruma kapsamının belirlenmesine, yani fikri mülkiyet hukukunda *ne katar-san onun karşılığını alırsın* kuralının açıklanmasına özgülenmiştir. Eş deyişle **bu çalışmada, koruma eşiği de dahil olmak üzere, fikri mülkiyet haklarının koruma kuvvetini etkileyen hususlar incelenecektir.** Bu yapılırken öznel katkıların telif, marka, tasarım ve patent korumasına nasıl yansıdığı ayrı ayrı irdelenecektir.

edeceğine, yani değerlendirme dışında bırakacağına dikkat çekmiştir. Bkz. ABGM, T-9/07, 18 March 2010 - Grupo Promer, para. 72. Ayrıca bkz. **Derclaye**, Doceram, Cofemel and Brompton 6. Belirtelim ki bilinen malzemelerin düzenlenmesiyle korunabilir nitelikte yeni fikri ürünler geliştirilebilir.

⁶ Bu ayırım için bkz. **Wallerstein/Mogee/Schoen** 65 vd.

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL BİLGİ

I. HUKUK VE “FİKRİ MÜLKİYET SİSTEMİ”

İnsan sosyal bir varlıktır. Sosyal hayatı düzenleyen kurallar *örf-âdet/görgü, din, ahlâk* ve *hukuk* kurallarıdır. Hukuki metinler, kural olarak yazılı olması ve uyulmadığında devlet yaptırımına tabi olmasıyla diğer sosyal düzen kurallarından ayrışır. İlave edelim ki hukuk normatiftir, formeldir, şekildir, kalıptır. Bu kalıbın içi esas olarak *değer yargılarıyla* (din, ahlak ve görgü) doldurulur.

Kabul edilen kurallar aracılığıyla toplumda bir *hukuk düzeni* oluşur. Devletler, sahip oldukları hukuk düzenleri üzerinden toplumdaki *düzeni, güvenliği* ve *adaleti* sağlar. Hukukun idesi son kertede adalettir. Adalet ise hakkı teslim etmektir; kim neyi hak ediyorsa onu vermektir. Bunun için havuç sopa yöntemiyle ödüllendirme ve cezalandırma yapılır. İnsanlık tarihi boyunca en yakıcı sorunlardan birisi, belki de (varlık sorusundan sonra) başında geleni, “adil bir düzen”in nasıl kurulacağıdır. Buna yönelik tarihsel süreçteki bilgi birikimi ile bilginlerin ortaya attığı görüşler “siyasi tarihi” oluşturur.

Hukuka yüklenen fonksiyonların icrası bakımından hukuk kurallarıyla hukuk süjelerine birtakım haklar tanınır ve sorumluluklar yüklenir. **Taninan hemen her hak, onu sınırlandıran kurallarla birlikte hayat bulur.** Çünkü birine tanınan hak, başkalarının özgürlüğünü kısıtlar. Pek tabii olarak bu hak tanıma ve sınır getirme olgusu, fikri mülkiyet hakları bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda yasa koyucu serbest rekabet - fikri mülkiyet korumasını; temel haklardan olan ifade özgürlüğü, bilgiye ve sağlığa erişim - fikri mülkiyet çatışmasını dengelemeye çalışır.

Hukuk kuralları daima bir *ihtiyacın giderilmesine* yöneliktir ve herkes için elzemdir. Bu yüzden hukuk kurallarının insanlık tarihi kadar geçmişi vardır. Zira iki insanın olduğu yerde kurala ihtiyaç duyulur. Buna karşılık **fikri ürünlerin hukuken korunması görece yeni bir olgudur.** Bir sonraki başlıkta (*Birinci Bölüm, II, A-B*) açıklanacağı üzere, bilinen ilk teknik imti-

yazın, dokuma tezgâhı için 1331’de Venedik’te verildiği, ilk hukuki düzenlemenin de yine Venedik’te 1474 yılında yapıldığı düşünülürse, fikri ürünleri korumanın yaklaşık altı yedi asırlık bir geçmişi vardır. Modern anlamdaki **fikri mülkiyet korumasını ise sanayi devrimi doğurmuştur**. Toplumsal hayatın gelişmesine bağlı olarak zamanla fikri ürünler çeşitlenmiş ve yeni yeni fikri ürünlerin korunmasına ihtiyaç duyulmuştur. İnsanlığın geçmişiyle eşit olan hukuk tarihiyle kıyaslandığında bu sürelerin ne kadar kısa olduğu açıktır. Bu durum, diğer haklara kıyasla fikri mülkiyet korumasının hayatımıza çok geç dahil olduğunu da göstermektedir.

Kendine özgü tekniği ve hukuki rejimi olan fikri mülkiyet koruması, diğer hukuk dallarından önemli derecede ayrışır¹. Gerçekten **fikri ürünün, somutlaştığı eşyadan farklı bir hukuki rejimi vardır**. İlkiyle fikri mülkiyet, ikincisiyle eşya hukuku ilgilenir. Bu nedenle belirtilen tekniğe aşina olmayan hukukçular dahi konuyu anlamakta güçlük çeker ve fikri mülkiyet alanındaki hukuki problemleri çözmekte hataya düşebilir. **Elinizdeki çalışmada** sözü edilen teknik ışığında sınırlarda gezinilerek **fikri ürünlere tanınan hukuki korumanın derinlik ve genişlik anlamında kapsama alanı ve sınır çizgileri belirginleştirilmeye çalışılacaktır**. Bu yapılırken uygulaması yaygın olan her bir hak kategorisi (telif, marka, tasarım ve patent) ayrı ayrı irdelenecektir.

II. TARİHSEL SÜREÇTE “FİKRİ MÜLKİYET TEKELİ”

“Her hukuki müessese, hatta her hukuki kaidenin arkasında;
uzun bir **tarih**,
derin bir **felsefe**,
ilmî bir **iktisat** ve
geniş bir **sosyoloji** vardır”².

A. İLK UYGULAMALAR

Akılla donatılmış insan düşünen bir varlıktır. Bu yüzden fikri üretim, insanlık tarihi kadar eskidir. Eski çağlarda çanak, çömlek benzeri eşya veya taş ve duvar gibi cisimler üzerine imza, logo ve amblem gibi birtakım işaretlerin konulduğu bilinmektedir. Son yıllarda Göbeklitepe ve Karahan Tepe’de ortaya çıkarılan kalıntılar bunu bir kez daha teyit etti. Yine insanoğlu

¹ Bu farklar için bkz. **Suluk (Karasu/Nal)** 35 vd.

² **Arsal** 24.

eski çağlardan beri hikâyeler anlatmakta, mâniler ve şarkılar söylemektedir. Teknik bilgi, kültür, sanat ve edebiyat *insanlığın ortak mirasıdır*³.

Fikri ürünlerin hukuken korunması ise çok yeni bir olgudur. Oldukça gelişmiş kabul edilen ve mer'î hukukumuz da dahil pek çok hukuka kaynaklık yapan **Roma hukukunda** fikri ürünün hukuki rejimi, kural olarak o fikri ürünün somutlaştığı eşyanın hukukuna tabiydi⁴. Yani Roma'da **maddeden soyut olarak fikri ürünler üzerinde hak tanınmıyordu**. Sözelimi bir kâğıt üzerine tiyatro eseri yazılmışsa kâğıdın sahibi, eserin de sahibi sayılmaktaydı⁵. Genel olarak bu anlayış Orta Çağda (375/476-1453) da sürmüştür.

Bir konuda tarihsel okuma yaparken sosyo-kültürel, siyasal, ekonomik ve teknolojik gelişmeler daima akılda tutulmalıdır. Çünkü bu konular, birbirine bağlı olup hukuku birlikte biçimlendirmektedir. Eş deyişle **hukuku sosyal olaylar şekillendirir**. Sözelimi teknik çoğaltma imkânlarının bulunmaması eser nüshalarının erişilebilirliğinin önünde bir engelken, matbaanın yaygınlaşmasıyla bu durum değişmiş ve hukuki korumaya ihtiyaç duyulmuştur. Teknolojik ve ticari gelişmeler ise patent ve marka gibi hakların doğumuna yol açmıştır. Bu bağlamda 19. ve 20. yüzyılda iktisatçıların ve hukukçuların görüşleri fikri mülkiyet korumasını önemli ölçüde etkilemiş, hatta belirlemiştir.

Fikri mülkiyet korumasının öncülü durumundaki **fikri ürünlere yönelik “imtiyazlar”ın⁶ tarihi 14. yüzyıla kadar eskiye dayanmakla** birlikte, bu imtiyazların bugünkü manada işlevleri çok sınırlı olmuştur. Hatta ilk imtiyazlar, fikri ürünü geliştiren yazar yerine, matbaalara/yayınevlerine zanaat imtiyazları şeklinde verilmiştir. Bunlara “matbaa imtiyazları” den-

³ **Hirş** bu konuda eser sahibi “ana” ise toplum da onu aşıl原因 “baba”dır benzetmesini yaparak fikri mülkiyet haklarını, bireysel haklar yerine “topluma bağlı haklar” şeklinde vasıflandırılabilceğini ileri sürer. Bkz. Mahiyet 334.

⁴ **Ayiter**, ihtira 13.

⁵ Ancak bazen bunun tersi kabul edilmekteydi. Örneğin, başkasının tuvaline resim yapan ressam hem tuvalin hem de resmin sahibi sayılmaktaydı. Heykellerde ise daha karmaşık bir çözüm benimsenmiştir. Bkz. **VerSteeg** 536-537.

⁶ Buluş ve telif gibi konulardaki *ekonomik/ticari imtiyazlardan* başka askeri, kolonyal veya yargısal bir kişinin tayini, asilzadelüğün verilmesi, toprak ağalığı için verilen belgelere de açık mektuplar anlamında *letters patent* (Latince *litterae patentes*) denmekteydi. Unvan, paye, nişan ve atama gibi konularda imtiyazların tarihi daha da eskiye gider. Bkz. **Machlup** 1; **David** 8. Bilinen ilk fikri ürün imtiyazının geçmişi 14. yüzyıla dayanmakla birlikte patent kelimesi, 15. yüzyılda bugünkü anlamına bürünmüştür. Bkz. **Machlup** 2; **David** 10. Osmanlıda da ticari imtiyazların yanında başkaca alanlarda da imtiyazlar verilmiştir. Bazen de ticarete kısıtlamalar getirilmek (serbest rekabete müdahale edilmek) suretiyle birilerine avantajlar sağlanmıştır. Bkz. **İnalçık**, Osmanlı Ekonomi Tarihi 171.

miştir⁷. Demek ki tarihsel süreçte **önceleri koruma, fikri ürünü geliştiren (yazar) yerine girişimciye/kapitaliste (matbaacıya/yayıncıya) bahşedilmiştir**. Ardından Tabii hukukun etkisiyle fikri ürünün gerçek sahibi yazara (fikri ürünü geliştirene) hak tanınmıştır. Fakat tarihsel süreçte koruma evrilmiş olup bugün gerçekte bu teşvik, hak sahiplerine yapılmaktadır. Fiilen hak sahipleri ise genellikle sermayedar olan girişimcidir. Bu nedenle *Ginsburg* fikri mülkiyet korumasının, *işçinin günlük geçimiyle ilgili olmadığı* vurgusunu yapar⁸.

Bilinen ilk fikri ürün imtiyazı, Edward II tarafından Flaman dokumacı *John Kempe*'ye 1331'de Venedik'te verilmiştir. 1336'da York'a yerleşmek üzere iki Brabant dokumacıya ve yine Delft'ten üç saat yapımcısına 1368'de imtiyazlar tanınmıştır⁹. İlk fikri ürün imtiyazlarının amacı; başarılı zanaatkarların ülkeye gelmesini, zanaatın öğretilmesini ve yaygınlaşmasını, bugünkü tabirle "teknoloji transferini" sağlamaktır¹⁰.

Telifle ilgili ilk imtiyaz ise Venedik'te (1469) matbaa imtiyazı olarak verilmiştir¹¹. Bu imtiyazın amacı baskı zanaatını ülkede teşvik etmek ve geliştirmektir. Almanya'da (1501) ve İngiltere'de (1518) bu anlamda ilk imtiyazlar tanınmıştır. Bunlar matbaa sahiplerine verilirken, ilk "yazar imtiyazı", 1486 yılında *Venedik Tarihi* isimli eseri için *Sabelicus*'a Venedik'te bahşedilmiştir. İmtiyaz tanınması zamanla matbaacıdan yazara doğru evrilmek suretiyle yazarlara eserleri için telif ödemesi, 16. yüzyılın ortalarına doğru yaygınlaşarak âdet haline gelmiştir¹². Bu arada kitaplarla ilgili imtiyaz ve sansür kurumları tarihsel süreçte bitişik ikizler gibi birbirini takip etmiş olup kitap basma izne tabi tutulmuştur. Verilen izinler de imtiyaz şeklinde bahşedilmiştir.

İmtiyazların tanınması, yetkili kişinin mührünü taşıyan ve kapalı olmayan rulo kâğıt verilerek sağlanmıştır. Açık mektup (*letters patent*) anlamına gelen bu belgeler, fikri ürünlerden başka atama, unvan, paye ve makam gibi imtiyazlar için de verilmiştir. Hatta bu ikinci kategoridekilerin tarihi geçmişi daha eskiye dayanmaktadır.

⁷ **Ayiter**, Fikir 17 vd.

⁸ **Ginsburg**, Copyright Exceptions 15.

⁹ **David** 8-9; **Ayiter**, İhtira 13.

¹⁰ **David** 8.

¹¹ 1469'da Cicero ve Spiny'e ait eserlerin de yayıncısı olan Alman matbaacı John of Spira'ya (Johan Speyer), matbaayı Venedik'e getirdiği için beş yıllık bir imtiyaz verilmiştir. Bkz. **VerSteeg** 525.

¹² **Ayiter**, Fikir 17-18. Ayrıca bkz. **Hirş**, Sınai Haklar 23.

B. İLK DÜZENLEMELER

Sanayileşmeden önceki tarım toplumunda teknolojik ilerlemeler oldukça yavaş gelişmiştir. Yine Orta Çağ'da batıda kilisenin otoritesinin bireysel girişimciliğe engel olması, sanayi alanında loncaların örgütsel yapısı ve bunlara ilişkin düzenlemeler, buluşların ödüllendirilmesini engellemiştir¹³. Nitekim dünyanın ilk patent yasası olarak bilinen 1474 tarihli Venedik Patent Kanunundan elli yıl sonra, 1523 yılında Almanya'da loncalara ilişkin *Thron Düzenlemesinde*, el sanatları ile uğraşanların “yeni şeyler” düşünmesi ve uygulaması yasaklanmıştır¹⁴. Aynı şekilde 1603 yılında Japon hükümdarı *Tokugawa Schogunate* de her türlü “yenilik”le uğraşmayı menetmiş ve bu tutum Japonya'da 1867 yılı gibi geç bir tarihe kadar sürmüştür¹⁵. Sözü edilen yasakların arkasında yatan saik, ünlü iktisatçı *Schumpeter*'in ifadesiyle “yaratıcı yıkım” (*creative destruction*) korkusudur¹⁶. Daha açık deyişle hükümdarlar, yeniliklerin iktidarlarına zarar vereceğinden endişe etmişler ve “düşünmeyi” yasaklamışlardır.

Bugünkü anlamıyla **dünyadaki ilk patent düzenlemesi, tek sayfalık metinden oluşan 1474 tarihli Venedik Patent Kanunudur**. Ancak bu tarihten sonra imtiyaz ve patent sistemleri bir süre birlikte uygulanmıştır. Birleşik Krallık'ta krallar tarafından amaca uygun olmayacak şekilde verilen imtiyazlardan genel hoşnutsuzluk duyulmaya başlanmış, Anti-Monopol Kanunu olarak da bilinen **1623 tarihli Monopoller Kanunu** (*Statute of Monopolies*) ile Kralın keyfi bir şekilde ticari hayata müdahale ederek imtiyaz/tekel verme yetkisi elinden alınmış, sadece buluşçulara patent verilmesi benimsenmiştir. İlk ve gerçek buluşçuya patent verilmesini (gerçek hak sahipliğini) öngören bu Kanun, patent korumasının *Magna Carta*'sı olarak bilinir¹⁷. On dört maddelik Kanun, bugünkü modern patent sisteminin temellerini oluşturmuştur¹⁸.

Fikri mülkiyet korumasında imtiyazlardan kanunlara evrilme sürecinin diğer ayağında telif hakları vardır. Bu konudaki bilinen ilk yasal düzenleme, 1662 yılındaki The Licensing of the Press Act ile İngiltere'de yapılmıştır. Bu

¹³ Şehirli, Patent Sistemi 106-107 ve orada anılan yazarlar.

¹⁴ Ortan, Patent Sistemi 63, dpn 1 ve orada anılan yazar.

¹⁵ Ortan, Patent Sistemi 63-64, dpn 1 ve orada anılan yazar.

¹⁶ Schumpeter 83. Yazar, *Capitalism, Socialism and Democracy* isimli ünlü eserinin VII. bölümünü “The Process of Creative Destruction”a (yaratıcı yıkım sürecine) ayırmıştır.

¹⁷ Machlup/Penrose 2.

¹⁸ Kanunun metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/aep/Ja1/21/3/contents> (erişim; 11.12.2024).

Yasa, lisanssız kitapların basılamayacağını vazetmiştir. Başka açıdan bu durum sansür anlamına gelmektedir. *John Locke* ticaret, özgürlük ve mülkiyet gibi üç temel hakka darbe vurduğu, yayıncılara verilen yetkilerin kötüye kullanıldığı gerekçeleriyle düzenlemeyi eleştirmiştir¹⁹. *Locke*'un da tesiriyle İngiltere'de kralın yayınevlerine verdiği imtiyazlar, **1709 tarihli Kraliçe Anne Kanunu** ile kaldırılmış ve eser sahiplerine telif hakları tanınmıştır. **Modern telif sisteminin temelini oluşturan bu Kanun** on bir maddedir²⁰.

Sanayi devriminden sonra fikri mülkiyet koruması peyderpey hemen tüm ülkelerin mevzuatına girmiştir. Sözgelimi 1791'de Fransa'da, 1793 yılında da ABD'de ilk patent kanunları kabul edilmiştir. Patent, marka ve tasarım gibi **sınai hakların modern anlamdaki doğumu sanayi devrimine denk gelmektedir**. Daha doğrusu **sanayi devrimi, modern fikri mülkiyet korumasını doğurmuştur**²¹.

Bu açıklamalar gösteriyor ki fikri ürünlerin hukuken koruma altına alınması bir anda olmamış, tarihi olaylara bağlı olarak yavaş yavaş gerçekleşmiştir. Her geçen gün tanınan haklar ve yetkiler de genişlemiştir²². Son yıllarda bu genişleme ve yaygınlaşma hızlanmıştır. An itibarıyla sürecin tamamlandığı söylenemez.

C. ÜLKEMİZDEKİ GELİŞMELER

Ülkemize gelince Osmanlı'da, hatta Anadolu Selçuklu'da bile *ekonomik imtiyazlar* vardır. Bunlar ilk başta yabancılara ticaret imtiyazları şeklinde verilmiştir. *İnalcık*'ın²³ aktardığına göre Selçuklu sultanları, Kıbrıs Krallığı ile Venediklilere 1207 gibi erken bir tarihte *ticaret imtiyazı* tanımıştır. Osmanlı'da ise ilk imtiyaz 1352'de Cenevizlilere verilmiştir. Ticaret imtiyazları sonradan genişleyerek *sosyal imtiyazları* da içine almış ve "kapitülasyon" olarak nitelenmiştir. Osmanlı'da ilk gerçek kapitülasyon, 18.10.1569 tarihinde Kanuni tarafından Fransa'ya verilmiştir. Önceleri dost kazanma, ihti-

¹⁹ Akay 46.

²⁰ Kanunun metni için bkz. **Bently/Suthersanen/Torremans** 501-506. Ayrıca bkz. https://avalon.law.yale.edu/18th_century/anne_1710.asp (erişim; 14.11.2024).

²¹ Bu konuda ayrıca bkz. **UN/UNCTAD/WIPO** 32; **Ortan**, Patent Sistemi 86 vd.

²² O kadar ki klasik hukukun ilkelerinden sapmalar olmuştur. Örneğin sınai haklara ihlal niteliğindeki fiziki mallara el konulması (SMK), ihtiyati tedbirin kuvvetlendirilmesi (SMK 159), kişinin kendi aleyhine delil sunma yükümlülüğü (SMK 150/3), zararı aşan tazminat (FSEK 68; SMK 151/2-b) ve tazminat hukukumuzda bulunmayan itibar tazminatı (SMK 150/2) bunlardan bazılarıdır. İtibar tazminatına ilişkin bilgi için bkz. **Tekinalp**, İtibar Tazminatı 589 vd.; **Yıldız, O. A.**, 109 vd.

²³ **İnalcık**, Osmanlı Ekonomi Tarihi 165 vd.

yaç mallarını tedarik etme gibi *ülke menfaatine* verilen imtiyazlar, bir tehdit ve zarar teşkil etmezken, ilerleyen yıllarda çok ağır sonuçlar doğurmuş ve 18. yüzyılın sonlarında Osmanlı'yı siyasi ve ekonomik olarak batılı ülkelere bağımlı hale getirmiştir. O kadar ki **Fransız elçisi Choiseul Gouffier, 1788 yılında Osmanlı devletinin, Fransa'nın çok zengin bir "kolonisi" olduğu** nitelemesini yapmıştır²⁴.

Birinci Dünya Savaşının sonunda imzalanan Sevr Anlaşmasıyla hem geçmiş kapitüllerle hem de galiplere kapitülasyonlar yeniden tanınmıştır. Ülkemizin boğazına geçirilen kapitülasyon halkası, bazı bedeller karşılığında ancak 23.7.1923 tarihli Lozan Anlaşmasıyla çıkarılabilmektedir²⁵.

Dikkat edilirse sözünü ettiğimiz ekonomik imtiyazlar, bazı saiklerle bir kesime tanınmıştır. Bu saikler fikri ürün geliştirmeyi teşvik ve ödüllendirmek değildir.



Kanunlaştırma ayağına baktığımızda, 19. yüzyılda batılılaşmanın etkisiyle ülkemizde hukukun değişik alanlarında Fransız hukukundan "iktibaslar" yapılmıştır²⁶. Bu iktibasların bir parçası olarak **1850 yılında ilk kez telif haklarına yönelik birtakım mükafatlar öngören Encümeni Daniş Nizamnamesi**²⁷ kabul edilmiştir. Konumuzla ilgili ilk müstakil düzenleme ise 1857 tarihli Telif Nizamnamesidir²⁸. Nizamnameye 1872 ve 1878 yıllarında iki ek (zeyl) yapılmıştır. Bu düzenleme uygulamaya da yansımıştır. Örneğin 1870

²⁴ İnalçık, Osmanlı Ekonomi Tarihi 183.

²⁵ İnalçık, Osmanlı Ekonomi Tarihi 187-188. İngiliz tarafı, Lozan'da Musul-Kapitülasyon dengesini kurarak Türkiye'yi bir tercihte bulunmaya zorlamıştır. Müzakereler bu yüzden kesilmiş ve sonradan Konferans ikinci kez toplanmıştır. Lozan'da kapitülasyonlar kaldırılmakla birlikte Musul sorunu çözülememiştir. Bilgi için bkz. **Cevizliler/Akbulut** 161 vd.

²⁶ Osmanlı'da fikri mülkiyet haklarına ilişkin geniş bilgi için bkz. **Akay** 34 vd.

²⁷ Encümeni Daniş (1850-1962), Fransız İlimler Akademisi esas alınarak 1850 yılındaki Nizamnameyle kurulan bir bilim kurulu. Kurulun amacı Türkçeye telif ve tercüme eserler kazandırmak ve Kuruluş aşamasındaki Darülfünun (Üniversite) için ders kitabı hazırlamaktır. Encümeni Daniş Nizamnamesinin imtiyaz niteliğinde kaleme alınan *Mükafatların Şekli* başlığı altında eser sahiplerinin hizmetleri üç sınıfa ayrılmıştır. Encümeni Daniş tarafından para, telif ve madalya ile taltifin yanında Encümen mahallindeki kitabeye isminin yazılması yönünde hükümlere yer verilmiştir. Nizamnamenin latinize edilmiş metni için bkz. **Çakmak** 199 vd.

²⁸ Encümeni Daniş Nizamnamesine benzer şekilde bu Nizamnamede de telif hakları, imtiyaz şeklinde kaleme alınmıştır. Ancak 1872 ve 1876 yıllarındaki eklerle, devir ve mirasla intikal gibi bugünkü anlayışa benzer düzenlemeler getirilmiştir. 1858 tarihli Ceza Kanununun 241. maddesi de konumuzla ilgilidir. Yine 1870 yılında ise Telif ve Tercüme Nizamnamesi kabul edilmiştir. Son olarak Osmanlı'da Fransız düzenlemesinden iktibas edilen 1910 tarihli Hakkı Telif Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Anılan düzenlemelerin tamamının latinize edilmiş metinleri için bkz. **Çakmak** 207 vd.

yılında tiyatro için Güllü Agop'a, opera için de 1876'da Dikran Çuhacıyan'a telif imtiyazı verilmiştir²⁹.

Sınai haklar ayağında ise yine Fransız hukukundan iktibas suretiyle 1872 yılında Alameti Farika (Marka) Nizamnamesi ve bunun yerine geçen 1888 yılındaki Nizamname ile 1879 tarihli Osmanlı İhtira Beratı (Patent) Kanunu kabul edilmiştir. Patent Kanunu, önemli bir değişiklik geçirmeden yüz on yıl yürürlükte kalmakla bir dünya rekoru kırmıştır. Bunun sebebi uygulamanın pek olmayışdır.

Fikri mülkiyete ilişkin Osmanlıdaki bu iktibasların temel amacı batıyla bilimsel, ekonomik ve teknolojik rekabetten geri kalmamaktı³⁰. Patent mevzuatında sözü edilen rekor da gösteriyor ki sistem amaca uygun çalışmadığı için atıl kalmıştır.

Kanunlaştırma faaliyetleri, Cumhuriyetin ilan edildiği 1923 yılından sonra da sürmüştür. Lozan Anlaşmasında fikri mülkiyetle ilgili hükümler dikkat çekici olup, bu düzenlemelerin tetiklemesiyle Türkiye, 1925 yılında Paris Konvansiyonu'na ve 1952 yılında Bern Konvansiyonu'na taraf olmuştur. Yine 1952 yılında FSEK yürürlüğe konulmuştur. 1965 tarihli Markalar Kanunu bir tarafa bırakılırsa, Cumhuriyet döneminde sınai haklar alanında uzunca bir süre düzenleme yapılmamıştır. Gerek DTÖ üyeliğimiz gerekse AB ile gümrük birliğine girmemiz nedeniyle 1995 yılında ülkemiz fikri mülkiyetle ilgili hızlı bir kodifikasyon süreci yaşamıştır. Bu bağlamda 1995'te sınai haklarla ilgili mülga KHK'ları ve 2017'de de mer'i SMK'yı yürürlüğe koyan Türkiye, 1995 ve izleyen yıllarda DTÖ/TRIPS, EPC, PCT, Madrid Protokolü, Lahey, Roma, WCT ve WPPT gibi konuya ilişkin hemen tüm temel anlaşmaları kabul etmiştir.

Osmanlı dönemine benzer şekilde 1995 öncesinde Cumhuriyet Dönemi'nde de haklar uygulamaya çok sınırlı yansımıştır. **DTÖ/TRIPS ile gümrük birliği kararlarının etkisiyle (dış dinamiklerle) ülkemizdeki uygulama ancak 1995 yılından sonra hız kazanmıştır.**

D. TARTIŞMALAR VE ULUSLARARASI GELİŞMELER

Fikri mülkiyet korumasının dünya genelinde yaygınlaşması birtakım tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Patent odaklı gelişen bu tartışmalar ekseninde, 19. yüzyılın ikinci çeyreğinde Avrupa'daki patent taraftarları, hem patent belgelerinin kolay verilmesi hem de korumanın kuvvetlendi-

²⁹ Akay 105 vd.

³⁰ Akay 13.

rilmesi için harekete geçmiştir. Patent karşıtı görüşler (*patent abolitionism*) ise 19. yüzyılın başlarında ileri sürülmeye başlanmıştır³¹. **Korumaya karşı çıkan görüşler, 19. yüzyılın ikinci yarısında, patent sisteminin kaldırılmasını savunarak alternatif sistem arayışına kadar ileri gitmiştir**³². Çünkü 19. yüzyıla hâkim olan *liberalizm* düşüncesinin etkisiyle, özellikle de 1850-1875 döneminde, başını ekonomistlerin çektiği patent aleyhtar/serbest rekabet taraftarı hareket ağırlığını göstermiştir³³. Patent (ve telifin) beşiği diyebileceğimiz Birleşik Krallıkta bile patent korumasının kaldırılması yoğun olarak tartışılmıştır³⁴. Yine Alman Şansölyesi *Bismarck* 1868 yılında patent korumasının esasına yönelik itirazları olduğunu beyan etmiş, 1869 yılında yapılan İktisat Kongresinde patent korumasının toplumun genel menfaatine aykırı olduğu hususunda görüş birliğine varılmıştır³⁵. Hollanda’da daha da ileri gidilerek 1854 yılında kurulan bir Komite, **patent korumasını “tarihi hatanın bir kalıntısı”** şeklinde niteleyerek korumanın **endüstrileri ve rekabeti sınırladığını, engellediğini** gerekçe göstererek kaldırılmasını önermiştir³⁶. Sonuçta 1817 yılından beri patent korumasına sahip **Hollanda, 1869 yılında patent kanununu yürürlükten kaldırmış** ve kırk yılı aşkın bir süreyle 1912 yılına kadar patent kanunu olmamıştır. 1930’lu ve 1950’li yıllarda ABD ve İngiltere’de de patent sistemine yoğun eleştiriler getirilmiştir³⁷. Fakat patent sisteminde birtakım reformların gündeme gelmesi, patent taraftarlarının kamuoyuna yönelik

³¹ İngiltere’de patent sisteminde reform arayışları 1827 yıllarına tekabül etmekte olup konuyu tartışanlardan bazıları sistemin tümüyle kaldırılmasını ileri sürmüştür. Bkz. **Machlup/Penrose** 3. İngiltere, Fransa, Almanya ve Hollanda’da patent sisteminin kaldırılmasına yönelik tartışmalar için bkz. **Macfie** 1 vd.; **Janis** 922 vd.; **Van Gompel** 878 vd.; **Miller** 43 vd.

³² Ünlü iktisatçı **Machlup**, *An Economic Review of the Patent System* adlı meşhur raporunu ABD Senatosuna 1958 yılında sunmuştur. Yazarının deyimiyle raporda “sonuçsuz sonuca”, yani sonucu bulunmayan neticeye ulaşılmıştır. Ekonomistleri bu neticesizliği açıklamaktan çekinmekle suçlayan **Machlup’a göre eldeki ampirik çalışma sonuçları, patent sisteminin fayda veya zararını kanıtlamamaktadır**. Bu yüzden patent sistemine sahip bir ülkeye sistemi kaldırmasını önermek ne kadar sorumsuzluka, patent sistemi bulunmayan bir ülkeye de korumayı önermek aynı derecede sorumsuzca bir davranıştır. Bkz. s. 80.

³³ **Machlup/Penrose** 1. O dönemde patentin kaldırılmasına yönelik yoğun bir literatür bile oluşmuştur. Bu konuda bkz. **Janis** 922, dpn 98 ve 948.

³⁴ İngiliz Parlamentosunda patent sistemiyle ilgili 1851-52, 1862-65 ve 1869-72 yıllarında üç ayrı soruşturma yapılmış ve sistemin tümüyle kaldırılması gündeme gelmiştir. Bkz. **Machlup** 4 ve dpn 13’te anılan yazarlar; **Machlup/Penrose** 3. Bu tartışmaların sonunda süreç sistemin kaldırılmasından reforma evrilerek 1883 reformu gerçekleştirilmiştir. O dönemde üç temel sorun görülmüştür: *i)* adli idare; ihtisas mahkemeleri, *ii)* patent korumasının felsefik temeli; meşruiyet sorunu, *iii)* patent ve uluslararası ticaret; serbest ticaret. Bkz. **Janis** 924 vd.

³⁵ **Machlup/Penrose** 4; **Ayiter**, Problemler 138.

³⁶ **Van Compel** 891.

³⁷ **Miller** 45.

propaganda faaliyetleri ibrenin tersine dönmesine yol açarak sistemin sürmesini sağlamıştır³⁸.



Gelişimini tamamlayamamış ülkeler, önceleri korumaya yanaşmamış ve ekonomilerinin zarar göreceği endişesiyle korumaya mesafeli yaklaşmıştır. Sözgelimi, Osmanlı devleti, ekonomisinin hazır olmaması nedeniyle Paris’e, tercüme faaliyetinin zarar göreceği endişesiyle de Bern’e taraf olmaktan bilinçli olarak geri durmuştur. Oysa Osmanlı her iki Konvansiyonu hazırlayan konferanslara katılım sağlamıştır³⁹. Cumhuriyet döneminde de aynen Osmanlı’da güdülen saikle⁴⁰ çeviri hükmüne çekince konulmak suretiyle Bern’e 1925 yılında taraf olunmak istenmiş, fakat Bern Birliği üyesi bazı ülkelerin itirazları üzerine Türkiye’nin bu arzusu 1952 yılına kadar gecikmiştir. İsviçre’de ise 1849, 1851, 1854 ve 1863 yılında iki kez olmak üzere, sunulan tüm patent kanunu tasarıları “zararlı ve savunulamaz” olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir⁴¹. 1880’li yıllarda (nitelikli buluşçulara sahip olmasına rağmen) bu ülkedeki sanayiciler patent korumasına karşı olmuşlardır. Çünkü o yıllarda İsviçre’nin, yabancı teknolojiyi taklit etme ihtiyacı bulunuyordu⁴². Bu ülkede nihayet Almanya’nın zorlamasıyla ve diğer ülkelerin de mütekabiliyet uygulamasından çekinilerek gönülsüz bir şekilde 1888 yılında ilk patent kanunu kabul edilmiştir⁴³. Bunu yaparken de patentin ülke içinde üretime sokulmaması, zorunlu lisans nedeni sayılmış ve hükümet kullanımına da imkân tanınmıştır. İlave olarak İsviçre, kimyasallar ile tekstil boyamayı patent kapsamına almamıştır⁴⁴. **İsviçre, 1978 yılı gibi geç bir tarihe kadar ilaçları patent dışında tutmuştur.** Bugün Roche ve Novartis gibi ilaç şirketlerine sahip olan İsviçre, gelişimini tamamladıktan sonra tam bir politika değişikliğine giderek, ilaç patentlerinin dünya genelinde bayraktarlığını yapmaya başlamıştır.



³⁸ Machlup/Penrose 5 vd.

³⁹ Bern Konferansına katılım sağlayan ABD ve Japonya da Bern Konvansiyonu’na taraf olmamıştır. Manevi haklar ve koruma formalitelerine yönelik ayrışma nedeniyle ABD, yüz yıl gecikmeyle 1989 yılında Bern’e katılmıştır. Hatta Bern’e alternatif olarak 1952 yılında UNESCO’nun himayesinde Evrensel Telif Hakları Sözleşmesi kabul edilmiştir.

⁴⁰ Bu konuda Osmanlı Meclisi olan Meclisi Mebusan’da Hakkı Telif Kanununun kabulü sürecinde yapılan konuşma ile Lozan’da Hasan Saka’nın yaptığı konuşma ortak sorun olan *tercüme meselesini* ele vermektedir. Konuşma metinleri için bkz. Beşiroğlu 3 ve 5.

⁴¹ Machlup 4; Machlup/Penrose 4-5; Ayiter, Problemler 137; Van Gompel 879, 882.

⁴² CIPR 19.

⁴³ CIPR 19.

⁴⁴ CIPR 19-20.

Yasal düzenlemelerin ulusal sınırlar içinde geçerli olması, sınır tanımaz nitelikteki fikri ürünlerin hukuken korunmasında yetersiz kalmıştır. Bu nedenle sanayi devrimini izleyen yıllarda fikri mülkiyetle ilgili uluslararası anlaşmalar⁴⁵ kabul edilmeye başlanmıştır. İlk adımlar, İngiltere ve Fransa gibi gelişmiş ülkeler arasında mütekabiliyet anlaşmalarıyla atılmıştır. 1852 yılındaki Fransız Kararnamesiyle yabancıların eserleri de Fransa’da koruma altına alınarak uluslararası arenada önemli bir adım atılmış, fakat uygulamada Fransız mahkemeleri mütekabiliyet kuralını işletmiştir⁴⁶.

İhtiyaçların zorlaması üzerine uluslararası ölçekteki birtakım sergi ve kongreler, uluslararası metinlerin hazırlanması sürecini tetiklemiştir. Bu anlaşmaların göze çarpanları Paris (1883), Bern (1886) ve DTÖ/TRIPS (1994)’tir. Süreci tetikleyenler ve sürükleyenler genelde gelişmiş ülkeler olmuştur. Örneğin Bern Konvansiyonu, Fransa ve İngiltere liderliğinde hazırlanmıştır. O yıllarda her iki ülke de eserlerin ihracatçısı durumundaydı. TRIPS ise fikri üretimin zirvesinde olan ABD öncülüğünde hazırlanmıştır⁴⁷.

Uluslararası anlaşmalar, ulusal düzenlemeleri derinden etkilemiştir. O kadar ki bugün fikri mülkiyetin bir *uluslararası sözleşmeler hukuku* olduğu dahi savunulmaktadır⁴⁸. Gerçekten de diğer alanlardan farklı olarak bu konuda ülke yasaları “Matruşka Bebekleri” gibi birbirine benzemektedir.

Dünya fikri mülkiyet sistemini oluşturabilmek ve yönetebilmek için birtakım uluslararası kuruluşlara ihtiyaç duyulmuştur. 1967 yılında WIPO’ya dönüşen BIRPI’nın tarihi, 1893 yılına kadar eskiye uzanır. Merkezi İsviçre’nin Cenevre kentinde bulunan WIPO, Aralık 1974’te Birleşmiş Milletlerin uzman kuruluşlarından biri olmuştur.

WIPO, özellikle gelişmekte olan ülkelere, konuya ilişkin yasal düzenlemelerini modernize etmeleri için hukuki ve teknik destek vermekte, uzmanlarının yetişmesine yardımcı olmaktadır. WIPO daha ziyade “**fikri mülkiyetin promosyonu**” ile ilgilenmektedir. Ancak son yıllarda WIPO’nun, promosyonun yanında az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin bu korumadan nasıl yararlanacağı, özellikle de “**teknoloji transferi**” konusunda yönlendirici bir işlev üstlenmesi gerektiği yoğun olarak tartışılmak-

⁴⁵ Konuya ilişkin uluslararası anlaşmalar ve Türkiye’nin bu anlaşmalar karşısındaki durumu için bkz. **Suluk(Karasu/Nal)**, Ek-1.

⁴⁶ **Hirş**, Sınai Haklar 43-44.

⁴⁷ **Hubbard** 1940-41 ve dpn 179’da anılan yazarlar.

⁴⁸ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet 67.

tadır⁴⁹. Fakat gelişmiş ülkelerin blokajı yüzünden bu tartışmalar sonuç vermemektedir. Bu amaçla WIPO'yu bir platform olarak kullanamayan gelişmekte olan ülkeler bu çabalarını daha ziyade UNCTAD gibi kuruluşlarda sürdürmektedir⁵⁰.

Fikri mülkiyet haklarının genişlemesi esasen gelişmişlerin ürettikleri ürünler yönünden olmuştur. Gelişmemişlerin sahip olduğu sözelimi geleneksel bilgi ve folklor gibi konularda gelişmişlerin blokajı devam ettiği için bu alanlarda ya hiç gelişme sağlanamamakta ya da atılan adımlar çok sınırlı kalmaktadır⁵¹. Coğrafi işaret gibi iki gelişmişin (örneğin ABD ve Fransa) menfaatlerinin çatıştığı konularda hukuk terziliği daha dikkatli yapılmaktadır. Coğrafi işaretlerle ilgili TRIPS metni böyle bir çalışmanın ürünüdür. Yapay zekânın eğitiminde telifli içeriklerin korunmasında olduğu gibi gelişmişlerin kendi içindeki çatışmasında hukuk terziliğinin nasıl yapılacağı şimdilik belirsizliğini korumaktadır⁵². Fakat Japonya'da yapay zekâ - telif ilişkisinde girdiye (*input*) yönelik bu tür kullanımlar istisna kapsamına alınmıştır (Japon Telif Yasası 30/4)⁵³.

E. SON GELİŞMELER

Küreselleşme rüzgarlarının estiği 1980'li yıllarda kuruluş hazırlıkları yapılan ve dünya ticaretini düzenleme amacı taşıyan **DTÖ/TRIPS ile birlikte fikri mülkiyet koruması, tarihi bir dönemeç almıştır**. Özellikle araştırmacı ilaç şirketlerinin ABD hükümetini iknaya dönük lobi faaliyetleri sonucunda TRIPS'in kabulüyle "fikri mülkiyet" ve "ticari konular" arasında doğrudan ilişki kurulmuştur⁵⁴. 1980'li yıllardaki küreselleşmenin bir sonucu (veya amacı) olarak 1990'lı yıllarda dünya ticaretinin hukuki alt yapısı yeniden şekillendirilmiştir. Daha doğrusu dünya ticareti yeni bir boyut kazanmıştır. Bu süreçte gelişmiş ülkeler, üretimlerini geliştirmekte olan ülkelere kaydırırken sahip oldukları fikri ürünlerinin korunmasını, başta TRIPS olmak üzere

⁴⁹ Bu konuda özellikle 1970'li yıllarda yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Bkz. **Ortan**, Patent Sistemi 63 vd. TRIPS'in kabulüyle suyun yönü belirlenmiştir.

⁵⁰ WIPO'nun aksine UNCTAD'ın, gelişmekte olan ülkeler lehine pozisyon aldığına ilişkin bkz. **Ortan**, Patent Sistemi 76.

⁵¹ Geleneksel bilgi ve folklorla ilgili bilgi için bkz. **Semiz** 377 vd.

⁵² Yapay zekâ, sadece telif boyutuyla değil, hemen tüm alanlarda hukuki sorunlara yol açmaya başlamıştır. Konuyu değişik boyutlarıyla inceleyen ülkemizdeki bir çalışma için bkz. **Aksu**, Yapay Zekâ 1 vd.

⁵³ Fazla bilgi için bkz. **Ueno** 145 vd.

⁵⁴ **Correa** 260. Hatta bu yüzden TRIPS'in adında *ticaretle bağlantılı (trade related)* ifadesine yer verilmiştir.

re, uluslararası anlaşmalarla ve serbest ticaret anlaşmalarıyla güvence altına almışlardır. Tam da bunun için DTÖ/TRIPS ile fikri mülkiyet hakları, uluslararası ticaretle entegre edilerek uluslararası sistem, tek başlı (WIPO) olmaktan çıkarılarak iki başlı (WIPO ve DTÖ) hale dönüştürülmüştür.

Dünya ticaretinin %98'ini⁵⁵ **DTÖ üzerinden** regüle eden **gelişmiş ülkeler, gelişmekte olan ülkelere fikri mülkiyet korumasını dayatmıştır**. Şöyle ki gelişmişler, yeni dünya ticaret düzeninin içinde olmak ve olmamak konusunda gelişmekte olanlara seçim sunmuş, içinde olmayı tercih edenlere de TRIPS gibi kuralları dikte etmiştir. DTÖ'ye üye olmayı tercih eden ülkeler, Paris ve Bern gibi uluslararası anlaşmalara koyduğu çekinceleri TRIPS'e koyamamıştır, zira ülkelerin önünde böyle bir seçenek bulunmuyordu. Başka bir deyişle en bariz egemenlik yetkilerinden olan yasama iktidarına yönelik ulus devletlerin egemenlik güçleri azaltılarak uluslararası kuruluşlara aktarılmıştır. Bu kuruluşlarda ise gelişmiş ülkeler aktif olup kendi menfaatlerine olacak şekilde bu erki kullanmışlardır. Böylece **DTÖ/TRIPS üzerinden dünya genelinde gelişmişlerin lehine çalışacak şekilde modern bir “fikri mülkiyet sistemi” kurulmuştur**. Sonuçta dünya ticaretiyle eş zamanlı olarak **fikri mülkiyet koruması da tarihi bir dönemeç almıştır**.

İlave edelim ki DTÖ/TRIPS'in etkisiyle dünya genelinde koruma tekerinin hızlanmasıyla fikri mülkiyet alanında iş birliğini geliştirmek ve bu alanda avantajlar elde etmek için EPO, EAPO, OAPI, ARIPO ve GCC gibi bölgesel örgütler de kurulmuştur. Bu örgütler sınai hakların tesciline yönelik olarak tasarlanmıştır.

III. FİKRİ MÜLKİYET KORUMASININ İŞLEVLERİ

A. GENEL OLARAK

Hukuk kuralları daima bir ihtiyaçtan doğar. **Fikri mülkiyet koruması, temelde şu işlevleri nedeniyle benimsenmiştir**⁵⁶: fikri ürünü; *i*) geliştirenini tanıtmak, *ii*) teşvik etmek, *iii*) ödüllendirmek ve *iv*) Ar-Ge sonuçları açıklanarak teknik bilgiyi yaygınlaştırmak.

İlimle uğraşan insanların ve sanatçıların başarılarının teşviki ve ödüllendirilmesi alışkanlığının tarihte uzun bir geçmişi vardır. Bu ödüllendir-

⁵⁵ Bkz. https://www.wto.org/english/thewto_e/thewto_e.htm#:~:text=The%20WTO%20has%20over%20160,per%20cent%20of%20world%20trade. (erişim; 19.3.2024).

⁵⁶ Fazla bilgi için bkz. **UN/UNCTAD/WIPO**, 44-45; **Ayiter**, Problemler 138 vd.; **Ortan**, Patent Sistemi 88 vd.; **Şehirali**, Patent Sistemi 103 vd.; **Janis** 931 vd.

meler ihsanda bulunma, maaş, atama/kariyer, madalya, paye ve isim ilanı gibi yollarla yapılmıştır. Örneğin, Fatih Sultan Mehmet otuz kadar şaire maaş bağlamıştır⁵⁷. Yine Fatih, Ali Kuşçu'yu Semerkant'tan İstanbul'a davet etmiş, o da iki yüz kadar âlimi yanında getirmiştir⁵⁸. Daha da ilginç Yavuz Sultan Selim, Tebriz ve Kahire'yi fethettiğinde yüzlerce sanatkarı İstanbul'a "sürmüş"tür⁵⁹. Maaş, nişan, makam ve rütbe beklentisiyle padişaha kitap sunma adetimiz⁶⁰, kırk altın kırk sopa hikâyemiz bile vardır. Osmanlı Devleti üzerinden patronyal devlet ve sanat ilişkisini sosyolojik olarak incelediği *Şair ve Patron* isimli risalesinde *İnalcık*, gerek doğuda gerekse batıda bilim ve sanatın büyük ölçüde patronun inayetiyle geliştiğini vurgulamaktadır⁶¹. Osmanlı tarihi çalışmalarına önemli katkılar veren ve Encümen-i Daniş üyesi olan *Hammer*, *Şairler Tezkiresi* adlı eserini, II. Mahmud'a ithaf eder, Padişah da eseri mücevher bir iftihar nişanıyla 1837 yılında taltif eder⁶². Türk diline önemli katkılar veren ve Encümen-i Daniş'te üyelik de yapan *Redhouse* ise 1846 yılında yayımlanan Münderecatı Lügat-ı Osmaniye isimli eseri için Abdülmecid Efendi tarafından 10 bin kuruşla ödüllendirilmiştir⁶³. Vurgulayalım ki tarihte hem doğuda hem de batıda önceleri ilim-sanatı teşvik ve himaye "lütuf" kabilinden olmuş, sistematize edilmemiş ve hâkim şahsın keyfi uygulamasına kalmıştır. Bu anlayıştan hareketle Osmanlının son döneminde yaşayan Tüccarzade İbrahim Hilmi Efendi, Osmanlı toplumunu "*beş-on fakir kitapçıyı beslemekten aciz olan koca bir millet ...*" şeklinde tarif etmiştir⁶⁴.

Bugün fikri ürünleri teşvik ve ödüllendirme mevzuatımızda sistemleştirilmiştir. Bunlardan en öne çıkanları FSEK ve SMK'dır⁶⁵. Fikri mülkiyetin dışındaki çeşitli mevzuatımızda da başarıyı ödüllendiren hükümlere ve uygulamalara bugün de rastlanmaktadır⁶⁶. Üstelik bunların bazıları "fikri

⁵⁷ Akay 57.

⁵⁸ İnalcık, Şair ve Patron 13 dpn 7.

⁵⁹ İnalcık, Şair ve Patron 12.

⁶⁰ Akay 72

⁶¹ İnalcık, Şair ve Patron 9 vd.

⁶² Meriç, Kültürden İrfana 137-138.

⁶³ Meriç, Kültürden İrfana 319 dpn 2.

⁶⁴ Tüccarzade İbrahim Hilmi 56.

⁶⁵ Fikri mülkiyete ilişkin ulusal ve uluslararası mevzuatımızın tam listesi için bkz. **Suluk(Karasu/Nal)** Ek 1 ve Ek 2, s. 487-489.

⁶⁶ Akademik unvan veya askeri rütbede ilerlemeye yönelik mevzuat bir çeşit ödüllendirme sistemidir. Özel sektörde faaliyet gösteren hukuk bürolarındaki junior, associate, senior ve partner pozisyonlarına ilerleme kriterleri de böyledir.

ürün geliştirmeyi teşvik” mahiyetindedir. Bu düzenlemeler oldukça dağınık olup daha ziyade kamu çalışanlarına yöneliktir. Bunlara; 1990 tarih ve 299 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında KHK’nın⁶⁷ 35. maddesi, Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliği⁶⁸ ve Türk Silahlı Kuvvetleri Ödül Yönetmeliği⁶⁹ gibi düzenlemeler örnek verilebilir.

İlave edelim ki hak sahipliğinin işverene geçtiği/geçirildiği senaryoların bazılarında fikri ürünü geliştiren gerçek kişiyi/çalışanı teşvik mahiyetinde düzenlemelere de vardır. SMK’nın çalışan buluşları (m. 113-122) ile çalışan tasarımlarını (m. 73-74) düzenleyen hükümleri bu kabildendir.

Bu ödüllendirmeler karşılığında toplumun da fayda elde ettiği faraziyesinden hareket edilir. Fakat gerçekte bu faydanın sağlanıp sağlanmadığı tartışmalıdır. Korumanın faydası ve maliyeti tarihsel süreçte de yoğun olarak tartışılmıştır⁷⁰. Gerçekten korumanın “toplumsal faydası” ve “toplumsal maliyeti” nedir? Acaba yasa koyucu, “serbest rekabete müdahale” ederek fikri ürün geliştirenlere “ayrıcalık” tanımalı mı? **Ekonomik şartları farklı ülkelerde fikri mülkiyet koruması aynı sonucu verir mi?** Bu konular, ayrı bir çalışmayı ve iktisadi analizi hak ettiği için sözü edilen tartışmalar bir tarafa bırakılacak ve burada hakim (ortodoks) yaklaşım çerçevesinde açıklama yapılmakla yetinilecektir.



**Modern fikri mülkiyet mevzuatı, teşvik ve ödüllendirmeyi yasa-
larla öngörülebilir hale getirerek sistemleştirmiştir.**

Koruma kimi teşvik ediyor sorusu yanıtlanırken eser sahibi, buluşçu ve tasarımcı gibi fikri ürünü geliştiren insanlar akla gelir. Bu büyük bir yanılsama olup **esasen koruma sermayeyi teşvik etmektedir**. Tam da bu nedenle *Ginsburg*, kapitalist bir yaklaşımla korumanın eser sahiplerinin geçimiyle ilgili olmadığına, meselenin “yeni eser meydana getirmeyi teşvik olduğuna” vurgu yapar⁷¹. Uygulama da bu temelde ve yönde gelişmiş ve koruma sistemleştirilmiştir. Önceleri Wright Kardeşler, Bell ve Edison gibi bireysel dâhilerin yerini işletmelerin Ar-Ge departmanları ve laboratuvar-

⁶⁷ RG, 29.1.1990, 20417 Mük.

⁶⁸ RG, 18.12.2015, 29566.

⁶⁹ RG, 07.08.1981, 17421.

⁷⁰ Fikri mülkiyetin işlevlerine yönelik eleştiriler için bkz. **Machlup** 1 vd.; **Machlup/Penrose** 1 vd.; **Penrose**, 1 vd. Korumanın gerekliliğine ilişkin bkz. **Merges**, Justifying 1. vd.

⁷¹ **Ginsburg**, Copyright Exceptions 15.

lar almıştır. Sözgelimi buluşların %90'ı işçiler tarafından geliştirilmektedir⁷². Buna karşılık fikri mülkiyet korumasının ana üssü olan ABD'de çalışanları buluşa teşvik eden herhangi bir düzenleme yoktur⁷³; teşvik ve ödül, esas olarak sermayedara/kapitaliste/girişimciyedir. Özetle, geldiğimiz aşamada gerek telif hakları gerekse sınai haklar eser sahibi, buluşçu ve tasarımcı yerine kapitalisti/girişimciyi teşvik ederek ödüllendirmektedir. Gerçekten de uygulamada bu haklardan ekonomik olarak faydalananlar, büyük ölçüde fikri ürün geliştirenler yerine sermayedarlardır.

Serbest piyasa ekonomisinin geçerli olduğu günümüzde asıl olan “serbest rekabet”tir. Ancak devletler, serbest piyasaya müdahale etmek suretiyle fikri ürünleri hukuken koruyarak toplumda teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemeyi hedeflemektedir. **Korumanın iddiası bilimsel, sosyal ve ekonomik ilerleme, yaratıcılık ve serbest rekabette hakkaniyeti sağlamaktır**⁷⁴. SMK'nın⁷⁵ *Amaç ve Kapsam* başlığını taşıyan 1. maddesinde bu hedefe şu şekilde vurgu yapılmıştır: *“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**”*. Bu hüküm, *Amaçlar* başlığını taşıyan TRIPS 7'deki şu düzenlemeden ödünç alınmıştır: *“Fikri mülkiyet haklarının korunması ve uygulamaya konulması **teknolojik yeniliklerin ilerlemesine ve teknolojinin transferi ve yayılmasına, teknolojik bilgilerin üreticilerinin ve kullanıcıların karşılıklı çıkarlarına katkıda bulunmalı, sosyal ve ekonomik refaha, keza hak ve yükümlülükler dengesine yardımcı olmalıdır**”*. ABD Anayasasında da fikri mülkiyet sistemi, sanatta ve bilimde ilerlemeyi teşvik etmekle gerekçelendirilmiştir⁷⁶.

Özetle, pozitif metinlere de doğrudan tesir eden ortodoksi yaklaşıma göre fikri mülkiyet korumasına, temelde sosyal ve teknolojik ilerlemeyi,

⁷² Bilgi için bkz. **Suluk**, Çalışan Buluşları 3, dpn 15.

⁷³ **Suluk**, Çalışan Buluşları 92 vd. Belirtelim ki hukukumuzda en azından teorik olarak patentler ve tasarımlar yönünden hem sermaye hem de çalışanlar fikri ürün geliştirmeye özendirilmiştir. Bkz. **Suluk**, Çalışan Buluşları 1 vd. Buna karşılık eserler bakımından bu yönde teşvik mekanizmamız bulunmadığı gibi çalışanların eserlerinden ekonomik olarak işverenlerin yararlanacağı hüküm altına alınmıştır (FSEK 18).

⁷⁴ **Calboli**, Trademarking Creative Works 77.

⁷⁵ FSEK'in *Amaç* başlıklı 1. maddesi ise bu konuyu ıskalamış olup hükmün ifadesi de fevkalade zayıftır.

⁷⁶ ABD Anayasası, m. I, § 8, cl. 8: *“The Congress shall have power ... to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries = Kongre, Yazarlara ve Buluşçulara kendi yazıları ve keşifleri için sınırlı sürelerle münhasır hak tanıyarak bilimin ve faydalı sanatların ilerlemesini teşvik etme yetkisine sahip olacaktır”*.

yeniliği ve Ar-Ge'yi teşvik etme misyonu yüklenmiştir⁷⁷. Bu yaklaşıma göre koruma olmazsa işletmeler yeniliğe ve Ar-Ge'ye yönelmez ve araştırma faaliyetleri durur, en azından yavaşlar, geliştirilen buluşlar da gizlenir. **Korumanın temel misyonu, yenilik yapmayı özendirerek fikri ürünleri ekonomiye kazandırmaktır.** Serbest piyasa ekonomisinde buluş özelinde patent korumasının, sınırlı süreli monopol etkisiyle en iyi sonuçları vereceği faraziyesinden hareket edilir⁷⁸. Ortodoksi yaklaşıma göre daha geniş pencereden bakıldığında fikri mülkiyet koruması, daha ileri yaratıcı aktiviteleri ve rekabeti tetikler⁷⁹. Hatta bu yaklaşımda paradoksal bir şekilde, tekelleri yok etmek için benimsenen rekabet hukuku ile tekerci hakları tanımak için tasarlanan fikri mülkiyet hukukunun *teknolojik yenilikleri teşvik* gibi ortak bir hedefe hizmet ettiği savunulmaktadır⁸⁰.

B. FİKRİ MÜLKİYET TEORİLERİ

Fikri mülkiyet korumasına meşruiyet sağlamak maksadıyla tarihsel süreçte birtakım teoriler geliştirilmiştir. Bu teoriler daha ziyade patent ve telif ekseninde dillendirilmiştir.

Modern **patent sistemi** inşa edilirken felsefi temellerde dört farklı yaklaşım ortaya çıkmıştır⁸¹:

i) Mülkiyet (Tabii Hak) Teorisi: Konuya hak ve adalet penceresinden bakan ve Tabii hukuka dayanan bu teoriye göre insanın kendi fikri üre-

⁷⁷ Bu konuda bkz. **Jones/Vollrath** 136; **Frankel/Lai** 150; **Odman**, Teknolojik Yenilikler 25 vd. Bu felsefik arka plana zaman zaman içtihat da gönderme yapılmaktadır. Örneğin ABAD, AB Tasarım Tüzüğü'nün 5 ve 7. gerekçelerine atıfla yeni ürünlerin inovasyonu ve geliştirilmesinin yanı sıra bunların üretimine yatırım yapılması maksadıyla Birlik Tasarımının yaratıldığını vurgulamaktadır. Bkz. ABAD, C-395/16, 8 March 2018 - Doceram, para. 28.

⁷⁸ **Beier** 256.

⁷⁹ **Caddick/Harbottle/Suthersanen** 2.43.

⁸⁰ **Odman**, Teknolojik Yenilikler adlı monografisini bu konuya ayırmıştır. Bkz. 25 vd. Yazar, fikri mülkiyet ve rekabet hukukunun teknolojik yenilikleri teşvik ettiği, fakat haksız rekabetin böyle bir misyonunun bulunmadığı görüşündedir. Bkz. 99, 102, 383. Bu konuda özellikle ABD Ticaret Komisyonundan yapılan alıntıya bkz. s. 76. Rekabet hukuku ve haksız rekabet hukuku arasındaki ilişki için bkz. **Pınar**, Rekabet ve Haksız Rekabet 59 vd. İki hukuk dalının birbirini tamamladığı (s. 61, 66, 69 ve 84) tezi üzerine çalışmasını inşa eden **Odman**, şu sonuca ulaşmıştır: "*Rekabet hukuku, önleyici bir rolle, ex ante ve özellikle de ex post bir denetimle piyasadaki rekabet düzeninin bozulmasını veya ihlalleri engellerken; haksız rekabet hukuku dürüst rekabetin korunması yolu ile mikro düzeyde iktisadi faaliyet serbestisini sağlamaktadır*". Bkz. s. 84.

⁸¹ **Machlup** 21; **Machlup/Penrose** 10 vd.; **Ayiter**, Problemler 138 vd.; **Ortan**, Patent Sistemi 88-89 ve dñn 40; **Şehirali**, Patent Sistemi 110-111. Paris ve TRIPS gibi uluslararası anlaşmaların etkisiyle ülkelerin patent sistemleri benzerlik gösterse bile anılan teoriler, ülkelerin patent yasalarını şekillendirmiş ve bazı ilkeler yönünden farklılaşmasına yol açmıştır.

timi üzerinde sahiplik anlamında doğal mülkiyeti vardır. Bu haklar münhasır niteliktedir. Bazı Fransız filozoflarına göre fiziki ve fikri ürün ayırımı anlamsızdır⁸². Hak temelli bu teori, *John Locke*'un mülkiyet kavramına yönelik emek yaklaşımına dayanır. *Locke*'a göre İngiltere'deki 1662 tarihli Licensing Act (ve yine Venedik'teki ilk uygulamalar) ile yayınevlerine tanınan imtiyazlar ticaret, özgürlük ve mülkiyet haklarını ihlal etmiştir⁸³.

Tabii hukuka göre kişinin fikri ürünleri üzerinde mülkiyetinin olması doğaldır. Doğadaki unsurlar üzerine insan, kendi emeğini katarak mülk edinmektedir. Bu yüzden buna *tabii/doğal haklar teorisi* de denir. Bu teoriye göre fikri mülkiyet koruması bir sonuçtur. *Locke*'un görüşleri, matbaa imtiyazını kaldırıp yazara telif koruması veren 1709 tarihli Kraliçe Anne Kanununu etkilemiştir. Yine Fransız sistemine kaynaklık eden bu teoriye göre fikri ürünün korunmaması veya taklit eylemi hırsızlıkla eş anlamlıdır⁸⁴. Fikri mülkiyet hukukunda *gerçek hak sahipliği ilkesi*⁸⁵ 1791 tarihli Fransız Patent Kanununda açıkça kendine yer bulmuştur. Fikri mülkiyet hukukumuzda da benimsenen bu ilke anılan teoriye dayanır.

ii) Teşvik Teorisi: Mülkiyet teorisindeki “hak temeli”nden farklı olarak konuya pragmatist yaklaşan ve “kamu yararı”na dayanan bu teori, patent korumasını teknik ve ekonomik “ilerlemenin”⁸⁶ aracı olarak görür. **Sanayide ilerleme, arzulanan bir şey olduğuna göre buna katkı verecek buluş sahipleri teşvik/motive edilmeli ve kazanç şansları artırılmalıdır.** Bunun en pratik ve ucuz yolu da patentler üzerinde süreyle sınırlı tekel hakları vermek olabilir. Ar-Ge'nin özendirilmesinin en temel aracı, tekelci nitelikteki patent haklarıdır. Bu yüzden işletmeler için tekelci patent hakkı vazgeçilmez niteliktedir⁸⁷.

⁸² Bu görüşler için bkz. **Machlup/Penrose** 11, dpn 34.

⁸³ **Papadopoulos/Kaponi** 12.

⁸⁴ Ancak anılan yasada, bugün anlamakta güçlük çekeceğimiz “başka ülkelerden Fransa’ya buluşları ilk kez getirenlerin (ithalat patentlerinin) de korumadan yararlanacağı kuralı”na yer verilmiştir. Bkz. **Machlup** 7, dpn 33.

⁸⁵ İlke hakkında bilgi için bkz. **Suluk(Karasu/Nal)** 40 vd. Hatta zamanın Milli Eğitim Bakanı Emrullah Efendi de mülga Hakkı Telif Kanununun *teşvik esası değil, hak temelli* olduğuna işaret etmiştir. Bkz. **Akay** 122 ve dpn 292.

⁸⁶ Dünya genelinde sömürge düzenini kuran ve 20. yüzyılda da iki dünya savaşı ve nükleer silahları üreterek kullanan Batı medeniyetinin en temel iddialarından birisi *ilerlemedir (progress)*. Bu iddia, teşvik teorisiyle patent hukukunda da karşılık bulmuştur.

⁸⁷ **Ortan**, Patent Sistemi 94.

iii) Ödül (Fayda) Teorisi: Adalet ilkesi, bir insanın hizmetleri karşılığında “topluma yararlılığı” oranında ödül almasını gerektirir ve toplum bu ödülü sağlamak için serbest rekabete müdahale etmelidir. Bunun da yolu kısa süreli tekelleri haklar tanımaktır. Buluşçular topluma yararlı hizmetler sunduğuna göre onlara orantılı ödüller verilmesinin en uygun yolu, buluşları üzerinde münhasır patent hakları şeklinde geçici tekeller sağlamaktır⁸⁸.

iv) Akit (Açıklama) Teorisi: Buluşçu ile toplum arasında farazi bir sözleşmeye dayanan bu teoriye göre gizli bilgileri açıklaması karşılığında buluşçuya, bilgiyi/buluşu uygulamaya koymada kendisine süreyle sınırlı münhasır nitelikte haklar verilir⁸⁹. Dikkat edilirse bu teori, buluşçu ve toplum arasında alış-veriş üzerine inşa edilmiştir. Buluşun açıklanması karşılığında hak tanımaya dayanan bu teori, *açıklama teorisi* olarak da bilinir.

Teşvik ve ödüllendirme teorileri yerine buluşçuya destek verilmesini, devlet veya oluşturulacak bir fon üzerinden ödeme yapılmasını (*remuneration*) önerenler de çıkmıştır. Desteği ise devlet veya birtakım organizasyonlar ya da fonlar vermelidir⁹⁰.

Teorilerden anlaşılacağı üzere patent korumasının, *ekonomik kalkınma* fonksiyonu yanında *bilginin yaygınlaştırılması* işlevi de bulunmaktadır. Bu çerçevede *buluş yapmaya özendirme (incentive to invent)* ve *bilginin açıklanması (incentive to disclose)* teorileri öne çıkmıştır⁹¹. Dar anlamıyla ise sistem, buluşu teşvik esası üzerine oturtularak patent sahipleri tekelleri niteliğindeki haklarla ödüllendirilmiştir. Bu yapılırken de sözü edilen teorilerin tamamından faydalandığı söylenebilir.

Bu teorilerin tamamı sert bir şekilde eleştirilmiştir⁹². O kadar ki patent korumasını savunanlar, patent aleyhtarı teorileri ve yine bu teorilerden birinin savunucuları da diğer teorileri eleştirmiştir. Patent aleyhtarları ise

⁸⁸ **Machlup** 21.

⁸⁹ Koruma süreleri de peyderpey uzatılmıştır. İngiliz patent yasalarında önceki koruma süresi 14 yıl idi. Ondan önce Venedik’te patent koruması ise 10 yıl için verilmekteydi. 1995 yılında TRIPS’ten önce ABD’de bu süre 17 yıldır. TRIPS’le birlikte patent koruması dünya genelinde 20 yıla çıkarılmıştır (m. 33). Telif haklarında da giderek süreler uzatılmıştır. Bu konudaki TRIPS’in standardı eser sahibinin yaşamı + 50 yıldır (m. 12). AB ve Türk hukukunda bu standart yaşam + 70 olarak belirlenmiştir (AB Süre Yönergesi 1; FSEK 27).

⁹⁰ Bu görüşler için bkz. **Machlup/Penrose** 19. Ayrıca bkz. **Shavell/Van Ypersele** 525. Bu çalışmalarında yazarlar, ödül sisteminin genelde fikri mülkiyet, özelde de patent sistemine üstün olduğunu savunmaktadır. Buna karşılık **Roin** tam aksi kanaattedir. Bkz. s. 999 vd. Bu tartışmalar 19. yüzyılda da yapılmıştır. Bkz. **Janis** 939.

⁹¹ **Janis** 931.

⁹² Eleştiriler için bkz. **Machlup** 22 vd.; **Boldrin/Levine** 1 vd.

serbest ticarete müdahalenin iyi sonuçlar vermeyeceğinden hareketle korumaya tümünden karşı olmuşlardır. Bu tartışmalar sonucunda bugünkü patent sistemi hayat bulmuştur. Vurgulayalım ki *Machlup ve Penrose*'un da işaret ettiği üzere, patent karşıtı görüşler de sistemin inşasında etkili olmuştur⁹³. Zira **sistem kurgulanırken bireysel çıkarlar ile toplumun genel menfaatleri bir “pazarlık”⁹⁴ sonucunda dengelenmeye çalışılmıştır**. Pazarlığın bir sonucu olarak da her bir koruma modeli için istisna ve sınırlamalar öngörülerek korumaya fren mekanizmaları getirilmiştir.



Patent üzerinden ortaya konulan bu teorilere benzer şekilde **teelif haklarında** da koruma gerekçelendirilirken ve felsefik temellere oturtulurken aşağıdaki teoriler ileri sürülmüştür. Patent teorilerindeki teşvik ve ödüllendirme vurgusuna karşılık telif haklarında filozofları daha ziyade “hakkın niteliği” meşgul etmiştir⁹⁵:

i) Mülkiyet Teorisi: Patent korumasını da gerekçelendiren bu teori Tabii hukuka dayanmakta olup buna göre herkesin kendi öz yaratımı üzerinde hakkı vardır. Bu hakka saygı duyulmaması hırsızlıkla eşittir. 1789 tarihli Fransız İhtilali ile en parlak dönemlerini yaşayan bu teori daha çok Fransız hukukunu ve onun tesir ettiği hukukları etkilemiştir.

ii) Şahsiyet Hakları Teorisi: 1785 yılında izinsiz kitap basmanın hukuka aykırılığı üzerine kaleme aldığı makalesinde *Kant*, kitap nüshası üzerindeki eşya mülkiyeti ile içerikteki telif hakkını/eseri birbirinden ayırarak içeriğin şahsi bir hak olduğunu ileri sürmüştür⁹⁶. *Kant*'a göre eser ile eser sahibi arasındaki bağ koparılmaz. Bu teori *Gierke* tarafından geliştirilmiştir.

iii) Düalist Teori: Teoriye göre eserden mali ve manevi haklar doğmaktadır. Hakkın çifte cephesi bulunduğunu ileri süren bu teoriyi *Kohler* geliştirmiştir.

iv) Monist Teori: Bu yaklaşıma göre ise eserden tek bir hak doğar ve fakat nasıl ki mülkiyet hakkı farklı yetkiler (*usus, abus ve fructus*) veriyorsa, telif hakkından da mali ve manevi yetkiler doğmaktadır. Bu yüz-

⁹³ *Machlup/Penrose* 1 vd.; *Janis* 931.

⁹⁴ ABD Yüksek Mahkemesi, *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (2003), paras. 33-34; *Calboli*, *Trademarking Creative Works* 56-57, 74.

⁹⁵ Fazla bilgi için bkz. *Ayiter*, *Fikir* 33 vd.; *Ateş*, *Kapsam* 106 vd.; *Rahmatian*, *Assignments* 287 vd.; *Rosati*, *Originality* 69 vd.

⁹⁶ *Kant* 227 vd.

den mali hakların manevi tarafı olduğu gibi manevi hakların ihlalinin de maddi zararlar oluşabilir. Teorinin savunucularından *Eugen Ulmer*, telif hakkını bir ağaca benzetir. Telif hakkı köktür, mali ve manevi menfaatler ise ağacın dallarıdır. Dallar gücünü mali veya manevi kökten ya da her ikisinden alır⁹⁷. Sıkı bir monist yaklaşımla kaleme alınan Alman Telif Yasasına göre hem manevi hem de mali haklar devredilemez; mali haklar, lisans gibi başkaca hukuki işlemlere konu olabilir. Hukukumuzda ise daha esnek bir tutum sergilenerek manevi haklar devredilemezken mali haklar devredilebilir (FSEK 48 vd.).

Telif haklarında monist teori ön plana çıkmış olup pek çok modern telif yasası bu teori ışığında kaleme alınmıştır. Bu teoriden hareketle FSEK'i kaleme alan *Hırş*'e göre telif hakkı *objektif bir hukuki durumdur*. Yazar bunun için “eser sahipliği” kavramını öne çıkarmıştır⁹⁸. Monist teori karşısında pratik bir değeri bulunmadığı gerekçesiyle *Hırş*'in objektif hukuki durum görüşü eleştirilmiştir⁹⁹.

C. KORUMAYI MEŞRU KILAN NEDENLERİN HAK KATEGORİLERİNDE FARKLILAŞMASI

Fikri ürünlerin tabiatları, hukuki rejimlerinin farklılaştırılmasına yol açmıştır. Telif, marka, tasarım ve patent gibi koruma modellerinin altında yatan düşünce ve korumayı haklı kılan nedenler/felsefe aynı değildir. Özel hukuk - kamu hukuku ayırımına benzer şekilde kaba bir ayırım yaparsak **telif hakları *kültür ve sanata*, sınai haklar da *sanayiye* yönelik fikri ürünleri korumaktadır.** Tarihsel süreçte benimsenen bu ayırım tesadüfi olmayıp ihtiyaçtan kaynaklanmıştır¹⁰⁰. Hatta bu haklar bir “pazarlık” sonucunda tanınmış olup bu pazarlığın bir gereği olarak da hukuki rejimleri (koruma şartları, istisna ve sınırlamalar) önemli ölçüde farklılaştırılmıştır¹⁰¹.

Haklar uygulamaya konulurken her bir koruma modelinin hangi ihtiyaca yönelik benimsendiği dikkate alınmalıdır. Daha da önemlisi her bir

⁹⁷ Öztan 35-36.

⁹⁸ *Hırş*, Fikri Say 116. Aynı yazar, Mahiyet 338.

⁹⁹ *Ayiter*, Fikir 37.

¹⁰⁰ *Hırş* bu görüşte değildir. Yazara göre; “... telif hukuku ile ihtira beratı hukuku arasında mevzu hukukta gözetilen tefrik, hukukun mahiyeti yahut himaye edilen menfaatlerin bünyesi ile değil, ancak ve ancak tarihi tekamül seyri ile izah edilebilir”. Yazar, ayırımın suni olduğu görüşünü belirttikten sonra fikri/öz fikri ve sınai hak ayırımı yapar. Bkz. Fikri Say 30-31. Yazar, Fikri ve Sınai Haklar adlı eserinde de *tarihi tekamül/evrim* görüşünü yinelemektedir. Bkz. s. 57 vd.

¹⁰¹ ABD Yüksek Mahkemesi, *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (2003), para. 33-34; *Calboli*, Trademarking Creative Works 56, 57, 74.

koruma modelinde korunan değerin ne olduğu sorusu da bizi farklı cevaplara götürmektedir. Aşağıda ilgili bölümlerde yeri geldikçe bu farklılıklara değinilecektir.

Sözü edilen farklılıkları dikkate alan yasa koyucular, fikri ürünlerin koruma kriterlerini de farklılaştırmıştır.

Şekil 2: Fikri Ürünlerin Koruma Kriterleri

Fikri Ürünler	Koruma Kriterleri
Eser	i) Şekli Şart: Yasadaki eser kategorilerinden birine girme ii) Objektif Şart: Tasarrufa elverişli ve üçüncü kişilerce algılanabilir olma iii) Sübjektif/Esas Şart: Hususiyet
Buluş	i) Yenilik ii) Buluş adımı/buluş basamağı içerme iii) Sanayiye uygulanabilirlik
Tasarım	i) Yenilik ii) Ayırt edici nitelik (individual character)
Marka	i) İşaretin varlığı ii) Sicilde gösterilebilir olma iii) Ayırt edicilik (distinctive character)

Bu tablodan da anlaşılacağı üzere eserde *hususiyet*, buluşta *yenilik ve buluş adımı*, tasarımda *yenilik ve ayırt edicilik*, markalarda da *ayırt edicilik* özellikleri korumayı haklı kılmakta, ona meşruiyet (*justification*) sağlamaktadır. Markalar bir tarafa bırakılırsa bu özellikler, fikri ürüne onu geliştiren insan tarafından daha başta katılmaktadır. İşte korunan da katılan bu özellikler, bireysel/özel ilavelerdir. Belirtilen özellikler “yenilik”, “buluş adımı”, “ayırt edicilik” “özgünlük”, “orijinallik”, “hususiyet”, “sahibinden özellik” ve “fikri yaratıcılık” gibi kavramlarla karşılanmaktadır. Anılan kavramlarla **fikri ürünü geliştiren insanın, o fikri ürüne ilave ettiği “özel katkılar”** anlatılmaya çalışılmaktadır.

Gerek bu kriterler yüzünden gerekse de başkaca saiklerle yasa koyucuların *hukuk politikalarına*¹⁰² bağlı olarak bazı fikri ürünler koruma dışında

¹⁰² Yasa koyucular bir yasa hazırlarken bazı tercihlerde bulunur. Buna *hukuk politikası* denir. FSEK’le ilgili **Hırş**, Fikri Say kitabının hemen Başlangıç bölümünde Milli Eğitim Bakanlığının 10.5.1939 tarih ve 81/3710 sayılı tezkeresinde belirtilen direktifini/hukuk politikasını şöyle açıklamaktadır: “*Hukuk Fakültesinin alakalı Profesör ve Doçentlerinden bir komisyon teşkil edilerek esbabı mucibesile bir-*

(*exceptions*) kalırken, bazılarında da sınırlamalar (*limitations*) getirilmiştir. İstisna ve sınırlamalar koruma formlarında bazen örtüşürken bazen de farklılaşmaktadır. Getirilen her bir koruma, üçüncü kişilerin özgürlük alanını sınırladığı için bu tercihler bilinçli, hatta hak sahibinin bireysel çıkarları ile toplumun genel menfaatini dengeleyen bir “pazarlığın” gereği yapılmıştır. Tercihlerin altında yatan *felsefe* anlaşılmadıkça yasayı uygulayıcıların hatalı sonuçlara varması çok normaldir. Sözgelimi yasa koyucu patenti yirmi, faydalı modeli on, tasarımı yirmi beş yılla sınırlarken eseri yaşam + yetmiş (yuvarlak hesap yüz elli) yıl süreyle koruma altına almıştır. Kısa koruma sürelerine tabi sınai haklardaki bağımsız geliştirilen fikri ürünlere bahşedilen güçlü korumanın aksine, telif haklarında koruma sadece kopyalamayla sınırlı tutularak/zayıflatılarak bu ikisi arasında denge sağlanmıştır. Buna karşılık **felsefe farkı** nedeniyle markalarda (ve haksız rekabette) bir süre sınırı dahi getirilmemiştir. Çünkü süre sınırı olan fikri ürünlerin taklidinde toplumun menfaati varken, süresiz olanlarda menfaat bir tarafa toplum taklitten zarar görür. Ayırt edici ad ve işaretlerden olan markalarda marka sahibi kadar tüketicilerin menfaatleri de gözetilerek (haksız rekabete benzer şekilde) süre bertaraf edilmiştir. Marka, kural olarak bir fikri ürün değildir. **Markalarda korumayı haklı kılan, daha baştaki “seçim” ve sonradan işarete yapılan “yatırım”dır.** Bu bağlamda Şikago Hukuk Okulu marka korumasının iki temel işlevi olduğunu kabul eder¹⁰³: *i) Ayırt Edicilik*: Pazarda ürün ve üreticiyi tanıtarak tüketicinin araştırma maliyeti-

likte yeni ve tam bir telif hakkı kanununun hazırlanmasını emir buyuruyordu. Dekan Ali Fuat Başgil’in reisliği altında Ord. Prof. Ebül’ula Mardin, A. Bb Schwarz, Ch. Crozat, E.E. Hirsch, Doç. Dr. Yavuz Abadan ve Halil Arslanlı’dan müteşekkil komisyon, müzakerelere esas olmak üzere bir öntasarının ihzarını bize tevdi etti” bilgisini verdikten sonra Milli Eğitim Bakanlığının Tezkeresinde yer alan şu önemli bilgiyi aktarmaktadır: “Müellifin haklarının ve kitabın haysiyetiyle müellifin mesleki şerefine korunmasına dikkat edildiği kadar ammenin istifadesi ve kanunun tatbik kabiliyetiyle müeyyideleri de düşünülmeli ve tercüme hakkı mahfuz kalmak suretile beynelmilel konvansiyona (Bern Konvansiyonuna) iltihak etmemiz göz önünde tutulmalıdır”. Bkz. Fikri Say 1-2. Tezkeredeki bu direktif, konuya ilişkin Türkiye’nin hukuk politikasını açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Hırş, belirlenen bu politikaları dört başlıkta toplamıştır: i) eser sahibine tanınan hakların korunması, ii) eserden kamunun olabildiğince faydalanması, iii) uygulanabilir yaptırımlar, iv) Bern Konvansiyonu’yla uyum. Tezkeredeki direktifler doğrultusunda tercüme hakkı on yılla sınırlanarak dünya klasikleri, Hasan Âli Yücel serisi olarak dilimize kazandırılmıştır. Fakat tercüme çekincemiz nedeniyle Bern Konvansiyonu’na taraf olmamız 1952 yılına kadar gecikmiştir. Günümüzde ülkelerin hukuk politika alanları, başta TRIPS olmak üzere, uluslararası anlaşmalardaki müdahaleci ve sert düzenlemeler nedeniyle iyice daralmış vaziyettedir. Serbest ticaret anlaşmalarıyla her geçen gün bu esneklikler yok edilmektedir. Ancak Türkiye’nin, var olan esneklikleri dahi kullandığı söylenemez.

¹⁰³ **Beebe**, Semiotic 623-624. Yazar, marka korumasında ekonomik doktrinin ötesinde semiotic (işaret dil sistemi) doktrini olduğu görüşündedir. Yazara göre eğer *emtianın bir dili varsa, marka bunun grameridir* ve bu gramer sadece ekonomik değil, aynı zamanda dilsel bir terminolojidir. Bkz. Semiotic 624.

ni azaltır, ii) *Yatırımın Korunması*: Üreticiler için kaliteye yatırımı teşvik ederek bu yatırımın karşılığını almasını sağlar.

Belirtelim ki geldiğimiz aşamada ***tam kümülatif korumanın yaygınlaştırılmasıyla fikri mülkiyet sisteminin “ayarları bozulmuş”*** tur. Hemen her hakkın, diğer hakların alanına taş(ırıl)masına cömertçe izin verilerek koruma genişletilmiş ve sözünü ettiğimiz başta benimsenen felsefeden uzaklaşmıştır. Örneğin marka, teşebbüslerin mal/hizmetlerini ayırt eden işaretlerdir. Kelime, harf ve sayı gibi unsurlardan oluşan bu sembollerin arasına mal ve ambalajın şekli, yani tasarımı da alınınca, buna da sınır getirilmeyince, deyim yerindeyse fren mekanizmaları boşaltılmıştır. Oysa markanın dili daha ziyade sembollerle anlatılır. Mal ve ambalajın şekli de bu sembole dahil edilince öngörülen sistem bizatihi yasa koyucuların eliyle bozulmuştur. SMK 5/1-b, c ve d, özellikle de 5/1-e’de öngörülen malın doğası, asli değeri ve teknik fonksiyonuna dair istisnalar yeterli gelmemiş ve aslında tasarımda fikri yaratıcılık içeren ve süre dolunca herkesin kullanımına açık, yani “kamu malı” (*public domain*) olması gereken pek çok ürün tasarımı marka olarak tescillenmiştir¹⁰⁴.

Aşağıda (*Birinci Bölüm, VI, C*) açıklanacağı üzere kümülasyon sorunu bununla sınırlı olmayıp tasarım/marka/patent/telif şeklinde hemen tüm ihtimalleri adeta bir anafor gibi içine almıştır. Her geçen gün yaygınlaşan ve genişleyen bu koruma biçimi, felsefeden ne kadar uzaklaşarak fren mekanizmasının ne denli boşaltıldığını göstermektedir.

Oysa pazarlığın bir sonucu olarak bahsedilen hakkın sona ermesiyle kural olarak ilgili fikri ürün kamuya mal olur ve herkesin kullanımına açılır. Diğer bir koruma modeli üzerinden o fikri ürün üzerinde tekelleşilmesi çok istisnai/arızı hallerde mümkün olabilmelidir.

D. GÜNÜMÜZDE KORUMANIN GEREKÇELENDİRİLMESİ

Günümüzde teşvik ve ödüllendirme teorileri ön plana çıkmıştır. Bu perspektiften hareketle denebilir ki ***fikri mülkiyet koruması, son kerte-de kamu yararı amacıyla kabul edilmiş olup, bireysel çıkarların korunması üzerine inşa edilmemiştir***¹⁰⁵. Yukarıdaki mülkiyet teorisi bir

¹⁰⁴ Pek çok örnek için bkz. Varolgüneş 36 vd.

¹⁰⁵ Welfens/Addison/Audretsch/Gries/Grupp 138; Correa 301. Hirş de; “... haklar, diğer fertlerin hürriyet sahasını bir tek şahıs lehine takyit ve tahdit ettiğinden, himayenin ancak **umumi kültürü zenginleştiren** fikri mahsullere bahşedilmesi icap eder” ifadesiyle telif hakları yönünden aynı hususa işaret eder. Bkz. Fikri Say 12. Yine Hirş, başka bir çalışmada fikri mülkiyet haklarının bireysel-

tarafa bırakılırsa her üç teori de bu tespiti desteklemektedir. Özetle sermaye/işletmeler, **toplumun genel menfaatine katkı verdiklerine inanıldığı için yasa koyucular tarafından fikri ürün geliştirmeye teşvik edilmekte** ve onlara bireysel haklar tanınmaktadır.

İlave edelim ki başta Almanya olmak üzere, İsveç ve Türkiye gibi bazı ülkelerde çalışan buluşları mevzuatı üzerinden çalışanlar da buluşa teşvik edilmek suretiyle buluş ekosistemi tamamlanmak istenmiştir. Ancak ABD gibi patentin bayraktarlığını yapan ülkeler bu ikinci ayağı (çalışanları teşviki) gereksiz bulmuş ve konuyu düzenleme gereği dahi duymamıştır¹⁰⁶.

Sözünü ettiğimiz pazarlığın bir sonucu olarak hak sahibinin bireysel çıkarları ile toplumun genel menfaatlerini dengelemeyi amaçlayan zikredilen teoriler, az çok ulusal ve uluslararası düzenlemeleri etkilemiş olup bu teorilerin izleri geçmişe sâridir¹⁰⁷. Sözgelimi dünyanın ilk patent kanunu olan 1474 tarihli Venedik Kanunu'nun metni incelendiğinde teşvik ve ödülün esas alındığı görülür¹⁰⁸. *Galilei*'nin patent başvuru dilekçesinde de buna rastlanır¹⁰⁹. 1623 tarihli Anti-Monopol Kanunu ise *ilk ve gerçek buluşçuya* patentin verileceği yönündeki hükmü ile *gerçek hak sahipliği ilkesini* benimsemiştir (m. 6).

Özetle, ampirik çalışma sonuçları yerine, sezgilere dayanan ortodoksi yaklaşıma göre daha geniş pencereden bakıldığında, yukarıdaki teorileri de içine alacak şekilde günümüzde fikri mülkiyet koruması şu şekilde gerekçelendirilmektedir¹¹⁰:

- i) Zihni üretkenliğin toplum tarafından tanınması,
- ii) Buluş ve yenilik faaliyetleri teşvik ve özendirilerek daha adil bir rekabet düzeninin kurulması,

lığının yanında toplumsal yönüne önemli derecede vurgu yaparak “*topluma bağlı haklar*” teorisinden söz eder. Bkz. Mahiyet 334. Telif haklarını ele alırken **Ginsburg** da (kapitalist bir yaklaşımla) korumanın eser sahiplerinin geçimiyle ilgili olmadığına, amacın *yeni eser meydana getirmeyi teşvik* olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz. Copyright Exceptions 15. Fikri mülkiyet korumasındaki kamu yararı düşüncesi baştan beri vardır. Haksız rekabet koruması ise önceleri bireysel mantıkla benimsenmiş, fakat sonradan “bütün katılanların” menfaatleri gözetilecek şekilde genişletilmiştir. Bkz. **Şehirali Çelik**, Haksız Rekabet 12-15.

¹⁰⁶ Geniş bilgi için bkz. **Suluk**, Çalışan Buluşları 92-95. Çalışanları buluşa teşvik eden sistemin eleştirisi ve karşı argümanlar için bkz. **Merges**, Employee Inventions 10 vd.

¹⁰⁷ **Şehirali Çelik**, Haksız Rekabet 9.

¹⁰⁸ Bu kanunun metni için bkz. **Ayiter**, İhtira 14-15.

¹⁰⁹ *Galilei*'nin başvuru dilekçesinin metni için bkz. **Akay** 141-142.

¹¹⁰ Bilgi için bkz. **Suluk(Karasu/Nal)** 71.

- iii) Teknolojik ve kültürel üretimin/ilerlemenin desteklenerek fikir işçilerinin¹¹¹ ödüllendirilmesi,
- iv) Ekonomik büyümenin ve istihdamın desteklenmesi,
- v) Kamusal bilgi ve kültür hazinesinin zenginleştirilmesi,
- vi) Ar-Ge sonuçlarının açıklanarak teknik bilginin yaygınlaştırılması,
- vii) Yabancı sermayenin teşviki,
- viii) Uluslararası ilişkiler.

IV. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KORUMA KUVVETLERİNİ BELİRLEMENİN ÖNEMİ

A. FİKRİ MÜLKİYET KORUMASI VE “KAMU MALI”

Yasa koyucular, fikri ürüne özel katkılar verildiği için fikri mülkiyet korumasını benimsemişlerdir. Korunan değer bu “özel katkılar”dır.

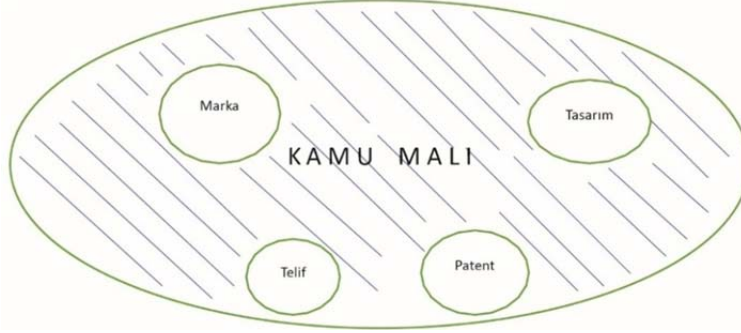
Fransız kimyacı A. L. de Lavoisier’in geliştirdiği “*var olan şey yok, yok olan da var edilemez*” şeklinde bir kimya yasası vardır. Maddenin/kütlenin korunumu yasası olarak da bilinen bu prensibe benzer şekilde pozitif düzenlemelerle kişilere münhasır nitelikte **fikri mülkiyet hakları** tanındığında **üçüncü kişilerin özgürlük alanı yasalarla sınırlanmış olur**. Yani tanınan hakkın karşılığı yokluktan değil, toplumun genelinden sağlanır. Devletin topladığı vergilere benzer şekilde **tanınan her hakkın bedelini toplumun diğer fertleri öder**. Demek ki tanınan her bir **fikri mülkiyet hakkının topluma maliyeti vardır**. Kamuya ait olması gerekenler “kamu malı” olarak kalmalıdır; meşru bir nedeni olmaksızın bunlar, birinin tekeline verilirse toplum bundan zarar görür. Diğer yandan (ayrıt edici işaretler bir tarafa bırakılırsa) tekelleşme sadece özel katkılarla sınırlı olarak veril(melid)ir; bunun ötesinde tanınacak haklar aslında kamusal alana haksız müdahale niteliğindedir. Bu durumu hazine arazilerinin işgal edilerek sahiplenilmesine benzetebiliriz. Hatta kamu arazilerinin de ötesinde fikri mülkiyetteki “kamu malı”, herkesin kullanımına açık olan fikri ürünler anlamına gelir. Bu yaklaşım fikri mülkiyet hukukunda **kamu malı (public domain) doktrininin** doğmasına yol açmıştır¹¹². Fikri mülkiyetin promos-

¹¹¹ Hirs’e göre; “*tefif ve ihtira beratı hukuku, serbest olarak fikren çalışanların iş hukukudur*”. Bkz. Mahiyet 332.

¹¹² “Kamu malı doktrini” hakkında bilgi için bkz. **Peukert** 1 vd. Markalarda kamu malını AB hukuku bakımından inceleyen bir çalışma için bkz. **Senftleben**, Public Domain 775 vd. Bu doktrin pozitif metinlere de tesir etmiştir. Eserler bakımından Bern Konvansiyonu m. 18, markalar bakımından 5/1-c-d ve patentler bakımından da SMK m. 140/2 hükmü buna örnek verilebilir.

yonuyla meşgul olan WIPO dahi fikri mülkiyeti korumanın yanında *kamu malını* da korumanın gerekli olduğu konusunda çalışma yapmıştır¹¹³. Telif hakları yönünden Open Source, Creative Commons gibi girişimlerin yanında bu konuda da her yıl 1 Ocakta kutlama yapılmaktadır¹¹⁴.

Şekil 3: Kamu Malı ve Fikri Mülkiyet Koruması



Öğretide kamu malı niteliği taşıyan fikri ürünler dörde ayrılmıştır¹¹⁵: *i)* bilimsel teori, keşif, veri ve matematiksel formül gibi unsurlar, *ii)* fikri mülkiyet korumasına tabi olup da süresi dolanlar, *iii)* fikri mülkiyet korumasına tabi olup da hak sahibince vazgeçilenler, *iv)* fikri mülkiyet koruması altında olmakla birlikte kullanımı ihlal oluşturmamayanlar. Son gruptakiler aslında bireysel hak kapsamında olmakla birlikte *kullanım şekli* itibarıyla kamu malıdır ve öğretide *sınırlama (limitation)* olarak nitelenir.

Denebilir ki tahterevalliye benzer şekilde yasa koyucular yaptıkları düzenlemelerle ve mevzuatı uygulamakla yükümlü mahkemeler de içtihatlarıyla **hak sahibinin bireysel çıkarları ile toplumun genel menfaatlerini dengelemeye** çalışırlar¹¹⁶. Tam da bu nedenle fikri mülkiyet koruması, “kamu malı” kavramı üzerinden dengelenmek istenmiş ve *kamu malı doktrini* geliştirilmiştir. Bu doktrin bazen içtihadı konu olmaktadır¹¹⁷.

¹¹³ <https://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html> (erişim; 5.3.2025).

¹¹⁴ <https://web.law.duke.edu/cspd/publicdomainday/2024/> (erişim; 19.3.2025).

¹¹⁵ **Peukert 6-7; Varolüneş 11.**

¹¹⁶ Sosyal yaşamda kişilerin özgürlük alanları kesişir. Birinin özgürlüğünü, diğerlerinin hakları veya özgürlüğü sınırlar. *Mihail Bakunin*’e atfedilen klişe bir tabirle, *bir insanın özgürlüğü, başka birinin özgürlüğünün başladığı yerde biter*. Bu gerilim, ifade özgürlüğü ile fikri mülkiyet hakları arasında da yaşanır. Green Peace’in çevreyi kirlletmesini gerekçe göstererek Esso’yu EŞŞO yapması, Areva’nın A’sını ölü insan başına çevirmesi ve Danone’yi slogan haline getirerek protesto etmesi Fransız mahkemelerince ifade özgürlüğü sayılmıştır. Bkz. **Geiger 268 vd.**

¹¹⁷ EFTA mahkemesi bir kararında kamu malı konusunu işlemiştir. Bkz. EFTA Court, E-5/16, 6 April 2017, Municipality of Oslo. Kararın tam metni için bkz. <https://www.ie-forum.nl/documents/ecli/>

Markalar bir tarafa bırakılırsa, fikri mülkiyet koruması süreyle sınırlı olarak verilmektedir. Zira fikri ürünler, aslında insanlık mirasına dayalı olarak geliştirilir¹¹⁸. Yani fikri ürün geliştirmede insanlık mirasının payı vardır. Süre sınırlamasıyla fikri ürün geliştirmeyi teşvik ile serbest rekabetin sınırlanması arasında denge kurulmaktadır¹¹⁹. Süre dolunca ilgili hak kamuya mal olur ve böylece kamu malı zenginleşir. Sistemin ayarlarıyla oynandığında, *Lavoisier*'in kimya yasası devreye girer ve fikri ürün sahibi lehine ve toplumun aleyhine olacak şekilde başta kurulan denge bozulur. Markalar üzerinden bir örnekleme yapalım: Adidas'ın üç çizgisinde olduğu gibi kullanımı sektörde ihtiyaç olmasına rağmen tekstil ve ayakkabı gibi sektörlerde çizgilerin, yine fonksiyonel ürün tasarımlarının marka yapmanın yolu açılarak, dahası bu durum yaygınlaştırılarak aslında serbest, yani "kamu malı" olması gereken işaretlerin, birinin tekeline süresiz verilmiş olur. Bu durum koruma süresi sonrası doktrinine (*post- expiry doctrine*)¹²⁰ aykırılık teşkil eder.

Özetle kamu malı, kamu malı olarak kalmalıdır; koruma için fikri ürüne katkı verilmelidir. Özel katkıların miktarına ve yoğunluğuna bağlı olarak da korumanın kapsadığı alan ile serbest alan tayin edilmelidir.

B. KORUMA KUVVETİNİ BELİRLEMENİN HUKUKİ SONUÇLARI

Öngörülen hakların sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiği sorusu bizi fikri mülkiyet hukukunda *koruma eşiği* ile *koruma kuvvetine* götürecektir. Fikri mülkiyet problemleri çözümlenirken ilk adımda bir fikri ürünün, ilgili hakkın koruma eşiğini aşıp aşmadığı düğümü çözümlenmeye çalışılır. Eşik aşılmışsa bu sefer koruma kuvveti belirlenir. Somut olayda duruma göre bu belirleme, tecavüz analizleriyle yapılır.

Bir fikri ürünün eser olarak korunup korunmadığı ile sınai hak ayağındaki fikri ürünlerin belgeye bağlanabilmesi, belgesi olanların da hükümsüzlük şartlarını taşıyıp taşımadığı hususları, fikri ürünün eşiği aşıp aşmadığıyla ilgilidir. Koruma eşiğini aşan hakların ihlal edilip edilmediği de ilgili hakkın koruma kuvvetinin hangi güçte olduğunun, dolayısıyla üçüncü kişilerin yaklaşma me-

58e61a3c-f0d4-45f0-b84a-4793c35ff8c2.pdf (erişim; 19.5.2025). Kararın tahlili için bkz. **Senftleben**, EFTA Court 683 vd. ABD Yüksek Mahkemesi de Dastar kararında benzer bir yaklaşım sergileyerek telif koruması biten fikri ürünün sonradan marka olamayacağını içtihat etmiştir. Mahkeme hakların ve sınırlamalarının "pazarlık" sonucunda belirlendiğine de işaret etmiştir. Bkz. ABD Yüksek Mahkemesi, *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (2003), paras. 33 vd.

¹¹⁸ **Ayiter**, İhtira 93.

¹¹⁹ **Yusufoğlu**, Patent Verilebilirlik 78.

¹²⁰ Doktrin hakkında bilgi için bkz. **Musker** 35.

safesinin tayinine bağlıdır. Örneğin, bir markanın ihlal edilip edilmediği onun koruma kuvvetine bakılarak belirlenir. Aynı şekilde eserlerde hususiyetin ve tasarımlarda da ayırt ediciliğin yoğunluğu üçüncü kişilerin o fikri ürüne yakınlaşma mesafesi, yani ihlalin bulunup bulunmadığı belirlenirken kontrol edilir.

Yasa koyucular telif, marka ve patent gibi koruma modelleri ile bunların koruma şartları, istisna ve sınırlamalarını mevzuatta belirleyerek kendi fikri mülkiyet sistemlerini kurmuşlardır. Fakat **yasa koyucular, yeni gelişmelerin önünü tıkamamak adına pozitif düzenlemelerde koruma eşikleri ile koruma kuvvetlerini belirlemeye yönelik kavramları tanımlamaktan bilinçli olarak kaçınmaktadır**. Sözgelimi patent yasalarında buluşun tarifi yapılmaz. Telif hukukunda orijinalliğin/hususiyetin işlevsel bir tarifinden özenle kaçınılır¹²¹. Markada ayırt edici işaret ile bu nitelikte olmayan işaretlere pozitif düzenlemelerde yer verilmekle birlikte eşğin aşılıp aşılmadığı, aşılmışsa markanın kuvvetli/zayıf oluşu doktrin ve içtihadı bırakılmıştır. Özetle, yasa koyucular konuyu köşelemek yerine, yaptıkları düzenlemelerde birtakım ipuçları vermekle yetinmektedir. Bu da doğaldır. Zira hukuk yaşayan bir olgudur; sosyal olaylara bağlı olarak zamanla gelişir ve değişir. Bu durum Mecelle’de; “*zamanın değişmesiyle hükümlerin de değişmesi inkâr olunamaz*” şeklinde veciz bir şekilde ifade edilmiştir (m. 39). Tam da bu yüzden kanun yapmada, 19. yüzyılda denenen *kazuistik yöntem* terk edilerek günümüzde *soyut yöntem* tercih edilmiştir.

Açıkladığımız nedenlerle konunun köşelenmesi içtihadı kalmaktadır¹²². Bu süreçte doktrin, içtihadın gelişmesine yardım etmekte, ona destek olmaktadır. Konumuz özelinde özellikle mehz AB hukukundaki gelişmeler takip edilmektedir. Zira 1945 tarihli bir Yargıtay İBK’da da işaret edildiği üzere kanunlarımızda yer alan bir hükmün ruhu araştırılırken ve yorumu yapılırken kendi metinlerimiz göz önünde tutulmakla birlikte bunların *mezhazı* da dikkate alınmalıdır¹²³. Deyim yerindeyse hükümlerin ruhu/felsefesi araştırılırken, mehz metin ve uygulamalar göz önünde tutulmalıdır. Çünkü

¹²¹ Pek çok yazara atıfla **Margoni** de bu vurguyu yapar. Bkz. s. 87.

¹²² Sözgelimi 2021 yılında EPO simülasyonların patentlenebileceğini içtihat etmiştir. Bkz. EPO Genişletilmiş Temyiz Kurulu, 0001/19, 10.3.2021 - Pedestrian Simulation Decision - <https://www.epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/g190001ex1> (erişim; 11.9.2024). ABD Temyiz Mahkemesi ise verdiği kararlarla patentin kapsamını *geniş*, hükümsüzlük gerekçeleri ile ihlale karşı savunmaları da *dar yorumlama* tutumuyla ABD’nin hukuk politikalarıyla (pro-patent yaklaşımla) uyumlu şekilde sınırın nereden çizileceğine katkı vermiştir. Bkz. **Hubbard** 1945. Avrupa havzasında EPC 69’un yorumuna ilişkin protokol daha *dengeli* bir yol tutmuştur. Bkz. RG, 31.8.2007, 26629. EPC’nin dengeli olan bu yorum kuralları SMK 89’a da aktarılmıştır.

¹²³ İBK, 28.11.1945, E.1945/13, K.1945/15 - RG, 22.7.1946, 6365. 2007 tarihli bir İBK’da, eski içtihadı atıfla bu kurala tekrar vurgu yapılmıştır. Bkz. İBK, 26.1.2007, E. 2005/1, K. 2007/1 - RG, 27.2.2007, 26447.

hukuki metinlerimiz büyük ölçüde tercüme dayalı (ikinci el) olup iktibas adı altında “ithal” edilmiştir. Yani reçeteler dışarıda yazılmaktadır. Toplumumuz, 1821 yılında kurulan Tercüme Odası’ndan iki asırdır çıkamamıştır, şimdilik çıkma niyeti de yoktur.

Ülkemizdeki içtihat birikimine bakıldığında telif, marka, patent ve tasarım gibi konulardaki mahkeme kararlarında küreğin derine daldırılmasından kaçınıldığını gözlemliyoruz. Zaman zaman çaba gösterilmekle birlikte eldeki içtihat birikiminden hareketle denebilir ki fikri mülkiyet haklarının koruma eşikleri ile koruma kuvvetleri yeterince belirginleştirilmemiştir. Yabancı literatür ve içtihatla ise daha fazla çaba vardır. Mehz AB hukukunda özellikle ABAD, kararlarıyla bu konuda AB düzeyinde katkı vermektedir¹²⁴. Bununla birlikte anılan hukukta bile gidilecek daha çok yolun olduğu söylenebilir¹²⁵. Özetle **fikri mülkiyet haklarının sınırları pusludur**¹²⁶. Bu da kişilere tanınan “fikri mülkiyet hakları” ile herkese ait “kamu malı”, yani “serbest alan” arasındaki ayırımı güçleştirmektedir.

Oysa bir fikri ürünün koruma eşliğini aşması ve yine derinlik ve genişlik anlamında **koruma kuvvetinin belirlenmesi** büyük önemi haizdir. Zira bununla **hem fikri ürün sahibinin inhisari alanı hem de üçüncü kişilerin yasaklı ve serbest bölgesi belirlenir**. Eş deyişle bir hakkın koruma kapsamının derinlik ve genişlik anlamında sınırlarının çizilmesi iki açıdan önem taşır: *i)* hak sahibine hak ettiği korumayı vermek, *ii)* hem hak sahibine hem de üçüncü kişilere **hukuk güvenliği** sağlamak.

Tam da bu yüzden patentlerde buluşun yeterince açıklanması (SMK 92) ve markalarda işaretin sicilde açık ve kesin olarak gösterilebilirliği (SMK 4) gibi kurallar öngörülmüştür. Çünkü hak sahibi lehine üçüncü kişilerin özgürlük alanı yasalarla sınırlandırıldığına göre hak sahibinin, hangi kapsamda yetkilerle donatıldığını, üçüncü kişilerin de kısıtlarının neler olduğunu bilme ve buna göre davranışlarını ayarlama ihtiyacı vardır. Hukuk güvenliği bunu gerekli kılar.

¹²⁴ Hatta ABAD’ın, içtihatlarıyla “telif hukukunu yaptığı” dahi dillendirilmektedir. Bkz. **Margoni** 86. Ancak anılan hukukta *orijinallik* gibi temel bir konu bile henüz açıklığa kavuşturulamamıştır. Aynı yönde **Margoni** 103.

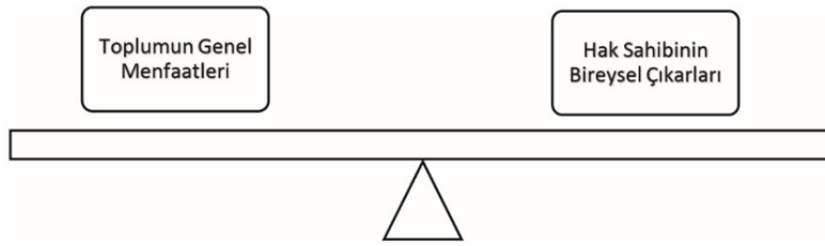
¹²⁵ Öğretide telif hukukundaki istisna ve sınırlamalara ilişkin ABAD’ın kararları üç gruba ayrılmıştır: *i)* problem çözen kararlar, *ii)* problem çıkaran kararlar, *iii)* problemi çözümsüz bırakan kararlar. Bkz. **Sganga** 316 vd. Yazar, çalışmada bu üç grup için pek çok ABAD kararını incelemeye tabi tutmuştur.

¹²⁶ Aynı yönde **Fromer** 1911 ve *dpn* 164’te anılan yazar. Brompton Bicycle davasında Hukuk Sözcüsü, tescilli haklara kıyasla telif korumasının sınırlarının daha bulanık olduğuna vurgu yapmıştır. Bkz. AG Opinion, C-833/18, 6 February 2020 - Brompton Bicycle, points. 41-44.

Bu belirlemede yapılacak hatalar, fikri mülkiyet korumasından beklenen faydaya zarar vereceği gibi menfaatler dengesi bakımından sakıncalar doğuracaktır. Bu tespit, çatışan menfaatlerin hangi çizgide dengeleneceğiyle ilgilidir. **Koruma çizgisinin/eşiğinin** tespiti, yasa koyucu tarafından benimsenen hukuk politikasının ete kemiğe büründürülmesi anlamına gelir. ABAD'ın alıntı serbestisiyle ilgili aynı gün (29.7.2019) verdiği üç güncel kararının (Pelham, Funke Medien ve Spiegel Online) kritiğini yapan öğretilerdeki yoğun çalışmalar¹²⁷ korumanın sınırlarının ne kadar puslu olduğunu göstermektedir.

Demek ki bir fikri ürünün korunup korunmadığı/koruma eşiğini aşmış/aşmadığı, istisna ve sınırlamalara girip girmediği, korunuyorsa ne düzeyde koruma verdiği (korumanın zayıf ve güçlü oluşu), kısacası *koruma çizgisinin* belirlenmesi kritik öneme sahiptir. Tersten bakıldığında bu belirleme üçüncü kişilerin serbest alanını, yani fikri ürüne yaklaşma mesafesini tayin eder.

Şekil 4: Hak Sahibinin Bireysel Çıkarları ile Toplumun Menfaatini Dengeleme



V. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ DERİNLİĞİ VE GENİŞLİĞİ

Çalışmamızın *Giriş* bölümünde vurguladığımız üzere, ister aynı isterse farklı kategoride bulunsun, fikri ürünlerin koruma kuvvetleri birbirinden farklıdır. Bir fikrî ürünü yer küreyle benzeştirerek çekirdeğe doğru mesafesini “derinlik”, etrafa/çevreye doğru etkisini/çekim alanını da “genişlik”le ifade edebiliriz. Bu itibarla, **bir fikrî ürünün çekirdeğine doğru katman kalınlığı ile etrafa doğru bant genişliği, dolayısıyla çekim alanı onun koruma zırhını oluşturur**. Derinliğin tespitinde iki fikri ürünün zıttı/kendisi karşılaştırılır¹²⁸. Genişlikte ise o fikri ürünün çevresine/etrafına

¹²⁷ Örnek olarak bkz. **Hui/Döhl** 852 vd.; **Snijders/van Deursen** 1176 vd.; **Sganga** 330 vd. Anılan kararlar için bkz. ABAD, C-469/17, 29 July 2019 - Funke Medien; ABAD, C-476/17, 29 July 2019 - Pelham; ABAD, C-516/17, 29 July 2019 - Spiegel Online.

¹²⁸ Marka korumasında sınıf sistemi üzerinden gidildiği için iki markanın işaret olarak karşılaştırılması yeterli gelmez; işaretin kendisi ile mal/hizmetler birlikte değerlendirmeye tabi tutulur.

doğru kapsama alanı/bant genişliği belirlenir. İkinci halde koruma diğer sektör, mal ve hizmetlere taşar. Derinlik ve genişlik birlikte düşünüldüğünde koruma **en, boy ve derinlik şeklinde üç buutludur/boyutludur**.

Konuyu biraz açalım. Bir fikri ürünün zatiyla/kendisiyle diğer fikri ürünlerin zatinın karşılaştırılmasında **koruma derinliği** tespit edilir. Geliştirmeye tabi bir fikri ürüne katılan öznel nitelikler, onun “orijinalliğini” oluşturur. Markalarda ise seçim ve yatırımla “ayırt ediciliğe” katkı verilir. İşte bu özellikler sayesinde fikri ürünün koruması, zatiyla sınırlı kalabileceği gibi, zaman zaman fikri ürünün bulunduğu mal/hizmeti (sektörü) aşarak çevresine doğru başkaca mal ve hizmetlere sirayet edebilir. Çevreye doğru taşma, **korumanın genişliğini** oluşturur.

Belirtelim ki **bir fikri ürün ne kadar özgünse koruması o kadar derinleşir ve genişler**. Marka gibi ayırt edici ad ve işaretlerde ise ayırt ediciliğe bakılır. Bu nedenle sonrakilerin ona yanaşmasına müsamaha gösterilmez. Bunun tersi de geçerli olup korumayı sağlayan unsurları **zayıf olan bir fikri ürünün, koruma kabuğu sığ ve dar olduğu için sonraki fikri ürünlerin ona yakınlaşmasında toleranslı davranılır**. Sözüünü ettiğimiz yakınlaşma mesafesi hem derinlik hem de genişlik kavramıyla birlikte düşünülmelidir.

Bu durumu hak kategorileri bakımından şöyle açıklayabiliriz:

i) Marka: Bir markanın, işaret olarak diğer işaretlerle mesafesi koruma derinliğini, tescilinde bulunmayan mal/hizmetlere taşması da koruma genişliğini oluşturur. Örneğin, M1 markasının M2 markasına işaret olarak mesafesi koruma derinliği, M1 markasının tescilli olduğu mal/hizmetlerden farklı mal/hizmetlere korumasının taşması da genişlikle ölçülür. Elbette bu durum, korumanın devreye girmesi halinde geçerlidir. Zira korumada sınıf sistemi geçerli olduğu için aynı/benzer markalar, kural olarak tescilli olduğu mal/hizmetlerde korunur; emtia değişikliği korumayı bertaraf edebilir. Bunun istisnası tanınmış markalarda görülür ve somut olayda tanınmış bir markanın koruması farklı mal/hizmetlere taşabilir.

Ayırt ediciliği ne kadar güçlü olursa olsun bir marka, ilk başta kural olarak tescilli olduğu mal/hizmetlerle sınırlı koruma verir; korumanın etrafa taşması istisnai bir durumdur. Taşma durumu sonradan yapılan yatırımlarla/kuvvetlendirmeyle olur.

İşaret benzerliğinde önceki markanın ayırt ediciliği, güçlü kuvvetliyse sonrakiler ona yaklaşamaz. Ayırt ediciliği zayıf bir markaya daha fazla yaklaş-

labilir ve böyle bir marka, diğerlerini engelleme bakımından kendi sınıfında (tescilli olduğu mal/hizmetlerde) bile sorun yaşar. Diğer yandan korumanın etrafa doğru yayılması, bir taşın suda oluşturduğu dalgaya benzer şekilde kademeli kademe önce benzer mal/hizmetlere, ardından daha uzaktakilere doğru sirayet eder, ancak bir süre sonra koruma sönümlenerek tükenir/biter.

ii) Tasarım: Tasarımcı, bir ürüne ne kadar çok görsel/tasarımsal özellik katmışsa tasarımın koruması o derece derin ve geniş olur.

Bir tasarım, hem aynı ürünle ilgili diğer tasarımlara hem de diğer tüm ürün tasarımlarına karşı koruma verir. Bu nedenle bir tasarımın ayırt edicilik incelemesinde daha önce bilinen başkaca ürünlerle ilgili *tüm* tasarımlar dikkate alınır¹²⁹. Örneğin, T1 çanta tasarımının, T2 çanta tasarımıyla aralarındaki benzerlik nedeniyle onun kullanımını hukuken engelleyebilme gücü, koruma derinliğini ifade eder. Buna karşılık, T1 çantasının diyelim ki bir şemsiye tasarımının kullanımını benzerlik gerekçesiyle hukuken yasaklayabilme imkânı ise koruma genişliğini gösterir. Vurgulayalım ki aynı ürün kategorisindeki iki ürün tasarımının benzeşmesi ile farklı kategorilerdekilerin benzeşmesi aynı değildir. Tam da bu nedenle ikinci ihtimalde ürün gamında uzaklaşma olduğundan benzerlikler bir ölçüde tolere edilir. Nitekim ABGM, Group Nivelles kararında ayırt edicilik incelemesinde sektör farkının tasarımları da farklılaştırabileceğini isabetle içtihat etmiştir¹³⁰. Fakat bir tasarım, *tüm tasarımlara* karşı koruma verdiği için pazar çantası ve şemsiye karşılaştırmasında bilgilenmiş kullanıcı nezdinde genel izlenimde *farklılık oluşmuyorsa* hükümsüzlük veya ihlal yine de gerçekleşir. Bunların gerçekleşme olasılığını ise T1 çantasının koruma kuvveti tayin eder. Yani T1'in özgünlüğü ne kadar fazlaysa koruması hem derinleşir hem de genişler. Özgünlüğün azalmasına bağlı olarak da koruma sığlaşır ve daralır.

iii) Telif: Tasarımdakine benzer şekilde bir eserin koruma kapsamı derinlik ve genişlik olarak ölçülebilir. Eserin herhangi bir cisimde somutlaşmasında aynen tasarımlardaki gibi bir etki oluşur ve derinliği ölçülür. Roman, müzik ve sinema gibi eserlerde fikri ürünün zatına yabancılaştırmaya bakılarak derinliği belirlenir.

Genişlik bakımından ise telif yasamızda eserlerin dört kategoriye ayrıldığı (ilim-edebiyat, müzik, sinema ve güzel sanat) düşünülürse durum

¹²⁹ ABAD, C-361/15 P and C-405/15 P, 21 September 2017 - Easy Sanitary Solutions, paras. 92-96; **Türk Patent**, Tasarım İnceleme Kılavuzu 77.

¹³⁰ ABGM, T-15/13, 13 May 2015 - Group Nivelles, paras. 124, 130-131.

karmaşık bir hal almaktadır. Şöyle ki **bir kategorideki eserin başka bir kategorideki esere dönüştürülmesi halinde kural olarak bağımsız eser ortaya çıkar**. Çünkü kategorilerin ifade araçlarındaki esaslı farklılık, sanat teknikleri ve bunlar arasındaki mesafe bu sonucu doğurur¹³¹. Diyelim ki ilim edebiyat eserinin güzel sanata mesafesi böyledir. Örneğin Tevfik Fikret'in Sis şiirinden yola çıkarak Abdülmecid Efendi'nin çizdiği Sis Tablosu bir esinlenmedir¹³². Aynı şekilde ressam Babadjanov'un, Aytmatov'un romanlarını resmetmesinde de durum böyledir¹³³. Bu halde sonraki eser, başka bir kategoride bulunduğu için önceki esere yeterince mesafe koymuştur ve ihlal yoktur.

Buna karşılık bir tablonun karikatüre alınması işlemedir ve izin gerektirir. Zira bu halde hem tablo hem de karikatür güzel sanatlar kategorisindedir ve aralarında yeterli mesafe konulmamıştır. Fakat tablo/tabloya kıyasla tablo/karikatür ilişkisinde koruma kuvveti zayıflamaya başlar. Aynı şekilde F1 fotoğrafının F2 fotoğrafına karşı koruması çok daha güçlüyken F1 fotoğrafının diyelim ki H1 heykeline karşı koruması ister istemez zayıflar. Sonradan gelenin F1'e koyduğu mesafe arttıkça F1'in sonraki fikri ürüne karşı koruması giderek zayıflar ve bir yerden sonra koruma sönümlenir/biter/tükenir. Bu karşılaştırmada, F1'in F2'ye karşı sağladığı koruma *derinliği*, F1'in H1'e karşı sağladığı koruma ise *genişliği* temsil eder.

Belirtelim ki işleme ile esinlenme arasındaki çizgiye doğru yaklaşıldıkça koruma gevşemeye, belirsizleşmeye ve sönümlenmeye başlar. Oysa bu geçişkenliğe ve zayıflığa kıyasla diyelim ki T1 tablosunun, T2 tablosuna karşı koruması daha kuvvetlidir.

Kategoriler arasındaki bu ilişkide sinema eserleri özellik gösterir. Sinema eserleri, tabiatları gereği diğer eserleri (ilim-edebiyat, musiki ve güzel sanat) içinde barındırır ve adeta onların bir bohçası gibidir. Bu yüzden **yasa koyucu, diğer eserleri sinemanın içine alınmasını işleme kabul etmiştir** (FSEK 6/1, b. 3). Bu kuralın tersi de geçerli olduğu için sinemada gösterilen Spiderman filmindeki karakterlerin gerçek hayatta oyuncular ya da tekstil ürünlerinde kullanılmasına karşı karakter koruması devreye girer. Sinema eseri ile diğer eser kategorileri arasındaki iki yönlü geçişkenlik bunu gerekli kılar.

¹³¹ Ayiter, Fikir 67; Nal/Suluk(Karasu) 107.

¹³² Benzer örnekler için bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet 134-135.

¹³³ <https://www.aa.com.tr/tr/kultur/kirgizistan-da-yasayan-uygur-ressam-unlu-yazar-aytmatovun-eserlerini-tablolara-yansitti/3442710> (erişim; 10.3.2025).

iv) Patent: Patentlerde suçlanan ürün ve usullerin yakınlaşma mesafesini istemler belirler (SMK 89/1). İstemi yazan kişi, esasen teknik problemi çözen buluşa koruma talep eder. Korumanın kapsamını, problemin tabiatına/doğasına bağlı olarak ortaya konulan teknik çözüm/buluş/öznel katkı ve bunun kâğıda dökümündeki maharet belirler. Dolayısıyla patentli buluşun çözdüğü problemin doğasına göre korumanın kuvveti ve üçüncü kişilerin patente yakınlaşma mesafesi farklılaşır. Diyelim ki bir molekülün çözdüğü teknik problem ile aynı moleküle ilişkin geliştirilen bir formülasyon patentinin koruma kapsamı, özellikle koruma derinliği bakımından farklılık gösterir. Yani temel bir molekül patentine kıyasla, devam/türev nitelikteki patentler benzer düzeyde derin bir koruma sağlamaz. Bu tür sonradan gelen patentler, söz konusu molekülün bileşimi, formülü, dozajı veya yeni kullanım şekli gibi ikincil teknik özelliklerine yöneliktir.

Genişlik yönünden ise patentlerde temelde ürünün nerede kullanıldığına bakılmaksızın koruma bahşedilir. Örneğin, buluş bir molekülse ve istem yazımında hata yapılmadıysa koruma moleküle en geniş haliyle verilir. Koruma derinliği itibarıyla patentli X molekülü, İ1 ilacı olarak piyasaya çıkmışsa İ2 ilacına karşı güçlü bir koruma sağlar. Koruma genişliği olarak da istemlerde bir kısıtlamaya gidilmemişse X molekülü ilacın yanında örneğin temizlik ürünlerinde veya boyalarda da koruma verir. Ancak bazen sorunun tabiatı gereği sonuç değişebilir. Sözelimi, patentli bir somun 1500 alanda kullanılırken, alyan 500 alanda kullanılabilir ve bu durum, genişlik anlamında alyanlarda korumanın zayıflamasına yol açar. Patent sınıflama sistemi olan IPC kodları önce ağacın dalları gibi yayılır ve ardından daralır. Diyelim ki buluşçu bir su motoru geliştirdi. Bu motor, fan motoru olarak kullanıldığında artık dalga boyunun küçülmesine benzer şekilde koruma giderek zayıflamaya başlar ve bir süre sonra biter. Zira işin erbabını şaşırtmak giderek zorlaşır.

İstemi yazan, hatalı yazım nedeniyle daraltmaya gidebileceği gibi uzmanın yorumları nedeniyle buna mecbur kalmış da olabilir. Herhalde istemin yazımına bağlı olarak koruma genişler veya daralır. Yani istemlerdeki yazıma göre sonuç değişir. Örneğin X molekülü, ilk tıbbi uygulamada A hastalığında tanıtılsa bile bütün hastalıklar açısından koruma verir. Bu nedenle patentli molekülün sedef hastalığında ya da hayvanların meme hastalığında kullanılması sonucu değiştirmez; ihlal gerçekleşir. Buna karşılık bir yağdanlık buluşunda “salatalara yağ dökmek içindir” şeklinde dar yazılan bir istemin, otomobillerde kullanılan yağdanlığa karşı koruma verip vermeyeceği tartışmaya yol açar, yani koruması zayıflamaya başlar ve bir yerden sonra da sönümlenir.

Patentlerde eşdeğer haricinde korumayı istemlerde yazan unsurlar belirlirler. Zira suçlanan üründe, istemdeki unsurların tamamı aynen/lafzen yoksa aynen tecavüz yok demektir. Fakat bu senaryoda ikinci bir durum daha kontrol edilir. İstemdeki tüm unsurlar aynen bulunmasa bile eşdeğer yoluyla kullanım varsa eşdeğer tecavüz vardır. Patentli buluş ile suçlanan ürün *aynı işlevi, aynı yolla ve aynı sonucu* doğurmalıdır (SMK 89/5). Eşdeğerde ise işin erbabının (*skilled person*), başvuru (varsa rüçhan) tarihinde ne kadar varyasyona gidebildiğine bakılır. Dikkat edilirse eşdeğer tecavüz, korumanın kapsamını genişletici bir işlev görmektedir. Yasa koyucunun buradaki amacı, EPC 69'un Yorum Protokolündeki hükmü tekrarlayan SMK 78/1-3'te belirtilmiştir: *“Patent başvurusu veya patentin sağladığı korumanın kapsamı istemlerle belirlenir. Bununla birlikte istemlerin yorumlanmasında tarifname ve resimler kullanılır. / İstemler, kullanılan kelimelerin verdiği anlamla sınırlı olarak yorumlanamaz. Ancak istemler, koruma kapsamının tespiti, buluşu yapan tarafından düşünülen fakat istemlerde talep edilmeyen, buna karşılık ilgili teknik alanda uzman bir kişi tarafından tarifname ve resimlerin yorumlanması ile ortaya çıkacak özellikleri kapsayacak şekilde genişletilemez. / İstemler, başvuru veya patent sahibine hakkı olan korumayı sağlayacak ve üçüncü kişilere de korumanın kapsamı açısından makul bir düzeyde kesinlik ifade edecek şekilde yorumlanır”*.

Bu dengeli yaklaşıma ilave olarak patent korumasında dolaylı tecavüze ilişkin hükümler, korumanın kapsamını genişletici bir işlev görür. SMK 85'deki; *“patent konusu usul ile doğrudan doğruya elde edilen ürünlerin satılması, kullanılması, ithal edilmesi veya bu amaçlar için kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir nedenle elde bulundurulması”* eylemlerinin yasaklanmasını, *“art alan koruması”* olarak nitelendirilmektedir¹³⁴. Bu da korumayı genişletir.

Yukarıdaki anlatımdan da anlaşılacağı üzere, patent ihlali için normalde mütecavizin eylemleri istemlere basmalıdır. Fakat istemlere basan eyleme yardım (tedarik) ve teşvik de ihlal sayılmıştır (SMK 85-86)¹³⁵. Böylece patent koruması yasa koyucu tarafından genişletilmiştir¹³⁶. Alman öğretisinde *“ön alan koruması”* (*vorfeldschutz*) adı altında dolaylı kullanım kavramsallaştırılmıştır. Korumanın zamanını öne çeken ve muhtemel tecavüz-cü sayısını artırıcı nitelikteki bu korumaya FSEK 72 ve SMK 7'de de rast-

¹³⁴ **Karaaslan**, Dolaylı Patent İhlali 105 vd. Ayrıca bkz. **Çolak**, Patent 879 vd.

¹³⁵ Patentlerde dolaylı tecavüzle ilgili fazla bilgi için bkz. **Karaaslan**, Dolaylı Patent İhlali 19 vd.

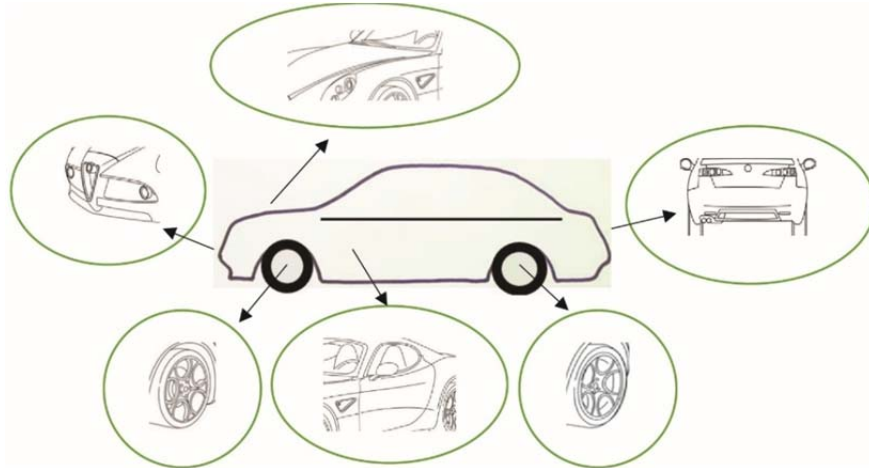
¹³⁶ Usul patentlerindeki korumanın genişlemesine ilişkin bkz. **Karaaslan**, Türev Ürünler 255 vd.

lanmaktadır. Özetle **ön alan koruması, fikri mülkiyet korumasının kapsamını genişletici mahiyettedir**¹³⁷.

Şekil 5: Fikri Mülkiyet Haklarında Koruma Derinliği ve Genişliği

	Koruma Derinliği	Koruma Genişliği
Marka	M1 markasının M2 markasına karşı işaret olarak mesafesi	M1 markasının, tescilli olduğu mal/hizmetlerin haricindeki mal/hizmetlere korumasının taşması
Tasarım	T1 çantasının, T2 çantasına mesafesi	T1 çantasının, Ş1 şemsiyesine mesafesi
Telif	F1 fotoğrafının, F2 fotoğrafına mesafesi	F1 fotoğrafının, K1 karikatürüne mesafesi
Patent	X molekülünün İ1 ilacı olarak piyasaya çıkması halinde İ2 ilacına mesafesi	X molekülünün ilaç sektörünü taşarak diyelim ki temizlik ürünlerinde de korunması

Şekil 6: Otomobil Tipolojisi ve Tipolojiye Özel Katkılar



<https://www.alamy.com/stock-photo/alfa-8c.html?imgt=8&sortBy=relevant>

VI. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KORUMA KUVVETLERİNİ BELİRLEMİYİ ZORLAŞTIRAN ETKENLER

A. GENEL OLARAK

Ekonomi ve hukuk tarihinde “mülkiyet” konusu önemli bir yer tutar. O kadar ki bu konudaki tartışmalar komünizm, sosyalizm ve kapitalizm gibi teori ve akımların doğumuna yol açmıştır.

¹³⁷ Fazla bilgi için bkz. **Karaaslan**, Dolaylı Patent İhlali 105 vd. Ayrıca bkz. **Çolak**, Patent 879 vd.

Kapitalizmin hakim olduğu dünyamızda “eşya mülkiyeti” üzerinden tasarlanan mülkiyet konusuna, son altı yedi asırdır “fikri mülkiyet hakları” da eklenmiştir.

Eşya hukukunda taşınmazların sınırı tapu belgesinde belirtilir. Gemi sicili gibi ayırık durumlar bir tarafa bırakılırsa, taşınırlarda zilyetlik üzerinden bu konu tasarlanmıştır. Sınai haklardaki tescil mekanizmasına rağmen somut varlığı bulunmayan, soyut nitelikteki fikri ürünlerin korunup korunmadığı (koruma eşiğini aşıp aşmadığı), eşiği aşanların kuvvetli veya zayıf oluşu, buna bağlı olarak da üçüncü kişilerin fikri ürüne koyması gereken mesafenin belirlenmesi, somut varlığa sahip eşyanın mülkiyetiyle kıyaslandığında önemli derecede güçlükler gösterir. Üstelik her bir fikri ürünün tabiatına bağlı olarak telif, marka, patent ve tasarım hukuku gibi farklı hukuk formları benimsendiği için bu zorluk katmerleşir.



İnsan zeki bir varlık olup irade sahibidir. Son dönemin moda kavramı yapay zekâ bir tarafa bırakılırsa, düşünme yeteneği insana mahsus bir özelliktir. İnsanın beğenme, düşünme, muhakeme/akıl yürütme, istek ve seçme özgürlüğü bulunmaktadır. Ayrıca insanın duyguları vardır. İnsan zekâsı, iradesi, his, sezgi ve duyguları oldukça derin, engin ve karmaşık olduğu için **insanın seçimleri ve meydana getirdiği fikri ürünler de çok zengin, çeşitli ve karmaşıktır.** İnsan beyni, çevresinden topladığı malzemeyi adeta bir un değirmeni gibi öğüterek kendine özgü fikri çıktılar meydana getirir. Bazen de işe his, duygu ve sezgiler karışır.

Belirtelim ki fikri ürün geliştirme hukuki bir işlem olmayıp hukuki bir eylemdir (*realakt*). Maddi fiiller temsil kabul etmediği için, fikri ürünü geliştiren kişinin fiil ehliyetine sahip olması da gerekmez¹³⁸.

İnsanlar doğuştan akıl, zekâ, kabiliyet ve duygu bakımından denk olmadığı gibi bu özelliklerin eğitim, tecrübe ve görgü gibi sonradan geliştirilmesinde eşit şartlara da sahip değildir. Dolayısıyla insanların geliştirdikleri fikri ürünler de farklılaşmaktadır. İnsandan insana bu farklılaşma olsa bile yapılan araştırma sonuçları göstermiştir ki hem *teknolojik yaratıcılık* hem de *sanatsal yaratıcılık* önemli ölçüde bütünsel, ilişkisel yaratıcılığın yanı sıra bilişsellikle de ilgilidir¹³⁹. Bu durum buluşçu ile eser sahibini birbirine yakınlaştırmaktadır.

¹³⁸ **Ayiter**, İhtira 63 ve 66; **Ortan**, İşçi Buluşları 91; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet 557; **Öztan** 236

¹³⁹ **Mandel** 340.

Şekil 7: İnsanın Geliştirebildiği Fikri Ürünler

Yapmak	Müzik/beste, sinema, maket, yapı, heykel, oyma, kabartma, elbise, el işleri, süsleme, karakter/tipleme.
Yazmak	Yazı, yazılım, güfte, nota, koreografi.
Çizmek	Resim, plan-proje, harita, kroki, karikatür, grafik.
Geliştirmek	Buluş, tasarım, entegre devre, bitki çeşidi.
Çekmek	Sinema, fotoğraf.
Söylemek	Müzik, mani.
Oynamak	Tiyatro, sinema.
Seçmek	Marka, ticaret unvanı, işletme adı, alan adı.
Okumak	Yazı.
Konuşmak	Nutuk, konferans, vaaz, ders, sohbet.
Hareket Etmek	Dans, pandomim.

Bu tablodan da anlaşılacağı üzere, insan zekâsının (bazen duygu, sezgi ve hislerini işe karıştırarak) meydana getirdiği fikri ürünlerin tabiatları/doğaları birbirinden farklıdır. Tabloda fikri ürünlerin ana başlıkları verilmiş olup bunların alt kırılımları vardır¹⁴⁰. Oldukça karmaşık yapıya sahip fikri ürünleri koruma altına almak isteyen yasa koyucular *farklı hukuk formlarını* benimseme gereği duymuştur. Bu nedenle (literatürde *tek beden hepsine uyar - one size fits all* tartışması¹⁴¹ bir tarafa), tarihsel süreçte tek bir koruma tipi yerine fikri ürünlerin tabiatlarına bağlı olarak farklı koruma modelleri kabul edilmiştir. Esasen bu modeller kendi içinde bir kümelenmeyi de ifade eder. Yaygın uygulaması olan koruma formları şunlardır:

- eser - telif,
- buluş - patent ve faydalı model,
- tasarım - tasarım,
- ayırt edici işaret - marka, ticaret unvanı, işletme adı, alan adı, coğrafi işaret, geleneksel ürün adı.

Öğretide *Ayiter*, zihni *yaratıcılığın* en fazla eserlerde belirgin olduğunu, buluşlarda olmadığını, olsa bile belirsizleştiğini, eserlere kıyasla tasarımlarda ise bu belirsizliğin arttığını ve bunların eser ile buluş arasında bir

¹⁴⁰ Örneğin güzel sanat türleri için bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/G%C3%BCzel_sanatlar (erişim; 15.9.2024).

¹⁴¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Kur/Mizaras** 3 vd.

yerde durduğunu iddia etmektedir. Yazar bilgisayar programlarının eser kategorisinde yer aldığına da işaret etmektedir¹⁴².

Marka ve ticaret unvanı gibi ayırt edici ad ve işaretler bir tarafa bırakılırsa fikri mülkiyet haklarının tamamı insan zekâsının, his ve duygularının yaratıcı çıktılarıdır. Bu ürünlerin bazılarında diğerlerine kıyasla yaratıcılığın belirgin olduğu doğru olmakla birlikte bu durum fikri ürün tipinden kaynaklanmaktadır. Belki fikri yaratıcılığın sözü edilen kategorilere *farklı şekillerde yansıdığı* söylenebilir. Bu yüzden yasa koyucuların politik tercihleriyle oluşan eser, patent ve tasarım korumasına bağlı olarak fikri yaratıcılığı segmentlere ayırarak derecelendirmek bize pek doğru gelmemektedir. Hatta görüşüne katılmadığımız *Hırş*, pozitif hukuktaki telif ve patent hukuku ayırımını, himaye edilen menfaatlerin bünyesiyle değil, tarihi tekamülüyle açıklamaktadır. Gerçi *Hırş*, telif öze fikri hak, diğerlerine de sınai hak nitelmesi yaparak *Ayiter*'e yakınlaşmakla birlikte bu ikiliğin korumanın mahiyetinden kaynaklanmadığını, ayrı kanunlarla koruma verildiği için böyle bir ayırma gidildiğini vurgulayarak *Ayiter* ile farklı düşmektedir¹⁴³. Diyelim ki kümülatif korumanın devreye girdiği senaryolarda eser sahibinin daha fazla fikri yaratımı olduğundan değil, iki ayrı mevzuatın aradığı koruma kriterleri karşılandığı için iki farklı koruma devreye girer. Özgün bir buluş ile özgün bir tasarıma fikri yaratıcılığın farklı düzeylerde yansıdığı da söylenemez. Yine eser olarak korunan bir slogandaki yaratıcılığın, otomobili durdurma problemini çözen bir buluştan daha belirgin olduğu iddiası da gerçekçi değildir. Koruma düzeyi elbette farklı olacaktır, fakat düzeyin belirlenmesi her somut olayda ayrı bir çabayı ve değerlendirmeyi gerektirir.

Anlatmak istediğimiz şudur: Bir eserdeki yaratıcılığın, her zaman patente kıyasla daha üst düzeyde yansıdığı doğru değildir. Belirttiğimiz bu husus eser kategorileri için de geçerlidir. Eşyanın/işin tabiatı gereği hususiyet, bir kitap ile heykele, hatta bir roman ile yemek kitabına farklı yansır. Dolayısıyla kişi yaratıcılığını/özel katkılarını telif, tasarım ve patentle korunan fikri ürünlere aynı şekilde yansıta)maz. Burada *yaratıcılık* kavramını hususiyet, yenilik, buluş adımı ve tasarımlarda yeniliği ve ayırt ediciliği kapsayacak şekilde "geliştirme" anlamında kullanıyoruz.

Demek ki kişinin bireysel katkıları/yaratıcılığı, tabiatları farklı olduğu için her bir fikri ürüne farklı şekillerde yansır. Bu yüzden yasa

¹⁴² **Ayiter**, Fikir 11.

¹⁴³ **Hırş**, Fikri Say 30-31.

koyucu her bir koruma modeliyle ürünlerin farklı özelliklerini koruma altına almıştır. Örneğin, hem patent ve faydalı modellerde hem de tasarımlarda “yenilik kriteri” bulunmakla birlikte bu iki koruma sisteminde *yenilik*, ürünlerin farklı özelliklerinde aranır. Buna göre tasarımlar, ürünün görünümü; patentler (ve faydalı modeller) de ürünün teknik özellikleriyle ilgili kavramlardır. Demek ki *patent ve faydalı model hukuku ürünlerin özgün teknik yönlerini, tasarım hukuku da ürünlerin özgün şekillerini konu alır*. Eş deyişle **patent ve faydalı modellerde *teknikteki yenilikler, tasarımlarda ise ürünün görünümündeki yenilikler/farklılıklar korunur***. Farklı mevzuatın aradığı bu özellikler nadiren¹⁴⁴ de olsa *aynı fikri üründe iç içe geçebilir (kümülatif koruma)*.

Eseri geliştirenin ifade aracı mimik, hareket, ses, söz, yazı, çizgi, şekil ve renk gibi unsurlar olup kişi hususiyetini esere bunlarla yansıtır¹⁴⁵. Fikri ürün, sahibinden özellikler taşıyorsa, yani fikri yaratıcılık yansıtılmışsa hususiyetin varlığı kabul edilir. Fikri ürünü geliştirenin bireysel/özel yaratıcı katkılarına telif hukukumuzda denir. Bununla ***sahibinin fikri yaratıcılığı* (author's own intellectual creation)** kastedilmektedir (AB Bilgisayar Yönergesi 1/3; AB Veri Tabanı Yönergesi 3/1; AB Süre Yönergesi 6). Sınai haklardaki yenilikten farklı olarak hususiyet, daha önce olmayan (mutlak yenilik) anlamına gelmez. Yani hususiyet için ilgili çalışmanın daha önce hiç bilinmemesi, yeni ve tümüyle özgün olması aranmaz; sahibinden özellikler taşıması ve önceliklerden kopya olmaması, onun fikri yaratıcılığının fikri ürüne yansıtılması gerekli ve yeterlidir. Ürünü geliştiren, yaptığı **özgür ve yaratıcı tercihleriyle** (*free and creative choices*) kişisel özelliklerini, fikri yaratıcılığını ürüne yansıtır¹⁴⁶. Kişi hususiyetini ilim-edebiyattan güzel sanatlara, musikiden sinemaya kadar oldukça geniş yelpazedeki ürünlere yansıtabilir. **Hususiyetin eser türlerine sirayeti aynı şekilde olmayacak, ister istemez bunlar arasında farklılıklar oluşacaktır**. Bazı fikri ürünlerin (teknik) fonksiyonları, geliştiricinin biçimlendirme/oynama alanını daraltabilir veya yok edebilir. Bu senaryoda özgür ve yaratıcı tercihler yapamayacağı için kişi fikri yaratıcılığını istese de fikri ürüne ya hiç yansıtamaz ya da sınırlı düzeyde yansıtabilir. Bu konu aşağıda (*İkinci Bölüm, IV*) incelenecektir.

¹⁴⁴ Son yıllardaki genişletici yorum nedeniyle kümülatif koruma ilkesinin arızilikten/nadir olmaktan çıkarak ana kurala dönüştüğü hakkında bilgi için bkz. *Birinci Bölüm, VI, C*.

¹⁴⁵ **Ayiter**, Fikir 41.

¹⁴⁶ ABAD, C-604/10, 1 March 2012 - Football Dataco, para 38; ABAD, C- 5/ 08, 16 July 2009 - Infopaq, para 45; ABAD, C-393/09, 22 December 2010 - Bezpečnostní, para 50; ABAD, C-145/10, 1 December 2011 - Eva-Maria Painer, paras. 89, 92.

Markalarda durum biraz farklıdır. Ayırt edici ad ve işaretlerden olan marka, dar anlamıyla insan zekâsının geliştirdiği fikri bir ürün değildir¹⁴⁷. Burada bireysel katkı yerine işaretin ayırt ediciliği aranır ve bu özelliğin bulunup bulunmadığı, *seçilen* işaretin tabiatına ve seçim sonrasında işarete yapılan *yatırıma* bakılarak belirlenir. Bir işareti marka olarak korumayı haklı kılan *ayırt edici özellik* o işarete daha başta olabilir, genellikle de durum böyledir. Yani **diğer fikri ürünlerden farklı olarak işaretin/markanın geliştirilmesi gerekmez**. Bu yüzden de markalarda bireysel katkılar anlamında “özgünlük” aranmaz¹⁴⁸. Seçilen işaretin tabiatına bağlı olarak, ilgili mal/hizmetler bakımından ayırt edici olması gerekli ve yeterlidir. İşte bu gereklilik genellikle bir geliştirmeye değil, seçimle sağlanır. Marka olarak seçilen işaretin, sonradan yapılan yatırımlarla ayırt ediciliği elbette kuvvetlendirilebilir, tanınmışlığı sağlanabilir, hatta nadiren de olsa ayırt edici vasfı bulunmayan bir işaret *kullanım yoluyla ayırt edici* hale bile getirilebilir. Tüm bu çabalar, “özgün” bir fikri ürün geliştirme faaliyeti değildir. Nitekim markalardaki korumanın yatırım ve tanıtımla genişletilme ve derinleştirme imkânı kural olarak¹⁴⁹ diğer fikri mülkiyet haklarında yoktur.

B. ŞEKLİ VE DİĞER FORMALİTELERİN YOL AÇTIĞI SORUNLAR

İnsan zekâsı eser meydana getirir, buluş yapar, tasarım geliştirir ve marka seçer¹⁵⁰. Bu geliştirme ve seçim yapma otomatik ve sınırsız fikri

¹⁴⁷ Fikri mülkiyet şemsiyesi altında olmakla birlikte markalar kural olarak *fikri ürün*, yani *düşünce ürünü* değildir. Bu yüzden ABD yüksek mahkemesi, 1879 yılında ABD Anayasasına dayanarak Kongrenin patentin ve telifin hukuki rejimi çerçevesinde markaları düzenlemeyeceğine hükmetmiştir. Zira marka, Anayasanın 8. maddesi anlamında kural olarak *yaratıcı fikri ürün* kategorisinde değildir. Bu içtihadıyla yüksek mahkeme, markada fikri ürün/fikri yaratıcılık yok demeye getirmiştir. Bkz. Trade-Mark Cases, 100 U.S. 82, 92-97 (1879) (**Fromer** 1894’ten naklen). Çünkü markaya konu işaret eser, buluş ve tasarım gibi geliştirilmez. İşaret seçilir ve sonradan ona yatırım yapılır. Eser ve tasarım niteliği bulunan markalar bunun istisnasını oluşturur. Diğer yandan ayırt edici vasfı bulunan eser adlarının ayırt edicilikleri de markalara benzer şekilde sonradan kuvvetlendirilebilir. Vele ki bunlar eser mahiyetinde olsun.

¹⁴⁸ Ancak istisnai hallerde eser veya korunan bir tasarım da marka hukuku anlamında ayırt edici (*distinctive character*) özelliğe sahip olabilir ve böyle bir fikri ürün marka olarak seçilebilir. Hatta şirketler, önce tasarım olarak tescil ettirdikleri üç boyutlu ürün ambalajlarını, bazen de ürün tasarımlarını kullanım yoluyla ayırt edici hale getirdikleri iddiasıyla sonradan marka olarak tescil ettirmeye çalışarak *sıralı korumadan* yararlanmanın yollarını arar (*evergreening stratejileri*). Bu sıralı koruma olgusu patent - marka şeklinde bile olabilmektedir. Örnek olarak bkz. ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle.

¹⁴⁹ BGH, USM Haller davasında 2023 yılında ABAD’a yönelttiği şu soru “kural olarak” çekincesini koymamıza neden oldu: “Orijinalliğin incelenmesi bağlamında belirleyici faktör sanatsal yaratıcılığın eserde nesnel bir ifade bulup bulmadığı ve ne ölçüde bulduğu merkezi bir önem taşıyorsa; tasarımın sanat sergilerinde veya müzelerde sunulması veya profesyonel çevrelerde eser olarak kabulü gibi özgünlüğün değerlendirilmesi için tasarımın oluşturulduğu ilgili zamandan sonra meydana gelen koşullar da bu değerlendirme için dikkate alınabilir mi?”. ABAD soruyu henüz yanıtlamamıştır. Bkz. **Nal/Suluk**, Uzman Görüşü.

¹⁵⁰ *Marka hukukunda yaratıcılık* isimli makalesinde **Fromer**, yasa koyucunun seçimi teşvik ettiğini savunmaktadır. Bkz. s. 1916. Bununla birlikte yazar konuyu Lady Gaga markası üzerinden detay-

mülkiyet korumasını doğurmaz. Hakkın doğumu için sınai haklarda kural olarak tescil formalitesine ihtiyaç vardır. Özellikle buluşların tescilinde tarifnamenin ve istemlerin yazımı karmaşık bir süreç olup büyük özen ister. Aksi halde yazım hatası nedeniyle geliştirilen buluş üzerinde yasa koyucunun vadettiği tekelleşme sağlanamaz. Tasarım ve marka tescil prosedürleri daha basit ve sadedir¹⁵¹.

Markalardaki tekeli korumanın devamı bakımından tescil edilen mal ve hizmetler yönünden markanın kullanımı zorunludur. Tescil edilen markanın beş yıl içinde ilgili mal/hizmetlerde kullanılmamasının önemli hukuiki yaptırımları vardır (SMK 19/2, 25/7, 26/5, 29/2)¹⁵². Bu yaptırımlar üzerinden marka hakkı sınırlanır. Kısmi kullanım yapılmışsa, kullanılmayan mal/hizmetler yönünden bu yaptırımlar yine devreye girer (SMK 26/5). Kullanılmayan patentler için de (ülkemizde sistem çalışmamakla birlikte) zorunlu lisans ve hükümet kullanımı yaptırımları öngörülmüştür (SMK 129). Hakkın zamanında kullanılmaması (sessiz kalma nedeniyle hak kaybı) da özellikle marka ve telif hakları bakımından sorunlara yol açar.

Sınai haklardan farklı olarak telif hakları yönünden tescil, tevdi ve kayıt gibi formalitelere ihtiyaç yoktur; eser meydana getirildiği anda koruma otomatikman doğar. Hatta Bern Konvansiyonu, hakkın doğumunu bu tür formalitelere bağlamayı yasaklamıştır (m. 5). Telif hukukunda, marka ve patentlerdeki gibi kullanma yükümlülüğü de yoktur¹⁵³. Mevzuatta getirilen birtakım formaliteler hakkın doğumu bakımından değil, mali hakların takibi yönünden işlev görür (FSEK 13, 44, 81).

Tüm fikri mülkiyet hakları yönünden ülkesellik ilkesi geçerlidir. Buna göre koruma talep edilen ülke(ler)deki sınai haklar için öngörülen tescil formaliteleri yerine getirilmelidir. Telifte doğal koruma olduğundan ve yine Paris, Bern ve TRIPS gibi anlaşmalarda milli muamele ilkesine yer verildi-

landırarak Gaga'nın eski erkek arkadaşı tarafından anılan markanın oluşturulduğunun iddia edildiğini, ancak markasal kullanımın Gaga tarafından yapıldığını, bu yüzden de markanın Gaga'ya ait olduğunu tartıştıktan sonra yaratıcı marka seçimindeki teşvikin sınırlı olduğu sonucuna varmaktadır. Bkz. s. 1920.

¹⁵¹ Hukukumuzda tescilsiz tasarım koruması benimsenmiştir (SMK 59/2, 69/2). Bilgi için bkz. **Tüzgen 1** vd. Yine bir işaret, marka olarak kullanılarak bilinir/maruf hale getirilirse, sınırlı da olsa gerçek hak sahipliği ilkesi gereğince marka koruması devreye girer (SMK 6/3).

¹⁵² Kullanma niyeti olmaksızın markanın kötü niyetli olarak tescili ve hükümsüzlük konusunda bkz. **Yusufoğlu Bilgin**, Markanın Kötü Niyetli Olarak Tescili 345 vd.; **Aktekin/Köse/Çimen Sevine** 19 vd.

¹⁵³ Eser sahipleri ile mirasçılar yönünden kullanma yükümlülüğü bulunmuyorsa da mali bir hakkı devir veya lisans alan kişi eseri köreltemez; makul süre içinde eseri kullanmalıdır. Aksi halde *cayma* yaptırımıyla karşılaşabilir (FSEK 58).

ğinden, anılan anlaşmalardaki tarife uyan yabancılar da bir ülkedeki korumadan o ülkenin vatandaşları gibi otomatikman istifade eder. Dolayısıyla uygulamada ülkesellik ilkesi sınai haklarda sorun teşkil ederken, telif haklarında pek zorluk çıkarmaz.

Özetle, tekелci hakka kavuşmak ve bunu devam ettirmek için sınai haklar yönünden tescil ve kullanım gibi birtakım formaliteler yerine getirilmelidir. Yine yasalarla öngörülen tekелci yetkilere istisna ve sınırlamalar getirilmiş olup fikri ürünün geliştirilmesi veya işaretin seçilmesiyle sınırsız bir korumanın devreye girmediği hatırdâ tutulmalıdır.

C. KÜMÜLATİF KORUMA İLKESİNİN YOL AÇTIĞI SORUNLAR

1. Genel Olarak

Yasa koyucular, “fikri ürünlerin taklidi veya kopyalanması haksız rekabettir” diyerek kesip atabilirdi. Bunun yerine çeşitli koruma formları öngörülerek fikri ürünler üzerinde farklı haklar tanınmış, hak kategorileri için korumanın şartları ile kapsam, süre, istisna ve sınırlamaları farklılaştırılmıştır. Özetle **yasa koyucular, kendine özgü tekniğe sahip oldukça özgün bir “fikri mülkiyet sistemi” kurmuştur. Sistemin mimarisi kurgulanırken her bir hakkın tanınma nedeni dikkate alınmak suretiyle ölçülüp biçilerek “hukuk terziliği” yapılmıştır.** Bu yüzden sistem okuması yapılırken koruma ile istisna ve sınırlamalar birlikte düşünülmelidir. Örneğin, telif ve marka korumaları tamamen farklı amaçlar güttüğü için bu iki hak farklı koşullara tabidir. Aynı şekilde tasarım/patent, tasarım/marka, tasarım/telif, patent/marka, patent/telif gibi akla gelebilecek tüm varyasyonların amaçları birbirinden farklı olup yasa koyucular bunların hukuki rejimlerini de bilinçli olarak farklılaştırmıştır. Bunlardan birinin koruması, diğerinin alanına bilinçsizce taşırıldığında fikri mülkiyet sisteminin ayarları bozulur. Taşma olgusu ancak arızî olarak meydana gelmelidir.

Koruma, yasada tanınan sınırlı sayıdaki haklara özgüdür ve bunlar yorum yoluyla çoğaltılamaz¹⁵⁴. Yasa koyucu koruma öngörürken **hak sahibinin bireysel çıkarları ile toplumun genel menfaatini azami düzeyde dengelemeye çalışmıştır. Hakların tanınması bir “pazarlık” sonucunda gerçekleşmiştir¹⁵⁵.** Bu pazarlık gereği tanınan her bir hak kategorisine ayrı

¹⁵⁴ Aynı yönde **Şehirli Çelik**, Haksız Rekabet 15, 62. Krş. **Yusufoğlu** 21.

¹⁵⁵ ABD Yüksek Mahkemesi, Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp., 539 U.S. 23 (2003), paras. 33-34; **Calboli**, Trademarking Creative Works 56, 57, 74.

ayrı ve kendine özgü istisna ve sınırlamalar getirilmek suretiyle çıkarlar dengelenmiştir. Bu da gösteriyor ki tanınan hakların her birinin varlık nedeni diğerlerinden farklıdır¹⁵⁶. Günümüzde genişletilerek yaygınlaştırılan kümülatif koruma üzerinden bu amaçlarda önemli sapmalar yaşanmaktadır. Bu durum fevkalade sakıncalıdır. Örneğin, tasarımlardaki tek manevi hak adın belirtilmesidir. Bir tasarıma “eser” muamelesi yapılırsa bu sefer diğer manevi haklar devreye girer. Bu senaryoda tasarımcı/eser sahibi ile tasarım sahibi/eserin mali hak sahibi arasında çatışma çıkabilir. Diyelim ki pazarın ihtiyaçlarını analiz eden tasarım sahibi olan şirket/(telif jargonuyla) mali hakların sahibi, tasarımda değişiklik yapma ihtiyacı duyabilir. Pazarın sağlıklı işlemesi bakımından, tasarımcının iznine ihtiyaç duymaksızın bu ihtiyaca uygun değişikliğe gidebilmelidir. Fakat telif koruması, tasarımın alanına taşırılırsa, eserin sahibi olan tasarımcı (veya onun mirasçıları), “eserde değişiklik yapmayı önleme” manevi hakkına dayanarak tasarımda değişiklik yapmayı önleyebilir (FSEK 16). Zira hak sahipleri ve onun mirasçıları, şartların varlığı halinde birden çok hakka (kümülatif korumaya) dayanabilecektir. Sözünü ettiğimiz çelişkinin nedeni tasarımın sanayinin, telifin de kültür ve sanatın hukuki alt yapısına özgü olarak kurgulanmış olmasıdır.

Patent üzerinden konuyu detaylandırırsak; patent korumasını, yasal düzenlemeyle devlet sağlar. Patent verilme işlemiyle, buluş sahibi ile toplum arasında akdî bir ilişkinin (toplumsal anlaşmanın-social contract) kurulduğu faraziyesinden hareket edilir¹⁵⁷. Bu “toplumsal anlaşma” çerçevesinde buluş sahibi, buluşunu toplumla paylaşır/kamuya ifşa eder, onun hizmetine sunar. Bunun karşılığında yenilikleri teşvik ve ödüllendirme saikiyle hareket eden devlet, buluş sahibine süreyle sınırlı inhisari haklar bahşeder (TRIPS 28; SMK 85). **Buluşunu toplumla paylaşması için buluş sahibine devlet tarafından patent belgesi, buluşunu gizli tutanlara da (ülkemizde haksız rekabet üzerinden kurgulanan) ticari sır koruması verilir** (TRIPS 39; TTK 55/1-d ve 55/1-b-3). Ticari sır koruması süresiz olmakla birlikte patente kıyasla çok daha zayıftır. Sözgelimi tersine mühendislikle patenti olmayan bir ürün taklit edilebilir. İşte bunun gibi her bir hakkın arkasında bir tanıma felsefesi vardır. Patent 20 yılla sınırlanırken markalar ebediyen/süresiz korunmaktadır. Çünkü patentli buluşun taklidinde toplumun genel menfaati varken, markanın taklidinde toplum fayda yerine zarar görür.

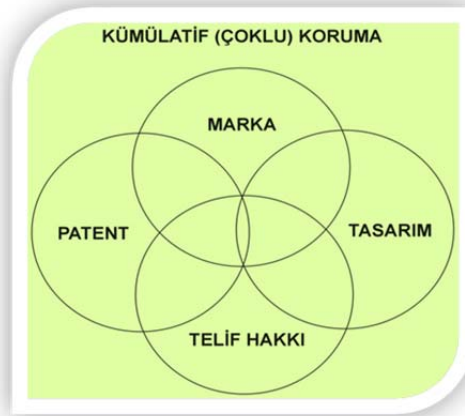
¹⁵⁶ Geniş bilgi için bkz. *Birinci Bölüm, III, C.*

¹⁵⁷ **D’amato/Etselle Long** 358; **Frankel/Lai** 151-152; **Shen/Lee** 303-304; **Calboli**, Trademarking Creative Works 56, 57, 74; ABD Yüksek Mahkemesi, *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (2003), paras. 33-34.

2. İlkenin Uygulanışı

Önceleri kümülatif koruma ilkesinin uygulanmasında ülkeler belirli fren mekanizmaları getirmişti. Sözgelimi bir tasarımın eser kabul edilebilmesi için ilave şartlar öngörülmekteydi. Tasarımın üç boyutlu marka olarak tescilinde de bazı ülkeler ikincil anlam kazandırma gibi sıkı şartlar aramaktaydı (ABD'deki hukuki rejim halen böyledir). Eş deyişle bazı ülkeler **tam kümülatif koruma** yerine **kısmi kümülatif koruma** ilkesini uygulamaktaydı. Bunun nedeni ise bir hak kategorisi için öngörülen istisna ve sınırlamaların, başkaca bir hak üzerinden etkisiz kılınmasının önüne geçebilmektir. Böylece gereksiz yere rekabetin geciktirilmesi bertaraf edilmekteydi.

Günümüzde yaygın olarak benimsenen *tam kümülatif koruma ilkesi* şu şekilde işlemektedir: **Bir fikri ürün, fikri mülkiyeti düzenleyen birden çok yasanın öngördüğü koruma şartlarını birlikte karşılayabilir.** Bu halde yasa koyucular, fikri ürüne birden çok hukuk formuyla koruma sağlamaktadır (kümülatif koruma). Sözgelimi, bir uçağın özgün tasarımı, *tasarım mevzuatıyla*; aynı tasarımın uçağa aerodinamik bir yapı kazandırarak manevra kabiliyetini artırması, *patent mevzuatıyla*; bu tasarım, uçağın hangi işletmeye ait olduğunu gösteriyorsa *marka mevzuatıyla*; bu tasarımın fikri yaratıcılığı ve estetik değeri/sanatsal özelliği bulunuyorsa *telif mevzuatıyla* korunur. Özetle, **bir fikri ürün (örneğinizde uçak tasarımı) birden çok mevzuatın koruma şartlarını birlikte karşılıyorsa hak sahibi, herhangi bir engelle karşılaşmaksızın birden çok mevzuata dayanabilir.** Yeter ki tescil gibi şekli formaliteleri yerine getirsin. Buna kümülâtif (çoklu) koruma ilkesi denir. Bu bağlamda fikri mülkiyet hakları, iç içe geçen halkalara veya kesişen kümelere benzetilebilir¹⁵⁸:



¹⁵⁸ Tablo için bkz. Suluk(Karasu/Nal) 55.

Önceki yıllarda telif, marka, patent ve tasarım ayırımı daha keskindi ve yorum gücüne yol açan vakia sayısı azdı. Çünkü önceleri kümülatif koruma istisnai olarak uygulanıyordu. Yeni teknolojik gelişmeler ve özellikle TRIPS'in etkisiyle koruma artırılarak sorun büyütüldü ve kümülatif koruma ilkesi, korumanın altında yatan felsefeyi bertaraf edercesine yaygın bir şekilde uygulamaya konuldu. Her bir koruma formu için, diğerlerinin alanına taşacak şekilde genişletici düzenleme ve yorum tercih edilmeye başlandı¹⁵⁹. Öğretide buna fikri mülkiyet haklarında "işlev değişimi" denmiştir¹⁶⁰. Sistemin aktörleri tarafından hakların işlevinde değişikliğe gidilirken bilinçsizce (belki de kasten bilinçli olarak) hareket edilmiştir/edilmektedir. Böylece haksız yere rekabet geciktirildi, hatta marka gibi haklar üzerinden rekabet ebediyen bertaraf edildi. Özellikle büyük işletmeler, kârlılıklarını artırmada fikri mülkiyet korumasını stratejik olarak yoğun bir şekilde kullanmaya ve bu bağlamda korumanın sınırlarını test etmeye başladılar. *Evergreening stratejileri* ekseninde işletmelerin bu saldırgan tutumlarının da etkisiyle **kümülatif koruma, "istisnai/arızî"likten çıkarak adeta "genel kural"a dönüştürüldü**. Bu yüzden öğretide kümülatif korumanın, başta iyi kurgulanmış olan fikri mülkiyet sisteminin arızı/tesadüfi bir sonucu olduğu yorumu yapılmaktadır¹⁶¹. Korumanın genişletilmesiyle bu arızı sonuç, neredeyse ana kurala dönüşmüş vaziyettedir. Konu o kadar çılgırından çıktı ki ABAD, önceden patentli olup da koruma süresi dolan ve böylece "kamu malı"na (*public domain*) dönüşmesi gereken bir bisikletin üç pozisyona katlanma şeklinin "eser" olabileceğini Brompton kararıyla içtihat etti¹⁶². Yine ABAD, Cofemel ve Brompton kararlarıyla pek çok tasarımın veya patentli ürünün eser olarak da korunabileceği sonucunu doğuracak içtihatlarla imza attı. Cofemel'de Hukuk Sözcüsünün (point. 50 vd.) ve ABAD'ın (para. 52) tasarım/eser kümülasyonunun "nadiren görüleceğine" işaret etmesine rağmen fiiliyatta bu tutum sergilenmiştir. Önemli olan ABAD'ın bu yaklaşımı olup Cofemel ve Brompton'da ilgili ülke mahkemelerinin somut olaylarda aksi sonuçlara ulaşması bu yaklaşımı bertaraf etmemektedir. ABAD'ın bu yaklaşımı, pek çok hukuki soruna yol açmıştır¹⁶³.

¹⁵⁹ ABD hukukunda *marka korumasının genişlemesi* hakkında bilgi için bkz. **Fromer** 1890 vd.

¹⁶⁰ **Şehirali Çelik**, Haksız Rekabet 17 ve dñn 56'da anılan yazar.

¹⁶¹ **Calboli**, Trademarking Creative Works 77. Nitekim Türk öğretisinde de bir tasarımın eser olarak korunmasının az sayıda olayda görülebileceği fikri savunulmuştur. Bkz. **Karaaslan**, Teknik İşlev 493; **Özden Merhacı** 60.

¹⁶² ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, paras. 28 vd.

¹⁶³ Bu konuda sakıncalı olan değişik senaryoları dile getiren görüş için bkz. **Derclaye**, Doceram, Cofemel and Brompton 12-13. Cofemel eksenindeki eleştiriler için bkz. **Schovsbo** 7 vd. Telif/marka ke-

Şekil 8: Brompton Bicycle Kararına Konu Ürün Örneği¹⁶⁴

Dünya genelinde benimsenen bu ilkenin ülkeden ülkeye uygulaması farklılık gösterebilmektedir. *Tam* ve *kısmi kümülasyon* şeklinde ayırımlar yapılmaktadır¹⁶⁵. ABAD'ın Cofemel kararında işaret edildiği üzere bu tespitimiz AB ülkeleri bakımından bile geçerlidir¹⁶⁶. Belirtelim ki **ABAD tam kümülasyondan yanadır**. AB tasarım mevzuatında 2024 yılında yapılan değişiklikle ABAD'ın bu yaklaşımı, tasarım/eser kümülasyonu bakımından pozitif metinlere de yansımıştır (AB Tasarım Yönergesi 23 ve AB Tasarım Tüzüğü 93). Bu ilke, ülkemizde de mahkemelerce uygulanmaktadır.

3. Korumanın Farkı ve Kümülatif Koruma İlkesi

Fikri mülkiyet hakları yasalarla tanınmıştır ve her bir hak, fikri ürünlerin farklı özelliklerini korumaktadır¹⁶⁷. Çünkü tanınan hakların varlık nedenleri, dolayısıyla tabi oldukları kurallar birbirinden farklıdır. Sözgelimi bir kapı kolunun görünümü tasarım, fonksiyonel özellikleri de patent-faydalı model mevzuatıyla koruma altındadır. Ancak **kümülatif korumada** durum farklı olup **bir fikri ürün, aynı anda farklı mevzuatın koruma**

sişimindeki sakıncalar hakkında bkz. **Calboli**, Trademarking Creative Works 52 vd. Patent/marka kesişimindeki sakıncalar hakkında bkz. **Calboli**, Beyond Patents 1 vd.

¹⁶⁴ <https://us.brompton.com/p/771/a-line> (erişim; 13.4.2025).

¹⁶⁵ Telif/tasarım bakımından tam ve kısmi kümülasyonu benimseyen ülkeleri ele alan bir çalışma için bkz. **Derclaye**, The Copyright/Design Interface 1 vd.

¹⁶⁶ ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, para 44. Bu vurgu, 98/71 sayılı Tasarım Yönergesinin 8. No.lu gerekçesinde (Recital) de vardır.

¹⁶⁷ Yargıtay da kararlarında isabetli bir şekilde bu hususa dikkat çekmektedir. Örnek olarak bkz. 11. HD, 21.10.2019, E. 2018/5058, K. 2019/6518.

kriterlerini karşılamaktadır. Uçak örneğimizde uçağın sadece *tasarımı*; tasarım, buluş, marka ve eser korumasının kriterlerini taşıyabilir. Bu ihtimalde yasa koyucular esnek bir tutumla tek bir fikri ürünün (örneğimizde tasarımın), ne kadar çok mevzuatın koruma şartlarını karşılıyorsa bunların tamamıyla koruma göreceğini kabul etmektedir. Yasa koyucular tercihlerini bu yönde yapmıştır. Fakat freni patlamış bir araç gibi ilkenin yaygın uygulanması Cofemel davasında Hukuk Sözcüsünün vurguladığı üzere “aşırı koruma”ya yol açar ve menfaatler dengesini bozar¹⁶⁸. Hukuk Sözcüsü, sınır getirilmediği sürece tasarım/eser kümülasyonunun *sui generis* tasarım korumasının altını oyacağına, onu anlamsız bir korumaya dönüştüreceğine, bunun da ötesinde bu iki korumayı haklı kılan nedenlerle/felsefeyle çelişeceğine isabetle işaret etmiştir¹⁶⁹. Öğretide de tasarım/eser yönünden tam kümülatif korumanın; *i)* aşırı korumaya yol açacağı, *ii)* tescilli tasarım korumasını anlamsızlaştıracağı ve *iii)* her iki korumanın altını oyacağı/amaçlarıyla çelişeceği üzerinde durulmuştur¹⁷⁰.

Sorun sadece Cofemel davasına konu tasarım/eser kümülasyonu ile sınırlı olmayıp marka/tasarım/eser/patent kümülasyonlarında da görülmektedir. Nitekim Hukuk Sözcüsü, soruna patent/eser kümülasyonuna ilişkin Brompton Bicycle kararında da temas etmiştir¹⁷¹. Bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz Disco-bed vakasında görüldüğü üzere bu senaryolara patent/marka bile eşlik edebilmektedir. Ülkemizdeki geçmiş içtihadı bakıldığında bu sorunun fikri mülkiyet/haksız rekabet ilişkisinde yaşandığını görüyoruz. Bu son senaryo ülkemizde güncelliğini korumaktadır.

Yasada öngörülen kriterlerin somut olaya uygulamasında yapılacak bir yorum hatası, **korumanın felsefesine** aykırı olabilecek ve **menfaatler dengesini** bozabilecektir¹⁷². Sözgelimi, somut olayda iltibas olmaksızın süresi dolan (veya eşiği aşmadığı ya da tescil edilmediği için koruması olmayan) fikri ürünlerin, “emek ilkesi” gereği haksız rekabet hükümleriyle süresiz/ebediyen korunacağı gibi bir yola sapılması, yasa koyucunun öngördüğü *menfaatler dengesini* darmadağın edecektir¹⁷³. Hele “tescilsiz buluşların”

¹⁶⁸ AG Opinion, C-683/17, 2 May 2019 - Cofemel, points. 3, 52.

¹⁶⁹ AG Opinion, C-683/17, 2 May 2019 - Cofemel, points. 52-54.

¹⁷⁰ **Inguanez** 801 vd.

¹⁷¹ AG Opinion, C-833/18, 6 February 2020 - Brompton Bicycle, points. 46-56.

¹⁷² Kümülatif koruma kuralının yan etkileri hakkında bilgi için bkz. **Inguanez** 801 vd.

¹⁷³ Nitekim Yargıtay’ın eski içtihadı bu yöndeydi. Kararlar ve bunların eleştirisi için bkz. **Suluk**, Unfair Competition 842 vd. Gözlemleyebildiğimiz kadarıyla durumu 2008 yılında fark eden Yargıtay bu içtihadını özellikle 2017 yılından sonra değiştirmiştir. Örnek olarak bkz. 11. HD, 13.6.2017, E.

haksız rekabetle korunacağının kabulü¹⁷⁴ menfaatler dengesini allak bullak edecektir¹⁷⁵. Zira **ticari sırlar bir tarafa bırakılırsa, bir ülkede tescil edilmemiş buluşlar o ülkeye bağışlanmış demektir**. Fikri mülkiyet sisteminin bıraktığı boşlukların haksız rekabet hükümleriyle düşüncesizce/bilinçsizce doldurulması sisteme getirilen frenlerin boşaltılmasına yol açar. Çünkü sistem tasarlanırken/hukuk tarzılığı yapılırken bu boşluklar bilinçli bırakılmıştır. Fikri mülkiyet koruması kendi içinde bir sistemdir ve genel hükümlere dayanılarak dışarıdan müdahalelerle bu sistemin ayarları bozulmamalıdır. Başta bilinçli bir şekilde kurgulanan düşünce zincirinin kırılarak, haksız rekabet üzerinden fikri ürünlerin süresiz korunması, fikri mülkiyet yasalarının özüne ve ruhuna aykırı¹⁷⁶ olup bizi, sistemin felsefesinin anlaşılmadığı sonucuna götürür. Çünkü fikri mülkiyet hukukunda tek hak süreyle sınırlıdır. Özetle, **haksız rekabet koruması, fikri mülkiyeti ikame edici şekilde uygulanamaz**¹⁷⁷.

Benzer şekilde önemli bariyerler getirmeksizin ürün tasarımlarının marka olarak korunması sistemin temellerine dinamit koymak gibidir¹⁷⁸. Yine önemli bariyerler koymaksızın ürün tasarımlarının eser olarak koruma altına alınması da istenmeyen sonuçlar doğuracaktır¹⁷⁹. Fikri yaratıcılığı

2016/1124, K. 2017/3694; 11. HD, 25.2.2019, E. 2017/4648, K. 2019/1511; 11. HD, 13.2.2018, E. 2016/7095, K. 2018/1019. Yargıtay sonraki kararlarında isabetle iltibasa ve hakların süreyle sınırlı korunduğuna vurgu yapmaya başlamıştır. Örnek olarak bkz. 11. HD, 22.4.2021, E. 2021/89, K. 2021/3954. Ancak “emek” ilkesine vurgu yapılan kararlar da güncelliğini korumaktadır: “Ülkemizde tasarım tescilleri TPE tarafından yapılmakta olup bir endüstriyel tasarımın 554 Sayılı KHK hükümlerine göre korunabilmesi için tasarımın tescil edilmesi gereklidir. Tescil ilkesi, tescilsiz tasarımların korunmayacağı anlamına gelmez. Tescilsiz tasarımlar genel hükümlere göre korunacaktır”. Bkz. HGK, 26.3.2019, E. 2017/11-152, K. 2019/356. Aynı yönde HGK, 6.6.2018, E. 2017/11-99, K. 2018/1173.

¹⁷⁴ Bu yönde **Nomer Ertan** 14-15.

¹⁷⁵ Bazen konu tümüyle kontrolden çıkmaktadır. Sözelimi, İstanbul 13. Ticaret Mahkemesinin 2009/34 Esasında kayıtlı dosyada kendi makinesinin taklit edildiğini iddia eden davacı, haksız rekabet hükümlerine dayanmak suretiyle tedbir kararı almıştır. Davacı taraf, (Türkiye’de patenti olmadığı için) bilinçli bir şekilde (olmayan) patentine dayanmamıştır. Dosyaya ibraz edilen bilirkişi raporunda şu ifade yer almaktadır: “**Tescilsiz patent üzerindeki haklar, aynen tescilsiz marka ve endüstriyel tasarımlar üzerindeki haklarda olduğu üzere, hukukun genel hükümleri (haksız rekabet) çerçevesinde koruma sağlamaktadır**” (vurgular aslında yoktur).

¹⁷⁶ **Suluk**, Tasarım 649 vd.; **Suluk/Orhan**, C. III, 797 vd.; HGK, 27.03.2013, E. 2013/11-209, K. 2013/399 - Tekin Memiş (Ed.): Fikri Mülkiyet Yıllığı 2013, 422-430.

¹⁷⁷ Aynı yönde **Kur**, Unfair Competition 6.

¹⁷⁸ Coca Cola’nın 200 cc’lik şişesi, Nutella’nın kavanozu dünya çapında pek çok ülkede marka olarak tescillenmiştir. Buna karşılık Nestle’nin kırmızı kupası ülkemizde tescil edilirken (2003 02675; 2003 06709; 2014 100573) EUIPO’da reddedilmiştir (003473717).

¹⁷⁹ Fransa ve İtalya gibi ülkelerin mahkemeleri Egg Chair, Barcelona Chair, Penton Chair, Arco Lamp ve La Corbusier gibi ürün tasarımlarını güzel sanat eseri kabul etmiştir. Genelin ve amacın üs-

teşvik maksadıyla benimsenen eserlerin, ayırt edicilik işlevi yüzünden benimsenen marka korumasına tabi tutulması, bu iki korumanın altında yatan düşüncüyü bertaraf etmek anlamına gelir¹⁸⁰. Zira markayla işaretler korunurken, telif ve patent gibi hukuk modelleriyle fikri ürünün kendisi himaye edilir¹⁸¹. Eser veya tasarım mevzuatıyla korunan bir fikri ürünün haksız rekabet veya marka mevzuatıyla süresiz himaye edilmesi, istenmeyecek şekilde sıralı/ardışık korumanın (*sequential overlapping protection*) devreye girmesine yol açar¹⁸². Bu tür yaklaşımlar, ancak bazı büyük işletmeler tarafından *evergreening stratejileri* üzerinden **sistemin kötüye kullanmalarına** hizmet eder. Tasarımın, marka hakkı ile ebediyen korunmasının kanuna karşı hile oluşturduğu bile savunulmuştur¹⁸³. Yorum yapılırken tüm menfaatler düşünölmeli, eldeki fener tüm unsurları aydınlatmalı, sadece bir yöne tutulmamalıdır.

4. Fikri Mülkiyet Sisteminin Bozulması ve Korumanın Rayından Çıkması

Belirtelim ki ortodoksi yaklaşıma göre *tam kümülatif koruma ilkesi* geçerlidir ve her geçen gün de koruma yaygınlaştırılmaktadır. Daha önce patentli olan bir fikri ürünün, sonradan marka olarak tescili ve böylece sıralı koruma bir strateji olarak pek çok büyük işletme tarafından yürütölmektedir¹⁸⁴. Eş deyişle bazı büyük işletmeler, hukuk departmanına yatırım yaparak “sıralı/ardışık korumayı” keşfetmişlerdir. Sözgelimi aslında daha önce ABD’de patent koruması olan bir ranza şekli/tasarımı, 2020 126463 sayı ile 20. sınıfta “yataklar; ranzalar; evcil hayvanlar için yataklar” için “üç boyutlu marka” olarak ölkemizde tescil edilmiştir:

tünde özellikler taşıyarak estetik duygu uyandıran Penton Chair bir tarafa bırakılırsa kanaatimizce bu kararlar zorlama mahiyetinde olup sözünü ettiğimiz menfaatler dengesini bozucu niteliktedir. Tasarım/eser kümölasyonu ana kural olarak değil, istisnaen uygulamaya konulmalıdır. Aynı yönde **Inguanez** 800. Gerek Hukuk Sözcüsü (AG Opinion, C-683/17, 2 May 2019 - Cofemel, point. 50 vd.) gerekse ABAD (ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, para. 52) bu tür kümölasyonun nadiren/özel durumlarda göröleceğine işaret etmekle birlikte uygulama aksi yönde şekillenmiştir.

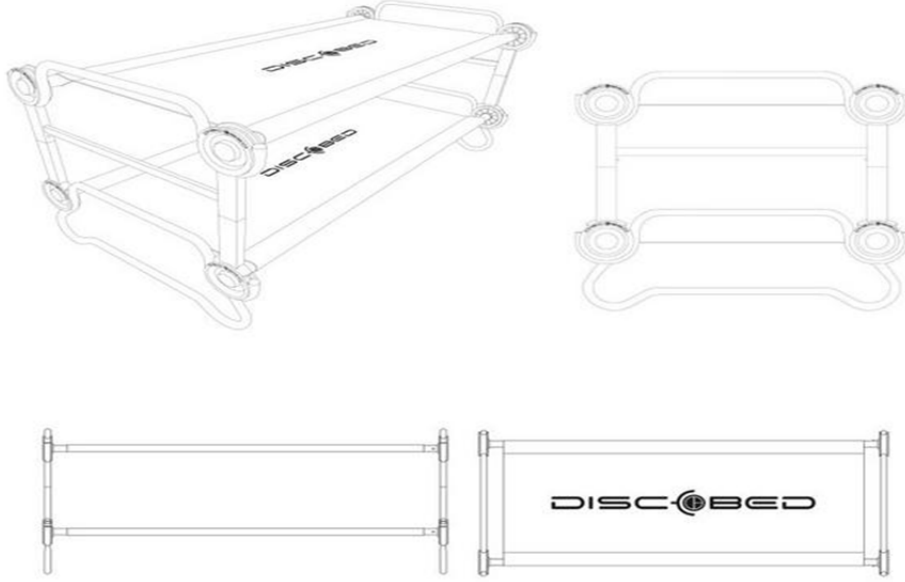
¹⁸⁰ Bu konuda bkz. **Calboli**, Trademarking Creative Works 58 vd. Konuyu patent/telif/marka ekseninde ele alan bir inceleme için bkz. **Darden** 157 vd.

¹⁸¹ **Beebe**, Semiotic 656.

¹⁸² **Calboli**, Trademarking Creative Works 64.

¹⁸³ Roubier’e atıfla dile getiren **Yasaman/Yasaman**, bu görüşün taraftar toplamadığını belirtmektedir. Bkz. Şerh, C. I, 152. Nomer Ertan da süresi dolan hakların artık haksız rekabetle korunmayacağı görüşündedir. Fakat yazar, hiç tescil edilmeyen tasarımların haksız rekabetle korunacağı kanaatindedir. Bkz. **Nomer Ertan** 16.

¹⁸⁴ İlaç sektöründe patentli olan fikri ürünlerin sonradan marka haline dönöştürölmesi ve bu uygulamanın eleştirisi için bkz. **Calboli**, Beyond Patents 1 vd.



Bu ranza aşağıdaki şekilde ürün haline getirilmiştir¹⁸⁵:



İlave edelim ki markanın sahibi, önce görselini verdiğimiz ranza şeklini, ibaresiz olarak tescil ettirmek istemiş, Türk Patent başvurusu reddetmiştir. Ardından yukarıdaki görselden anlaşılacağı üzere ranzanın üzerine Disco-bed ibaresi yazılarak tekrar başvuru yapılmış ve tescillenmiştir. Marka sicilinde bu markanın üç boyutlu olduğuna da yer verilmiştir. Zira SMKY 7/3'e

¹⁸⁵ Bu ürünün marka tescil süreci hakkında detay bilgi için bkz. **Varolgüneş** 172 vd.

göre bu durumun belirtilmesi gerekmektedir¹⁸⁶. İbaresiz olarak reddedilen bu üç boyutlu markanın korumasının ranza şekline, yani sicildeki adıyla “üç boyutlu şekline” de sirayet edip etmediği belirsizdir. Koruma, üç boyutlu şekli de kapsadığı kabul edilirse, buluş ve tasarım niteliğindeki bu fikri ürünün sahibi, elde ettiği markayla *fikri ürününü* artık süresiz bir şekilde koruyabilecektir. Böylece (ranza rayından çıkmış ve) o fikri ürün yönünden kalıcı bir şekilde rekabet bertaraf edilmiştir. “Kamu malı” ve “koruma süresi sonrası doktrini” (*post-expiry doctrine*) de unutulmuştur.

Yukarıda yaptığımız örnekleme pek çok üç boyutlu marka için geçerlidir¹⁸⁷. Lego¹⁸⁸ ve Rubik Küp’t¹⁸⁹ de önceden patentli ürünler sonradan markalaştırılmıştır. Aynı şekilde önceden patenti olan Tetra Pak’ın prisma karton kutusu da EUIPO’da (001620566)¹⁹⁰ ve Türkiye’de (2022 119379) ambalajlarla ilgili 16. sınıfta markalaştırılmıştır. Bu örnekler de gösteriyor ki bir uçta yer alan ve tüketicilerin mal/hizmetleri birbirinden ayırt etmesini sağlayan markalar, diğer uçta yer alan ve teknolojik yeniliklerin korunması için kurgulanan patentin alanına bile taşmış vaziyettedir. Böylece marka sahibinin, marka yerine ürün üzerinde tekelleşme tehlikesi belirmektedir¹⁹¹. Yani **marka, patent etkisi doğurmaya başlamaktadır**. Oysa markanın, teknolojik yeniliklerle alakası yoktur¹⁹². Bu hakların varlık nedenleri tümüyle farklıdır ve bu farklılık dikkate alınarak hukuki rejimleri de özenle başkalaştırılmıştır.

Patent ve telif gibi haklar tanınırken hep bir “pazarlık” yapılmış ve kapsam, istisna ve süre sınırlaması gibi konular özenle tasarlanmış olup, süresi dolanların artık “kamu malı” olacağı faraziyesinden hareket edilmiştir¹⁹³. Bir attan inip diğer atla veya başka bir vasıtayla yola devam etmeye imkân

¹⁸⁶ Aynı şekilde markanın renk, ses ve hareket markası olduğu belirtilerek renk kodu, hareket ve ses (veya nota) örneği ibraz edilmelidir (SMKY 7/4-6).

¹⁸⁷ Pek çok örnek için bkz. **Varolgüneş** 36 vd.

¹⁸⁸ ABAD, C-48/09 P, 14 September 2010 - Lego.

¹⁸⁹ ABAD, C-30/15 P-DEP, 30 May 2018 - Simba Toys GmbH.

¹⁹⁰ <https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/001620566> (erişim; 23.6.2025).

¹⁹¹ **Şehirali Çelik**, Paskalya Tavşanlarının Hikâyesi 96.

¹⁹² Marka, yenilik ve rekabet gibi kavramları yerli yerine oturtan bir çalışma için bkz. **Li** 35 vd. Yazar, marka korumasının, rakiplerin rekabet etme kabiliyetini ortadan kaldırıcı bir işlevi olmadığını/olamayacağını haklı olarak vurgulamaktadır. Bkz. s. 59. Zira bir ABD mahkeme kararında da belirtildiği üzere marka korumasıyla yaratıcılığın ödüllendirilmesi amaçlanmamaktadır. Bkz. Trade-Mark Cases, 100 U.S. 82, 92-97 (1879) (**Fromer** 1894’ten naklen). Ancak fiiliyatta Adidas’ın üç şeridi ve Disco-Bed’in iki katlı ranzası gibi marka örnekleri sistemin ne kadar yozlaştığını göstermektedir.

¹⁹³ ABD Yüksek Mahkemesi de Dastar kararında buna isabetle vurgu yapmaktadır. Bkz. Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp., 539 U.S. 23 (2003), paras. 33-34. Ayrıca bkz. **Calboli**, Trademarking Creative Works 56, 57, 74.

tanınarak, başta iyi kurgulanan sistemin ayarları bozularak **kötüye kullanılmasına** müsait hale getirilmiştir. Kamu malı olması gereken fikri ürünler üzerinde tekelleşme sürdürülmektedir. Bu durum hazine arazisine geçekundu yapmaya ya da meraları tapulayarak özel kişilerin mülküne geçirmeye benzemektedir. Başta benimsenen düşünce zincirine sadık kalınarak kamuya ait olan kamuda kalmalıdır. Düşünce zincirindeki kopmalar topluma pahalıya patlamaktadır.

Hem hukukunu iktibas ettiğimiz mehz ülkelerde hem de ülkemizde bu sorun rayından o kadar çıkmıştır ki baştaki pazarlık sonucunda belirlenen süreyle sınırlı fikri mülkiyet korumasının teşvik ve ödüllendirme işlevleri ve bu kapsamda da hak sahiplerinin bireysel çıkarları ile toplumun genel menfaat dengesi darmadağın olmuştur. Fikri ürün geliştirmeyi teşvik için kurgulanan fikri mülkiyet koruması, tam kümülasyon üzerinden çok katmanlı korumaya dönüştürülerek “serbest rekabet” kalıcı bir şekilde bertaraf edilmektedir. Süre sınırının yanında istisna ve sınırlamalar yönünden de sorunlar yaşanmaktadır. Zira yasa koyucunun bir fikri ürün için öngördüğü istisna ve sınırlamalar, başka bir hak kategorisi üzerinden etkisiz hale getirilerek kanun dolanılmaktadır. Günümüzde sistemin varlık nedeni ve başta pazarlık sonucunda kurgulanan sistem unutulmuş olup pergelin ucu yanlış yerdeyken doğru açı alınmaya çalışılmaktadır. Uygulamada kümülatif koruma ilkesi üzerinden adeta bir “kriz” yaşanmaktadır.

5. AB İctihadındaki Yaklaşımlar

Kümülatif korumanın doğurduğu bu sorunlara ilişkin sınır çizgisinin nereden çekileceği meselesi hukuk politikası kadar, ilgili fikri ürünlere getirilen koruma kriterlerinin yorumuyla da ilgilidir. Yorum yapılırken yasa koyucunun tercihi, korumanın altında yatan felsefe, eşyanın/işin tabiatı, koruma kriterleri ve menfaatler dengesi gibi bir dizi faktör birlikte değerlendirilmelidir. Nitekim AB’de Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi bu yorum biçimine özellikle vurgu yapmıştır¹⁹⁴.

Konuyu dağıtmamak adına burada yapacağımız örneklemeyi AB telif hukukuyla sınırlı tutacağız. Marka ve tasarımlardan farklı olarak AB’de telif hakları tüzük yerine yönergelerle parça parça uyumlaştırılmaktadır. Bu yüzden yirmi yedi devlette yirmi yedi telif yasası vardır. Gerçi konuya iliş-

¹⁹⁴ <https://rm.coe.int/16807475bb>, No. 10’da şu ifadeye yer verilmiştir: “Hâkimlerin mesleki taleplerini düzenleyen kurallara ilişkin her türlü analiz, temelde yatan ilkelerin ve izlenen amaçların dikkate alınmasını içermelidir”.

kin yönergelerle bazı yeknesak düzenlemeler benimsenmekle birlikte bunlar AB’de kurulan Ortak Pazar ve halen kurulmaya çalışılan Dijital Tek Pazar için yeterli değildir. 2024 yılından önceki düzenlemede AB tasarım mevzuatının tasarım/eser kesişiminde tam ve kısmi kümülasyona izin verildiği, bu bağlamda üye ülkelerde farklı orijinalite kriterlerinin benimsendiği, uygulamalı sanat eserlerinde İtalya gibi bazı ülkeler sanatsal değer ararken bazılarının aramadığı, bunun da Ortak Pazarın işleyişini olumsuz yönde etkilediği eleştirisi yapılmaktaydı¹⁹⁵. ABAD ise tam kümülatif korumayı benimseyerek üye ülkeleri orijinalite kriterini aynı şekilde uygulamaya zorlamıştır. Üstelik o tarihte AB mevzuatı bu konuda gerekli esnekliği sağlamaktaydı (98/71EC sayılı Tasarım Yönergesi 17; 6/2002 sayılı Tasarım Tüzüğü 96/2).

ABAD, içtihatlarıyla üye ülke hukuklarının uyumlaştırılmasına önemli katkılar vermiştir/vermektedir¹⁹⁶. Konumuzla ilgili ABAD’ın tasarım/eser kesişimine ilişkin Cofemel kararı bazı tartışmalara kapı aralamıştır. Buna göre tasarım/eser kümülasyonunun tasarım korumasını anlamsız hale getirdiği, tasarımları gereksiz yere (telif koruması üzerinden) uzun bir korumaya tabi kıldığı ve tasarım ile telif korumalarının altındaki felsefeyle uyumsuzluğa yol açtığı üzerinde haklı olarak durulmuştur¹⁹⁷. Cofemel’de Hukuk Sözcüsü, kümülatif korumanın bu yan etkilerini azaltmak maksadıyla telif korumasına ilişkin kuralların dar bir şekilde yorumlanması gerektiğini isabetle savunmuştur¹⁹⁸. Sözcü, yorumun her iki korumanın amacına uygun bir şekilde orantılı olarak yapılması gerektiğini de vurgulamıştır (point.

¹⁹⁵ Margoni 97.

¹⁹⁶ Buna ilişkin pek çok örnek verilebilir. İlgili çekici olanlardan birisi şudur: Birleşik Krallık’ta uygulamalı sanat eserlerine konu ürünler 50 adetten fazla üretiliyorsa telif koruması (tescilli tasarım korumasıyla eşitlenerek) yirmi beş yıla sınırlandırılmış idi (CDPA 52). Velev ki bu ürünler elle üretilmiş olsun. Benzer düzenlemeler Avustralya ve İrlanda hukukunda da vardır. Bkz. **Calboli**, Trademarking Creative Works 60 dpn. 30. Anılan ülkeler, menfaatler dengesini gözeterek bir yandan şartları karşılayan fikri ürüne hem telif hem de tasarım koruması verirken, diğer yandan 50’den fazla üretimleri artık bir sanayi ürünü sayarak korumayı da tescilli tasarım koruma süresiyle (25 yıla) sınırlandırmıştır. ABAD, BREXIT öncesinde bu sınırlamayı Süre Yönergesine aykırı bulunca Birleşik Krallık ilgili düzenlemeyi 2013 yılında değiştirmek zorunda kalmıştır. Bkz. ABAD, C-168/09, 27 January 2011 - Flos SpA, paras. 39-40. Yine ABAD, Cofemel kararıyla, miktara dayalı sınırlamanın da Bilgi Toplumu Yönergesine uygun olmadığını içtihat etmiştir. Bkz. **Inguanez** 800. Kanaatimizce Birleşik Krallık’ın önceki düzenlemeleri çok daha rasyonel ve menfaatler dengesine uygundu. ABD Telif Yasasında da resim, çizim, metin ve heykelde 200 adet kopyanın altındakiler tanıma dahil edilmiştir (17 U.S.C. § 101). Bern Konvansiyonunda, fotoğraf ve uygulamalı sanat eserlerinin koruma süreleri, Birlik ülkeleri tarafından belirlenebilir. Ancak bu süre eserin meydana getirilmesinden itibaren en az 25 yıl devam eder (m. 7/4).

¹⁹⁷ **Inguanez** 801 vd.

¹⁹⁸ AG Opinion, C-683/17, 2 May 2019 - Cofemel, point. 54.

45). Sözcüye göre yargıç, telif korumasının amaçları ve hakka özgü mekanizmayı (*idea/expression gibi hususları*) dikkate almalıdır (point. 67). Brompton Bicycle davasında ise Sözcü daha da ileri gitmiş, ABAD da Hukuk Sözcüsüne atıfla onun yorumlarını genel olarak benimsemiş görünmektedir¹⁹⁹. Hatta ABAD, Cofemel’de tasarım ve telif korumasının amaçlarının, dolayısıyla kurallarının da tümüyle farklı olduğuna isabetle dikkat çekmiştir²⁰⁰.

Fakat ABAD, gerek tasarım gerekse eserler için öngörülen kuralların nötr bir şekilde uygulanacağını içtihat ederek fikri ürünler arasında bir ayrımcılığa gidilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. O kadar ki Brompton kararında bir bisikletin üç pozisyona katlanma şekline fikri yaratıcılık yansımışsa bunun “eser” olarak korunabileceğini benimsemiştir. Veleve ki bu katlanma şekillerinin teknik fonksiyonları bulunsun. Yeter ki geliştirici, fikri yaratıcılığını özgür seçimleriyle ona yansıtabilsin (paras. 26, 38). Bununla birlikte telif koruması, fikirleri kapsamadığı için dikte etme yüzünden fikir ve ifade biçimi birbirinden ayrılmaz nitelikteyse koruma sağlanmaz (para. 27)²⁰¹. Teknik fonksiyonun zorunlu kıldığı fikri ürünler eser değildir (para. 33). Özetle ABAD, diğer eser türlerine benzer şekilde uygulamalı sanat eserlerinde de orijinallığe/fikri yaratıcılığa odaklanarak eser türleri arasında herhangi bir ayrımcılığın yapılamayacağı görüşündedir. Oysa kümülatif korumayı düzenleyen önceki 98/71/EC sayılı AB Tasarım Yönergesinin 17. (ve 6/2002 sayılı Tasarım Tüzüğü’nün 96/2.) maddesinde üye ülkelerin, bir tasarımın eser olarak korunabilmesinin şartlarını, özellikle de orijinalliğın kriterlerini kendilerinin belirleyeceği hükmüne yer verilmişti²⁰². 98/71/EC sayılı Yönergenin 8 no.lu gerekçesinde (recital) de buna işaret edilmişti. Bilgi Toplumu Yönergesinin 9. maddesi de bu yaklaşımla kaleme alınmıştı. Bununla birlikte o dönemde ABAD Flos, Doceram ve Cofemel gibi kararlarında fikri yaratıcılığa vurgu yapmış ve üye ülkelerin uygulamalı sanat eserlerine, diğer eserlerden farklı süre, şart ve kapsama yönelik yeni yeni kriterler benimseyemeyeceğini içtihat etmiştir²⁰³. ABAD’ın

¹⁹⁹ ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, paras. 50-56.

²⁰⁰ ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, para. 50

²⁰¹ Aynı yönde ABAD, C-469/17, 29 July 2019 - Funke, para. 24.

²⁰² AB tasarım mevzuatı 2024 yılında yenilenmiştir. 2024/2823 sayılı Tasarım Yönergesi için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/2823/oj/eng> 2024/2822 sayılı Tasarım Tüzüğü için Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/2822/oj/eng> (erişim; 20.3.2025). Tüzükteki temel hükümler 01.05.2025 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Yönerge hükümlerininse üye devletler tarafından Aralık 2027’ye kadar iç hukuka aktarılması gerekmektedir.

²⁰³ Bu konuda ayrıca bkz. **Schovsbo** 1 vd., özellikle 7.

içtihadı doğrultusunda 2024 yılında AB tasarım mevzuatında yapılan değişiklikle koruma kriterlerini taşıyan tasarımların eser olarak da korunacağı şeklinde *tam kümülatif korumaya* yönelik genel bir hükme yer verilerek (AB Tasarım Yönergesi 23 ve AB Tasarım Tüzüğü 93) üye ülkelerin bu konudaki esnekliği ortadan kaldırılmıştır.

Daha yeni bir olayda ise Alman Federal Mahkemesi (BGH), ABAD'a diğerlerinin yanında şu soruyu yöneltmiştir²⁰⁴: Uygulamalı sanat eserleri söz konusu olduğunda, tasarım koruması ile telif koruması arasında, bu tür fikri ürünlerin eser olup olmadığı incelenirken, geliştiricinin özgür yaratıcı kararlarına, diğer eser türlerine kıyasla daha yüksek gereklilikler getirilmesi gerektiği yönünde bir kural/istisna ilişkisi var mıdır? ABAD bu soruyu henüz cevaplamamıştır. Bu sorunun sorulması, problemin devam ettiğini göstermektedir.

6. Türk İçtihadındaki Yaklaşımlar

Ülkemizde fikri mülkiyet haklarının kendi içindeki kümülasyonu son yıllara kadar önemli bir sorun teşkil etmiyordu. Ancak son yıllarda özellikle büyük şirketlerin, Ar-Ge'den ziyade hukuk departmanlarına yatırım yaparak fikri mülkiyet sistemini zorlamaya dönük stratejileri ülkemizde de görülmeye başlanmıştır.

Kümülayonla ilgili olarak Yargıtay bir olayda, çizdiği resimlere tasarım belgesi alan davacının, hem telif hem de tasarım hakkına dayalı açtığı davayı hatalı bir şekilde reddetmiştir²⁰⁵. Yargıtay'a göre davalının söz konusu resimleri satması ihlal değildir. Oysa kümülatif koruma ilkesi gereği çizgi resimler yeni ve ayırt edici nitelikteyse ve hususiyet de taşıyorsa hem eser hem de tasarım mevzuatıyla korunur (FSEK 4/2). Yasa koyucu tasarım/eser kümülasyonunu esirgemediği için bu senaryoda hak sahibi her iki mevzuata birlikte dayanabilir.

Yine kümülasyonuyla ilgili başka bir olayda ise tasarım/eser çizgisini netleştirmeye çalışan Yargıtay şu hükme varmıştır²⁰⁶: *"... Davaya konu anahtarlık tasarımının. 5846 Sayılı FSEK 1/B ve 4 maddeleri anlamında seri üretim yoluyla ticari kullanım amacını aşan ve işlevsel özelliğinin çok ötesinde, seyir hissi ya-*

²⁰⁴ BGH, ABAD'a yönlendirdiği ön görüş kararı için bkz. I ZR 96/22 (OLG Düsseldorf) <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/FR/2023/2023210.html> (erişim; 11.11.2024).

²⁰⁵ 11. HD, 01.11.2017, E. 2016/4056, K. 2017/5977. Karar düzeltme talebi de reddedilmiştir: 11. HD, 10.09.2019, E. 2018/580, K. 2019/5184.

²⁰⁶ 11. HD, 06.02.2017, E. 2015/12749, K. 2017/570.

ratmak üzere meydana getirilmiş **yüksek düzeyde estetik ve sanatsal vasfa** sahip bir tasarım olarak güzel sanat eseri sayılıp sayılamayacağı ...” bilirkişi marifetiyle belirlenmelidir. Başka bir karar da benzer ifadeleri içermektedir²⁰⁷: “... Davaya konu deri ceket modelinin, 5846 Sayılı FSEK 4/1- (4) fıkrası anlamında seri üretim yoluyla ticari kullanım amacını aşan ve işlevsel özelliğin çok ötesinde, seyir hissi yaratmak üzere meydana getirilmiş **yüksek düzeyde estetik vasfa sahip** moda tasarım alanında güzel sanat eseri sayılıp sayılmayacağı hususunda yeni bir bilirkişi heyetinden görüş alınarak ...”. Bu içtihat, Alman FM’nin 2013 tarihli Birthday Train kararından önceki içtihadına karşılık gelmektedir. İkinci kararda atıf yapılan *Kalender*, Birthday Train kararını incelemiştir. Alman FM ise anılan kararda has güzel sanat eserleri ile uygulamalı sanat eserlerinde aranan estetik değer çitasını esasen eşitlemiştir²⁰⁸.



Ülkemizde fikri mülkiyet - haksız rekabet kümülasyonu büyük bir soruna dönüşmüştür. Yargıtay, tescilsiz sınai ürünlerin “emek ilkesi” gereği haksız rekabet hükümleriyle korunacağını benimsemişti²⁰⁹. Yargıtay o kadar ileri gitmişti ki “tescilsiz buluşların” da emek ilkesi gereği haksız rekabetle korunacağını içtihat etmişti²¹⁰. Bu içtihat öğretide eleştirilmekteydi²¹¹. Eleştirileri de dikkate alan Yargıtay, son yıllarda isabetli bir şekilde bu içtihadını belirli ölçüde terk etmiş görünmektedir²¹². Öyle sanıyoruz ki içtiha-

²⁰⁷ 11. HD, 16.03.2017, E. 2016/2193, K. 2017/1563.

²⁰⁸ Bu konuda ayrıca bkz. **Nal/Suluk(Karasu)** 100-101.

²⁰⁹ Emek ilkesine ilişkin eski içtihat örnekleri için bkz. **Suluk**, Tescilsiz Ürünler 163 vd.

²¹⁰ Bu kararlardan birinde şu ifadeler kullanılmıştır: “... Buharlı ütü makinesinin İhtira Beratı Kanununa göre, patentinin alınmamış olmasının, bunu imal eden davacının makine üzerindeki haklarını Türk Ticaret Kanununun haksız rekabet hükümlerinden yararlanarak korunmasına bir engel teşkil etmemesine, ...”. Bkz. 11. HD, 28.12.1990, E. 8343, K. 8476 - **Eriş** 1084-1085. Başka bir olayda dava konusu tescilsiz ürünün buluş ve tasarım özellikleri bakımından Yargıtay şu ifadeleri kullanmıştır: “... Davalı tarafından üretilen Climaks markasını taşıyan sobanın davacı tarafından üretilen ‘De-longhi’ markasını taşıyan sobanın **dış görünüm, dizayn ve teknik sistem** yönünden aynıyet derecesinde benzemesi sebebiyle davalı eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine ...”. Bkz. 11. HD, 26.2.1996, E. 1996/769, K. 1996/1151. Aynı yönde 11. HD, 26.2.1996, E. 1996/770, K. 1996/1167 - **Suluk/Orhan**, C. III, 919. Tasarımlar yönünden daha yeni kararlar vardır. Örneğin HGK şu ifadeleri kullanmıştır: “Ülkemizde tasarım tescilleri TPE tarafından yapılmakta olup bir endüstriyel tasarımın 554 Sayılı KHK hükümlerine göre korunabilmesi için tasarımın tescil edilmesi gereklidir. Tescil ilkesi, tescilsiz tasarımların korunmayacağı anlamına gelmez. Tescilsiz tasarımlar genel hükümlere göre korunacaktır” Bkz. HGK, 26.3.2019, E. 2017/11-152, K. 2019/356. Aynı yönde HGK, 6.6.2018, E. 2017/11-99, K. 2018/1173.

²¹¹ **Aslan** 19 vd.; **Odman Boztosun**, Emek İlkesi 383 vd.; **Suluk**, Tescilsiz Ürünler 171 vd.;

²¹² Sonraki kararlarında da atıf alan konuya ilişkin Yargıtay’ın modüler su deposu kararı çok isabetlidir ve bu konuda yol göstericidir, karar düzeltme olduğu için de anlamlıdır: “... Davalı tarafca üretilen modüler depoların davacının ürünlerinin aynen taklidi olmadığı, bir kısım benzerliklerin de teknik

dın tortuları kalmıştır. Örneğin Kim Beş Yüz Milyar İster isimli TV program formatının, eser olarak korunmasa bile, “emek ilkesi” gereği haksız rekabet hükümleriyle korunacağı sonucuna ulaşılmıştır²¹³. Bu içtihadın istikrar kazandığı söylenemeyeceği için bir süre sonra taşların yerine oturacağını ümit ediyoruz.

Vurgulayalım ki Yargıtay’ın konuya ilişkin son yıllardaki ağırlıklı kararları ümit verici niteliktedir²¹⁴. Ancak zaman zaman “hafıza kaybı” yaşanması da endişe vericidir. Sözgelimi, cezai koruma bakımından Yargıtay 2009’dan sonra ve SMK’dan önce verdiği kararlarında özel koruma niteliğindeki mülga MarkHK’nın cezai yaptırıma ilişkin düzenlemesinin AYM tarafından iptali nedeniyle artık TTK’nın haksız rekabete ilişkin genel nitelikteki cezai hükümlerinin uygulanamayacağını içtihat etmişti²¹⁵. Ne var ki zamanın

zorunluluktan kaynaklandığı bilirkişilerce açıklandığına ve davalıların söz konusu ürünler üzerinde davacının haklı olarak kullandığı tanıtma vasıtalarıyla iltibas oluşturacak şekilde işaret ve benzeri tanıtma vasıtalarını kullandığı da belirlenemediğine göre, davacının üretime başlamasından uzun süre sonra aynı alanda faaliyete başlayarak modüler depo sistemlerini üretilip piyasaya sunan davalıların eyleminin, sadece, ürünün ilk kez davacı tarafca üretildiği ve emek ve sermaye harçayarak tanıtıldığından dolayı üstün hak sahibi olduğu gerekçesiyle aldatıcı hareket ve hüsniyet kaidelerine aykırı bir hareket olarak nitelendirilmesi doğru değildir”. Bkz. 11. HD, 21.03.2008, E. 2008/1816, 2008/3687. 2008 sonrasında Yargıtay’ın haksız rekabetin varlığı için iltibas aradığı karar örnekleri için bkz. 11. HD, 30.6.2015, E. 2015/1456, K. 2015/8754; 11. HD, 4.6.2015, E. 2014/10921, K. 2015/7758; 11. HD, 19.12.2014, E. 2014/11783, K. 2014/20103; 11. HD, 18.10.2018, E. 2016/10703, K. 2018/6467; 11. HD, 20.3.2018, E. 2016/7972, K. 2018/2136; 11. HD, 25.2.2019, E. 2017/4648, K. 2019/1511; 11. HD, 13.2.2018, E. 2016/7095, K. 2018/1019; 11. HD, 13.6.2017, E. 2016/1124, K. 2017/3694.

²¹³ 11. HD, 10.6.2013, E. 2011/12280, K. 2013/12047. Bu karar bozulduktan sonra tekrar yargılama yapılmış ve 249 sayfadadan oluşan *Kim Beşyüz Milyar İster?* isimli programın eser vasfında olduğu sonucuna varılmıştır. Bkz. 11. HD, 29.3.2016, E. 2015/7276, K. 2016/3447. Ancak eser vasfında olmayan bir fikri ürünün emek ilkesi gereği, iltibas şartı aranmadan haksız rekabet hükümleriyle korunacağı sonucuna ulaşılması sorunludur. Yargıtay’ın bu yönde başkaca kararları da vardır. Örnek olarak bkz. 11. HD, 09.05.2016, E. 2015/10650, K. 2016/5199.

²¹⁴ Ancak öğretilerde verilen yeni eserler, bu konuda kafaların hâlâ karışık olduğunu göstermektedir. Bkz. **Büyükkılıç** 101 vd.; **Bozgeyik / Er** 19 vd.

²¹⁵ Yargıtay 7. CD’nin emsal kararında şu ifadeler vardır: “Öte yandan 556 Sayılı K.H.K ya göre suç oluşturmamayan eylemin Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen haksız rekabet suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususunun da bu noktada ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, 1474’ üncü maddesi gereğince 01/01/1957 tarihinde yürürlüğe giren 6762 Sayılı TTK’nın 57’nci maddesinin 5’ inci fıkrasında; başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, işaret gibi tanıtma vasıtaları haklarına tecavüzün yanında, tescilli ve tescilsiz ayırımı yapmadan marka hakkına tecavüz de haksız rekabet suçu olarak tanımlanmış ve cezası 64’ üncü maddede belirtilmiştir. Bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra 3 Mart 1965 tarihinde yürürlüğe giren 551 Sayılı Markalar Kanunu’nun 47’ inci maddesinde de tescil edilmiş marka hakkına tecavüz halleri ayrı ayrı tanımlanmış ve yaptırımı da 51 ve 52’ inci maddelerde belirtilmiştir. Her iki düzenlemede de tescilli marka kullanma haklarına tecavüz halleri belirlenmekte ve yaptırıma bağlanmaktadır. Bu nedenle gerek Türk Ticaret Kanunu ve gerekse 551 Sayılı Markalar Kanunundaki düzenlemeyle korunan ortak değer, marka kullanma hakkından doğan haklardır. **Marka hakkına tecavüz fiillerinin unsurları her iki düzenlemede de**

geçmesiyle hafıza kaybı yaşanmış ve konu, vekiller tarafından ceza mahkemelerinin önüne tekrar getirildiğinde aksi yönde kararlar çıkmaya başlamıştır²¹⁶. Oysa mer'i SMK'ya göre marka suçları (m. 30) bir tarafa bırakılırsa sınai haklarla ilgili cezai koruma, yasa koyucu tarafından bilinçli bir şekilde dışlanmıştır. Bu konu, SMK'nın kabul görüşmelerinde Meclisin ilgili komisyonlarında tartışılmış ve Meclisin iradesi, marka hariç olmak üzere, cezai yaptırım olmayacağı yönünde tecelli etmiştir. Buna rağmen uygulamada patent, faydalı model ve tasarım gibi sınai haklar yönünden haksız rekabet hükümleri üzerinden ceza kararları verilebilmektedir.

Yargıtay 2022 yılında verdiği iki ayrı kararla fikri mülkiyet - haksız rekabet kümülasyonuna ilişkin içtihadını önce değiştirmiş, ardından eski içtihadına dönmüştür. 14.3.2022 tarihinde verdiği kararda şu tespiti yapmıştır²¹⁷:

... Markaların kendi özel yasası niteliğindeki 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (mülga 556 sayılı Marka KHK) hükümleriyle korunması ve 6102 sayılı TTK'nın 55/1-a-4 maddesindeki düzenleme karşısında, **Dairenin bu konudaki eski içtihatlarını sürdürme imkânı kalmadığından** ... davacının tescilli markasının benzerinin ... kullanılması ... aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiğine ilişkin gerekçesi yerinde görülmediğinden ...

Yargıtay, aynı yıl içinde 28.12.2022 tarihinde ise eski içtihadına dönerek şu kararı vermiştir²¹⁸:

aynıdır ve iki yasa birlikte uygulanamayacağından tam olarak oluşan yasa çatışması kuralları uyarınca sonradan yürürlüğe giren, tescilli markalara hukuki ve cezai koruma getiren 551 Sayılı Kanundaki düzenleme, TTK'nın 57/5 fıkra hükmünü tescilli markalarla sınırlı olmak üzere örtülü olarak yürürlükten kaldırmıştır. Bu kanun (551 sayılı kanun) da 556 Sayılı KHK'nın değişik 82' nci maddesiyle yürürlükten kaldırılmış bulunduğu ve **yürürlükten kalkan eski düzenlemeler canlanamayacağından sanığa atılı eylemi haksız rekabet suçunu da oluşturmamaktadır**". Bkz. 7. CD, 23.02.2009, E. 2007/14317, K. 2009/2264. Aynı yönde 7. CD, 08.06.2009, E. 2006/14405, K. 2009/6834; 7. CD, 18.10.2010, E. 2008/14106, K. 2010/15307.

²¹⁶ Örneğin, Bursa 6. Asliye Ceza Mahkemesi, bir imalat makinesinin ve bu makinenin imal ettiği ürün (peynir) tasarımı tescillerine dayanarak TTK'daki haksız rekabete ilişkin cezai hükümlerini işleterek mahkumiyet kararı vermiştir. Bkz. Bursa 6. ACM, 06.02.2018, E. 2016/721, K. 2018/97: "... Katılan tarafından geliştirilen ve bir pazar yaratılan katılan firma ile özdeşleştirilmiş bir ürünü herhangi bir teknik zorunluluk olmamasına karşı tüketiciler nezdinde karıştırılmaya neden olacak şekilde piyasaya sunduğu, böylece atılı haksız rekabet suçunu işlediği anlaşılmakla bu suçtan eylemine uyan TTK'nın 55/1.a.4 maddesi yollamasıyla 62/1-a-son maddesi uyarınca ... sanığın ... cezalandırılmasına, ...". Karar içeriğinde her ne kadar karışıklığa yol açacağından söz edilse de profesyonel tüketici grubuna hitap eden, karışıklığa yol açması imkânsız olan büyük bir makinenin tescilli tasarımına ve yine bu makinenin imal ettiği ürünlerin (peynirlerin) tescilli tasarımına ilişkin bu karar istinaf mahkemesince de onanarak ceza hükmü kesinleşmiştir. Bkz. Bursa 5. BAM, 27.11.2019, 2018/2469, K. 2019/3081.

²¹⁷ 11. HD, 14.3.2022, E. 2019/5189, K. 2022/1852. Bu kararın bir kritiği için bkz. **Pekdincer/Toprakkaya** 275, özellikle 323 vd.

²¹⁸ 11. HD, 28.12.2022, E. 2021/4883, K. 2022/9613.

... (Fikri mülkiyete ilişkin) özel hukuki düzenlemelerin korudukları konu ile haksız rekabetin koruduğu konu farklıdır. Şöyle ki, bir markanın taklit edilmesi marka hakkına zarar verebileceği gibi haksız rekabete de yol açmaktadır. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere ayırt edici işaretlerin ayrı ayrı sayılmış olması, fikri mülkiyete ilişkin düzenlemelerle haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez. ... / ... (Fikri mülkiyet korumasıyla haklar korunur) iken, haksız rekabet hukukunun konusu, dürüstlük ilkesine aykırı ticaret yöntem ve uygulamalarına karşı emek ilkesi uyarınca, işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeğin korunmasıdır. Yani, korumanın dayandığı ilkeler birbirinden farklıdır. ... İki grup hükmün öngördüğü kriterler birbirinden farklı olduğundan birinin uygulanmasının diğerinin uygulanmaması veya tam tersini gerektirmediği, eğer şartları varsa her iki mevzuatın yan yana veya birinin diğerinin yokluğunda uygulanabileceği vurgulanmıştır Böylece haksız rekabet koruması fikri haklar korumasını tamamlayan bir konumda olmayıp bağımsız ve kendi kurallarını takip eden bir koruma olduğundan haksız rekabet kaynaklı talepler fikri haklar korumasından bağımsız olarak ileri sürülür. O halde korumanın şartları mevcut olduğu halde haksız rekabet hükümleri fikri mülkiyet hukukuna ilişkin hükümler yanında doğrudan ve birinci dereceden uygulama alanı bulur. ...

Bu kararın da ardından Yargıtay 24.12.2024 tarihli yeni bir karar vererek fikri mülkiyet-haksız rekabet kümülasyonu olmayacağını içtihat etmiştir²¹⁹:

... Dairemizin daha önceki bazı kararlarında da benimsediği üzere (Yargıtay 11.HD 14.03.2022 gün ve 2019/5189-1852 sayılı, yine 22.04.2021 gün ve 2021/89-3054 sayılı kararları) somut olay bakımından 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile haksız rekabet hükümlerinin birlikte uygulanmasını gerektiren **kümülatif korumanın uygulama alanı kalmadığı** ...

İlk iki karar marka, üçüncü karar ise tasarımla ilgili olmakla birlikte bu kararlar, fikri mülkiyetin diğer alanlarına da uygulanabilir niteliktedir. Nitekim kararların içeriklerinde fikri mülkiyetin geneline ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Karar değişikliğinin sıklığı dikkate alınırsa Yargıtay'ın kafası karışıktır.

Kümülatif koruma ilkesi uygulanacaksa, Yargıtay'ın ikinci kararında sözü edilen **şartların varlığı halinde haksız rekabet korumasının fikri mülkiyet korumasının yanında ve onunla birlikte birinci derecede korunur** tespitinin sınırları iyi çizilmeli ve **kümülatif koruma, iltibasla sınırlı tutularak** emek ilkesi devreye sokulmamalıdır. Şöyle ki fikri mülkiyetle ve haksız rekabetle "korunan değer" farklıdır. **Haksız rekabetle aslında "fikri ürün" korunmaz; dürüst ve hakkaniyetle yapılması gereken "serbest rekabete zarar veren davranışlar" yasaklanır.** Yani haksız rekabetin

²¹⁹ 11. HD, 24.12.2024, E. 2024/1266, K. 2024/9319.

konusu, fikri ürün olmayıp, *eylemin gerçekleşme biçimidir*. Bu nedenle öğretilde haksız rekabet, “piyasa davranış hukuku” olarak nitelendirilmiştir²²⁰. Bizatihi taklit değil, *taklidin gerçekleşme biçimine* bakılarak bir sonuca varılır. Bu da bizi taklidin değil, *iltibas ve dürüst ticari davranışa aykırı eylemlerin* haksız rekabetin konusu olduğu noktasına taşır²²¹.

Özetle, kümülatif koruma ilkesi, her bir koruma modelinin amaçlarına uygun olduğu hallerle sınırlanmalıdır²²². Aksi tutum, fikri ürün sahibinin bireysel çıkarları ile toplumun genel menfaat dengesini, ürün sahibi lehine bozacaktır. Bunun da ötesinde fikri mülkiyet/haksız rekabet ilişkisinde olduğu gibi fikri mülkiyet koruması işlevsiz hale gelecek ve korumanın altında yatan felsefe (*Birinci Bölüm, III, C*) bertaraf edilmiş olacaktır. Daha açık bir deyişle sistem tasarlanırken öngörülen fren mekanizmaları boşaltılacak ve bugün yaşandığı üzere koruma “krize” dönüşecektir.

D. AÇIKLIK VE KESİNLİK SORUNU

Fikri mülkiyet hakları, sahibine tekeli yetkiler verdiğine göre bu hakların kapsama alanı ve sınırları belirli olmalıdır. Üçüncü kişi, ticaretini yaparken hangi hakkın hangi kapsamda ve sınırdaki koruma verdiğini belirleyebilmeli ve korunmayan alanda serbest ticari faaliyetlerini sürdürebilmelidir. Serbest ve adil rekabet bunu gerektirir. Serbest ticaretin önündeki mayınlara benzeyen fikri mülkiyet hakları, üçüncü kişilerin hukuk güvenliğini tehdit etmemelidir. Her geçen gün mayın sayısı artmaktadır. Temel sorun ise mayınların etki alanlarının belirsizliğidir. Günümüzde neyin eser, hangi işaretin ayırt edici, korumanın hangi unsurları kapsadığı, hangi markaların iltibasa yol açtığı gibi hususlar adeta bilmece çözmeye benzemektedir. Bu durum, serbest ticaret zemininde faaliyet gösteren oyuncuların hukuk güvenliğini tehdit etmektedir.

Metinlerin kaleme alınışındaki hatalar da belirsizliği beslemektedir. Öğretilde²²³ işaret edildiği üzere koruma kapsamı ile tecavüz analizi örtüş-

²²⁰ Şehirali Çelik, Haksız Rekabet 17-18 ve dph 58’de anılan yazarlar.

²²¹ Şehirali Çelik, Haksız Rekabet 53-55. Tasarım/haksız rekabet kümülasyonunu ele aldığı monografisinin sonuç bölümünde; “... hükümlerin birbirini işlevsiz hale getirmeyecek şekilde ... uygulanmaması, ... fikri mülkiyet korumasını işlevsiz hale getirebilecek yorumlardan kaçınılması ...” gereğini vurgulayan yazar, taklit eyleminin *per se* haksız rekabet sayıldığı uygulamadan yakınlıkla, *per se* taklidin haksız rekabet teşkil etmediğini, bu bağlamda 6102 sayılı TTK ile yeni bir dönemin açılmasını ümit ettiğini belirtmektedir. Bkz. s. 375-377.

²²² Bu konuda bazı görüşler için bkz. Schovsbo 14-15.

²²³ Çolak, Patent 827-828.

melidir. Bu nedenle de düzenlemelerde iki ayrı hüküm yerine konu bir yerde düzenlendikten sonra artık ona atıf yapılmakla yetinilmelidir; bu konuların iki kez kaleme alınmasındaki farklılıklar çelişkilere ve tereddütlere yol açmaktadır. Hukukumuzda markaların koruma kapsamı (SMK 7) ve tecavüz analizi (SMK 29) ayrı ayrı düzenlenmiştir. Aynı yöntem tasarımlar (SMK 59 ve 81) ve patentler (SMK 85 ve 141) için de uygulanmıştır. Bunlara patentlere dolaylı tecavüz gibi hükümler de ilave edilmelidir. Bu düzenlemelerde tam bir uyum yoktur. Yasa koyucu aynı şeyi iki kez düzenlerken farklı ifadeler, hatta farklı hükümler vazederek çelişkili düzenlemelere gidebilmekte, bu da hangi eylemin hangi kapsamda ve hangi durumda tecavüz teşkil ettiği hususunda farklı uygulamalara yol açabilmektedir.

Tabiatı gereği fikri ürünlerin soyut niteliği, sözünü ettiğimiz belirsizliği artırmaktadır. Fikri ürüne yapılan katkıları üst üste konulan tuğlalara benzetirsek konulan her bir tuğlanın kalınlıkları birbirinden farklı olacaktır. Sorun şu ki tuğlalar birbirinden ayrıştırılabilirken fikri ürüne yapılan katkılar, genellikle eşyanın/işin tabiatıyla iç içe geçerek kaynaşmaktadır. İşte bu kaynaşma yüzünden “sıradan”, “genelin üstünde”, “amacın üstünde”, “sektörün norm ve gelenekleri”, “özel” veya “özgün” katkıları belirlemek güçleşmektedir.

Fikri mülkiyet haklarının soyut niteliğinin yanında alanın teknik karakteri yüzünden uzmanlık gerektirmesi de sınırların belirlenmesini zorlaştırmaktadır.

Tescil aşamasında özellikle patentlerde istemlerin kapsamı sorun teşkil eder ve patent vekili ile uzman arasında adeta bir hukuk savaşı yaşanır. Benzer durumlara bazı marka başvurularında da şahit olunabilir. Mahkemeler nezdinde ise uzun ve çok bilinmeyenli yargılamalar sonucunda çizginin belirginleştirilme faaliyeti yürütülür. Başta davanın hangi yönde şekilleneceğinin kestirilememesi hukuki belirsizliğe bir kanıttır. Ülkemizdeki yargılama istasyonlarının üçe (ilk derece, BAM ve Yargıtay) çıkması, dosyaların pinpon topu gibi bu istasyonlar arasında gidip gelmesine yol açarak belirsizliği çoğaltmıştır.

Son yıllarda kümülatif koruma ilkesinin geniş ve yaygın yorumu nedeniyle belirsizlik katsayısı artmıştır. Büyük işletmeler tarafından sistemin sınırları zorlanarak (patent hukukundaki jargonla) “evergreening stratejileri” üzerinden kötüye kullanımlar belirsizliği besleyen diğer bir faktördür. Bu tespitimiz telif, marka, tasarım ve patentlerin tamamı bakımından geçerlidir.

Şimdi her bir koruma kategorisinde belirsizlik sorununu biraz daha açalım:

i) Telif: Sınai haklardan farklı olarak telifte bir tescil mekanizması yoktur²²⁴. Bu da neyin eser olarak korunduğu ve hak sahipliği hususlarında belirsizlik oluşturmaktadır. Bunun için tescilli fikri ürünler, kopya olsun veya olmasın benzer fikri ürünlere karşı koruma verirken tescile tabi olmayan telif (ve tescilsiz tasarım), sadece kopyalamaya karşı korunmak suretiyle bir dengeleme yapılmıştır. Tescile tabi haklardan farklı olarak eserler için “yenilik” kriteri de aranmaz.

Fikri yaratıcılığın/hususiyetin hangi fikri ürünlere yansıdığı hangilerine yansımadığı fotoğraf, veri tabanı ve bilgisayar programı gibi bazı eser türleri bakımından büyük bir sorundur. Örneğin düğün ya da haber amaçlı çekilen fotoğrafların eser olmadığı genel kabuldür. Fakat bu kategorik yaklaşım bizi hatalı sonuca götürür; her somut olayda fotoğrafa hususiyetin yansıyıp yansımadığı kontrol edilmelidir²²⁵. Yansımanın kabulü halinde bunun sınırlarını, dolayısıyla ihlalin olup olmadığını tayin etmek daha da güç bir iştir. Yerel bir mahkemenin eser saymadığı bir fikri ürüne istinaf ve/veya yüksek mahkeme eser diyebilmektedir. Bunun tersi de geçerlidir. Örneğin, izleyicilerden birinin, bir konseri esnasında Bob Marley’in aşağıda görseli verilen anlık ve tek kare fotoğrafını çekmesi halinde hususiyet fotoğrafa yansımış mıdır sorusuna Zürih Kanton Yüksek Mahkemesi ile İsviçre Federal Mahkemesi tümüyle farklı cevaplar vermiştir²²⁶. Davaya konu fotoğraf dünya çapında ün yapmış ve milyonlarca kez poster olarak kullanılmıştır. İsviçre telif hukukunda eserler için fikri yaratıcılık aranır. Buna göre kişi, fikri ürüne şahsi mührünü vurmalıdır. Bunun için geliştiricinin biçimlendirme alanı, yani hareket özgürlüğü bulunmalıdır. Işık dağılımı, kontrast, derinlik, netlik, kullanılan perspektif, çekim tekniği, nesnenin seçimi ve kombinasyonu ile ışık kontrastları arasındaki bağlantı gibi bir dizi faaliyetle kişi fikri yaratıcılığını fotoğrafa yansıtır. Konuya oldukça konservatif yaklaşan Zürih Kanton Yüksek Mahkemesine göre şipşak/anlık pozda bu söylenenler mümkün değildir. Federal Mahkemeye göre ise belirli bir tekniğin kullanılması otomatikman özgünlüğü sağlamaz. Fakat anlık

²²⁴ FSEK 13’teki kayıt ve tescil formalitelerinin, hakkın doğumu bakımından bir işlevi yoktur; sadece hakkın takibi ve idari önlemler için düşünülmüştür.

²²⁵ Bu yaklaşımdan hareketle Yargıtay bir olayda düğün fotoğraflarının “eser” mahiyetinde olduğunu benimsemiştir. Bkz. HGK, 24.6.2020, E. 2017/11-134, K. 2020/474.

²²⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, 1. HD, 5.9.2003, 4C.117/2003. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. **Parlak Börü** 97-110.

pozda olduğu gibi bir fotoğrafçılık tekniğinin kullanılmaması o çalışmayı hemen koruma dışına da itmez; önemli olan zihinsel düşüncenin dışı vuruşunda özgün bir sonuca ulaşılmasıdır. Daha açık deyişle “doğru anın seçimi” fotoğrafa özgünlük katabilir.

Şekil 9: Bob Marley’in Dava Konusu Fotoğrafı²²⁷



Fotoğraflar üzerinden örneklediğimiz belirsizlik sorunu pek çok eser kategorisinde yaşanabilmektedir. AB hukukunda fotoğrafların yanında bilgisayar programları ile veri tabanları sorun alanları olarak görülmüş ve bu fikri ürün türlerine hususiyetin/orijinalitenin nasıl yansıtılabileceği, daha doğrusu nelerin kontrol edileceği özel olarak düzenlenmiştir (AB Bilgisayar Yönergesi 1/3; AB Veri Tabanı Yönergesi 3/1; AB Süre Yönergesi 6). Sorun alanları bunlarla sınırlı olmayıp, FSEK 2/3’te öngörülen *ilmi ve teknik mahiyet* ve FSEK 4’teki *estetik değer/sanatsal özellik* gibi kriterler eser ile eser mahiyetinde olmayan fikri ürün ayırımını zorlaştırmaktadır.

Telifte objektif şart/objektifleştirme/algınlabilirlik ise uygulamada çok fazla sorun çıkarmamaktadır (*İkinci Bölüm, I, A, 3*).

ii) Marka: AB ve Türk hukukunda daha önce marka siciline işaretin *grafiksel gösterim*²²⁸ şartı; AB’de 2015, Türkiye’de de 2017 yılında SMK ile birlikte kaldırılmıştır. Bunun yerine; “... marka sahibine sağlanan korumanın konusunun **açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması** ...” şartı getirilmiştir (SMK 4). Bu esnek tutum daha fazla işaretin marka olabilmesini sağlarken belirsizliğin de artmasına

²²⁷ <https://www.wallpaperflare.com/bob-marley-dreadlocks-microphone-action-concert-one-person-wallpaper-hxdvk> (erişim; 28.2.2025).

²²⁸ ABAD, grafiksel gösterimin kriterlerini Sieckmann kararında ele almıştır. Bkz. ABAD, C-273/00, 12 December 2002 - Sieckmann, paras. 27 vd.

yol açmaktadır. Ses ve koku gibi fikri ürünlerin yanında tatların da marka olabilmesi tartışmaya açılmıştır. Markalardaki “açıklık ve kesinlik” konusu aşağıda (*Üçüncü Bölüm, I, B, 3*) ayrı bir başlık altında incelenecektir.

iii) Tasarım: Diğer fikri ürünlere kıyasla tasarımlar daha belirlenebilir vaziyettedir. Çünkü tasarımlar temelde görme duyumuza hitap eder. İstisnai halde dokunma duyumuz da devreye girebilir (SMK 55/1). Fakat fiziki varlığı olan bir ürün/eşya tasarlandığı veya ona uygulandığı için tasarımların algılanması, diğer fikri ürünlere kıyasla daha kolaydır.

Tasarımlardaki sorun daha ziyade yenilik ve ayırt edicilik özelliklerinin hangi unsurlara/kısımlara yansıdığı konusunda yaşanmaktadır. ABGM’nin Lego kararında²²⁹ vurgulandığı üzere, bir tasarım ancak tüm özellikleri koruma dışındaysa hükümsüz kılınabilir; bazı özellikleri koruma kriterlerini karşılamasa bile bazıları karşılıyorsa tescil ayakta tutulur. İşte bu senaryoda korumanın hangi unsurlarla sınırlı olduğunun belirlenmesi bir soruna dönüşebilmektedir. Lego örneğini devam ettirirsek; esasen Lego tuğlaları patentle korunmuş ve uzun zaman önce koruma süresi dolmuştur. Bunun üzerine pek çok rakip firma, Lego tuğlalarıyla birleşebilen kendi ürünlerini piyasaya çıkarmıştır. Sıralı koruma peşindeki Lego firması ise 2010 yılında bunların modüler özelliğini tasarım olarak tescil ettirmiş, talep üzerine EUIPO tarafından bu tescil hükümsüz kılınmış ve nihayet 2021 yılında ABGM, modüler özelliğin tasarımla korunacağına (Tasarım Tüzüğü 8/3), yeniliğin bu modüler sistemin kendisinde olduğuna hükmetmiştir. Böylece rakiplerin, temiz gördükleri ticari zeminleri bir anda kirlenerek kayganlaşmış ve hukuk güvenlikleri yok olmuştur. İlave edelim ki ABAD, teknik fonksiyon nedeniyle Lego tuğla tasarımlarının marka olamayacağına hükmetmiştir²³⁰. Ortodoks yaklaşım penceresinden bakılsa bile Lego tuğlalarının, teknik fonksiyonellik karşısında eser sayılma olasılığı mümkün görünmemektedir.

iv) Patent: Diğer fikri ürünlere kıyasla patentlerde koruma kapsamını belirlemek daha kolaydır. Çünkü korumanın kapsamı istemlerle belirlenir ve istemler, kelimelerle tarif edilir. İstemlerin yorumunda tarifname esas alındığı gibi tarihsel süreçte yorum kuralları belirginleştirilmiştir.

Buna rağmen özellikle eşdeğer ve dolaylı tecavüz gibi müesseseler güçlük çıkarmaktadır. Elbette her alanda olduğu gibi patentler yönünden de

²²⁹ ABGM, T-515/19, 24 March 2021 - Lego, paras. 37-38.

²³⁰ ABAD, C-48/09 P, 14 September 2010- Lego v. OHIM.

sınırlar test edilmektedir. En son EPO, 2021 yılında simülasyonların patentlenebilirliğini kabul etmiştir²³¹.

Teliftekine benzer şekilde patentlerde objektifleştirme/algınabilirlik ise uygulamada çok fazla sorun çıkarmamaktadır.

VII. SINIRLARIN BELİRLENMESİ

Serbest piyasa ekonomilerinde asıl olan serbest rekabet iken koruma istisnadır. Koruma getirilirken neyin amaçlandığı iyi tespit edilmek suretiyle haklar tanınmalı ve bu hakların sınırları da özenle çizilmelidir. Örneğin marka koruması, karışıklığı önlemek için getirilmiştir. Bu nedenle bir başkası, ticaretin dışında ifade özgürlüğü kapsamında sözgelimi eleştiri veya parodi amacıyla markayı (eseri, tasarımı, patenti) kullanabilmelidir²³². Yine ticari nitelikte olmayan kullanımlar istisna kapsamına alınmalı, fakat markanın itibarına zarar verebilecek ticari amaç taşımayan üçüncü kişi kullanımları da önlenerek şekilde sistem tasarlanmalıdır. Bu yapılırken de fikri mülkiyet koruması ile ifade özgürlüğü arasındaki gerilim içtihat hukukunda iyi yönetilmelidir²³³.

Fikri mülkiyet haklarının sınırları belirlenirken temel hak ve özgürlükler ile rekabet hukuku gibi alanlardaki ilke ve kurallar devreye girebilir ve sınırların belirlenmesinde işlev görebilir. Bu tür hukuki araçlar, fikri mülkiyet korumasının amacı doğrultusunda işlevine uygun şekilde fonksiyon icra etmesine katkı verir²³⁴. Ancak dışarıdan yapılacak müdahaleler bilinçli olmalı ve (ülkemizde haksız rekabet üzerinden yaşandığı üzere) bilinçsizce müdahalelerden kaçınılmalıdır.

Bir elbisenin bedene uydurulmasına benzer şekilde bir ülkede ilgili hakkın amacına uygun biçimlendirilmesinin iki boyutu vardır: *i) Hukuki Tasarım*: Yasalarla hakkın tanınması, süre, istisna ve sınırlamaların oluşturulması, *ii) Uygulama*: Somut olayda yasaya uygun yorum. Esasen “terzilik”, daha doğrusu günümüzdeki “konfeksiyon” faaliyeti yasa koyucunun işidir.

²³¹ EPO Genişletilmiş Temyiz Kurulu, 0001/19, 10.3.2021 - Pedestrian Simulation Decision - <https://www.epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/g190001ex1> (erişim; 11.9.2024).

²³² Marka hukukunda parodi istisnası içtihatla geliştirilmiştir. Bkz. **Jacques** 1 vd. AB telif hukukunda parodi istisnası düzenlenmiştir (Bilgi Toplumu Yönergesi 5/3-k). Telifteki parodi istisnası için bkz. **Jacques**, Parody Exception in Copyright 1 vd. 2024/2822 sayılı AB Tasarım Tüzüğünde parodi istisnasına yer verilmiştir (m. 20/1-e). Mevzuatımızda ise bu istisnaya yer verilmemiştir.

²³³ Bu konuda bilgi için bkz. **Geiger** 268 vd.

²³⁴ **Geiger** 278 vd.

Ortaya çıkan elbisenin, ilgili kişinin bedenine uyup uymadığının provası-
nı/yorumunu da öğretiden destek alarak her bir somut olayda yargı yapar.

i) Yasayla Hakların Sınırlarının Belirlenmesi: Yasa koyucular, tercih edecekleri *hukuk politikaları* ışığında fikri ürünleri koruma altına alırken birtakım kurallar benimseyerek hangi fikri ürüne ne tür koruma verileceğini, korumanın istisnalarını (*exceptions*) ve sınırlarını (*limitations*) düzenler²³⁵.

Yasa koyucu, serbest piyasaya yasalarla müdahale ederek hak sahibinin bireysel çıkarları ile toplumun genel menfaatini dengelemeye çalışır. Bir yandan koruma üzerinden fikri ürün geliştirilmesi teşvik edilirken diğer yandan demokratik toplumlardaki **temel haklardan** olan ifade özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, haber ve bilgi edinme özgürlüğü, eğitim özgürlüğü, kültüre erişim²³⁶ ve kamu sağlığı gibi saiklerle korumaya istisna ve sınırlamalar getirilir. Temel haklardan olan mülkiyet hakkının bir cüzü kabul edilen fikri mülkiyet hakları ile diğer temel haklar arasındaki gerilimin giderilerek **menfaatlerin dengelenmesi** yasa koyucunun işidir. Ekonomik açıdan yasa koyucu, TTK 54/1’de işaret edilen *rekabete bütün katılanların menfaatlerini*, verdiği koruma ve korumaya getirdiği istisna/sınırlamalarla dengeler. Tekrar pahasına vurgulayalım ki **fikri mülkiyet koruması, toplumun genel menfaati için benimsenmiştir**²³⁷. Koruma kapsamıyla ve istisna/sınırlamasıyla bir bütün olarak mevcut fikri mülkiyet sisteminin, tarihin süzgecinden geçerek yapılan pazarlıklar sonucunda benimsendiği de hatırla tutulmalıdır.

Uluslararası anlaşmalar, bu dengeleme çalışmasında yasa koyucuların manevra alanlarını büyük ölçüde sınırlamış vaziyettedir. Bunda TRIPS’in etkisi büyüktür. Son yıllarda özellikle ikili ve çok taraflı serbest ticaret anlaşmalarıyla bu alan daha da daraltılmaktadır.

²³⁵ Belirtelim ki bu konu tam bir *hukuk politikası* meselesi olmasına rağmen uluslararası anlaşmalar-daki ülkelerin taahhütleri dikkate alındığında yasa koyucuların manevra/biçimlendirme alanları önemli derecede daralmıştır. Bu yüzden günümüzde gelişmişlik düzeylerinden bağımsız olarak ülkelerin fikri mülkiyet yasaları “Matruşka Bebekleri” gibi birbirine benzemektedir. Telif hakları yönünden konuyu inceleyen bir çalışma için bkz. **Ateş**, Milletlerarası Hukuki Himaye 156 vd. Yine de uluslararası taahhütlerin verdiği ölçüde detayda farklı tercihler yapılabildiğini not edelim. Örneğin, TRIPS’te minimum on yıl olarak öngörülen tasarım koruması, ABD’de tescilden itibaren on beş, AB-Türk hukukunda ise başvurudan itibaren yirmi beş yıldır. Patent hukukundaki deneme amaçlı kullanım Avrupa ülkelerinde ve ülkemizde (SMK 85/3-a) kabul edilmişken ABD’de bu sınırlama yoktur (35 U.S.C. § 271). Bu konuda ayrıca bkz. **Hubbard** 1955-1957. TRIPS esnekliklerini (*TRIPS flexibilities*) konu alan ve gelişmekte olan ülkeler için rehber mahiyetindeki Birleşik Krallık kökenli bir rapor için bkz. http://www.iprcommission.org/graphic/documents/final_report.htm (erişim; 14.5.2024).

²³⁶ **Ginsburg**, Copyright Exceptions 22.

²³⁷ **Welfens/Addison/Audretsch/Gries/Grupp** 138; **Correa** 301.

Şekil 10: Türk Hukukunda İstisna ve Sınırlama Hükümleri

Eser ve Bağlantılı Haklar	FSEK	FSEK’te öngörülen korumaya <i>esas, yer ve süre</i> itibarıyla istisna ve sınırlamalar getirilmiştir: m. 26, 27 - Süreler m. 31 - Mevzuat ve İçtihatlar m. 32 - Nutuklar m. 33 - Temsil serbestisi m. 34 - Eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler m. 35 - İktibas serbestisi m. 36 - Gazete münderecatı m. 37 - Haberin içinde eserlerin kullanımı m. 38 - Şahsi kullanım m. 39 - Bestekarlara tanınan haklar (yürürlükten kaldırıldı) m. 40 - Kopya ve teşhir m. 41 - Umuma açık mahallerde kullanım m. 42, 42/A, 42/B - Meslek birliklerinin kurulması, tarife tespitleri ve denetimleri m. 43 - Yayın ve iletime ilişkin sınırlamalar m. 46 - Devletin faydalanma yetkisi m. 47 - Kamuya mal etme (kamulaştırma) m. 82 - Bağlantılı haklarla ilgili sınırlamalar m. 86/2, 87 - Resim ve portreler Ek m. 2 - Kişi, yer ve yeni tanınan haklara ilişkin sınırlamalar Ek m. 11 - Engelliler Geçici m. 2 - Müktesep haklar m. 34/1, 38/1, 38/7, 80/sondan ikinci fıkra - Üç adım testi
Marka	SMK	m. 3 - Korumadan yararlanacak kişiler m. 5 - Mutlak tescil engelleri m. 6 - Nispi tescil engelleri m. 7 - Marka hakkının istisnaları m. 8 - Markanın başvuru eserlerinde yer alması m. 23 - Koruma süresi m. 26 - İptal halleri m. 28 - Sona erme halleri
Patent	SMK	m. 3 - Korumadan yararlanacak kişiler m. 82 - Patentlenebilirliğin istisnaları m. 85 - Hakkın sınırları m. 87 - Önceki kullanımdan doğan hak m. 88 - Kanuni tekel m. 101- Süre m. 113-122 - Çalışan buluşları m. 124 - Gizli patent m. 128 - Lisans verme teklifi m. 129-137 - Zorunlu lisans

Tasarım	SMK	m. 3 - Korumadan yararlanacak kişiler m. 58 - Koruma dışı haller m. 59 - Hakkın sınırları m. 60 - Önceki kullanımdan doğan hak m. 69 - Süre m. 73, 74 - Çalışanların tasarımları
Sinai Haklar	SMK	m. 152 - Sessiz kalma m. 153 - Dava açılmayacak kişiler m. 155 - Önceki hakların etkisi

Yukarıdaki tabloya, sadece fikri mülkiyet hukukumuzdaki istisna ve sınırlamaya ilişkin hükümleri koyduk. Bazı maddelerde ise hakkın kendisi tanımlanırken onun istisna ve sınırlamasına da yer verilebilmektedir. Bu düzenlemeleri tabloya dahil etmedik. Örneğin FSEK Ek m. 8'de *sui generis* veri tabanı hakkı tanınırken, bu hakkın on beş yılla sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır. Yine SMK 32'de garanti ve ortak marka teknik şartnamesine aykırı kullanımlar iptal nedenidir. Marka olabilecek işaretler (SMK 4), tasarım ve ürün (SMK 55) tarifini yapan hükümlerde olduğu gibi bazen de yasa koyucu, bazı işaretleri ve ürünleri dışlayarak sınır çizgisi getirmektedir.

Yasa koyucular istisna ve sınırlamaların bazılarını ilgili hak kategorisindeki (telif, marka, patent, tasarım) tüm haklar yönünden benimserken bazen de sadece bir hak için (örneğin, telifteki bilgisayar programları veya veri tabanları, patentte ilaçlar gibi) öngörmüştür. Bunlardan ilkinde *yatay (horizontal)* ikincisine de *dikey (vertical)* istisna/sınırlama denir.²³⁸ Bazen de yasa koyucular ilaçlardaki ek koruma sertifikası ve veri imtiyazına benzer şekilde *ilave koruma* öngörebilir.

Temelini Bern 9/2'den alan telifteki²³⁹ genel sınırlama niteliğindeki *üç adım testi (three steps test)* gereği telif hukukunda istisna ve sınırlamaların kanunla tek tek gösterilmesi zorunludur (FSEK 37, 38/1, 80/sondan ikinci fıkra). Üç adım testi, patentlerde de uygulanabilir niteliktedir (TRIPS 30)²⁴⁰.

Bu istisna ve sınırlamaların kabulü, birer *hukuk politikası* meselesidir. Bu yüzden **kuvvetli/zayıf fikri mülkiyet korumasını tercih eden ülke ayrımı** yapılır. Uluslararası taahhütlerin verdiği esneklik çerçevesinde yasa koyucular bu konularda bazı saiklerle tercihlerde bulunur. Bazen de ülkeler örfi,

²³⁸ Margoni 86; Sganga 315.

²³⁹ Telif haklarıyla ilgili *üç adım testine*, Bern'i izleyen metinler olan TRIPS 13, WCT 10, WPPT 16/2, Pekin 13/2 ve Marakeş 11'de de yer verilmiştir.

²⁴⁰ Bkz. Senftleben, Three-Step Test 407 vd.

dini, ahlaki inanış ve anlayışları gereği farklı tercihlere yönelir ve bunlar hukuku şekillendirir. Örneğin, iş yapma yöntemleri ve bilgisayar programlarında ABD daha liberal tutum sergilerken AB daha dar bir yaklaşım içindedir. Bu tercihler yüzünden bir istisnanın konusunu oluşturan fikri ürün, kriterleri karşılarsa bile koruma devreye girmez. Sözgelimi, telif hukukunda kanunlar ve mahkeme kararları istisna kapsamındadır²⁴¹. Oysa Napolyon Kanunu olarak da bilinen 1804 tarihli Fransız Medeni Kanununun edebi dili yoğun bir hususiyete sahiptir. Ancak yasa koyucular, kamu menfaati düşüncesiyle bu tür fikri ürünleri birinin tekeline bırakmayı uygun bulmamıştır. Yine yakın bir tarihe kadar kamu sağlığı düşüncesiyle pek çok ülke ilaçları patent dışında tutmuştur²⁴². Ne var ki araştırmacı ilaç şirketlerinin yoğun lobi faaliyetleri sonucunda TRIPS ile birlikte dünya genelinde yasa koyucular politika değişikliğine gitmiştir. Hatta bu yüzden TRIPS'in kazananının araştırmacı ilaç şirketleri olduğu görüşü savunulur²⁴³. Normal şartlarda eser sayılmaması gereken bilgisayar programları politik tercihler nedeniyle telif şemsiyesi altına alınmıştır (TRIPS 10/1, WCT 4; AB Bilgisayar Programı Yönergesi; FSEK 2/1). Bugünlerde teknolojik meydan okumalar karşısında yapay zekânın eğitimi ve yapay zekâ ürünleri bağlamında telif hakları yoğun olarak tartışılmakta ve elbisenin kaç beden olacağına karar verilmeye çalışılmaktadır²⁴⁴.

²⁴¹ Ancak FSEK 31 hükmü geniş yorumlanamaz. Bu yüzden istatistik, yıllık ve rapor gibi kamu kurum ve kuruluşlarının sair yayınları hususiyet taşımak kaydıyla korumadan yararlanılır. Bkz. **Hırş**, Fikri Say 37. Nitekim Yargıtay TSE'nin standartlarıyla ilgili bir olayda şu kararı vermiştir: "*Mevzuat*" kavramı, ilgili resmi kurum ve kuruluşlarca tabi oldukları mevzuat gereği hazırlanarak kamuya duyurulması gereken ve uygulayıcılar ile muhatapları bakımından da düzenleyici hükümler içeren mevzuat ile sınırlı olup, ilgili resmi organlarca yapılan uzun araştırma, çalışma ve mesleki tecrübelerin bir araya getirilmesini amaçlayan kurum içi faaliyetlerin yayınlanmasının ise anılan istisna hükmünün dışında tutulması gerekir. Bu durumda, 5846 sayılı FSEK 2. maddesi uyarınca ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilen TSE standartlarının aynı Kanun'un 31. maddesi kapsamında eser hakkında kaynaklanan korumanın istisnası niteliğinde bulunup bulunmadığı hususu ..." araştırılmalıdır. Bkz. 11. HD, 23/11/2017, E. 2016/3747, K. 2017/6526. Benzer şekilde Yargıtay, ÖSYM sorularının da eser korumasından yararlanacağı görüşündedir. Bkz. 11. HD, 24.4.2000, E. 2000/2206, K. 2000/3387. Belirtelim ki Wittem Grubunun Avrupa için hazırladığı öneri metninde şunlar telif korumasına tabi değildir (m. 1/2): (1) Uluslararası anlaşmalar ile bunların tercümeleri dahil olmak üzere yasal, idari ve yargısal niteliği bulunan metinler, (2) Kamu otoritelerince yayımlanan resmi dokümanlar. Bkz. <https://www.ivir.nl/nl/projecten/european-copyright-code/> (erişim; 19.7.2024). *De lege ferenda* Wittem Grubunun metni amaca çok daha uygundur.

²⁴² İkinci Dünya Savaşı sonrasında gelişmekte olan bazı ülkeler ilaçta patent korumasını ya zayıflatmışlar ya da tamamen kaldırmışlardır. DTÖ/TRIPS öncesi Paris Konvansiyonuna taraf ülkelerin %50'sinden fazlası ilacı patent dışında bırakmıştır. Bkz. **Straus** 213. TRIPS öncesinde ilaçlarda zayıf patent korumasını benimseyen ülkeler şunlardır: Hindistan, İspanya, Yunanistan, Mısır, Sovyetler Birliği, Peru, Portekiz, Fas, Çin, Venezuela ve Şili. Şu ülkeler ise ilacı tamamen patent dışında bırakmışlardır: Türkiye, Kore, Brezilya, İran, Meksika, Avustralya ve Kolombiya. Bkz. **Eren-Vural** 110-111.

²⁴³ **Reichman** 247; **CIPR** 29.

²⁴⁴ Fikri yaratıcılığı teşvik maksadıyla yüksek düzeyde telif koruması öngörülmüşken (örneğin, AB Bilgi Toplumu Yönergesi m. 2 ve Gerekçe 9), direksiyon tam ters yöne kırılarak yapay zekânın eğitimin-

ii) Yasayla Tanınan Hakların Yorum Yoluyla Sınırlarının Belirlenmesi: Soyut nitelikte fikri mülkiyet haklarının yasayla tanınması ve bunların istisna ve sınırlarının belirlenmesi sorunu çözmede yeterli değildir. İnsan zekâsının meydana getirdiği fikri ürünlerin çeşidi, karmaşık doğası ve öngörülen ilkelerin soyut niteliği, hemen her somut olayda bu ilkeler uygulanırken yoğun bir yorumlamayı ve çözümlemeyi gerektirir²⁴⁵.

Demek ki yasa koyucu, soyut nitelikteki genel ilkeleri koyar ve bu ilkelerin yorumunu doktrin ve içtihadı bırakır. Yorumcular, çerçevesi yasalarla çizilen sınırlar içinde hareket ederek sonuca varmalıdır. Ancak zaman zaman sapmaların olduğu da bir gerçektir. Örneğin öğretide ABD patent hukukunda yasada öngörülen yenilik ve buluş adımına ilişkin koruma kriterlerinin mahkemelerce esnetilmek suretiyle çıtanın düşük tutularak aslında kabul edilmesi gereken hükümsüzlük davalarının reddedildiğinden şikâyet edilmiştir²⁴⁶. Benzer şekilde 331 adet kararı inceleyen *Beebe*²⁴⁷, ABD marka hukukunda mahkemelerin marka iltibas konusunda sorunlu yaklaşımına dikkat çekmiştir. Şöyle ki markalar arasında iltibas değerlendirmesi yapılırken *tüm faktörler* dikkate alınmalıdır. Oysa *Beebe*'nin araştırma sonuçları gösteriyor ki bir alışkanlık halinde mahkemeler, bir iki faktörü nazara alarak diğer faktörleri iltibasın varlığına delil/dayanak olarak kullanma eğilimindedir. *Beebe*, kararlarda ciddi sapmalar olduğunu gözlemlemiştir²⁴⁸. *Beebe*'nin araştırmasını emsal alan *Fhima/Denvir* de AB marka hukukunda benzer bulgulara ulaşmışlardır²⁴⁹. *Anemaet* de aynı sonuca varmıştır²⁵⁰.

Özetle, elinizdeki çalışmanın konusunu oluşturan yorum yoluyla koruma kapsamını belirleme faaliyeti, sanıldığından da güç bir iştir²⁵¹ ve her bir somut olaya bağlı olarak her bir fikri ürün kategorisinde uzman kişilerin değerlendirme yapmasını gerektirmektedir²⁵². Bu çalışma, zikredilen

de kullanılan içeriklerin korunmayacağı yönünde sinyaller gelmeye başlamıştır. Ancak bu terse yöneliş sadece yapay zekâ gibi teknolojilerle sınırlıdır, yoksa korumada bir geriye gidiş yoktur. Bkz. **Suluk**, Dijitalleşme ve Yapay Zeka, YBHD, S. 2/2025'te yayımlanacak.

²⁴⁵ Zira çağdaş yasaların en belirgin özelliği soyutluk olup kazuistik yöntem tarih olmuştur.

²⁴⁶ **Barton** 1933. Ayrıca bkz. **Hubbard** 1945.

²⁴⁷ **Beebe**, Multifactor 1601 vd., özellikle 1619.

²⁴⁸ **Beebe**, Multifactor 1651.

²⁴⁹ Yazarların incelediği ABAD kararlarının %60'ı iltibasın bulunduğu yönünde çıkmıştır. Bkz. **Fhima/Denvir** 321-322.

²⁵⁰ **Anemaet**, Real Consumer 1017.

²⁵¹ Telif haklarında orijinalliğin belirlenmesindeki zorluk hakkında ayrıca bkz. **Rosati**, Originality 59 vd.

²⁵² Bu yüzden ülkemizde yasa koyucu, fikri mülkiyet alanına özgü ihtisas mahkemeleri kurulmasını öngörmüştür (FSEK 76/1; SMK 156/1-2). Hatta uygulamada kantarın topuzu kaçırılarak hemen her dosyanın mahkemelerce bilirkişilere havale edildiğine şahit oluyoruz.

belirlemenin ilkelerine ve teorik alt yapısına özgülenmiştir. Yasa koyucunun politik tercihleriyle ilgili olan hak tanıma, istisna ve sınırlamaların incelenmesi ise çalışmamızın boyutlarını aşmaktadır.

VIII. DİĞER FİKRİ ÜRÜNLERİN KORUMA KUVVETLERİ

Bu çalışmada en yaygın uygulaması olan telif, marka, tasarım ve patent konuları incelenmiştir. Fikri mülkiyet hakları bunlarla sınırlı olmadığı gibi bu haklara benzer koruma modelleri de vardır.

A. MARKA HARİCİNDEKİ AYIRT EDİCİ AD VE İŞARETLER

Marka, mal/hizmetleri ayırt eder. Ticari hayatta mal/hizmetten başka birbirine karıştırılabilecek ad ve işaretler de vardır; coğrafi işaret, geleneksel ürün adı, alan adı, ticaret unvanı ve işletme adı bu kabildendir²⁵³. Marka niteliğinde olmasa bile mal/hizmet kodu, simge, sembol, amblem veya maskot gibi ayırt etmeye yarayan işaret ve adlandırmalar da bu kapsamdadır. Yine ayırt edici nitelikteki eser adları da burada anılabilir. Gerek sosyal gerekse ticari hayatın giderek karmaşılaşmasına bağlı olarak sınırlı sayıda olmayan bu unsurlar artış gösterme eğilimindedir.

Markalara ilişkin yaptığımız açıklamalar coğrafi işaret, geleneksel ürün adı, alan adı, ticaret unvanı ve işletme adı gibi sair ayırt edici ad ve işaretlere uygulanabilir niteliktedir. Örneğin, markalardaki jenerikleşme tehlikesi coğrafi işaretlerde de görülür. Bir yandan markanın tanınmışlığı koruma kabuğunu kalınlaştırırken diğer yandan jenerikleşme korumayı tümüyle bertaraf eder. Gerçekten coğrafi işaretlerde de bir yandan işaretin adı ürünle özdeşleşmesi gerekirken diğer yandan işaretin adı jenerikleşmemiş olmalıdır.

B. FAYDALI MODELLER, ENTEGRE DEVRELER VE YENİ BİTKİ ÇEŞİTLERİ

Faydalı model koruması, patent hukukunun bir parçası olduğundan ilgili bölümde anlatılanlar bu koruma modeli için de prensipte geçerlidir. Bu husus pozitif hukukumuza da yansımıştır (SMK 145).

Teknolojik ürünlerle ilgili entegre devre ve yeni bitki çeşidi gibi koruma alanları da patentlerle benzeşmektedir. Bu nedenle patentlere ilişkin açıklamalarımız bu hak kategorileri bakımından da uygulanabilir niteliktedir.

²⁵³ Konuyu bu yönüyle inceleyen bir monografi için bkz. **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler 17 vd.

C. KNOW-HOWLAR VE TİCARİ SIRLAR

Telif bölümünde (*İkinci Bölüm, I, D, 1*) vurguladığımız üzere, tarihsel süreçte fikri mülkiyet koruması kurgulanırken “ilmi mülkiyet” başlığı altında “fikirlerin korunması” tartışılmış, fakat soyut fikirlerin korunmayacağı kararlaştırılmıştır²⁵⁴. Elbette bu durum know-how ve ticari sır gibi bilginin dolaylı yollardan korunmasını bertaraf etmemiştir. İlaçlara özgü veri imtiyazı, (hukukumuzda olmayan) ek koruma sertifikası (*SPC*) ve telif haklarındaki *sui generis veri tabanı* gibi doğrudan korumalar ise bunun istisnasını oluşturur.

Hukukumuzda know-howlar ile ticari sırların özel bir yasası yoktur. Bunlara genel hüküm niteliğindeki TTK’nın haksız rekabete ilişkin hükümleri uygulanır. Ticari sırlar, haksız rekabete ilişkin hükümler arasında özel olarak düzenlenmiştir (TTK 55/1-b-3; 55/1-d).

Know-how, bir işin nasıl yapıldığını bilmedir (*know how to do it*). Hukukta know-how, ticari hayatla sınırlı olarak ele alınmaktadır. Yani paketin içinde ekonomik ve teknik bilgiler vardır²⁵⁵. Bu bilgilerin bir kısmı açık bir kısmı da gizli olabilir. Paketin içindeki bilgiler patentlenebilir olabileceği gibi patente eşlik edecek nitelikte de olabilir²⁵⁶. Öğretide know-howdan söz edilebilmesi için bilgilerin herkesçe kolayca elde edilmesinin mümkün olmaması, patent kapsamına alınmamış ve üçüncü kişilere aktarılabilir olması kriterleri aranmaktadır²⁵⁷.

Know-howın konusu belirlenebilir nitelikteyse hukuki işlemlere ve şirkete sermaye olarak konulabileceği kabul edilmektedir²⁵⁸. Bilginin kendisi değil, onun somutlaştığı plan, proje ve prototip gibi fikri ürünler know-howın konusunu oluşturur²⁵⁹.

Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce know-how mutlak hak olmayıp sadece fiili bir durum yaratır²⁶⁰. Pozitif bir düzenleme olmadığı sürece fikri mülkiyet korumasında subjektif bir haktan söz edilemez. Eş deyişle **fikri mülkiyet hakları bakımından *numerus clausus* kuralı ge-**

²⁵⁴ **Hirş**, Fikri Say 16, 18-19; **Hirş**, Sınai Haklar 134-136

²⁵⁵ **Kırca** 245; **Öğüz** 20 vd.

²⁵⁶ Bkz. **Öğüz** 12 vd.

²⁵⁷ **Kırca** 245-247; **Öğüz** 20 vd.

²⁵⁸ Bilgi için bkz. **Yusufoğlu**, Sermaye 85 vd.

²⁵⁹ **Yusufoğlu**, Sermaye 89.

²⁶⁰ Aynı yönde **Kırca** 249, 251.

çerli olup bunlar mevzuatta sayılanlardan ibarettir ve yorum yoluyla genişletilemez²⁶¹. Dolayısıyla özel olarak düzenlenmediği sürece, know-how bir fikri mülkiyet hakkı olarak nitelendirilemez.

Diyelim ki hukukumuzda ilaçlar yönünden SPC koruması kabul edilmediği için böyle bir koruma yorum yoluyla tanınamaz; bunun için yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Yine dünyadaki genel kabule uygun bir şekilde hukukumuzda insan katkısı olmayan yapay zekâ ürünleri koruma altına alınmamıştır. Bu tür ürünler, haksız rekabete veya başkaca düzenlemelere sokularak koruma verilemez. Aksi halde yasa koyucunun belirlediği bireysel çıkar - kamunun menfaat dengesi bozulur.

Marka, patent ve tasarım gibi sınai haklar, sahiplerine münhasır yetkiler verirken know-how ve ticari sırlar inhisari yetkiler vermez. Telif hakları ve tescilsiz tasarımlar, münhasır nitelikte olmakla birlikte *sadece kopyalamaya karşı* koruma verir. Tam da bu gerekçeyle telif haklarında çifte yaratım ilkesi²⁶² benimsenmiştir. Anılan ilke, telif hukukundan tescilsiz tasarım korumasına da aktarılmıştır (SMK 59/2). Buna karşılık sınai haklarda suçlanan ürünün, (tesadüfen de olsa) davacının ürününe benzemesi ihlal için yeterli olup kopyalama aranmaz. Bu nedenle de tescile tabi sınai haklarda çifte yaratım ilkesi uygulanmaz. Bu sert yaklaşım, daha kısa süre sınırlaması ve *ön kullanım hakkıyla*²⁶³ yumuşatılmıştır.

Hukukumuzda know-how özel olarak düzenlenmemiştir. Paketin içindeki bilgiler özel olarak korunmasa bile TTK'nın haksız rekabet hükümleriyle korunabilir. Şu kadar ki bu korumanın konusu, serbest rekabette "haksızlık yapılmasıyla" sınırlıdır. Yoksa emek ilkesinden hareketle paketdeki bilgiler üzerinde sanki bir fikri mülkiyet (Hirş'in sözünü ettiği "ilmi mülkiyet") hakkı varmışçasına bir korumadan söz edilemez. Aksi halde haksız rekabet koruması, fikri mülkiyet korumasını ikame etmeye başlar. Haksız rekabet korumasının amacı, *iltibas ve sair dürüstlük kurallarına aykırı davranışları* bertaraf etmektir; paketin içindeki bilgiler üzerinde *mülkiyet hakkı* tanımak değildir. Tam da bu nedenle öğretilde haksız rekabet, "*piyasa davranış hukuku*" olarak nitelendirilmiştir²⁶⁴. Yani **haksız rekabet koruması, eylemin konusunu oluşturan bilginin kendisi olmayıp,**

²⁶¹ Aynı yönde **Kırca** 249; **Şehirali Çelik**, Haksız Rekabet 15, 62; **Öğüz** 17, 19. Krş. **Yusufoğlu**, Sermaye 21.

²⁶² İlke hakkında bilgi için bkz. *İkinci Bölüm, I, F.*

²⁶³ Ön kullanım hakkında bilgi için bkz. **Suluk(Karasu/Nal)** 53-54.

²⁶⁴ **Şehirali Çelik**, Haksız Rekabet 17-18 ve dpn 58'de anılan yazarlar.

bilginin elde ediliş ve kullanım biçimiyle sınırlıdır. İltibas ve dürüst ticari davranışa aykırı eylemler haksız rekabet teşkil eder. Dürüst ticari davranışlara aykırı şekilde bilgilerin izinsiz kullanılması haksız rekabettir. Yani fikri mülkiyetin ve haksız rekabetin koruduğu hukuki konu/değer birbirinden farklıdır.

Telif haklarına ve tescilsiz tasarımlara benzer şekilde burada da çifte yaratım kuralı geçerli olup, bir başkası aynı ya da benzer bilgi paketi oluşturabilir ve bunları dilediği gibi kullanabilir. Bunun da ötesinde tersine mühendislik gibi yollarla kamuya sunulmuş bilgilerden istifade edilebilir. Önceki bilginin sahibi, iltibasın varlığını, espionaj gibi yollarla kendisine ait paketteki bilgilerin sızdırıldığını ispatlamalıdır. Yine kendisine emanet bırakılan kalıp ve benzeri iş ürünlerinden izinsiz yararlanma da haksız rekabet teşkil eder.



Ülkemizde özel bir ticari sır yasası yoktur. Bankacılık, bilgi edinme, iş, rekabet ve sigortacılık gibi sektörlerde dönük yasalarda ticari sırlara ilişkin dağınık şekilde düzenlemeler vardır. Bu düzenlemelerde sır, üretim sırrı, iş sırrı, meslek sırrı, müşteri sırrı ve ticari sır gibi kavramlar serpiştirilmiş vaziyettedir. Örneğin haksız rekabete ilişkin TTK'da *üretim ve iş sırrı* (m. 55), *üretim ve ticaret sırrı* (m. 62) kavramları kullanılırken, AŞ'lere ilişkin *iş ve işletme sırrı* (m. 404) ifadesi tercih edilmiştir. Bugünlerde ülkemizde ticari sırlara ilişkin müstakil bir kanun hazırlığı yürütülmektedir.

Öğretide ticari sır; *“bağımsız ekonomik bir değeri olan veya iktisadi faaliyetlerde sahibi lehine bir rekabet avantajı sağlayan, aleni olmayan (sadece sınırlı bir çevrede bilinen) ve sahibinin gizli kalmasını istediği her türlü bilgi şeklinde”* tanımlanmıştır²⁶⁵.

Konumuz özelinde; gerek know-how gerekse ticari sır, ne kadar özgün ve kapsamlı olursa korumanın kuvveti o kadar derin ve geniş olur. Özetle, *“ne katarsan onun karşılığını alırsın”* prensibi, (yasa koyucular fikri mülkiyet haklarından kabul etsin veya etmesin) fikri ürünlerin geneli bakımından geçerlidir.

²⁶⁵ **Bilge**, Ticari Sırlar 5. Benzer bir tanım için bkz. **Sulu** 12.

İKİNCİ BÖLÜM TELİF HAKLARI

I. TELİF HAKLARINDA KORUMAYI HAKLI KILAN UNSUR: FİKRİ YARATICILIK / HUSUSİYET

A. HUKUKUMUZDA “ESER” SAYILMANIN ŞARTLARI

1. Genel Olarak

Her bir fikri ürünün koruma altına alınmasına imkân olmadığı gibi gerekli de değildir. Hatta koruma üçüncü kişilerin özgürlük alanını hak sahibi lehine sınırladığı için her fikri ürüne koruma vermek sakıncalıdır¹. Bu yüzden Alman hukukunda koruma çıtası yüksek tutulmak suretiyle *belirgin fikri yaratıcılık* (*distinct intellectual creation*)², *yaratıcı ayırt edicilik* (*creative distinctiveness*)³ gibi kavramlar üzerinden eser koruması kurgulanmıştır. Aşağıda açıklanacağı üzere Alman hukukundaki yüksek seviyeye karşılık AB hukukunda eserler için ortalama düzeyde bir koruma çıtası, İngiliz hukukunda ise düşük koruma düzeyi benimsenmiştir. AB’nin uyarısı üzerine Almanya’da bu çıtanın düşürüldüğüne, Birleşik Krallık’ın da yükseltmesi gereğine işaret edilmiştir⁴.

Kültürel ve sanatsal ilerlemeyi sağlamak için yasa koyucular fikri ürün geliştirmeyi teşvik ve ödüllendirme maksadıyla “eser” korumasını benimsemiştir. Aynı saikle kültür ve sanata yatırım yapan girişimcilere de “bağlantılı haklar” tanımıştır. Teknolojideki meydan okumalar karşısında hukukun nasıl şekil alacağı belirsizliğini koruyor. İnsan gibi düşünme yeteneği kazanmaya başlayan yapay zekâ benzeri programların veya nesnelerin

¹ Hırş, Fikri Say 12.

² Rahmatian, Assignments 293. Reklam sloganları, avukat dilekçeleri, kullanım kılavuzları ve muhasebe programları gibi fikri ürünlerin “eser eşliğine” ulaşmasında Alman içtihadında yaratma seviyesinin yüksek tutulduğuna ilişkin bkz. Kervankıran, Reklam Sloganları 302-303. Reklam sloganlarının eser ve marka hukuku bakımından değerlendirilmesi için bkz. Yıldız, O.A., Reklam Sloganları 207 vd.

³ Rosati, Originality 139.

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0199:FIN:EN:PDF> (erişim; 26.11.2024).

meydana getirdiği ürünlere hukuki koruma tanınmamaktadır. En azından dünya genelindeki mevcut hukuki statü şimdilik böyledir⁵.

Pozitif düzenlemelerde neyin “eser” olduğu sorusuna yanıt verilmekte, pek çok hukuk düzeninde bilinçli olarak eserin işlevsel bir tanımının yapılmasından sakınılmaktadır. FSEK’teki işlevsel olmayan tanıma göre *eser, sahibinden özellik/hususiyet taşıyan ve FSEK’te sayılan kategorilerden birine giren fikri ürünlerdir* (m. 1/B-a).



Hukukumuzda bir fikri ürün, “eser” vasfını kazanabilmesi için üç şartı birlikte karşılamalıdır (FSEK 1/B-a)⁶:

- i) *Şekli Şart*: FSEK’te sayılan eser kategorilerinden birine dahil olmalı,
- ii) *Objektif Şart*: Üçüncü kişiler tarafından algılanabilecek düzeyde şekillenmiş olmalı (objektifleştirilmeli),
- iii) *Esas (Subjektif) Şart*: Sahibinin hususiyetini taşımalı.

2. Şekli Şart

Bern Konvansiyonu, eserin tanımını vermediği gibi ne olduğunu da söylememekte, sadece eserin somutlaştığı kitap ve dergi gibi cisimler ile konferans ve vaazları saymakla yetinmektedir (m. 2). Maddede “gibi” ifadesi kullanılarak sayımın sınırlı olmadığına işaret edilerek ülkelerin eli serbest bırakılmıştır. Bazı ülkeler (Türkiye ve İngiltere gibi) sınırlı sayıma giderken bazıları (ABD, Almanya ve Fransa gibi) da örnekleme yöntemini tercih etmiştir. Öğretide, madde hükmünde zikredilen kitap, risale benzeri çalışmaların *eser olduğu karinesinin* doğacağı, aksini iddia edenin bunu ispatlaması gerekeceği kabul edilmektedir⁷.

Bern 2/1’deki düzenlemeden hareketle Levola kararında ABAD edebi, bilimsel ve sanatsal alanda olmak kaydıyla ifade biçiminin ne olduğuna bakılmaksızın tüm fikri ürünlerin eser olabileceğine işaret etmiştir. SAS kararına atıfla da fikir, usul, yöntem ve matematik formülü gibi unsurları dışarıda bırakmıştır⁸.

⁵ AB hukukunda da durum böyle olmakla birlikte Birleşik Krallık’ta bilgisayar programının geliştirdiği ürünleri düzenleyen kişiler eser sahibi kabul edilmektedir (CDPA 3/1-b). Fazla bilgi için bkz. **Rosati**, Orijinalite 65-66.

⁶ **Nal/Suluk(Karasu)** 74.

⁷ **Ayiter**, Fikir 39 ve orada anılan yazarlar.

⁸ ABAD, C-310/17, 13 November 2018 - Levola Hengelo, para. 39.

Bazı ülke hukuklarına benzer şekilde FSEK’te eserler, kategorilere ayrılmış olup dört sınıfta toplanmıştır: *i)* ilim-edebiyat, *ii)* musiki, *iii)* güzel sanat, *iv)* sinema. *Numerus clausus* ilkesiyle belirlendiği için hukukumuzda bu dört kategoriye girmeyen bir fikri ürün eser kabul edilmez. Ancak bu dört kategorinin altındaki sayım sınırlı değildir. Sayım yüzünden sözelimi multimedya ürünler ya da happening olarak bilinen yeni türler hukukumuzda sorun teşkil eder. Yine bugünkü anlayışa göre tatlar ve kokular eser sayılmaz⁹. Yarın anlayış değişse bile bunların, dört kategoriden birine girme ihtimali bulunmadığından yasa değişikliğine ihtiyaç vardır. Buna karşılık sinema eserleri içinde sayılmayan müzik klipleri ya da TV şovları, bu kategorinin karakteristiği olan işitsel-görsel niteliği nedeniyle hususiyet taşıyorsa sinema eseri sayılır. Müzik kliplerinin sinema özelliği, onun müzik eseri olarak korunmasına mani değildir.

3. Objektif Şart

Fikri ürünlerin somut bir varlığı yoktur. Bunlar dış âleme çizgi, şekil, desen, renk kompozisyonu, güzel sesler, tınılar, bir şiir ya da hikâye olarak yansır. Üçüncü kişilerin algılayabilmesi ve üzerinde tasarruf edilebilmesi¹⁰ için bunlar genellikle kâğıt, tuval, film şeridi, CD, taş ve ahşap gibi objelere yansıtılarak ete kemiğe büründürülür. Ancak her şeyin dijitalleşmeye başladığı günümüzde eserler de dijitalleşmektedir. Dijitalleşme, fikri ürünlerin eser vasfına zarar vermez.

Telif hukukunda doğal koruma vardır. Buna göre korumanın doğumu bakımından sınai haklardakinin aksine kayıt, tescil ve tevdi gibi formaliteler aranmaz. Bu yüzden patent hukukundaki *beklenen hak* aşaması telif hukukunda yoktur. Bununla birlikte hakkın doğumu için fikri ürüne hususiyetin yansıtılması ve üçüncü kişilerce algılanabilir seviyede eserin şekillendirilmesi/biçimlendirilmesi şarttır. İşte **fikri ürünün üçüncü kişilerce algılanabilir olmasına objektifleştirme/somutlaştırma** denir. Ortaya

⁹ Buna karşılık bazı hukuk düzenlerinde durum farklıdır. Örneğin bir olayda Hollanda mahkemesi parfüm kokusunu eser kabul etmiştir. Bkz. **Ateş**, Eser 37-38.

¹⁰ Bazı yazarlar bu şartla ilgili “temellüke elverişli mal/meta”, “iktisaden istifadeye sunma”dan söz etmektedir. Örneğin **Hırş**’e göre fikri ürün, temellüke elverişli bir mal olduğu takdirde hukuken önem kazanır. Bkz. Fikri Say 11-12 ve Sınai Haklar 6. Yazar bununla, biçimlendirmeyi/objektifleştirmeyi kastetmiş olmalıdır. **Arslanlı** da iktisadi istifadeye sunmadan söz etmektedir. Ancak yazar, isabetli bir şekilde iktisaden istifade edilemeyen eserlerin de koruma göreceğini belirtmektedir. Bkz. s. 4. Kanaatimizce iktisaden istifadeye elverişli olma gibi bir şart yoktur. Eserin iktisadi bir değer taşıması gerekmez. Yazarların kastı, iktisadi istifade de dahil olmak üzere *kullanıma elverişlilik*, yani *hakimiyet altına alabilme/kontrol edebilme/tasarrufa elverişlilik* olsa gerektir.

konulan ifade, belirlilik ve kesinlik bağlamında süreklilik arz edecek şekilde olmalıdır. Bu özellik, ifade biçiminin kalıcı olmasını gerekli kılmassa da ortada yeterli kesinlik ve objektiflikte belirlenebilen bir sonuç bulunmalıdır¹¹.

Objektifleştirme hem hak sahibinin yetki sınırını hem de üçüncü kişilerin serbest alanını tayin ettiği için ilgililere *hukuk güvenliği* sağlar. Gerçekten de telif konu eserin koruma kapsamı kesin ve belirlenebilir olmalıdır ki üçüncü kişilerin hukuk güvenliği sağlanabilsin¹². Marka mevzuatının aksine (SMK 4) bu husus telif hukukunda düzenlenmese bile işin doğası bunu gerekli kılar. ABAD, tam da bu gerekçeyle **bir gıda ürününün tadının kesin ve nesnel bir şekilde belirlenemeyeceğini** gerekçe göstererek dava konusu peynir ve ot tadının “eser” vasfında olmadığına hükmetmiştir¹³. ABAD, başkaca kararlarında da fikri ürünün “eser” olabilmesi için insanlar tarafından idrak edilebilirlik/belirlenebilirlik/objektifleştirme şartını aramıştır¹⁴.

Şekil 11: Objektifleştirme



Şekillendirmeden/objektifleştirmeden maksat, fikri ürünün fiziki olarak kayıt altına alınması olmayıp¹⁵, üçüncü kişilerin idrakine sunulmasıdır. Nasıl ki patentlenebilir buluş için objektifleştirme¹⁶ gerekliyse eserler için de fikri ürün, onu meydana getirenin hayalinde, kafasının içinde kalmamalı, üçüncü kişilerin algılayabileceği şekilde dışa vurulmuş, yani bi-

¹¹ ABAD, C-310/17, 13 November 2018 - Levola Hengelo, paras. 40-41; ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, para. 32.

¹² ABAD, C-310/17, 13 November 2018 - Levola Hengelo, paras. 40-41; ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, paras. 32-33.

¹³ ABAD, C-310/17, 13 November 2018 - Levola Hengelo, paras. 42-46.

¹⁴ ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, para. 32; ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, paras. 22, 25.

¹⁵ **Ayiter**, Fikir 105-106. Bern Konvansiyonu, fikri ürünün *tespit* edilmesini eserin koruma şartı olarak aranıp aranmayacağı hususunda taraf ülkeleri serbest bırakmıştır (m. 2/2). Genel olarak Anglosakson ülkelerinde tespit aranırken Kıta Avrupası ülkelerinde aranmaz. Bilgi için bkz. **Ateş**, Eser 41 vd.

¹⁶ Patent hukukunda da önce buluşçunun zihninde canlanan buluş; tarif, resim ve çizim gibi ifade araçlarıyla objektifleştirilir, yani üçüncü kişilerce algılanabilir hale getirilir. Bkz. **Ortan**, İşçi Buluşları 53-54; **Suluk**, Çalışan Buluşları 19-20.

çimlendirilmiş olmalıdır. Bu yüzden bir ressamın beyninin içindeki tablo düşüncesi, bu düşünceleri bir arkadaşına açıklasa bile koruma devreye girmez. Çünkü fikri ürün henüz fikir aşamasındadır ve üçüncü kişilerin idrakine sunulmamıştır. Zira resimler, *konusarak* üçüncü kişilerin algısına sunulamaz. Buna karşılık Anadolu'da doğaçlama yapan aşıkların atışmasıyla oluşturulan şiir, konuşma/nutuk, söylev ve müzik gibi fikri ürünler, hususiyet taşımak şartıyla atışmanın yapılmasıyla eser olarak korunur. Çünkü bu sayılanlar dil ile ifade edilebilir. Tekrar pahasına vurgulayalım ki sinema ve güzel sanat gibi tabiatı gereği cisimde somutlaşanlar hariç olmak üzere, hukukumuzda fikri ürünün herhangi bir cisme kaydedilmesi, tespit edilmesi aranmaz. Tespit (*fixation*) şartı, daha ziyade Anglosakson hukuk sistemlerinde görülür¹⁷.

Demek ki **şekillenme olgusu, göz ve kulak gibi farklı duyu organlarımıza hitap eden fikri ürün türüne bağlı olarak değişir**. İlim-edebiyat eserleri sözlü veya yazılı **kelimelerle**, musiki eserleri **seslerle**, güzel sanat eserleri **çizgi ve şekillerle**, sinema eserleri de **görüntülerle** insanların idrakine/algısına sunulur. Yazılar *okunarak*, söz ve sesler *duyularak*, çizgi ve şekiller *bakılarak*, görüntüler *izlenerek* algılanabilir. Örneğin sahnede müzik icra eden sanatçının fotoğrafı çekildiğinde müzik algılanamazken videosu algılanabilir. Buna karşılık bir tablonun fotoğrafı çekildiğinde algılama gerçekleşir.

Söz, ses ve hareketle üçüncü kişilerin idrakine sunulan eser türlerinde çalışmanın bir cisimde/objede somutlaşması/tespiti şart değildir¹⁸. Çünkü dil ile ifade olunan müzik, şiir ve konuşma gibi fikri ürünler, ağızdan çıktığı anda üçüncü kişilerce algılanabilir. Buna karşılık bir mimarlık, heykel veya resim gibi güzel sanat eserlerinde durum farklı olup bunlar tabiatı gereği kâğıt, tuval, taş ve ahşap gibi cisimlerde somutlaşır¹⁹. Bu tür eserler ses, söz veya mimiklerle üçüncü kişilerin idrakine sunulamaz. Doğası gereği sinema eserleri de bir cisme tespit edilir (FSEK 5). Sinema eserleri bu yönüyle sahne eserlerinden ayrışır. Yapay zekâ, NFT ve metaverse gibi yeni teknolojilerden faydalanılarak geliştirilen veya işlenilen fikri ürünlerin bilgisayar veya cloud gibi mecralarda tutulması, diğer şartların varlığı halinde bunların eser vasfını etkilemez. Vurgulayalım ki eser, bir objede somutlaşsa bile

¹⁷ Bu konuda ayrıntı için bkz. **Ateş**, Eser, 38-45.

¹⁸ **Arslanlı 13; Ateş**, Eser 58.

¹⁹ Gerçi yeni dijital teknolojiler ışığında bu anlayış kırılmaya başlamıştır. NFT, bir eserin dijital format olarak benzersiz olduğunu onaylayan ve blokzincir teknolojisi kullanılarak dijital defterde depolanan veri birimidir. Simülasyonlar aracılığıyla da bu tür eserler insanların idrakine sunulabilir. Geniş bilgi için bkz. **Oğuz/Çağlayan Aksoy/Özkan Üner 7 vd.; Arıkan 323 vd.**

fikri ürünün (telif hukuku) ve cismin (eşya hukuku) hukuki rejimleri birbirinden farklıdır. 1765 yılındaki makalesinde *Kant*, kitaplar üzerinden bu ayrıma özel vurgu yapar²⁰.

Koruma için umuma arz da gerekmez; tümüyle sahibinin gizlilik alanında kalan bir fikri ürün, yukarıda saydığımız kriterleri karşılıyorsa eser koruması devreye girer. Hatta alenileşenlere kıyasla umuma arz edilmeyen veya alenileşmeyen eserlerde koruma daha fazladır²¹. Zira alenileşmeyen bir eserden *her şekilde yararlanma* hakkı münhasıran eser sahibine ait olup FSEK'teki istisna ve sınırlamalar uygulama alanı bulmaz (FSEK 20/1). Oysa alenileşmiş bir eserden eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, FSEK'te mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir (m. 20/1). Örneğin, atölyesinde taşı yontarak meydana getirdiği heykeli, o heykeltraştan başka hiç kimse görmese de koruma devreye girer. Üstelik fikri ürüne hususiyetin yansıtılması gerekli ve yeterli olduğu için atölyedeki heykelin tamamlanması da aranmaz (FSEK 13/2).

Özetle **şekillenme bakımından eserin üçüncü kişilerce algılanabilir seviyede belirlenleştirilmesi/somutlaştırılması/biçimlendirilmesi/objektifleştirilmesi gerekli ve yeterlidir**. Ancak fikri ürünler, fikir aşamasında kaldığı/objektifleştirilmediği sürece koruma devreye girmez. Eser sahibinin beyninde/iç aleminde kalan bir çalışmanın hukuken korunmasına gerek de yoktur²². Aksi tutum üçüncü kişilerin hukuk güvenliğini de tehdit eder. **Korumanın devreye girmesi için eserin üçüncü kişilerin idrakine sunulabilir hale getirilmesi şarttır. Fakat bu şart, fiziki bir cisme tespit olarak da anlaşılmamalıdır**. İşin doğası gereği bazı eser türlerinin algılanması elbette cisimleştirmeyi gerektirebilir.

Objektifleştirme şartının anlaşılmasında Yargıtay'ın kararına konu Ahlat Kazısı iyi bir örnektir²³. Söz konusu olayda davacı, 1966 yılında hükümet izniyle gerçekleştirdiği kazıdan çıkan arkeolojik bulguları, doçentlik tezinde kullanmayı planlamaktadır. Davalı, davacının kazıda ortaya çıkardığı arkeolojik bulguların izinsiz bir şekilde fotoğraflarını çekerek krokilerini hazırlamış ve bunları kitap olarak yayımlamıştır. Yargıtay, bu olayda arkeo-

²⁰ *Kant* 227 vd.

²¹ Rıza olsun veya olmasın eser sahibinin gizlilik alanından eserin çıkması *umuma arz*dir. *Alenileşme* için rıza aranır. Eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının hak sahibinin izniyle satış ve dağıtım gibi yollarla umuma arz edilmesine *yayımlama* denir (FSEK 7, 23). *Umuma arz*, *alenileşme* ve *yayımlama* kavramları hakkında geniş bilgi için bkz. *Ateş*, Makalelerim 201 vd.

²² *Arslanlı* 42; *Ateş*, Eser 32.

²³ 4. HD, 1.7.1977, E. 1976/5913, K. 1977/7617 - YKD, C. IV, S. 12/1978, s. 1959 vd.

lojik bulguların eser olmadığını²⁴ ve davacının doçentlik tezinin de henüz yayımlanmadığını, **eser meydana getirme fikrinin düşünce aşamasında kaldığını (objektifleştirilmediğini)**, bu yüzden (Hirş ve Arslanlı'nın eserlerine atıfla) telif ihlali olmadığını gerekçe göstererek davayı reddetmiştir. Başka bir olayda bir antik kent, davacının yayınladığı makalede harita üzerinde gösterilmiş iken davalının, yayınladığı makalede davacının adını belirtmeden antik kenti kendisinin bulduğunu belirtmesinde telif ihlali yoktur, fakat Yargıtay'a göre somut olayda haksız rekabet vardır²⁵.

4. Esas Şart

Eser korumasının esas şartı *hususiyet/fikri yaratıcılık* olup bu konu bir sonraki başlıkta açıklanacaktır.

B. HUSUSİYET KAVRAMI

Bir fikri ürünün “eser” sayılması için **orijinallik**²⁶ aranır. Eserlerde orijinalliği/hususiyeti anlatmak için hukuk düzenlerindeki terminoloji karmaşası bir tarafa, bu kavramın içini doldurmada adeta kaos yaşanmaktadır. Gerçekten *orijinalliğin belirlenmesi* uygulamada dünya genelinde büyük bir soruna dönüşmüştür. Eserlerde aranan orijinallik adeta patinajlı yol gibidir. Yolu düşen herkes de patinaj çekmektedir.

1. Terminoloji

Arapça kökenli olan “**eser**” lügatte; “*alamet, nişan, bir şeyin vücuduna delalet eden şey yanında, bir kişinin vücuda getirdiği, telif veya icat ettiği şey*” manasına gelir²⁷.

Çeşitli hukuk düzenlerinde orijinaliteyi anlatabilmek için hususiyet, fikri yaratıcılık, orijinallik, bireysel karakter, sahibinin zihinsel ürünü ve sahibinden özellikler taşıma gibi farklı kavramlar kullanılmaktadır²⁸.

²⁴ Aksi yönde **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet 106, dpn 8.

²⁵ 11. HD, 23.9.2013, E. 2012/18307, K. 2013/16333.

²⁶ Hukuk düzenlerinde *orijinallik* kavramı bazen sınai haklarda da kullanılmaktadır. Örneğin hukukumuzda entegre devreler bakımından “orijinallik” aranır. Buna göre entegre devreyi geliştirenin “fikri çabasının” ürünü olan ve tasarlama anında, topografya üreticileri nezdinde bilinmeyen entegre devreler orijinaldir (EDTK 5/1). TRIPS’te koruma için bir tasarım “yeni” veya “orijinal” olmalıdır (m. 25). İngiliz hukukunda tescilsiz tasarımlar için de “orijinallik” aranır. Buna göre bilinmeyen/sıradan olmayan (*uncommon*) tasarımlar orijinaldir (CDPA 213).

²⁷ Şemseddin **Samî**: Kamus-i Türki (Osmanlıca), Kapı, İstanbul 2011, 71 (**Akay** 19, dpn 10’dan naklen).

²⁸ Farklı hukuk düzenlerindeki terminoloji için bkz. **Ateş**, Eser 64 vd.

Orijinallik, mevzuatımızda “hususiyet” kavramıyla karşılanmıştır (FSEK 1/B-a)²⁹. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde “özellik” olarak dilimize aktarılan Arapça kökenli “hususiyet” kelimesi, ülkemizdeki telif hukuku çevresinde gizemini korumaktadır. 1951 tarihli FSEK’te kendine yer bulan ve içtihadın pek de açıklama gereği duymadığı “hususiyet” kavramına ilişkin öğretilerde yoğun bir tartışma vardır.

Bern Konvansiyonu 2/1’de eserler sayılmakla yetinilmiş, fakat derleme eserler için “fikri yaratıcılık” (m. 2/5), işleme (2/3) ve sinema eserleri (14/1 mük) için de “orijinal”³⁰ terimleri kullanılmıştır. Sonraki uluslararası metinler olan TRIPS’te (m. 10/2) ve WCT’de (m. 5) ise “fikri yaratıcılık” ifadesi tercih edilmiştir. AB müktesebatında ise sorun daha ziyade bilgisayar programları, derleme ve fotoğraf eserlerinde görüldüğü için “orijinallık” ve “fikri yaratıcılık” ifadeleri de bu eser türleri bakımından pozitif metinlerde kendine yer bulmuştur.

AB’de telif haklarına ilişkin ilk yönerge olma özelliğini taşıyan 1991 tarihli Bilgisayar Programları Yönergesinde her iki kavrama da yer verilerek **sahibinin “fikri yaratıcılığını” taşıyan fikri ürünlerin “orijinal” olduğu** kabul edilmiştir (m. 1/3)³¹. Sonraki yıllarda AB müktesebatında anılan eser kategorilerini düzenleyen metinlerde orijinallik karşılamak için *eser sahibinin fikri yaratıcılığı (author’s own intellectual creations)* ifadesi tercih edilmiştir (AB Bilgisayar Yönergesi 1/3; AB Veri Tabanı Yönergesi 3/1; AB Süre Yönergesi 6). Sadece üç metindeki bu düzenlemeye karşılık **Avrupa öğretisi ve içtihadında fikri yaratıcılığın/orijinalliğin tüm eser kategorileri bakımından geçerli olduğu genel kabuldür**³².

Hukukumuzda hususiyet, fikri ürünlerin eser olarak korunabilmesinin esas şartıdır (FSEK 1/B-a). Diğer yandan seçme ve derleme eserler, verilerin belirli bir amaç ve hususi bir plan dâhilinde seçimi ve düzenlemesinden oluşur

²⁹ Nitekim FSEK’i hazırlayan **Hırş** de Avusturya (orijinallik) ve Alman (yaratıcılık) hukuklarında kullanılan farklı ifadeleri Türk hukukuna *hususiyet* şeklinde aktardığını, bunların aynı anlama geldiğini ifade etmektedir. Bkz. Fikri Say 12-13. Elbette ülkelerin hukuk geleneği ve anlayışlarına bağlı olarak bu kavramlar uygulamaya farklı yansıyabilmektedir.

³⁰ Bern’in Türkçe resmi metninde “özgün” ifadesi tercih edilmiştir. Bkz. RG, 21.10.2003, 25266. Ayrıca FSEK’te derleme eser tanımlanırken, derlemenin içinde yer alan diğer eserleri belirtmek için de “özgün” ifadesi kullanılmıştır (m. 1/B-d).

³¹ Hüküm şöyledir: “A computer program shall be protected if it is **original** in the sense that it is the **author’s own intellectual creation** = Bir bilgisayar programı, **sahibinin fikri yaratıcılığı** anlamında **orijinal** korumadan faydalanır”.

³² ABAD, C-5/08, 16 July 2009 - Infopaq, para. 36; **Caddick/Harbottle/Suthersanen** 3.28, **Rosati**, Originality 127, 168-169; **Margoni** 94 vd.

(FSEK 6/1, b. 7)³³. İşte bu **seçim ve düzenlemede, derleyenin düşünce yaratıcılığı aranır** (FSEK 1/B (d)). Bu hüküm Bern 2/3, 5'teki düzenlemeyle uyumludur³⁴. Fakat aynı şeyi ifade etmek için FSEK'te farklı kavramların (hususiyet ve düşünce yaratıcılığı) kullanılması tereddütleri beraberinde getirmiştir³⁵.



Mehaz Alman hukukunda *eser sahibinin bireysel fikri yaratıcılığı (personal intellectual creation of an author)*” aranmaktadır (Alman Telif Yasası 2/2).

Yukarıda belirtildiği üzere AB’de hem *orijinallik* (AB Bilgisayar Yönergesi 1/3) hem de *eser sahibinin fikri yaratıcılığı* ifadeleri tercih edilmiştir (AB Bilgisayar Yönergesi 1/3; AB Veri Tabanı Yönergesi 3/1; AB Süre Yönergesi 6).

İsviçre hukukunda *bireysel fikri yaratıcılığa* vurgu yapılmış olup çalışmanın amacı ve değeri gibi hususlar önemsizdir (İsviçre Telif Yasası 2/1).

Fransız hukukunda orijinallığe doğrudan atıf yapılmamış; *sahibinin zihinsel ürünü* ifadesine yer verilmiştir (Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu L111-1).

Avusturya hukukunda *orijinal* fikri ürünlerden söz edilmiştir (Avusturya Telif Yasası 1/1).

İtalyan hukukunda ise *yaratıcı* nitelikte *fikri ürünler* eser kabul edilmiştir (İtalyan Telif Yasası 1).

Japon hukukunda eser, *yaratıcı* bir yolla ifade edilen düşünce ve duyguların ürünüdür (Japon Telif Yasası 1).

İngiliz hukukunda *orijinal* fikri ürünler eserdir (CDPA 1).

ABD hukukunda da *orijinal* terimi kullanılmıştır (ABD Telif Yasası §102). Orijinallik, derlemeler ve işlemler için de aranmıştır (§101).

Başkaca ülke hukuklarında da farklı farklı kavramlar kullanılmaktadır³⁶.

İçerik boş olan bu kavramlar, ilgili hukuk düzenlerinde içtihat hukukuyla doldurulmaktadır. Sorun şu ki birbiri yerine kullanılan bu terimlerden farklı şey-

³³ **Nal/Suluk(Karasu)** 185. Alman hukukunda derlemeler müstakil eser kabul edilmiştir (Alman Telif Kanunu 4).

³⁴ Gerçi hükmün ifade biçimi sorunlu olup içerikte de fikri yaratıcılığın aranacağı gibi bir anlam çıkmaktadır. Bu yönüyle düzenleme haklı olarak eleştiriye uğramıştır. Bkz. **Tekinalp**, Düşünce Yaratıcılığı 74-76; **Ateş**, Veri Tabanları 170 vd.

³⁵ **Tekinalp**, Düşünce Yaratıcılığı 74-76.

³⁶ Ülkelerin fikri mülkiyet yasaları için bkz. <https://www.wipo.int/web/wipolex> (erişim; 5.10.2024).

ler anlaşılabilir. O kadar ki aynı hukuk ailesine mensup ve yasalarında aynı terim (*orijinallik*) bulunan diyelim ki Birleşik Krallık ve ABD gibi ülkeler bu kavrama farklı anlamlar yüklemektedir. Bu geçimsizlik, Ortak Pazar kuran, şimdi de Dijital Tek Pazarı kurmaya çalışan AB ülkelerinde bile yaşanmaktadır.

2. Eser Sahipliği (Droit D’auteur) ve Copyright Sistemlerindeki Yaklaşım Farkı

Fikri yaratıcılık (2/5) ve orijinallik (2/3; 14/1 mük.) terimlerine yer verilen Bern’de bir fikri ürünün “eser” sayılması için hem nitelik/kalite hem de nicelik/kantite yönünden bir koruma çıtası öngörülmemiş, konu üye ülkelere bırakılmıştır³⁷. Benzer şekilde TRIPS’te (m. 10/2) ve WCT’de (m. 4, 5, 9), fikri yaratıcılık/orijinallik çıtası üye ülke hukuklarına tabi olmak kaydıyla fotoğraf, bilgisayar programları ve derlemelerin tam bir telif korumasından yararlanacağı belirtilmekle yetinilmiştir³⁸. Özetle, **uluslararası metinlerde** orijinallik ve fikri yaratıcılık kavramlarında mutabık kalınsa bile **koruma eşiğinde uyumlaştırma sağlanamamıştır**.

Tarihsel süreçte ülkelerin hukuk gelenekleri ve politikalarına bağlı olarak orijinallik çıtası farklılaşmıştır. Genel bir yaklaşımla denebilir ki **eser sahipliği (droit d’auteur) sistemini benimseyen civil law ülkelerindeki koruma çıtalrı, copyright sistemini kabul eden Anglosakson ülkelerinden daha yüksektir**. Daha da önemlisi, bu iki hukuk sisteminde orijinaliteden farklı şeyler anlaşılmaktadır. Bir genelleme yapılırsa Anglosaksondaki copyright sisteminde **teşvik ve ödüllendirme**, eser sahipliği sisteminde **hak temelli** anlayış vardır³⁹. *Kant*, *Fichte* ve *Hegel*’e dayanan ikinci yaklaşım eser sahibinin kişiselliği ve hak sahipliği esasına oturtulmuştur⁴⁰.

Konuyu biraz açalım. Birleşik Krallık’ta fikri ürünü geliştiren kaynaklanma (*origin in the author as a person*), yani başkasından kopya olmama kriteri öne çıkmaktadır⁴¹. İngiliz hukukunda fikri ürün geliştiren-

³⁷ Ricketson/Ginsburg 403 ve 405; Caddick/Harbottle/Suthersanen 2.09.

³⁸ Caddick/Harbottle/Suthersanen 2.09. Ancak Bern 7/4’te fotoğraf eserleri ile uygulamalı sanat eserlerinin koruma süreleri, eserin meydana getirilmesinden itibaren 25 yıldan az olmamak kaydıyla üye ülkelere bırakılmıştır. Oysa Bern’de genel koruma süresi yaşam + 50 yıldır (m. 7/1). TRIPS’te bu sürelerin, minimum 50 yıl olacağı öngörülmüştür (m. 12). WCT 9’da ise Bern 7/4’deki fotoğraf eserleriyle ilgili minimum 25 yıllık koruma süresinin üyelerce uygulanmayacağı, genel koruma süresinin tatbik edileceği benimsenmiştir.

³⁹ Rosati, Originality 69. Telif hukukundaki teoriler için bkz. *Birinci Bölüm, III, B*.

⁴⁰ Rosati, Originality 69; Rahmatian, Originality 17.

⁴¹ Caddick/Harbottle/Suthersanen 2.10; Bently/Sherman/Gangjee/Johnson 104-105; Barron 379; Rahmatian, European Originality 1167. İngiliz hukukunda grafik, fotoğraf, heykel ve kolajların sanatsal değerine/kalitesine bakılmaksızın güzel sanat eseri oldukları hükme bağlanmasına (CDPA

den yeterli düzeyde ve bağımsız olarak emek (*labour*), çaba (*effort*) ve beceri/muhakeme/yargılama (*skill/judgement*) yapması beklenmektedir⁴². Yani Birleşik Krallık'ta emek, çaba ve beceri unsurları ile kopya olmama, eser sahipliği sistemindeki fikri yaratıcılıkla eş tutulmaktadır⁴³. Avustralya (ve İrlanda) gibi ülkeler de Birleşik Krallık'ı takip etmektedir⁴⁴. Oysa eser sahipliği sistemine mensup **AB'de eser koruması fikri yaratıcılıkla karakterize edilmektedir**. İlkinde emek, çaba ve beceri unsurlarıyla orijinalite karşılanırken, ikincisinde mutlaka fikri yaratıcılık aranarak bu iki hukuk düzeninde önemli anlayış farkı oluşmuştur⁴⁵. İngiliz temyiz mahkemesi yeni bir kararında bu farka açıkça vurgu yaparak İngiliz hukukunda "beceri ve emek" testinin, AB hukukunda da "fikri yaratıcılık" testinin uygulanacağına, İngiliz yerel mahkemesinin hatalı test uyguladığına dikkat çekmiştir⁴⁶.

AB'de orijinallikle ilgili kişinin kendi fikri yaratıcılığı, ABD'de minimal düzeyde yaratıcılık, Kanada'da mekanik olmayan ve önemsiz olmayan uygulama, beceri ve muhakeme ve Birleşik Krallık'ta da emek, çaba ve beceri standartları benimsenmiştir⁴⁷. Demek ki **eser sahipliği sisteminde eser korumasını haklı kılan fikri yaratıcılık iken copyright sisteminde yeterli ekonomik potansiyeldir**⁴⁸. Copyright sisteminde mensup Birleşik Krallık'taki orijinaliteden maksat, bağımsız bir beceri, muhakeme, emek ve çaba sonucunda meydana getirilen fikri ürünlerdir. Emek, çaba ve beceri başka bir kaynağa dayanıyorsa koruma devreye girmez. Emek ve çabanın ürünü ve ticari değeri olan fikri ürünler kopyalanırsa

4/1-a) rağmen Temple kararında fotoğrafın sadece emek ve çabanın ürünü olmasıyla yetinilemeyeceği, estetik değerinin bulunması gerektiği içtihat edilmiştir. Mahkemeye göre sanatçı kendi estetik anlayışını fotoğrafa yansıtmalıdır. Bkz. Case No. 1CL 70031, 12.1.2012 - Temple Island Collections Ltd, para. 34 - https://d37djuv3ytnwxt.cloudfront.net/assets/courseware/v1/0cdef294d309f1f22509a1636f529f91/c4x/HarvardX/HLS1.1x/asset/Temple_Islands_Collective_v._New_England_Teas.pdf (erişim; 4.1.2025). Bu konuda bilgi için bkz. **Rosati**, Originality 193.

⁴² **Rosati**, Commentary 3.

⁴³ **Rosati**, Originality 199.

⁴⁴ **Margoni** 89.

⁴⁵ Öğretide İngiliz hukukundaki koruma çitasının, AB hukukuna kıyasla daha düşük olduğu belirtilmekle birlikte farkın büyük olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. **Caddick/Harbottle/Suthersanen** 2.10. Ayrıca bkz. **Rosati**, Originality 171.

⁴⁶ 20 November 2023 - THJ Systems v. Sheridan, paras. 22-23 - <https://www.casemine.com/judgement/uk/655ba5b65c588233fc396bf9> (erişim; 5.1.2025). Bu kararın bir tahlili için bkz. **Rahmatian**, European Originality 1166 vd.

⁴⁷ **Rosati**, Originality 60.

⁴⁸ **Rahmatian**, Assignments 290.

telif ihlali gerçekleşir. Buna karşılık eser sahipliği sisteminde fikri ürünün eser olarak nitelenebilmesi için “fikri yaratıcılık” şarttır⁴⁹. Yani anılan sistemde **eser koruması, meşruiyetini (justification) fikri yaratıcılıktan alır.**

Anglosakson hukuk ailesine mensup ABD hukukunda eser için sınırlı da olsa “fikri yaratıcılık” aranmaktadır (ABD Telif Yasası §102). ABD Yüksek Mahkemesinin *Feist* kararında vurgulandığı üzere orijinallik/fikri yaratıcılık, bir çalışmanın eser vasfına sahip olmasının olmazsa olmazıdır (*sine qua non*)⁵⁰. Anılan hukukta (İngiliz hukukundan farklı olarak) “emek”, “çaba” ve “beceri” kriterleri esas alınmaz⁵¹ ve fikri üründe az çok fikri yaratıcılığın bulunup bulunmadığı kontrol edilir. Eş deyişle “alın teri” yeterli olmayıp fikri üründe az çok “fikri yaratıcılık” aranır⁵². Öğretide *Leaffer*⁵³, *Feist* kararının iki önemli sonucu olduğuna dikkat çekmektedir; i) düşük seviyede orijinallik, ii) orijinallığın anayasal ilke olduğunun belirlenmesi. AB ve Türk hukukunda da aynı yaklaşım geçerli olup önemli olan fikri ürünün sahibinden *yaratıcı özellikler* taşımasıdır. Fakat *Feist* kararından anlaşılacağı üzere ABD’deki orijinallik çıtası, AB’ye (ve ülkemize) kıyasla daha düşük iken, İngiltere’deki emek, çaba ve beceri mahsulüne kıyasla daha yüksektir⁵⁴. Kanada ise ABD’ye kıyasla daha düşük ve fakat İngiltere’ye kıyasla daha yüksek bir seviye belirlemiştir. Kanada’da orijinallik çıtası, daha önce ABD ile eşit iken 2004 yılındaki bir içtihatla bu fark oluşmuştur⁵⁵.

⁴⁹ ABAD, C-604/10, 1 March 2012 - Football Dataco, para. 42; ABAD, C-310/17, 13 November 2018 - Levola Hengelo, para. 36; **Rahmatian**, Assignments 288.

⁵⁰ *Feist Publications, Inc. v Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991) - <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/> (erişim; 18.3.2024). Bu konuda ayrıca bkz. **Gibson** 411 vd.

⁵¹ **Gibson** 416; **Rahmatian**, European Originality 1168. İngiliz hukukunda ise “beceri” ve “emek” eser sayılmanın ölçütüdür. Hatta ABAD’ın Infopaq, Football Dataco, Bezpecnostni ve Painer kararlarına rağmen İngiltere bu ölçütleri kullanmayı sürdürmüştür. Bkz. **Rahmatian**, Originality 5 vd.

⁵² Detay bilgi için bkz. **Ginsburg**, No Sweat? 338 vd.

⁵³ **Leaffer**, §2.06. Yazar, ABD mahkemelerinin kek kutusunun üzerine konulan etiketi, plastik çiçeği, sade bir tişört tasarımını eser kabul ettiğini aktarmaktadır. Buna karşılık mahkemeler, kelime fragmanları veya ifadeleri, sloganları, müzik bestelerinde küçük değişiklikleri ve standart iş formlarını eser kabul etmemiştir.

⁵⁴ **Margoni** 89.

⁵⁵ *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13 - <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/2125/index.do> (erişim; 4.1.2025); **Margoni** 89.

Şekil 12: Telifte Ülkelerin Kabul Ettiği Koruma Çıtaları



Bu standartlar eser sahipliği sistemi ile copyright sisteminde korumanın felsefesini, şartlarını ve koruma eşiklerini farklılaştırmıştır. Bu iki sistem arasındaki **felsefi temellerdeki ayrışmanın** önemli hukuki sonuçları vardır. Bu yaklaşım farkı nedeniyle Birleşik Krallık'ta manevi haklar ancak 1988 gibi geç bir tarihte kabul edilmiştir (CDPA 77 vd.). Yüz yıl gecikmeyle 1989 yılında Bern'e taraf olan ABD'de de ancak 1990 tarihli *The Visual Artists Rights Act* ile manevi haklar tanınmıştır.

Copyright sisteminde “*adam tut eser sahibi ol*” kuralı geçerliken *droit d’auteur* sisteminde eser sahipliğine sıkı sıkıya bağlı kalınır ve çalışanların meydana getirdiği eserlerin işverene bir bütün olarak geçmesi kabul edilmez. Zira ikincisinde manevi haklar çok önemli olup, veli-evlat ilişkisine benzer şekilde eser ve eser sahibi arasındaki bağ koparılmaz. Bu yüzden de eser sahipliği statüsü bir bütün olarak devre veya lisansa konu olamaz. Diğer yandan eser sahipliği sistemine mensup Fransa’da (ve Türkiye’de) manevi haklar süresiz korunurken, aynı sisteme mensup Alman hukukunda koruma süresi mali haklarla sınırlıdır. Zira sıkı bir monist teori temeli olan Alman hukukunda mali ve manevi hakların birbirinden ayrılması imkânsızdır⁵⁶. Bu yüzden hukukumuzdan farklı olarak Alman hukukunda mali haklar devredilemez, sadece lisansa konu olabilir (Alman Telif Yasası 29 vd.).

Özetle, **droit d’auteur ve copyright sistemlerinde orijinallikten farklı şeyler anlaşılmakta ve koruma şartları ile eşikleri de farklılaşmaktadır**. Önemle belirtelim ki bu iki hukuk ailesine mensup ülkeler de

⁵⁶ Rahmatian, Assignments 296-297.

kendi içinde ayrılmakta olup bu ülkelerde benimsenen orijinallik çitaları aynı değildir. ABD’de minimum düzeyde de olsa fikri yaratıcılık aranırken Birleşik Krallık eser korumasına (bizdeki bağlantılı haklar benzer şekilde) yatırım mantığıyla yaklaşmaktadır⁵⁷. Sorun o kadar derindir ki AB ülkelerinde bile orijinallik bakımından aynı seviye tutturulamamıştır. Bu yüzden Almanya’nın çitayı düşürmesi, (Brexit öncesi-31.1.2020) İngiltere’nin de çitayı yükseltmesi üzerinde durulmuştur⁵⁸.

Tüm bu ayrışmalara rağmen gerek eser sahipliği sisteminde gerekse copyright sisteminde (koruma çitaları farklı olsa bile) orijinallığı ifade etmek için ***bireysellik (individuality) testine*** başvurulur. Civil law yaklaşımında sahibinden özellik veya sahibinin meydana getirdiği fikri ürün metaforu kullanılır⁵⁹. Bu kriter, buluş ve tasarım gibi sınai hak kategorisindeki ürünlerden farklı olarak eserler için mutlak yeniliğin aranmadığını, kopya olmaması ve *sahibine atfedilebilecek* nitelikte olması gereğini vurgulamaktadır. Hukukumuzda Arslanlı buna “*nispi istiklâl*” demekte⁶⁰ ve sonraki doktrin⁶¹ ve içtihat⁶² da bu görüşü tekrarlamaktadır. Buna göre eser, sahibinden özellikler taşımali ve başkaca eserlerden kopya olmamalıdır. Copyright sisteminde de kopya olmama geçerlidir. Bu perspektif, telif hukukunda *çifte yaratım ilkesinin*⁶³ benimsenmesine yol açmıştır.

C. HUSUSİYETİN BELİRLENMESİ

1. Genel Olarak

Konumuz bakımından önemli olan telif hukukunda neyin ne kadar korunduğu sorusu olup, bu sorunun cevabı bizi korumanın esasını oluşturan “hususiyet/orijinallik/fikri yaratıcılık” kavramına götürecektir. Telif hukukunun merkez kavramı “eser” ise eserin kalbi de “hususiyet”tir. Hususiyet

⁵⁷ Rahmatian, Assignments 289; Rahmatian, European Originality 1172.

⁵⁸ Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the Implementation and Effects of Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs, Brussels, 10 April 2000, COM (2000) 199 final (V.1(e)). Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0199:FIN:EN:PDF> (erişim; 26.11.2024).

⁵⁹ Margoni 89.

⁶⁰ Arslanlı 7.

⁶¹ Öztrak 14; Erel 52-53; Suluk/Orhan, C. II, 144.

⁶² 4. HD, 11.02.1972, E. 1971/12331, K. 1972/1080 - Çevik, s. 17-18; 11 HD, 11.05.2000, E. 2000/3250, K. 2000/4072- Suluk/Orhan, C. II, 126.

⁶³ Çifte yaratım ilkesi hakkında bilgi için bkz. *İkinci Bölüm, I, F.*

eser korumasının esasıdır/kalbidir/çekirdeğidir. Bu yüzden hususiyetten hareketle eser sahibinin tanımı yapılır⁶⁴: “Eser sahibi, esere kendi hususiyetini yansıtan kişi, o eserin yaratıcısıdır”. Öğretide buna “yaratma gerçeği ilkesi” denir⁶⁵.

Son yıllarda yapay zekâ teknolojilerindeki gelişmeler bir tarafa bırakılırsa, düşünme yeteneği insana mahsus bir özelliktir. Fikri ürün geliştiren insanın ifade aracı mimik, hareket, ses, söz, yazı, çizgi, şekil ve renk gibi unsurlardır⁶⁶. İnsan zihni, çevresinden topladığı malzemeyi işleyerek fikri ürüne yansıtır. Doğa, çevre, insan, hayvan ve tarih gibi unsurların yanında insanlığın o güne kadarki ortak mirası (önceki fikri ürünler) da bu malzemeye dahildir. Toplanan malzemenin çoğu serbest niteliktedir. İstanbul, Uludağ, tarihi vakıa ve kişilikler, aşk, elem, ölüm gibi olay, konu ve temalar herkesin kullanımına açıktır. Bazen de üçüncü kişilerin eserlerinden usulüne uygun yararlanılır. Bilim, kültür ve sanatın gelişmesi için yasa koyucu bu yararlanmayı *iktibas/alıntı serbestisi* şeklinde özel olarak düzenlemiştir (FSEK 35). İktibas serbestisini aşan izinsiz yararlanma ise *ihlal*, duruma göre *intihal* olarak nitelendirilir⁶⁷. İzin alınarak yararlanma daima mümkündür.

İnsan zekâsı, çevreden topladığı malzemeyi anılan ifade araçlarıyla adeta bir un değirmeni gibi işleyerek dışarıya eser olarak aktarır. Eş deyişle kişi hususiyetini/fikri yaratıcılığını fikri ürüne ifade araçlarıyla yansıtır. İster eser niteliğinde olmayan ürünlerden, isterse başkalarının (ve hatta kendisinin) eserlerinden yararlanmak suretiyle meydana getirilen fikri ürünler hususiyet taşımak kaydıyla eser korumasından faydalanır. İnsanın bu zihni çıktıları fikri ürünün şekillendirilmesinde, çevreden malzemenin toplanarak elden geçirilmesinde/seçilmesinde, derlenmesinde, düzenlenmesinde veya bir fikrin işlenişinde görülebilir. Fikri ürün türüne bağlı olarak bu zihni yaratıcılık da ister istemez farklı çıktılar ortaya koyar. Verimin düzeyine bağlı olarak da fikri ürüne katılan orijinalliğin/hususiyetin derecesi değişir⁶⁸.

Hususiyetin belirlenmesi ve derecesi o alandaki uzmanın karar verebileceği bir husus olup incelemeyi yapan, hususiyetin fikri ürüne yansıtılıp yansıtılmadığını, yansıtılmışsa hangi unsurlarda belirgin ve hangi

⁶⁴ **Ayiter**, Fikir 3.

⁶⁵ **Ayiter**, Fikir 3 ve orada anılan yazarlar.

⁶⁶ **Ayiter**, Fikir 41.

⁶⁷ İktibas serbestisi ve sınırları hakkında bilgi için bkz. **Ateş**, Kapsam 30 vd.; **Öncü** 17 vd.

⁶⁸ **Ayiter**, Fikir 44.

yoğunlukta olduğunu tespit etmelidir⁶⁹. Telif hukukunda bu tespit oldukça zordur. Zira öğretide vurgulandığı üzere bu faaliyet, *anlamın* yanında bir *duygu* sorunudur⁷⁰. Uygulamada genellikle dava konusu fikri ürünün “eser” olduğu faraziyesinden/karinesinden hareketle davalar görülmekte, ancak bu kritere yönelik ihtilaf üzerine ilgili fikri ürünün eser vasfında olup olmadığı bilirkişi marifetiyle kontrol edilmektedir. Bu belirleme faaliyeti, sübjektif sanat anlayışı yerine nesnel bir değerlendirmeyi gerektirmektedir⁷¹. Hususiyetin yoğunluk derecesinin/eserin koruma gücünün, dolayısıyla üçüncü kişilerin ona yaklaşma mesafesinin tayini ise işi daha da zora sokmaktadır. Almanya gibi ülkelerde hakimlerin uzman olduğundan hareket edilmekte ve bunlar hususiyetin varlığını ve yoğunluk derecesini kendileri kontrol etmektedir. Ancak hakim tereddüde düşerse dosyayı ilgili alandaki uzmana göndererek bu kontrolü bilirkişilere yaptırmaktadır. Hukukumuzda ise bu inceleme hemen daima bilirkişilere yaptırılmaktadır.

Hususiyet belirlenirken genel izlenim esas alınır. Ancak genel izlenim yöntemi her zaman sonuç vermeyebilir. ABD öğretisinde *Samuelson*, koruma kabuğu ince olan eserlerde incelemenin parçalara ayrılarak, koruması kuvvetli olanlarda da bütüncül yaklaşımla incelemeyi önermektedir⁷². Derlemelerde seçim ve tertibe hususiyetin yansiyıp yansımadığı genele bakılarak kontrol edilir. Yine bir karikatür ve tablo gibi bütünlük arz eden eserlerde genel izlenim yöntemi sonuç verir. Ancak bazen hususiyet bir eserin tek tek unsurlarında bulunabilir. Üçüncü kişilerin alıntılacağı parçada hususiyet yoksa koruma devreye girmez, hususiyet bulunan parça izinsiz alınır ihlal gerçekleşir. Meğerki somut olayda istisna ve sınırlama bulunmasın. *Arslanlı*'ya göre iki eser karşılaştırılırken sonraki eserin hususiyeti, önceki eserin hususiyetine galip geliyorsa artık esinlenme vardır. Sonraki eser, öncekinin hususiyetini taşıyorsa müstakil bir eser vasfı kazanamaz. Bu ihtimalde ya intihal ya da işleme vardır⁷³. İşlemenin özelliği, iki eser arasındaki *bağın kopmamasıdır*. Bu yüzden de işleme ayrı bir hak kabul edilmiş olup izinsiz işleme ihlal teşkil eder (FSEK 21). Kanaatimizce *Arslanlı*, bir resim veya karikatür gibi bütünlük arz eden eserlerden söz etmektedir. Bir kitap gibi bütünlük arz etmeyen eserler bakımından; önceki eserin hususiyet taşıyan özelliklerinden bazıları izinsiz şekilde sonraki esere trans-

⁶⁹ 11. HD, 11.02.2002, E. 8275/K. 8839 - *Suluk/Orhan*, C. II, 144.

⁷⁰ *Ayiter*, Fikir 40; *Rosati*, Originality 187.

⁷¹ *Ayiter*, Fikir 39.

⁷² *Samuelson* 1840.

⁷³ *Arslanlı* 4.

fer edilmişse/kopyalanmışsa ihlal gerçekleşir. Bütünlük arz etsin ya da etmesin, alıntılar sonraki eserde kaybolmuşsa esinlenme vardır.

Bazen hususiyet fikri üründe belirgin olurken bazen de belirsizleşir. Hususiyetin en yüksek ölçüsü, eserle teması olanın eser sahibini teşhis etmesidir⁷⁴. Bu tür eserlere sahibi mührünü vurmuş ve eser, sahibinin alame-ti farikası haline gelmiştir. Örneğin *Pablo Picasso*'nun resimlerini hemen fark ederiz. Ancak bir fikri ürünün eser olarak korunması için hususiyetin bulunması gerekli ve yeterli olup belirgin olması, sahibinin teşhis edilmesini sağlayacak düzeyde yüksek olması aranmaz. Koruma eşiğini aşma bakımından, ABAD'ın Painer kararında⁷⁵ sözü edilen mührünü vurma olgusu abartılmamalıdır⁷⁶. Yani mühür belirsiz olsa da kabul görür. Bundan maksat az çok fikri yaratıcılık, yani kişisel dokunuştur. Bu yönüyle başkasından kopya olan, sıradan, amaca uygun fikri ürünler koruma dışında kalır; koruma için mutlaka *fikri yaratıcılık* aranır. Bununla birlikte sadece şaheserlerde görülebilecek olan eser sahibini teşhis gibi yüksek düzeyde bir fikri yaratıcılık gerekli değildir. Elbette fikri yaratıcılık seviyesi arttıkça korumanın da kuvvetleneceği ve üçüncü kişilerin esere koyması gereken mesafenin uzayacağı bir gerçektir.

Football Dataco olayında Hukuk Sözcüsüne göre veri tabanının içeriği seçilip düzenlenirken geliştiricinin serbest ve yaratıcı tercihleriyle kendi yaratıcı kabiliyetini/özelliklerini yansıtmaması orijinallik için gerekli ve yeterlidir. Gösterilen çaba ve emek, orijinalite sağlamamışsa veri tabanı eser korumasından faydalanamaz⁷⁷. ABAD da aynı sonuca ulaşmıştır⁷⁸. Geliştirici biçimlendirme alanına ihtiyaç duyar. Teknik gereklilikler, seçimi ve düzenlemeyi yapanı kısıtladığı için onun belirli şekilde davranmasına yol açıyorsa, yani özgür ve yaratıcı bireysel tercihlerde bulunmaksızın fikri ürün meydana getirildiyse orijinallik yok demektir. Zira bu halde geliştirici, kişisel dokunuşuyla değil, teknik gerekliliklerin zorlamasıyla fikri ürünü meydana getirmiştir⁷⁹. Yargıtay'a göre iki tasa-

⁷⁴ **Ayiter**, Fikir 43.

⁷⁵ ABAD, C-145/10, 1 December 2011 - Painer, paras. 88, 90, 92.

⁷⁶ Belçika içtihadında bir olayda mührünü vurma aranırken diğer olayda aranmamıştır. Bkz. **Margoni** 102.

⁷⁷ AG Opinion, C-604/10, 15 December 2011 - Football Dataco Ltd, point. 35.

⁷⁸ ABAD, C-604/10, 1 March 2012 - Football Dataco, para. 46.

⁷⁹ ABAD, C-5/ 08, 16 July 2009 - Infopaq, para. 45; ABAD, C-393/09, 22 December 2010 - Bezpečnostní, para. 50; ABAD, C-145/10, 1 December 2011 - Painer, paras. 89, 92; ABAD, C-604/10, 1 March 2012 - Football Dataco, para. 38.

rım kıyaslanırken alternatif sunmayan tasarım özellikleri dikkate alınmaz, çünkü bu benzerlikler teknik zorunluluktan kaynaklanmaktadır⁸⁰. Farklı fikri ürünlere (sırasıyla eserlere ve tasarımlara) ilişkin ABAD'ın ve Yargıtay'ın bu içtihatları aynı amaca hizmet etmektedir. Aşağıda (*İkinci Bölüm, II, A, 1*) bu konu detaylandırılacaktır.

Son olarak belirtelim ki AB ve Türk hukukunda bir fikri ürünün eser vasfı değerlendirilirken yenilik, amaç, kalite, kayıt/tescil/tevdî, değer⁸¹, nicelik, masraf/yatırım, meydana getiren kişinin özellikleri, kamu düzeni veya genel ahlaka aykırılığı gibi hususlar önemsizdir⁸². Tam da bu nedenle yaratıcı nitelikteki “fikri ürün” ile “emek ve yatırım” birbirinden özenle ayrılarak ilki “eser”, ikincisi de “bağlantılı hak” olarak korunur. Bağlantılı haklar arasında yer alan ve “özgünlük” aranan icralar, bu kurala istisna teşkil eder (FSEK 80/A-2).

2. Hususiyeti Belirlemenin Önemi ve İşlevi

Fikri ürünün koruma eşiğini aşıp aşmadığı, hususiyetin yansıtılıp yansıtılmadığına bakılarak belirlenir. Bu aksetme gerçekleşmişse **hususiyetin yansıma düzeyi/yoğunluğu, korumanın kuvvetini tayin eder**. Üçüncü kişilerin kullanımına engel olan da bu hususiyet taşıyan özelliklerdir; hususiyet taşımayan özelliklerin, fikirlerin alıntılanması caizdir⁸³.

Hususiyet, bir fikri ürünün koruma şartı olduğu gibi onu diğer eserlerden ayırt etmeyi de sağlar. Her somut olayda ürün tipolojisi ve buna bağlı olarak fikri ürünü meydana getirenin biçimlendirme alanı ile verdiği bireysel katkılar tespit edilir. İlgili fikri ürünün tipolojisi sınırlasın ya da sınırlamasın, **fikri ürünü geliştirenin bireysel katkıları, yani hususiyet, korumanın kapsamını belirler**. Eş deyişle hususiyetin yoğunluk derecesi, eserin koruma kapsamını, yani koruma kuvvetini ve üçüncü kişilerin esere yaklaşma mesafesini tayin eder. Bu yüzden tecavüz analizinde hususiyetin derecesinin/yoğunluğunun belirlenmesi büyük önem taşır⁸⁴. İlk eserin hususiyet derecesi ne kadar yüksekse ikinci esere yapılacak alıntıların kaybolma ihtimali o derece düşük olacak ve ihlal gerçekleşecektir. Önceki

⁸⁰ Örnek olarak bkz. 11. HD, 13.11.2019, E. 2019/431, K. 2019/7136; 11. HD, 11.11.2019, E. 2018/5632, K. 2019/7020.

⁸¹ Bu konuda detay bilgi için bkz. **Ateş**, Eser 87 vd.

⁸² **Nal/Suluk(Karasu)** 80-82.

⁸³ **Arslanlı** 29.

⁸⁴ **Arslanlı** 4.

eserden istifade edilerek ortaya yeni bir iş çıkarılmışsa esinlenme vardır. Bu yüzden eserin yaratıcı eşsizliği ve özel sanatsal derecesi ne denli yükseğe, değerlendiren tarafın çıkarları o denli geride tutulur. Öğretide belirtildiği üzere, manevi hakların korunması yönünden haftalık yayımlanan bir gazete makalesinden bir veya iki cümle kısaltma maksadıyla çıkarılması tolere edilebilirken edebi açıdan yüksek değerdeki bir şiirin tek bir kelimesine bile dokunulamaz⁸⁵.

Özetle, önceki eser ne kadar özgünse, yani hususiyeti ne kadar yoğunsa sonraki eserin ona koyacağı mesafe o kadar fazla olmalıdır. Yakınlaştıkça ihlal tehlikesi o oranda artacaktır. Hususiyeti zayıf bir esere, sonraki eserin yakınlaşmasına müsamaha gösterilir. Fakat zayıf da olsa koruma devreye girdiği için sonrakinin fazla yakınlaşması ihlal teşkil eder. İkinci çalışmanın, ilk çalışmaya yakınlaşma mesafesinin tayini bakımından İngiliz içtihadına yansıyan bir olay ilgi çekicidir. Bilindiği üzere İngiliz hukukunda koruma eşiği oldukça düşüktür. İngiltere’de 1890 tarihinde görülen bir davada davacının çizimi aşağıdaki gibidir⁸⁶:



Okuma yazma bilmeyenlerin oylarını saymaya yönelik bu çizime çok benzer davalı çiziminde elin pozisyonu biraz farklılaştırıldığı için mahkeme kararı telif ihlali olmadığı yönünde çıkmıştır. Davalı, davacının fikrini kopyalamış ve fakat ifade biçiminde küçük değişiklik yaparak ihlalden kaçınmıştır⁸⁷. Buna karşılık başka bir olayda yine koruması zayıf olan önceki esere fazla yaklaşan davalının eylemi ise ihlal sayılmıştır⁸⁸.

⁸⁵ Nal/Suluk(Karasu) 118.

⁸⁶ <https://studentsummaries.org/kenrick-v-lawrence-1890-l-r-25-q-b-d-99/> (erişim; 16.8.2024).

⁸⁷ Kenrick v Lawrence (1890) LR 25, QBD 99 (Caddick/Harbottle/Suthersanen 3.134’ten naklen).

⁸⁸ George Ward (Moxley) Ltd v Richard Sankey Ltd [1988] F.S.R. 66 (Caddick/Harbottle/Suthersanen 3.134, dpn 572’den naklen). İngiliz hukukunda konuya ilişkin başkaca örnekler için bkz. Caddick/Harbottle/Suthersanen 3.134, dpn. 572.

Marka, patent ve tasarımdan farklı olarak üçüncü kişinin esere yaklaşma mesafesinin tayininde kademe sayısı artar. Şöyle ki suçlanan kişinin eylemleri markada iltibasa yol açıp açmadığı, tasarımda farklılık oluşturup oluşturmadığı ve patentte istemlerin kapsamında olup olmadığı kontrol edilirken, eserlerde hususiyet taşıyan unsurların suçlanan ürüne transfer (kopya) edilip edilmediğine bakılır. Oysa patent ve tasarım gibi sınai haklarda “mutlak yenilik” arandığı için önceki haktan bir kopyalama olup olmadığına bakılmaz. Markalarda da iltibas değerlendirmesinde benzeşmenin kasten veya tesadüfi olması (cezai yaptırım ve tazminat talepleri hariç olmak üzere) önemsizdir. Bu yüzden sınai haklardan farklı olarak telif hukukunda *çifte yaratıma* imkânı tanınmıştır⁸⁹.

Özetle **bir fikri ürünün, koruma eşiğini aşıp aşmadığı hususiyetine bakılarak belirlenir. Hususiyet tespit edilmişse bu sefer hususiyetin yoğunluk derecesi/seviyesi, eserin koruma kuvvetini, dolayısıyla üçüncü kişilerin esere yaklaşma mesafesini tayin eder.** Geliştirici, serbest ve yaratıcı tercihleriyle fikri yaratıcılığını katamamışsa ortada bir eser yoktur. Yani işin tabiatı ve teknik gereklilikler sonucu meydana getirilen fikri ürünler eser sayılmaz.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hususiyete bakılarak şu hususlar tespit edilir:

- i) Bir fikri ürünün koruma eşiğini aşıp aşmadığı,
- ii) korumanın kuvvetli veya zayıf oluşu,
- iii) eserin diğer eserlerden ayırt edilmesi,
- iv) ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediği/üçüncü kişilerin yaklaşma mesafesi.

3. AB Hukukunda “Sahibinin Fikri Yaratıcılığı”nın/Orijinalliğin Belirlenmesi

a) Genel Olarak

Kökünü Bern Konvansiyonu’ndan (m. 2/3, 5; m. 14/1 mük.) alan AB yönergelerindeki orijinallik yaklaşımı, esasen Kara Avrupası telif anlayışı, yani eser sahipliği (*droit d’auteur*) temellidir. AB hukukunda orijinallik, *eser sahibinin kendi fikri yaratıcılığı (author’s own intellectual creation)* kavramıyla karşılanmıştır (AB Bilgisayar Yönergesi 1/3; AB Veri Tabanı Yöner-

⁸⁹ Çifte yaratım ilkesi hakkında bilgi için bkz. *İkinci Bölüm, I, F.*

gesi 3/1; AB Süre Yönergesi 6)⁹⁰. Bu yaklaşıma bağlı olarak AB’de telif haklarına ilişkin ilk yönerge olma özelliğini taşıyan 1991 tarihli Bilgisayar Programları Yönergesinin 1/3 hükmünde orijinallik kavramına da yer verilerek **sahibinin “fikri yaratıcılığı” taşıyan fikri ürünlerin “orijinal” olduğu** kabul edilmiştir. Ancak bu konseptteki ilk düzenleme 1987 tarihli Entegre Devre Yönergesidir. Bu Yönergeye göre *geliştiricinin kendi fikri çabasının (creator’s own intellectual effort)* ürünü olan entegre devreler koruma altına alınmıştır (m. 2/2). Bu anlayışa göre koruma için geliştirici, bireysel yaratıcılığı fikri ürüne yansıtmalıdır.

Bilgisayar Programları Yönergesine göre bir program, onu meydana getirenin fikri yaratıcılığı anlamında orijinalse eser korumasından yararlanır (m. 1/3). Programın mantığı, algoritması, fikir ve ilkeleri içeren programın dili koruma görmez (Gerekçe 15). Yönergede veri arayüzleri kategorik olarak koruma dışında bırakılmamakla birlikte fikir ve ilkelerin korumadan yararlanamayacağı vurgulanmıştır. Hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere korunabilirlik için kalite, değer ve estetik gibi başkaca bir kritere başvurulamaz, ancak fikri yaratıcılık olmazsa olmazdır. Veri Tabanı Yönergesinde de kişinin fikri yaratıcılığını karşılayacak şekilde veri tabanı içeriğinin insan tarafından seçilmesi ve düzenlenmesi eser korumasını hak eder⁹¹. Koruma için başkaca bir kritere başvurulamaz (m. 3/1). Süre Yönergesinde fotoğraflar⁹² için de aynı düzenlemeye yer verilmiştir (m. 6). Bu hükmün gerekçesinde (No. 16) şu temel yaklaşım benimsenmiştir: Kişinin fikri yaratıcılığı sonucunda bireyselliğini yansıtan fotoğraflar Bern Konvansiyonu anlamında orijinaldir. Orijinallik için başkaca bir özellik aranmaz.

AB hukukunda uygulamada sorun teşkil eden alanlar bilgisayar programları, veri tabanları ve fotoğraflar olarak görülmekle birlikte ***fikri yaratıcılığın tüm eser kategorileri bakımından geçerli olduğu*** genel kabul-

⁹⁰ ABAD da kararlarında *fikri yaratıcılığa* vurgu yapmaktadır. Örnek olarak bkz. ABAD, C-5/ 08, 16 July 2009 - Infopaq, paras. 34-51; ABAD, C-145/10, 1 December 2011 - Painer, paras. 87, 88, 94, 99, 107; ABAD, C-604/10, 1 March 2012 - Football Dataco, paras. 29, 31, 37.

⁹¹ Seçiliş ve düzenleniş, veri tabanının içeriğiyle ilgili olmayıp yapısıyla alakalıdır. Bu hususa Veri Tabanı Yönergesinin 15 no.lu gerekçesinde işaret edilmiştir. Bu yüzden eser niteliğindeki veri tabanı koruması kural olarak içeriğe sirayet etmez; şartların varlığı halinde içerik, *sui generis* veri tabanı olarak korunur. TRIPS 10/2 ve WCT 5’te de buna dikkat çekilmiştir. Elbette bir veri tabanı, her iki korumanın şartlarını taşıyorsa her iki koruma da devreye girer. Bkz. **Margoni** 94.

⁹² Bern’de fotoğrafların minimum 25 yıl koruma göreceği hükme bağlanmıştır (m. 7/4). TRIPS ve WCT bu süreleri 50 yıla çıkarmıştır. AB’de Süre Yönergesi, fotoğrafların koruma süresini diğer eserlerle 70 yılda eşitlemiştir. Hukukumuzda da süreler, eser türü ayırımına gidilmeksizin 70 yıl olarak belirlenmiştir (FSEK 27).

dür⁹³. Dolayısıyla ABAD'ın Football Dataco kararında veri tabanları, SAS kararında bilgisayar programları ve Painer kararında fotoğraflar bakımından detaylandırılan orijinallik, AB telif hukukunda genel bir ilkedir ve tüm eserler bakımından geçerlidir. Bu yaklaşım İngiltere'deki orijinallik anlayışından farklı olup Football Dataco kararında Hukuk Sözcüsü *Mengozzi* buna özellikle dikkat çekmiştir. Hukuk Sözcüsüne göre beceri ve çaba, fikri yaratıcılık içermediği sürece orijinaliteyi karşılamaz⁹⁴. ABAD da bu görüşü benimsemiştir⁹⁵.

İlginç olan ise bu yaklaşımın Civil Law ülkelerinden ziyade Anglosakson yaklaşımı olduğu tespitinin yapılmasıdır⁹⁶. Sözgelimi, ABD'deki anlayışa göre korumanın olmazsa olmazı orijinalliktir; bunun için de az çok "fikri yaratıcılık" aranır. Buna karşılık Football Dataco davasında Hukuk Sözcüsü aksi görüşü dile getirerek fikri yaratıcılığı kıta Avrupası geleneğine bağlamıştır⁹⁷. Öğretide fikri yaratıcılık (civil law) ve sahibinden kaynaklanma/kopya olmama (common law) unsurları birleştirilmek suretiyle harmonizasyonun yapıldığı da savunulmuştur⁹⁸.

İlginç notlardan birisi de *sui generis* veri tabanı korumasının, Birleşik Krallık ile AB'deki orijinallikle ilgili anlayış farkından doğmuş olmasıdır. Şöyle ki yukarıda vurgulandığı üzere Anglosakson hukuk sistemine mensup İngiltere'de eser koruması temelde emek, çaba ve beceriye dayanır. Oysa Kara Avrupası yaklaşımını benimseyen AB'de fikri yaratıcılık esas alınmıştır. Sahibinin fikri yaratıcılığını taşıyan veri tabanları eserdir, ancak AB'de bu nitelikte olmayan ve esaslı yatırım gerektiren fikri ürünler, Anglosakson yaklaşımıyla *sui generis* veri tabanı olarak Veri Tabanı Yönergesiyle koruma altına alınmıştır. Böylece eser sahipliği ve copyright sistemleri arasındaki gerilimin zirve yaptığı veri tabanları yönünden yeni bir hak tanınmak suretiyle ara bir çözümle sorun giderilmeye çalışılmıştır. Yani bu **uyum çabaları *sui generis* veri tabanı adı altında yeni bir hak türünü doğurmuştur**. AB müktesebatına uyum amacıyla bu düzenleme iç hukuku muza da aktarılmıştır (FSEK ek m. 4).

⁹³ ABAD, C-5/08, 16 July 2009 - Infopaq, paras. 36-37; *Caddick/Harbottle/Suthersanen* 3.28, *Rosati*, Originality 127, 168-169; *Margoni* 94 vd.

⁹⁴ AG Opinion, C-604/10, 15 December 2011 - Football Dataco Ltd, point. 35.

⁹⁵ ABAD, C-604/10, 1 March 2012 - Football Dataco, para. 46.

⁹⁶ *Margoni* 92 ve orada anılan yazarlar.

⁹⁷ AG Opinion, C-604/10, 15 December 2011 - Football Dataco Ltd, point. 37. *Margoni* de bu çelişkiye dikkat çekerek ABAD'ın bu kriteri genişlettiğini vurgulamaktadır. Bkz. s. 102-103.

⁹⁸ *Margoni* 92.

Yukarıda anılan her üç yönergede de aynı/benzer ifadeler kullanılmakla birlikte ilgili fikri ürünlerin niteliklerindeki farklılıklar nedeniyle bu düzenlemelerin anlamı da farklılaşmaktadır⁹⁹. Sözgelimi Bilgisayar Programı Yönergesinin 8. gerekçesinde orijinallik kontrol edilirken kalite ve estetik özelliklere bakılmayacağı vurgulanmak suretiyle eser sahipliği sistemindeki sert orijinallik ile copyright sistemine mensup Birleşik Krallık'taki daha gevşek beceri ve emek yaklaşımı bağdaştırılmaya çalışılmıştır¹⁰⁰. Bu bağlamda AB Komisyonu bilgisayar programlarıyla ilgili bir raporunda Almanya'nın düzeyi düşürdüğünü, İngiltere'nin (ve İrlanda'nın) de artırması gerektiğine işaret etmiştir¹⁰¹.

ABAD, içtihatlarında kantiteden ziyade kaliteye/yaratıcılığa vurgu yapmaktadır¹⁰². Nitekim Infopaq kararında 11 kelimeden oluşan haber başlıklarının “eser” vasfında olabileceğine hükmetmiştir¹⁰³. Yine bir portrenin¹⁰⁴, arayüz grafiğinin¹⁰⁵ ve bilgisayar program kılavuzunun¹⁰⁶, fikri yaratıcılık içermek kaydıyla, eser vasfında olabileceğini içtihat etmiştir. ABAD, her bir somut olayın özelliklerini *fikri yaratıcılık* kriteri etrafında ele almıştır. ABAD'a göre fikri ürüne yaratıcılık bağlamında kişisel dokunuş yeterlidir¹⁰⁷. Aksi halde eser koruması az sayıda fikri ürüne hasredilmiş olurdu.

Mühür vurma, fikri yaratıcılık ve kişisel dokunuş gibi kavramlarla ifade edilmeye çalışılan koruma çitası ülkeden ülkeye farklı olup AB hukukunda ortada duran fikri yaratıcılığın esas alındığı söylenebilir¹⁰⁸. Bununla birlikte 11 kelimenin, bisikletin üç pozisyona katlanma şeklinin, günlük kullanımı olan bir tişört veya kot pantolon tasarımının eser olabileceğini benimseyen **ABAD, fikri yaratıcılık çitasını düşük tutma eğilimindedir**¹⁰⁹. Ancak bu

⁹⁹ Fazla bilgi için bkz. **Rosati**, Orijinality 64.

¹⁰⁰ **Rosati**, Orijinality 64.

¹⁰¹ Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0199:FIN:EN:PDF> (erişim; 26.11.2024).

¹⁰² **Margoni** 95.

¹⁰³ ABAD, C-5/08, 16 July 2009 - Infopaq, para. 48.

¹⁰⁴ ABAD, C-145/10, 1 December 2011 - Painer, paras. 92, 94, 99.

¹⁰⁵ ABAD, C-393/09, 22 December 2010 - Bezpečnostní, paras. 46, 56.

¹⁰⁶ ABAD, C-406/10, 29 November 2011 - SAS, paras. 67-70.

¹⁰⁷ ABAD kararlarında orijinalite belirlenirken farklı terimler kullanılmıştır: “Yaratıcı özgürlük - creative freedom” (Murphy), ‘kişisel dokunuş - personal touch’ (Painer), ‘serbest ve yaratıcı tercihler - free and creative choices’ (Football Dataco). *Bezpečnostní softwarová asociace*’da ise Yönergelerdeki terminoloji olan “eser sahibinin fikri yaratıcılığı - author’s own intellectual creation” ifadesi tercih edilmiş olup orijinaliteye ilk kararlarda daha esnek yaklaşmıştır. Bkz. **Rosati**, Orijinality 153.

¹⁰⁸ Bu konuda ayrıca bkz. **Rosati**, Originality 153.

¹⁰⁹ **Margoni/Kretschmer** 687.

eğilim, Cofemel kararına yansıdığı üzere, pek çok tasarımın eser sayılacağı endişesini de beraberinde getirmiştir. ABAD'ın Cofemel kararına¹¹⁰ konu ürünlerin görselleri aşağıda sunulmuştur.

Şekil 13: Cofemel Kararına Konu Ürün Örnekleri¹¹¹



Zira ABAD'a göre fikri yaratıcılığın fikri ürüne yansması gerekli ve yeterlidir¹¹². Almanların çıtayı düşürmede isteksiz davranmasının altında yatan temel saik de budur. Almanlar çıtayı düşürse bile bu isteksizlik ister istemez içtihadı yansıtmaktadır. Nitekim Alman Federal Mahkemesi yeni bir kararında aşağıdaki terlik tasarımlarının eser olmadığını içtihat etmiştir¹¹³:



Bilder aus GRUR 2024, 535

Bilder aus GRUR-RS 2023, 15572

¹¹⁰ ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, para. 48.

¹¹¹ Örnekler için bkz. **Schovsbo** 6.

¹¹² ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, para. 30.

¹¹³ BGH, 20.2.2025 - I ZR 16/24; I ZR 17/24; I ZR 18/24 - <https://vossius.eu/en/news/detail/bundesgerichtshof-entscheidet-kein-urheberrechtsschutz-fuer-birkenstock-sandalen> (erişim; 21.2.2025).

Fikri yaratıcılık aranmadığında ya da çıta çok düşürüldüğünde sıradan fikri ürünlerin koruma şemsiyesine alınarak toplumun serbest alanının daraltılması tehlikesi vardır¹¹⁴. Düğmeye basabilen iki yaşındaki bir çocuğun foto veya video çekebildiği günümüzde koruma eşiğine ihtiyaç olduğu açıktır. Aynı şeyi ifade etmek için farklı terimler bularak sorunun çözülmeceği de bir gerçektir. Bu sıkışmışlık karşısında AB orta düzeyde bir koruma seviyesi tutturmaya çalışmaktadır. Zaman zaman bu çaba ABAD'ın içtihatlarına yansımaktadır.

Gelinen aşamada AB'de *sahibinin fikri yaratıcılığı* teriminde mutabık kalınsa bile bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği hususunda üye ülkelerin hukuk gelenek ve anlayışlarına bağlı olarak önemli yorum farklılıkları bulunmaktadır. AB ortalamasına kıyasla İngiltere'de bu çıta düşükken, Almanya'da çıtanın yüksek olduğundan şikâyet edilmiştir¹¹⁵. AB'de dahi uygulama birliği sağlanamayan bu konuda Bern Birliğine dahil ülkelerin yeknesak bir sonuca varması daha zordur. Nitekim ülkeden ülkeye önemli terminoloji ve uygulama farklılıkları vardır¹¹⁶. Gerek uluslararası arenada gerekse AB'deki bu ayrışmalar bir ülke içindeki içtihatla bile kendini gösterebilmektedir¹¹⁷. **Koruma eşiğinin tespitine yönelik bu kafa karışıklığı, eşiği aşarak "eser" vasfını kazanan bir fikri ürünün koruma kuvvetinin belirlenmesinde daha da kronikleşmektedir.** Bu da bizi patinaj sahasına götürmektedir.

b) Yaratıcılığın Fikri Ürüne Yansıması - Geliştiricinin Serbest Biçimlendirme Alanı ve Fonksiyonellik

Fikri yaratıcılığın tespitinde ABAD'ı en çok meşgul eden konulardan birisi sözü edilen **yaratıcılığın fikri ürüne nasıl yansıdığı** olmuştur¹¹⁸. ABAD bu konuda çözümleme yaparken özellikle *geliştiricinin serbest biçim-*

¹¹⁴ **Pila**'ya göre AB telif korumasının sorunlarından birisi, mahkemelerce önemsiz fikri ürünlere eser vasfı tanınmasıdır. Bkz. 75.

¹¹⁵ AB Komisyonunun şu raporunda Almanya'nın uyum sağladığına işaret edilirken, Birleşik Krallık'ın uyumsuzluğuna vurgu yapılmıştır. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0199:FIN:EN:PDF> (erişim; 26.11.2024).

¹¹⁶ **Ricketson/Ginsburg**, Bern revizyonları sürecinde yaşanan tartışmalara işaret ederek bu konuda bir görüş birliğine varmanın ne denli zor olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz. s. 451-452.

¹¹⁷ Örneğin, Belçika içtihadında bir olayda mührünü vurma aranırken diğer olayda aranmamıştır. Bkz. **Margoni** 102.

¹¹⁸ Orijinalite/fikri yaratıcılık belirlenirken Alman içtihadında beş adım testi uygulanmaktadır: *i)* so-mutlaşma (expression), *ii)* insanın fikri ürünü, *iii)* yaratıcılık, *iv)* bireysellik (individuality), *v)* fikri yaratıcılık düzeyi. Bkz. https://www.grur.org/uploads/tx_meeting/2014-04-01_4.GRURJPLP_Individuality-Peifer_Munich_MPI_01.pdf (erişim; 12.1.2025).

lendirme alanını göz önünde tutmaktadır. ABAD kararlarında da vurgulandığı üzere geliştirici, serbest/özgür ve yaratıcı tercihleriyle seçimlerini yapar. İşte bunun için geliştirici oynama, yani serbest biçimlendirme alanına ihtiyaç duyar. İşin tabiatı ve teknik gerekliliklerin sonucunda oluşan özelliklerde fikri yaratıcılık yoktur.

Fikri ürünü geliştiren, yaptığı serbest ve yaratıcı tercihleriyle kişisel özelliklerini/fikri yaratıcılığını ürüne yansıtır, yani kişisel dokunuşunu yapar¹¹⁹. Süre Yönergesinin gerekçesine (No. 16) atıfla ABAD’a göre **fikri yaratıcılık, eser sahibinin kişiliğini fikri ürüne yansıtmasıdır**¹²⁰. ABAD’a göre fikri ürünü geliştiren, kişisel yaratıcı kabiliyetini **serbest ve yaratıcı tercihleriyle** fikri ürüne aktarmalıdır. Eser sahibi yaratıcı yeteneklerini özgür ve yaratıcı seçimler yaparak ortaya koyabiliyorsa orijinalite karşılır. İşte bunun için geliştirici serbest biçimlendirme alanına ihtiyaç duyar.

Fikri yaratıcılığın ürüne yansması meselesi en fazla veri tabanları, bilgisayar programları ve fotoğraf eserlerinde sorun çıkarmaktadır. Bu yüzden ilgili yönergelerde konu özel olarak düzenlendiği gibi ABAD da Football Dataco, SAS ve Painer gibi kararlarında bu konuları değerlendirme fırsatı bulmuştur. Yine Bezpečnostní, Cofemel ve Brompton Bicycle gibi kararlar da da fikri yaratıcılık ele alınmıştır.

ABAD, Painer¹²¹ kararında vurguladığı üzere fotoğrafçı arka planı, konunun pozisyonunu ve ışıklandırmayı ayarlayabilir. Yani kişi, fotoğraf çekerken çerçeveyi, görüş açısını ve yaratılan atmosferi seçebilir. Fotoğrafçı çeşitli geliştirme teknikleri arasından benimsemek istediği tekniği seçebilir veya bazen yazılım kullanabilir. ABAD’a göre fotoğrafçı, kişisel dokunuşuyla fotoğrafa mührünü vurmuş olur. Ancak bu açıklamadan yüksek düzeyde bir sanatsal özelliğin aranacağı anlamı çıkarılmamalıdır.

ABAD, Bezpečnostní (2010) ve SAS (2011) kararlarında bilgisayar programlarını ele alma fırsatı bulmuştur. Bir yıl arayla verilen bu kararlara

¹¹⁹ ABAD, C-5/08, 16 July 2009 - Infopaq, paras. 33-37; ABAD, C-833/18, 1 June 2020 - Brompton Bicycle, paras. 22-23; **Rahmatian**, European Originality 1167.

¹²⁰ ABAD, C-145/10, 1 December 2011 - Painer, para. 88-92; ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, para. 30. Süre Yönergesinin 16 no.lu gerekçesi şöyledir: “... A photographic work within the meaning of the Berne Convention is to be considered original if it is the author's own intellectual creation reflecting his personality, no other criteria such as merit or purpose being taken into account= Bern Konvansiyonu anlamında bir fotoğrafik eser, yalnızca sahibinin kendi fikri yaratıcılığı anlamında kişiliğini yansıttığı takdirde orijinal olarak kabul edilir, değer veya amaç gibi başkaca kriterler dikkate alınmaz”.

¹²¹ ABAD, C-145/10, 1 December 2011 - Painer, paras. 87 vd.

göre fonksiyonel nitelikte olsa bile bir bilgisayar programını oluşturan unsurların seçiliş, diziliş ve kombinasyonu orijinallik taşıyabilir ve bu kombinasyonla sınırlı olarak eser korumasından faydalanır; programın altında yatan fikirler korunmaz¹²². Fikir/ifade ayırımı ışığında ve Hukuk Sözcüsünün görüşü doğrultusunda **ABAD, SAS kararında programdaki fonksiyonelliğin korunmayacağı kesin bir dille tespit etmiştir**. Ancak programlama dili kategorik olarak koruma dışına da itilmemiş, soyut unsurların korunmayacağı sonucuna ulaşılmıştır (paras. 65-70). ABAD'a göre koruma, bir bilgisayar programının (hazırlık tasarımları da dahil) ifade biçimlerini kapsar (para. 37).

SAS kararında ABAD, eser korumasının programın işlevselliğini, kullanılan programlama dilini ve programın kullandığı veri dosyalarının formatını kapsamayacağını içtihat etmiştir (paras. 39, 46). **SAS kararının ana teması, telifle bilgisayar programlarının fonksiyonelliğinin korunmayacağıdır**. Bu yüzden **kaynak veya nesne kodlarını kopyalamaksızın bir programın yaptığı işin aynısını veya benzerini gerçekleştiren aynı/benzer programlar geliştirmek serbesttir**. Demek ki eserler, patentler gibi bir koruma vermez. SAS davasında davalının, davacıya ait kodlara erişimi yoktur. Kodları kopyalamadan tersine mühendislik yoluyla davalının, davacıya ait programı incelemesi, gözlemlemesi ve test ederek tersine mühendislik faaliyetiyle aynı fonksiyonu icra eden yeni bir program geliştirmesi telif ihlali değildir (para. 44). Zira telif koruması, programın altında yatan fikir ve ilkeleri kapsamaz. Bu düzenlemeyi bertaraf edecek şekilde lisans sözleşmesine konulan hükümler de geçersizdir (paras. 51-62). Ancak programın kullanım kılavuzunda açıklanan öğelerin kopyalanması telif ihlalidir, yeter ki kopyalanan bu öğelerde fikri yaratıcılık/hususiyet bulunsun (paras. 67-70). Nitekim ABAD'a soruları yönelten ve Birleşik Krallıkta SAS davasını yürüten hakim *Richard Arnold* bu yönde karar vermiştir¹²³.

ABAD'a göre parçaların birleştirilmesi fonksiyondan kaynaklanıyorsa orijinallik karşılanmış olmaz. Zira bu senaryoda teknik fonksiyon yüzünden fikri uygulamaya koymanın metotları o kadar sınırlıdır ki programa özgür seçimlerle oluşturulması gereken fikri yaratıcılık yansımaz ve uygulamada fikir ve ifade birbirinden ayırtılamaz hale gelir¹²⁴.

¹²² ABAD, C-406/10, 29 November 2011 - SAS, paras. 66 vd.

¹²³ SAS Institute Inc World Programming Ltd [2013] EWHC 69 (Ch) (25 January 2013) - <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2013/69.html> (erişim; 6.2.2025).

¹²⁴ ABAD, C-393/09, 22 December 2010 - Bezpečnostní, para. 49.

Bu konuda *merger doktrini* ve yine *sce'nes a` faire doktrini* geliştirilmiştir. Buna göre bazen geliştiricinin yaratıcı özgürlük/biçimlendirme/oynama alanı o kadar sınırlıdır ki fikir ve ifade birbirinden ayrılamaz (*merger doctrine*) veya ortaya çıkan ifade, fikri ürünü geliştirenin yaratıcı tercihleri yerine fikri ürünün türüne özgü nedenlerden/gerekliklerden kaynaklanır (*sce'nes a` faire doctrine*)¹²⁵. Özetle, telif hukukunda fikirler ve teknikler koruma dışındadır. Kararlarında ABAD her iki doktrine de yer vermiştir. Fikir ve ifadenin iç içe geçmesi durumunda korumanın devreye girmeyeceğini içtihat ederek *merger doktrinini* uygulamıştır¹²⁶. Yine *sce'nes a` faire doktrinini* esas alarak da ana faktörün teknik olması durumunda telif koruması devreye girmeyeceğini içtihat etmiştir¹²⁷. Zira bu hallerde fikri ürünü geliştiren, özgür tercihleriyle bireysel yaratıcılığını fikri ürüne yansıtmaz. Fakat geliştiriciye özgür tercihler bırakarak onun fikri yaratıcılığının yansımaları engellemediği sürece fonksiyonellik korumaya zarar vermez. Ne var ki bu senaryoda telif koruması, fonksiyonelliğe sirayet etmez. Bu esnek yaklaşıma bağlı olarak ABAD, bir bisikletin üç pozisyona katlanma şeklinin eser olabileceğini içtihat etmiştir¹²⁸.

ABAD, Painer¹²⁹ kararına atıfla fonksiyonellik konusuna 2019 yılında Funke Medien kararında da değinme fırsatı bulmuştur. **ABAD'a göre tabiatından veya amacından kaynaklı fikri ürünler eser değildir**¹³⁰. Zira geliştiricinin serbest ve yaratıcı seçimleri yerine işin doğası/tabiatı veya amacı sonucu belirler. Teknik fonksiyon gibi işin gereklilikleri yüzünden geliştirici serbestçe seçimler yapamaz, onun kendi fikri yaratıcılığı yerine işin tabiatı, fonksiyonu ve/veya amacı/gereklilikleri sonucu belirler. Bu ihtimallerde kişi fikri yaratıcılığını ürüne yansıtamadığı için ortada korunacak bir eser de yoktur. Bu yüzden geliştiricinin biçimlendirme alanı göz önünde tutularak genelin üstünde ve amacın üstünde özellikler fikri yaratıcılığı/orijinaliteyi karşılar. Özetle, **geliştirici tarafından fikri ürüne konu kelime, ses, renk ve diğer ifade araçları kullanılarak fikri yaratıcılık fikri ürüne yansımalıdır** ki ortada bir eser bulunsun. Bunun için de geliştirici, serbest biçimlendirme alanına ihtiyaç duyar.

¹²⁵ Inaguez 809, 818-819.

¹²⁶ ABAD, C-393/09, 22 December 2010 - Bezpečnostní, para. 49.

¹²⁷ ABAD, C-604/10, 1 March 2012 - Football Dataco, para. 39; and Case C-683/17, Cofemel, para. 31; ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, para. 24.

¹²⁸ ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, paras. 26, 38.

¹²⁹ ABAD, C-145/10, 1 December 2011 - Painer, paras. 87-89.

¹³⁰ ABAD, C-469/17, 29 July 2019 - Funke Medien, para. 19.

Açıkladığımız nedenlerle şu hususlar göz önünde tutulur¹³¹: Söz konusu çalışmada *i)* bireysel fikri yaratıcılık var mı, yoksa işin tabiatı veya fonksiyonellik/gereklilikler mi hakimdir? *ii)* fikri ürün, fikir ve bilgiden mi, yoksa yaratıcılıktan mı kaynaklanmıştır? *iii)* kişi serbest ve yaratıcı tercihleriyle kişiselliğini/fikri yaratıcılığını fikri ürüne yansıtabilmiş midir? bunun için yeterince oynama/biçimlendirme alanı var mıdır? *iv)* üçüncü kişilerin algılayabileceği düzeyde şekillenme (objektifleştirme) var mıdır?

Bu sorular bir filtrelemeyi gerektirmektedir. Bu filtreleme için öğretide şu adımlar önerilmiştir¹³²: *i)* Filtreleme yaparken orijinaliteye bakmak yerine, orijinal olmayan unsurların işin doğası ve teknik gerekliliklerden kaynaklanıp kaynaklanmadığı kontrol edilmelidir. Ana faktör testi gereği fikri ürünün ana unsurları işin tabiatı ve teknik gerekliliklerden kaynaklanıyorsa orijinalite karşılanmış olmaz. *ii)* *Merger*¹³³ ve *sce`nes a` faire*¹³⁴ doktrinleri gereği tekniklik istisnası geniş yorumlanmalıdır. *iii)* Tasarım - eser kümülasyonunun mümkün olduğu durumlarda orijinalitenin tespiti objektif bir bakış açısıyla yapılmalıdır.

c) Destan Devam Ediyor (Saga Continue)

Bugün bile AB hukukunda “eser” kavramı dinamik bir yapıya sahiptir ve içtihat hukukunda detaylandırılması devam etmektedir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi (BGH), çok yakın bir tarihte 2001/29/AT sayılı Bilgi Toplumu Yönergesinin 2/a; 3/1 ve 4/1, hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin USM Haller modüler mobilyalarla ilgili bir ön karar için ABAD’a aşağıdaki soruları yöneltmiştir¹³⁵:

'(1) Uygulamalı sanat eserleri söz konusu olduğunda, tasarım yasası kapsamındaki koruma ile telif yasası kapsamındaki koruma arasında, telif yasası kapsamında bu tür eserlerin özgünlüğü incelenirken, geliştiricinin özgür yaratıcı kararlarına diğer eser türlerine göre daha yüksek gereklilikler getirilmesi gerektiği yönünde bir kural/istisna ilişkisi var mıdır?

(2) Telif yasası kapsamında orijinallik incelenirken geliştiricinin yaratıcı sürece ilişkin öznel görüşü (de) dikkate alınacak mıdır ve özellikle ABAD içtihadı anla-

¹³¹ Ayrıca bkz. **Schovsbo** 3; **Kur**, Cofemel 290.

¹³² **Inaguez** 808-809.

¹³³ ABAD, C-393/09, 22 December 2010 - Bezpečnostní, para. 49.

¹³⁴ ABAD, C-604/10, 1 March 2012 - Football Dataco, para. 39.

¹³⁵ **Nal/Suluk**, Uzman Görüşü. BGH'nın, 21 Aralık 2023 tarihinde ABAD'a yönlendirdiği ön görüş kararının İngilizce bir özeti için bkz. I ZR 96/22 (OLG Düsseldorf) <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/FR/2023/2023210.html> (erişim; 11.11.2024).

mında özgür yaratıcı kararlar olarak kabul edilmeleri için geliştiricinin özgür yaratıcı kararları bilinçli olarak mı vermesi gerekir?

(3) Orijinalliğin incelenmesi bağlamında belirleyici faktör sanatsal yaratıcılığın eserde nesnel bir ifade bulup bulmadığı ve ne ölçüde bulduğu merkezi bir önem taşıyorsa; tasarımın sanat sergilerinde veya müzelerde sunulması veya profesyonel çevrelerde eser olarak kabulü gibi özgünlüğün değerlendirilmesi için tasarımın oluşturulduğu ilgili zamandan sonra meydana gelen koşullar da bu değerlendirme için dikkate alınabilir mi?’

USM Haller davasında BGH, Düsseldorf Bölge Mahkemesinin özellikle *uygulamalı sanatlar (applied arts) bakımından telif korumasının istisnai nitelikte olduğu* yönündeki tespitinin isabetli olup olmadığını ABAD’a sormuştur. Bu soru kritik olup ABAD’ın vereceği karar, tasarım/telif kümülasyonunun geniş veya dar bir şekilde uygulanıp uygulanmayacağını tayin edecektir.

Şekil 14: BGH’nın ABAD’a yönelttiği soruya konu modüler mobilya görünümüleri¹³⁶



ABAD, Doceram kararıyla teknik zorunluluk istisnasını geniş yorumlamak suretiyle tasarım/patent kümülasyonunu daraltırken, tasarım/marka kümülasyonunu Philips v. Remington kararından itibaren her geçen gün genişletmiştir. Şimdi vereceği USM Haller kararıyla tasarım/telif kümülasyonunun yönünü tayin edecektir. Gerçi 98/71EC sayılı AB Tasarım Yönergesinin 17. (ve 6/2002 sayılı Tasarım Tüzüğü’nün 96/2.) maddesine atıfla BGH Birthday Train, ABAD da Cofemel kararında tasarım/telifte *tam kümülasyon* uygulanacağını, uygulamalı sanat eserleri ile diğer eser kategorileri arasında eşit davranılacağını içtihat etmişti¹³⁷. Eş deyişle üye ülke mahkemelerinin

¹³⁶ Bkz. <https://ipkitten.blogspot.com/2023/12/after-swedes-its-time-for-germans-to.html> (erişim; 12.1.2025).

¹³⁷ Oysa daha önce AB üyelerinden İtalya, Portekiz, Almanya ve (Brexit öncesinde) Birleşik Krallık’ta estetik değer çıtası uygulamalı sanat eserlerinde daha yüksekte bir yerde tutulmaktaydı. Bkz. **Derc-laye**, Doceram, Cofemel and Brompton 8.

eser kategorileri arasında farklı kriterler uygulaması yasaktır¹³⁸. Belirtelim ki AB tasarım mevzuatında 2024 yılında yapılan değişiklikle *tam kümülasyon* kuvvetlendirilmiştir (AB Tasarım Yönergesi 23; AB Tasarım Tüzüğü 93).

ABAD’a göre eser koruması için fikri yaratıcılık ve bu yaratıcılığın ifade edilmesi aranır. Geliştiricinin özgür ve yaratıcı seçimlerinin bir ifadesi olarak kişiliğini/fikri yaratıcılığını fikri ürüne yansıtması hem gerekli hem de yeterlidir¹³⁹. Bu tecrübeyle ABAD’ın, USM Haller olayında da Cofemel’le paralel yönde içtihatla bulunacağı öngörülebilir¹⁴⁰. Ancak yukarıdaki sorulardan da anlaşılacağı üzere USM Haller olayında cevaplanması gereken başkaca kritik sorular da vardır.

Bu adım da gösteriyor ki geldiğimiz aşamada bile bir fikri ürünün, “eser” sayılabilmesi için onda aranacak “özellikler” hâlâ tereddütlere yol açmakta, patinaj devam etmektedir.

4. Hukukumuzda Hususiyetin/Orijinalliğin Belirlenmesi

Yargıtay hususiyet kavramını *özellik*¹⁴¹, *orijinallik*¹⁴², *kopya olmama*¹⁴³ ve *Arslanlı’nın*¹⁴⁴ “nispi istiklâl” olarak nitelediği *nispeten bağımsızlık*¹⁴⁵ gibi kavramlarla geçiştirirken Türk hukuk öğretisinde bu konuda yoğun tartışma vardır¹⁴⁶. Yargıtay’ın bu kavramı aydınlatmaya dönük çaba içine girdiği bir karara rastlayamadık.

¹³⁸ Kur, Cofemel 292.

¹³⁹ ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, paras. 29-30, 32. ABAD, bu yaklaşımını Brompton kararında da tekrarlamıştır. Bkz. ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, paras. 22-23.

¹⁴⁰ Gerçi Cofemel’de hem Hukuk Sözcüsü hem de ABAD, tasarım ve telif korumasının amaçlarının farklı olduğuna, aşırı korumanın tasarım korumasının altını oyacağına işaret etmiştir. Bu endişenin USM Haller davasında sonucu etkileyip etkilemeyeceğini zaman gösterecektir. Her bir korumanın hangi amaçla benimsendiğini unutturan ve koruma modellerinin altını oyarcasına sürdürülen bu güne kadarki uygulama karşısında bu tespitlerin sonuca etkisi olmayacağını tahmin ediyoruz.

¹⁴¹ TD, 01.07.1977, E. 1976/5913, K. 1977/7616 - YKD, C. 4 1978, s. 1959.

¹⁴² 11. HD, 11.05.2000, E. 2000/3250, K. 2000/4072- **Suluk/Orhan**, C. II, 126.

¹⁴³ 4. HD, 11.02.1972, E. 1971/12331, K. 1972/1080 - Çevik 17-18; 11 HD, 11.05.2000, E. 2000/3250, K. 2000/4072- **Suluk/Orhan**, C. II, 126.

¹⁴⁴ **Arslanlı** 7.

¹⁴⁵ 4. HD, 11.02.1972, E. 1971/12331, K. 1972/1080 - Çevik, s. 17-18; 11 HD, 11.05.2000, E. 2000/3250, K. 2000/4072- **Suluk/Orhan**, C. II, 126.

¹⁴⁶ Bu tartışmaların bir özeti için bkz. **Nal/Suluk(Karasu)** 75, dñ 7. Görüşler için ayrıca bkz. **Ateş**, Eser 71 vd. Esasen yabancı hukuklarda da bu konuda önemli ayrışma vardır. Hatta AB’ye üye ülkelerde de kayda değer farklılıklar bulunmaktadır. Farklılıkları azaltmak için 1991 tarihli Bilgisayar Yönergesi 1/3’te “orijinallik”, sahibinin fikri yaratıcılığı şeklinde kaleme alınmış ve AB telif hukukunda ilk kez bu konuda bir standart getirilmiştir. Daha sonra fikri yaratıcılık kriteri, Veri Tabanı Yönergesi

Öğretide hususiyeti üslup/anlatım olarak niteleyenler¹⁴⁷ olduğu gibi bundan daha fazlası¹⁴⁸ diyenler de vardır. O zaman öncelikle üslup nedir sorusu yanıtlanmalıdır. Bir çalışmada bu soruya şu cevaplar verilmiştir¹⁴⁹: i. “Üslûp, aklın fizyonomisidir”. ii. “Üslûp insanın ta kendisidir”. iii. “Üslûp, “uygun bir biçimde ve açıklıkla anlamı taşıma sanatıdır”. iv. “Üslûp, bireyin içten gelen farklılıklarının ve benzersiz özelliklerinin kademeli olarak dışa vurumudur”. v. “Üslûp, mananın en ayrıntılı bir şekilde işlenmesidir”. vi. “Üslûp, korunan öznenin yahut yazarın mizacı ve niyeti ile belirlenmiş ifade (expression) vasıtalarının seçimiyle biçimlenmiş bir ifade tarzıdır”. vii. “Üslûp, tercihe açık olan dilbilimsel özelliklerin seçimi ve düzenlenmesidir”. viii. “Üslûp, zihinde ve hayalde beliren suretleri kelime ve terkip kalıplarına dökme tarzı, dokuma biçimi, onlardan özgün bir yapı oluşturma yöntemidir”.

Telif hukukumuzda **fikri ürünü geliştirenin verdiği bireysel/özel katkılara** hukukumuzda **hususiyet** denir. Hususiyetin terim karşılığı **özel-lik**dir. **Üslup ise kişinin duygu ve düşüncelerini ifade biçimidir, anlatım tarzıdır.** İşte bu *anlatım* ile neyin kastedildiği hususunda öğretide yoğun tartışma yaşanmaktadır.

FSEK’in mimarı Hırş’e göre herkes tarafından meydana getirilebilen fikri ürünler hususiyet taşımaz¹⁵⁰, sadece “yaratıcı bir fikri çaba ürünü” olanlar korumayı hak eder. Yazara göre toplumun kültürel hayatını zenginleştirmeyen fikri ürünler “eser” olarak nitelenemez¹⁵¹. Yazar subjektif şartı şöyle izah ediyor: “Mutlak ve inhisari olarak vasıflandırılabilen bu haklar, diğer

(m. 3/1) ile Süre Yönergesinde (m. 6) tekrarlanmıştır. Buna göre oldukça düşük koruma çitası ön-gören Birleşik Krallık’taki beceri ve emek “skill and labour” ile belirgin fikri yaratıcılık “distinct intellectual creativity” gibi yüksek çıta belirleyen Almanya’nın ortasında bir kriter benimsenmiş oldu. Bkz. Bently 217; Stamatoudi/Torremans 84; Barker/Harding 677.

¹⁴⁷ Tekinalp, Fikri Mülkiyet 105 vd.; Beşiroğlu 75; Ateş, Eser 75 vd.

¹⁴⁸ Nal/Suluk(Karasu) 76.

¹⁴⁹ Farklı yazarlara ait bu tanımlara topluca bkz. Çalışkan 36.

¹⁵⁰ Hırş, Fikri Say 12. Yazarın bu açıklamasından, herkesin eser meydana getiremeyeceği anlaşılmalıdır. Zira bir fikri ürünün eser olarak vasıflandırılabilmesi için eser sahibinin kimliği önemsizdir. Önemli olan sonuçtur, yani fikri ürünün kendisidir.

¹⁵¹ Hırş, Fikri Say 12. Genelde fikri mülkiyet, özelde de telif korumasının toplumda kültürel zenginleşmeyi hedeflediği önermesi isabetli olmakla birlikte telif korumasına yeni bir kriter getiren bu görüş sakıncalıdır. Yazarın bu görüşü öğretide haklı olarak eleştiriye uğramıştır. Bkz. Beşiroğlu 76-78. Hırş’in bu görüşü, alın teri - akıl teri ikileminde fikri ürüne değer katmıyorsa koruma verilmemeli esasına dayanıyor. Fakat hususiyet ile zenginleştirme arasında doğrudan bir bağ bulunmuyor. Hırş, fikri ürünün kültürel değer taşıması gerektiğine vurgu yapıyor, çünkü eser sahipliğinin geçerli olduğu ülkelerde ekonomi ikinci planda kalır ve fikri yaratıcılık öne geçer. Hırş’ten neredeyse bir asır sonra kaleme aldığı çalışmada Pila’nın da yakındığı konu, AB telif korumasının sorunlarından birisinin mahkemelerce önemsiz fikri ürünlere eser vasfı tanındığı olmuştur. Bkz. 75.

*fertlerin hürriyet sahasını bir tek şahıs lehine takyit ve tahdit ettiğinden, himayenin ancak **umumi kültürü zenginleştiren** fikri mahsullere bahşedilmesi icap eder. ... Herkesçe malum mütalaalardan istifade ve istiane suretile vücuda getirilen mahsuller bir imtiyaz hakkı doğurmazlar. Lalettağın bir mektup, fotoğraf, melodi veya bina bir vahdet arzeden fikri bir mahsul olmakla beraber himayeye layık görülmez. ... Herkes tarafından vücuda getirilemeyen yani bir hususiyeti haiz bulunan mahsuller, himayeye layıktır ve ancak bunlara eser vasfı izafe edilebilir. Eğer bir mahsul **herkes tarafından vücuda getirilebilecek** mahiyette ise, hususiyet de mevcut olamayacağından, bu kabil mahsulleri himaye etmekte cemiyetin hiçbir menfaati yoktur. ... Eser, ancak **yaratıcı bir fikri çalışma mahsulü** olabilir. **Yaratıcı bir muhayyele mahsulünü** diğerlerinden ayıran vasıf, mübdiinin şahsiyetinden aldığı hususiyettir”.*

Bu görüşe karşı çıkan Arslanlı, yaratıcı fikri çalışma ve muhayyele mahsulü eserlere hayatta az rastlanacağını gerekçe göstererek Hırş’ın çıtayı çok yüksekte tuttuğunu, bu görüşün birçok eseri koruma dışında bırakacağını ve FSEK’in uygulama alanını amacından çok fazla daraltacağını ileri sürmüştür. Yazara göre müellife has hususiyetin/özelliğin fikri ürüne yansıması gerekli ve yeterlidir. Yani fikri ürün, sahibinden özellikler taşıyorsa hususiyetin varlığı kabul edilir. Önceki eserlerle kıyaslandığında nispeten bağımsız olma, müellife atfedilebilme ve neticeyi haklı kılma koruma için gerekli ve yeterlidir¹⁵². Yazar buna “*nispi istiklâl*” demektedir. Öğreti ve içtihat büyük ölçüde Arslanlı’nın nispi istiklâl görüşü doğrultusunda şekillenmiştir.

Öğreti ve içtihatteki görüşleri yorumlarken önemli bir ayrıma gidilmelidir. Fikri ürünü geliştirenin, ona kendinden özellikler katması hususiyet için yeterli midir, yoksa kişi fikri yaratıcılığını da katmalı mıdır? Öğretide “*hususiyet üsluptur*” veya “*hususiyet özelliiktir*” diyen görüş için kişinin özelliğini katması gerekli ve yeterli olacaktır. Buna göre bir fikri ürün sahibinden özellikler taşıyorsa, başkasından kopya değilse hususiyet var demektir. Gerçi bu görüş taraftarları kendi içinde homojen bir yapı göstermediği, bazılarının sahibinden özellikler taşıması gereğinden, *fikri yaratıcılığı* kastedtiği anlaşılmaktadır. Örneğin hususiyeti üslup şeklinde niteleyen Tekinalp¹⁵³, “düzey”den söz ederken, Ateş¹⁵⁴ de “sıradan fikri ürünlerin” eser olamayacağını vurgulamaktadır¹⁵⁵. Arslanlı’yı takip ederek sahibinin özelli-

¹⁵² Arslanlı 6-7.

¹⁵³ Tekinalp, Fikri Mülkiyet 107.

¹⁵⁴ Ateş, Eser 77-78.

¹⁵⁵ Aynı yönde Oğuz/Yılmaztekin/Üner 23 vd.

ğini taşımayı başlığa taşıyan *Erel* de kitabında “*fikri yaratıcılık*” kavramına yer vermiştir¹⁵⁶. Bu ilave açıklamalardan anlıyoruz ki bu yazarların en azından bazıları, fikri üründe az çok fikri yaratıcılık aramaktadır¹⁵⁷. *Ayiter*¹⁵⁸, *Olgaç*¹⁵⁹, *Kılıçoğlu*¹⁶⁰ ve *Yavuz/Alıca/Merdivan*¹⁶¹ gibi yazarlar da isabetle *fikri yaratıcılık* kavramına vurgu yapmışlardır.

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise hususiyet, üsluptan daha fazlasıdır¹⁶². Bu fazlalık, genelin ve amacın üstünde özelliklerdir. Başka bir deyişle genel/sıradan ve amaca uygun fikri ürünler eser vasfını kazanamaz. Çünkü bunlarda “*fikri yaratıcılık*” yoktur. Hususiyeti üsluptan fazlasıdır şeklinde tarifleyen görüş taraftarlarına göre hususiyet belirlenirken *üslup* ve *nispeten bağımsızlığı* (kopya olmamanın) yanında fikri üründe şu üç unsurun bulunup bulunmadığı kontrol edilir¹⁶³: i) fikri ürünü geliştirenin **serbest biçimlendirme alanının varlığı**, ii) fikri üründe **genelin üstünde özelliğin** varlığı, iii) fikri üründe **amaca uygun olanın üstünde özelliğin** varlığı. Bu unsurlar aşağıda (*İkinci Bölüm, II, A, 1-4*) incelenecektir.

Konuyu şöyle örnekleyebiliriz: Yatılı okuyan on iki yaşındaki bir öğrenci yurt ve okul hayatına ilişkin duygu ve düşüncelerini, ailesine gönderdiği bir mektupta genel/sıradan cümlelerle anlatmıştır. Soru 1: Öğrenci yazdığı mektuba/fikri ürüne bireysel özelliklerini yansıtmış mıdır? Evet¹⁶⁴. Çünkü mektup öğrenciye aittir. Kimseden yardım almadığı gibi hiçbir yerden de kopyalamamıştır. Soru 2: Öğrenci, fikri yaratıcılığını mektuba yansıtmış mıdır? Hayır. Zira mektuptaki cümlelerde *sıradanlık* ve *amaca uygunluk*

¹⁵⁶ **Erel** 52. Fakat yazar eserinin başka bir yerinde yabancı bir yazara atıfla; “eserin, sahibinin kendi fikri faaliyetinin bir ürünü olması ve başka bir eserden kopya edilmemesi, fikri hukukun sağlayacağı koruma için yeterli olacaktır” şeklinde Arslanlı’nın görüşünü tekrarlamıştır. Bkz. s. 55.

¹⁵⁷ Nitekim Ateş, Erel’in Hirş ve Arslanlı arasında bir yerde durduğuna işaret ederek kendisinin de Erel’in görüşünde olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Ateş**, Kapsam 59.

¹⁵⁸ **Ayiter**, Fikir 42-43.

¹⁵⁹ **Olgaç** 3.

¹⁶⁰ **Kılıçoğlu** 111.

¹⁶¹ **Yavuz/Alıca/Merdivan** 64.

¹⁶² **Nal/Suluk(Karasu)** 76.

¹⁶³ **Nal/Suluk(Karasu)** 76 vd. Yazarlara göre hususiyetin belirlenmesinde üslup ve nispeten bağımsızlığın yanında kişinin biçimlendirme alanı, genelin ve amaca uygun olanın üstündeki özellikler büyük rol oynar.

¹⁶⁴ Bu soruya “hayır” cevabını verenler fikri üründe yaratıcılık aramaktadır. Yani sıradanlıktan çıkan fikri ürünler yaratıcı özellikler taşıyor demektir. Bazılarının bu durumu, ürüne “kişiliğin yansıtılması” olarak nitelemesi sonucu değiştirmez. Nitekim Süre Yönergesinin 17 no.lu gerekçesinde de eserin, geliştiricinin kişiliğini yansıtmışından söz edilmektedir. ABAD da bu ifadenin, fikri yaratıcılık anlamına geldiğini içtihat etmiştir. Bkz. ABAD, C-145/10, 1 December 2011 - Painer, para. 88.

hakimdir; bunun üstünde özellik taşımamaktadır. İşte **hususiyet, üsluptan fazladır** diyen görüş, tam da bu nedenle üründe *fikri yaratıcılık* aramaktadır. Sıradan, genel, olağan, amaca matuf özellikler hususiyet için yeterli gelmez; bunun için genelin ve amacın üstünde özellikler aranır. Sonuç olarak öğrencinin yazısı, mektup yazmaya matuf olup metin, bunun üstünde özellikler/fikri yaratıcılık içermediği için eser değildir. Demek ki sıradan ve amaca uygun anlatım hususiyet içermez. *Anlatım nitelikli/özellikli olmalıdır; fikri yaratıcılık içermelidir*. Aksi halde kendisini anlatabilen/ifade edebilen kişilerin her bir anlatımı eser kabul edilmesi gerekirdi. Örneğin üç yaşındaki çocuğun su istemesi, savcılığa çağrılan bir hırsızın ifadesi, bir öğrencinin dersi anlatması, iki teyzenin dedikodusu ya da iki yaşındaki bir çocuğun deklanşöre basmasıyla çektiği fotoğraf karesi eser değildir. Bunların ifadelerinde/anlatımlarında fikri yaratıcılık varsa, bu kişilerin kimliklerinden (aldıkları eğitim, tecrübe, yaş gibi) bağımsız olarak meydana getirdikleri fikri ürünler elbette eser kabul edilir.

Tekrar pahasına vurgulayalım ki hususiyetin anlaşılabilmesi için Türkiye'nin mensubu bulunduğu hukuk ailesinin (droit d'auteur - eser sahipliğinin) yapısı¹⁶⁵, hukuk dogmatığı ve yeni düzenlemeler dikkate alınmalıdır¹⁶⁶. Bu perspektiften hareketle **hususiyet ifadesinden, AB hukukuna paralel olarak kişinin "fikri yaratıcılığının" ürüne yansımaları anlaşılmalıdır**¹⁶⁷. Yine FSEK 6'da belirtilmemişse ve FSEK 1B/1-d'deki ifade içeriği kapsıyor gibi görünse de hususiyet/fikri yaratıcılık, AB hukukuna uygun bir yoruma göre derlemenin seçimi ve düzenlenmesinde aranmalıdır¹⁶⁸.

Nitekim ABAD da bir fikri ürünün "eser" olarak nitelenebilmesini iki şarta bağlar: *i)* sahibinin fikri yaratıcılığını içermeli, *ii)* bu yaratıcılığın ifadesi fikri ürüne yansımali. ABAD'a göre *geliştiricinin özgür ve yaratıcı seçimlerinin* bir ifadesi olarak kişiliğini yansıtmaları hem gerekli hem de yeterlidir¹⁶⁹. Bunun için de geliştirici, biçimlendirme/oynama alanına ihtiyaç duyar.

Önceleri Alman hukukundaki yüksek fikri yaratıcılık çıtası ve İngiliz hukukundaki çaba ve emek gibi düşük koruma çıtası ile kıyaslandığında

¹⁶⁵ Eser sahipliği sistemi ile copyright sisteminin farkları yukarıda açıklandı. Bkz. *İkinci Bölüm, I, B, 2.*

¹⁶⁶ **Nal/Suluk(Karasu)** 76.

¹⁶⁷ Alman hukukunda orijinalite belirlenirken beş adım testine başvurulur: *i)* objektifleştirme, *ii)* fikri ürün, *iii)* yaratıcılık, *iv)* bireysellik, *v)* yaratıcılığın düzeyi. Bkz. https://www.grur.org/uploads/tx_meeting/2014-04-01_4.GRURJPLP_Individuality-Peifer_Munich_MPI_01.pdf (erişim; 13.2.2025).

¹⁶⁸ **Tekinalp**, Düşünce Yaratıcılığı 74-76; **Ateş**, Veri Tabanları 170 vd.

¹⁶⁹ ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, paras. 29-32; ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, paras. 22-23.

AB’de benimsenen koruma seviyesi ortada bir yerde durmaktadır¹⁷⁰. Önemli bir farkla ki Almanya’da ve AB’de fikri yaratıcılık aranırken, Birleşik Krallık’ta emek ve çabaya dayalı kopya olmama olgusuna bakılır. İşte bu sıralamada **Türk hukukundaki fikri yaratıcılık çıtası kanaatimizce ortada durmakta olup AB ile eşittir**. Bu yüzden konuya ilişkin ABAD kararları hukukumuzda da ışık tutmaktadır.

D. FİKİR VE İFADE AYIRIMI (IDEA / EXPRESSION OF THE IDEA)

1. Fikir Korunmaz

İnsanlar bilgi üzerinden iletişim kurarlar. Bilgi, alıcı ve verici arasında iletişime konu olur. *Erkal*’ın aktarımıyla *Morris*’in işaret teorisi, bilginin üç boyutu olduğunu belirtir¹⁷¹: i) sentaktik/söz dizim boyutu, ii) semantik/anlam boyutu, iii) pragmatik/yararcı boyutu. Sentaktik boyutuyla bilgi; yazı, resim, işitsel/görsel anlam içeren veya içermeyen işaretlerin oluşturduğu bir yapıdır. Bu yönüyle bilginin aktarımı esas alınır ve onun anlamı ve içeriği önemsizdir. Semantik boyut ise bilginin anlam ve içeriğiyle ilgilidir. Pragmatik boyutunda da bilgiyi aktaranın amacı ile alıcı üzerindeki etkisine odaklanılır. Buna göre; “... *bilginin sentaktik boyutu işaretler zincirinin yapısal özelliğini yani haberi veya mesajı, semantik boyutu haber veya mesajın anlamını, pragmatik boyutu ise haber veya mesajın etkisini ifade etmektedir*”¹⁷². Bu açıklama ışığında şimdi bilginin telif hakları yönünden hukuki rejimini inceleyelim.

Bilgi, gerçeklere ve verilere dayanır. Fikir ise insan beyninin üretimiyle ilgilidir. Bilgiye kıyasla fikirler telif korumasına daha yatkındır. Ancak her ikisi de telif korumasının dışında bırakılmıştır.

“İlmi mülkiyet” adı altında fikirler üzerinde hak tanınması 20. yüzyılda tartışılmış, ancak bu tartışmalar bir sonuç vermeyerek fikirlerin telif hukukunda korunmayacağı kabul edilmiştir¹⁷³.

¹⁷⁰ Stamatoudi/Torremans 10.

¹⁷¹ Erkal 22. Soykan ise sözdizim (sentaks) ile anlambilim (semantik) şeklinde ikili bir ayırım yapar. Bkz. s. 139 vd.

¹⁷² Erkal 22-23.

¹⁷³ Hırş, Fikri Say 16, 18-19; Hırş, Sınai Haklar 134-136; Fakat yazara göre; “mücerret fikir üzerinde doğrudan doğruya bir hak kabul edilmemiş ise de, muayyen bir fikri ilk defa umuma arzeden kimsenin maddi ve manevi menfaatleri, adaletin icap ettirdiği vüsat ve derecede bilvasıta (dolaylı olarak) himaye olunmuştur”. Bkz. Fikri Say 19. Pozitif düzenlemeler (TRIPS 9/2; WCT 2) karşısında bu görüşte isabet yoktur.

Telif hukukunda soyut fikrin korunmayacağı ana kuraldır¹⁷⁴. Bu il-ke uluslararası metinlere girdiği (Bern 2/8; TRIPS 9/2; WCT 2) gibi FSEK 2/2’de de kendine yer bulmuştur. FSEK’teki düzenleme, bilgisayar programlarıyla ilgili olmakla birlikte tüm eserler bakımından geçerlidir¹⁷⁵. AB müktesebatında da durum farklı değildir (AB Bilgisayar Yönergesi 1/2)¹⁷⁶.

AB ve Türk telif hukukunda eserlerden soyutlanan fikirler koruma görmez. Hatta fikirlerden ayırt edilemeyen çalışmalar da eser olarak korunmaz. Yani telif koruması, fikirleri kapsamadığı için dikte etme yüzünden fikir ve ifade biçimi birbirinden ayrılmaz biçimdeyse koruma devreye girmez¹⁷⁷.

Bilgisayar Yönergesi 1/2’ye gönderme yapan ABAD’a göre eser koruması, sadece ifade biçimiyle (*“to the expression in any form”*) sınırlı olup mantık, algoritma ve programlama dili ile fikir ve ilkeleri kapsamaz¹⁷⁸. Dolayısıyla bilgisayar programının yaptığı “iş fikri” de telifle korunmaz. SAS kararının ana teması budur.

Ortaya atılan fikrin çok değerli olması bu sonucu değiştirmez. Örneğin, *Einstein*’ın *İzafiyet Teorisi* veya *Cahit Arf*’in *Arf Halkaları* dünya çapında alanlarında çığır açmalarına rağmen telif hukukuyla korunmaz. İlave edelim ki *Einstein*’ın teorisini açıklarken yazdığı makale, yani ifade biçimi, örneklemeleri elbette korunur. Ancak bu koruma, oldukça sınırlı kalır. Anlatmaya çalıştığımız korumanın; teorinin, fikrin, bilginin, olayın, metodun, haberin kendisine sirayet etmeyeceğidir¹⁷⁹.

Belirtelim ki *İzafiyet Teorisine* veya *Arf Halkalarına* hususiyetin yansımadığı iddia edilemez¹⁸⁰. Yani (genellikle aksi geçerli olsa bile) fikirlerde de hususiyet bulunabilir¹⁸¹. Ancak bu konu bir *hukuk politikası* meselesi olup

¹⁷⁴ Arslanlı 29; Nal/Suluk(Karasu) 84; Yavuz/Alica/Merdivan 63. Krş. Memiş, Fikir 1447 vd.

¹⁷⁵ Nal/Suluk(Karasu) 84-85.

¹⁷⁶ ABAD, C-393/09, 22 December 2010 - Bezpečnostní, para. 49; ABAD, C-406/10, 2 May 2012 - SAS, paras. 31, 32, 52; ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, paras. 29, 31.

¹⁷⁷ ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, para. 27; Calboli 68-70

¹⁷⁸ ABAD, C-406/10, 29 November 2011 - SAS, paras. 31, 32, 52.

¹⁷⁹ Aksi yönde Memiş, Fikir 1452-1455, özellikle 1459. Yazar, şekillenmiş fikrin de bu şekilde birlikte korunacağı, yani korumanın fikre de sirayet edeceği görüşündedir. Hukuk Sözcüsünün görüşüne (points. 75-76) de atıfta bulunan ABAD’a göre ise fikir ve ifade birbirinden ayrıştırılmaz (*merger doctrine*) hale gelince koruma devreye girmez. Bkz. ABAD, C-393/09, 22 December 2010 - Bezpečnostní, para. 49.

¹⁸⁰ Arslanlı da bazen fikirlerin kendisinde hususiyetin bulunabileceği görüşündedir. Ancak yazara göre hukuk politikası gereği fikirler koruma dışında bırakılmıştır. Bkz. s. 40.

¹⁸¹ Aksi yönde Inganez 818.

yasa koyucular fikir ve düşünce özgürlüğünü, bilimin gelişmesini ve sanat hürriyetini sınırlamamak adına böyle bir tercihte bulunmuştur¹⁸². Teknik sahaya ait uygulanabilir fikirler ise buluş olarak patent korumasından faydalanabilir¹⁸³. Sanayiye uygulanabilirliği bulunmayan soyut fikirler/öğreti patent hukukunda bile korunmaz. Sonsuz enerji üretimi iddiasındaki Erke Dönergeci buna iyi bir örnektir¹⁸⁴.

Bu yaklaşımdan hareketle denebilir ki **bilgiler, kurallar, fikirler, metotlar/yöntemler eser korumasından faydalanamaz**. Burada yöntem kavramını geniş manada kullanıyoruz. Buna göre stil, tarz ve teknik korumadan yararlanamaz. Sözgelimi bir resim yapma tarzı, resim stili, resim tekniği, bir şiir tarzı, kafiyesi veya ölçüsü ve belirli bir melodi tarzı ya da kısa yorum yöntemi korunmaz. Bunun nedeni, her yeni yöntemin tüm topluma ait kültürden kaynaklanması, korumanın kültürel gelişimi engelleme tehlikesi ve ayrıca hususiyetin genellikle yöntemlerde bulunmayışındır¹⁸⁵.

Özetle olayın kendisi (*mere fact*), veri (*data*), bilgi (*information*), fikir (*idea*), keşif (*discovery*), haber, doğa kanunu, teori, metot ve yöntem gibi unsurlar telif hukuku anlamında “kamunun malı”dır¹⁸⁶. Ne var ki Bern 2/8; TRIPS 9/2; WCT 2 ve FSEK 2/2’deki cılız düzenlemeler bir tarafa bırakılırsa bu husus pozitif metinlerde kendine yer bulamamıştır. *De lege ferenda* bu yönde düzenlemeye ihtiyaç vardır.

2. İfade Korunur

Telif koruması, esas olarak fikrin ifade ediliş şekliyle (*expression of the idea*) sınırlıdır¹⁸⁷. Kural olarak korunan içerik olmayıp dış şekil-

¹⁸² Fikirlerin koruma dışında bırakılmasının iki cephesi vardır: i) herkese fikirlerini açıklama ve yayma hürriyeti tanıma, ii) umuma sunulan başkalarına ait fikirlerden özgürce yararlanma. Bkz. **Hırş**, Fikri Say 17.

¹⁸³ Fazla bilgi için bkz. *Beşinci Bölüm, I*.

¹⁸⁴ Burada Erke Dönergeci ile kastımız, bilimin ilkelerine aykırı bir şekilde sonsuz enerji üretiminin geliştirileceği yönündeki soyut iddihadır. Yoksa enerji üretiminde kullanılacak *makinenin*, koruma kriterlerini karşılayan *bazı özelliklerinin* patentlenmesi daima mümkündür. Nitekim sözü edilen Dönergeç Makinesinin bazı özellikleri de değişik ülkelerde patentlenmiştir. Bkz. <https://patentscope.wipo.int/search/en/detail.jsf?docId=WO2008044097> (erişim; 27.7.2024).

¹⁸⁵ **Nal/Suluk(Karasu)** 85. Ayrıca bkz. **Pila** 68.

¹⁸⁶ **Ayiter**, Fikir 49. Korumanın altında yatan felsefe farkı nedeniyle telif hukukunda korunmayan yöntemler/usuller patent hukukunda korunur (SMK 85, 89). Fakat keşifler ve doğa kanunları patent mevzuatıyla da korunmaz (SMK 82, 85, 89).

¹⁸⁷ AB müktesebatında doğrudan düzenleme olmamakla birlikte metinlerin gerekçelerinde ve içtihatla bu ayırım yapılmaktadır. Örnek olarak bkz. Bilgisayar Programları Yönergesi, Gerekçe 11; Veri Tabanı Yönergesi, Gerekçe 45; DSM Yönergesi, Gerekçe 9; ABAD, C-683/17, 12 September 2019 -

dir/kaptır¹⁸⁸. Bunun nedeni hak sahibinin bireysel çıkarları ile kamu-
nun/toplumun ifade özgürlüğündeki genel çıkarının dengelenmesidir.
Eserde yer alan fikirler korunmadığı için telif koruması, ifadenin izinsiz
kullanılmasını yasaklar, yoksa eserdeki fikirden yararlanmak suretiyle bir
başka eser meydana getirmeyi engellemez. Yargıtay da bazı kararlarında
bu hususu isabetle vurgulamaktadır¹⁸⁹: “5846 sayılı FSEK hükümleriyle eser
sahibine sağlanan fikri hak koruması, fikrin bizatihi kendisine dair olmayıp
onun **ifade ediliş biçimine** ilişkindir. (Dairemizin 03.12.2007 tarih ve
12890/14256 sayılı ve 23.06.2008 tarih ve 6510/8309 sayılı kararları) Öte
yandan, sözü edilen fikri hak koruması hangi biçimde açıklandığına bakıl-
maksızın fikir, usul, yöntem, işleme metodu, kavram, prensip, buluş ve keşif-
leri de kapsamaz”. Yine Yargıtay’a göre¹⁹⁰; “... bilimsel gerçeklikler ile tarihi
olgular (olaylar) tüm insanlığın malı olup, kimsenin tekelinde değildir ve
telif hakkı ile de korunmamaktadırlar. ... Alıntı yapıldığı söylenen noktala-
rın, herkesin kullanımına açık olan tarihi ve maddi vakıalara ilişkin bilgiler
olup olmadığı, ... tartışılmaksızın ...”. Benzer şekilde Yargıtay’a göre taksit
kart adıyla bankacılık sektörüne yönelik *Tüketici Kredilerini Düşüren Bir
Seçenek* başlıklı makaledeki fikirlerin izinsiz uygulanması telif ihlali değil-
dir¹⁹¹. Buna karşılık İSKİ kararında Yargıtay’ın, davacıya ait *“İstanbul’da
Susuzluğa Çözüm”* adlı kitabındaki bilgilerden faydalanarak İSKİ’nin, Terkos
Gölü’nde tatlı ve tuzlu suyu ayırıştırma projesi yapmasını (fikri uygulaması-
nı) telif ihlali olarak nitelemesi hatalıdır¹⁹².

Diğer yandan Yargıtay’ın “mealen alıntı” gibi *bilimsel eserler* yönünden
telif hukukunda yeri olmayan bir kavram üzerinden fevkalade hatalı bir
yönden konuya yaklaştığına şahit oluyoruz¹⁹³. Öyle sanıyoruz ki Yargıtay’ın
mealen alıntıya ilişkin kararları, iktibasın aynen ve mealen olabileceği

Cofemel, para. 29; ABAD, C-393/09, 22 December 2010 - Bezpečnostní, para. 29; ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle Ltd, para.27.

¹⁸⁸ Margoni/Kretschmer 690.

¹⁸⁹ 11. HD, 28.06.2013, E. 2011/12577, K. 2013/13823.

¹⁹⁰ 11. HD, 17.07.2017, E. 2016/9284, K. 2017/4126. Fakat karar metninden anlaşıldığı kadarıyla önceki bir tarih kitabından, sonraki romana sayfalarca “aynen” alıntı yapılmıştır. Bu kadar geniş kapsamlı metne hususiyetin yansımadığı ve ihlalin gerçekleşmediği yönündeki argüman isabetli değildir.

¹⁹¹ 11. HD, 12.11.2002, E. 2002/8058, K. 2002/10328.

¹⁹² 11. HD, 18.03.2010, E. 2008/10223, K. 2010/2988.

¹⁹³ 11. HD, 23.09.2008, E. 2007/2376, K. 2008/10385; 11. HD, 21.04.2010, E. 2008/8719, K. 2010/4382. Yargıtay bir şiirden aynen ve mealen alıntı yapılmasını ihlal saymıştır: “... Dava konusu olayda davacıların murisine ait şiirin üç dizesinden birisinin davalının eserinde aynen yer aldığı, diğ-
ğerlerinin ise mealen iktibas olunduğu ...”. Bkz. 11. HD, 26.02.2004, E. 2003/7070, K. 2004/1799.

yönünde öğretideki görüşe dayanmaktadır¹⁹⁴. Yargıtay aynı mantıkla *bilimsel eserlerdeki bilgilerin alıntılanması üzerinden intihal değerlendirmesi yaptığını gözlemliyoruz*¹⁹⁵: “Uyuşmazlık konusu alıntılar botanik dalı ile ilgilidir. Bilirkişi raporunda gerek davacıya ait eserdeki bilgilerin davacının başka bir eserinden alındığı gerekse davalıya ait eserde bu bilgilerin aynen kullanıldığı belirtilmiş ise de davacı yan, konunun teknik bilgi gerektirdiği, bilirkişinin botanik uzmanı olmadığı, bu yüzden de eserde yer alan bilgilerin davacının başka bir eserinden alıntı olmadığı, davacının yüksek lisans tezi dışında başka bir eseri olmadığı yönündeki esaslı itirazları mahkemece değerlendirilmemiştir”. Bilimsel eserler haricindeki eserlerden aynen alıntılanmasa bile hususiyet taşıyan bu unsurların suçlanan ürüne transferi ihlal teşkil eder. Ancak bilimsel eserlerde aynı sonuca ulaşamaz; aksi halde fikirler korunmaya başlar.

Yargıtay, bir dönem hatalı olarak girdiği bu yoldan isabetle dönmüştür¹⁹⁶: “Somut olayda davacı ve davalı...ya ait eserlerin karşılaştırılması sonucu 8 adet bitki ile ilgili olarak davacı eserinden anılan davalıların mealen alıntı yaptıkları sonucuna varılarak yazılı şekilde hüküm tesis edilmiştir. / Bu bağlamda, mahkemece yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda **telef hukuku ile fikirlerin ifade edilış şekillerinin korunacağı ... FSEK'nın da temelinde bulunmayan mealen alıntı yapıldığından hareketle ... davanın ... kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş ...**”tir. Ancak bilimsel eserler haricindeki diyelim ki roman, hikâye ve film gibi kurgusal eserlerde hususiyet içerikteki olay örgüsüne de sirayet edebilir. İşte bu halde başkasının kurguladığı ve hususiyet taşıyan olay örgüsünün alıntılanması ihlal teşkil eder.



Esas olarak kişinin yaratıcı ifade şekli (*expression of the idea*), yani yaratıcı üslubu koruma altındadır. Kişi yaratıcı üslubunu/hususiyetini kelime, ses, söz, çizgi ve renk gibi ifade araçlarıyla fikri ürüne aktarır. Bu unsurlar aslında daha önce genellikle bilinir (mutlak yeniliği yoktur), ancak eser sahibi, bu unsurları kendince işlemek suretiyle kendi bireyselliğini/öznelliğini, yani *fikri yaratıcılığını* katarak fikri ürüne yansıtır. Kelimelerin dizilişi, çizgi, renk ve seslerin kullanılış biçimi kişinin ifade şeklidir, üslubudur. İşte kişi, fikri ürüne bireyselliğini/yaratıcılığını katarken, fikri ürünün ona

¹⁹⁴ Erel 250.

¹⁹⁵ 11. HD, 17.12.2009, E. 2008/3603, K. 2009/13038.

¹⁹⁶ 11. HD, 03/03/2016, E. 2015/5510, K. 2016/2404.

tanıyacağı biçimlendirme/manevra alanına ihtiyaç duyar. Aşağıda (*İkinci Bölüm, IV*) detaylandırılacağı üzere ilim-edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema eserlerinin her birisinin biçimlendirme alanları aynı değildir. Hatta ilim-edebiyatın içinde yer alan kitap, harita, plan-proje, dans ve koreografi gibi fikri ürünlerin biçimlendirme alanları da farklılık gösterir. Bir yazı ile çizime hususiyetin farklı yansıtacağı açıktır. Bunun da ötesinde hepsi de yazıyla ifade edilen bir roman, ders kitabı ve yemek kitabının biçimlendirme alanları bile önemli derecede farklılaşır.

Hakka sınır getirmek bilimsel eserlerde düşüncenin ve öğretinin özgürlüğü bakımından zorunludur¹⁹⁷. Bilimsel gerçekler/bilgiler, doğa kanunları, keşifler, metotlar kamunun malıdır. Bilimsel içerik korunmadığı için bu tür eserlerdeki koruma sadece şekille sınırlı kalır¹⁹⁸. Tam da bu nedenle bir Fikri Mülkiyet Hukuku kitabına kıyasla *Paulo Coelho*'nun kaleme aldığı Simyacı romanının koruma kabuğu çok daha kalındır. Simyacı'daki hususiyet taşıyan olay örgüsü bile korunurken (koruma içeriğe sirayet ederken) Fikri Mülkiyet Hukuku kitabının içindeki bilgiler korunmaz¹⁹⁹; bunların sadece ifade ediliş biçimi (*expression of the ideas*) korumadan faydalanır. Bu yüzden sonradan gelenlerin Simyacı romanına koyacağı mesafe ile Fikri Mülkiyet Hukuku kitabına koyacağı mesafe aynı değildir.

Fikirlerin korunmayacağı ilkesi bilgisayar programları, veri tabanları, TV program formatları ve reklam konseptleri gibi fikri ürünler yönünden uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Bu tür fikri ürünlerde biçimlendirme alanı dar olduğu için bunların eser olarak korunması güçlükler gösterir²⁰⁰. Hatta BGH, biçimlendirme alanı bırakmadığı ve fonksiyonel olduğu gerekçesiyle kural olarak TV program formatlarının telif korumasından faydalanamayacağını içtihat etmiştir. Alman öğretisi, bu içtihadı şiddetle eleştirmekte ve hususiyet varsa zayıf da olsa korumanın devreye gireceğini

¹⁹⁷ **Nal/Suluk(Karasu)** 83.

¹⁹⁸ **Ayiter**, Fikir 49.

¹⁹⁹ Bilgilerin yanında keşifler, bilimsel sonuçlar, teoriler ve metotlar da telif korumasının dışındadır. Bkz. **Öncü** 140. Velez ki ilgili bilimsel sonucu, teoriyi veya metodu ilk defa fikri ürünü geliştiren ortaya atmış olsun. Yasa koyucu burada öznel katkılara bakmamaktadır; bilimin gelişmesi, yani kamu menfaati için bu tür unsurları bir kişinin tekeline bırakmamıştır. Romanda hayali olay örgüsü bile korunurken ders kitabındaki bilgi, hatta öznel katkılarla oluşturulan bir teori (örneğin Eugen Ullmer'in ağaç teorisi) koruma dışında kalır. Bir yemek kitabındaki tarifler de korunmaz; koruma sadece bilimsel teoriyi, metodu veya yemek tarifini ifade biçimiyle (kurulan kelime sıralamasıyla, kelime öbekleriyle, yani cümlelerle) sınırlı kalır. Bkz. **Ayiter**, Fikir 48, dnp 22.

²⁰⁰ TV program formatlarına ülkelerin yaklaşımı ve mahkeme karar örnekleri için bkz. **Olswang LLP/Singh** 5 vd.

kabul etmektedir²⁰¹. Yargıtay içtihatları ile Türk öğretisinde ise TV program formatları ve reklam konseptlerinin eser korumasından faydalanacağı kabul edilmektedir²⁰². Fakat Yargıtay'ın yeni içtihatlarında formatların korunması için sıkı şartlar aranmakta ve mesafeli bir yaklaşım benimsenmektedir²⁰³.

Telif hukuku ilkelerine göre sözgelimi edebiyatta konu ve tema kimsenin tekeline bırakılamaz. Aşk, sevgi, sevinç, keder, elem ve ölüm gibi konular ve bunların birer uzantısı olarak da gülme, ağlama, matem, mutluluk ve mutsuzluk temaları tarih boyunca işlenmiştir, bundan sonra da işlenecektir. Bunlar hukuken korunarak bir kişinin inhisarına bırakılırsa sonradan gelenlere işleyecek konu ve tema kalmaz. Başka bir deyişle kültürel hayatı zenginleştirmek için benimsenen telif koruması, bu amaca hizmet etmek bir tarafa, tam tersi sonuçlar doğurarak bu zenginleşmeye ket vurmaya başlar.

Kurallara bağlı yapılan spor etkinlikleri de prensip olarak eser değildir. Bu bağlamda Frankfurt mahkemesi, golf kurallarının izin alınmadan Almancaya tercüme edilmesini telif ihlali saymamıştır²⁰⁴. Oysa SAS davasında ABAD, bilgisayar program kılavuzuna hususiyetin sirayet edebileceğini içtihat etmiş, davaya bakan İngiliz mahkemesi de kılavuzu korumuştur²⁰⁵.

²⁰¹ Bu konuda bilgi için bkz. **Nal/Suluk(Karasu)** 87-88.

²⁰² Önceki içtihatlar için bkz. 11. HD, 04.04.2000, E. 1999/9258, K. 2000/2661 - Arena; 11. HD, 31.10.2000, E. 2000/6049, K. 2000/8439 - Televole; 11. HD, 05.04.2005, E. 2004/6612, K. 2005/3278; 11. HD, 21.9.2004, E. 2003/12452, K. 2004/8678 - En Zayıf Halka; 11. HD, 08.10.2009, E. 2009/6918, K. 2009/10276 - Elifnağme; 11. HD, 13.12.2013, E. 2013/11913, K. 2013/22858; 11. HD, 21.9.2004, E. 2003/12452, K. 2004/8678 - En Zayıf Halka; 11. HD, 20.09.2011, E. 2009/11339, K. 2011/10555-Dart Show. Ancak Yargıtay'ın yerinde olan güncel kararlarına göre soyut fikir aşamasını geçmiş, detaylandırılmış, yani algılanabilir nitelikteki formatlar hususiyet taşıyorsa korumadan faydalanır. Yargıtay evlilik programlarına ilişkin olarak ise TV programlarının birbirine yakın olduğunu (koruma kabuklarının ince olduğunu), bu yüzden her birinin diğerinden farklı olduğunu içtihat ederek telif ihlali olmadığı sonucuna varmıştır. Örnek olarak bkz. 11. HD, 01.08.2010, E. 2008/11601, K. 2010/2266.

²⁰³ Yargıtay'ın son dönem içtihatları formatların korunmasına mesafeli yaklaşmaktadır. Örnek olarak bkz. 11. HD, 21.01.2016, E. 2015/2356, K. 2016/577; 11. HD, 22.11.2010, E. 2009/5714, K. 2010/11853; 11. HD, 14.09.2022, E. 2021/3518, K. 2022/5879-Ben Bilmem Eşim Bilir; 11. HD, 22.11.2010, E. 2009/5714, K. 2010/11853 - Kadının Sesi; 11. HD, 10.06.2019, E. 2018/2799, K. 2019/4180 - Eldeki Kuş Mu? Teldeki Kuş Mu?; 11. HD, 12.03.2018, E. 2016/8864, K. 2018/1893 - Bir Yönetmen Doğuyor; 11. HD, 19.01.2016, E. 2015/2310, K. 2016/483; 11. HD, 30.04.2014, E. 2014/1742, K. 2014/8118 - 3G Formatı; 11. HD, 04.10.2017, E. 2016/2226, K. 2017/5013 - Usta Kulübü; 11. HD, 22.12.2015, E. 2015/1179, K. 2015/13762; 11. HD, 15.05.2015, E. 2015/443, K. 2015/7009 - A.G. Yarışma Programı.

²⁰⁴ OLG Frankfurt ZUM 1995, 795 (**Doğan** 745-746'dan naklen).

²⁰⁵ SAS Institute Inc World Programming Ltd [2013] EWHC 69 (Ch) (25 January 2013) - <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2013/69.html> (erişim; 6.2.2025).

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere **telif hukukunda fikrin korunmayacağı genel bir kural gibi görünmekle birlikte eser türüne bağlı olarak sonuç değişebilmektedir**. Bu yüzden öğretilerde her eser türü yönünden kategorik olarak fikrin korunmayacağı önermesinin hatalı sonuçlara götürebileceği, bu metaforun esasen eserlerin bazı unsurlarının korunmayacağını anlattığı görüşü savunulmuştur²⁰⁶. Gerçekten de fikir/ifade şekli ayırımında sınırlar pusludur²⁰⁷.

3. Şekil ve İçerik

Hususiyetin eserlerin hangi unsurlarına yansıdığı önemli bir sorudur. Bu yüzden, yukarıda açıkladığımız *fikir/ifade şekli* ayırımından başka, literatürde fikri ürüne hususiyetin yansıtılmasında *şekil ve içerik* tartışması da yaşanmaktadır²⁰⁸. Mehaz Alman telif hukukunda şekil ve içerik ayırımı yapılmıştır. Bunun da ötesinde şekil de iç ve dış şekil olarak ikiye ayrılmıştır²⁰⁹.

Dış şekil, eserin somut ifadesidir, fikrin ifade biçimidir. Örneğin bir yemek tarifi kitabındaki kullanılan ifadeler, cümleler dış şekli oluşturur. **İç şekil ise malzemenin insanın beyni tarafından belirli bir düzen içinde işlenmesidir**, yani fikri ürünün iç düzeni, kompozisyonudur. Sözelimi bilimsel bir kitaptaki düşüncenin akışı veya bir hikâyedeki olayların gelişimi böyledir²¹⁰. İç şekil, içeriği/muhtevayı da kapsayacak genişlikte yorumlanabilmekte ve zaman zaman iç şekil ve içerik iç içe geçebilmektedir. Örneğin, bir romanın olay örgüsü veya film senaryosunun ayrıntılandırılması böyledir.

Öğretilerde vurgulandığı üzere eser korumasının konusu ve şartları birbirinden ayrılamaz. Zira bu iki unsur birbirine bağlıdır²¹¹. **Eserin türüne bağlı olarak koruma, fikri ürünün şeklinin de ötesinde içeriğine de sırayet edebilir**. Çünkü fikri yaratıcılık içeren unsurlar korumanın kapsamın-

²⁰⁶ Rosati, Dichotomy 61; Inganez 805.

²⁰⁷ Video oyunlarının oynanmasının ve buna bağlı olarak oyuncuların oyun oynarken eser meydana getirip getirmediğini, fikir/ifade biçimi yönünden incelediği çalışmasında Wang da ısrarla bu vurguyu yapar. Bkz. Wang 264.

²⁰⁸ Bilimsel eserlerde korumanın içeriğe sirayet etmeyeceği yönünde bkz. Hırş, Fikri Say 16 vd.; Ayiter, Fikir 41 vd.; Nal/Suluk(Karasu) 83. Aksi yönde Tekinalp, Fikri Mülkiyet 107. Yazar, bu yöndeki görüşünü belirttiikten sonra hususiyetin varlığı için düzey aranması gerektiğini ve “bilimsel eserlerde yetersiz bilgi, bir ‘hususiyet’i içermez” sonucuna ulaşmaktadır.

²⁰⁹ Ayiter, Fikir 41 vd.; Ateş, Eser 84 vd.; Nal/Suluk(Karasu) 82-83.

²¹⁰ Nal/Suluk(Karasu) 83.

²¹¹ Nal/Suluk(Karasu) 83.

dadır. Elbette fikir, olay, metot gibi unsurlar buna istisna teşkil eder. Anlatmaya çalıştığımız husus özellikle müzik ve güzel sanat gibi eser türlerinde korumanın içeriğe de sirayet edebileceğidir.

Kâğıt üzerinde kolayca yapılan şekil ve içerik ayırımı uygulamada güçlükler göstermektedir. Bir romanın iç şeklini oluşturan olay örgüsü ile onun dış şeklini oluşturan cümleleri kolayca ayrılabilir. Fakat aynı romanın olay örgüsü, yani iç düzeni/iç şekli ile muhtevasını/içeriğini birbirinden ayırmak kolay değildir. Patates kabuğu ile patatesin yenebilen iç kısmını ayırabiliriz, ama mürekkebin patatesin içine doğru sirayet etmesine/içine işlemesine benzer şekilde hususiyetin, romanın dizelerinin de ötesinde iç şekline, hatta içeriğine sirayetinde artık şekil/içerik ayırımı güçleşir, bazen de imkânsızlaşır. Örneğin kışkanç bir eşin ruh halini herkes roman, hikâye veya filmde işleyebilir. Ancak kendi fikri yaratıcılığını katarak bu *konuyu özgün bir şekilde işleyen* eser sahibinin oluşturduğu olay örgüsü de korunur ve bir başkası bu olay örgüsünü kopyalayamaz²¹². Bu halde *Arslanlı*'nın deymiyle fikir ve ifade bir vahdet/birlik arz eder²¹³.

Fikri ürün sahibine soyut düşünceler/fikirler üzerinde koruma veremeyerek sonrakilerin biçimlendirme alanını gereksiz yere daraltılmasını önlemeye yönelik bu ayrımlar her zaman aynı sonucu vermemekte ve fikri ürünün türüne bağlı olarak hususiyetin yansıması farklılaşabilmektedir²¹⁴. Hususiyet, güzel sanatlarda daha ziyade şekilde, müzikte de içerikte görülmekle birlikte bu eser kategorilerinde şekil/içerik ayırımı bazen önemini yitirmekte ve koruma her iki unsura da sirayet edebilmektedir²¹⁵. *Arslanlı*'nın işaret ettiği üzere bu tip fikri ürünlerdeki şekil ve içerik, birlik arz etmeye başlar. Bu ihtimalde fikri yaratıcılık, içerikte ifadesini bulur²¹⁶ ve içerik yönünden de telif koruması devreye girer. Mürekkebin patatesin içine doğru işlemesine benzer şekilde müzik ve sinema gibi eserlerde koruma muhtevaya da sirayet eder. Bu yüzden sözü edilen bu keskin ayrımlar sonradan öğretilde şiddetle eleştirilmiştir²¹⁷ Mehaz Alman hukukunda önceleri şekil korunurken içerik korunmuyordu. 1965 tarihli Alman Telif Yasasından sonra bu ayrımlar terk edilerek nerede (şekilde ve içerikte)

²¹² **Ayiter**, Fikir 106.

²¹³ **Arslanlı** 8-9.

²¹⁴ **Ateş**, Eser 78 vd.

²¹⁵ **Arslanlı** 9; **Ayiter**, Fikir 43; **Ateş**, Eser 85.

²¹⁶ **Arslanlı** 8-9.

²¹⁷ **Ayiter**, Fikir 42-43 ve orada anılan yazarlar.

olduğuna bakılmaksızın hususiyetin bulunup bulunmadığı kontrol edilme-ye başlanmıştır.

Vurgulayalım ki bir üst başlıkta belirtildiği üzere bilgiler, fikirler, metotlar, veriler, olaylar, bilimsel gerçekler koruma görmediği için bilimsel eserlerde koruma şekille sınırlı kalır. Bu tür eserlerde gerek içeriğin korunmaması gerekse şekillendirme imkânlarının darlığı hem koruma eşiğinin aşılmasını güçleştirir²¹⁸ hem de aşıldıktan sonra koruma kabuğunun ince kalmasına yol açar.

Özetle, bugün şekil/içerik ayırımı terk edildiği için şekilde veya içerikte olduğuna bakılmaksızın hususiyetin bulunup bulunmadığı kontrol edilir. Ancak bu açıklamamızdan, yukarıda detaylandırdığımız fikir ve ifade ayırımının terk edildiği gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır.

E. ESER PARÇALARI VE TAMAMLANMAMIŞ ESERLER

1. Bireysel Kelimeler Korunmaz

Koruma, eserin tamamına ve parçalarına şamildir (FSEK 13/2). Çok özel durumlar bir tarafa bırakılırsa sözcüklerde, tek bir cümlecik gibi unsurlarda hususiyet bulunmaz. *Hirş* bu durumu şöyle açıklamaktadır: “... ‘Parça’ deyince, tek bir söz veya tek bir cümle değil, sadece, bir manzume vücutta getiren bir fikir silsilesini orijinal bir şekilde ifade eden yani artık başlı başına eser olarak vasıflandırılabilen bir ‘fikra’ anlaşılır”²¹⁹. *Hirş* aksini düşünse de bazen nadiren de olsa bir cümlede, hatta söz öbeğinden oluşan cümlecikte bile hususiyet bulunabilir²²⁰. Örneğin, hususiyet taşıyan reklam sloganları eser mahiyetindedir. Yine *Hirş*²²¹ aksi kanaatte olsa da eser adlarına da hususiyet yansıyabilir²²². Hatta BGH bir kelimeye bile hususiyetin

²¹⁸ **Ayiter**, Fikir 49.

²¹⁹ **Hirş**, Fikri Say 18.

²²⁰ **Arslanlı** 39.

²²¹ **Hirş**, Fikri Say 19. **Arslanlı** da eser adlarının korunmayacağı görüşündedir. Bkz. 53.

²²² Alman mahkemeleri çoğunlukla eser adlarının, eser olarak korunmayacağına karar vermektedir: Sherlock Holmes; Yedinci Duygu; On Yedi Yaşındaki Bir Kızın Raporu; Kalplerin Penceresi Yoktur. Buna karşılık şu adlar eser olarak korunmuştur: Viyana, Sen Rüyalarımın Kenti; İnsan Sadece Maaşla Yaşayamaz. Bkz. **Nal/Suluk(Karasu)** 90. Yargıtay da hususiyet taşıyan eser adlarının eser olarak korunacağını içtihat etmiştir. Bkz. 7. CD, 17.6.1980, E. 1980/2877, K. 1980/3052 - **Suluk/Orhan**, C. II, 1064-1065.

Eser adlarının yanında eserin ad ve alametleri, kapak tasarımları gibi unsurları da istisnai hallerde hususiyet taşıyabilir. Eser vasfında olmayan ve fakat ayırt edici nitelikteki eser adları, işaret, resim ve ses gibi unsurlar haksız rekabet çerçevesinde iltibasa karşı yine korunur (FSEK 83-84). Bu kuru-

yansıdığını içtihat etmiştir²²³. Kanaatimizce bu yaklaşım zorlamadır ve amaca uygun olmayıp, kelimeleri birinin tekeline vermek gibi fevkalade tehlikeli bir sonuç doğurur. Nitekim koruma çıtası oldukça düşük tutulan İngiltere’de tümüyle uydurma bir kelime olan *Exxon* ibaresi üzerinde telif hakkı iddiasını mahkeme isabetli bir şekilde reddetmiştir²²⁴. ABAD da Infopaq kararında kelimelerin kimsenin tekeline verilemeyeceğini, bunlarda fikri yaratıcılığın bulunmadığını, yazarının entelektüel yaratımını oluşturan birleştirme eyleminden bireysel kelimelerin yoksun bulunduğunu içtihat etmiştir²²⁵. ABAD, SAS program dilindeki anahtar kelime, sözdizimi, komut ve komut kombinasyonları, seçenekler ve yinelemelerin eser olmadığını içtihat etmiştir. Buna karşılık ABAD’a göre programın kullanım kılavuzuna ilişkin kelimelerin, şekillerin veya matematiksel kavramların seçimi, sırası ve kombinasyonunda fikri yaratıcılık bulunabilir²²⁶.

Esasen bireysel kelimelerde orijinalitenin olmadığı genel kabuldür. ABAD, Infopaq kararında bunu vurgulamıştır. Fakat gerek bireysel kelimelerin gerekse eser mahiyetinde olmayan verilerin ve unsurların seçilişinde, dizilişinde ve kombinasyonunda orijinallik olabilir. ABAD Infopaq kararında haberlerdeki bireysel kelimelerin eser olmadığını, ancak 11 kelimedenden oluşan, yani kelimelerin kombinasyonu ile meydana getirilen haber başlıklarında fikri yaratıcılığın olabileceğini içtihat etmiştir²²⁷.

2. Önemsiz Kullanımlar (*de minimis*) Caizdir

Mehaz AB telif hukukunda esasen sert bir yaklaşımla koruma yanlısı bir tutum benimsenmiştir. Bilgi Toplumu Yönergesinin 2. maddesi ile 4 ve 9. no.lu gerekçesi buna açıkça işaret etmektedir. Buna rağmen yeni teknolojiler şartları zorlamakta, yasa koyucular ve içtihat da yeni çareler aramaktadır.

ma eserlerin dış şekilleri/tasarımları için de geçerlidir. Haksız rekabet korumasında süre sınırı yoktur. İstanbul Ansiklopedisi, Ticaret Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukuku gibi ayırt edici bir vasfı bulunmayan adlar herkesin kullanımına açıktır. Gazete ve dergi gibi süreli yayınların isimlerine özgü, kısa süreli ayrı bir koruma vardır (Basın Kanunu 9). Eser ad ve alametleriyle ilgili ayrıca bkz. **Ateş**, Eser 416-418.

²²³ Alman içtihadında *Adolf Hitler* isminden *Folterhilda* (*İşkenceci Hilda*)’ya çevrilerek meydana getirilen anagram “eser” kabul edilmiştir. Bkz. **Nal/Suluk(Karasu)** 82.

²²⁴ UK High Court and Court of Appeal, *Exxon Corp. v. Exxon Insurance Consultants Ltd* [1982] Ch. 119.

²²⁵ ABAD, C-5/08, 16 July 2009 - Infopaq, paras. 45-46.

²²⁶ ABAD, C-406/10, 29 November 2011 - SAS, paras. 66-67.

²²⁷ ABAD, C-5/08, 16 July 2009 - Infopaq, para. 48.

Daha ziyade rekabet hukukunda başvuru ve ihmal edilebilir ihlaller olarak gündeme gelen “önemsiz kullanımlar”, telif hukukunda da *de minimis* kuralını doğurmuştur²²⁸. Buna göre önem arz etmeyen küçük miktardaki ihlaller/izinsiz kullanımlar caizdir. Ancak çağımızda dijitalleşmenin ve özellikle yapay zekânın etkisiyle küçük ve önemsiz kullanımlar yaygın olup *de minimis* kuralı, dijital teknolojilere dayalı küçük parça kullanımları yönünden sakınca doğurma potansiyeli vardır. Bu tür kullanımlar kültürel ve sanatsal yönden önemsiz olsa da ekonomik etkileri büyük olabilir. Bu kullanımlara izin verilip verilmeyeceği hukuk politikası meselesidir.

Infopaq kararında ABAD, haber başlıklarında yer alan 11 kelimenin eser vasfında olabileceğini içtihat ederek *de minimis* kuralını iyice daraltmış vaziyettedir²²⁹.

Gerek ulusal gerekse uluslararası metinlerde *de minimis* kuralı esasen içtihada bırakılmış idi. Fakat mehz Alman hukukunda [(EU) 2015/1535 sayılı Yönergeyle uyum amacıyla] 2021 yılında kabul edilen *Act on the Copyright Liability of Online Content Sharing Service Providers* (UrhDaG) ile durum değişmiştir. Yasanın *az kullanım/önemsiz kullanım (minor use)* başlıklı 10. maddesine göre şu kullanımlar telif ihlali değildir:

- i) Sinema eserlerinden her bir olayda 15 saniyeye kadar,
- ii) Müzik parçalarından her bir olayda 15 saniyeye kadar,
- iii) Metinlerden her bir olayda 160 karaktere kadar,
- iv) Fotoğraf ve grafiklerden her bir olayda 125 kilo bite kadar.

Kullanımı yapacaklar bakımından UrhDaG’da sınırlama getirilmiş olup, bu imkândan sadece internet hizmet sağlayıcıları (Google ve Meta gibi dijital platformlar) faydalanabilir (m. 1).

Alman yasa koyucu daha baştan itibaren dijital platformlara *de minimis* kuralı gereği kullanım imkânı vermek istemiştir. Bu tür kullanımların otomatik filtre tekniklerinin kapsamına girmeyeceği anlayışı vardır²³⁰. Diğer Avrupa ülkelerinde içtihada bırakılan konunun, Alman hukukunda kazuistik yöntemle bu kadar detayına inilerek yapılan bu düzenleme haklı olarak eleştirilmiştir²³¹.

²²⁸ *De minimis* kuralına ilişkin özel hukukta karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Özden Merhacı / Erkan 49 vd.

²²⁹ ABAD, C-5/08, 16 July 2009 - Infopaq, para. 48.

²³⁰ Hayleigh Boshier, The IPKat (May 24, 2021).

²³¹ Nils Peters & Engeline Eustrup, The End of an Odyssey: The German Act to Adapt Copyright Law to the Requirements of the Digital Single Market, JDSUPRA (1 June 2021)- <https://www.jdsupra.com/>

Adil kullanım (*fair use*) istisnasının olduğu ABD hukukunda ise ihlal analizi gerçekleştirilirken eserden yapılan kullanımın *miktarı ve önemi* dikkate alınır (17 U.S.C. § 107/3)²³². Böylece anılan hukukta adil kullanım testinde *de minimis* (önemsiz kullanım) göz önünde tutulur.

Hukukumuzda 1995 öncesinde bestekârlara, yayımlanmış edebiyat eserlerinin ufak parçalarını izinsiz şekilde besteleriyle birlikte çoğaltma imkânı verilmişti. 4110 ve 4630 sayılı kanunlarla FSEK 39 ilga edilerek bu yetki ortadan kaldırılmıştır. Yine FSEK 43/1’de radyo-TV’lere kısa süreli tespit imkânı getirilmişti. Bu imkân da 2004 tarih ve 5110 sayılı yasayla bertaraf edilmiştir. Buna karşılık FSEK’in 80. maddesinin sondan 3. fıkrasının 3. bendine göre; “*radyo-televizyon kuruluşlarının kendi olanaklarıyla kendi yayınları için yaptıkları kısa süreli geçici tespitler*” yapması bugün de caizdir.

AB hukukunda geçici ve arızı çoğaltmalara izin vardır (Bilgi Toplumu Yönergesi 2). Hukukumuzda ise böyle bir istisnaya yer verilmemiştir.

3. Hususiyetin Yansıdığı Parçalar Korunur

Fikri ürüne hususiyetin yansiyabilmesi için çalışmanın mutlaka tamamlanmış olması gerekmez. Bir resmi yaparken vefat eden ressamın resminde yarım kalmış unsurlara hususiyet yansımış olabilir. Diyelim ki resmin konusunu teşkil eden insanın başı ortaya çıkmış, fakat vücut yapısı belli belirsiz veya bu kısma hiç başlanmamış olabilir. Bu halde tasvir edilen baş kısmına hususiyet yansımışsa koruma devreye girer. Benzer şekilde bir kitabın yazarı, yazım sürecinde vefat etmişse, yazılan kısma hususiyet yansımış olabilir.

Yapılacak değerlendirmede fikri ürünün geneline bakılmakla birlikte hususiyetin hangi unsurlarda yoğunlaştığı veya yansıdığı tespit edilir²³³. Bazen fikri ürünün çeşidine ve somut olaya bağlı olarak hususiyet genele yansımış, bazen de parçalarda yoğunlaşmış olabilir. Demek ki **fikri ürünün türüne bağlı olarak bakılacak özellikler değişebilir**. Örneğin bir derlemede tek tek unsurlara bakıldığında hususiyet bulunmayabilir ya da olan hususiyet başkasına ait olabilir. Ancak derlemenin hususi bir plan dahilinde oluşturulması fikri bir yaratıcılık taşıyorsa eser koruması devreye girer

egalnews/the-end-of-an-odyssey-the-german-act-to-1507250/#:~:text=Peters%2C%20Engelne%20Eustrup%5D- (erişim; 1.6.2024).

²³² ABD telif hukukunda adil kullanım (*fair use*) kuralı bakımından dört faktör dikkate alınır: *i)* kullanımın amacı ve doğası, *ii)* kullanılan eserin doğası, *iii)* alıntının miktarı, *iv)* kullanımın telif hakkıyla korunan eser için potansiyel pazar üzerindeki etkisi. Bkz. <https://www.copyright.gov/fair-use/> (erişim; 14.8.2024).

²³³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *İkinci Bölüm, I, C*.

ve koruma da sadece bu derleme faaliyetiyle sınırlı kalır ve içerikteki unsurlara sirayet etmez. Bu yüzden üçüncü kişiler, *sui generis* veri tabanı koruması saklı kalmak kaydıyla, derlemeyi oluşturan unsurları izinsiz alıntılatabilir. Fakat bir şiir ya da resmin tamamının yanında bu eserlerin her bir unsuruna da hususiyet sirayet etmiş olabilir. Bu senaryoda tek bir unsurun bile alınması ihlal teşkil eder.

Anlatmaya çalıştığımız husus şudur: Fikri ürünü oluşturan unsurlardan her birisi tek tek ele alındığında hususiyetin varlığı sorgulanabilir olsa bile genel değerlendirmede hususiyetin varlığı kabul edilebiliyorsa koruma devreye girer. Bu yüzden birleştirilen parçaların her birisi sıradan, genel ve amaca uygun nitelikte olsa bile bunların işleniş ve birleştirilmesinde, derlenmesinde, düzenlenmesinde hususiyet bulunabilir. Üçüncü kişiler tek tek parçaları serbestçe kullanabilirse de bunların birleştirilmesini, derlenmesini, düzenlenmesini kopyalayamaz. Zira izinsiz kullanıma karşı **koruma, sadece hususiyet taşıyan kısımlarla/özelliklerle sınırlıdır**²³⁴. Teknik özellik taşıyan ya da hususiyet taşımayan kısımların alıntılanması serbesttir²³⁵. Korunmayan unsurlara atıf yapmak da gerekmez²³⁶.

F. ÇİFTE YARATIM İLKESİ²³⁷

Patent ve tasarım gibi sınai haklardaki “yenilik” ile telifteki “orijinallik/hususiyet” farklı anlamlara sahiptir. Sınai haklarda daha önce var olmayan şey yenidir (*mutlak yenilik*). Patent ve tasarım hukukunda aranan mutlak yenilik için ilgili fikri ürün daha önce hiç var olmamalıdır. Oysa telifteki orijinallikten maksat, fikri ürünün eser sahibinin kendi fikri yaratımı olmasıdır. Yani burada *sübjektif bir yenilik* aranır²³⁸. Eserin, sahibinin fikri yaratıcılığını taşıması şartıyla başka eserden kopyalanmaması yeterli olup buluş niteliği aranmaz²³⁹. Başkalarını taklit etmeksizin/kopya-

²³⁴ ABAD, C-5/08, 16 July 2009 - Infopaq, para. 39.

²³⁵ ABAD, C-393/09, 22 December 2010 - Bezpečnostní, paras. 49-51.

²³⁶ **Nal/Suluk(Karasu)** 83. ABAD’ın Infopaq kararı da bu mantık üzerine oturtulmuştur. Bu konuda ayrıca bkz. **Margoni / Kretschmer** 690. Krş. **Olgaç** 10.

²³⁷ Bu konuda fazla bilgi için bkz. **Nal/Suluk**, Uzman Görüşü; **Nal/Suluk(Karasu)** 40 vd.

²³⁸ Yenilik çeşitleri hakkında bilgi için bkz. **Suluk**, Tasarım 234 vd.

²³⁹ **Ateş**’in Cornish’ten aktardığına göre 1916 yılında bir İngiliz mahkemesi bu durumu veciz bir şekilde şöyle belirtmiştir: “*Orijinallik* kavramı, *eserin ifade biçimi ve yaratıcı düşüncenin orijinal olması demek değildir. Fikri haklar kanunu, ‘edebi eser’ kavramıyla ilgili olayda, düşüncenin özgün olmasını şart koşmaz, bu meyanda önemli olan düşüncenin ifade ediliş biçiminin özgün (orijinal) olmasıdır. Yeter ki, eser bir başka eserin kopyası olmayıp, eser sahibinin kendisinin mahsulü olsun*”. Bkz. Eser 69. Bu anlayış hem Kıta Avrupası hem de Anglosakson hukuk sistemleri için geçerlidir. ABD telif hukukunda aynı anlayış için bkz. **David** 30.

lanmaksızın kendi özgün düşünce ve çabası sonucu ortaya konulan fikri ürün sübjektif olarak yenidir ve telif koruması devreye girer. Velez ki aynısı veya benzeri daha önce bulunsun. Bu yüzden sınai haklardan farklı olarak **telif hukukunda çifte yaratım ilkesi geçerlidir**²⁴⁰.

Yenilik aranan sınai haklardan farklı olarak bir fikri ürünün eser kabul edilebilmesi için bilinen teknik (*prior art*) dikkate alınmaz, yeter ki ilgili fikri ürün öncekinin kopyası olmasın. Demek ki çifte yaratım halinde iki eser aynı veya benzer olsa bile sonraki eser de korumadan yararlanır. Sonraki eser, önceki eserle olan benzerlikleri nedeniyle eski eserin bir uyarlaması veya işlemesi izlenimi verse bile telif ihlali gerçekleşmez²⁴¹. Çifte yaratım halinde, eski eser sahibinin ne işleme hakkı ne de diğer mali hakları ihlal edilmiş olur²⁴². Zira sınai hakların aksine, telif hukukunda **öncelik ilkesi** geçerli değildir²⁴³. **Eser sahibi, eserinin yeniliği için değil, kişisel yaratımı için telif korumasından faydalanır.**

Çifte yaratıma ilişkin bu tespitlerimiz uygulamaya konulurken zaman zaman sorun yaşanabilmektedir. Önceki eser sahibi, kendi eserinden izinsiz alıntıldığını iddia ederken, sonraki eser sahibi de bunun aksini savunabilmektedir. Bu tür uyuşmazlıklarda *ilk görünüşte (prima facie) kanıtlar* prensibi devreye girebilir.

Buna göre sistem şu kurala uygun çalışır: Çifte yaratımdan söz edilebilmesi için sonraki eser sahibi, önceki eserden kopya yapmamalıdır. Bir kopyalamadan söz edebilmek için sonraki eser sahibi, önceki eserden “haberdar olmalı”dır. Bir eser, daha önce kamuya arz edilmemişse sonraki eser sahibinin, önceki eserden haberdar olduğunu önceki eser sahibi ispatlamalıdır. Uygulamada önceki eser sahibi, kopya yapıldığını ispatlayamayabilir.

²⁴⁰ ABAD, C-310/17, 13 November 2018 - Levola Hengelo, para. 36; ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, para. 29; ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, para. 22. Bu açıklamalardan patent ve tasarım gibi sınai haklarda çifte yaratımın bulunmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Sınai haklarda da bir fikri ürünün aynısı veya çok benzeri farklı kişiler tarafından geliştirilebilir (çifte buluş). Ancak bu halde ilk gelen (başvuran) patenti alır kuralı geçerlidir (EPC 60/2; SMK 109/3). Yenilik aranan haklar bakımından şartları varsa diğer kişi(ler), *önceki kullanımdan doğan haktan* faydalanır (SMK 60 ve 87). Marka korumasının amacıyla bağdaşmadığı için önceki kullanımdan doğan hak markalar yönünden uygulanmaz. Ancak sessiz kalma gibi ayrık durumlarda birden çok markanın birlikte yaşaması mümkündür.

²⁴¹ Arslanlı 2.

²⁴² ABAD, C-406/10, 29 November 2011 - SAS, para. 41.

²⁴³ Dreier/Schulze/Schulze § 23 Rn. 29; Dreier/Kotthoff/Meckel/Dreyer Anhang zu §§ 23, 24 Rn. 9; Loewenheim UrhR-HdB/Leistner § 8 Rn. 35, Wandtke/Bullinger, § 23, Rn. 47 - 49 (Nal/Suluk, Uzman Görüşünden naklen).

İşte bu nedenle önceki eser sahibi, *görünüşte/ilk bakışta (prima facie) kanıt kuralına* dayanabilir. Kurala göre kapsamlı benzerlikler kural olarak sonraki eser sahibinin, önceki eseri kullandığını gösterir. Buna karşılık daha sınırlı benzerlik varsa, sonucu büyük ölçüde ilk eserin özgünlük derecesi belirler. Şöyle ki ilk eserin özgünlük düzeyi ne kadar yüksekse, bu özellikler sonraki eserde daha az kaybolacaktır. Aynı şekilde önceki eserin özgünlük derecesi ne kadar düşükse, sonraki eserde bu özelliklerin kaybolması daha olasıdır²⁴⁴. Zira bir eserin özgünlük derecesi, üçüncü kişilerin o esere koyması gereken mesafeyi tayin eder.

Konuyu biraz açalım: İhlal iddiasındaki önceki eser sahibi, eserinin kullanımı da dahil olmak üzere ihlalin nelerden ibaret oluşunu kanıtlamalıdır. Bu bağlamda aksi ispatlanıncaya kadar, *ilk görünüşte (prima facie) kanıtlar* ona yardımcı olur. Özgünlüğü yüksek bir eserin sahibi, eserinden alıntı yapıldığına, yani aslında çifte yaratım olmadığına dair *prima facie kanıtlara* sahiptir. Sonraki eser sahibinin bu ilk kanıtı çürütmesi zordur. Demek ki telif hukukunda çifte yaratım mümkün olsa da, önceki eser ne kadar karmaşık ve ötekilerden farklılaşmışsa, bu olasılık o kadar azalır, yani sonraki eserin önceki eserden kopyalandığına karine teşkil eder. Bununla birlikte, telif korumasının alt sınırında (bozuk madeni para alanında) olan daha basit/zayıf eserler söz konusu olduğunda çifte yaratım daha olasıdır ve önceki eser sahibi ilk görünüşte kanıtlar prensibine dayanamaz.

Anlatmak istediğimiz husus şudur: Farklı kişiler, birbirine çok benzeyen iki eser meydana getirebilir. Bu ihtimalde sonraki eser, öncekinden kopya değilse her iki eser de korumadan yararlanır. Sonraki eserin kopya olduğunu iddia eden ilk eser sahibi, bu durumu ispatlamalıdır. Uygulamada bunun ispatı güçlükler içerdiği için ilk eser sahibi lehine *ilk bakışta kanıt prensibi* benimsenmiştir. İkinci eser, ilk eserle çok benzeşiyorsa ve bu benzerlikler daha önceki benzer eserlerde bulunmayan yüksek özgünlükteki özellikleri içeriyorsa *prima facie* kopyalamanın bulunduğu faraziyesinden hareket edilir. Elbette ikinci eser sahibinin, somut delillerle aksini ispatlaması daima mümkündür. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, çifte yaratım savunması, genellikle yalnızca ilgili unsurlar başka eserlerde de bulunabiliyorsa veya önceki eser umuma sunulmamışsa başarılı olacaktır.

Türk telif hukukunda çifte yaratım konusu özel olarak düzenlenmemekle birlikte pozitif hukukumuzda tescilsiz tasarımlara ilişkin düzenleme, -esasen telif hukuku ilkelerinden aktarıldığı için- telif hakları bakımından

²⁴⁴ Bu konuda Almanya'da geniş bir içtihat birikimi oluşmuştur. Bkz. **Nal/Suluk** Uzman Görüşü.

da uygulanabilir niteliktedir. Konuya ilişkin SMK 59/2 hükmü şöyledir: *“Tescilsiz tasarım, sahibine birinci fıkrada belirtilen fiilleri engelleme hakkını sadece korunan tasarımın aynısının veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerinin **kopyalanarak alınması** hâlinde verir. Korunan tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu **makul yollarla bilmesi mümkün olmayan bir tasarımcı tarafından bağımsız olarak yapılan tasarımın koruma kapsamındaki tasarımdan kopyalanmış olduğu kabul edilmez**”*. Hükümde adi kanuni karine öngörülmüş olup somut olayda bunun aksi ispatlanabilir.

G. YENİ TEKNOLOJİLERİN ÇIKARDIĞI SORUNLAR

Telif hakları, sahiplerine izin verme ve yasaklama, yani münhasır yetkiler veren haklardır. Özellikle dijital teknolojilerdeki gelişmeler karşısında telif haklarının bu niteliği büyük sorunlara yol açmaya başladı. Deyim yerindeyse artık telif elbisesi dar gelmektedir. Yapay zekânın da işe karışmasıyla mevcut hukuki rejimin sürdürülebilirliğine ilişkin şüpheler her geçen gün artmaktadır. Tikanıklıkları gidermek için son yıllarda özellikle gelişmiş ülkelerdeki yasa koyucuların sıklıkla müdahalesine, bazen de öğreti ve içtihat hukukunda hukuki metinleri zorlayıcı yorumlara şahit oluyoruz.

Hak sahibine tanınan izin verme ve yasaklama yetkileri, yasa koyucular tarafından istisna ve sınırlamalarla dengelenmeye çalışılmaktadır. Kara Avrupası (Civil Law) hukuk ailesine mensup ülkelerde istisna ve sınırlamalarda esas olarak sayım yöntemi uygulanır. Ancak son dönemde bu yöntemin yanında Anglosakson hukuk ailesine ait ABD'deki *fair use* ve Birleşik Krallık'taki *fair dealing* ilkelerine benzer düzenlemelerin Japonya, Çin, Tayvan ve Güney Kore gibi Civil Law ailesine mensup ülkelerde de benimsendiği görülmektedir²⁴⁵.

Bern, WCT, WPPT ve TRIPS gibi uluslararası anlaşmalar, yasa koyucuların manevra alanlarını önemli ölçüde daraltmıştır. Bu anlaşmaların öngördüğü esneklikleri kullanan yasa koyucular yeni tanıdığı bir kısım hakları, münhasıriyet (*exclusivity*) yerine uygun bedel (*remuneration*) talep etme şeklinde düzenlemektedir. Yine uluslararası metinlerin çizdiği alanda telif haklarına yeni yeni istisna ve sınırlamalar getirilmektedir. 2019/790 sayılı DSM Yönergesinde²⁴⁶ metin ve veri madenciliğine ilişkin 3. ve 4. maddeler böyledir.

²⁴⁵ Ueno 146-147.

²⁴⁶ Yönerge hakkında bilgi için bkz. Rosati, Commentary 16 vd.; Çonkar 682 vd.; Tekin, Dijital Tek Pazar 199 vd.

Bu çerçevede yukarıda (*İkinci Bölüm, I, E, 2*) açıklanan Alman yasa koyucusunun UrhDaG ile benimsediği *de minimis* kuralına yönelik hükümler dikkat çekicidir. Benzer şekilde Japon yasa koyucu da yapay zekâ çalışmalarının önünü açabilmek adına *non-enjoyment kuralını* telif yasasına yerleştirerek adeta sınırları zorlamaktadır (Japon Telif Yasası 30/4)²⁴⁷. Bu kurala göre eserin kullanımı nedeniyle insan zevk almıyorsa/insanların zevk ve tatminine neden olmuyorsa/insan esere maruz kalmıyorsa koruma devreye girmez²⁴⁸. Böylece insanın zevk alma haricindeki eser kullanımları istisnalar arasına alınmıştır. Düzenlemeye göre eserlerin teknolojik gelişmeler için denemelerde kullanılması, metin ve veri madenciliği ve yapay zekânın eğitimi gibi *insan duyularıyla algılanamayacak şekildeki kullanımları* serbesttir. Özetle *telif koruması, insanların eserleri, eser olarak kullanımıyla sınırlamıştır*²⁴⁹. Hak sahipleri ile kullanıcıların menfaatini dengelemede Japon yasa koyucu, böylece telif korumasına dış sınırlamanın yanında iç sınırlama da getirmiştir²⁵⁰. Eserlerin makinelerde kullanımı için cennete dönüşen Japonya’da yapay zekânın öğrenimi için eserlerin kullanılması sınırlama kapsamında kalmaktadır. Zaten anılan ülkede 2009 yılında kabul edilen metin ve veri madenciliği sınırlaması, dünya genelinde en geniş olanlardan biriydi (Japon Telif Yasası 47/7)²⁵¹.

Öğreti ve içtihatla ise yeni gelişmeler karşısında zorlayıcı yorumlar yapılarak tıkanıklıklar giderilmeye çalışılmaktadır. Örneğin, bu yaklaşıma göre Google Books projesinde telifli kitapların tümüyle taranarak kaydedilmesi/çoğaltılması ve bunların parça parça umuma iletilmesi telif ihlali değildir. Zira bu tür kullanımlarda yeni bir ifade biçimi olmadığı gibi kullanılan eserin ifadesini ortaya çıkarmaktan ziyade oradan bilgi çıkarılmaktadır²⁵².

Bu çabalar ışığında global telif hakları sisteminde hukuki rejim değişikliğine gidilmesi gerektiği, bu çabaların bir şeylere gebe olduğu söylenebilir. Bu bağlamda istisna ve sınırlamaların genişleyeceği ve yeni düzenlemelerin münhasıryetten uygun/adil bedele (belki de bedelsiz) doğru en azından belirli bir

²⁴⁷ Düzenleme hakkında fazla bilgi için bkz. **Ueno** 145 vd.

²⁴⁸ Morris’ten ilhamla Erkal’a göre; “... bilginin **sentaktik boyutu** işaretler zincirinin yapısal özelliğini yani haberi veya mesajı, **semantik boyutu** haber veya mesajın anlamını, **pragmatik boyutu** ise haber veya mesajın etkisini ifade etmektedir” (vurgular aslında yoktur). Bkz. **Erkal** 23. İşte Japon yasa koyucu, bilginin pragmatik boyutunu dikkate alarak telif korumasına iç sınırlama da getirmiştir. Bkz. **Ueno** 151.

²⁴⁹ Bu sınırlama, marka hukukundaki “markasal kullanımı” akla getirmektedir.

²⁵⁰ **Ueno** 151.

²⁵¹ **Ueno** 148-149.

²⁵² **Ginsburg**, Copyright Exceptions 21-22.

ölçüde evrilebileceği öngörülebilir. Bu da TRIPS ile birlikte dünya genelinde koruma yanlısı yaklaşımdan sapılması anlamına gelir. Ancak bu sapmanın, UrhDaG'da olduğu gibi salt dijital platformların kullanımlarıyla kısıtlı mı, yoksa genel bir istisnaya mı dönüşebileceği şimdilik belirsizliğini korumaktadır.

II. FİKRİ ÜRÜNÜ GELİŞTİRENİ KISITLAYAN ETKENLER

Fikri ürün meydana getiren geliştirici, özgür ve yaratıcı tercihleriyle fikri yaratıcılığını fikri ürüne yansıtır. Ancak geliştirici, önünde daima beyaz bir tuval bulamayabilir ve bazı kısıtlarla karşılaşabilir. Bu kısıtlar, onun özgür ve yaratıcı tercihlerini engelleyerek sonucu etkileyebilir, hatta bazen belirleyebilir. Bu bağlamda şu hususlar fikri ürün geliştiricinin manevra/biçimlendirme/oynama alanını kısıtlar/daraltır: *i)* fikri ürünün tabiatı/topolojisi, *ii)* önceki aynı/benzer fikri ürünler, *iii)* regülasyon.

A. FİKRİ ÜRÜNÜN TABİATİ/TİPOLOJİSİ

1. Geliştiricinin Biçimlendirme Alanı/Seçenek Özgürlüğü

Çalışmamızın *Giriş* bölümünde vurguladığımız üzere, **fikri ürün geliştirmek, eşyanın/işin tabiatına “yabancılaştırma” faaliyetidir.** Bu faaliyet yürütülürken bazen eşyanın veya işin tabiatı, geliştiricinin özgürlüğünü/manevra alanını/biçimlendirme alanını daraltarak yaratıcı tercihler yapmasına izin vermez.

İnsan, özgür ve yaratıcı tercihleriyle fikri ürünü geliştirerek kendinden özellikler katar. İşte **fikri ürünü geliştiricinin özgür tercihleriyle kendinden kattığı bu yaratıcı özellikler orijinaliteyi oluşturur. Fikri ürünü geliştiren insan, geliştirmeyi yapabilmesi için serbestçe faaliyet göstereceği oynama alanına ihtiyaç duyar.** Ürün geliştirilirken, **geliştiricinin özgür ve yaratıcı tercihleri** yerine ürün tipolojisi, amacı ve bazen fikri ürünün somutlaştığı eşyanın/işin fonksiyonu/gereklilikleri fikri ürünü şekillendirmişse orijinalite yoktur²⁵³, olsa bile biçimlendirme alanının darlığı, dolayısıyla da düşük katkı yüzünden orijinalite düzeyi zayıf demektir.

Fikri ürün genellikle bir cisimde somutlaşır; ete kemiğe bürünür²⁵⁴. Bu senaryoda fikri ürün kitap, bilgisayar, ahşap, taş, perde, film şeridi veya

²⁵³ ABAD, 4 October 2011 - Football Premier League Ltd, para. 98; ABAD, C-393/09, 22 December 2010 - Bezpečnostní, paras. 48-49; ABAD, C-604/10, 1 March 2012 - Football Dataco, para. 39; ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, para. 26.

²⁵⁴ Böyle olsa bile fikri ürünlerin, somutlaştığı cisimden ayrı bir varlığı ve hukuki rejimi vardır. Biri fikri mülkiyetin diğeri de eşya hukukunun konusunu oluşturur.

vazo gibi fiziki eşyanın kalıbını alır. O kadar ki eserler, somutlaştığı/şekil aldığı kitap, dergi ve mimarlık eseri gibi cisimler üzerinden kategorilere ayrılır. Tablo ve heykel gibi cisimlerin varlık nedeni sanatsal ürün olup bunların günlük kullanım amacı yoktur. Bazen de eserlerin somutlaştığı yapı, lamba ve koltuk gibi cisimlerin günlük kullanım alanları olabilir. İşte günlük kullanım amacı olan cisimlerin tabiatı/ürün tipolojisi, teknik fonksiyonları onları biçimlendireni sınırlandırarak hususiyetini yansıtmaya kısıtlamalar getirir. Hususiyetin azalmasına bağlı olarak da koruma sığlaşır ve daralır. Özellikle mimarlık ve uygulamalı sanat eserlerinde durum böyledir. Bu tür cisimlerin, onu şekillendiren eser sahibine tanıdığı biçimlendirme alanının genişliği veya darlığı ve elbette eser sahibinin, somut olayda kendisine sunulan bu alanı değerlendirip değerlendirmedikine bağlı olarak hususiyetin yansıtılma dereceleri farklılaşır.

Önemle belirtelim ki burada “özgürlük alanı” geniş düşünülmelidir. Teknik fonksiyonun yanında işin niteliği, konu ve tema gibi öğeler de geliştiricinin özgürlüğünü/manevra alanını kısıtlayarak daraltabilir.

Demek ki işin niteliği veya fikri ürünün somutlaştığı eşyanın tabiatı, teknik fonksiyonu eseri meydana getireni kısıtlayabilir. Zira **fikri ürün, somutlaştığı cisme veya konuya “bağımlı”dır**. Bu bağımlılık da fikri ürünü geliştirenin özgür seçimlerine ve yaratıcılığına ket vurur; geliştiricinin öznel katkıları sınırlı kalır. İstisnai hallerde bu bağımlılık geliştiriciye hiç mertebesinde alan bırakabilir. İşte fikri ürün geliştirilirken işin niteliği, tabiatı ve teknik zorunluluğu başka şekilde yapılmasına izin vermiyorsa, herkes o fikri ürünü o şekilde yapmak zorundaysa biçimlendirme alanı yok demektir²⁵⁵. Bazen biçimlendirme alanı olsa bile o işin doğası gereği bu alan dar olduğu için öznel katkılar ister istemez az olacak ve ürünü geliştiren istese de fazla katkı veremeyecektir. Bu bağlamda teknik zorunluluk nedeniyle bir fikri ürün, tasarım korumasının dışında kalıyorsa, telif korumasından evleviyetle faydalanamaz²⁵⁶. Zira istisna hükmüyle tasarımda teknik fonksiyon sonucu geliştirilen tasarım özelliklerine koruma verilmezken telifteki istisnanın amacı fikirlerin üzerinde tekelleşmeyi önlemektir²⁵⁷.

²⁵⁵ Öztan 95; Nal/Suluk(Karasu) 77.

²⁵⁶ Krş. Inganez 807-808.

²⁵⁷ European Copyright Society de benzer görüştedir. Bkz. Opinion of the European Copyright Society in relation to the pending reference before the CJEU in Brompton Bicycle v Chedech/Get2Get, C-833/18” (12 December 2019), paras. 5-7 ve paras. 12-14 - https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3506071 (erişim; 13.1.2025). Cofemel kararında Hukuk Sözcüsüne göre

Yani teknik zorunluluğun yanında telifte fikir, konu ve tema gibi telif korumasına tabi olmayan unsurlar da geliştiriciyi kısıtlar. Bu değerlendirme yapılırken, her iki korumanın altında yatan felsefenin farklı olduğu göz önünde tutulmalıdır²⁵⁸. Üç boyutlu ürünlerde ise ilgili sektörün üretim standartları (markalardaki jargonla söylersek sektörün norm ve gelenekleri) dikkate alınır ve standardize özellikler birinin tekeline bırakılmaz²⁵⁹.

Konuyu biraz açalım. Somut olayda fikri ürünün somutlaştığı eşyanın/ürünün tabiatı bazen geliştiricinin manevra alanını daraltabilir. Güzel sanat eseri niteliğindeki bir konutun fonksiyonel/teknik özellikleri, bir vazo ya da ahşap kaşığın tipolojisi ister istemez geliştiriciye ilgili ürünü belirli bir biçimde tasarlama yükümlülüğü getirerek teknik olarak onun özgürlük alanını, dolayısıyla da katkılarını sınırlar. Bazen de eşyadan bağımsız olarak söz, ses ve hareketle fikri ürün üçüncü kişilerin idrakine sunulabilir. Teknik fonksiyonla ilgili olmayan bu senaryoda ise konu ve tema gibi unsurlar geliştiriciye kısıtlamalar getirebilir.

Demek ki biçimlendirme alanını kısıtlayan etkeni, mutlaka fikri ürünün yansıdığı eşyaya (ürünlerin teknik fonksiyonuna) bağlamak doğru değildir; bazen konu ve temalar da geliştiriciyi kısıtlayabilir. Şöyle ki bir ürünün teknik olarak fonksiyonunu ifa edebilmesi için alması gereken şekil/tasarım teknik fonksiyonelliğe takılır. Buna karşılık diyelim ki bir yemek tarifi kitabı, teknik olarak yazarını kısıtlamasa bile tarifler, fikir ve metot mahiyetinde olduğu için koruma görmez. Yani tabiatı gereği böyle bir ürün geliştiricisinin alanını daraltır. Yemek tarifi kitabı yine de ifade biçimleriyle, yani kurulan cümlelerle eser olarak korunur. Ancak bu ihtimalde koruma dış şekille sınırlı kalır. Bir spor kitabı ya da bir sağlık rehberi de aynı mahiyettedir. Oysa bir hikâye veya romanda koruma, olay örgüsüne, fikri ürünün içine bile sirayet ederek koruma kabuğu kalınlaşır; çünkü bu ihtimalde geliştiricinin biçimlendirme alanı çok daha geniştir, belki de alanın sınırı o kişinin beynidir/ufkudur.

Biçimlendirme alanının geniş veya dar olmasını temelde fikri ürünün tabiatı/ürünün tipolojisi belirler. Başka bir deyişle **nasıl ki eşyanın tabiatı/ürünün teknik fonksiyonu, tasarımcının seçenek özgürlüğünü kısıt-**

tasarıma kıyasla telifteki teknik zorunluluk kavramı daha geniş uygulanır. Bkz. AG Opinion, C-683/17, 2 May 2019 - Cofemel, point. 60.

²⁵⁸ **Phima** da marka ve telifte “teknik fonksiyon”dan aynı şeyin anlaşılmayacağı üzerinde durmaktadır. Bkz. s. 305.

²⁵⁹ **Inaguez** 811.

hyorsa, telif hukukunda fikri ürünün tabiatı da geliştiricinin manevra alanını tayin eder²⁶⁰. Bir tasarımı geliştiren, tasarımın somutlaştığı eşyanın/ürünün tabiatını sahiplenemezken, fikri ürünü geliştiren de telif hukukunda hem eşyayı hem de konu, tema ve motifleri kendine mal edemez. Zira aşağıda açıklanacağı üzere genelin ve/veya amacın üstünde özellikler katılmamışsa koruma devreye girmez.

Değerlendirme yapılırken hususiyetin hangi unsurlarda bulunduğu belirlenir. Ne var ki bazen geliştiricinin kattığı özellikler ürün tipolojisiyle birleşir ve onda eriyerek ortaya özgün bir fikri ürün çıkabilir. Yine de değerlendirme yapılırken ürün tipolojisi daima göz önünde bulundurularak koruma kuvveti belirlenir; üçüncü kişinin, böyle bir korumanın ağına takılıp takılmadığı kontrol edilirken tipoloji dikkate alınır.

Uygulamalı sanat eserinin teknik fonksiyonu değerlendirilirken ortalama tüketici gözüyle bakılmaz. Sanatçı da artistik bakımından çıtayı yüksek tutacağı için hemen her şey istisna kapsamına sokma eğiliminde olacaktır. Zira sanatçı, pek çok özelliğin teknik nedenlerle oluştuğunu iddia edecektir. Ortalama tüketici de fonksiyonelliğe fazla ağırlık verecektir. En uygun yaklaşım “uzman tasarımcı” gözüdür. Uzman tasarımcı, neyin teknik zorunluluk tarafından şekillenip şekillenmediği hususunda en duyarlı kişidir. Ana faktörün ağırlığını en iyi o ölçebilir²⁶¹. Ancak Doceram kararında ABAD, makul gözlemci gibi bir kriterin bulunmadığını, ilgili mahkemenin her somut olayın tüm şartlarını dikkate alarak bu konuda bir değerlendirme yapmasını içtihat etmiştir²⁶².



Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, **fikri ürünün tipolojisine bağlı olarak onu geliştirene sunduğu biçimlendirme/özgürlük alanı farklılık gösterir.** Bir roman, bilimsel bir esere kıyasla yazara daha fazla biçimlendirme alanı sunar. Öğretide²⁶³ “ufaklık para”, “madeni bozuk para” olarak nitelenen katalog, fiyat listesi, yarış kuponu, yemek menüsü, sokak ve telefon rehberi gibi tabanda bulunan fikri ürünlerde bu alan iyice daralır. Bunlar kural olarak eser vasfında değildir, ancak somut olaya bağlı olarak gerek şekillerine

²⁶⁰ Edebiyat ve sinemada konu ve temalar kimsenin tekelinde olmayıp herkesin kullanımına açıktır. Mimarlık ve uygulamalı sanat alanlarında da fikri ürünün/eserin somutlaştığı eşyanın tabiatı sahiplenilemez.

²⁶¹ Inguanez 812-813.

²⁶² ABAD, C-395/16, 8 March 2018 - Doceram, para. 39.

²⁶³ Ayiter, Fikir 47-48; Tekinalp, Fikri Mülkiyet 107; Öztan 98.

gerekse içeriklerine nadiren de olsa hususiyet yansıyabilir. Hususiyet taşıyan bu tür fikri ürünler, korumadan yararlanmakla birlikte koruma eşiğini zar zor aştığı için koruma kuvveti oldukça zayıftır. Çünkü biçimlendirme alanı dar olduğu için yansıtılan hususiyetin düzeyi de ister istemez düşük kalır. Bu tür fikri ürünlerin korumadan faydalanabilmesi için bunlardaki özelliklerin daha öncekilerden çok da farklı olması aranmaz. Yani bunlar koruma eşiğine çabuk ulaşır. Ancak tam da bu yüzden sonradan gelenlere karşı koruması daralır. Bu tür fikri ürünler telif korumasının tabanında yer alır.

Bu durumu şöyle örnekleyebiliriz: Bir tabloda biçimlendirme alanı olabildiğince geniştir. Sanatçı beyaz tuvali kullanarak hususiyetini yoğun bir şekilde tabloya yansıtmışsa, yani fikri ürün yüksek bir özgünlük seviyesine ulaşmışsa sonradan gelenlerin tabloya yaklaşmasına müsamaha gösterilmez. Demek ki önceki eserin hususiyeti ne kadar yüksekse, sonraki eser o derece mesafe koymalıdır²⁶⁴. Geniş alana rağmen potansiyel ıskalandığı için yansıtılan hususiyet sınırlıysa, yani tablonun özgünlüğü düşükse koruma yine devreye girer. Ancak bu halde üçüncü kişilerin bu tabloya yakın eserler üretmesine izin verilir. Buna karşılık uygulamalı sanat eseri niteliğindeki bir bardaktaki biçimlendirme alanı/seçenek özgürlüğü tabloya kıyasla daha dardır. Ürün tipolojisi/teknik fonksiyon, sanatçının biçimlendirme alanını daralttığı için sanatçı istese de bardağa fazla sanatsal özellik katar. Zira bardak kendinden beklenen sıvı tutma işlevini/fonksiyonunu yerine getirebilmesi için teknik olarak belirli bir biçimde tasarlanmalıdır. Ürünün fonksiyonu yüzünden koruma kabuğu ince kalır ve sonradan gelenlerin bardağa yaklaşmasına müsaade edilir. Sanatçı, biçimlendirme alanına rağmen bardağa yeterince sanatsal özellik katmamışsa, koruma eşiğini aşamadığı için bardağın tasarımı “eser” korumasından yararlanamaz. Eşiği aşıya bile sınırlı katkılar yüzünden koruma zayıf kalır.

Vurgulayalım ki ürünlerin teknik fonksiyonlarına benzer şekilde bazen konu ve temalar geliştiricinin manevra alanını daraltabilir. Örneğin, kurgu filme kıyasla bir biyografi veya belgeselin biçimlendirme alanı daha dardır. Buna bağlı olarak biyografi ve belgesellerde öznel katkılar sınırlı kalacağı için koruma seviyesi de düşüktür.

2. Fikri Ürünün Fonksiyonu

Fikri ürün geliştirmek eşyanın/işin tabiatına yabancılaştırma faaliyeti olduğuna göre fonksiyonellik, geliştiricinin manevra alanını kısıtlayan bir

²⁶⁴ Nal/Suluk(Karasu) 107.

etkendir. Bu yüzden fonksiyonellik telif, marka ve tasarım hukukunda korumaya doğal sınır getirmektedir. Teknik fonksiyonu koruma üzerine inşa edilen patent koruması ise buna istisna teşkil eder.

Fonksiyonellik ister istemez hem öğretiyi hem de içtiadı hemen her gün meşgul etmektedir. Fikri mülkiyet hukukunda bu kadar önem arz eden fonksiyonellikten ne anlaşılması gerektiği ise belirsizliğini korumaktadır. Yasa koyucu sadece markalar (SMK 5/1-e) ve tasarımlar (SMK 58/4-b ve c) bakımından *teknik fonksiyon* istisnası getirmiş, telif hakları yönünden düzenlemeye gitmemiştir. Teknik fonksiyonun haricindeki (öğretide geliştirilen) hukuki ve jenerik fonksiyonellik de düzenlenmemiştir.

Her bir hak korumasının altında farklı bir felsefe yattığı için hak kategorilerinde fonksiyonellikten farklı şeyler anlaşılmaktadır²⁶⁵. Fonksiyonellik, markalarda rakiplerin alternatiflerini kısıtlayarak ayırt ediciliğe zarar vermeye başladığında koruma çizgisinin dışında kalmaktadır. Oysa telifte fikri yaratıcılığı engelleyen fonksiyonellikler koruma dışıdır. Hem markalarda hem de telifte teknik fonksiyonun yanında diğer tür fonksiyonellik de dikkate alınmaktadır. Buna karşılık tasarımlarda sadece teknik fonksiyonellik çizgi dışında tutulmakta ve tasarımcının biçimlendirme alanını daralttığı, özgür tercihleriyle hareket edemediği için dışlanmaktadır. Birer geliştirme faaliyetini gerektiren eser ve tasarımda geliştiricinin alanını daralttığı ya da ona alan bırakmadığı için fonksiyonellik dışlanmaktadır. Zira geliştirici, alan bulamadığı için ürüne öznel katkı yapamamaktadır. Markalar açısından fonksiyonellik daha katı bir biçimde uygulanarak fonksiyonel olan işaretler koruma elde edemez. Ancak tasarımlarda fonksiyonel tasarımlar da koruma görür, sadece fonksiyonun şekli biçimlendirdiği noktada koruma dışlanır.

Marka literatüründe fonksiyonellik üçe ayrılmaktadır²⁶⁶: *i)* teknik fonksiyonellik, *ii)* estetik fonksiyonellik, *iii)* jenerik fonksiyonellik.

Teknik fonksiyonellikte fikri ürünün yansıdığı eşyanın fonksiyonu, geliştiriciyi kısıtlar. Bıçağın kesme işlevini yerine getirebilmesi için ağzının keskin olması böyledir.

²⁶⁵ Ayrıca bkz. **Phima** 305.

²⁶⁶ **Brancusi** 191 vd. Teknik fonksiyonellik için bkz. s. 191 vd., jenerik fonksiyonellik için bkz. 247 vd., estetik fonksiyonellik için bkz. 267 vd. Belirtelim ki markada fonksiyonellik yaklaşımı ABD hukuku menşelidir ve AB-Türk hukukuna çok da uygun düşmemektedir. Bu nedenle SMK 5/1-e'deki kavramlardan hareket edilmesi daha sağlıklı sonuçlar verecektir.

Bir ürünü, tüketici onun şekli nedeniyle tercih ediyorsa bu özellikler *estetik fonksiyonelliği (mala asli değerini veren şekli)* oluşturur²⁶⁷. Yine ilgili çevrenin algısı, ilgili malın niteliği, şeklin veya başka bir niteliğin sanatsal özelliği, şeklin ilgili piyasada yaygın olarak kullanılan diğer şekillerden farkı, fiyat farkı gibi unsurlar da estetik fonksiyon kavramına dahil edilmektedir²⁶⁸.

Jenerik fonksiyonellikte ise yasal standartlar ile ürün standartları geliştiriciye kısıtlamalar getirir. Model, ilk örnek ve arketip olarak nitelenen ürünün tabiatı geliştiricinin manevra alanını daraltır. Ürünlerin tabiatına has jenerik özellikler buna yol açar.

Bazen bu fonksiyonelliklerin ikisi veya üçü birleşerek geliştiricinin biçimlendirme alanını daraltarak veya yok ederek onun özgür ve yaratıcı tercihlerde bulunmasını engeller. Sonuçta ortaya çıkan fikri ürün, geliştiricinin özgür ve yaratıcı tercihleri yerine fonksiyonellikten kaynaklanır; geliştirici yerine ürüne mührü fonksiyonellik vurmuş olur.



AB ve Türk telif hukukunda teknik fonksiyon istisnasına yer verilmiştir. Fakat fikri yaratıcılık/hususiyet arandığı için teknik fonksiyon, korumaya doğal bir sınır getirmektedir.

Bir üst başlıkta vurguladığımız üzere geliştirici, fikri ürüne orijinalite katabilmek için serbest oynama alanına ihtiyaç duyar. Fikri ürün tipine bağlı olarak bu alan dar veya geniş olabilir. Fonksiyonelliğin alan daraltması her somut olayda değişir. Alanı daralan geliştirici, bu dar alanda bile özgür ve yaratıcı tercihlerde bulunarak fikri yaratıcılığını ürüne az da olsa yansıtabilir. Bu senaryoda zayıf da olsa ortaya bir eser çıkar. Bazen ürün, geliştiriciye hiç mertebesinde, bazen de hiçbir alan bırakmaz. Bu hallerde geliştirici istese de fikri yaratıcılığını fikri ürüne yansıtamaz. ABAD içtihadında spor kuralları (Premier League), teknik zorunluluk arz eden teknik grafik arayüzleri (SAS), ürünlerin teknik fonksiyonları (Brompton Bicycle) ve tümüyle bilgilendirici askeri raporlar (Funke Medien) fonksiyonel kabul edilerek, yani geliştiriciye fikri yaratıcılığını yansıtacak seçim ve manevra alanı bırakmadığı gerekçesiyle “eser” sayılmamıştır. Bunlar kural temelli kısıtlamalar olarak ifade edilmiştir²⁶⁹.

²⁶⁷ Arkan 85-86.

²⁶⁸ ABAD, C-205/13, 18 September 2014 - Hauck, para. 35.

²⁶⁹ Bkz. Yılmaztekin 91 vd.

Fonksiyonellik bağlamında telif hukukunda en büyük sorunu *teknik fonksiyon* çıkarmaktadır. Aynen teknik fonksiyonun tasarımı şekillendirmesinde²⁷⁰ olduğu gibi teknik hususlar, kurallar veya diğer kısıtlamalar bir eserin meydana getirilmesine imkân vermiyorsa fikri ürünü geliştiren ne kadar çabalarsa çabalasın fikri ürüne hususiyet katamaz²⁷¹. Çünkü biçimlendirme özgürlüğü bulunmadığı için fikri ürünü geliştiren ona kendinden özellikler kazandıramaz, yani hususiyetini yansıtamaz; fikri ürünü, onu meydana getirenin özgür ve yaratıcı tercihleri yerine teknik fonksiyonu şekillendirir. Bu bağlamda patentin konusu olan fikir ve teknik içerik telif hukukuyla korunmaz. Bazen de teknik fonksiyon yerine konu ve tema gibi unsurlar bu etkiyi yapar. Bu hallerde **telif korumasının sınırına gelmiş demektir**.

Bu konu ABAD'ı pek çok olayda meşgul etmiştir. Çalışmamızın ilgili bölümlerinde incelenen Bezpečnostní, SAS, Cofemel, Funke ve Brompton gibi kararlarda ABAD, geliştiricinin yaratıcı özgürlük/biçimlendirme alanının oldukça kısıtlı olması yüzünden fikir ve ifadenin birbirinden ayıramayacağını (*merger doctrine*) veya ortaya çıkan ifadenin, fikri ürünü geliştirenin yaratıcı tercihleri yerine fikri ürünün türüne özgü nedenlerden kaynaklanacağını (*sce'nes a` faire doctrine*) dikkate alarak telif korumasını esirgemektedir²⁷². ABAD'a göre tabiatından veya amacından kaynaklı fikri ürünler eser değildir²⁷³. Zira teknik fonksiyon ya da işin gereklilikleri yüzünden geliştirici serbestçe seçimler yapamaz, onun kendi fikri yaratıcılığı yerine işin/ürünün tabiatı, fonksiyonu ve/veya amacı sonucu belirler. Bu ihtimallerde kişi fikri yaratıcılığını ürüne yansıtamadığı için ortada korunacak bir eser de yoktur. Ancak ABAD, anılan doktrinleri dar tutma eğilimindedir. Örneğin Brompton kararında²⁷⁴ detaylandığı üzere ABAD'a göre ürünün teknik fonksiyonu başkaca alternatif sunmuyorsa telif koruması devreye girmez (para. 33). Buna karşılık teknik zorunluluk dikte etse bile bu durum, sahibinin hususiyetini yansıtmamasına engel teşkil etmiyorsa koruma devreye

²⁷⁰ AB Komisyonunun Bezpečnostní davasında verdiği görüşe göre teknik fonksiyonun tasarımı şekillendirmesi yüzünden korumanın devreye girmemesi kuralı telif haklarında evleviyetle (*a fortiori*) geçerlidir. Bkz. **Inguanez** 806. Buna karşılık ABAD'a göre, fikri ürünü geliştirenin hususiyeti, serbest ve yaratıcı seçimleriyle yansıtmışsa teknik fonksiyon şekillendirse de koruma devreye girer. Bkz. ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, para. 26.

²⁷¹ ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, para. 23; ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, para. 24.

²⁷² **Inaguez** 809, 818-819.

²⁷³ ABAD, C-469/17, 29 July 2019 - Funke Medien, para. 19.

²⁷⁴ ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle.

girer (para. 26). Başkaca katlanma şekilleri yönünden alternatifler sunan ve daha önce patentli olan bir bisikletin katlanma şekli, telif hukuku anlamında hususiyet taşıyabilir ve koruma devreye girebilir (paras. 28 vd.). Buna karşılık telif koruması, fikirleri kapsamadığı için dikte etme yüzünden fikir ve ifade biçimi birbirinden ayırlamaz biçimdeyse koruma sağlanmaz (para. 27).

3. Amaca Uygun Olanın Üstünde Özellikler

Fikri ürün genellikle bir amaca hizmet eder. Hususiyet belirlenirken, amaca uygun olanın üstündeki özellikler dikkate alınır. Bu husus bizi *fikri yaratıcılık/hususiyet* kavramına götürür.

İşlevselliği ve amaçsallığı dışlayan bu ilke, fikri ürünü geliştirenin biçimlendirme alanıyla doğrudan ilgilidir. Fikri ürünün somutlaştığı eşyanın amacı ve yine fikri ürünün kendi amacı, geliştiriciyi ister istemez kısıtlar. Örneğin bir masa, kendisinden beklenen işleve ve amaca uygun olarak tasarlanmışsa, bunun ötesinde sanatsal özellikler taşımıyorsa eser korumasından faydalanamaz. Bir sürahinin amacı sıvı içermesidir. Bu amaca uygun tasarlanan, sıradan özellikler taşıyan ve bu amacının üstünde özellikleri bulunmayan bir sürahinin tasarımı “eser” korumasından yararlanamaz²⁷⁵.

Vurgulayalım ki burada sözünü ettiğimiz amaç/işlevsellik, üç boyutlu cisimlerle sınırlı olmayıp geniş anlama sahiptir. Teknik fonksiyonelliğin yanında (marka hukukundaki jargonla ifade edersek) estetik ve jenerik fonksiyonellik de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda bir avukatın kaleme aldığı dava dilekçesi ya da bir muhabirin kaza haberinin amaçlarına (davanın ve kazanın anlatılmasına) uygun fikri ürünlerde de kural olarak koruma devreye girmez. Buna karşılık ağdalı bir üslupla yazılan bir habere veya şiir gibi yazılmış dava dilekçesine hususiyet yansımış olabilir. Bu ihtimalde ortaya konulan fikri ürün, dava dilekçesi yazmanın ötesine geçerek amacın üstünde özellikler taşıyor demektir. Açıklamayı belirginleştirmek için yaptığımız buradaki örnekleme okuyucuyu yanıltmamalıdır. Somut olayda fikri ürüne hususiyetin yansıyor yansımadığı kontrol edilir. Nasıl ki bir mütalaa kitabına veya makaleye hususiyet yansiyorsa, nesir olarak kaleme alınan bir dava dilekçesine de hususiyet sirayet edebilir. Avukatlık yapan bir akademisyenin kaleminden çıkan makaleyi eser kabul ettiğimize

²⁷⁵ Hatta güzel sanat eserleri bakımından “estetik fazlalık” arandığı için bir bardağın eser sayılabilmesi için tasarım korumasında öngörülen “yenilik” ve “ayırt edicilik” kriterlerinin karşılanması yeterli gelmez; sanatsal özellik/estetik değer de aranır.

göre aynı/benzer ifade biçimiyle bunları mütalaa veya dava dilekçesi olarak kaleme almasında sonuç değişmez. Şu kadar ki aynen haberlere benzer şekilde bir makaleye kıyasla dava dilekçesinde işlenen konu gerçekler olabileceği için yazarı kısıtlayabilir ve yansımayı olumsuz yönde etkiler. Yine yazar, genellikle amaca uygun olanın (dava dilekçesi yazmanın) üstünde özellik katma çabası içine girmez. Bu ve benzeri nedenlerle sonuç farklılaşabilir, yoksa fikri ürünün makale veya dava dilekçesi olarak “etiketlenmesi” sonucu değiştirmez.

4. Genelin Üstünde Özellikler

Bir fikri ürünün eser olarak korunmasını belirleyebilmek için, yaratıcı unsurların neler olduğu, bunların önceden bilinen formlar ve içeriklerden farklı olup olmadığı ve ortalama yeteneğe sahip bir insanın ortaya koyduğu ürünlerin üstünde olup olmadığı belirlenmelidir²⁷⁶. Eli tutan herkes yazı yazabilir, çizim yapabilir, fotoğraf çekebilir; bunlardan sadece genelin üstünde olanlar eser korumasını hak eder. Koruma için fikri üründe genelin/olağanın üstünde özelliklerin varlığı aranır. **Genelde/sıradan rastlanan mahiyette katkılar varsa, sıradanlığın üstünde özellikler bulunmuyorsa hususiyet de yoktur.** Bu kriter de bizi *fikri yaratıcılık* kavramına götürmektedir.

Demek ki sıradan/standart özellikteki fikri ürünler ve yine bir fikri ürünün standart özellikleri eser olarak korunmaz. Sözelimi, sıradan bir tanıtım broşürü eser korumasından yararlanamaz. Tanıtım broşürünün fikri ürün olmadığı iddia edilemese de *fikri yaratıcılık* olmadığı için “eser” değildir. Ancak bu tip ürünlerin tipolojisinin dikte etmesi nedeniyle alanın darlığı yüzünden bu yansıma sınırlı olacağı için koruma kuvveti zayıf kalacaktır. Mektup, haber, sınav kâğıdı ve günübirlik çekilen fotoğraflarda genellikle sıradanlık vardır. Öğrenci sadece diyelim ki Çanakkale Savaşı hakkında sıradan bilgiler vermişse eser yoktur. Öğrenciden kompozisyon yazması istenmişse ve o da sıradanlığın üstünde bir metin oluşturmuşsa sonuç değişir.

Buna karşılık biçimlendirme alanı dar olan bilimsel bir eserde bile malzemenin toplanişı, bir plan dahilinde açıklanışı, hatta bir harita ve teknik resim gibi fikri ürünlerde fikri ürünü geliştirenin bilgi, ustalık ve zevklerinin fikri ürüne yansıyabileceği, bu nedenle de eser korumasından yararlanacağı kabul edilmektedir²⁷⁷.

²⁷⁶ BGH GRUR 1991, 533, 533 - Brown Girl II. (Nal/Suluk, Uzman Görüşünden naklen).

²⁷⁷ Ayiter, Fikir 43.

B. ÖNCEKİ AYNI/BENZER FİKRİ ÜRÜNLERİN YOĞUNLUĞU

Koruma kuvvetini etkileyen hususlardan birisi de önceki aynı/benzer fikri ürünlerin yoğunluk derecesidir, insanlığın o alandaki mirasıdır. Bir alanda yoğun bir fikri üretim (*crowded art*) varsa, sonradan fikir üretenlerin manevra alanı daralmaya başlar. Bu durum sonradan gelenler için adeta *ürün tipolojisi etkisi* yapar ve onların seçenek özgürlüğünü sınırlayarak biçimlendirme alanlarını daraltır.

Bir alan ne kadar bakirse o alanda fikri ürün geliştiren kişinin biçimlendirme/manevra alanı o kadar geniştir. Bu yüzden buna bağlı olarak ilgili kişiden beklenti de artar ve kendisinden fazla katkı yapması beklenir. Fazla katkı ise fikri ürünün koruma kuvvetini, dolayısıyla (genişlik ve derinlik anlamında) kapsama alanını genişletir ve üçüncü kişilerin fikri ürüne koyacağı mesafeyi uzatır.

Tersten bakıldığında bir alanda daha önceki çalışmalar, sonradan çalışma yapanların manevra alanını ister istemez daraltır. Yani ilgili alanda **var olan fikri ürünler, sonrakiler için adeta “ürün tipolojisi etkisi” yaparak onların seçenek özgürlüklerini kısıtlar**. Bu durum geliştiriciden beklentiyi düşürür ve fikri ürünün koruma eşiğini aşmasını kolaylaştırmakla birlikte bireysel katkıların sınırlı olmasına bağlı olarak da korumanın derinliği ve genişliği zayıflar ve sonradan gelecek kişilerin bu fikri ürüne koyacağı mesafe kısılır.

C. REGÜLASYON (MEVZUAT)²⁷⁸

Ders kitaplarında müfredatı belirleyen mevzuat, harita mevzuatı, mimari eserlere yönelik imar mevzuatı gibi düzenlemeler ister istemez eser vereceklerin biçimlendirme/oynama alanlarını daraltır. Mevzuatın hangi nedenlerle (teknik, idari ve benzeri) konuyu düzenlediği önemsizdir. Önemli olan mevzuatın getirdiği **hukuki bariyerler** nedeniyle o alanda eser vereceklerin manevra alanının daralması ve bu yüzden de eserlerin ister istemez birbirine benzemesidir.

Regülasyon, teknik bir bariyer oluşturmamakla birlikte hukuki engel oluşturur ve eseri meydana getirenin oynama/biçimlendirme alanını daraltır. Regülasyona aykırı meydana getirilen bir eser günlük hayatta kullanılamaz. Bu yüzden ders kitabı, harita ve mimari yapı gibi fikri ürünlerde

²⁷⁸ İstisna ve sınırlamalar başka bir husustur. Bu tür düzenlemeler doğrudan ilgili fikri ürünü ya tümüyle korumasız bırakır (*istisna-exception*) ya da tanınan hakkı sınırlar (*sınırlama-limitation*).

biçimlendirme alanı dardır. Örneğin bir ders kitabı yazacakların ilgili müfredata uygun yazmasını regülasyon dikte eder ve ister istemez verilen eserler birbirine benzer. Dolayısıyla bu alanlarda verilecek eserlerin koruma kabukları ince kalır ve üçüncü kişilerin bu tür eserlere koyacakları mesafe de kısılır.

Kamu düzeni ve genel ahlaka aykırılık bir fikri ürünün “eser” olarak vasıflandırılmasına engel teşkil etmez; kullanımına yönelik yasaklar getirilebilir.

İlave edelim ki bazen bir idare, bir kişiye ait eseri teknik şartnamede tarif ederek yetkisini suistimal ediyorsa artık telif sınırını konuşmak yerine, zarara uğrayan kişi, ilgili idarenin hem işleminin iptali hem de uğradığı zararların telafisi için dava açabilir.

III. FİKRİ ÜRÜNÜ GELİŞTİRENİN, BİÇİMLENDİRME ALANINI KULLANMASI

Bugünkü anlayışa göre eserler ancak insanlar tarafından meydana getirilebilir. Ortaya çıkmasında hava, taş, su, toprak ve ateş gibi insanın dahli dışındaki faktörlerin etkisiyle meydana gelen nesne ve şekiller eser sayılmaz. Peribacaları, Pamukkale, Niagara Şelalesi ve Büyük Kanyon bunlara iyi birer örnektir.

İnsan eseri geliştirirken bazen kalem, saz, tuval, çekiç, taş, tuğla, boya, bilgisayar ve makine gibi alet ve malzemeler kullanır. İnsanın fikri ürüne duygu ve düşüncelerini yansıtırken bu aletleri kullanması, ortaya çıkan fikri ürünün eser vasfını ve koruma kuvvetini etkilemez.

Son zamanlarda yapay zekâ teknolojilerindeki gelişmelere bağlı olarak programlar veya otonom araçlar kullanılarak ürünler meydana getirilmektedir. Bu halde insan dahli sonuca etkiliyorsa eser vardır²⁷⁹, aksi halde ortada bir fikri ürün olmadığı için eser koruması devreye girmez. Teknolojideki gelişmelere bağlı olarak bu ayrımı yapmanın giderek zorlaştığı, belki de imkânsız hale geldiği günümüzde anılan teknolojilerin hukuku nasıl şekillendireceği şimdilik belirsizliğini korumaktadır. Bugünkü anlayışa göre hususiyetin/fikri yaratıcılığın aranması yüzünden insan dışındaki yazılım, makine, doğa, hayvan ve bitki gibi diğer varlıklar eser meydana getiremez²⁸⁰. Bu nedenle yapay zekâ gibi programlara veya makinelere sadece şu konuda roman yaz, bu ko-

²⁷⁹ Yapay zekâ ürünlerine insan katkısını tespit etmek için önerilen üç aşamalı test için bkz. **Yılmaztekin** 275 vd. Ayrıca bkz. **Maman** 65 vd. Müzik eserleri yönünden bir değerlendirme için bkz. **Şahin** 171 vd.

²⁸⁰ **Nal/Suluk(Karasu)** 78; **Ateş**, Eser 8-9.

nuda şu tarz müzik yap, resim yap gibi sıradan talimatların (*prompts*) ötesine geçmeyen sınırlı insan müdahaleleriyle yapay zekânın meydana getirdiği ürünler koruma görmez. Bu ilke, geliştirmeye tabi olan patent ve tasarım gibi fikri ürünlerde de geçerlidir. Örneğin EPO, USPTO ve Alman Patent Ofisi gibi kuruluşlar Dabus'un geliştirdiği buluşun buluşcusu insan olmadığı gerekçeyle patent başvurusunu reddetmiştir²⁸¹. ABD telif ofisi de yapay zekâ ürünlerinin eser olmadığını içtihat etmiştir²⁸².



Somut olayda eser sahibinin *biçimlendirme alanı* ne kadar genişse, verebileceği katkı potansiyeli o düzeyde artar. Yüksek olan potansiyel kullanılmışsa, katkıların fazlalığı nedeniyle koruma kabuğu kalınlaşır. Bazen de fikri ürünü geliştirenin manevra alanı geniş olmasına rağmen geliştirici, küreği derine daldırmadığı için potansiyeli ıskalamak suretiyle bu alanı kullanmayarak somut olayda sınırlı bir katkı yapmış olabilir. Bu katkılar, eşiği aşmaya yeterli gelmezse koruma hiç devreye girmez. Eşiği aşıyorsa koruma devreye girmekle birlikte koruma kabuğu ince kalır.

Başka bir deyişle fikri ürünü geliştirenlerden her birinin fikir işçiliği ve ustalığı birbirinden farklıdır. Bu farklılıklar ister istemez eserlerine yansiyacaktır. Bazen de kişi kapasitesini yeterince kullanmadığı için kabuk ince kalabilir. Ancak geliştiricinin eğitimi, yeteneği, tecrübesi, ustalığı gibi özellikler önemsizdir. Hukuk düzeni ortaya konulan sonuçla ilgilenir.

Demek ki geliştiricinin tavrı hukuki sonucu belirler. Buna göre fikri ürünü geliştiren ne kadar çok bireysel katkı yapmışsa, yani **hususiyetin düzeyi ne kadar yüksekse/ürün ne kadar özgünse korumanın kuvveti de o kadar güçlü kuvvetli olacaktır**. Bunun tersi de geçerlidir. Şu kadar ki biçimlendirme alanı dar bir fikri ürünün, merdivenleri hızlıca tırmanarak koruma eşiğine ulaşması kolaylaşır. Bu senaryoda eser sahibinin katkıları sınırlı kalacağı için eserin koruma zırhı ince kalır ve sonradan gelenlerin esere koyacağı mesafe de kısalmır²⁸³.

²⁸¹ İnsan dışındaki varlıkların meydana getirdiği ürünlere yönelik yeni bir hukuki rejimin benimsenip benimsenmeyeceği yoğun olarak tartışılmaktadır. Bkz. **Lee/Hilty/Liu** 1 vd. Dabus'un geliştirdiği buluş ve hukuki rejimi hakkında bilgi için bkz. **Çınar** 387 vd. Yapay zekânın eser sahipliğine ilişkin tartışmalar için bkz. **Yılmaztekin** 15 vd. Bu metnin yazımı aşamasında dünya genelinde konuya ilişkin henüz pozitif bir düzenleme yapılmamıştır. AB'nin Yapay Zekâ Yasasında da konu düzenlenmemiştir. Bkz. **Suluk**, Dijitalleşme ve Yapay Zeka, YBHD, S. 2/2025'te yayımlanacak.

²⁸² <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/a-recent-entrance-to-paradise.pdf> (erişim; 17.1.2025).

²⁸³ **Nal/Suluk(Karasu)** 76-77.

Biçimlendirme alanının dar veya genişliğinden bağımsız olarak **sonucu, yine de fikri ürünü geliştirenin o ürüne yansıttığı bireysel katkıları belirler**. Özetle, fikri ürün geliştirenin katkılarına bakılarak hususiyetin varlığı ve derecesi belirlenerek ilgili fikri ürünün koruma kuvveti/kapsamı tespit edilir. Başka şekilde biçimlendirme özgürlüğü yoksa, yani herkesin o ürünü o şekilde biçimlendirmesi gerekiyorsa serbest biçimlendirme alanının varlığından, dolayısıyla da bir eserden söz edilemez²⁸⁴. Aynen teknik fonksiyonun tasarımı şekillendirmesinde olduğu gibi teknik hususlar, kurallar veya diğer kısıtlamalar bir eserin meydana getirilmesine imkân vermiyorsa fikri ürünü geliştiren ne kadar çabalarsa çabalasın fikri ürüne hususiyet katamaz²⁸⁵. Çünkü biçimlendirme/seçenek özgürlüğü bulunmadığı için fikri ürünü geliştiren özgür tercihleriyle ona kendinden özellikler kazandıramaz, yani hususiyetini yansıtamaz; fikri ürünü, onu meydana getirenin özgür ve yaratıcı tercihleri yerine, ürün tipolojisi, fonksiyonu şekillendirir. Bu bağlamda patentin konusu olan fikir ve teknik içerik telif hukuyla korunmaz. Bazen de teknik fonksiyon yerine konu ve tema gibi unsurlar bu etkiyi yapar. Bu hallerde **telif korumasının sınırına gelinmiş demektir**.

IV. FİKRİ ÜRÜN ÇEŞİDİNİN, HUSUSİYETİN YANSITILMASINA ETKİLERİ

A. GENEL BİLGİ

Yukarıda (*İkinci Bölüm, II, A*) eser sahibinin biçimlendirme alanının geniş veya dar olmasının hususiyetin yoğunluk derecesini büyük ölçüde etkilediğine, hatta bazen belirlediğine dikkat çekmiştik. Burada her bir somut olaydaki fikri ürün türünün, onu biçimlendirene farklı manevra/oynama alanları sunduğuna değinilecek, bu yapılırken de sorun teşkil eden bazı fikri ürünler örnekleneyecektir.

Tarih boyunca insanlar kendilerini farklı şekillerde ifade etmişlerdir. Konuşma, yazma, resim yapma, müzik icra etme, dans etme, sinema yapma bu ifade biçimlerinden bazılarıdır²⁸⁶. İnsan zekâsının ürünleri tarihsel süreçte giderek çeşitlenmiş, gelişmiş ve zenginleşmiştir. Son yıllardaki teknolojik gelişmeler bu süreci ivmelendirmiştir.

²⁸⁴ ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, para. 31; ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, para. 24.

²⁸⁵ ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, para. 23; ABAD, C-833/18, 11 June 2020 - Brompton Bicycle, para. 24.

²⁸⁶ Bu konuda yukarıdaki (*Birinci Bölüm, VI, A*) tabloyu inceleyiniz.

Öğretide kültür politikasının, kültür mallarının dağıtımı ve tüketiminin de ötesinde bunları korumaya ve fikri ürünleri artırmaya/zenginleştirmeye yönelmesi gerektiği savunulmuştur²⁸⁷. Süreç de bu yönde gelişmiş ve yasa koyucular kültür ve sanat ürünlerinin üretimini telif yasalarıyla teşvik etmişlerdir. Fikri ürünlerin zamanla çeşitlenmesine bağlı olarak koruma da kademeli olarak fikri ürün türlerine yayılmak suretiyle tanınmıştır. Matbaanın icadıyla önce kitaplar için getirilen telif koruması tarihsel süreçte tedariken müzik, güzel sanat, fotoğraf ve sinema eserleri için peyderpey kabul edilmiştir²⁸⁸. Sözgelimi, dünyanın ilk modern telif yasası olan 1709 tarihli Kraliçe Anne Kanunu kitap ve diğer yazmalar için öngörülmüştür. Ardından İngiltere’de 1735-1777’de gravürler, 1798-1814’te heykeller, 1862’de resim, fotoğraf ve çizimler koruma altına alınmıştır. 1911 yılındaki İngiliz Telif Yasasıyla mimarlık ve uygulamalı sanat eserlerine de genişletilerek koruma bugünkü anlamına bürünmüştür²⁸⁹. Sürecin tamamlandığı söylenemez²⁹⁰. 1990’lardan itibaren internetin yaygınlaşmasıyla birlikte dijital haklar üzerinden yeni bir dönemeç alan telif korumasının, yapay zekâ çağında nasıl bir şekil alacağı şimdilik belirsizliğini korumaktadır.

Önceki bölümlerde açıklandığı üzere insan zekâsı çok komplike olup çevreden topladığı malzemeyi kullanarak geliştirdiği fikri ürünler de aynı ölçüde karmaşıktır. Bu yüzden eser korumasını köşeleyerek belirli sınıflara ayırmak güç bir iştir²⁹¹. Bern Konvansiyonu bu konuda ülkeleri serbest bırakmıştır (m. 2). Bazı ülkeler (Türkiye ve İngiltere gibi) sınırlı sayıma (*numerus clausus*) giderken bazıları (ABD, Almanya ve Fransa gibi) da örnek-leme yöntemini tercih etmiştir.

Kategorizasyon yapılırken genellikle dört kıstas esas alınmıştır²⁹²:

- i) Eserin somutlaştığı cisimler (kâğıt, perde, taş, film şeridi gibi),
- ii) Fikrin ifade araçları (dil, hareket ve ses gibi),

²⁸⁷ **Ayiter**, Fikir 2.

²⁸⁸ **Hırş**, Fikri Say 33. Sözgelimi mimari yapı, sinema ve pandomim gibi fikri ürünlere ilişkin Hakkı Telif Kanununda düzenleme bulunmuyordu. Böylece bir ilim-edebiyat veya müzik eserinin filme alınması ihlal kabul edilmişken, ironik bir şekilde sinema eserinin kendisi korumadan mahrum bırakılmıştı. Bkz. **Hırş**, Fikri Say 51. Belirtilen fikri ürünlerin eser olarak korunması FSEK ile sağlanmıştır.

²⁸⁹ **Barron** 372-373.

²⁹⁰ Nitekim tarih boyunca *kamu menfaati* gerekçe gösterilerek haberler telif dışında bırakılmıştır. Ne var ki kamu menfaati gerekçesiyle bu sefer AB’de basın yayıncılarına telif hakkı tanınmıştır. Geniş bilgi için bkz. **Suluk/Yaralı/Akardere/Kopar** 45 vd.

²⁹¹ FSEK’i hazırlayan **Hırş** de bu hususa vurgu yapmaktadır. Bkz. Fikri Say 10-11.

²⁹² **Hırş**, Fikri Say 34.

iii) Yayın tarzı (plak, CD, radyo-TV ve projeksiyon gibi),

iv) Kültür hayatında atfedilen nitelik (ilim-edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema gibi).

Bunlara ilave olarak eseri kullananların ondan beklediği fayda ölçüt alınabilir; okumak, dinlemek ve dinlemek-izlemek gibi.

FSEK'te dördüncü şık tercih edilerek eserler dört kategoriye ayrılmıştır. *Hırş*, kategorizasyonda faydalanma tarzını da esas aldığını belirtmekle²⁹³ birlikte bu durum ne onun hazırladığı Öntasar'a ne de FSEK'e yansımıştır²⁹⁴.



Hırş, FSEK'teki kategorizasyonun Kanunun uygulama ve yorumunu kolaylaştırma amacını taşıdığını belirtmekle²⁹⁵ birlikte, FSEK'te öngörülen ayırımda her bir eser kategorisi içinde yer alan alt gruplar tam bir homojen yapı göstermemektedir. Örneğin bir kitap ile dans ve bale aynı kategoride yer almaktadır. Yani tabiatları tümüyle farklı olan *söz* ve *beden dili* aynı tür sayılmıştır. Bunun da ötesinde ilim-edebiyat kategorisindeki kitap, senaryo, tiyatro ve pandomim gibi eser türlerindeki dağınıklık bir tarafa, bu kategoride yer alan diyelim ki sadece dans aracılığıyla duygu, his ve düşüncelerin dışı vurumundaki geniş yelpaze²⁹⁶, fikri ürünlerdeki çeşitliliği ve karmaşıklığı ortaya koymaya yeterlidir. Diğer kategorilerin alt sınıfları incelendiğinde benzer sorunların olduğu görülecektir. Bu yüzden farklı kategorilerin ötesinde aynı kategoride yer alan eserlerin bile koruma kuvvetinin belirlenmesi de ister istemez farklılaşmaktadır. Özetle, FSEK'te yapılan kategorizasyon amacına pek hizmet etmemektedir.

Öyle ya da böyle eser türüne bağlı olarak fikri ürüne hususiyetin farklı yansıyacağı açıktır. Farklı kategorilerdeki eserlerin tabiatları (nitelikleri) da farklı olduğu için hususiyet belirlenirken farklı özelliklere bakılır. Bu durumu dikkate alan yasa koyucu hukuki rejimi farklılaştırmıştır. Örneğin

²⁹³ *Hırş*, Fikri Say 35. Yazar, kokulu filminden söz etmektedir. Buna göre sinema salonunda veya evinde filmi izleyenler sahneye bağlı olarak farklı kokular alacaktır. Ancak bugünkü teknolojiyle bile kokulu film hayata geçirilememiştir.

²⁹⁴ *Arslanlı* da bu duruma işaret etmektedir. Bkz. s. 17.

²⁹⁵ *Hırş*, Fikri Say 32-33.

²⁹⁶ Dans çeşitleri şunlardır: Solo, Partner, Rock, Broadway, Bale, Ça-ça, Disko, Foxtrot, Salsa, Break, Türk halk oyunları, Hip hop, Jive, Sosyal, Tap, Caz, Halk, Erotik, Masa, Direk, Sokak, Balo, Buz, Zorunlu, Yorumlayıcı, Kalipso, Alternatif, Lirik, Mambo, Modern, Postmodern, Çağdaş, Pasodoble, Latin, Pop, Punk, Rumba, Oryantal, Roman, Samba, Sirtaki, Swing, Tango, Tap, Vals, Zeybek, Zumba. Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Dans> (erişim; 28.3.2024).

genel şartlara ilave olarak FSEK 2/3'te ilmi-teknik nitelik, FSEK 4'te de sanatsal özellik/estetik değer aranmıştır. Mahkemeler de koruma çitasının yerini değiştirebilmektedir. Sözgelimi mehz Alman hukukunda içtihadın zaman içinde ürün türlerine bağlı olarak eşsiz/benzersiz (*uniqueness*) ile başlattığı fikri yaratıcılık/orijinallik düzeyini zaman zaman yükselttiğine, düşürdüğüne, farklılaştırdığına ve eşitlediğine şahit oluyoruz²⁹⁷.

Dışa vurumdaki yoğunluğa bağlı olarak fikri ürünün koruma gücü kuvvetlenerek kapsamlı ve derinlikli olacak veya incelerek sığlaşacaktır. Fikri ürünlerin koruma güçleri bakımından kuvvetliden zayıfa doğru bir uçta resim duruyorsa diğer uçta bozukluk para (*small coin*) kabilinden afiş, fiyat listesi, takvim, rehber, kılavuz gibi fikri ürünler bulunmaktadır. Bozukluk para diye tabir edilen fikri ürünlerin bile eser olabileceğinin benimsenmesi, koruma eşliğinin düşük tutulduğunu göstermektedir. Bozukluk para doktrini afiş, takvim benzerinin yanında bilgisayar programları, veri tabanları, fotoğraflar ile ilim-edebiyat, müzik ve güzel sanat gibi eser türleri için de uygulanmak suretiyle fikri yaratıcılığın seviyesinin düşük tutulduğuna işaret edilmiştir²⁹⁸.

Öğretide vurgulandığı üzere **"hususiyet; kompozisyonda, materyalin seçiminde, kullanım ve düzenleme tarzında, eserin içeriğinde veya şekillendirilişinde görülebilir"**²⁹⁹. Eserlerin çok çeşitli ve niteliklerinin de birbirinden farklı olması yüzünden hususiyet belirlenirken her bir eser türünde farklı özelliklere bakılması gerekebilir. Öğelere tek tek bakıldığında hususiyetin varlığı sorgulanabilir olsa bile genel izlenimde hususiyet görülebilir³⁰⁰.

Folklorik ve anonim ürünlerin tekrarlanması halinde ortada bir eser yoktur. Ancak bu tekrarlama sürecinde öznel katkılar yapılmışsa durum değişir. Anadolu Ateşi grubunun dansı böyledir³⁰¹.

Yukarıda işaret edildiği üzere Türk yasa koyucu, fikri ürünlerin niteliğindeki farklılıkları göz önünde tutarak eserleri kategorilere ve alt sınıflara ayırmıştır. Bu çerçevede aşağıda FSEK'in sınıflandırması ışığında hususiyetin eserlere yansıma biçimi irdelenecektir.

²⁹⁷ Bu konuda bilgi için bkz. **Yoon** 168 vd., özellikle 206'daki tabloyu inceleyiniz.

²⁹⁸ **Yoon** 196.

²⁹⁹ **Nal/Suluk(Karasu)** 77.

³⁰⁰ **Nal/Suluk(Karasu)** 77.

³⁰¹ **Nal/Suluk(Karasu)** 78.

B. İLİM - EDEBİYAT ESERLERİ

1. Dil ve Yazıyla İfade Edilen Eserler ve Bilgisayar Programları

Bu alt gruptaki eserlerdeki **ifade aracı, konuşulan/yazılan Türkçe, İngilizce gibi dillerdir**. Dilin ölü, suni veya yaşayan bir dil olması önemsizdir. Bunların sözlü veya yazılı olması fark etmez. Yazının da harf (*akrofonik*), hece (*fonografik*), çivi (*cuneiformis*) veya resim (*piktografik*) yazısı olması sonucu değiştirmez. Dil ve yazıyla işlenen konuların, bilimsel, edebi, siyasi, içtimai, dini, ekonomik ya da magazin türünde olup olmadığına da bakılmaz.

Bu alt kategoride bilimsel eserler, roman, hikâye, şiir, tiyatro bulunduğu gibi konferans, nutuk, vaaz, monolog, diyalog gibi sadece sözle ifade olunan fikri ürünler de buraya dahildir. Roman, hikâye, ders ve yemek kitabının yanında şartları varsa afiş, fiyat listesi, takvim, rehber, kılavuz ve adres rehberi gibi bozukluk para kabilinden fikri ürünler de bu kapsamdadır.

Senaryolar da dille ifade edilir. Tiyatro, piyes, film ve dizi film gibi eserlerin sahnelerini ve akışını gösteren yazılı metin senaryodur.

Bu alt grupta bulunan haberlerin özel bir önemi vardır. Şöyle ki dille (yazı ve konuşmayla) ifade edilen haberler, tarihsel süreçte *kamu yararı* düşüncesiyle hep telif dışında bırakılmıştır³⁰². Bu tutum, hususiyetin haberlerde bulunmayışıyla gerekçelendirilmiştir³⁰³. Haber, gerçeğin bilgisini verdiği için hususiyetin habere sirayeti kolay değildir. Ancak haber-bilgi ilişkisi fotoğraf, belgesel ve biyografik film gibi konusu gerçeklere dayanan sair fikri ürünlerde de görülür. Habere konu olay (*mere fact*) üzerinde inhisar sağlanamayacağı açıktır. Ancak nasıl ki her bir fotoğrafçı kadrja giren cisim farklı şekilde fotoğraflıyorsa, bir deprem haberini de her bir muhabir diğerlerinden farklı biçimde haberleştirir. Her fotoğrafa hususiyetin yansıtılmasına benzer şekilde her haber de hususiyet taşımaz, hatta pek çok haberde ve bunlarda kullanılan fotoğraflarda hususiyet bulunmaz. Ancak kategorik olarak her haberin veya habere konu fotoğrafın telif dışında bırakılması, hususiyetin yansımamasına bağlanamaz³⁰⁴. Bu tutum olsa olsa yasa koyucuların *politik tercihleriyle* izah edilebilir. Durum şöyle örnekle-

³⁰² Bern (m. 2/8; 10/1) ve FSEK'te (m. 36) olaylar ve haberler kategorik olarak eser kabul edilmemiş ve bunlardan usulüne uygun bir şekilde alıntı yapılabileceği benimsenmiştir. Ancak AB hukukunda 2019/790 sayılı DSM Yönergesiyle haberler, bağlantılı haklar arasına alınmıştır. Geniş bilgi için bkz. **Suluk/Yaralı/Akardere/Kopar** 46 vd.

³⁰³ **Hırş**, Fikri Say 13.

³⁰⁴ Nitekim Infopaq kararında ABAD, 11 kelimededen oluşan haber başlığına hususiyetin/fikri yaratıcılığın yansiyabileceğini benimsemiştir. Bkz. ABAD, C-5/08, 16 July 2009 - Infopaq, para. 48.

nebilir. Bir gazetede köşesi bulunan *Selim Güzelyazar*'ın köşe yazıları kural olarak eser kabul edilir. Veleve ki köşesinde yazdığı yazının konusu güncelliğini koruyan deprem olsun. Zira *Güzelyazar*, usta bir kalem olarak köşe yazılarına az çok hususiyetini/fikri yaratıcılığını yansıtır ve yaşanan deprem olayını başka yazarlardan farklı şekilde kaleme alır. Buna karşılık aynı yazar, deprem bölgesindeki olayları gazetenin haber sütununda haberleştirdiğinde hususiyetinin yansımadığını söylemek bir çelişkidir. Anlatmaya çalıştığımız, **hususiyetin** haberin kendisine ve olaylara yansımaları değildir; **haber ve olayların işleniş biçimine yansıyabileceğidir**³⁰⁵. Elbette bu yansıma, bir roman veya hikâye gibi kurgusal eserlere kıyasla daha sınırlı olacaktır. Yansımanın farklılaşması belgesel ve drama ilişkisinde de görülür. Yani bir tiyatro veya sinema eserinin konusu da gerçek olaylar olabilir, ama işleniş biçimiyle bunlar korumadan yararlanır; olayın kendisi korunmaz. Vurgulamak gerekirse korumanın haberin kendisine ve olaylara sirayet etmeyeceği doğrudur, ancak bunların *işleniş biçimine* hususiyet yansıyabilir. Elbette bunun için muhabir, fikri yaratıcılığıyla habere, olağanın ve amacın üstünde özellikler/fikri yaratıcılık katmalıdır; olayı haber veren rutin, amaca uygun sıradan metinler, fotoğraflar ve videolar eser değildir.

Koreografi; dans adımlarının, figürlerinin kâğıda geçirilmesi, yani yazılması olduğu için bunlar kural olarak konuşulan ve yazılan dille ifade edilir. Sözü edilen figürler nadiren de olsa fotoğraf, şekil ve çizimle de ifade edilebilir ve sonuç değişmez. Nasıl ki nota, müzik yazısı ise koreografi de dans yazısıdır. Bu işi yapanlardan biri sesi, diğeri dansı/figürleri besteler. Notalı müzik, müzik eseri; koreografik dans da sahne eseridir. Nota ayrıca ilim-edebiyat eseri olarak da korunur³⁰⁶. Müzik notalarının tek başına müzik vasfı bulunmadığı için seslendirilmediği sürece müzik eseri olarak korunmaz³⁰⁷. Bestelenmemiş güfte, nota yazıları (müziksiz notalar), müzik kitapları gibi eserler, ilim-edebiyat eseri niteliğindedir³⁰⁸.

İfade biçimleri aynı (yazı) olan ama birbirinden büyük ölçüde farklı bir kitap ile koreografiye hususiyetin yansıtılması çok farklı olacaktır. Çünkü bu eserler yönünden insanın kendini ifade biçimleri tümüyle farklı olup,

³⁰⁵ **Arsılanlı** (s. 132), **Ayiter** (Fikir 161) ve **Öztan** (s. 468-469) gibi yazarlar da haberlere hususiyetin yansıyabileceği görüşündedir. Zaten bilgisayar programlarında hususiyetin varlığı kabul edilirken haberlere yansımayacağını söylemek bir çelişki olur. ABAD da Infopaq kararında 11 kelimeden oluşan haber başlıklarının, gazete makalelerinin eser olabileceğini içtihat etmiştir. Bkz. ABAD, C- 5/08, 16 July 2009 - Infopaq, paras. 44, 47, 51, 74, 76.

³⁰⁶ **Beşiroğlu** 105.

³⁰⁷ **Ateş**, Eser 208.

³⁰⁸ **Ateş**, Eser 208.

bunlara yansıyan duygu ve düşünce yoğunlukları aynı değildir. Yine bir ders kitabına kıyasla romanın eser sahibine sağladığı biçimlendirme alanı oldukça geniştir. Bir hikâye ile yemek kitabının sunduğu biçimlendirme alanları da farklıdır.

Elbette aynı kategorideki, diyelim ki iki farklı hikâye kitabında da eser sahiplerinin fikir işçiliklerinin değişmesine bağlı olarak hususiyetin yoğunluk dereceleri farklılaşabilecektir. Ancak bu ihtimalde fikri ürünün tipolojisi yerine geliştiricilerin kapasitesi, kabiliyeti, becerisi ve çabası sonucu tayin eder.

Duygu ve düşünce yoğunluğunun yansıma derecesi, yani hususiyetin/fikri yaratıcılığın yoğunluğu her bir somut olayda bilirkşi marifetiyle ayrı ayrı belirlenecektir. Bir ihlal iddiasında iki fikri ürün karşılaştırılırken hususiyetin nelerde yoğunlaştığı, belirgin olduğu³⁰⁹ ve bunların suçlanan esere transfer edilip edilmediği, edilmişse sonraki eserde eriyip erimediği titizlikle irdelenmelidir.

Bilgisayar programları, ilim-edebiyatın altına zoraki sokulmuştur³¹⁰. Bu yüzden de yorumunda en fazla güçlük yaşanan fikri ürünlerden birisi de bilgisayar programlarıdır. Konuyu yukarıda (*İkinci Bölüm, I, C, 3, a ve b*) incelediğimiz için burada tekrardan kaçınılacaktır.

2. Dans, Pantomim ve Benzeri Sözsüz Sahne Eserleri

Danslar/rakslar, pantomimler ve sair sözsüz sahne eserleri bu gruptadır. Burada ifade aracı olarak konuşulan ve yazılan dilin yerini **beden dili** alır. İnsan, bu gruba dahil duygu ve düşüncelerini beden diliyle, yani çehre, kaş, göz veya vücut hareketleriyle ifade eder.

Rekabete dayalı sportif ve akrobatik etkinliklerde hususiyet görülmez. Futbol, boks ve eskrim sporları böyledir³¹¹. Zira oyuncular, kendi özgür ve

³⁰⁹ Yargıtay da isabetli bir şekilde yansıtılan hususiyetin eserin hangi unsurlarında belirgin olduğunun tespit edilmesi gerektiğini içtihat etmiştir. Bkz. 11. HD, 11.2.2002, E. 8275, K. 8839 - **Suluk/Orhan**, C. II 144. Başka bir olayda ise iki sinema eseri arasında benzerliğin bulunduğu, işlenen temaların tüm dünyada kullanıldığı, benzerliklerin fikir/konsept düzeyinde kaldığı için ihlalin gerçekleşmediği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. 11. HD, 07.07.2014, E. 2012/15216, K. 2014/12956.

³¹⁰ Bilgisayar programlarını koruma gerekliliği, koruma modelinin belirlenmesindeki zorluklar hakkında bkz. **Aksu**, Bilgisayar Programları 15 vd.

³¹¹ ABAD, Bilgi Toplumu Yönergesinde klasifiye edilmediğini ve futbolda orijinallik bulunmadığını gerekçe göstererek spor müsabakalarının, özellikle de futbolun eser olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Zira spor müsabakaları, oyunun kuralları gereği kişilere eser bağlamında yaratıcı özgürlük alanı bırakmamaktadır. ABAD'a göre spor müsabakaları eser olmasa bile, bunların yayınlarından önceki

yaratıcı tercihleri yerine oyunun kurallarına uyarak performans sergiler. Buna karşılık öğretide sınırda örneğe buz pateni gösterilmektedir³¹². Burada sportif performans mı yoksa jüriyi iknaya ve rakibi geçmeye yönelik duygu ve düşünce beyanı mı ön plandadır? Bu sorunun yanıtına bağlı olarak bir sonuca varılır.

Bir dans gösterisi, yarışma eşliğinde de yapılırsa koruma yine de devreye girer. Aynı durum ilim-edebiyat, müzik, güzel sanat ve sinema eserlerinin yarışmaya katılması halinde de geçerlidir. Demek ki bu tür fikri ürünlerde işin içine rekabet ve jüriyi ikna amacı korumaya halel getirmez.

3. İlimi ve Teknik Nitelikteki Fotoğraflar, Haritalar, Çizimler ve Maketler

Bu alt gruptaki eserlerin **ifade aracı, ilmi ve teknik** özellikteki muhtevadır/içeriktir. İlimi ve teknik nitelikteki fotoğraflar, haritalar, krokiler, planlar, projeler, çizimler, rölyefler ve maketler bu kategoridedir. FSEK 2/3'teki sayım sınırlı olmayıp çocuklara yönelik şekillerden oluşan öğrenim setleri, spor eğitimi ve el işleri için hazırlanan kılavuzlar da buraya dahildir. Makine, mobilya, kalem ve cep telefonu gibi cisimlerin maket, plan, proje ve kurulum kılavuzu gibi ürünler de öğretici ve bilimsel vasıfları olduğu için hükmün kapsamındadır³¹³. Zira bunlar da tatbiki/uygulamalı ilimlere dahildir. Buna karşılık hüküm "tatbiki ilimlere" özgü fikri ürünlerle ilgili olduğu için öğretici vasfı bulunmayan reklam afişleri ve oyun kâğıtları bu düzenlemenin dışındadır³¹⁴.

Fikir ve metotların koruma dışında bırakıldığı düşünülürse bu alt gruptaki fikri ürünlere hususiyetin yansıması kolay değildir. Yine de bilimsel bir eserde bile malzemenin toplanışı, bir plan dahilinde açıklanışı, hatta bir harita ve teknik resim gibi fikri ürünlerde onu geliştirenin bilgi, ustalık ve zevklerinin fikri ürüne yansiyebileceği, bu nedenle de eser korumasından

video, lig marşı, yayınlardan yapılan kolaj ve çeşitli grafikler eser vasfında olabilir. Bkz. ABAD, C-403/08 and C-429/08, 4 October 2011 - Football Premier League Ltd, paras. 96-99. Fakat naklen yayın kalitesine dönük teknik ekibin faaliyetleri "eser" değildir. Bkz. 11. HD, 23.12.2005, 2005/13440, K. 2005/12765. Yargıtay da futbol maçlarının "eser" olmadığını, ancak bu yayınların FSEK 80 gereği bağlantılı hak olarak korunacağını, maç yayınlarından haber maksadıyla gösterimin de FSEK 35-36'ya tabi olmadığını, 3813 sayılı Kanunla farklı bir hukuki rejime tabi tutulduğunu ve izin alınmasını gerektirdiğini içtihat etmiştir. Bkz. 11. HD, 06.07.2007, E. 2006/7878, K. 2007/10380. Telif hukuku bağlamında *spor etkinlikleri* hakkında geniş bilgi için bkz. **Doğan** 723 vd.

³¹² **Nal/Suluk(Karasu)** 93.

³¹³ Krş. **Arslanlı** 19-20.

³¹⁴ **Arslanlı** 19.

yararlanacağı kabul edilmektedir³¹⁵. Ne var ki teknik gereklilikler (biçimlendirme alanının darlığı) yüzünden bu yansıma sınırlı olacağı için koruma kabuğu ister istemez ince kalır. Bu yüzden üçüncü kişilerin böyle bir fikri ürüne yaklaşmasına müsamaha gösterilir.

Bu türün özelliği bilimsel gerçekleri **öğretmek ve açıklamak**³¹⁶ olduğu için bilimsel verilerden sapılamaz³¹⁷. Bu da konuyu ele alan herkesin, yaratıcı ve özgür tercihlerinden ziyade pek çok yönden aynı şeyi yapmasını gerekli kılar³¹⁸. Bu yüzden de bireysel katkılar/fikri yaratıcılık ister istemez sınırlı kalır.

Bu tür fikri ürünlerde gerek içeriğin korunmaması gerekse şekillendirme imkânlarının darlığı hem koruma eşiğinin aşılmasını güçleştirir³¹⁹ hem de aşıldıktan sonra koruma kabuğunun ince kalmasına yol açar. Diyelim ki tarihi bir eserin rölyefini (kabartmasını) yapan kişiden kişiye sonuç değişir. Koruma da bu değişiklik kadardır. Bir yapının çizimini veya maketini yapan kişi, sıradanlığın dışına çıkarak mantar başı, silindirik ya da spiral bir yapı tasarlamak suretiyle dikdörtgen, üçgen ya da kare yapılara kıyasla daha fazla bireysel katkı verebilir. Bu sıra dışılık koruma kuvvetini artırarak üçüncü kişilerin fikri ürüne koyacağı mesafeyi uzatır. Bu durum yazıyla şekillendirilen bilimsel eserlerin yanında fotoğraf, harita ve maket gibi çizim ve cisimler için de geçerlidir. Bir haritayı ele alalım: Haritanın yeryüzü, hava uçuşu ya da hava hareketleri/meteoroloji haritası olması sonucu pek de değiştirmez. Hepsinde de konu (yeryüzü, uçuş veya hava hareketleri) ortak olup bilimsel veriler, harita çizim teknikleri, hatta harita mevzuatı bunları biçimlendirenleri kısıtlar.

³¹⁵ **Ayiter**, Fikir 43.

³¹⁶ Öğretici ve açıklayıcı nitelikte olmayan resim (iki boyutlu) ve modeller (üç boyutlu) marka ve tasarımlar sınai hak olarak korunabilir. Bkz. **Hırş**, Fikri Say 44; **Arslanlı** 20; **Ayiter**, Fikir 50;

³¹⁷ Kişi, bilimsel verilerden saparsa artık ortada ilmi ve teknik nitelikte bir çalışma yok demektir. Bu ihtimalde ilgili çalışma hususiyet ve estetik değer taşıyorsa güzel sanat eseri olarak korunur. Eğer bir çalışma hem ilmi ve teknik hem de estetik değerdeyse hem ilmi ve teknik (m. 2/3) hem de güzel sanat (m. 4) eseri olarak korunur. Bkz. **Arslanlı** 20; **Ayiter**, Fikir 50 ve orada anılan yazar. Her iki özellik de bulunmuyorsa koruma devreye hiç girmez.

³¹⁸ Burada akla şu ihtimal gelmektedir: Herkes diyelim ki İstanbul haritası çizirken bilimsel gerçeklerle bağlı olduğuna göre tıpatıp aynı harita ortaya çıkar, bu yüzden de bireysellik katamaz ve ortaya korunacak bir fikri ürün de çıkmaz. Öğretide harita yapımı, el yazısı farkına benzetilmiştir. Bkz. **Ayiter**, Fikir 50 ve orada anılan yazarlar. İstiklal Marşı'nı el yazısıyla yazanların ortaya koyduğu fikri ürünlerle benzer şekilde herkesin yaptığı harita diğerinden farklıdır ve korumayı hak eder. Ancak öznel katkılar sınırlı olacağı için haritaların koruma kabuklarının ince kalacağı da bir gerçektir.

³¹⁹ **Ayiter**, Fikir 49. Gerçi biçimlendirme alanı dar olan fikri ürünler, koruma eşiğine hızla tırmanır. Buradaki kastımız, bu tür fikri ürünler daha ziyade genel, olağan ve amaca uygun olarak şekillendirildiğinden koruma eşiğini aşmakta zorlanacağıdır.

Baraj inşaatının etüt projesiyle ilgili Yargıtay bir kararında şu ifadeleri kullanarak ihlal bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır³²⁰:

... (Davacıya ait) raporun kendisinden önceki etüt ve çalışmalardan yararlanılmak ve fiziki-coğrafi koşullar sebebiyle zorunluluk arz eden bilgiler ve bu bilgilerin belirli bir bilimsel metot uygulanarak işlenmesi suretiyle oluşturulmuş ilmi nitelikte proje anlamında eser niteliğinde bulunduğunun kabulü gerektiği; bilirkişi raporunun çoğunluk görüşünde teknik zorunluluklar ve izlenmesi gereken adımlar dolayısıyla yaratıcının yaratma alanının son derece sınırlı olduğu, söz konusu fiziki şartlar ve diğer verilerle ilgili bilgilerin alınması hemen hemen tüm mühendisler ve benzer bir projenin ortaya konulması sonucunun doğduğu, bu sebeplerle bu tür projelerde sahibinin hususiyetini taşıma koşulunun bulunmadığı ve davaya konu projenin eser sayılamayacağı yönündeki görüşe iştirak imkânı bulunmadığı; ne var ki, davalının ihaleye çıkarken kullandığı hazırladığı, "... " başlıklı raporun, davacı fizibilite raporundan yukarıda belirtilen arazi koşulları, yağış miktarı, su debisi gibi kendisinden önce yapılan baraj ve mevcut olduğu, kotunun değişmez veri olmasından kaynaklanan zorunlu teknik unsurlar dışında tamamen farklı bir üslup içerik, anlatım ile şekillendiği ve sahiplerinin hususiyetini taşıyan müstakil bir eser olduğu ... iki proje arasındaki karakteristik verilerdeki benzerliğin coğrafi şartlar, kendisinden önceki baraj ve projenin kotları ve zorunlu teknik sonuçlardan ibaret bulunduğu ...

Bilimsel nitelikteki bir fotoğraf eserinde de aynı kısıtlar vardır. Fotoğrafın amacı gerçeği tespit etmektir. Fotoğraf, kadrage giren cisimleri ve unsurları, yani *var olanı* konu aldığı için ona hususiyet katma imkânı kısıtlıdır. Dolayısıyla orijinal ve alelade fotoğraflar arasına sınır çizmek kolay değildir³²¹. Yine de fotoğrafın konusunun seçimi, çekim açısı, ışık gölge durumunun seçilmesi, arka planı, perspektif ve yüzeylerin belirtilmesine herkes farklı yaklaşır. Yani fotoğraf çekimindeki ayarlamalar ve özgür seçimler fotoğrafa bireysellik/fikri yaratıcılık katar. Bu da sınırlı da olsa hususiyetin/fikri yaratıcılığın yansıtılmasına imkân verir.

Kişinin portresi, çizimi yapanı gerçeği yansıtmak yönüyle sınırlamakla birlikte çerçeveleme, görüş açısı ve yaratılan atmosfer gibi yönlerle çizime orijinallik katılabilir. Geliştirici bu şekilde fotoğrafa veya resme kişisel dokunuşunu yaparak mührünü vurur³²². Nitekim ABAD, Painer kararında kaçırılan *Natascha Kampusch*'ın robot resmini³²³ çizen *Eva-Maria Painer*'i eser

³²⁰ 11. HD, 12.03.2014, E. 2012/11315, K. 2014/4768.

³²¹ **Ayiter**, Fikir 59.

³²² ABAD, C-145/10, 1 December 2011 - Painer, paras. 91-92.

³²³ Resim ve olayın gelişimi hakkında bilgi için bkz. <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2011/05/03/opinion-of-the-advocate-general-of-the-ecj-in-the-kampusch-case-1-applicable-exceptions-and-limitations/> (erişim; 18.7.2024).

sahibi kabul etmiştir³²⁴. ABAD'a göre portre fotoğrafı ile diğer fotoğrafların biçimlendirme alanı farklı olmayıp (eser sahibi, yaratıcı ve özgür seçimleriyle kendinden kişisel özellikler kattığı ölçüde) bunların koruma kuvvetleri de aynıdır³²⁵.

Önce Bern 7/4'te fotoğraflara (ve uygulamalı sanat eserlerine) süre bakımından kısıtlama getirilmiş, TRIPS 12 ve WCT 9 ile bu kısıtlar kaldırılmıştır. AB müktesebatında da fotoğraflara ve uygulamalı sanat eserlerine diğer eserlerle eşit muamele edilmektedir. Hukukumuzda da durum böyledir (FSEK 27).

Sorunlardan birisi de ilmi-teknik mahiyetteki eserler (FSEK 2/3) ile güzel sanat eserleri (FSEK 4) arasına çizginin çekilmesindeki güçlülüdür. Bu konu aşağıda (*İkinci Bölüm, IV, D, 3-4*) açıklanacaktır. Bu çalışmaların hem bilimsel hem de sanatsal özelliği bulunuyorsa, şartların varlığı halinde her iki madde çerçevesinde korunabilir³²⁶. FSEK 2 ve 4'e göre koruma devreye girmemişse, somut olayda FSEK 83-84'te düzenlenen haksız rekabete yönelik hükümler uygulanabilir³²⁷.

C. MÜSİKİ ESERLERİ

Müzikteki **ifade aracı sestir**. Müzikte, insan duygu ve düşüncelerini ses üzerinden şekillendirerek dış dünyaya yansıtır. Müzik kulakla algılanır. Ancak müzik klipleri ile opera ve operet gibi sahne eserlerinde göz de devreye girer.

Musiki eserlerinde hususiyet yönünden katı koşullar aranmaz³²⁸.

Fikri yaratıcılık müziğin formu, melodisi, ritmi, temposu, armonisi, metin ve düzenlemesine yansiyabilir³²⁹.

Müziğin türüne bağlı olarak hususiyetin yansıma düzeyi de farklılaşır. Bir klasik müziğe kıyasla eğlence müziğinde biçimlendirme alanı daha dar

³²⁴ ABAD, C-145/10, 1 December 2011 - Painer, paras. 91 vd.

³²⁵ ABAD, C-145/10, 1 December 2011 - Painer, paras. 98-99.

³²⁶ **Arslanlı 20; Ayiter**, Fikir 50 ve orada anılan yazarlar.

³²⁷ **Hirş**, belirtilen hükümler için kayıt cihazları yönünden tersine mühendisliğe bir örnek vermektedir. Bkz. Fikri Say 23. Teknolojinin gelişimine bağlı olarak bu durum önemini yitirmeye başlamıştır. Ancak eser korumasını tamamlar nitelikteki anılan hükümler önemini bugün de korumaktadır.

³²⁸ BGH, 24 January 1991, I ZR 72/89 - <https://blogs.law.gwu.edu/mcir/case/peter-herbolzheimer-v-frank-farian/> (erişim; 14.1.2025).

³²⁸ **Nal/Suluk(Karasu)** 99.

³²⁹ BGH, 24 January 1991, I ZR 72/89 - <https://blogs.law.gwu.edu/mcir/case/peter-herbolzheimer-v-frank-farian/> (erişim; 14.1.2025).

olduğu için eşiği aşmak kolaydır. Ancak bu senaryoda üçüncü kişilerin benzer müzik yapmasına müsamaha gösterilir³³⁰. Diyelim ki *Beethoven*'ın 9. Senfonisi ile *Ciguli*'nin *Binnaz*'ı kıyaslandığında ikincisine çok daha yakınlaşılabilir. Zira 9. Senfoni'nin koruması çok derindir.

Müzik eserlerinde iç içe geçen şekil ve içerik unsurları birbirinden ayırlamaz³³¹.

Müzikte temelde üç öge bulunur: *i)* melodi, *ii)* armoni ve *iii)* ritim.

Melodi/ezgi, ritimden faydalanılarak oluşturulan ses dizisidir. Bir ünite teşkil eden melodi tek başına eser korumasından faydalanır. Bazı yazarlar melodiyi fikir saydığı için korunmayacağı görüşündedir³³². Ancak melodi fikirden farklı olup duygulara hitap eder ve korumadan yararlanır³³³.

Armoni, birden çok sesin bir arada kullanılması olup melodiyi zenginleştirir ve koruma görür.

Ritim, tempo yani ses uyumudur. Bir melodi, çeşitli ritimlere sokulabilir. Melodinin yeni bir ritme sokulması yeni bir koruma konusudur³³⁴.

Müzikte orijinal, aranjman ve varyasyon gibi türler üzerinde durulur³³⁵. **Aranjmanda** belirli bir müzik aleti için yazılmış müzik parçası, başka bir yolla birden çok aletle icra edilmeye elverişli hale getirilir. **Varyasyonda**, var olan bir besteden bir tema veya melodi alınarak yeni unsurlar eklenir. Aranjman ve varyasyon işleme eser olarak korunur.

Seslerin yükseklikleri, yani incelik ve kalınlıkları ile süreleri notayla gösterilir. Notalı müziğin korunacağı şüphesizdir. Ancak korumanın devreye girmesi için müziğin notaya alınma şartı yoktur.

Müzik kitapları, müzik eseri olarak korunmaz; bunlar ilim-edebiyat eseri kategorisindedir. Bestelenmemiş güfte ve müziksiz notalar da böyledir.

Fikir ve metotlar korunmadığı için müzikte yeni bir beste yapma şekli, yeni bir nota sistemi eser olarak korunmaz. Veleve ki bunlar dünyada ilk kez yapılmış olsun. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesinin *Habla* kararı ilgi

³³⁰ **Nal/Suluk(Karasu)** 97.

³³¹ **Ayiter**, Fikir 52 ve orada anılan yazarlar.

³³² **Hirş**, Fikri Say 18.

³³³ **Ayiter**, Fikir 52.

³³⁴ **Ayiter**, Fikir 52-53.

³³⁵ Bu konuda daha zengin bir dil vardır. Bilgi için bkz. **Uslu** 144 vd.

çekicidir. Karara konu olayda *Hans Blattner*, el armonikaları için bir nota yazma sistemi geliştirerek bu yönteme kendi isminden hareketle *Habla* adını koyar. Başka bir yayınevi, aynı düzeni kullanınca ihtilaf çıkmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, eser korumasının yöntemleri kapsamadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir³³⁶.

Müzik eserlerinde folklor özellik taşır. Şöyle ki folklorun tekrarı eser değildir. Ancak değişikliğe gidilirse somut olaya bağlı olarak işleme eser ortaya çıkabilir. *Dansın Sultanları* buna iyi bir örnektir³³⁷.

D. GÜZEL SANAT ESERLERİ

1. Genel Olarak

Güzel sanatta **ifade aracı estetik/sanatsal özelliktir**. Estetiğe yönelik duygu ve düşüncelerin dışa vurumunda güzel, hoş, nadide bir etki genellikle olur. Ancak grotesk sanatta olduğu gibi bazen bu sanatla temas edenin midesini bulandıran manzaralar bile estetik duygu aktarımını sağladığı için koruma devreye girer³³⁸.

Resim, heykel, oyma ve kakma gibi has güzel sanat eserlerinin estetik vasfı uygulamada pek sorun teşkil etmez; tabiatları gereği genellikle bunlarda estetik özellik mündemiçtir. Buna karşılık oyun kâğıtları, dokumalar, ürün tasarımları (uygulamalı sanat eserleri) ve mimari yapılar gibi pek çok fikri ürünün güzel sanat eseri vasfını kazanabilmesi için “estetik/sanatsal özellik” aranır. En azından hukukumuzda durum böyledir (FSEK 4/1)³³⁹.

Öğretide eserin, belirli bir estetik teoriye bağlılığı bulunmadığı, farklı estetik anlayışları karşısında “tarafsız” olduğu tezi haklı olarak savunulmuştur³⁴⁰. Günümüzde telif hukuku bakımından estetik kavramı daha ziyade fonksiyonelliğin zıddı olarak anlaşılmaktadır. Bu da geliştiricinin biçimlendirme alanını kullanarak fikri yaratıcılığını fikri ürüne yansıtıp yansıtmadığıyla bağlantılıdır³⁴¹.

³³⁶ BGE 70 11 57 (**Tekinalp**, Fikri Mülkiyet 110’dan naklen).

³³⁷ **Nal/Suluk(Karasu)** 78.

³³⁸ **Nal/Suluk(Karasu)** 99.

³³⁹ AB hukukunda bu şarta yer verilmemiştir. ABAD’a göre bir fikri ürünün eser kabul edilebilmesi için iki şart vardır: i) orijinallik/fikri yaratıcılık, ii) objektifleştirme/algılanabilirlik. Bkz. ABAD, C-683/17, 12 September 2019 - Cofemel, paras. 29 vd.

³⁴⁰ **Barron** 381.

³⁴¹ **Kur**, Cofemel 294.

Bu özelliğin nerede başlayıp nerede bittiğini belirlemek kolay değildir. Zira estetik değer/sanatsal özellik, fazlasıyla öznel, görecelidir, kişiden kişiye değişir³⁴². Bu yüzden estetikte uzman yoktur tezi bile savunulmuştur³⁴³. Mimariden heykele, boyamadan çizime pek çok sanat dalında farklı estetik akımın bulunduğu düşünülürse tarafsızlık doğaldır. Bu konuda *Inquanez*³⁴⁴, *Pouillet*'in 1884 yılında yaptığı çalışmada “*hukuk, hakimi estetik profesörü mü yapacak? Estetik nerede başlar ve biter?*” şeklindeki haklı sorularını aktarmaktadır. Üstelik BGH'nın Birthday Train kararında temas ettiği gibi estetik çitasının, has güzel sanat eserleri ile uygulamalı sanat eserlerinde eşit seviyede mi tutulacak, yoksa ikincisinde daha mı fazla estetik özellik aranacak gibi konulardaki kafa karışıklıkları da buna ilave edilmelidir³⁴⁵. BGH'nın 2023 yılında USM Haller davasında ABAD'a yönelttiği sorular, eser vasfının tespitinde kafa karışıklığının sürdüğünü göstermektedir³⁴⁶. Almanların bu soruna bu kadar takılma nedeni uygulamalı sanat eserleridir. Şöyle ki (seviyeyi düşürmeden önceki) Almanya, AB'ye kıyasla orijinallik çitası daha yüksekti. AB'deki düşük seviye yüzünden pek çok tasarım, uygulamalı sanat eseri olarak koruma potansiyeli taşıyabilir. Bu da istenmeyecek şekilde eser/tasarım kümülasyonunun çoğalmasına yol açarak bu iki korumanın altında yatan felsefenin altını oyarak her iki koruma modeline de zarar vermeye başlar. Bu yüzden BGH, 2023'teki sözünü ettiğimiz soruları ABAD'a yöneltme ihtiyacı duymuştur.

Rosati, koli bandıyla duvara yapıştırılan muz çalışmasında şu soruyu sormaktadır³⁴⁷: “*Öyleyse, telif hakkının temel kavramlarının doğasında bulunan belirsizlik, muğlaklık ya da hatta saçmalık bir sorun mudur ve giderilmesi gerekir mi? Bence hayır.*” Yazara göre belirsizlik, muğlaklık ve absürtlük telifin doğasında vardır ve onun varlığı ve canlılığı için gereklidir. Ancak sorun şu ki bu haklar, hukuki yaptırıma tabi olduğu için üçüncü kişilerin güvenliğini tehdit etmektedir.

İngiliz telif yasası grafik, fotoğraf, heykel veya kolaj çalışmalarının sanatsal kalitesine bakılmaksızın korunacağını varetmiştir (CDPA 1988, 4/1-

³⁴² Bu konudaki görüşler için bkz. **Soucek** 450 vd. Sonuç olarak **Soucek**, estetik yargılama yapılmalı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. s. 467.

³⁴³ **Soucek** 450.

³⁴⁴ “Will the law dress the judge as a professor of aesthetics, and will it charge him, like another Paris, to award the apple to beauty? But what is beauty in the first place? Where does beauty commence? Where does it end?”, Bkz. **Inquanez** 799.

³⁴⁵ BGH, 13.11.2013, I ZR 143/12. Kararın bir incelemesi için bkz. **Kalender** 103 vd.

³⁴⁶ BGH, 21 Aralık 2023 tarihli ABAD'a yönlendirdiği ön görüş kararı - I ZR 96/22 (OLG Düsseldorf).

³⁴⁷ **Rosati**, Absurdity 620.

a). Sanatsal özelliği kontrol edilmeksizin bunlar koruma görmektedir³⁴⁸. Benzer tutum ABD hukukunda da vardır³⁴⁹. İlave olarak, Avustralya içtihadına (Burge v Swarbrick - 2007)³⁵⁰ atıfla İngiliz öğretisinde bu kategoride zanaat eserleri (*craftsmanship*) olup da estetik değer aranan fikri ürünlerde güzellik ve estetik görünüş aranmayacağı, formunun fonksiyonellikle sınırlandırılmayarak estetik ifade taşıyıp taşımadığının kontrol edileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle de tasarımlar özelinde teknik fonksiyon tasarımcıyı ne kadar kısıtlarsa, böyle bir tasarımın “eser” olabilme ihtimali o derece düşer³⁵¹.

Hukukumuzda açıkça bedii vasıf/estetik değer/sanatsal özellik güzel sanat eserleri bakımından bir şart olarak öngörülmüştür (FSEK 4/1). Bu yüzden mahkemeler, bilirkişi marifetiyle somut olaydaki fikri ürünün sanatsal özelliğini araştırmakla yükümlüdür³⁵². Estetik anlayışı, ilgili alandaki (resim, heykel, mimari gibi) uzmanın gözüyle değerlendirme yapılarak tespit edilir³⁵³. Uygulamada mahkemeler, alandaki uzman bilirkişilere bu incelemeyi yaptırmaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla ülkemizde henüz alt kırılımlara yönelik içtihat geliştirilmemiştir.



Diğer eser türlerine benzer şekilde insanın güzel sanat alanındaki fikri ürünlere kattığı öznel unsurlar kendi içinde farklılaşmaktadır. Duygu ve düşüncenin yoğunluk derecesine bağlı olarak ilgili fikri ürünün koruma kabuğu kalın veya ince olacaktır. Yeni Zelanda’da yaşanan bir olay bu duruma güzel bir örnektir. Joel Swanson’un 2019 yılında *Forward Slash* isimli bir çalışması bulunurken Poppy Lekner’in aynı isimdeki çalışması Yeni Zelanda’da 2020 yılında 25.000 USD’lik *Parkin Drawing Prize* ödülünü kazanmıştır. Aşağıdaki görsellerden de anlaşılacağı üzere her iki sanatçı da A4 bir kâğıdı eğik çizgi, yani *forward slash (/)* işaretiyle doldurmak suretiyle birer görsel elde etmişlerdir³⁵⁴:

³⁴⁸ Bu konuda bkz. **Barron** 374 ve dpn 15.

³⁴⁹ **Soucek** 427.

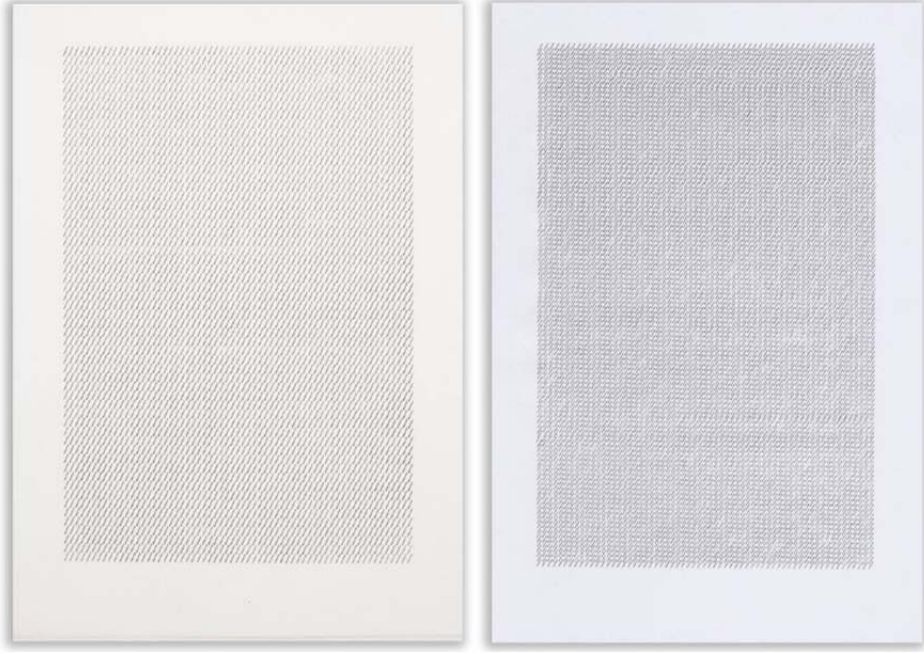
³⁵⁰ Kararın metni için bkz. <https://jade.io/article/8277> (erişim; 18.1.2025).

³⁵¹ **Caddick/Harbottle/Suthersanen** 3.155.

³⁵² Aksi yönde **Beşiroğlu** 111 vd., özellikle 115.

³⁵³ ABD hukukunda farklı yaklaşımlar için bkz. **Soucek** 427 vd., özellikle 434, 436-37.

³⁵⁴ https://www.nzherald.co.nz/nz/forward-slash-artwork-claims-poppy-lekners-winning-piece-not-original/CTVZTDVVTFLEGE3C2G56XPDDZ5M/?c_id=1&objectid=12355322 (erişim; 18.3.2024).



Şekil 15: Önceki Eser (Joel Swanson-2019) Şekil 16: Sonraki Eser (Poppy Lekner-2020)

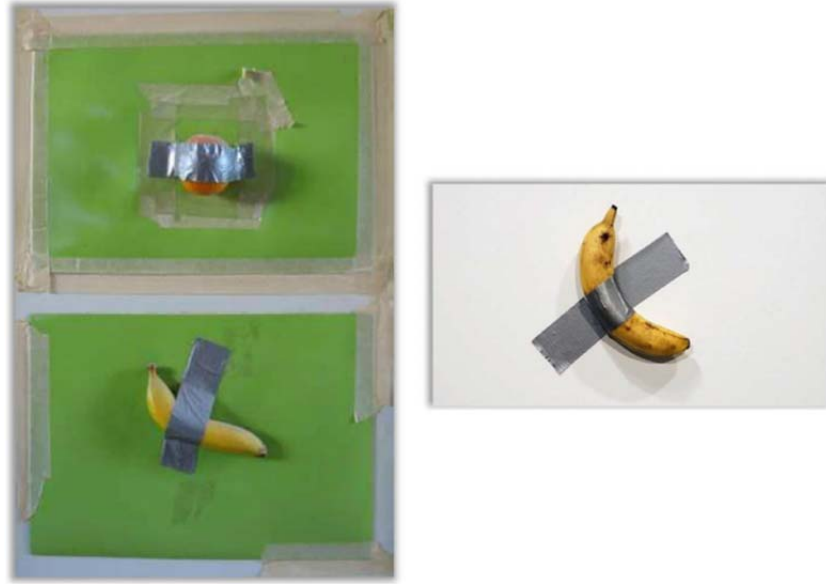
Önceki eserin sahibi *Swanson* yaptığı açıklamada *Lekner*'in, kendi eserini taklit ettiğini düşünmediğini belirtmiştir. İlave edelim ki bu iki esere benzeyen *Maurizio Nannucci*'ye ait 1964 tarihini taşıyan *Typewriter Poem* isimli başka bir eser de vardır³⁵⁵. Her üç çalışmanın da birbirinden habersiz yapılma ihtimali büyük olasılıktır. Bu halde *çifte yaratım*³⁵⁶ söz konusu olup hususiyet bulunuyorsa her üç çalışma da telif korumasından faydalanacaktır. Buna karşılık gizemi kitap ve filmlere konu *Da Vinci*'nin *Mona Lisa*'sında olduğu gibi ilk eserin özgünlüğü tesadüflere yer bırakmayacak düzeyde karmaşık ve yüksekse sonradan gelenlerin çifte yaratım iddiası kabul görmeyebilir. Bu ihtimalde ilk eser sahibi, *prima facie (görünüşte kanıt)* kurulandan yararlanarak sonraki eserin, kendi eserinden kopya olduğunu ileri sürebilecektir. Bu sefer ispat külfeti yer değiştirdiği için sonraki eser sahibi, kendi eserinin öncekinden kopya olmadığını ispatlamalıdır. Oysa *Swanson*'un eseri, eğik çizgi işaretinin A4 kâğıdı doldurmasından ibaret olduğu için çifte yaratım ihtimali yüksektir. Dolayısıyla ihtilaf halinde önceki eserin sahibi *prima facie kanıttan* yararlanamayacağı için ihlal iddiasında kendi eserinden kopya yapıldığını ispatlamak zorundadır.

³⁵⁵ <https://hyperallergic.com/242249/looking-back-on-100-years-of-typewriter-art/> (erişim; 18.3.2024).

³⁵⁶ Fazla bilgi için bkz. *İkinci Bölüm, I, F.*

Güzel sanat eserlerinde koruma çitasını belirlemek kolay değildir. Gümüş renkli koli bandıyla duvara yapıştırılan muz buna iyi bir örnektir. İtalyan sanatçı *Maurizio Cattelan*'ın "Duvara Bantlanmış Muz" Komedyen ismiyle piyasaya sürülmüş, 120 bin USD'ye alıcı bulmuştur. Ardından el değiştiren çalışma en son 6.2 milyon USD'ye satılmıştır³⁵⁷. Daha önce duvara bantlanan portakal ile sonradan bantlanan muz, ABD'de dava konusu olmuş ve mahkeme ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır³⁵⁸. Mahkemeye göre korunan unsurlar, sonraki çalışmaya transfer edilmemiştir³⁵⁹:

Şekil 17: Duvara Bantlanmış Muz



Güzel sanat eserleri FSEK 4'te çok dağınık bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu kategorideki eserler aşağıdaki gibi alt gruplara ayrılabilir³⁶⁰.

2. Has Güzel Sanat Eserleri

Yağlı ve sulu boya, resim, heykel, oyma, kakma, süsleme, güzel yazı, fotoğraf gibi *salt sanatsal amaçla* geliştirilen fikri ürünler bu kategori-

³⁵⁷ https://www.ntv.com.tr/galeri/n-life/kultur-ve-sanat/dunyanin-en-pahali-muzu-sanat-dunyasini-ikiye-bolen-duvara-bantlanmis-muz-rekor-fiyata-satildi,a2Lsaw1MrEq5rbMivGD5_A/LZbfrMrYg0mYHomEv67ILA (erişim; 18.6.2025).

³⁵⁸ **Rosati**, Copyright Absurdity 620.

³⁵⁹ **Rosati**, Copyright Absurdity 619'dan naklen.

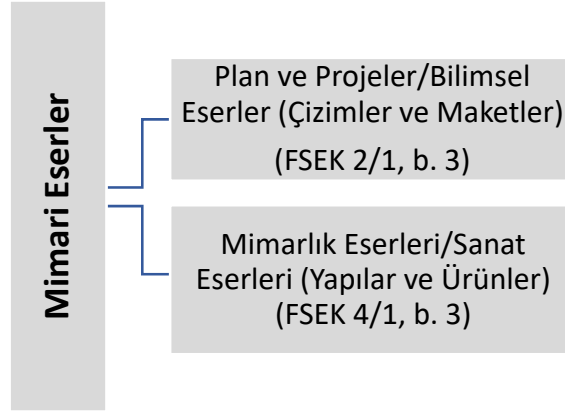
³⁶⁰ Gruplandırma için bkz. **Nal/Suluk(Karasu)** 97-98.

dedir. Bu sayımdan da anlaşılacağı üzere bunlar iki veya üç boyutlu olabilir.

3. Mimari Eserler

Mülga Hakkı Telif Kanununda çizimler eser sayılırken³⁶¹ mimari yapılar eser kabul edilmemiş, boşluğun haksız rekabet hükümleriyle doldurulacağı benimsenmiştir³⁶². Mer'i FSEK'e göre mimari eserler ikiye ayrılır: *i*) mimari plan ve projeler (çizimler ve maketler), *ii*) mimarlık eserleri (yapının kendisi).

Şekil 18: Mimari Eserler



Bu ayrımın önemli hukuki sonuçları vardır³⁶³. Şöyle ki mimari plan ve projeler FSEK 2/3 çerçevesinde ilmi ve teknik eser olarak korunur. Bu koruma çizimle/maketle sınırlıdır. Buna karşılık FSEK 4/3'teki mimarlık eserindeki koruma, yapının³⁶⁴ bizzatı kendisine de sirayet eder³⁶⁵. Böylece bir plan/projeyi uygulamak suretiyle bina yapılırsa ve ortaya çıkan yapıda

³⁶¹ Ancak o tarihte normal koruma süresi olan yaşam + 30 yıl yerine harita, topografya ve mimari plan ve projeler yaşam + 18 yıl olarak koruma görüyordu (Hakkı Telif Kanunu 7). Mer'i FSEK'te (ve AB müktesebatında) bu süreler yaşam + 70 yıl olarak tüm eserler bakımından eşitlenmiştir (m. 27).

³⁶² Hırş, Fikri Say 47.

³⁶³ Bu konuda bilgi için bkz. Bozgeyik 19 vd.; Suluk, Korumanın Farkı 317 vd.

³⁶⁴ Yapı kavramı geniş yorumlanmakta olup Hırş, peyzaj mimarisinin de bu kapsama girdiği görüşündedir. Bkz. Fikri Say 48.

³⁶⁵ Fazla bilgi için bkz. Nal/Suluk(Karasu) 94 vd.

estetik nitelik bulunuyorsa yapıya yansıyan fikri ürün mimarlık eseri olarak korunur, aksi halde koruma devreye girmez. Her iki senaryoda da plan/projenin çizim olarak kullanılması herhalde ihlal teşkil eder. Yeter ki hususiyet yansımış olsun ve bunlarda ilmi ve teknik özellik bulunsun. Ancak estetik değeri bulunmayan yapılara koruma sirayet etmez; koruma çizimle sınırlı kalır. FSEK 22/2'deki "... **mimarlık eserlerine ait plan, proje krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır**" hükmüyle kastedilen budur³⁶⁶.

Gerek plan ve projeler gerekse bizatihi yapının kendisi, kullanım amacına yönelik bir cisimle ilgili olduğu için yapının işlevi/teknik fonksiyonu mimarın biçimlendirme alanını daraltır ve öznel katkılarının limitlerini belirler. Bu da mimarlık eserlerinde koruma kabuğunun incelenmesine yol açar. Oysa diyelim ki bir ressam için böyle bir sınır yoktur.

4. Uygulamalı Sanat Eserleri

Telif hukukunda estetik ve fonksiyonellik ayırımı büyük önem taşır. Hatta patentler bir tarafa bırakılırsa fonksiyonel özellikler, marka ve tasarım hukukunda da koruma dışında bırakılmıştır³⁶⁷. Telif hukukunda fonksiyonellik genellikle uygulamalı sanat eserlerinde görünür hale gelir. Fakat soruna diğer eserlerde de rastlanır³⁶⁸.

ABD gibi bazı hukuk düzenlerinde uygulamalı sanat ürünlerinin eser olarak korunması için estetik özelliklerin, ürünün fonksiyonundan ayrılabilirliği testine (*separability test*) başvurulur (17 U.S.C. § 101)³⁶⁹. Bu hukuk düzenlerinde korumanın devreye girebilmesi için estetik unsurlar, fonksiyonel olanlardan ayrılabilir olmalıdır. AB - Türk hukukunda ayrılabilirlik testi gibi bir yöntem geliştirilmemiştir. Bir üst başlıkta belirtildiği üzere **mimari eserlerde çizim ve yapı ayırımı vardır ve bu ayırım uygulamalı sanat eserleri için de geçerlidir**. Örneğin, bir cep telefonunun plan ve projesi bu kapsamdadır.

³⁶⁶ Nal/Suluk(Karasu) 95-96.

³⁶⁷ Yargıtay, "emek ilkesi"ne dayanarak tescilsiz sınai ürünleri koruduğu dönemde teknik zorunluluk arz eden/fonksiyonel ürün özelliklerinin haksız rekabet hükümleriyle korunmayacağını eski içtihadında da vurgulamaktaydı. Örnek olarak bkz. 11. HD, 24.10.2005, E. 2004/12686, K. 2005/10213; 11. HD, 1.6.1995, E. 1995/3472, K. 1995/4507; 11. HD, 3.12.1996, E. 1996/7985, K. 1996/8508.

³⁶⁸ Öğretide fonksiyonellik üçe ayrılmaktadır: i) teknik fonksiyonellik, ii) estetik fonksiyonellik, iii) jenerik fonksiyonellik. Bkz. **Brancusi** 326 vd. Teknik fonksiyonellik, diğerlerine kıyasla geliştiricinin manevra alanını daha belirgin bir şekilde kısıtlar. Bu konu aşağıda (*Üçüncü Bölüm, III, A, 3*) incelenecektir.

³⁶⁹ Bilgi için bkz. **Soucek** 437 vd.

İşlevsel yapılar, cep telefonu, makine ve mobilya gibi cisimlerin plan-projeleri ile kurulum kılavuzları gibi fikri ürünlerin koruma kuvvetleri zayıftır, çünkü bunların geliştiriciye bıraktığı oynama/manevra alanı dardır. Geliştirici, serbest ve yaratıcı tercihleri yerine üründen beklenen fonksiyonu icra etmesi için teknik gereklilikleri dikkate alarak bu ürünleri geliştirir. Yani bunlar bir eşyayı tarif ettiği için genelde hususiyet yoktur. Ancak istisnai hallerde hususiyet görülebilir.

El işleri, tekstil ve moda tasarımları, hatta çatal, bıçak ve vazo tasarımı gibi günlük kullanım amacı olan cisimlerde somutlaşan fikri ürünler de bu gruba girer. Bu alt gruptaki eşyanın genelde pratik bir amacı vardır ve günlük olarak kullanılır. Oysa resim, gravür, ve güzel yazı gibi has güzel sanat eserlerinin somutlaştığı cisimlerin işlevi yer, duvar ve masa üstü gibi mekânları süslemekten ibaret olduğu için biçimlendirme alanları daha fazladır.

Belirtilen bu ürünler esasen sınai haklar kategorisindeki tasarım mevzuatıyla korunur. Ancak bunları tasarım korumasının da ötesine taşıyan ve aynı zamanda telifle de korumayı haklı kılan (kümülatif koruma) bunlara yansıtılan **“estetik fazlalık”**tır³⁷⁰. Estetik/sanatsal fazlalığın ne olduğu bilmesini çözmek kolay değildir. Zira bu fazlalığın tespiti bir duygu sorunudur. Bu da bizi, Pouillet’in 1884 yılındaki *“hukuk, hakimi estetik profesörü mü yapacak?”* sorusuna götürür.

Bu gruptaki fikri ürünlerin yansıdığı cisimler/eşya tek üretilebileceği gibi seri imalata da konu olabilir ve hukukumuzda sonuç yine de değişmez.

5. Fotografik Eserler

Kişi fotoğrafa hususiyetini ve sanatsal özellikleri fotoğraf çekim tekniklerini kullanarak yansıtır. Bu kategorideki fotoğraf eserleri, sanatsal yönüyle değerlendirilir; onun gerçeği tespit edip etmediğine ve bilimsel bir değer taşıyıp taşımadığına bakılmaz³⁷¹.

Fotoğrafların koruma eşiği olarak Bern Konvansiyonunun Brüksel revizyonunda Fransa, sadece artistik fotoğrafların eser sayılmasını önermiş, ancak bu görüş daha fazla yorum güçlüklerine yol açacağı gerekçesiyle kabul görmemiştir³⁷².

³⁷⁰ Ayiter, Fikir 56.

³⁷¹ İlmi ve teknik nitelikteki fotoğraflar, FSEK 2/3 çerçevesinde hususiyetin yanında *ilmi ve teknik* özellikler taşıdığı için korunur.

³⁷² Ricketson/Ginsburg 451.

Fotoğraf, bilineni aksettirse bile sanatçıya belirli bir özgürlük alanı bırakır. Sanatçı bu alanı yaratıcı tercihleriyle kullandığında ortaya çıkan fotoğraf eser vasfına bürünür. Her bir sanatçı öznel katkılarını yansıtarak fotoğrafa kişisel dokunuşunu yapar. Sanatçıdan sanatçıya bu dokunuş farklılık gösterir. “Fikri Mülkiyet Hukuku” adlı eserimizin³⁷³ telif hakları bölümünü birlikte kaleme aldığımız *Temel Nal*’ın aşağıdaki fotoğrafları güzel sanat eseri niteliğindedir. Fotoğraf sanatçısı *Nal*, bilinenlerden oldukça farklı bir teknik³⁷⁴ kullanarak duygu ve düşüncelerini/hususiyetini ve estetik anlayışını eserlerine yoğun bir şekilde yansıtmıştır. Bu yüzden bu eserlerin koruma kabukları kalındır.

Şekil 19: Sanatçı Temel Nal’ın Fotoğraf Eserlerinden Örnekler³⁷⁵



E. SINEMA ESERLERİ

Sinemada **ifade aracı hareketli görüntüdür/hareketli resimdir**. Fotoğraf ve slayt (diyapozitif) gibi fikri ürünlerdeki statiklikten farklı olarak sinema eserlerinde hareketli/dinamik bir yapı vardır.

Telif hukukumuzda hususiyet taşıyan **haraketli görüntüler dizisinin** oluşan çalışmalara sinema eseri denir. Bunlar sadece sinemalarda gösterilenlerle sınırlı olmayıp diziler, belgeseller, TV şovları, hatta reklam filmlerine kadar tüm *film eserlerini* kapsar. İşitsel-görsel nitelikteki bu çalışmalarda hususiyet varsa eser kabul edilir.

³⁷³ Bkz. <https://www.seckin.com.tr/kitap/fikri-mulkiyet-hukuku-cahit-suluk-rauf-karasu-temel-nal-s-p-849761966> (erişim; 6.10.2024).

³⁷⁴ Fotoğraf çekim teknikleri telif hukukuyla korunmadığı için bir başkası da benzer teknikler kullanarak fotoğraf çekebilir. *Nal*, sanatını icra ederken photoshop gibi bilgisayar yardımıyla yapılan teknikler yerine fotoğrafı çekerken fotoğrafa adeta fırça darbeleriyle oluşturulabilen şekilleri vermek suretiyle oldukça özgün ve yaratıcı tercihlerde bulunarak sonucu kendi isteğiyle etkilemektedir. Bu da eserlere hususiyetin yoğun bir şekilde yansımaları sağlamaktadır.

³⁷⁵ Daha fazla örnek için bkz. <https://www.instagram.com/temelnal/?hl=en> (erişim; 1.4.2024).

Diğer eserlerle kıyaslandığında sinemaya özgü fikri ürünlerin korunması daha yenidir. Çünkü dünyada ilk sinema gösterimi 1895 yılında yapılmıştır. Bu yüzden 1886 tarihli Bern Konvansiyonu'nun ilk versiyonunda sinema eserlerinden söz edilmez. Bern'in 1908 değişikliğinde bu ürünler sınırlı bir şekilde koruma altına alınmış, 1948 Brüksel değişikliğinde ise tüm sınırlar kaldırılarak sinema eserleri ayrı bir sanat dalı olarak tanınmıştır³⁷⁶.

Sinema eserleri; bünyesinde ilim-edebiyat, musiki ve güzel sanat eserlerinden unsurlar barındırır. Senaryo, diyalog, müzik, renk ve bazen de tablo gibi eserler hareketli görüntüler dizisine eşlik eder. Korunan da bu unsurların tamamından oluşan hareketli görüntüdür/yapımdır. Sessiz veya renksiz sinemada olduğu gibi bu unsurlardan bazılarının eksilmesi korumaya halel getirmez. Birden çok fikri ürünün iç içe geçmesi korumayı daha karmaşık hale getirmekte ve sınırların çizilmesini zorlaştırmaktadır. Nitekim öğretide sinema eserlerinin telif hukukunun en karmaşık fikri ürünlerinden biri olduğu vurgulanmıştır³⁷⁷.

Belirtelim ki sinema eserinin bir bütün olarak FSEK 5 çerçevesinde koruma görmesi, onun bileşenlerinden olan senaryonun ilim-edebiyat eseri, müziğin müzik eseri ve resmin de güzel sanat eseri olarak korunmasına engel değildir³⁷⁸.



Sinema filmi, dizi, belgesel, günlük olaylar, TV şovları ve reklam filmi gibi geniş bir alana yayılan sinema eserlerinin koruma kabuklarının farklılaşacağı pek tabiidir. Hususiyetin bir drama ile belgesel filme aynı şekilde yansımayaacağı açıktır. Yine kurgusal bir senaryoya sahip bir sinema filmi ile biyografi filmi aynı koruma zırhına sahip değildir; ilkinin koruma kuvveti daha güçlüdür. Çünkü bu halde koruma, özgün olay örgüsüne de sirayet eder. Buna karşılık Ant Dağları'na düşen uçtakilerin yaşam mücadelesini konu alan 1993 yılındaki *Yaşamak İçin (Alive)* ve 2023 yılındaki *Kar Kardeşliği (Society of Snow)* filmleri ister istemez benzer sahneleri içerecektir. Ancak sonraki eser, öncekinden kopya olmadığı sürece, konu ve malzemenin *işleniş biçimiyle* ayrışacağı için her iki çalışma da korumadan faydalanacaktır.

Korumanın devreye girmesi için drama, biyografi, belgesel, günlük olaylar gibi konu ve temalar önemsizdir. Yine sinema eserinin konusunun

³⁷⁶ Ayiter, Fikir 61; Ateş, Eser 255 vd.

³⁷⁷ Ayiter, Fikir 60.

³⁷⁸ Ayiter, Fikir 63.

bir politikacının konuşması, günlük olaylar, sahnedeki canlı performans, tiyatro veya drama olması da sonucu değiştirmez. Bu yüzden bir konuşmacının veya havada süzülen bir kuşun çekilmesinde bile hususiyet bulunabilir³⁷⁹. Yine nutuk, konferans ve vaaz verenleri çeken bir filmin eser olmadığı kategorik olarak ileri sürülemez³⁸⁰. Konuyu şöyle örnekleyebiliriz: Bir politikacının açıklamalarını kayda alan muhabirin kamerasını bir yere sabitlemesinde olduğu gibi sadece olanı gösteren çalışmalar hususiyet taşımaz. Eğer farklı açılardan çekim, konuşmacının ya da sahne alanın yüz mimikleri ve el hareketleri gibi duygu ve düşüncelerini seyirciye özgün bir şekilde yansıtırsa durum değişir. Ancak konu ve temalar geliştiriciyi sınırlayabilir. Bu tür sınırlamalar, biçimlendirme alanını belirleyeceği için koruma eşiğinin aşılmasını ve hakkın kuvvetini ister istemez etkiler. Örneğin bir futbol maçının çekiminde eser yoktur. Naklen yayın kalitesine dönük teknik ekibin faaliyetleri de “eser” değildir³⁸¹. Buna karşılık daha önceki çekimlerden faydalanılarak meydana getirilen video, lig marşı, yayınlardan yapılan kolaj ve çeşitli grafikler eser vasfında olabilir³⁸².



Uygulamada işitsel-görsel nitelikteki TV program formatları ve reklam filmleri önemli tartışmalara yol açmıştır. Bir TV program formatı, onu oluşturan karakteristik özellikleriyle diğer formatlardan ayrışır. Bu karakteristik özellikleri sahne tasarımı, müzikleri, tekrarlanan sloganları ve sunucunun sunum biçimi gibi unsurlar oluşturur. Her bir bölümde farklı içerikleri olsa bile bu karakteristik yapı sayesinde izleyici onu tanır.

Karakteristik özellikleri, bir hikâye örgüsünden ziyade şovu tanımlayan bir tarifname gibidir. Hatta bu yüzden Türk öğretisinde TV program formatı, biraz da patent hukukundan mülhem *tarifname* olarak nitelendirilmiştir³⁸³.

Formatın genel olarak telif hukuku ile korunup korunamayacağı sorusu mehz Alman hukukunda tartışmalıdır. Fikir, tarif, teori ve metot gibi unsurlar telif hukukuyla korunamayacağı için TV program formatlarının da

³⁷⁹ FSEK’in ilk halinde yer alan “sırf beste, nutuk, konferans ve saireyi nakle yarıyan filimler sinema eseri sayılmaz” şeklindeki hüküm amaca uygun değildir (m. 5/3). Nitekim bu düzenleme, 2001 değişikliğinde FSEK’ten çıkarılmıştır.

³⁸⁰ Aksi yönde **Hırş**, Fikri Say 53; **Ayiter**, Fikir 64.

³⁸¹ **Ayiter**, Fikir 63; 11. HD, 23.12.2005, 2005/13440, K. 2005/12765.

³⁸² ABAD, C-403/08 and C-429/08, 4 October 2011 - Football Premier League Ltd, paras. 96-99.

³⁸³ **Çolak**, Program 11-34 **Ateş**, Eser 281.

kural olarak koruma görmeyeceği eğilimi ağırlık kazanmıştır³⁸⁴. Bir format, detaylandırılmak suretiyle bir hikâyenin anlatımına dönüşürse ve bu anlama hususiyet yansır o zaman “eser” olarak korunur. Bu yüzden TV program formatları kategorik olarak telif korumasından mahrum bırakılamaz; şartların varlığı halinde eser korumasından yararlanır³⁸⁵. Koruma eşiğini aşanların koruma kabuklarının ince olacağı da bir gerçektir.

Konuya ilişkin Yargıtay’ın eski içtihadı formatların eser olarak korunacağı yönündeydi³⁸⁶. Yeni (özellikle 2013 yılından sonraki) içtihatlar incelendiğinde temelde (Alman hukukundaki anlayışa paralel olarak) formatların eser olarak korunmayacağı kabul edilmektedir³⁸⁷. Ancak *Kim Beş Yüz Milyar İster?*’de olduğu gibi eğer format soyut fikir aşamasını geçmiş, detaylandırılmış, şekillenmiş, yani algılanabilir hale gelmişse korunabileceği yönünde kararlar da vardır³⁸⁸. Yargıtay evlilik programlarına ilişkin olarak ise TV programlarının birbirine yakın olduğunu (koruma kabuklarının ince olduğunu), ciddi benzerlikler gösterse de her birinin diğerinden farklı olduğunu içtihat ederek telif ihlali olmadığını içtihat etmiştir³⁸⁹.

³⁸⁴ BGH, 26.06.2003, I ZR 176/01 - Kinderquatsch mit Michael; OLG München I, 14.01.2010, 7 O 13628/08 - Fussballformat Fußballcasting (Nal/Suluk, Uzman Görüşünden naklen).

³⁸⁵ Nal/Suluk(Karasu) 87.

³⁸⁶ Örnek olarak bkz. 11. HD, 04.04.2000, E. 1999/9258, K. 2000/2661-Arena; 11. HD, 31.10.2000, E. 2000/6049, K. 2000/8439 - Televole; 11. HD, 05.04.2005, E. 2004/6612, K. 2005/3278; 11. HD, 21.9.2004, E. 2003/12452, K. 2004/8678 - En Zayıf Halka; 11. HD, 08.10.2009, E. 2009/6918, K. 2009/10276 - Elifnağme; 11. HD, 13.12.2013, E. 2013/11913, K. 2013/22858; 11. HD, 21.9.2004, E. 2003/12452, K. 2004/8678 - En Zayıf Halka; 11. HD, 20.09.2011, E. 2009/11339, K. 2011/10555-Dart Show.

³⁸⁷ Örnek olarak bkz. 11. HD, 21.01.2016, E. 2015/2356, K. 2016/577; 11. HD, 22.11.2010, E. 2009/5714, K. 2010/11853; 11. HD, 14.09.2022, E. 2021/3518, K. 2022/5879-Ben Bilmem Eşim Bilir; 11. HD, 22.11.2010, E. 2009/5714, K. 2010/11853 - Kadının Sesi; 11. HD, 10.06.2019, E. 2018/2799, K. 2019/4180 - Eldeki Kuş Mu? Teldeki Kuş Mu?; 11. HD, 12.03.2018, E. 2016/8864, K. 2018/1893 - Bir Yönetmen Doğuyor; 11. HD, 19.01.2016, E. 2015/2310, K. 2016/483; 11. HD, 30.04.2014, E. 2014/1742, K. 2014/8118 - 3G Formatı; 11. HD, 04.10.2017, E. 2016/2226, K. 2017/5013 - Usta Kulübü; 11. HD, 22.12.2015, E. 2015/1179, K. 2015/13762; 11. HD, 15.05.2015, E. 2015/443, K. 2015/7009 - A.G. Yarışma Programı.

³⁸⁸ Yargıtay *Kim Beş yüz Milyar İster?* programına ilişkin 249 sayfadan oluşan formatın eser mahiyetinde olup olmadığına ilişkin önce tereddüde düşmüş ve şu gerekçeyle yerel mahkeme kararını bozmuştur: “Program yayını ve akışına dair olduğu ifade edilen detaylı açıklamaların esasen **bir yöntem, iş yapma metodu veya benzeri bir usule dair açıklama mahiyetinde olup olmadığı** ya da bu açıklamalar da dahil olmak üzere anılan **TV program formatı metninin bir bütün halinde FSEK 1/B-(a) ve 2/2 maddeleri anlamında sahibinin hususiyetini taşıyan bir ilim ve edebiyat eseri olup olmadığı** hususlarında, içlerinde TV program yapımcılığı alanında uzman bir öğretim üyesinin de bulunduğu yeni bir bilirkişi heyetinden görüş ...” alınmasına karar vermiştir. Bkz. 11. HD, 10.6.2013, E. 2011/12280, K. 2013/12047. Bozma kararı üzerine somut olayda bilirkişi marifetiyle yapılan ikinci bir incelemede hususiyetin bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. 11. HD, 29.3.2016, E. 2015/7276, K. 2016/3447.

³⁸⁹ Örnek olarak bkz. 11. HD, 01.08.2010, E. 2008/11601, K. 2010/2266.

TV program formatlarının korunup korunmayacağı hususu, televizyon dizilerinin korunmasından ayırt edilmelidir³⁹⁰. Zira televizyon dizileri **kurgusal içerikleri**yle karakterize edilirler. Genellikle bireysel bölümler halinde anlatılırlar ve bölümleri sürekli gelişen bir **olay örgüsüne** sahiptir. Gerçekten bunlar karakterler ve atandıkları çevre arasındaki ilişkiler ağı ile karakterize edilir. Bu tür televizyon dizilerinin taklide karşı korunması ve bu korumanın kapsamı, serinin unsurlarının -özellikle de hikâyesinin- telif hakkıyla korunup korunamayacağı her somut olayda irdelenmelidir³⁹¹. Aşk, romantik komedi, sit com gibi konu ve temaların veya işlenen malzemelerin benzerliği korumaya engel değildir. Ancak bunların koruma kabukları incedir. Üçüncü kişilerin serbest alanlarının sınırını çizmek için karşılaştırılan eserlerin orijinallik gösteren özelliklerinin belirlenmesi gerekir.

F. İŞLEME ESERLER

1. Genel Olarak

Bir fikri ürünün özgünlük derecesi ne kadar yüksek olursa olsun daha önceki fikri ürünlerden az çok yararlanılarak geliştirilir. Bu yüzden eserler, toplumun kültür-sanat hayatında üst üste konulan tuğlalara benzer ve sonradan gelenler, öncekilerden yararlanarak onların üzerine boyutları (genişliği) ve kalınlıkları (derinliği) farklı yeni tuğlalar yerleştirir. Bu çerçevede ABAD'ın Pelham kararına konu olayda BGH'ya atıfla önceki eser sahiplerinin çalışmalarının üzerine inşa etmeksizin kültürel yaratıcılığın mümkün olmadığı görüşüne yer verilmiştir³⁹². **BGH'ya göre belirli ölçülerde izinsiz kullanım, telif korumasının doğasında/tabiatında vardır.** ABAD ise Bilgi Toplumu Yönergesinin 5. maddesindeki istisna ve sınırlamaların *numerus clausus* nitelikte olduğunu içtihat etmiştir³⁹³. ABAD'a göre Yönerge'deki düzenlemeyle hak sahibinin bireysel çıkarları ile ifade özgürlüğü gibi

³⁹⁰ Degmair, GRUR Int. 2003, 204, 205 vd. (Nal/Suluk, Uzman Görüşünden naklen).

³⁹¹ Yargıtay Pepee kararında Pocoyo-Pepe karakterlerinin ve yine ikincil karakterlerin benzediği sonucuna vararak telif ihlali bulunduğunu tespit etmiştir. Bkz. 11. HD, 15.05.2017, E. 2015/13096, K. 2017/2901.

³⁹² ABAD, C-476/17, 29 July 2019 - Pelham, para. 56. İstisnalar olabilir. Örneğin Cemil Meriç'e göre, medeniyet tarihi ve sosyolojinin kurucusu olarak gördüğü İbn Haldun'un öncüsü yoktur. Yazar, çalışmasına konu ettiği İbn Haldun'un Mukaddime adlı eserini "Anasız Doğan Çocuk" olarak niteler. Daha doğrusu Montesquieu'nun Kanunların Ruhu için söylenen bu sözün aslında Mukaddime için geçerli olduğunu belirtir. Bkz. Meriç, Umrandan Uygurluğa 149, 158-159 ve 158 dñn 15.

³⁹³ Bilgi Toplumu Yönergesinin 32 no.lu gerekçesine atıfla ABAD, C-476/17, 29 July 2019 - Pelham, para. 58; ABAD, C-516/17, 29 July 2019 - Spiegel Online, para. 41; ABAD, C-476/17, 29 July 2019 - Funke para. 56.

temel haklar ve toplumun genel menfaati arasında denge gözetilmiştir³⁹⁴. Bunun ötesindeki (BGH'nın içtihadındaki gibi telifin doğasında izinsiz kullanıma izin verdiği) üye ülkelerin düzenleme veya uygulaması AB müktesebatına aykırı olacaktır³⁹⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (ECtHR) aksine³⁹⁶ ABAD, temel hakların telif haklarına harici bir sınır oluşturduğu görüşünü benimsememiş, sadece Bilgi Toplumu Yönergesinin 5. maddesindeki istisna ve sınırlamaların geçerli olduğunu içtihat etmiştir. Bununla birlikte ABAD, neyin eser olduğu ve hakkın koruma kapsamının belirlenmesi, mevcut istisna ve sınırlamaların yorumu ile ihlal analizinde temel hakların rolünün bulunduğu işaret etmiştir³⁹⁷.



Önemle vurgulayalım ki öncekilerden istifade suretiyle meydana getirilen her bir fikri ürünün öncekilere bağlılığı aynı değildir. Önceki ile sonraki arasında bulunan bağ kopmuşsa “müstakil eser”, kopmamışsa “işleme eser” ayırımı ortaya çıkar. Kamuya sunulup sunulmadığına ve korunup korunmadığına bakılmaksızın **diğer bir eserden faydalanılarak meydana getirilen ve o esere nispetle müstakil olmayan eser işlemedir** (FSEK 6/1). Bu düzenlemede, derlemeleri de kapsayacak şekilde örnek kabilinden on bir adet işleme çeşidine yer verilmiştir.

İşlemenin belirgin özelliği, **müstakil ve işleme eser arasındaki bağın kopmamasıdır**. Bir işleme de sonradan tekraren işlenebilir. Bu ihtimalde basamaklı işlemeyle karşılaşılır³⁹⁸. İşlemede mevcut bir eser yeniden şekillendirilmekte ve ona ilave/ek³⁹⁹ hususiyet katılmaktadır. İşlemede, müstakil esere *bağımlı bir eser* sahipliği söz konusudur⁴⁰⁰. Tercümeler bakımından Arslanlı bu hususu veciz bir şekilde şöyle ifade etmiştir: “*Mütercim maha-reti, yani hususiyeti de asıl eserdeki fikirleri aynı ahenk, aynı üslup ve aynı seyyaliyet ile tebarüz ettirebilmiş olmasındadır*”⁴⁰¹. Mütercim, asıl esere sa-

³⁹⁴ ABAD, C-476/17, 29 July 2019 - Pelham, para. 59-60; ABAD, C-516/17, 29 July 2019 - Spiegel Online, para. 42; ABAD, C-476/17, 29 July 2019 - Funke, para. 56.

³⁹⁵ ABAD, C-476/17, 29 July 2019 - Pelham, para. 63; ABAD, C-516/17, 29 July 2019 - Spiegel Online, para. 47; ABAD, C-476/17, 29 July 2019 - Funke, para. 62.

³⁹⁶ ECtHR, No. 36769/08, 10 January 2013 - Ashby Donald v. France App; ECtHR, No. 40397/12, 19 February 2013 - Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi (The Pirate Bay) v. Sweden, Appl.

³⁹⁷ Geniş bilgi için bkz. **Snijders/van Deursen** 1176 vd., özellikle 1189.

³⁹⁸ **Nal/Suluk(Karasu)** 105; **Öztan** 162.

³⁹⁹ **Öztan** 162-163; **Erdil** 44; **Yusufoğlu Bilgin**, Esere Sadakat 580.

⁴⁰⁰ **Öztan** 169; **Yusufoğlu Bilgin**, Esere Sadakat 581.

⁴⁰¹ **Arslanlı** 32.

dık kalmak zorundadır. Mütercim, tercümenin amacından saparak müstakil eserde bulunmayan fikirleri ilave ederse veya çıkarma yaparsa müstakil eser sahibinin manevi haklarını ihlal etmiş olur. Mütercimin hususiyeti, tercüme edilen esere asıl eseri intibakında görülür⁴⁰².

Aralarındaki bağ kopmadığı için müstakil eser, daha önce kamuya sunulmamışsa işlemenin sunulmasıyla birlikte onun da kamuya arz edildiği kabul edilir⁴⁰³.

İşleme eser, müstakil bir eserin yeniden şekillendirilmesi ve ona bağımlı olduğuna göre işleme sahibinin biçimlendirme alanı, müstakil eser sahibine kıyasla daha dardır. Müstakil esere sadakat gösterilmesi zorunluluğu (FSEK 16/3) işe karışınca işleyenin manevra alanı daha da daralır⁴⁰⁴. Bu yüzden müstakil bir eseri tercüme eden ile onu sıfırdan kaleme alanın biçimlendirme alanları ve fikri ürüne kattığı bireysel özellikler aynı kefeye konulamaz. Bunun yanı sıra işleme eserin türü de serbest biçimlendirme alanını etkiler. Sözelimi bir romanın mütercimi ile onu beyaz perdeye aktaran senarist ve/veya diyalog yazarının katkıları ister istemez farklılaşır.

İşleme, onu meydana getirenin hususiyetini taşır, yani yaratıcı bir çabanın ürünüdür. Aksi halde ortada bir işleme yok demektir. İşleyen kişi, müstakil eserde *esaslı bir değişikliğe* gitmelidir⁴⁰⁵. Nitekim işlemlerin de *hususiyet* taşıması gerektiği FSEK'te özel olarak düzenlenmiştir (m. 1B/1-c). Bu yönüyle işleme ve müstakil eser arasında fark gözetilmez. Dolayısıyla müstakil eser için aranan gereklilikler işlemler için de aranır. Örneğin ilmi ve teknik özellik (FSEK 2/3) ve estetik nitelik (FSEK 4) bu alanlardaki işlemler için de aranır⁴⁰⁶. Ancak sözünü ettiğimiz esaslı değişiklik, müstakil eserden bağı koparmamalıdır. Aksi halde bir esinlenme var demektir.

Demek ki işleme eser çifte hususiyet taşır; müstakil eserdeki hususiyet ve işlemedeki hususiyet. Bunun da ötesinde aynı kategoride yer alan müstakil ve işleme eserler kural olarak aynı hukuki rejime (koruma şartlarına, koruma kapsamına, istisna/sınırlamalara ve süresine⁴⁰⁷) tabidir. Bundan kastımız işleme eserlerin de müstakil eserler gibi koruma gördüğüdür;

⁴⁰² Olgaç 5.

⁴⁰³ Ayiter, Fikir 66.

⁴⁰⁴ Müstakil esere sadakat konusunda bkz. Yusufoglu Bilgin, Esere Sadakat 575 vd.

⁴⁰⁵ Nal/Suluk(Karasu) 104.

⁴⁰⁶ Arslanlı 31; Ayiter, Fikir 65; Nal/Suluk(Karasu) 104.

⁴⁰⁷ Hakkı Telif Kanununda müstakil eserler yaşam + 30, işlemler de yaşam + 15 yıl süreyle korunuyordu (m. 14, 16).

yoksa somut olaydaki A eserin işlenmesi olan B'nin kapsam ve süresinin aynı olduğu değildir. Nitekim bir işlemenin, müstakil eserin koruma süresine tabi olmadığı açıkça düzenlenmiştir (FSEK 26/2).

FSEK 21'de mali haklar arasında sayılan işleme hakkı münhasıran eser sahibine ait olduğu için izinsiz işlemler ihlal teşkil eder. Fakat izinsiz işlemler de eser olarak korumadan faydalanır ve hak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (*dış ilişki*)⁴⁰⁸. Şu kadar ki izinsiz işlemenin sahibi, haklarını müstakil eser sahibine karşı ileri süremez (*iç ilişki*)⁴⁰⁹. Daha doğrusu işleme eser sahibi, müstakil eser sahibinden izin almadan işlemeyi değerlendiremeyeceği gibi müstakil eser sahibi de işleyenden izin almadığı sürece işlemeyi kullanamaz. Üçüncü bir kişi, işlemeyi kullanabilmek için hem müstakil hem de işleme eser sahibinden izin almalıdır.

Bir müstakil eser, birden çok kişi tarafından işlenebilir. İşleyenlerin biçimlendirme alanları dar olduğu için işlemlerin birbirine benzemesi/yakınlaşması doğaldır. İşlemler birbirinden kopyalanmadığı sürece ayrı ayrı korumadan faydalanır. Örneğin, *Tolstoy'un Sanat* adlı eserini iki ayrı mütercim Türkçeye çevirebilir ve her bir çalışma, farklı mütercimlerin hususiyetini taşır. *Dostoyevski'nin Suç ve Ceza* romanı birden çok kez beyaz perdeye aktarılabilir ve bu işlemler ayrı ayrı sinema eseri olarak korunur. Yeter ki biri diğerinden intihal yapmış olmasın. Sözelimi, *Halide Edip Adıvar'ın Vurun Kahpeye* adlı romanı üç kez (1949, 1964 ve 1973) sinemaya uyarlanmıştır.



İşlemede, müstakil bir eser kural olarak kendi içindeki bir kategoriye çevrilir. Örneğin ilim-edebiyat kategorisindeki bir eser yine bu kategorideki başka bir esere dönüştürülür. Bu kategorideki bir kitabın tercümesi veya aynı kategorideki tiyatroya uyarlanması böyledir.

Bir kategorideki eserin başka bir eser kategorisine dönüştürülmesi halinde artık kural olarak bağımsız eser ortaya çıkar. Yani kategoriler arasındaki transferler kural olarak serbest yararlanmadır. Çünkü kategorilerin ifade araçlarındaki esaslı farklılık, sanat teknikleri ve bunlar arasındaki mesafe bu sonucu doğurur⁴¹⁰. Bu yüzden bir kategoriden yarar-

⁴⁰⁸ 11. HD, 24.4.2006, E. 2005/4501, K. 2006/4495; 11. HD, 21.7.2005, E. 2005/6858, K. 2005/7844; **Yusufoğlu Bilgin**, Esere Sadakat 580-581.

⁴⁰⁹ **Hırş**, Fikri Say 70-71.

⁴¹⁰ **Ayiter**, Fikir 67; **Nal/Suluk(Karasu)** 107.

lanılarak başka kategoriye aktarımda yararlanılan önceki eser ile yararlanılan sonraki eser arasındaki *bağ koparak* sonraki eser bağımsızlaşır ve işleme kabul edilmez. Demek ki bir eserin, dört eser grubundan başka bir eser grubuna aktarılması serbest yararlanmadır. Örneğin, *Tevfik Fikret*'in *Sis* şiirinden etkilenecek/esinlenerek sis tablosu yapan *Abdülmecid Efendi*'nin çalışması müstakil bir eserdir⁴¹¹. *Kafka*'nın *Dönüşüm* romanından yola çıkarak bir ressam, insanın böceğe dönüşümünü adım adım resmederse yine serbest yararlanma vardır⁴¹². Benzer şekilde bir tiyatrodan yola çıkılarak tablo yapılması da böyledir⁴¹³. Bunun tersinden hareketle karikatürden ilham alınarak roman/hikâye kaleme alınması da serbest yararlanmadır.

Kategoriler arasındaki transferin serbest yararlanma olduğu kuralının istisnasını sinema eserleri oluşturur (FSEK 6/1, b. 3). Buna göre senaryonun filme alınması, müziğin filmde kullanılması, tablonun filmde gösterilmesi birer işlemdir. Sinemanın, diğer eser kategorilerinden ayrılmasının nedeni birden çok eserin özelliklerini kendi içinde barındırmasındandır. Bir resim veya fotoğrafın sinemada gösterimi çoğaltma ve işlemdir. Demek ki sinema ile diğer eser kategorileri arasındaki bağ kopmamakta; sonraki eser, önceki esere bağımlılığını sürdürmektedir. Üstelik bu ilişki çift yönlüdür. Bu yüzden bir film veya senaryosunun roman ya da hikâyeye dönüştürülerek işleme eser meydana getirmek de mümkündür⁴¹⁴.

Burada bir güzel sanat eserinin, ilim-edebiyat eseri içinde kullanılmasının işleme olup olmadığı akla gelmektedir. Bu ihtimalde işleme değil, *ortak eserin* varlığı kabul edilmektedir⁴¹⁵. Yine güfte ve bestenin sahipleri farklı kişilerse ve anlaşmaya dayalı güfte yapılmışsa ortak eser vardır. Ancak güfte izinsiz şekilde müzik eserinde kullanılırsa *izinsiz işleme* olduğu kabul edilmektedir⁴¹⁶. Güftenin müzik eseri olarak korunması, onun ilim edebiyat eseri (şiir) olarak korunmasına mani değildir. Buna karşılık bir kitapta kullanılan karikatür çoğaltılmış demektir. Çünkü bu halde karikatür işlenmemekte, dönüştürülmemekte; mekanik bir şekilde başka bir eserin içine yerleştirilmektedir. Bu ihtimal bir ortak eser sahipliğini de doğurma-

⁴¹¹ Benzer örnekler için bkz. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet 134-135.

⁴¹² **Ateş**, Eser 307.

⁴¹³ **Arsılanlı** 34; **Ayiter**, Fikir 67; **Ateş**, Eser 311.

⁴¹⁴ **Arsılanlı** 34; **Ayiter**, Fikir 69.

⁴¹⁵ **Nal/Suluk(Karasu)** 107; **Ateş**, Eser 210. Krş. **Erel** 68-69.

⁴¹⁶ **Nal/Suluk(Karasu)** 96.

maktadır. Ne var ki bir fotoğrafın, sinemanın içine yerleştirilmesinde çoğaltma ve işleme vardır. Bu ihtimalde fotoğraf, hareketli görüntüyle birleşmekte ve yeni bir atmosfer oluşmaktadır.

2. Hukukumuzda Sorun Teşkil Eden İşleme Türleri

Edebiyatta seviyelendirme, bir eserin izahı, şerhi hususi bir plan dahilinde yapılarak öznellik katılmışsa ortaya çıkan fikri ürün işleme eseridir. İzah ve şerhte, müstakil eserdeki içerik geliştirilerek konu detaylandırılmaktadır. Kısaltmada ise bütünlüğü bozulmadan hususi bir plan dahilinde müstakil eserin belirli yerleri çıkarılmaktadır. Rutin ve rastgele ekleme çıkarma, boyut veya malzeme değişikliği gibi hususiyet taşımayan eylemler işleme değildir. İşleme için esaslı değişiklik aranır⁴¹⁷.

Veri tabanı, ansiklopedi, antoloji, gazete, dergi ve külliyat gibi seçme ve toplama eserlerde hususiyet, *seçme ve düzenlemenin tarzında* aranır⁴¹⁸. Hususiyet, seçme ve düzenlemedeki kişisel zevk ve tercihlere yansır⁴¹⁹. Örneğin, serbest nitelikteki yargı kararlarının derlenerek özetlenmesi seçme ve toplama eser olarak korunur. Yeter ki bunların *seçiminde ve düzenlenişinde* hususiyet/fikri yaratıcılık bulunsun. İşlenen malzemenin eser olması da gerekmez. Veri tabanlarında içeriği oluşturan malzemelerin bazıları eser, bazıları da veri niteliğinde olabilir.

FSEK 6'da işleme eser sayılan on bir adet türden bazılarına, işleyen kişinin hususiyetini katması güç görünmektedir. Örneğin bunlar arasında *editio princeps*, yani henüz yayımlanmamış bir eserin bilimsel araştırma sonucu yayına elverişli hale getirilmesi de vardır. Oysa bu tür çalışmalar mehzaz AB ve Alman hukukunda bağlantılı haklar arasında yer almaktadır. Yani bunlar "yatırımın" korunması çerçevesinde düzenlenmiş olup bunlarda yaratıcı bir özellik bulunmaz. Zarar görmüş bir metnin restorasyonunda ne kadar ince bir işçilik yapılırsa yapılsın telif hukuku anlamında fikri bir yaratıcılıktan söz edilemez⁴²⁰. Bilinmeyen bir müzik eserini topluma kazandıran *kaynak kişinin* eylemi de fikri yaratıcılık barındırmaz. Olsa olsa bu kişinin emeğine/yatırımına yönelik bir koruma gündeme gelebilir.

⁴¹⁷ Nal/Suluk(Karasu) 104.

⁴¹⁸ Mehaz Alman hukukunda derlemeler bağımsız eserdir (Alman Telif Yasası 4).

⁴¹⁹ **Ayiter**, Fikir 70. Yazar, Yargıtay'ın özet çıkarmanın uzun boylu bir fikri çalışmayı gerektirmediği, özetlerin başka bir kitaba alınmasının asıl eserin reklamı mahiyetinde olduğu, bu nedenle de hukuka aykırılığın bulunmadığı yönündeki kararını çok haklı olarak eleştirmiştir. Bkz. s. 70 dnp 80 ve orada anılan 4. HD, 17.4.1970, 1969/11792-3350 no.lu karar.

⁴²⁰ **Ayiter**, Fikir 71.

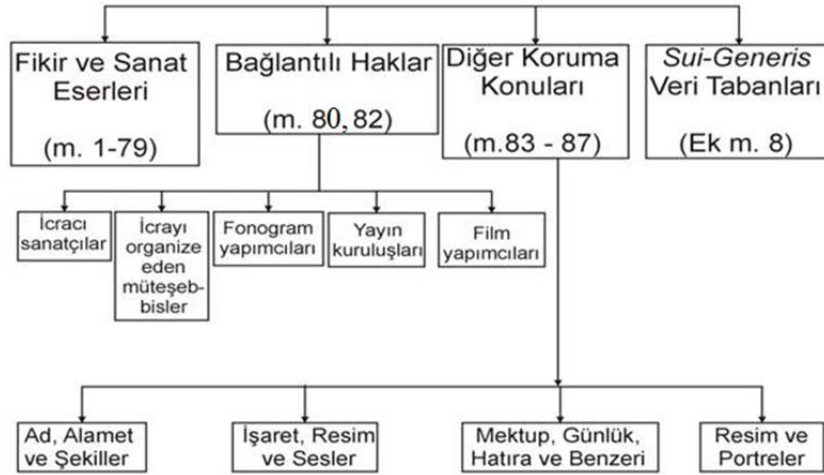
Hukukumuzda sorunlu olan bu düzenlemeler bu tür fikri ürünlerin işleme eser eşliğini aşması ve koruma kuvvetinin belirlenmesi bakımından yorum güçlüklerine yol açmaktadır. Yorumu yapacak kişi, esasen verim veya yatırım niteliğindeki bir eylemde hususiyetin bulunup bulunmadığını, yani yaratıcı bir fikri faaliyeti araştırmak durumunda kalacaktır⁴²¹. Öğretide bu konuda kanun değişikliği önerilmiştir⁴²².

Yine “bir eser sahibinin bütün veya aynı cinsten olan eserlerinin külliyat haline konulması”nda (FSEK 6/6) ne tür bir hususiyet olabilir? Bu hükme göre diyelim ki *Mehmet Akif*’in kitaplarını külliyat haline getirmede *yaratıcılık* aranacaktır. Öğretide çok haklı olarak bu düzenleme eleştirilmiştir. Kaldı ki külliyat, derleme mahiyetinde olduğu için tekrar düzenlenmesi de anlamsızdır⁴²³.

G. BAĞLANTILI HAKLAR

FSEK’in koruma konuları aşağıdaki tabloda gösterilmiştir⁴²⁴:

Şekil 20: FSEK’in Koruma Konuları



⁴²¹ Öğretide bunların “verim koruması” çerçevesinde ele alınması ve bunlarda hususiyet aramamak gerektiği; başkasına ait eserleri arayıp bularak topluma arz eden şahsın bu verim/emek çalışmasından yararlanması gerektiği savunulmuştur. Bkz. **Hırş**, Fikri Say 58; **Ayiter**, Fikir 66. Kanaatimizce bir yandan işleme eserlerde hususiyet aranırken diğer yandan buradaki düzenlemenin “verimi korumaya” yönelik olduğunu söylemek bir çelişkidir. Tek başına bu bile düzenlemenin ne kadar sorunlu olduğunu ve yorum sapmalarına yol açabileceğini göstermeye yeterlidir.

⁴²² **Nal/Suluk(Karasu)** 108 vd.

⁴²³ **Nal/Suluk(Karasu)** 108; **Beşiroğlu** 148 ve 150.

⁴²⁴ Şema için bkz. **Nal/Suluk(Karasu)** 73.

“Eser” konusu yukarıda detaylı olarak açıklandı. Burada “bağlantılı haklar” ile bir sonraki başlıkta “diğer koruma konuları” üzerinde kısaca durulacaktır.

Telif hukukunda icracı sanatçıya tanınan haklar bir tarafa bırakılırsa, **bağlantılı haklarda korumayı haklı kılan “emek” ve “yatırım”dır.** Başka bir deyişle yasa koyucu bağlantılı haklar ile “*organizasyonel*” ve “*finansal*” *yatırımı* koruma altına almıştır. **Bu yönüyle bağlantılı haklar, “yaratıcı fikri ürün” korumasına karşılık gelen eserlerden esaslı bir şekilde ayrışır.** Bu yüzden eser sahiplerine bahşedilen manevi haklar, bağlantılı hak sahiplerinden esirgenmiştir. Eserleri ve folklorik ifadeleri “*özgün*” şekilde icra eden (FSEK 1B/1-k; 80/A-2) icracı sanatçılara tanınan bağlantılı haklar bunun istisnasını oluşturur.

Bir müzik veya sinema kaydı, müzik organizasyonu veya radyo-TV yayını birer organizasyonel ve finansal faaliyettir. Fikri yaratıcılığı bulunmayan bu faaliyetlerde **korumayı haklı kılan finansal ve organizasyonel “yatırım”dır.** Yasa koyucu, müzik/sinema kaydına veya radyo-TV yayınına yatırım yapanları diğer yatırımcılardan ayırmış ve bunlara münhasır nitelikte haklar bahşetmiştir. Bu haklar aynen eser sahibine tanınan mali haklara benzemektedir. Bu yüzden de bağlantılı haklar ve komşu haklar gibi isimlerle anılmaktadır.

Anılan yatırımcıları, diğer alanlara (tarım, tekstil, lojistik, makine ve inşaat gibi) yatırım yapanlardan ayırtırmayı ve bunlara “ayrıcalık” tanımayı haklı kılan/korunan değer ise ortaya çıkan “yapımların” ve “yayınların”, “organizasyonların” zor (emek) ve pahalı (ekonomik yatırım) olmasına rağmen taklit edilmesinin çok ucuz ve zahmetsiz oluşudur. En azından sözü edilen hakların tanındığı yıllarda durum böyleydi⁴²⁵. Daha da önemlisi **yasa koyucu, kültür ve sanata yatırım yapmayı özendirmek istemiş ve onlara “ayrıcalık” tanımıştır.**

Hukukumuzda bağlantılı haklar arasında sayılmamakla birlikte *sui generis* veri tabanlarına tanınan haklar (FSEK ek m. 8) esasen “yatırımcı” haklarındandır.

Yapım ve yayınlar, gerek koruma eşiğini aşma gerekse koruma kuvveti yönünden özellik göstermez; bunlardaki koruma otomatik devreye girer. Yani bu haklar yönünden bir “**koruma çitası**” **öngörülmemiş-**

⁴²⁵ Bu yüzden öğretilerde bağlantılı hakların “eskidiği”ne haklı olarak işaret edilmiştir. Bkz. **Hugenholtz** 1006 vd.

tir. Yasa koyucu *a priori* bu yatırımları korumaya değer görmüştür. Yapım, yayın veya organizasyonun kalitesi, amacı, uzunluğu ve maliyeti gibi hususlar önem taşımaz. Yeter ki bunlar algılanabilir düzeyde ve uzunlukta olsun. İktibas serbestisi bir tarafa bırakılırsa, izinsiz şekilde diyelim ki önceki bir yapımdan alıntı yapılırsa ve göz veya kulak bunu tanıyabiliyorsa ihlal gerçekleşir⁴²⁶. Buna karşılık *sui generis* veri tabanları yönünden “koruma çitası” öngörülerek nitelik veya nicelik bakımından “*esash yatırım*” aranmıştır (FSEK ek m. 8/1). Esash yatırım yoksa koruma da devreye girmez.



Diğer bağlantılı haklardan farklı olarak icralar yönünden koruma çitası vardır: Bir **eseri veya folklorik ifadeyi özgün şekilde icra edenler korumadan yararlanırlar** (FSEK 1B/1-k; 80/A-2). Hukuki korumanın devreye girmesi için *icra tarzında özgünlük* aranır. Özgünlük, sanatsal anlamda *kişiyeye özgü beceri* ve *yetenek* olarak anlaşılmaktadır. Sanatçı beceri ve yeteneğini kullanırken işe duygu, düşünce, his ve sezgilerini de karıştırır⁴²⁷. Bu beceri ve yetenek asgari seviyede de olsa icraya yansımışsa koruma devreye girer. Ancak bunun için aynen eserlere benzer şekilde sanatçı serbest biçimlendirme alanına ihtiyaç duyar. Bu durum da dikkate alınarak bir sonuca varılır⁴²⁸. Sıradan icralar yönünden koruma devreye girmez. Hükümde geçen “özgün” ifadesi, korumayı esere yakınlaştırmaktadır. Fakat iki koruma arasında önemli bir fark da vardır. Eser korumasında *yaratıcı bir fikri ürün* meydana getirilirken, icralarda korumayı haklı kılan ise var olan bir eseri veya folklorik ifadeyi *özgün şekilde icradır*. Yine de bağlantılı hak kategorisi içinde yer alsın bile icracı sanatçılar, eser sahiplerine benzer bir faaliyet içinde oldukları için kendilerine manevi haklar tanınmıştır. Müstakil bir eseri işleyen de başkalarına ait eserleri diğer bir esere dönüştürmektedir. Her iki rol sahibi de başkasına ait eserleri bazı öznel katkılar yaparak insanların idrakine sunmaktadır. **Pozitif hukukumuzda ilkinin faaliyeti-nde özgünlük, ikincisinde hususiyet/fikri yaratıcılık aranır.** *Yatırımdan ziyade bireysel katkı* içermesi nedeniyle tarihsel süreçte icracı sanatçılara giydirilen bağlantılı hak şapkasının çok da sık durmadığı söylenebilir⁴²⁹.

⁴²⁶ Bu konuda ayrıca bkz. ABAD, C-476/17, 29 July 2019 - Pelham, para. 72.

⁴²⁷ **Nal/Suluk(Karasu)** 157.

⁴²⁸ **Nal/Suluk(Karasu)** 157.

⁴²⁹ Gerçi bu görüşümüze; icracı sanatçıların da aynen yapımcı ve yayıncı gibi eserlerin tanıtımında ve yayılmasında görev almasına hizmet ettiği itirazı getirilebilir. Öyleyse bir mütercim faaliyetinin de müstakil eserin tanıtımına katkısı vardır.

Konumuz özelinde **eserlerdeki hususiyetin derecesine benzer şekilde icralarda özgünlüğün derecesi değişecektir**. Bu yüzden hususiyetin yoğunluk derecesine bağlı olarak eserlerdeki koruma kuvvetinin değişmesine benzer şekilde icralarda, özgünlüğün yoğunluğuna göre sonuç farklılaşır. Özgünlük katılmayan icralar ise koruma eşiğine ulaşamaz.

H. DİĞER KORUMA KONULARI

FSEK'te "eser" ve "bağlantılı haklar"dan başka FSEK 83 ve devamı hükümlerde *haksız rekabet* ve *kişilik hakkına* benzer koruma formlarına yer verilmiştir.

FSEK 83-84'teki işaret, resim ve ses gibi *haksız rekabete* yol açabilecek unsurların koruma kuvvetleri, aşağıda inceleyeceğimiz markalarınkine benzemektedir. Yani bunlarda korumayı haklı kılan değer *ayırt ediciliktir*. Haksız rekabet korumasında süre sınırı yoktur. İltibas tehlikesi ortadan kalkıncaya kadar koruma devam eder⁴³⁰.

Mektup, günlük, hatıra ile kişinin resim ve porteleri (iki veya üç boyutlu) yönünden ise *kişilik hakkı* benzeri koruma getirilmiştir (FSEK 85-86). Bu tercih, bunların fikri ürün oluşlarıyla ilgili olmayıp kişilik haklarına, daha özelde de *şahsiyetin ve mahremiyetin korunmasına* yöneliktir. Örneğin, resim ve portre korumasında "modelin", yani bunlara konu edilen kişinin hakları korunduğu için bunlar o kişinin fikri ürünü bile değildir⁴³¹; korunan menfaat fikri ürünle ilgili değildir. Mankenlerin resim ve portresini yapanlar fikri ürün sahibidir ve bunların haklarını korumak yönünden eser koruması devreye girer. Meğerki fikri yaratıcılık bulunsun. Hususiyetin bulunmaması halinde somut olayda FSEK 84 hükmü devreye girebilir.

Her ne kadar **bu korumalar, FSEK'le getirilse de telif korumasıyla ilgili değildir; kişilik korumasına benzemektedir**⁴³². Bu yüzden de bunların koruma kuvvetleri aynıdır, eşittir. Özetle, orijinallik derecelerine bakılmaksızın hem mektup, günlük ve hatıralar hem de resim ve portreler otomatik ve aynı hukuki rejime tabi olarak koruma altına alınmıştır. Ancak nadiren de olsa bazı mektup, günlük ve hatıra benzeri fikri ürünlere husu-

⁴³⁰ Arslanlı 54.

⁴³¹ Resim ve portreyi çizenin meydana getirdiği bu fikri ürünün korunması ise başka bir husustur. İlgili fikri ürün hususiyet taşıyorsa ortada bir eser vardır. FSEK 85-86'daki koruma, resim ve portrenin konusu olan "modele" tanınan haklarla ilgilidir.

⁴³² *Benzemektedir* diyoruz çünkü kişilik hakkı ölümle sona ermekle birlikte bunlardaki koruma ölümünden sonra 10 yıl daha devam eder.

siyet yansiyabilir ve bunlar “eser korumasından” faydalanır. Bu yüzden mektup, günlük ve hatıra gibi fikri ürünler yönünden genelleme yapılmalı, somut olayda fikri ürüne hususiyetin yansıtılıp yansıtılmadığı, yansıtılmışsa bunun yoğunluk derecesi kontrol edilmelidir. Örneğin, Üstat *Necip Fazıl*’ın şiir formatındaki *Zindandan Mehmed’e Mektup* adlı fikri ürünü tam bir şaheserdir ve yoğun bir hususiyet barındırmaktadır. Oysa sıradan mektuplarda hususiyet yoktur. Çünkü bunlar amacın üstünde ve/veya genelin üstünde özellikler taşımaz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM MARKALAR

I. MARKALARDA KORUMAYI HAKLI KILAN UNSURLAR: AYIRT EDİCİLİK VE YATIRIM

A. GENEL BİLGİ

Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt eden işarettir (SMK 4). **Marka, farklı teşebbüslere ait mal/hizmetin ayrıştırılmasına hizmet eder.** Düzenlemede geçen *işaret* kavramı çok geniş olup sözcükler, sloganlar, şekiller, harfler, sayılar, sesler, renkler, malların ve ambalajların biçimi gibi **ayırt edici nitelikteki her türlü işaret marka olabilir.** Yasa koyucular, son yıllarda oldukça liberal bir tutum sergilemekte ve *geleneksel markaların* yanında, açık ve kesin bir şekilde marka sicilinde gösterilebilir olmaları kaydıyla şekil, ses, koku ve doku gibi *geleneksel olmayan markalara* da koruma vermektedir (AB Marka Yönergesi 3; SMK 4)¹. Bugünkü anlayışa göre soyut ve somut ayırt ediciliği bulunan her türlü işaret marka olabilir². Bu gelişme marka ofislerinin ve mahkemelerin işini zorlaştırmaktadır. Zira hangi işaretlerin marka olabileceği ve sınırın nereden çizileceği sorularının cevabı her geçen gün belirsizleşmektedir.

Marka hakkı iki şekilde elde edilir: *i)* tescil, *ii)* kullanım (gerçek hak sahipliği).

Marka hakkı kural olarak tescil yoluyla elde edilir. Buna göre bir işareti seçip tescil ettiren kişi markanın sahibi olur. Bu senaryoda tescil işlemi, *kurucu* etkiye sahiptir. Kullanım yoluyla marka hakkını elde edebilmek için işaret, ilgili mal/hizmetlerde *bilinir* (maruf) hale getirilmelidir. Marka hu-

¹ Bir asır öncesine kadar geleneksel olmayan marka koruması kabul edilmiyordu. Bu konuda tarihsel okuma için bkz. **Carapeto** 25 vd. Son yıllarda konu ülkemizde de önem kazanmış ve öğretinin dikkatini çekmeye başlamıştır. Bkz. **Karmutoğlu** 1 vd.; **Eroğlu**, Soyut Renk 95 vd.; **Karasu**, Ses Markaları 29 vd.; **Karasu**, Üç Boyutlu Markalar 331 vd.; **Hacımahmutoğlu** 1 vd.

² **Karasu**, Ses Markaları 47.

kukunda buna gerçek hak sahipliği ilkesi denir. Kullanım yoluyla bilinir hale getirilen işaretin sonradan tescil ettirilmesi işlemi ise *açıklayıcı* niteliktedir. İşarete marufiyet sağlanmasına rağmen marka tescil edilmediği için sonradan bir başkası o işareti veya iltibasa yol açacak kadar benzerini kendi adına tescil ettirirse gerçek hak sahibi olan kişi, başvuruya itiraz edebileceği gibi tescilin hükümsüzlüğünü de isteyebilir (SMK 6/3; 25/1).

Marka, kural olarak tescil edildiği mal ve hizmetler yönünden koruma sağlar (SMK 7/2-a)³. Marka olarak tescil ettirilen bir işaret, ilgili mal ve hizmetler bakımından marka sahibinin inhisarına geçmekle birlikte korumanın kapsamı belirlenirken sınıf sistemi bağlayıcı değildir ve katı bir şekilde uygulanmaz (Nis 2/1; SMK 11/4)⁴. Kaldı ki tabiatı gereği işaretin ayırt edici gücüne bağlı olarak markanın koruma kapsamında genişleme veya daralma olur. Tanınmışlık genişlemeye yol açar⁵. Zayıf markalar da daralmaya neden olur. Bu genişleme ve daralma nedeniyle sonradan gelenler, markaya hem işaret olarak hem de mal/hizmetler yönünden yaklaşabilir veya sonrakilerin ondan uzaklaşması gerekebilir. Bu yüzden her somut olayda *markanın koruma kuvveti* ve buna bağlı olarak *iltibas* vakıası incelenir.

İltibas değerlendirmesinde işaretin ayırt edici gücünün yanında markaların ve mal/hizmetlerin benzerliği de dikkate alınır. İltibas incelemesinde, karşılaştırılan iki işaret/marka ile mal/hizmet benzerliği kontrol edilir. Bunların alt kırılımları da göz önünde bulundurulur. Buna göre işaretlerin anlamsal, görsel ve işitsel benzerliği, önceki işaretin doğuştan ve sonradan kazandığı ayırt edici kuvvetine bakılır. Yine mal/hizmetin tabiatı, amaçları,

³ Pek çok ülke mal ve hizmetleri sınıflandırırken Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına ilişkin Nis Anlaşmasının sistemini uygulamaktadır. Bu Anlaşmaya göre mal ve hizmetler 45 sınıfa (1-34 emtia, 35-45 ise hizmetlere) ayrılmıştır. Ülkemizde de bu sistem yürürlüktedir (SMK 11/3). Bkz. Nis Anlaşmasının metni için bkz. RG, 13.8.1995, 22373.

⁴ Nis Anlaşmasının 2/1 hükmüncü mal ve hizmetlerin benzer olup olmadığının değerlendirilmesinde, sınıflandırmaya ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler bağlayıcı kurallar içermemektedir. Bu bağlamda SMK 11/4'de mal ve hizmetlerin aynı sınıfta yer almalarının benzer olduklarına, farklı sınıflarda bulunmalarının da benzer olmadıklarına *karine teşkil etmeyeceği* hükme bağlanmıştır. Örneğin 22. sınıfta "halatlar, ipler, ip merdivenler, hamaklar, balık ağları" düzenlenmiştir. Buna karşılık 23. sınıfta "tekstil amaçlı büküm iplikleri; dikiş, nakış ve örgü iplikleri, tireler, esnek iplikler" vardır. Benzer nitelikteki bu iki emtia farklı sınıflarda olsa bile iltibasa yol açabilir. Buna karşılık 21. sınıfta yer alan saksılar ve pipetler aynı alt grupta yer almalarına rağmen bunlar arasında benzerlik dahi bulunmamaktadır. İkinci örnek için bkz. **Uzunallı**, Marka 59. Yargıtay'ın kararları da sınıfların bağlayıcı olmadığı yönündedir. Örnek olarak bkz. 11. HD, 21.07.2005, E. 2004/9414, K. 2005/7845; 11. HD, 02.10.2007, E. 2006/4087, K. 2007/12269; 11. HD, 12.03.2009, E. 2007/7602, K. 2009/2921. Sınıf sisteminin katı bir şekilde uygulanmayacağına yönelik ayrıca bkz. **Bozgeyik/Karasu** 163-164. Gerçekten de koruma belirlenirken sınıf sisteminden ziyade mal/hizmetlerin niteliğine bakılmalıdır.

⁵ Detay bilgi için bkz. **Balık/Bektaş** 1 vd., özellikle 8 vd.

kullanım yöntemleri, satış kanalları, birbiriyle rekabeti ve birbirlerini tamamlayıp tamamlamadıkları gibi **tüm faktörler (all factors)** göz önünde bulundurulur. Yargıtay'a göre de "mal ve hizmet sınıf ve alt gruplarında benzerlik araştırmasında göz önüne alınması gereken kriterler; piyasanın anlayışı, benzer alıcı çevresine hitap edip etmediği, benzer ihtiyaçları giderip gidermediği, mal veya hizmetlerin birbiri yerine ikame edilebilme ve rekabet etme olanaklarının olup olmadığı, birinin diğerini tamamlama imkânı olup olmadığı, mal veya hizmetlerin dağıtım kanallarının ortak olması, kullanım yöntemleri-amaçları-hedeflenen halk kesiminin aynı olup olmadığı hususları olup, her somut olay için bu hususların araştırılması gerekmektedir"⁶. Belirtilen bu faktörler sınırlı sayıda değildir⁷. Özetle, iltibas değerlendirmesinde **tüm faktörler** dikkate alınır.

Vurgulayalım ki işaretin ayırt edici olup olmaması (koruma eşiğine ulaşması), ayırt ediciyse bunun kuvveti ve iltibas gibi hususlar marka hukukunun en sorunlu alanlarıdır.

B. MARKANIN UNSURLARI

Bir markanın varlığından söz edebilmek için şu üç unsur birlikte aranır:

- i) işaret,
- ii) ayırt edicilik,
- iii) açıklık ve belirlilik (sicilde açık ve kesin bir şekilde gösterilebilirlik).

1. İşaret

Bu başlık altında hangi tür işaretlerin marka olabileceği ve marka olarak seçilen işaretin niteliğinin koruma kapsamına etkisi üzerinde durulacaktır.

Markadan söz edebilmek için ortada bir işaret olmalıdır. SMK 4'e göre "her türlü işaret" marka olabilir. Marka hukukunda işaretler, onların ayırt edicilikleri üzerinden tariflenerek soyut ve somut ayırt edici işaretler şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bu husus aynı zamanda ayırt edicilikle ilgili olduğu için sonraki alt başlıkta ele alınacaktır.

⁶ 11. HD, 02.10.2007, E. 2006/4087, K. 2007/12269.

⁷ Fhima/Denvir 316.

2. Ayırt Edicilik

SMK 4'ün gerekçesinde de belirtildiği üzere hukukun markaya yüklediği **temel işlev ayırt ediciliktir**⁸. İşaretin ayırt edici olmasından maksat; farklı teşebbüslerce piyasaya sunulan malların ya da hizmetlerin, ortalama tüketici-si/kullanıcısı/alıcısı tarafından birbirinden ayırt edilebilmesidir, tanınmasıdır, yani birbiriyle karıştırılmamasıdır. Marka korumasıyla mal/hizmetin kaynağı konusunda serbest pazarda şeffaflık sağlanır ve tüketicinin doğru tercihi güvence altına alınır. Yasa koyucu, ayırt edici ad ve işaretler üzerinden karışıklığı/iltibas önleyerek adil ve hakkaniyetli bir rekabet düzeni kurmayı amaçlamaktadır. Şeffaf ve bozulmamış rekabet ortamını sağlayabilmek için markalar, aynı olanların (iktibas) yanında karışıklığa yol açan benzerlerine (iltibasa) karşı da korunmaktadır. İltibas incelemesinde bu “aynılık” ve “benzerlik” hem işaret hem de mal/hizmet yönünden birlikte değerlendirilir.

Bir işaretin marka olabilmesi için yüksek bir ayırt edicilik aranmaz; minimum düzeyde ayırt edicilik gerekli ve yeterlidir⁹. Elbette ayırt ediciliği düşük olanların koruma kuvvetleri de zayıf olacaktır.

Markanın ayırt edicilik fonksiyonu kural olarak ticaretle sınırlıdır¹⁰. Korumaya, markanın ticaretin dışındaki sosyal ve kültürel kullanımlarını kapsamaz¹¹.

Marka olabilmeleri bakımından işaretler, **soyut ayırt ediciliği olan işaretler** ve **somut ayırt ediciliği olan işaretler** şeklinde ikiye ayrılır¹². Bir işaret, herhangi bir emtia ayırımı yapılmaksızın tüketici nezdinde tabiatı gereği ayırt edici nitelikteyse, o işaretin marka olabilme vasfı da vardır. Yargıtay soyut ayırt ediciliği şöyle tarif etmiştir¹³: “ ... Bir işaretin soyut ayırt ediciliğinin varlığının kabul edilebilmesi için işaretin belli bir bütünlük arz etmesi gerektiği, yani, işaretin fark edilebilir, bir bütün olarak tanınabilir, sınırlarının tespit edilebilir olması anlamına geldiği, bu nedenle, işaretin tüketici tarafından uzun incelemeler sonucu anlaşılabilirdiği hallerde işaretin

⁸ Ayırt ediciliğinin yanında markanın kaynak/köken belirtme, kalite/garanti ve reklam/tanıtım fonksiyonları da vardır. Bkz. **Karasu(Suluk/Nal)** 192 vd.

⁹ ABGM, T-460/05, 10 October 2007 - Bang & Olufsen, paras. 45-46.

¹⁰ Burada ticaret kavramı geniş anlamıyla kullanılmaktadır. Zira markanın tanımında işletme yerine teşebbüs kavramı kullanılmış olup teşebbüs, işletmeye kıyasla daha geniştir. Bu yüzden vakıf, dernek ve meslek birliği gibi kuruluşlar da kapsama dahildir. Bkz. **Karayalçın** 156. **Arkan**, işletme ibaresinin kullanılmasını önermektedir. Bkz. s. 36.

¹¹ **Anemaet** 191.

¹² **Doğan**, Ayırt Edicilik 18, özellikle 20 vd.; **Çağlar** 12-13.

¹³ 11. HD, 28/09/2022, E. 2021/1691, K. 2022/6408.

bütünselliğinden söz edilemeyeceği, bir markanın ayırt edici niteliğe sahip olduğundan bahsedebilmek için, bu markanın tescili talep edilen malların veya hizmetlerin belirli bir işletmeden kaynaklandığını göstermesi ve bu şekilde malların diğer işletmelerin mallarından ayırt edilmesini sağlaması, diğer deyişle markasal algı yaratması gerekmektedir Bu vasfı bulunmayan işaretlerin soyut bir şekilde ayırt ediciliği yoktur ve hiçbir şekilde marka olamaz. Örneğin Çince on beş harften oluşan bir kelime ülkemizde marka olamaz¹⁴. Zira toplumumuz Çince ifadeleri marka olarak algılayamaz ve onları birbirinden ayırt edemez. Aynı gerekçeyle bir sayfalık Latince yazının da soyut ayırt ediciliği yoktur¹⁵. ABAD, Dyson kararında “bir elektrikli süpürge'nin dış yüzeyinin parçasını oluşturan şeffaf bir çöp haznesinin veya toplama haznesinin tüm düşünülebilir şekilleri” için yapılan marka başvurusuyla ilgili olarak ortada bir “işaret”in olmadığını içtihat etmiştir¹⁶.

Soyut ayırt edicilik testini geçen bir işaret, ikinci bir teste daha tabi tutulur; *somut ayırt edicilik*¹⁷. Bir işaret, soyut bir şekilde ayırt edici olsa bile ilgili mal/hizmetler yönünden somut ayırt ediciliği olmayabilir. Çünkü tüketici o işareti, marka olarak değil de ilgili mal/hizmetin adı, cinsi, vasfı veya coğrafi kökeni gibi özellikler olarak algılar. Örneğin zeytin kelimesi, zeytin emtiası bakımından jeneriktir/ürünün adıdır ve marka olamaz. Başka bir deyişle “zeytin” kelimesinin, zeytin emtiası için somut ayırt ediciliği bulunmazken, mobilyalar için gücü kuvveti yerinde bir markadır. Biri de sözelimi “şemsiye” kelimesini tekstil sektöründe marka yapabilir, ama bu kelime şemsiye emtiası için marka olamaz. Özetle, **somut ayırt edicilik bakımından marka olabilmesi ve koruma kuvvetinin tespitinde, merkeze ilgili mal/hizmet(ler) konulur**¹⁸. Demek ki bir mal/hizmet için jenerik olan bir işaret, başkaca mal/hizmetler yönünden marka olabilir.

Seçilecek işaret ile mal/hizmetin etkileşimi, yani **mal/hizmet değişikliği sonucu etkilemektedir**. Bir mal/hizmet yönünden zayıf, hatta jenerik olan işaret, başkaca mal/hizmetler için ayırt edici olabilir, bu ayırt edicilik

¹⁴ Doğan, Ayırt Edicilik 24-25. Fakat bunların bir araya getirilişi bir şekil markasını oluşturabilir. Arkan bir nokta, virgül, düz çizgi veya basit bir geometrik şeklin ayırt edici vasfı bulunmadığı için marka olamayacağı görüşündedir. Bkz. s. 73. Kanaatimizce bu işaretlerin soyut ayırt ediciliği vardır. Somut ayırt edicilikleri de her bir somut olayda kontrol edilmelidir.

¹⁵ Karasu(Suluk/Nal) 191.

¹⁶ ABAD, C-321/03, 25 January 2007 – Dyson, para. 40.

¹⁷ Öğretide bir markayı, kullanılacağı mal/hizmetten bağımsız ele almanın anlamsızlığından hareketle soyut ve somut ayırt edicilik ayırımının gereksiz ve anlamsız olduğu savunulmuştur. Bkz. Karmutoğlu 100-104.

¹⁸ ABAD, C-218/01, 12 February 2004 - Henkel KGaA, para. 31.

güçlü bile olabilir¹⁹. Sözelimi “apple” (Türkçe’de elma) kelimesi, cep telefonları ve bilgisayarlar için rastgele seçilmiş, güçlü bir markadır. Oysa bu kelime, elma emtiası bakımından jenerik olup somut ayırt ediciliği bulunmadığı için marka olamaz. Çünkü bu kelimenin elma emtiasındaki kullanımı bir kişiye inhisar ettirilerek o sektörde topluma kapatılamaz. Aksi halde serbest rekabet haksız yere sınırlanarak²⁰, serbest ve adil rekabet zarar görür. Toplumun bu kelimeyi o sektörde kullanmakta *genel menfaati* vardır. Buna karşılık bilgisayar sektöründe kapatmaya izin verilir. Dileyen kişiler de o kelimeyi farklı sektörler için seçerek marka yapabilir veya belki de Elma’dan mülhem Armut²¹ kelimesini markalaştırabilir. Elbette dünyaca tanınmış Apple ile iltibasa yol açarsa, marka ihlali gerçekleşir. Çünkü tanınmış markalar, hem işaretin kendisi yönünden kuvvetlenir hem de tescil edildikleri mal/hizmetleri aşarak, koruması farklı mal/hizmetlere sirayet edebilir. *Tüm faktörler* ışığında her *somut olayda* markanın tanınmışlık düzeyine bağlı olarak iltibas vakıası değerlendirilir. Bu kabuğuna sığmama hali, marka sahibinin antrenmanından, yani markasına yaptığı yatırımın miktarından kaynaklanır. Bu konu aşağıda (*Üçüncü Bölüm, III, C*) incelenecektir.



Bazı işaretlerin *soyut ayırt ediciliği* yoktur (SMK 4). Yani işaret cevheri/tabiatı itibarıyla ayırt edici değildir. Tüketici bunları ayırt edemez ve marka olarak algılayamaz. Bunlar hiçbir şekilde ve hiçbir mal/hizmet yönünden marka olamayacağı gibi sonradan da ayırt edici hale getirilemez²². Bazen de soyut ayırt ediciliği bulunan bir işaret, bazı mal/hizmetler yönünden ayırt edici olmayabilir. Bunlara *somut ayırt ediciliği* olmayan işaretler denir (SMK 5/1-b). Özetle, her iki testi geçebilen işaretler marka olabilir.

Marka olarak seçilen işaretin ilgili mal veya hizmetle olan anlamsal, işitsel ve görsel ilişkisi markanın ayırt edici gücünü etkiler. İşaret, mal veya hizmeti tanımlıyor ya da çağrıştırıyorsa, bu yakınlık ayırt edici gücü zayıflatır. Buna karşılık, işaret ile mal ya da hizmet arasındaki mesafe arttıkça, söz konusu işaretin toplumda bir marka olarak yerleşmesi daha fazla çaba ve

¹⁹ Tam da bu nedenle iltibas değerlendirmesinde iki ürün arasındaki düşük benzerlik, iki marka arasındaki yüksek benzerlikle veya bunun tersinden dengelenerek somut olayda iltibasın varlığına veya yokluğuna hükmedilir. Örnek olarak bkz. ABAD, C-39/97, 29 September 1998 - Canon, para. 17; ABGM, T-564/22, 20 December 2023 - Pierre Balmain, para. 77.

²⁰ Arkan 77, dñn 23.

²¹ Nitekim ülkemizde Armut kelimesi, bir dijital platformun markasıdır. Bkz. <https://armut.com/> (erişim; 29.1.2025).

²² Memişoğlu, Mutlak Ret Sebepleri 355; Sarı 132.

tanıtım gerektirir; bu da yatırım maliyetini artırır. Başka bir deyişle işaretin mal/hizmete yakınlığı ve uzaklığı, markaya yapılacak yatırım miktarını etkiler²³. Mal/hizmete yakın bir işareti tanıtmak ne kadar kolaysa, mal/hizmetten uzaklaşan bir işareti tanıtmak bir o kadar zordur, uzaklaştıkça da bu zorluk artar. Yani **işaretin mal/hizmete uzaklığı ve yakınlığı ile ayırt edici gücü arasında ters bir ilişki vardır**²⁴. Örneğin Baby-Dry, RapidBike ve Pazarama markalarını tanıtmak çok kolaydır. Çünkü bu markaları ilk defa duyanlar, görenler bile onların sırasıyla çocuk bezi, bisiklet ve pazarlama/satış hizmetleriyle ilgili olduğunu özel bir çaba sarf etmeksizin anlar. Yine herkesin kullanımına açık işaretlerde küçük oynamalar yapılarak marka oluşturulabilir, ancak bu yeni markaların ayırt edici gücü görece zayıftır²⁵. Örneğin ilaçlarda uluslararası mülkiyetsiz isimlerden (*International Nonproprietary Names - INN*) türetilen markalar ile süperlatif ifadeleri içeren markalar zayıftır²⁶. Bunlar ilgili mal/hizmeti ima eder, onlara atıfta bulunur. Münhasıran bunları içeren işaretler ise marka olamaz. Bir işaret, o mal veya hizmeti doğrudan tanımlıyorsa artık ayırt edici olmaktan çıkar. İşaretin tüm *esaslı özellikleri*, ilgili ürün veya hizmetten kaynaklanıyorsa işaret ayırt edici değildir²⁷.

Malın kendisinden ve doğası gereği bir şekli olmayan malların ambalajından oluşan şekiller, ilgili sektörün norm ve geleneklerinden önemli ölçüde uzaklaşmalıdır²⁸. Yargıtay, malın şeklini gösteren bir işaretin, şartları

²³ Vurgulayalım ki bir marka, bazı mal/hizmetler bakımından kuvvetliyen bazıları yönünden zayıf, tanımlayıcı veya jenerik olabilir. Yani işaretlerin somut ayırt edicilikleri farklılaşabilir. Bu yüzden örneğin star ve blue gibi kelimelerin tüm mal/hizmetler yönünden zayıf olduğu yargısı hatalıdır. Bkz. **Stringham** 519.

²⁴ **Karan/Kılıç** 86; **Yasaman/Yasaman Kökçü** 394, 396.

²⁵ 11. HD, 09.02.2022, E. 2020/6877, K. 2022/940.

²⁶ INN-marka ilişkisi için bkz. **Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak** 839 vd. İlaç markalarıyla ilgili Yargıtay'ın emsal bir kararı şöyledir: " ... İnsan kanında bulunan yağın adına ilişkin lipid ibaresi ilacın tedavi edeceği bir unsur olup, buna yapılan ilaveler ile oluşturulan ilaç markalarının baştan **zayıf marka** olduğu, **bu tür markalar arasındaki iltibasın, yapılacak küçük bir değişiklik ile bertaraf edilebileceği**, ürünlerin reçeteye satılmasının zorunlu olduğu, az da olsa fonetik benzerliğin markaların kullanılacağı ilaçları seçen bilinçli tüketici kesimi doktor ve eczacılar yönünden iltibas yaratmasının söz konusu olmadığı ...". Bkz. 11. HD, 05.03.2007, E. 2006/408, K. 2007/3827. İlaç markalarına ilişkin çok sayıda Yargıtay kararının tahlili için bkz. **Sevindik** 145 vd. Reçeteli, reçetesiz ve fiili kullanım gibi ayırımlar ışığında sonucun değişebileceğine ilişkin bkz. **Sevindik** 160 vd.

²⁷ ABAD, kararlarında *esaslı özelliklere* vurgu yaparak bu özelliklerin her bir somut olayda belirlenmesini ve işaretin tüm esaslı özellikleri, ilgili maldan/hizmetten kaynaklanıyorsa somut ayırt ediciliği bulunmadığı sonucuna varılabilir. Bkz. ABAD, C-48/09 P, 14 September 2010 - Lego, paras. 68-70; ABAD, C-205/13, 18 September 2014 - Hauck, para. 21.

²⁸ ABAD, C-218/01, 12 February 2004 - Henkel, para. 49; ABAD, C-97/12 P, 15.05.2014 - Louis Vuitton Malletier, para. 25.

varsa marka olarak tescil edilebileceğine, fakat başvuru konusu markanın sıradan şekillerden farklı, özgün ve ayırt edici olup olmadığına bakılması gerektiğine dikkat çekmektedir²⁹.



Ayırt edici özellik, daha başta işaretle olabileceği gibi nadiren de olsa kullanım yoluyla sonradan da işarete kazandırılabilir (SMK 5/2). Yani bazı işaretler tabiatı gereği doğuştan ayırt edici (*inherently distinctive*) iken, bazıları kullanım yoluyla sonradan ayırt edici hale getirilebilir (*acquired distinctiveness*). Kullanım yoluyla ayırt ediciliğe, işarete ikincil anlam (*secondary meaning*) kazandırma da denir³⁰. Tabiatı gereği ayırt ediciliği bulunmayan bir işaretin sonradan marka haline getirilmesi/ikincil anlam kazandırılması istisnai bir yoldur ve bunun için çok yoğun bir tanıtım ve reklam faaliyeti yapılmalıdır. Zira aslında marka olamayacak ve herkesin kullanımına açık bir işaret, bir kişinin tekeline verildiğine ve bunun sonuçları ağır olduğuna göre burada harcanması gereken çaba da fazla olmalıdır. O kadar ki işareti gören ilgili mal/hizmetin ortalama tüketicisi, o işaretin anlamının yanında ikinci bir anlam daha algılıyor olmalıdır. Yani o işaret, gerçek anlamının yanında o teşebbüsün markası olarak *da* algılanmalıdır.

Daha ağır sonuçları bulunduğundan dolayı kullanım yoluyla ayırt edici hale getirmek için tanınmış markaya kıyasla daha fazla yatırım aranır³¹. ABAD, renk markalarına ilişkin bir olayda bunun için en az %70 gibi bir tanınmışlıktan söz etmiş, fakat her olayda böyle bir bariyerin uygulanamayacağını içtihat etmiştir³². Yani bu durum somut olarak tespit edilmelidir; soyut, genel ve önceden öngörülen oranlar üzerinden belirlenemez³³.

Sadece şu işaretler kullanım yoluyla ayırt edici hale getirilebilir (SMK 5/2):

- i) Madde 5/1-b: somut ayırt ediciliği bulunmayan işaretler,
- ii) Madde 5/1-c: ticaret alanında, cins, çeşit, vasıf ... belirten işaretler,
- iii) Madde 5/1-d: ticaret alanında herkes tarafından kullanılan ... işaretler.

²⁹ 11. HD, 05.11.2013, E. 2013/1769, K. 2013/19707.

³⁰ Jacoby 27; Yasaman/Yasaman Kökçü 400.

³¹ Aynı yönde Arkan 84. Aksi yönde Yasaman/Yasaman Kökçü 405.

³² ABAD, C-217/13 and C-218/13, 19 June 2014 - Oberbank AG, para. 49, 75.

³³ ABAD, C-217/13 and C-218/13, 19 June 2014 - Oberbank AG, paras. 40 vd., özellikle 44.

SMK 5/1’de belirtilen diğer işaretler, kullanım yoluyla ayırt edici hale getirildiği iddiasıyla sonradan marka olarak tescil edilemez (SMK 5/2). Bu bağlamda özellikle SMK 5/1-e’deki; *i)* malın doğası gereği ortaya çıkan, *ii)* teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan ve *iii)* mala asli değerini veren şekilleri münhasıran içeren işaretlerin kullanım yoluyla ayırt edici hale getirilemeyeceği burada vurgulanmalıdır. Belirtelim ki AB ve Türk hukukunda malın kendisinden ve doğası gereği bir şekli olmayan malların ambalajından oluşan şekiller doğuştan ayırt edici olabilir³⁴.



SMK’da yer/coğrafi isimler özel olarak düzenlenmiştir (m. 5/1-c ve f). Yer isimlerinin sınırlı olduğu, kimsenin tekeline bırakılamayacağı endişesi ve bu isimleri normal markalardan ayırmak suretiyle zayıf olarak nitelemek yersizdir. Ayşe, Fatma, Zeynep, Elif, Mehmet, Hasan, Hüseyin isimleri nasıl ki marka yoluyla birinin tekeline bırakılıyorsa yasa koyucu, yer/coğrafi isimleri üzerinde de tekelleşmeye cevaz vermiştir. Aynı durum sınırlı sayıdaki gezegen, ülke, hayvan, bitki, meyve ve sebze isimleri bakımından da geçerlidir. Ancak toplumda sık kullanılan isimler için işaretin zayıflığı endişesi yerindedir. Örneğin Almanya’da Müller³⁵, ülkemizde Öztürk ve Özdemir gibi isimlerin ayırt ediciliği düşüktür. Paris, Londra ve İstanbul gibi çok bilinen yer isimleri de marka olabilmeleri bakımından zayıftır.

Markalar mal/hizmetin ticari kaynağını/kökenini, bazı yer isimleri de coğrafi kaynağını belirtir³⁶. Bu bağlamda yasa koyucu, bir mal veya hizmetle “ünlenen”, “özdeşleşen” yer isimlerini tek bir kişiye inhisar ettirmek suretiyle toplumun kullanımına kapatmak istememiştir. Aksi tutum, bir kişi lehine olacak şekilde haksız rekabete yol açardı. Bu isimler tek başlarına veya esas unsur olarak ilgili mal veya hizmetler bakımından marka olamaz (SMK 5/1-c)³⁷. Bu düzenlemenin altında yatan düşünce de “*ne katarsan onun karşılığını alırsın*” ilkesidir. Zira yasa koyucu, kendiliğinden

³⁴ ABAD, C-299/99, 18 June 2002 - Philips v. Remington, para. 75. Buna karşılık ABD (ve Japon) hukukunda malın ambalajından oluşan ticari formlar bir tarafa bırakılırsa, malın şeklinden oluşan ticari formlar tabiatı gereği ayırt edici kabul edilmez; bunlar ancak sonradan kullanım yoluyla ayırt edici hale getirilebilir. Bkz. **Kur**, Too Common 27; **Oytaş** 50; **Karmutoğlu** 351; **Hacımahmutoğlu** 28-30.

³⁵ RG GRUR 1940, 286, 288/289 - Müller/Lichtmüller (**Memiş**, Zayıf Marka 389’den naklen).

³⁶ Coğrafi markalarla ilgili bilgi için bkz. **Yıldız, B.** 125-156.

³⁷ Yine coğrafi kaynağı konusunda *yanıltıcı işaretler* de mutlak tescil engeline takılır (SMK 5/1-f). Hatta “*ürünün gerçek kaynağı konusunda halkı yanıltabilecek olan bitki tür ve çeşitleri, hayvan ırkları veya benzeri adlar*” coğrafi işaret olarak da tescil edilemez (SMK 35/1-c).

oluşan bir tanınmışlıktan, buna katkı vermeyen bir kişinin *haksız yarar* sağlamasını önlemek istemiştir. Sözelimi, fındık ürünü için Giresun, zeytin için Gemlik, kayısı için Malatya, fıstık için Antep, telkâri için Mardin, incir için Aydın ve halı için Hereke yer isimleri marka olamaz. Döner, sütlaç ve pastırma gibi geleneksel ürün adları da bu mal/hizmetler yönünden marka olamaz. Bunlar kolektif nitelikteki **coğrafi işaret** ve **geleneksel ürün adı** korumasına tabidir (SMK 33-49). Buna karşılık köftesiyle ünlü olmayan Ordu Köftesi marka olabilir. Zira köfte ile Ordu yer ismi arasında “özdeşleşme”, hatta bir “bağlantı” bile olmadığı için marka sahibinin, bu ibareyi diğer marka sahipleri gibi tanıtması gerekecektir. Oysa köftesiyle ünlü Tekirdağ ibaresiyle köfte arasında “sıkı bir bağ”, hatta “özdeşleşme” olduğundan “Tekirdağ Köftesi” ibaresinin birinin tekeline verilmesi o kişiye rekabette *haksız avantaj* sağlayacaktır.

İlgili işaret, bir yörenin ismiyle özdeşleşmese bile, o yörenin kuvvetli olduğu bir *özellik*ine atıfta bulunuyorsa, arada *bir bağ varsa*, o zaman *zayıf markadan* söz edilir. Örneğin, İstanbul Turizm böyledir. İstanbul ülkemizin turizm yöresi olmasına rağmen bu isim, turizmle özdeşleşmediği için yine de doğrudan tanımlayıcı veya jenerik kabul edilmez ve marka olabilir. Ne var ki bu tür markaların ayırt edici gücü zayıftır. Çünkü toplum, bu yerler ile turizm hizmetleri arasında az çok “*doğal bir bağ*” kurar; mal veya hizmetin ortalama tüketicisine bu yer isimleri turizmi hatırlatır. Nitekim Yargıtay, Hatay’ın “Altınözü” ilçesinde zeytin üretimi yapılmasına rağmen bu ibarenin, zeytin yağları için *coğrafi kaynak belirtecek kadar* bilinmediğini, şöhrette sahip olmadığını gerekçe göstererek marka olabileceğine hükmetmiştir³⁸. Fakat “*ne katarsan onun karşılığını alırsın*” ilkesi gereği, Altınözü’nde zeytin ve zeytinyağı imalatı yapıldığı için bu markanın ayırt edici gücü zayıf olduğundan sonradan gelenler bu markaya yakınlaşabilir³⁹.

3. Açıklık ve Kesinlik

Yasa koyucular, marka hakkının kapsama alanının sınırlarını tayin etmek suretiyle üçüncü kişilere hukuk güvenliği sağlamak için **açıklık ve kesinlik kuralını** benimsemiştir. Hukuki belirlilik açısından marka olarak seçilen **işaret, marka sicilinde açık ve kesin olarak gösterilebilir nite-**

³⁸ 11. HD, 09.10.1984, E.1984/4499, K.1984/4560.

³⁹ Bu yönde EUIPO, R 1790/2011-5- 23 May 2012 - Elsam Kraft A/S v. 4REFUEL CANADA LP, para. 15. Bu olayda önceki markanın jenerik bir ibareye çok yakın olması ve bu yüzden ayırt edici gücünün çok düşük olması gerekçe gösterilerek REFUEL ve  markaları benzer bulunmamış ve sonraki markanın yakınlaşmasına müsamaha gösterilmiştir.

likte olmalıdır (SMK 4). Bu şart özellikle renk, ses⁴⁰, koku ve tat gibi geleneksel olmayan markalar yönünden sorun çıkarır. Renkler bakımından Pantone gibi uluslararası renk kodları ibraz edilerek marka başvurusu yapılır. Markanın sınırları tayin edilemeyeceğinden çok uzun sesler tescil edilmez. Bugünkü yaygın anlayışa göre belirlilik şartını sağlayamadığı gerekçesiyle tatlar marka olamaz.

Belirlilik kuralıyla ilgili uygulamada sanıldığından da fazla sorun yaşanmaktadır. İşaretin sınırlarının belirlenmesindeki güçlüğü ötesinde, işaretin hangi unsurlarına korumanın sirayet ettiği de bir soruna dönüşebilmektedir. Ayırt edici unsurun yanına jenerik bir unsurun eklenmesi halinde korumanın bu unsura sirayet etmeyeceği kolayca tespit edilir. Fakat dolaylı veya doğrudan tanımlayıcı unsurlardaki filtreleme daha zordur. İşarete ayırt edicilik katan unsurlar ile jenerik unsurların birleştiği **karma/kompozit markalara** verilecek korumanın işaret olarak kapsamı genellikle duraksamaya yol açmaktadır. Bu halde jenerik unsurlara korumanın sirayet etmeyeceği genel kabuldür⁴¹. Teorideki bu kabul, uygulamada her somut olayda filtrelemeyi gerektirmekte ve belirsizliği ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin Yargıtay'ın bir kararına konu aşağıdaki dokulu şişe tasarımı, marka hukuku anlamında ayırt edici kabul edilmiş ve bu şekilde marka olarak tescillenmiştir (No. 2011 35568). Marka siciline gidildiğinde bu şişenin şekliyle karşılaşılacaktır. Rakiplerden birisi buna benzer bir şişeyle ticaret yapmaya kalkıştığında marka ihlaliyle suçlanabilecektir. Bu şekil markası için yapılan başvurunun geri çevrilmesi üzerine açılan ret kararının iptali talepli davada; *"... dava konusu işaretin üç boyutlu şişe olup, asıl unsurunun "el dorado" etkisi yaratan kraterli doku olduğu, şişenin genel formunun ise tali unsur olduğu ve dava konusu işaretin 29. 32. ve 33. sınıflar için ayırt edicilik taşıdığı ..."* gerekçesiyle kabul kararı verilmiştir. Dikkat edilirse Yargıtay⁴², korunacak unsurun şişenin dokusuyla ilgili olduğunu içtihat etmiştir, fakat bu durum sicile yansımamaktadır. Çünkü patentlerin aksine, markalarda veya tasarımlarda tarifname vermek zorunlu değildir. Tasarımlarda noktalama işaretleriyle belirleme ve ABD'de markalardaki koruma talep edilmeyen unsurların belirlenmesi (*disclaim*), AB ve Türk marka hukukunda bulunmamaktadır.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karasu**, Ses Markaları 29 vd.

⁴¹ **Kur**, Color and Shapes Marks 96-97; **Gangjee** 84 vd.; **Eroğlu**, Soyut Renk 117; **Memişoğlu**, Mutlak Ret Sebepleri 259-261.

⁴² 11. HD, 2.10.2019, E. 2018/4712, K. 2019/6107.



Yukarıdaki şişe örneğinde olduğu gibi marka sahibi, zar zor tescil ettirdiği markadaki genel/standart/sektörde norm haline gelmiş şekillerin de koruma kapsamında olduğunu iddia edebilmektedir. Bu nedenle de malın kendisinden ve doğası gereği bir şekli olmayan malların ambalajından oluşan üç boyutlu işaretlerin/şekillerin/tasarımların marka olabilmesi için sektörün norm ve geleneklerinden önemli ölçüde uzaklaşma şartı aranmaktadır. Sorun şekillerle sınırlı olmayıp tanımlayıcı unsurlar bakımından da geçerlidir.

Bu örnek de gösteriyor ki hangi unsurlara koruma verilerek hangi unsurların dışlanacağı uygulamada büyük bir soruna dönüşebilmektedir. Belirsizlik özellikle kelime + üç boyutlu şekil olarak tescillenen karma markalarda daha sık görülmektedir. Disco-bed (No. 2020 126463) örneğinde olduğu gibi şekil markalarında başvurunun reddi üzerine, şekle bir kelime ilave edilmekte ve marka bu şekilde tescil edilmektedir. Bu senaryoda sonradan korumanın şekle sirayet edip etmediği tartışması gündeme gelmektedir. Bu tür stratejiler serbest rekabet ortamını kirleterek rakiplere zarar vermektedir.

Yine karma formda tescil edilen markaya sonradan yatırım yapan marka sahibi, aslında tanımlayıcı unsurların da kullanım yoluyla ayırt edici hale getirdiğini iddia edebilir (SMK 5/2). Yargılama sürecinde bilirkişi ve mahkemenin, korumanın hangi unsurlara sirayet ettiği ve etmediği hususundaki kanaatleri farklı olabilmekte, verilen karar da sicilde gösterilmemektedir. Tüm bu hususlar hukuki belirsizliği artırmaktadır.

Kelime + şekil markaları yönünden mülga MarkHK 5/2'de şöyle bir düzenleme vardı: *"Marka, mal veya ambalajı ile birlikte tescil ettirebilir. Bu durumda mal veya ambalajın tescili marka sahibine mal veya ambalaj için*

in hisari bir hak sağlamaz". 3.11.1995 tarihli ve 4128 sayılı Kanunla mülga KHK'ya sonradan alınan bu hüküm, bizce yoruma yer vermeyecek kadar açık idi⁴³. Buna rağmen öğreti ve içtihat yoruma giderek; kelime ve malın şekli veya ambalajı marka olarak tescil ettirilirse ve şekil kısmı ayırt ediciyse korumanın şekil veya ambalaja da sirayet edeceği yönünde pozisyon almıştır⁴⁴. Kanaatimizce (isabeti tartışmaya açık olsa bile) gayet açık nitelikteki yukarıda alıntıladığımız mülga düzenleme karşısında bu görüşte isabet bulunmuyordu.

Sözünü ettiğimiz düzenleme SMK'ya alınmadığı için hukuki rejim değişmiş olup, mer'i hukukumuzda ayırt edici nitelikteki (mal ve ambalaj şekilleri de dahil) unsurlara koruma sirayet eder. Sorun şu ki somut olaydaki ayırt edici olmayan unsurlara (örneğin mal ve ambalaj şekillerine), ayırt edici unsurlar (örneğin kelimelere) ilave edilmek suretiyle tescil engeli aşılmakta, fakat bu durum sicilden anlaşılamadığı için daha sonra marka sahibi, tescil engelini başka yollarla aştığı unsurların da koruma kapsamında olduğunu ileri sürerek üçüncü kişilerin hukuk güvenliğini tehdit etmeye başlamaktadır. Bu hatanın kaynağı AB hukukudur. Nitekim öğretide bu tür yaygın uygulamalara AB'de de sıklıkla başvurulduğundan şikâyet edilmektedir⁴⁵.

Patent ofislerinin bu uygulamaları esasen *markada vasıflandırma* problemini doğurmuştur⁴⁶. Şöyle ki marka korumasının işaretin hangi unsurlarına sirayet ettiğinin belirlenebilmesi bakımından gerek kelime + şekil gerekse sair karma markalarda markayı hangi unsurların oluşturduğunun belirlenmesi gerekir. Bu konu fonksiyonel ve jenerik unsurların tespiti bakımından da önem taşımaktadır. Sözelimi yukarıda (*Birinci Bölüm, VI, C, 4*) örneklediğimiz Disco-bed + şekil markası sicilde üç boyutlu marka olarak görünmektedir. Oysa markanın sahibi, önce üç boyutlu şekli tek başına tescil ettirmek istemiş, Türk Patent başvurusu reddetmiştir. Ardından ranzanın üzerine Disco-bed ifadesini yazınca marka tescil edilmiş, fakat sicilde marka üç boyutlu olarak tarif edilmiştir. Türk Patent'in bu uygulaması kafa karıştırıcı niteliktedir. Sorun hukukumuzda özgü olmayıp mehz AB hukukunda da yaşanmaktadır. Bu konuda Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ağı

⁴³ Önceki düzenlemeye ilişkin görüşümüz için bkz. **Suluk**, Tasarım 572 vd.

⁴⁴ **Eroğlu**, Soyut Renk 117; **Yasaman**, 556 Sayılı KHK Şerhi 74 vd., özellikle 78-79; **Karasu**, Üç Boyutlu Markalar 338-339; **Şehirali Çelik**, Paskalya Tavşanlarının Hikâyesi 90 vd.

⁴⁵ **Kur**, Color and Shape Marks 90-91.

⁴⁶ Markada vasıflandırmaya ilişkin bkz. **Varolgüneş** 59 vd. Bu bağlamda ABAD'ın Louboutin kararının (ABAD, C-163/16, 12 June 2018) bir incelemesi için bkz. **Gangjee** 63 vd.

(EUIPN), karma markalara yönelik bir ortak uygulama metni (CP9) yayımlamıştır⁴⁷.

Son olarak, belirlilikle ilgili marka siciline yönelik bu sorgulamamız, sicil dışı tescilsiz markalar yönünden başka bir hal alarak “bilinirlik” sorununa dönüşmektedir. Marufiyet/bilinirlik kazandırılan işaretler tescilsiz marka olarak korunmaktadır (SMK 6/3). İşte “bilinirlik” eşiği uygulamada soruna yol açmaktadır. Geçmişten gelen bir alışkanlık olarak işaretin ticarete sınırlı kullanımı bile tescilsiz marka olarak nitelenerek üçüncü kişilerin hukuk güvenliği tehlikeye atılmaktadır. İçtihat, “bilinirlik eşiğini” belirginleştirmelidir.

C. MARKANIN AYIRT EDİCİLİĞİNE YATIRIM

Bkz. *Üçüncü Bölüm, III, C.*

II. KUVVETLİ VE ZAYIF MARKA AYIRIMI

A. GENEL OLARAK

Marka hukukunda kuvvetli ve zayıf marka denince *markanın koruma kuvveti* akla gelir. Markanın ticari başarısı ve sunulan mal/hizmetin kalitesi gibi hususlar incelememizin doğrudan ilgi alanına girmemektedir.

Bir sonraki başlıkta sunulan şekilden de anlaşılacağı üzere, kuvvetli ve zayıf marka ayırımı, iki ayrı kategori olarak düşünülmemeli, iki ayrı yön olarak akılda tutulmalıdır. **Kuvvetleri tayin edilirken gerek işaretlerin gerekse de markaların kategorilere ayrılması yanıltıcıdır.** Bu yanıltıcılık özellikle tanınmış markalarda belirginleşir. Hayali iki ayrı işaretin ayırt ediciliği aynı olmadığı gibi kuvvetli iki markanın güçleri de eşit değildir. Benzer şekilde zayıf markaların da zayıflık dereceleri farklıdır. Yine tanınmış iki markanın koruma kabuklarının kalınlıkları ve çekim alanları da farklıdır. Daha da önemlisi müzikte farklı notalara geçilmesine benzer şekilde, mal/hizmetler farklılaşınca hem tüketici kitlesi hem de markanın koruma kuvveti (zayıf, kuvvetli ve tanınmış) farklılaşır, hatta bazen ilgili işaret bazı mal/hizmetler bakımından jenerik kabul edilerek marka olamaz⁴⁸. Zaman ve mekân değişikliği gibi başkaca faktörler de koruma kuvve-

⁴⁷ <https://www.tmdn.org/publicwebsite/#/practices/1819727> (erişim; 10.6.2025). Metni inceleyen bir çalışma için bkz. **Tekin**, Üç Boyutlu Marka 455 vd.

⁴⁸ ABD yüksek mahkemesi, Abercrombie kararında bu konuya özel olarak eğilmiştir. Bkz. Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc. 537 F.2d 4, 9-11 (2d Cir. 1976) - <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/537/4/468363/> (erişim; 25.5.2025).

tini olumlu/olumsuz yönde etkiler. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, *her somut olayda* markanın koruma kuvvetinin belirlenmesi, *tüm faktörler* ışığında ayrı ayrı incelemeyi gerekli kılar. Özetle kuvvetli ve zayıf marka gibi ayırmalar, özel hukuk - kamu hukuku ayırımına benzer şekilde pedagojik amaç taşımaktadır. Biz de bu amaçla bu ayırlara sadık kalacağız.

Bir işaretin ayırt edici gücünü üç husus belirler: i) işaretin tabiatı/doğası⁴⁹, ii) sektördeki aynı/benzer marka yoğunluğu, iii) işaretin/markanın ayırt ediciliğine sonradan yapılan yatırımlar. Bu konu aşağıda (*Üçüncü Bölüm, III*) incelenecektir.

Tabiatı gereği bir işaretin ayırt ediciliği güçlü veya zayıf olabilir. Marka olabilmeleri bakımından mutlak ret nedenlerine yakın işaretler zayıfken, bunlardan uzaklaşanlar kuvvetlenir⁵⁰. Demek ki **marka olabilmeleri bakımından işaretler tabiatları gereği eşit değildir.**

Yine işaretin mal/hizmete uzaklığı ve yakınlığı ile ayırt edici gücü arasında ters bir ilişki vardır. Tabiatı gereği bir marka, tescil edildiği mal/hizmete ne kadar uzaksa, koruma kabuğu/zırhı da o kadar kalınlaşır. Bunun tersi de geçerlidir. Bunlardan ilkinde **kuvvetli marka**, ikincisine de **zayıf marka** denir. Pek çok marka da bu iki uç arasında yer alır ve ticari hayatta normal bir şekilde ayırt edicilik işlevini ifa eder. Bunlara da **normal marka** denir⁵¹. Her üç marka türü de sonradan yatırımla kuvvetlendirilebilir. Bu da bizi tanınmış marka kavramına götürür.

Normalde markalar, tescil edildikleri mal/hizmetler bakımından koruma verir. Fakat tabiatı gereği bir markanın ayırt edici gücünün normalden daha zayıf olması durumunda, tescil edildiği mal/hizmetler yönünden bile koruma kapsamı daralabilir. Zira işarete yapılan ufak bir değişiklik bile karıştırılma ihtimali ortadan kaldırılabilir. Tanınmış markalarda ise bunun tersi bir durumla karşılaşılır; hem işaretlerin yakınlaşmasına izin verilmez hem de koruma, tanınmışlığın derecesine bağlı olarak tescil edilen

⁴⁹ Öğretide Memiş, zayıf markanın kaynaklarını incelerken dokuz ihtimal üzerinde durmuştur. Bkz. **Memiş** Zayıf Marka 392-405. Sahibinin önlem almaması yüzünden bir markanın jenerikleşmesi (yaygın ad haline gelmesi) hariç, bunların tamamı işaretin tabiatına/doğasına ilişkindir. Jenerikleşme ise zayıflıkla ilgili bir konu değildir.

⁵⁰ **Bozgeyik/Karasu** 168.

⁵¹ **Memiş**, Zayıf Marka 386. Markanın koruma gücü ile sunulan mal/hizmetin kalitesi veya fiyatı arasında doğrudan bir ilişki yoktur. Tanınmış bir markayla her gün sıradan tüketilen yiyecek, içecek ve giyecek gibi mal/hizmetler veya yüksek kalitede olanlar da sunulabilir. Migros, BİM ve A101 günlük malları; Ferrari, Gucci, Armani ve Rolex gibileri de yüksek kalite malları sunan tanınmış markalardır. Bkz. **Bottero** 276 vd. Krş. **Anemaet** 194-195.

mal/hizmetlerden farklı mal/hizmetlere sirayet etmeye başlar⁵². Yeter ki somut olayda markanın, Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği durumlardan birisi gerçekleşsin (SMK 6/5; 7/2-c).

Diğer yandan ilgili sektördeki marka yoğunluğu bir markanın ayırt edici gücünü/koruma kuvvetini olumsuz yönde etkiler. Buna karşılık markanın ayırt ediciliğine sonradan yapılan yatırımlar olumlu bir etki doğurur.

Zayıf ve kuvvetli marka ayırımına benzer şekilde, **tanınmış markalar da bir kategori⁵³ olmayıp somut olaya bağlı olarak koruma kuvvetleri bakımından bunların dereceleri vardır⁵⁴**. Coca Cola, Apple ve Google gibi süper tanınmış markaların koruması belki tüm sınıflara sirayet ederken, Mavi ve Tergan gibi daha az tanınmış markalar, somut olaya bağlı olarak kendi sınıfını aşan mal/hizmetler yönünden koruma verebilir, ancak uzaklaştıkça koruma zayıflar ve bir yerden sonra biter. Bağlantı kurulamayacak kadar uzaklaşma varsa artık koruma da devre dışı kalır. Gerçekten de tanınmış bir marka, tescil edildiği mal/hizmetten uzaklaştıkça korumanın sirayeti zayıflar ve aynen bir radyo frekansının zayıflayarak çekmemesine ya da denize atılan bir taşın oluşturduğu dalga boylarının bir yerden sonra azalarak sönümlenmesine/tükenmesine benzer şekilde koruma görmemeye başlar. Çünkü uzaktaki mal/hizmetler, bir yerden sonra markanın çekim alanına girmez. Bu senaryoda marka, uzak mal/hizmetleri kapsayacak güçte değildir. Elbette çok çok güçlü markalar tüm mal/hizmetler yönünden koruma verebilir. **İltibas olgusu, tüm faktörler dikkate alınarak her somut olayda belirlenir.**

⁵² Puma markası çok tanınmış olduğu için 7. sınıftaki torna tezgâhları bakımından da koruma görür. Bkz. ABGM, T-62/16, 26 September 2018 - Puma. 33.

⁵³ Gerçi yasa koyucu, Paris bağlamında tanınmış (SMK 6/4) ve Türkiye’de tanınmış (SMK 6/5) marka kategorileri oluşturmuş ve bunlara da birtakım hukuki sonuçlar bağlamıştır. Anlatmaya çalıştığımız husus; tüm tanınmış markaların aynı kuvvette olmadığıdır. Dolayısıyla her bir tanınmış markanın tüm sınıflarda/mal ve hizmetlerde koruma göreceği yargısı hatalıdır; hatta tüm sınıflarda korunabilecek markaya rastlamak oldukça zordur.

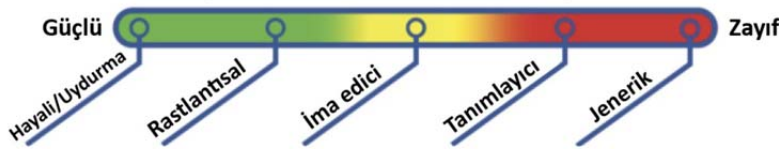
⁵⁴ Krş. 11. HD, 06.03.2007, E. 2006/13097, K. 2007/4024: “... Yasal anlamda tanınmış marklar arasında bir tanınmışlık derecesi mevcut olmayıp, asgari sektörel tanınmışlık koşulunun sağlanması halinde, markaya tanınmış markadan kaynaklanan korunmasının verilmesi gerektiği, yasada olmayan bir olguya yer verilmek suretiyle, tanınmış markaları derecelere ve basamaklara ayırıp, sektörel tanınmış marka, sektörler üstü tanınmış marka veya Türkiye’de tanınmış marka gibi ayırmalara gitmenin doğru olmayacağı ...”. Aynı yönde 11. HD, 17.12.2013, E. 2013/15786, K. 2013/23068. Ayrıca bkz. **Kervankıran**, Tanınmış Marka 41-42.

B. MARKA OLABİLME KABİLİYETLERİ BAKIMINDAN İŞARETLER

Bir markanın koruma kapsamı seçilen işaretin tabiatı gereği, tescil edilmek istenen mal/hizmetler yönünden ayırt edici gücüne bağlı olarak genişler veya daralır, bazen de tümüyle yok olur ve artık işaret marka olamaz. Kuvvetliden zayıfa doğru **markaların koruma kabukları incelerek kapsama alanları giderek daralır**. Marka hukukunda işareti kuvvetli veya zayıf yapan ise ilgili mal/hizmetlerle ilişkisidir; **ilgili mal/hizmete yakın işaretler zayıf, uzak olanlar da kuvvetlidir**. Bazen işaret, ilgili mal/hizmetin adı olabileceği gibi onun cinsini, vasfını, coğrafi kökenini bildirebilir. Bu senaryolarda işaret, o mal/hizmet yönünden ayırt edici vasıfta olmadığı için marka olamaz.

Aşağıdaki tablodan da anlaşılacağı üzere, işaretlerin marka olabilme kabiliyetleri ve koruma kuvvetleri farklılık gösterir⁵⁵:

Şekil 21: İşaretlerin Marka Olabilme Kabiliyetleri⁵⁶



Hayali/uydurma (*fanciful*) işaretler en güçlü olanlardır. Gerçek hayatta bir anlamı olmayan bu işaretler, sahipleri tarafından marka olarak uydurulmuştur. Petrol ürünleri için Exxon, fotoğraf makinaları için Kodak, arama motorları için Google böyledir.

Rastlantısal (*arbitrary*) işaretler, hayali olanlara kıyasla gücü daha zayıf olmakla birlikte **ima edicilerden** çok daha kuvvetlidir. Bilgisayarlar için Apple rastgele bir markadır. Çünkü gerçek hayatta bu kelime bir meyvenin adı olmakla birlikte bu işaretin kullanıldığı mal/hizmet olan bilgisayar veya cep telefonlarıyla o meyvenin uzaktan yakından alakası yoktur.

İma edici (*suggestive*) işaretlerin marka olabilme vasıfları bulunmakla birlikte koruma güçleri, normal işaretlere kıyasla daha zayıftır. Polar, kli-

⁵⁵ Bir ABD mahkeme kararında kuvvetli ve zayıf marka ayırımı detaylandırılmıştır. Bkz. Lexington Management v. Lexington Capital Partners, 10 F. Supp. 2d 271 (S.D.N.Y. 1998) - <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/10/271/2466040/> (erişim; 16.2.2025). Marka örnekleri için bkz. <https://corplaw.com/blog/examples-of-legally-strong-and-weak-trademarks> (erişim; 16.2.2025).

⁵⁶ Şekil için bkz. <https://techandmedialaw.com/the-art-of-trademark-distinctiveness-how-to-avoid-generic-trademarks/> (erişim; 9.2.2025).

malar ve buzdolapları için ima edicidir. Çünkü her ne kadar ürünü tanımlamasa veya bir özelliğini tarif etmese de kutuplardaki soğuğa atıfla ürünün soğutucu özelliğiyle kutuplara gönderme yapan “polar” (kutup, kutupsal) ifadesi ile soğuk arasında uzaktan da olsa bir bağı vardır⁵⁷. Citibank şehir bankasını, Microsoft yazılımları ve Airbus da uçağı ima eder.

Tanımlayıcı (descriptive) işaretler, ilgili ürünü/hizmeti tarif eder.

Tanımlayıcılık, doğrudan ve dolaylı olmak üzere ikiye ayrılır⁵⁸. İlkinde işaret, mal/hizmeti tarif ederken, ikincisinde dolaylı atıfta bulunur. Doğrudan tanımlayıcılar marka olamazken, dolaylı tanımlayıcı işaretler marka olabilir. Marka literatüründe tanımlayıcı işaret denirken de daha ziyade doğrudan tanımlayıcı olanlar kastedilmektedir. Yargıtay’a göre bir işaretin tanımlayıcılık engeline takılması için; “... mal veya hizmetin karakteristik özelliğini hiçbir özel zihni çabaya mahal bırakmadan derhal düşündürmesi ve akla getirmesi ...” gerekir⁵⁹. ABGM’ye göre de tüketicilerin, herhangi bir düşünmeye gerek duymaksızın, ilgili işaret ile mal/hizmet arasında doğrudan doğruya bağlantı kurmalarını sağlayacak kadar açık ve özel bir ilişki varsa işaret, o mal/hizmet yönünden marka olamaz⁶⁰. Yargıtay “haber merkez”⁶¹ ibaresini 41. sınıftaki yayıncılıkta tanımlayıcı bulurken, “yeniden”⁶² ifadesini 29. sınıftaki gıda ürünleri bakımından doğrudan tanımlayıcı bulmamıştır. Kanaatimizce “sonbahar” da şaraplar için doğrudan tanımlayıcı değildir⁶³.

Doğrudan tanımlayıcı işaretler normalde marka olamaz, çünkü bunlar ilgili mal/hizmetin cinsini, kalitesini, amacını, vasfını coğrafi bölgesini tanımlar. Fakat bunlara kullanım yoluyla ikincil anlam yüklenirse bu işaretler marka olabilir (SMK 5/2)⁶⁴. Tüketici işaretin gerçek anlamı yanında onu marka olarak da algıladığında bunlar marka muamelesi görür. Sözelimi, gözlükler için Vision Center tanımlayıcıdır. Light veya Zero Cola da böyledir. Bu ifadeler kullanım yoluyla tüketici nezdinde ikincil anlama bürünerek bir teşebbüsün mal/hizmetlerini akla getiriyorsa artık marka olarak

⁵⁷ Fromer 1888.

⁵⁸ Memişoğlu, Mutlak Ret Sebepleri 426.

⁵⁹ 11. HD, 28.9.2022, E. 2021/1691, K. 2022/6408. Öğreti de bu yöndedir. Bkz. Yasaman/ Yasaman Kökçü 395.

⁶⁰ ABGM, T-160/07, 8 July 2008 - Lancôme, para. 42.

⁶¹ 11. HD, 22.10.2012, E. 2011/9763, K. 2012/16769.

⁶² 11. HD, 2.5.2017, E. 2015/15518, K. 2017/2542.

⁶³ Aksi yönde Arkan 80.

⁶⁴ Weiner/Azzopardi 187; Beebe, Semiotic 670; Fromer 1888.

algılanıyor demektir⁶⁵. Motor yağları için Super Blend, elektronik için Best Buy, tenis ayakkabıları için Adidas'ın üç çizgisi böyledir⁶⁶. Ülkemizde ise Sahibinden, Likidgaz ve Browni tanımlayıcı ibareler olup kullanım yoluyla ayırt edici hale getirilen markalardandır.

Vurgulayalım ki **marka hukukunda zayıf işaret ile tanımlayıcı işaret farklı kavramlardır**. Ayırt edici gücü düşük olmakla birlikte zayıf işaretler marka olabilir. Buna karşılık mal/hizmeti tarif eden herkesin kullanımına açık işaretlere **tasviri işaret/tanımlayıcı** işaret denir. Bu durumda marka korumasının sınırına gelinmiş demektir. Ancak bir üst paragraftaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, jenerik işaretlerden farklı olarak bunlar, kullanım yoluyla sonradan ayırt edici hale getirilebilir (SMK 5/2).

Jenerik (generic) işaret ise ilgili malın/hizmetin veya cinsin yaygın adıdır⁶⁷. Ekmek, peynir, zeytin, bakkal ve manav gibi kelimeler ilgili mal/hizmetler yönünden jeneriktir, harcıâlemidir ve hiçbir şekilde marka olamaz. Yani bunlara ikincil anlam yüklenerek kullanım yoluyla ayırt edici hale getirildiği iddiası dinlenmez⁶⁸. Amerikan içtihadında Computer Store ve Light Beer ibareleri jenerik kabul edilmiş ve bu ibarelerin marka olamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Fakat American Airlines ve Perrier ifadeleri tanımlayıcı olup bunların kullanım yoluyla ayırt edici hale getirildiği kabul edilmiştir⁶⁹. Walkman, Vaşington Portakal ve Vazelin gibi bazı işaretler doğuştan ayırt ediciyken sonradan jenerik hale gelmiştir. Sonradan jenerikleşen bir marka, artık daha sonra marka haline getirilemez⁷⁰.

C. KORUMA KUVVETLERİ BAKIMINDAN MARKALAR

Mevzuatta özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte ABD içtihadında *Abercrombie* kararıyla ve öğretide tabiatlarına bağlı olarak işaretler, marka olabilmeleri ve ayırt edici kuvvetleri bakımından güçlüden zayıfa doğru beşe ayrılmıştır (*Abercrombie testi*)⁷¹: *i*) hayali/uydurma, *ii*) rastlantısal, *iii*)

⁶⁵ **Fromer** 1888-1889.

⁶⁶ **Beebe**, Semiotic 670-671.

⁶⁷ Bu konuda ayrıca bkz. SMK 8'in gerekçesi.

⁶⁸ **Arkan** 83; **Çolak**, Marka 231; **Hacımahmutoğlu** 123-124, 81-82.

⁶⁹ Örnekler için bkz. **Beebe**, Semiotic 670.

⁷⁰ 11. HD, 16.12.2011, E. 2010/6126, K. 2011/17196; **Çolak**, Jenerik 184-185.

⁷¹ Tanımlar için bkz. *Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc.* 537 F.2d 4, 9-11 (2d Cir. 1976) - <https://casetext.com/case/abercrombie-fitch-co-v-hunting-world-inc> (erişim; 24.1.2025); *Estee Lauder, Inc. v The Gap, Inc.*, 108 F.3d 1503, 1508 (2d Cir. 1997) - <https://casetext.com/case/estee-lauder-inc-v-the-gap-inc> (erişim; 24.1.2025); **Weiner/Azzopardi** 185; **Wilkof** 341; **Hacımahmutoğlu** 76-77.

ima edici, ii) tanımlayıcı, v) jenerik. Bu ayrımlar ışığında *marka olabilme kabiliyetleri* bakımından işaretler bir üst başlıkta incelendi. Bu başlık altında ise bu ayrımlardan hareketle markaların *koruma kuvvetleri* belirlenmeye çalışılacaktır.

Koruma kuvvetleri bakımından kuvvetli, normal ve zayıf olmak üzere markalar üçe ayrılmıştır⁷². Markaların koruma kuvvetlerinin daha iyi anlaşılabilmesi için aşağıdaki gibi bir ayrımın daha iyi sonuç vereceği kanaatindeyiz. Tekrar pahasına vurgulayalım ki bu kategorizasyon sun'i nitelikte olup pedagojik amaçlıdır. Bir markanın, ilgili mal/hizmetten uzaklaşmasına bağlı olarak koruma kuvveti giderek artış gösterirken, mal/hizmete yakınlıkla da zayıflayacaktır.

i) Tanınmış Markalar: Hem tabiatları gereği hem de yapılan yatırımın miktarına bağlı olarak markaların koruma kuvvetleri farklılaşır. Bu bağlamda bir markanın tanıtılması, genel kabule göre bunların koruma gücünü artırır.

Tanınmış markalar, sonradan yapılan yatırımlarla kuvvetlendirildiği için koruması farklı mal/hizmetlere taşar. Bu taşmanın miktarı işaretin tabiatı, tanınmışlık düzeyi, tüketici kesiminin algı seviyesi gibi pek çok faktör dikkate alınarak belirlenir.

ii) Tabiatı Gereği Ayırt Ediciliği Kuvvetli Markalar: Yukarıdaki (*Üçüncü Bölüm, II, B*) şekilden de anlaşılacağı üzere bu tip markalar, fiili gerçekte eşit muamele görerek ayırt edici kuvvetleri oranında koruma sağlar. Yani bunlar sıradan ya da zayıf markalara kıyasla daha fazla korunur. Bu markaların koruma derinliği fazladır ve işaret olarak bunlara yakınlanışılmasına izin verilmez.

Tabiatı gereği ayırt ediciliği fazla olsa bile bir markanın etrafa doğru çekim alanı/bant genişliği bakımından (mal/hizmet yönünden) korumasının limitini, kural olarak tescile konu mal/hizmetler belirler (SMK 7/2-a). Bu markaların, benzer nitelikteki diğer mal/hizmetlere taşmasına şahit olunabilir. Örneğin 22. sınıftaki ipler ile 23. sınıftaki tekstil amaçlı büküm iplikleri iltibasa yol açar. Sınıf sistemi katı bir şekilde uygulanmaz; ilgili mal/hizmetin niteliği ön planda tutulur.

iii) Tabiatı Gereği Ayırt Ediciliği Normal Markalar: Normal/sıradan markaların, ilgili mal/hizmetle ilişkisi nötr düzeydedir. Bunlar kural olarak

⁷² **Memiş**, Zayıf Marka 386.

tescil edildikleri mal/hizmetler ile benzer nitelikteki mal/hizmetler yönünden koruma verir (SMK 7/2-a).

iv) Tabiatı Gereği Ayırt Ediciliği Zayıf Markalar: Normal şartlarda bir marka, tescil edildiği mal/hizmetler için koruma sağlar (SMK 7/2-a). Fakat tabiatı gereği zayıf markalar, tescilli olduğu mal/hizmetler bakımından bile sorun yaşar. Yani tabiatı gereği zayıf markaya üçüncü kişilerin aynı mal/hizmetlerde bile yakınlaşmasına müsamaha gösterilir. Zira bunların koruma kabukları ince olduğu için hem koruma derinliği hem de bant genişliği dardır. Dolayısıyla çekim alanı zayıftır.

Vurgulayalım ki tabiatı gereği ayırt edici gücü kuvvetli olanları tanıtmak için daha fazla yatırımı gerektirirken zayıf olanlar, ilgili mal/hizmete atıf yaptığından dolayı daha az yatırımla tanıtılır. Normal markaların tanıtılması ise bu ikisine kıyasla orta düzeyde yatırıma ihtiyaç duyar.

Tabiatı gereği marka olmaya yatkınlığı bulunmayan işaretler, sahibine başta zorluk çıkarsa da ilerleyen süreçte bu durum avantaja dönüşür. Yani bunların yatırım potansiyeli, zayıf işaretlere kıyasla fazladır. Marka sahibi, bu potansiyeli kullanarak markayı daha fazla tanıtabilir. Buna karşılık tabiatı gereği zayıf bir markanın potansiyeli sınırlıdır. Elbette tabiatı gereği zayıf bir marka da sonradan yatırımla güçlü kuvvetli hale getirilebilir. Bu da üçüncü kişilerin markaya koyması gereken mesafeyi uzatır. Ne var ki işaretin tabiatı bazen zorluk çıkarır ve süper tanınmış markaya bile bazen yakınlaşmaya izin verilir. Adidas'ın üç çizgi markasının yanında iki ve dört çizgiyi de sahiplenmesine izin verilmemesi bu duruma iyi bir örnektir⁷³.

Tanınmış markaların güçlü kuvvetli olduğu doğru olmakla birlikte bunlar (SMK 6/4 ve 5'teki düzenlemelere rağmen), bir kategori değildir. Bir markanın ayırt ediciliğine ne kadar çok yatırım yapılırsa markanın tanınmışlığı o düzeyde artarak koruma gücü de kuvvetlenir. Genel kabule göre bir markanın ayırt edici gücü ne kadar kuvvetliyse, üçüncü kişilerin bu markaya koyması gereken mesafe de artar. Bu durum hem işaret hem de mal/hizmet yönünden geçerlidir. Dolayısıyla tanınmışlığın düzeyine bağlı olarak tanınmış markalar, farklı sınıflardaki mal/hizmetler yönünden kademeli bir şekilde koruma sağladığı gibi bunlara işaret olarak yakınlaşılmasına da izin verilmez.

⁷³ ABAD, C-408/01, 23 October 2003 - Adidas/Fitnessworld; ABAD, C-102/07, 10 April 2008 - Adidas/Marka. New York Mahkemesi de ABAD'ın kararına paralel olarak Adidas'ın Thom Browne'a karşı açtığı dört çizgi davasını reddetmiştir. Bkz. <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-64261616> (erişim; 1.1.2024). İki (ve dört) çizgiyle ilgili karşılaştırmalı hukuktaki içtihadın bir incelemesi için bkz. **Anemaet**, Average Consumer 198 vd.

III. MARKANIN AYIRT EDİCİ KUVVETİNİ ETKİLEYEN HUSUSLAR

Markanın ayırt edici gücünü etkileyen hususlar şunlardır: *i)* işaretin tabiatı, *ii)* önceki aynı/benzer markaların varlığı ve yoğunluk derecesi, *iii)* markaya sonradan yapılan yatırımlar.

A. İŞARETİN TABİATİ/DOĞASI⁷⁴

1. Genel Olarak

Yukarıda (*Üçüncü Bölüm, II*) kuvvetli ve zayıf markalar anlatılırken, ayırt edicilikleri bakımından işaretlerin eşit olmadığı vurgulandı.

Bir işaretin marka olabilmesi için soyut ve somut ayırt ediciliği aranır⁷⁵. **Soyut ayırt edicilik testini geçen bir işaretin somut ayırt ediciliği, tabiatı gereği ilgili mal/hizmete mesafesi kontrol edilerek belirlenir.** Yani merkeze ilgili mal/hizmet alınarak değerlendirme yapılır. **İşaret, ilgili mal/hizmete ne kadar yakınsa o kadar marka olma vasfı zarar görür ve ayırt edici gücü erozyona uğrar. Uzaklaştıkça da ayırt edici gücü bir o kadar kuvvetlenir⁷⁶.** Demek ki **işaretin mal/hizmete uzaklığı/yakınlığı ile ayırt edici gücü arasında ters bir ilişki vardır.**

Çalışmamızın *Giriş* kısmında belirtildiği üzere, fikri ürün geliştirme eşyanın/işin tabiatına “yabancılaştırma” faaliyetidir. Marka hukukunda bu yabancılaştırma “seçim” ve “tanıtım/yatırım” faaliyetiyle yapılır. Seçilen işaret, ilgili mal/hizmete ne kadar “yabancıysa” marka olabilme kabiliyeti ve koruma kuvveti bir o kadar artar. Bunun tersi de geçerlidir. Marka sahibinin işarete yaptığı yatırımlarla, o işaret gerçek hayattaki anlamından giderek uzaklaşır ve tüketiciler tarafından ilgili teşebbüsün mal/hizmetlerini tanıtan işaret/marka olarak algılanmaya başlanır. Konuya şekil markaları bakımından yaklaşan Türk Patent’in Marka İnceleme Kılavuzunda belirtildiği üzere, malın kendisinden ve doğası gereği bir şekli olmayan malların ambalajından oluşan üç boyutlu şeklinden uzaklığı dikkate alınır⁷⁷.

Burada bir parantez açarak şu tespiti yapalım: Mala asli değerini veren şekiller yönünden sonuç değişebilir. Şöyle ki malın kendisinden ve doğası gereği bir şekli olmayan malların ambalajından oluşan üç boyutlu işaretlerle-

⁷⁴ Bu konuda ayrıca bkz. *İkinci Bölüm, II, A; Dördüncü Bölüm, II, A; Beşinci Bölüm, II, A.*

⁷⁵ Bilgi için bkz. *Üçüncü Bölüm, I, B, 2.*

⁷⁶ Aynı yönde **Öztek** 16-17; **Balık/Bektaş** 5; **Memişoğlu**, Mutlak Tescil Engelleri 52 vd.; **Karmutoğlu** 123 vd.; **Çolak**, Marka 34-35; **Yasaman/Kökçü** 396; **Güneş** 172; **Yasaman/Yasaman**, C. I 55.

⁷⁷ **Türk Patent**, Marka İnceleme Kılavuzu 43-44.

rin/şekillerin/tasarımların marka olabilmesi için sektörün norm ve geleneklerinden önemli ölçüde uzaklaşması gerekir. Fakat çok özgün tasarımlar da tüketicinin tercihinde belirleyici olabileceğinden mala asli değerini veren şekil istisnasına (SMK 5/1-e) takılabilir. Bu durum tam bir açmazdır⁷⁸. Bu senaryoda işarete fazla yatırım ters bir etki doğurabilir. Bir tasarım fazlasıyla özgün olsa bile ilgili tüketici kesimi, o malın/ambalajın şeklini marka olarak değil de o malın bir varyasyonu, yani kendisi gibi algılıyor olabilir ve onu marka olarak görmeyebilir (SMK 5/1-b)⁷⁹. Eğer böyle bir şekil, ilgili tüketici nezdinde beklenmedik/alışılmadık bir etki doğuruyorsa ayırt ediciliğin bulunduğu sonucuna varılır⁸⁰. Uygulamada tüm bu soyut ve subjektif nitelikteki kriterlerin doğru bir şekilde hayata nasıl geçirileceği tam bir muammadır ve bu durum sınırları belirsizleştirmektedir.

Bu açıklamalar gösteriyor ki işaretin, marka olması istenilen mal/hizmetle ilişkisi kritik önemdedir. Bu ilişki yukarıda (*Üçüncü Bölüm, III, A*) incelendi. Burada marka türlerinin ve fonksiyonelliğin markanın kuma kuvvetini nasıl etkilediği üzerinde durulacaktır.

2. Marka Türlerinin Ayırt Edici Kuvvete Etkisi

Markalar şu şekilde gruplandırılabilir⁸¹:

- i) Oluşturma biçimlerine göre markalar: Kelimeler, sloganlar, harfler, sayılar ve bunların kombinasyonları, iki ve üç boyutlu şekiller, kelime ve şekil kombinasyonları, renk ve renk kombinasyonları, sesler, kokular ve tatlar, fotoğraf, resim ve benzeri unsurlar, hareketler, dokular, etkinlik adları, hologramlar, pozisyonlar, hashtagler.
- ii) Mal/ticaret markaları - hizmet markaları
- iii) Ferdi/bireysel markalar - ortak markalar
- iv) Garanti markaları
- v) Koruyucu markalar

⁷⁸ Bu açmazı konu alan şu çalışmalara bkz. **Kur**, Too Pretty 1 vd.; **Kur**, Too Common 1 vd.; **Senftleben**, Functionality Dilemma 209 vd.

⁷⁹ ABAD, C-136/02 P, 7 October 2004 - Mag Instruments, para. 32.

⁸⁰ EUIPO, OVERVIEW OF GC/CJ CASE-LAW STATUS: 01/01/2019-31/03/2025 - https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/about_euipo/boards_of_appeal/case-law/case-law_overview_2019-2025_en.pdf (erişim; 27.6.2025).

⁸¹ Çeşitli ayırımlar için bkz. **Yasaman/Yusufoğlu**, C. I, 58 vd.; **Çağlar** 15 vd.; **Karasu(Suluk/Nal)** 193 vd.; **Uzunallı**, Marka 31 vd.

- vi) İhtiyat/yedek markaları
- vii) Seri markalar
- viii) Karma markalar
- ix) Kuvvetli markalar - zayıf markalar
- x) Alelade markalar - tanınmış markalar
- xi) Vekil/temsilci markaları
- xii) Geleneksel markalar - geleneksel olmayan markalar.

Nasıl ki eser çeşitleri, onların hususiyet derecelerini farklılaştırıyorsa, bu kadar **farklı türdeki markaların tabiatları gereği ayırt edici kuvvetleri de aynı olmayacaktır**. Yasa koyucuların esnek tutumu yüzünden her geçen gün marka olabilecek işaretlerin çeşitlenmesine bağlı olarak bunların koruma kuvvetlerini tayin etmek de güçleşmektedir. Aynen eserlerdekine benzer şekilde bu durum yukarıdaki kategorizasyonun birinin içindeki marka türleri bakımından bile farklılaşabilecektir. Geleneksel olmayan markalardan şekilleri ele alalım. Bunlar; *i)* başvuruya konu mal/hizmetlerle ilişkisi olmayan şekiller, *ii)* başvuruya konu mal/hizmetlerle ilgili şekiller, *iii)* başvuruya konu malın kendi şekli, *iv)* başvuruya konu malın ambalajının şekli olarak gruplara ayrılabilir⁸². İlgili tüketici, bu kadar farklı yapıdaki şekilleri aynı şekilde algılamayacağı gibi SMK 5/1-e hükmü karşısında bu şekillerin marka olabilme kabiliyetleri de aynı değildir. Dolayısıyla bu gibi faktörler sonucu etkilemektedir.

SMK 4'te örnek kabilinden sayılan işaretlerin marka olup olamayacağı değerlendirilirken kural olarak aynı kriterler uygulanır⁸³. Bu yüzden yapılacak değerlendirmede **bazı işaretlere diğerlerine kıyasla daha toleranslı veya katı davranılmaz; işaretlere eşit yaklaşılır**. Bununla birlikte işaretin tabiatı gereği kelime, şekil, harf ve sayı gibi *geleneksel markalara* kıyasla üç boyutlu şekil, hareket, ses, renk, doku ve koku benzeri *geleneksel olmayan işaretlerin* marka olabilmeleri kolay değildir⁸⁴. Çünkü ortalama tüketici kitlesinin, bu iki farklı kategorideki işaretleri algılaması farklılaşır. Ortala-

⁸² **Türk Patent**, Marka İnceleme Kılavuzu 42-43.

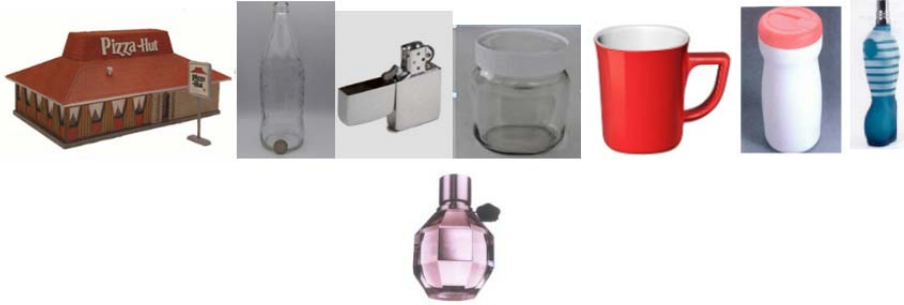
⁸³ **Karasu**, Ses Markaları 35; **Karasu**, Üç Boyutlu Markalar 342; **Kur**, Too Common 3; **Yasaman/Yusufoğlu Bilgin**, Şerh, C. I 55 ve 320; **Çolak**, Marka 26; **Karmutoğlu** 78.

⁸⁴ ABAD, C-53/01 and C-55/01, 08.04.2003 - Linde, paras. 42, 46, 48-49; ABAD, C-104/01, 6 May 2003 - Libertel, para 65; ABAD, C-473/01 and C-474/01, 29 April 2004 - Procter&Gamble, paras. 36-37; ABAD, C-64/02 P, 21 October 2004 - Erpo Möbelwerk GmbH, paras. 34-36; ABAD, C-344/10 P and C-345/10 P, 20 October 2011 - Freixenet SA, paras. 45-46; **Yasaman/Yasaman**, Şerh, C. I 320.

ma tüketici, kelime ve figürlere kıyasla diyelim ki ürünlerin şeklini marka olarak algılama eğiliminde değildir; tüketici bu şekli, ürünün kendisi olarak algılar⁸⁵. Tüketicinin bu algılama alışkanlığı yüzünden bu durum, bazı işaretlerin hem marka olabilmesi hem de iltibas değerlendirmesinde dikkate alındığı için koruma kapsamını etkiler. Nitekim ABAD, işaretlere eşit davranılacağını, ancak tabiatları gereği tüketicinin işaretleri farklı algılamasının sonucu değiştirebileceğini içtihat etmiştir⁸⁶. Bu nedenle de malın kendisinden ve doğası gereği bir şekli olmayan malların ambalajından oluşan şekillerin, ilgili sektörün norm ve geleneklerinden önemli ölçüde farklılaşarak mal/hizmeti ayırt etmesi gerekir⁸⁷.

Geleneksel olmayan markalar çok çok azdır. EUIPO'nun istatistiklerine göre EUIPO'da 1996-2012 dönemindeki markaların % 57'si kelime, % 42'si figür, 0,02'si ses markasıdır. 10 hologram ve 7 adet de koku markası vardır⁸⁸. EUIPO nezdinde geleneksel olmayan markalar arasında daha ziyade şekil markaları tescil edilmektedir. Şekil markalarının ağırlığı ise %0,21 - 0,30 civarındadır⁸⁹.

Değişik tescil çevrelerinde şu işaretler şekil markası olarak tescil edilmiştir:



⁸⁵ ABAD, C-473/01 and C-474/01, 29 April 2004 - Procter&Gamble, paras. 36; ABAD, C-144/06 P, 4 October 2007 - Henkel, para. 36. Ayrıca bkz. **Kur**, Too Common 4.

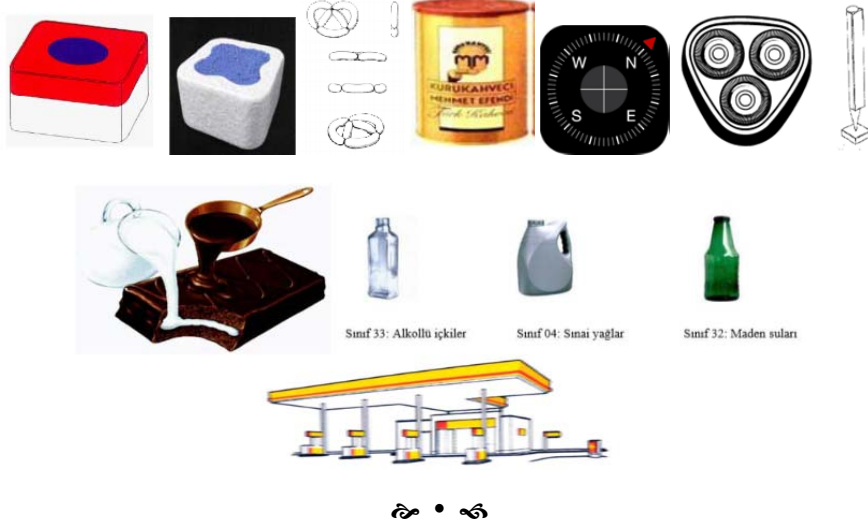
⁸⁶ ABAD, C-473/01 and C-474/01, 29 April 2004 - Procter&Gamble, paras. 36-37; ABAD, C-64/02 P, 21 October 2004 - Erpo Möbelwerk GmbH, paras. 34-36.

⁸⁷ ABAD, C-456/01 P and 457/01 P, 29 April 2004 - Henkel, para. 39; ABAD, C-136/02 P, 7 October 2004 - Mag Instruments, para. 31; **Yasaman/Yasaman Kökçü** 398.

⁸⁸ <https://studylib.net/doc/9412327/nontraditional-marks-international-trademark-association> (erişim; 7.8.2023).

⁸⁹ https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/about_euipo/the_office/statistics-of-european-union-trade-marks_en.pdf - No. 5.2, s. 37 (erişim; 29.4.2025).

Şu işaretlere ise marka koruması verilmemiştir:



Marka olarak seçilen işaret yekpare olabileceği gibi kelime, harf, sayı, renk, şekil, iki ve üç boyut gibi unsurların kombinasyonlarından da oluşabilir. Bu ikincilere *karma*, *kompozisyon* veya *kompozit markalar* da denir. Kombinasyonu oluşturan unsurların bazıları tanımlayıcı veya jenerik nitelikte olabileceği gibi bazıları ayırt edici, yani soyut ve somut olarak marka olabilme vasfına sahip olabilir. Tüm faktörler ışığında bütüncül/global yaklaşım esas alınmakla birlikte koruma, kural olarak tanımlayıcı ve jenerik unsurlara sirayet etmez. Örneğin “Eriş Un” ibaresindeki “Un” kelimesi un emtiası bakımından jeneriktir ve marka sahibine “Un” kelimesi üzerinde koruma sağlamaz.

Markaya konu ürün şekillerinin/tasarımlarının, ilgili markanın içine alınması halinde bu sorun büyür. Örneğin mobilyalar için “XYZ + sandalye” şeklinden oluşan bir markanın koruma kapsamı “XYZ” ibaresiyle mi sınırlıdır, yoksa sandalye şekli de kapsama dahil midir? Öğretideki ağırlıklı görüşe göre böyle bir markanın koruması, ayırt edici nitelikte olmayan şekil unsuruna sirayet etmeyecek ve marka sahibi, ilgili sandalye şekli üzerinde tekelleşemeyecektir⁹⁰. Fakat sandalye şekli, marka hukuku anlamında ayırt edici nitelikteyse koruma bu şekle de sirayet eder. Bunun için de ilgili şekil, sektör norm ve geleneklerinden *önemli ölçüde* farklılaşmalıdır⁹¹. Aksi tak-

⁹⁰ Kur, Color and Shapes Marks 96-97; Gangjee 84 vd.; Eroğlu, Soyut Renk 117; Memişoğlu, Mutlak Ret Sebepleri 259-261.

⁹¹ ABAD, C-97/12 P, 15.05.2014 - Louis Vuitton Malletier, para. 25; ABAD, C-218/01, 12 February 2004 - Henkel, para. 49.

dirde ürün tasarımları, marka olarak süresiz bir şekilde korunacak demektir ki bu da menfaatler dengesini bozar.

Özetle **marka tescili, ayırt edici olmayan unsurlar üzerinde koruma vermez**. Elbette ayırt ediciliği bulunmayan unsurlar *sıra dışı/özgün bir şekilde* bir araya getirilirse ilgili işaret bir bütün olarak ayırt edici hale gelebilir. Örneğin Baby-Dry ve RapidBike örneklerinde olduğu gibi işarettteki ayırt edici olmayan unsurların bir araya getiriliş *tarzları* ona ayırt edicilik katabilir. Yargıtay da ayırt ediciliği bulunmayan unsurların özgün bir kompozisyonla bir araya getirilmesiyle işarete ayırt edicilik katılabileceği görüşündedir⁹². İşaretin, ilgili mal/hizmet ile bağı anlamsal, görsel veya işitsel açıdan değerlendirilerek bir sonuca varılır⁹³.

3. Fonksiyonellik

Fonksiyonellik bir şeyin işlevi, doğası, amacı veya görevi anlamına gelir. Patentler bir tarafa bırakılırsa fikri mülkiyet hukukunda “fonksiyonellik” önemli bir istisna olarak karşımıza çıkar.

Fonksiyonellik bazen fikri ürünü geliştirene serbest ve yaratıcı tercihlerinde seçenek sunarken bazen biçimlendirme/oynama alanı bırakmaz. Seçime dayalı markalar yönünden de fonksiyonelliğin işareti etkileme ve belirleme derecesi kademelidir. Bu yüzden fonksiyonellik bir kategori olmayıp her bir somut olayda fikri ürünleri, markalarda da işareti ne kadar etkilediği kontrol edilerek bir sonuca varılır. Fonksiyonellik karşısında hem insan zihninin çıktısı olan geliştirmeye tabi fikri ürünlerde hem de seçime dayalı markalarda koruma çizgisinin nereden çekileceği uygulamada büyük bir soruna dönüşmüştür.

Fonksiyonellik denildiğinde akla ilk *teknik fonksiyon* gelir. Bu koruma engeli, tasarımlarda (*Dördüncü Bölüm, II, A*) teknik fonksiyonla (SMK58/4-b ve c) sınırlıyken telif (*İkinci Bölüm, II, A*) ve markalarda daha geniş bir anlama sahiptir. SMK 5/1-e’deki düzenleme, SMK 5’teki tanımlayıcılık hükümleriyle birlikte düşünüldüğünde markalardaki fonksiyonelliğin, malın üç boyutlu teknik şekli, yani teknik fonksiyonelliğiyle sınırlı olmadığı daha iyi anlaşılacaktır.

Marka hukukunda fonksiyonellik ABD hukukuna dayanır⁹⁴. Marka öğretisinde *Beebe* fonksiyonelliği ikiye ayırmıştır⁹⁵: i) Sözlük anlamıyla fonksiyon-

⁹² 11. HD, 16/03/2015, E. 2014/18051, K. 2015/3592.

⁹³ Arkan 101; Balık/Pektaş 3-4.

⁹⁴ Kur, Too Pretty 3 vd.

⁹⁵ Beebe, Semiotic 661.

nellik (*de facto functionality*). Bu türe geleneksel, teknik veya mekanik fonksiyonellik denir. Örneğin, bir bardağın işlevi sıvıyı tutmasıdır, bunun için de sıvıyı tutacak şekilde tasarlanmalıdır. İlgili ürünün kullanımı için esaslı olan özellikler teknik yönden fonksiyoneldir. Ürünün başka şekilde yapılması kalitesini olumsuz yönde etkiliyorsa bu özellikler de teknik bakımdan fonksiyoneldir⁹⁶. ii) Marka hukukundaki anlamıyla fonksiyonellik (*de jure functionality*). Beebe'nin bu ayırımına jenerik veya estetik fonksiyonellik de denmektedir. Nitekim *Brancusi* **teknik, estetik ve jenerik fonksiyonellik** ayırımı yapmıştır⁹⁷. Bir elbisenin beden numarası, bir boyanın rengi böyledir. Tüm bu kavramlar “fonksiyonellik” adı altında ele alınmakta olup rakiplerin serbest rekabet özgürlüğünü koruma amacı taşımaktadır.

Dikkat edilirse bu kavramlar, çalışmamızda sözünü ettiğimiz ürün tipolojisiyle doğrudan ilgilidir ve aslında marka koruması üzerinden serbest rekabetin sınırlanmasının önüne geçebilmek için düşünülmüştür⁹⁸. Bu tipoloji, telif ve tasarımda amacın üstünde, genelin üstünde, yenilik ve ayırt edicilik gibi kavramlarla karşılanmaya çalışılmaktadır. Marka özelinde diyelim ki fındığıyla ünlü Giresun'un telefon kodu veya plaka numarası, bir elbisenin S, M, L gibi bedenini belirten işaretler marka olamaz. Bunlar teknik fonksiyonla ilgili olmamakla birlikte ürünlerin işlevine/fonksiyonuna atıfta bulunur. Sorun ürünlerle de sınırlı olmayıp hizmetlerde bile yaşanabilir. Sözgelimi bilenen bir melodi, müzik organizasyon hizmetleri yönünden ayırt edici kabul edilmez⁹⁹.



AB ve Türk marka hukukunda “fonksiyonellik” yerine daha farklı ve geniş kriterlere yer verilmiştir. Bu bağlamda SMK 5/1-e'ye göre şu işaretler mutlak ret nedenlerindendir: “*Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler*”. Anılan hükmün amacı, marka hakkı üzerinden ürünün temel özelliklerini bir kişinin tekeline bırakmayı önlemektir¹⁰⁰. Artık bu aşamadan sonra marka korumasının sınırı geçilerek diğer hakların (telifin, tasarımın ve patentin) koruma alanına girilmiş demektir.

⁹⁶ Beebe, Semiotic 665.

⁹⁷ Brancusi 326 vd.

⁹⁸ Bu konuda ayrıca bkz. Kur, Too Pretty 6.

⁹⁹ Türk Patent, marka İnceleme Kılavuzu 73.

¹⁰⁰ ABAD, C-299/99, 18 June 2002 - Philips v. Remington, para. 80.

Bazen gaz, sıvı ve toz gibi formu olmayan malların ambalajlarının şekli marka olarak tescil edilmek istenmektedir. Bu senaryoda ambalaj malın şekli olarak değerlendirilir¹⁰¹.

Dikkat edilirse zikredilen hükümde üç ayrı ihtimal düzenlenmiştir:

- i) malın doğası gereği ortaya çıkan şekli veya başka bir özelliği,
- ii) teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu şekli veya başka bir özelliği,
- iii) mala asli değerini veren şekli veya başka bir özelliği.

Malın doğası gereği ortaya çıkan şekil ifadesi, ürünün genel işlevine özgü özelliklere işaret eder. Meha AB marka hukukunda malın ilgili kesim üzerinde objektif ve *beklenmedik/ahşılmadık bir etki*¹⁰² oluşturup oluşturmadığına bakılacağı kabul edilmektedir¹⁰³.

Teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu şekil, teknik veya mekanik fonksiyona karşılık gelir. İşaretin münhasıran teknik sonucu vermesi demek, tüm asli unsurlarının teknik bir işlev görmesi anlamına gelir¹⁰⁴. Yani geleneksel olarak “fonksiyonellik” bu hükümde kendine yer bulmuştur. İlave edelim ki başvuru konusu şeklin teknik sonucun elde edilmesi bakımından alternatif bulunsa bile teknik yarar sağlıyorsa başvuru reddedilmelidir. Aksi takdirde rakiplerin ürün geliştirme imkânı kısıtlanacaktır¹⁰⁵.

Mala asli değerini veren şekil engeline tüketici, malın şekli nedeniyle malı tercih ediyorsa başvuru reddedilir. Öğretide bu yasak estetik fonksiyon olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁶. Bu senaryoda malın şekli, tüketici bakımından çekici hale gelmiş demektir¹⁰⁷. Ancak *Tripp Trapp* davasında ABAD bu istisnayı geniş yorumlayarak güvenlik, konfor ve dayanıklılık özelliklerini

¹⁰¹ ABAD, C-218/01, 12 February 2004 - Henkel KGaA, para. 33-35.

¹⁰² Oldukça sübjektif nitelikteki *beklenmedik etki* kriteri, patent hukukundaki *sürpriz etki* kriterini hatırlatmaktadır. Bu tür kavramsallaştırmalar, sorun çözmeye yardımcı olmak yerine sınırları daha da puslu hale getirmektedir. Patentlerdeki sürpriz etkiye ilişkin bkz. https://www.epo.org/en/legal/case-law/2022/clr_i_d_10_8.html (erişim; 27.6.2025).

¹⁰³ EUIPO, Overview of GC/CJ Case-Law Status: 01/01/2019 - 31/03/2025 - https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/about_euipo/boards_of_ap-peal/case-law/case-law_overview_2019-2025_en.pdf (erişim; 27.6.2025).

¹⁰⁴ ABAD, C-48/09 P, 14 September 2010 - Lego, para. 52; Memişoğlu 570.

¹⁰⁵ Karasu, Üç Boyutlu Markalar 337; Karasu (Suluk/Nal) 209; Memişoğlu, Mutlak Ret Sebepleri, s. 570.

¹⁰⁶ Brancusi 20. Bu bağlamda estetik fonksiyonelliğe ilişkin geniş bilgi için bkz. Memişoğlu, Mutlak Ret Sebepleri 594 vd.

¹⁰⁷ Arkan 86;

de mala asli değerini veren şekil kavramına dahil etmiştir¹⁰⁸. Böylece marka korumasının patent etkisi oluşturmamasının önüne geçilmeye çalışılmaktadır.

Mala asli değerini veren şekil ile malın doğası gereği ortaya çıkan şekil birlikte düşünüldüğünde bir açmaza sebep olmaktadır. Şöyle ki ilk akla gelen/sıradan mal veya ambalaj şekilleri ilk engele takılırken, fazla özgünlüğü nedeniyle tüketici için çekici hale gelen mal/ambalaj şekilleri de ikincisine takılmaktadır. Yani şekil yeterince özgün olmadığı için ilk kritere, fazla özgün olanlar da son kritere takılabilir. Bu ikilemi/açmazı ifade etmek için öğretide *Kur Too Pretty to Protect?*¹⁰⁹ ve *Too Common, Too Splendid, or 'Just Right'?*¹¹⁰ başlıklı iki ayrı çalışma yapma gereği duymuştur¹¹¹.

Belirtelim ki SMK 5/1-e'de sayılan bu üç halden birine işaret münhasıran ve bir bütün olarak girmelidir; işaretin bir kısmı bunlardan birine, diğer kısmı da başkasına girdiği gerekçesiyle başvuru reddedilemez. İşaret bütün olarak bunlardan birine, ikisine veya tamamına birden giriyorsa başvuru elbette reddedilir¹¹².

Tekrar pahasın vurgulayalım ki tüm bu fren mekanizmalarının amacı, marka koruması üzerinden rakiplerin berbest alanını kısıtlamamak ve böylece daha adil, rasyonel, makul ve iyi işleyen bir pazar oluşturmaktır.

B. ÖNCEKİ AYNI/BENZER MARKALARIN VARLIĞI VE YOĞUNLUĞU

Bir sektörde ne kadar fazla aynı/benzer marka varsa, incelemeye konu markanın ayırt edici gücü o kadar zayıflama potansiyeli taşır. Bunun tersi de geçerlidir. Gerçekten sektöründe tek olan bir marka ile sektöründe aynı/benzer çok sayıda oyuncu olan markanın ayırt edici güçleri aynı değildir. Bir sektörde sayısı fazla olan aynı/benzer markaları tüketiciler diğerlerinden ayırıştırır, yani birbirine karıştırmaz. Tüketici, ilkinde temiz bir sayfada tek markayı algılayarak daha net görüntüye sahipken, ikincisinde pek çok çizici ve lekesi olan kirli bir sayfaya muhatap olur.

Markaların ayırt edicilik kalitesi her geçen gün düşmektedir. Türk Patent'in verilerine göre 2000'lerde ülkemizdeki marka başvuru sayısı, orta-

¹⁰⁸ ABAD, C-205/13, 18 September 2014 - Hauck, paras. 29, 32.

¹⁰⁹ **Kur**, Too Pretty 1 vd.

¹¹⁰ **Kur**, Too Common 1 vd.

¹¹¹ Ayrıca bkz. **Senftleben**, Functionality Dilemma 209 vd.

¹¹² ABAD, C-215/14, 16 September 2015 – Nestle, Paras. 50-51; **Senftleben**, Functionality Dilemma, 222-223.

lama 20 bin civarındaydı. 2020’li yıllardan itibaren bu sayı on kat artarak yıllık 200 binler mertebesine ulaşmıştır¹¹³. Kalitenin düşmesi, ülkemize has olmayıp dünya genelinde yaşanan bir olgudur¹¹⁴.

Ayırt edicilik kalitesi yüksek bir marka, ilgili mal/hizmeti diğerlerinin mal/hizmetinden net bir şekilde ayırt etmeyi sağlar. Bu kalite düş-tükçe görüşü bulanıklaşan müşteriler, mal/hizmeti belirli belirsiz ayırt etmeye başlar. Her geçen gün yeni yeni markaların sektöre girmesiyle bu belirsizlik artmakta ve bunlar, önceki markayı sulandırarak onun ayırt edici gücünü erozyona uğratmaktadır. Bu durumu bir otomobilin ön camına sıçrayan çamura benzetebiliriz. Temiz olan ön cama her geçen gün yeni yeni çamurlar sıçramakta ve şoförün/tüketicinin görüş kalitesini düşürerek bulanıklaştırmaktadır. Bu nedenle her geçen gün markaların birbirine yaklaşma mesafeleri kısalmakta, saflar sıklaşmakta ve sınırlar puslanmaktadır. Elbette marka sahiplerinin tanıtımları da bunun tersi bir etki yapmaktadır. Bu durum marka korumasında dinamizme yol açmaktadır.

Farklı sektörlerde de olsa sıklıkla markalaştırılan işaretlerin de koruma kuvvetleri zayıflayabilmektedir. Yani yaygın kullanımı olan işaretlerin ayırt edici güçleri zayıftır. Nitekim bu bağlamda Yargıtay, GREEN ve GREEN WORLD markalarını farklı bulmuştur¹¹⁵:

... Davalı markasının “GREEN WORLD+şekil” olup markanın bir bütün olarak anlam ifade ettiği, davacı markasının ise “GREEN” şeklinde olduğu, “green” kelimesinin ayırt ediciliği zayıf, İngilizcede sıkça kullanılan Türkçe karşılığı “yeşil” anlamına gelen bir kelime olup ayırt edici niteliğinin zayıf olduğu, ***TPE nezdinde yapılan “green” ibaresini içeren markaların araştırılmasında bir çok tescilin bulunduğu***, markaların görsel ve işitsel olarak birbirinin aynı veya devamı olduğu intibasını uyandırmadığı ...

Aynı sektörde farklı kişilere ait birden çok marka bulunuyorsa ortalama tüketici kitlesi, sonradan gelen markaların önceki markayla bağlantısını kurmamaya başlar. Bu da önceki markanın korumasını zayıflatır¹¹⁶. Nitekim ABAD, yeni bir kararında aslan başı şeklinin tekstil ve moda sektöründe

¹¹³ <https://www.turkpatent.gov.tr/marka-istatistik> (erişim; 17.8.2024).

¹¹⁴ Yarısi Çin’de olmak üzere dünya genelinde her yıl 15 milyon marka başvurusu yapılmaktadır. Detay bilgi için bkz. <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-941-2024-en-world-intellectual-property-indicators-2024.pdf> (erişim; 22.1.2025).

¹¹⁵ 11. HD, 11.9.2019, E. 2018/3502, K. 2019/5292.

¹¹⁶ Garner 48.

yaygın bir kullanımı olduğunu gerekçe göstererek sonraki şeklin öncekine yakınlaşabileceğini içtihat etmiştir¹¹⁷:



Bu durumdan kaçınmaya çalışan özellikle mali yapısı güçlü teşebbüsler, üçüncü kişileri markalarından uzaklaştırabilmek için stratejiler geliştirmekte, *tekrarlama markaları* oluşturmaktadırlar¹¹⁸. Türk Patent'in tuttuğu marka sicilinde 1.5 milyon civarında marka tescili bulunmaktadır. Bunların kahir ekseriyeti az sayıda emtiada kullanılmasına rağmen birden çok mal/hizmetlerde tescillidir. Bazı markalar çok sayıda mal/hizmetlerde, hatta tüm sınıflarda tescil edilmiştir. Aslında tabii olarak gelişen sorun, böylece sun'i bir şekilde daha da çoğaltılmaktadır. Türk yasa koyucu sorunu çözmeye yönelik aksiyon alma gereği duymuştur. Nitekim SMK'nın kabul nedenlerinden birisi marka sicilindeki aşırı kirlenmeyi önlemektir. Bu nedenle idari iptalin (m. 26/1-a) yanında, kullanılmayan markalara dayalı itirazların dikkate alınmayacağı (m. 19/2), tecavüz (m. 29/2) ve hükümsüzlük (m. 25//7) davalarının dinlenmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Fakat marka sahipleri, tekrarlama markaları üzerinden sisteme karşı küçük bir savaş başlatmışlardır. Sistemin bekçisi durumundaki marka uzmanı ve yargıç gibi aktörler ülkemizde iyi sınav vermemişlerdir. Rakiplerin de başarılı olduğu söylenemez. Ülkemizde sistem sağlıklı çalışmadığı için sorun devam etmekte ve her geçen gün sınırlar daha da puslu hale gelmektedir. Bugünlerde "idari iptal" müessesesinin devreye alınmasıyla bu sorunun hangi yöne evrileceğini bize önümüzdeki günler gösterecektir.

C. AYIRT EDİCİLİĞİN SONRADAN KUVVETLENDİRİLMESİ / MARKANIN AYIRT EDİCİLİĞİNE YAPILAN YATIRIMLAR

1. Genel Bilgi

Mal/hizmete yakınlığı nedeniyle zayıf olan bir markanın, hitap ettiği kesim (ortalama tüketici kitlesi), bu işaret ve ilgili mal/hizmet arasında

¹¹⁷ ABGM, T-564/22, 20 December 2023 - Pierre Balmain, paras. 87-91.

¹¹⁸ Kötü niyetli marka tescili kabul edilen tekrarlama markalarına ilişkin bilgi için bkz. **Yusufoğlu Bilgin**, Markanın Kötü Niyetli Olarak Tescili 345 vd.; **Aktekin/Köse/Çimen Sevine** 19 vd.

“doğal bağ” kuracağı için tanıtımı kolaydır. Buna karşılık mal/hizmetten uzaklaşan bir işaretin marka olarak tanıtımı ve tutundurulması zor olup daha fazla yatırım gerekir. Zira böyle bir işaret ile koruma talep edilen mal/hizmet arasında herhangi bir *bağlantı/ilişki* yoktur. Bu bağlantı, marka sahibinin çabalarıyla/yatırımıyla sonradan *sunı bir şekilde* kurulacaktır. Exxon, Xerox, Sony, Nike ve Kodak gibi en güçlü markalar icat edilmiş, uydurulmuş, hayali olanlardır. Rastlantısal markaların da koruma zırları kalındır.

İşte bu gerçekten hareketle marka seçimi yapacakların önünde bir ayırım vardır; daha kolay tanıtılabilmekle birlikte zayıf koruma veren marka mı, yoksa tanıtım için daha fazla yatırımı gerektiren ama koruması daha güçlü marka mı? Kolay yolu seçip zayıf korumayı tercih edenler, üçüncü kişilerin markaya yakınlaşmasına da katlanmak durumundadır. Çünkü ayırt edici kuvveti zayıf olduğu için üçüncü kişilerin, bu tür markalara yakınlaşmasına ve benzer markayla piyasaya çıkmasına daha toleranslı davranılır¹¹⁹. Yargıtay bir olayda bu hususu adım adım açıklamıştır¹²⁰:

... Davacı markasının “GREEN” şeklinde düz yazıdan oluştuğu, markalarda ayırt edici unsur olarak ileri sürülen “green” kelimesinin, ayırt ediciliği zayıf, İngilizce’de sıkça kullanılan Türkçe karşılığı “yeşil” anlamına gelen bir kelime olduğu, görsel ve işitsel olarak birbirinin aynı veya devamı olduğu intibas uyandırmadığı, her birinin bütünü itibarıyla bıraktığı etkinin de farklı olduğu, her ne kadar davacı markasında yer alan “GREEN” ibaresi, davalıya ait başvuruda da yer alıyorsa da, davalının bu kullanımı davacıya ait markanın ayırt ediciliğini sağlayan *imaj devrini* temin edecek biçimde değil, diğer sözcük ve şekiller birlikte bambaşka bir anlam, kompozisyon ve içerikte bulunduğu, davacı markasının içerisindeki ayırt ediciliği olmayan yahut çok zayıf bulunan bir ibarenin, davalıya ait başvuru içerisinde bulunan ve diğer sözcükle birlikte bütün olarak ayırt edicilik temin edilebilmiş “GREEN” ibaresi ile karıştırmaya sebebiyet verebilecek derecede bir yakınlık bulunmadığı...

¹¹⁹ **Beebe**, Trademark Law 463; **Öztek** 16-18; **Cengiz** 23; **Karasu(Suluk/Nal)** 219 vd. AB hukukundaki uygulama da bu yöndedir. Bkz. EUIPO, Decision R 1790/2011-5, 23 May 2012 - 4REFUEL, para. 15. Yargıtay da figüratif “a” harfinin marka olduğunu, tanınmış olsa bile zayıflığını gerekçe göstererek davalının da “a”yı başka şekilde figüre ederek marka yapabileceğini/öncekine yanaşabileceğini içtihat etmiştir. Bkz. 11. HD, 11.12.2019, E. 2019/1606, K. 2019/8091. Yine Yargıtay “CEP”, “CEPÖĞRENCİ”, “CEPÇOCUK”, “CEPTAVSİYE”, “CEPPARTNER”, “CEPARKADAŞ”, “CEPBERABER”, “CEP REHBER”, “CEPAİLE”, “CEPCHANGE”, “CEPKART” ibareli tanınmış markaları bulunduğu iddiasıyla CEPOKUL markasına karşı açılan davayı, CEP kelimesinin zayıflığından hareketle reddetmiştir. Bkz. 11. HD, 11.12.2019, E. 2019/1247, K. 2019/8095. Fakat CEP ile CEP PLUS markalarını benzer bulmuştur. Bkz. 11. HD, 21.10.2019, E. 2018/5463, K. 2019/6504.

¹²⁰ 11. HD, 25.11.2019, E. 2019/983, K. 2019/7453.

Başka bir olayda da Yargıtay yakınlaşmaya izin vermiştir¹²¹:

... "BUFFET" ibaresinin Türkçe'de "BÜFE" anlamına geldiği ve markanın bu anlamının ortalama tüketici kitlesinin önemli bir kısmı tarafından anlaşılabilecek nitelikte olduğu, başvuru kapsamında yer alan 43. sınıf yiyecek ve içecek hizmetleri yönünden markanın ayırt edicilik düzeyinin zayıf ve esaslı unsurun tanımlayıcılığına yakın bir ibare olup her iki markanın bir bütün olarak karşılaştırıldığında markaların birbirlerinden ayırt edilecek nitelikte olmalarına ...

Yine "Star" markasını zayıf olarak niteleyen Yargıtay, 16. sınıfta Star ve Starclub ibarelerini, club'ın ilgili emtia yönünden zayıf da olsa somut ayırt ediciliği bulunduğunu gerekçe göstererek farklı bulmuş ve yakınlaşmaya izin vermiştir¹²². Buna karşılık Yargıtay, "ETİ FORM", "ETİ FORM ŞEKİL", "FORM EXTRA", "FORM PLUS", "FORM ŞEKİL", "FORM+" markaları ile "Dİ-YEFORM" markalarını benzer bulmuştur¹²³.

Ancak bir marka zayıf da olsa koruma vereceği için çok yakınlaşıldığında ihlal gerçekleşir. Bu konuda Yargıtay şu tespiti yapmıştır¹²⁴:

... "QLİK+Şekil" ibareli dava konusu başvuru ile davacının itirazına mesnet "KLİK" asıl unsurlu markalar arasında ... görsel, işitsel ve anlamsal olarak bıraktıkları genel izlenim itibarıyla ilişkilendirilme ihtimalini de içerecek şekilde iltibas tehlikesinin bulunduğu, redde mesnet "KLİK" ibareli markaların ayırt ediciliklerinin zayıf olduğu kabul edilse dahi başvuru ile söz konusu markalar arasındaki *yüksek düzeydeki benzerlik* karşısında bu durumun varılan sonucu değiştirmeyeceği ...

Üçüncü kişiler, zayıf markaya kıyasla kuvvetli markaya daha fazla mesafe koymak zorundadır; kuvvetli markaya yakınlaştıkça kademeli olarak iltibas tehlikesi artar.

Seçilen bir işaret, tabiatı gereği ayırt edici gücü ne kadar fazla olursa olsun koruması, ilk başta aynı veya benzer mal/hizmetlerle sınırlı olup farklı mal/hizmetlere kural olarak sirayet etmez. Ancak tabiatı gereği ayırt edici gücü kuvvetli bir işaretin potansiyeli vardır. Bu potansiyel kullanılarak sonradan tanıtıldığı zaman markanın tanınmışlığına bağlı olarak koruma kuvveti artarak kapsamı genişler. Üstelik bu genişleme hem işaret hem de mal/hizmetler yönünden gerçekleşir. Demek ki **işaretin tabiatı ve sahibinin markanın ayırt ediciliğine yaptığı yatırım onun koruma kuvvetini belirler. İlgili sektörde daha önceki aynı/benzer markaların**

¹²¹ 11. HD, 7.10.2019, E. 2018/5314, K. 2019/6279.

¹²² 11. HD, 23.9.2019, E. 2018/4560, K. 2019/5668.

¹²³ 11. HD, 23.9.2019, E. 2018/4220, K. 2019/5703.

¹²⁴ 11. HD, 26.6.2019, E. 2018/3143, K. 2019/4904.

yoğunluk derecesi de bunlara eşlik eder. Zira aynı/benzer marka yoğunluğu, adeta ürün tipolojisi etkisi yapmaya başlar.

Vurgulayalım ki **doğası/tabiatı gereği bazı işaretlerin koruma kabuğu ince kalır**. Çünkü işaretin tabiatı, marka sahibinin vereceği katkısı sınırlar. Örneğin ABAD, Adidas'ın üç çizgi markasına dayanarak iki çizgili kullanıma karşı açtığı davayı reddetmiştir¹²⁵. ABAD, kararını gerekçelendirirken Adidas'ın üç çizgisini zayıf bulmuştur. Bunun altında yatan neden şudur: İlgili sektörde bu çizgiler pek çok aktör tarafından sıklıkla kullanılır. Denebilir ki spor giysilerinde dekoratif çizgi kullanımı bir ihtiyaçtır, teknik olmasa bile *hukuki fonksiyondur*. Marka koruması üzerinden dekoratif çizginin bir kişinin tekeline verilmesi, serbest rekabetin haksız yere sınırlandırılması sonucunu doğurur. Rakipler, başkasına ait markadan uzaklaşabilirken tekstil ve ayakkabı gibi ürünlerde çizgileri dekoratif maksatlarla kullanmaya ihtiyaç duyarlar. Bu ihtiyaç teknik zorunluluktan (teknik fonksiyondan) değil, ABD hukukundan esinlenilerek öğretilde benimsenen jargonlarla ifade edersek estetik ve jenerik fonksiyondan (hukuki fonksiyondan) kaynaklanır. Bu yüzden çizgi üzerindeki marka tekeli, sahibine haksız yararlanma sağlayacaktır¹²⁶.

2. Korumanın Sonradan Derinleşmesi ve Genişlemesi

Markalaşma stratejisi ne kadar iyi kurgulanıp hayata geçirilir, tanıtım ve reklam kampanyalarıyla ne kadar çok yatırım yapılırsa bir markanın koruma zırhı o derece kalınlaşır ve kuvvetlenir¹²⁷. Bu da bizi aşama aşama **tanınmış marka** kavramına götürür. Normal markalara kıyasla tanınmış markaların koruması, hem diğer markaların işaret olarak yaklaşmasını önler (korumanın derinliği) hem de koruma farklı mal/hizmetlere sirayet etmeye başlar (bant genişliği). Zira markanın koruma kuvvetine bağlı olarak iltibas tehlikesi hem işaret hem de mal/hizmet bakımından artar; derinleşerek genişler (SMK 7/2-b ve c). Tanınmış markalarda koruma, tescil edilen ilgili mal/hizmetleri de (t)aşarak, bir yangının etrafı sarmasına benzer şekilde, yakın mal/hizmetlerden başlamak suretiyle diğer mal/hizmet-

¹²⁵ ABAD, C-408/01, 23 October 2003 - Adidas v. Fitnessworld; ABAD, C-102/07, Adidas v. Marka - 10 April 2008 - Adidas/Marka. New York Mahkemesi de ABAD'ın kararına paralel olarak Adidas'ın Thom Browne'a karşı açtığı dört çizgi davasını reddetmiştir. Bkz. <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-64261616> (erişim; 1.1.2024). İki ve dört çizgiyle ilgili karşılaştırmalı hukuktaki içtihadın incelemesi için bkz. **Anemaet**, Average Consumer 198 vd.

¹²⁶ Daha fazla bilgi için bkz. **Anemaet**, Average Consumer 191-192.

¹²⁷ **Landes/Posner** 275.

lere doğru kademeli bir şekilde yayılır¹²⁸. Çünkü ortalama tüketici kitlesi, mal/hizmetler farklı olsa dahi tanınmış marka ile sonraki marka arasında ilişki/bağlantı kurmaya başlayacak ve bu durum iltibasa yol açacaktır. Doğrudan ilişki kurulmasa bile iki marka arasında bir *bağlantı/ilişkilendirme ihtimalinin* bulunması bile iltibas için yeterlidir (SMK 6/1; 7/2-b). Yani markaların aynı kişiye ait olduğunun sanılması, işletmeler arasında idari-ekonomik bağlılığın bulunduğu düşünülmesi iltibas kavramına dahildir¹²⁹. SMK 6/1'deki "... *ilişkilendirme ihtimali* ..." ile kastedilen budur. İltibasın varlığı her somut olayda *tüm faktörler* ışığında belirlenecektir¹³⁰.

Kritik soru şudur: Acaba zayıf bir markanın ayırt edici gücü de artırılabilir mi? Hiç şüphesiz "evet"¹³¹. Üstelik bu artış hem işaret hem de mal/hizmetler yönünden olacaktır.

İşaret yönünden bu derinleşmenin ve genişlemenin markanın zayıf unsurlarına da sirayet edip etmediği ayrı bir sorun olup bu husus içtihat hukukuna konu olmuştur¹³². Yargıtay, "McDonald's"ın zayıf nitelikteki "Mc" unsurunun zayıf anlamı nedeniyle davacıyla ilişkilendirilmeyeceği, İngilizcede bu ibarenin "oğul" anlamında kullanıldığı, bu yüzden "Eldenele MC Mallow Çikolota Kaplamalı Marsmallowlu Sandviç Bisküvi + ambalaj" markasının davacı markasıyla iltibas oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır¹³³. Bu-

¹²⁸ Yargıtay; "... davacının JELİBON biçimindeki tanınmış markasının, davalı tarafça NAKO JELİBON biçiminde kullanılması durumunda davacının tanınmış markasının ayırt edicilik ve kaynak gösterme fonksiyonunun zarar görebileceği, ortalama tüketicinin, NAKO JELİBON markalı malların kimden geldiği yönünde tereddüt yaşayabileceği, davacı ve davalı arasında işletmesel bir bağlantı kurulabileceği, yine davacının JELİBON markasının gıda sektörü bakımından tanınmış bir marka olduğu ancak bu *tanınmışlığın gıda sektörü dışına taşıdığı, JELİBON markasının 23. sınıftaki iplikler emtiası bakımından kullanılması durumunda da, davacının markasının toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle davalı tarafça haksız bir yararlanmanın...*" olacağı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. 11. HD, 27.09.2017, E. 2016/2539, K. 2017/4808. Bu konuda ayrıca bkz. **Karasu(Suluk/Nal)** 221.

¹²⁹ **Arkan** 98.

¹³⁰ **Şenocak** 150; **Balık/Bektaş** 11;

¹³¹ Aynı yönde **Arkan** 100; **Cengiz** 22-23.

¹³² McDonald's kararlarının bir incelemesi için bkz. **Balık/Bektaş** 9 vd.

¹³³ 11. HD, 11.9.2017, E. 2016/1609, K. 2017/4212. Yargıtay, "Mc Uno" markasının da McDonald's markasıyla iltibasa yol açmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. 11. HD, 11.11.2003, E. 2003/4319, K. 2003/10775. Ayrıca Yargıtay, zayıf niteliğine vurgu yaparak "Kültür" ibaresinin 41'deki eğitim hizmetlerinde birinin tekeline verilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. 11. HD, 15.4.2019, E. 2018/957 K. 2019/2922. Yine Yargıtay davacıya ait TURKCELLTV, TURKCELL PLUS TV ile davalıya ait TV+, +TV, TV+plus markalarının benzer olmadığını içtihat etmiştir. Yargıtay'a göre sadece TV yahut PLUS ibaresi tek başına korunmaz. Tekel altına alınmasına izin verilmeyen vasıf bildirici sözcüklerden türetilerek oluşturulan markalar baştan itibaren zayıftır. Yargıtay, o tarih itibarıyla davacının markalarının tanınmış olmadığını da kararına gerekçe yapmıştır. Bkz. 11. HD, 19.9.2017, E. 2016/2318, K. 2017/4506.

na karşılık ABAD, “McDonald’s”ın “Mc” unsurunun tabiatı gereği, yani doğuştan zayıf nitelikte olduğuna değindikten sonra, onun dünya çapında tanınmışlığı karşısında artık ayırt edici kuvvetinin arttığı, bu yüzden sonradan gelen “MacCoffee”nin iltibasa yol açtığına hükmetmiştir¹³⁴. Özetle Yargıtay, korumanın zayıf unsura sirayet etmeyeceğini, ABAD da tam aksini içtihat etmiştir. Kanaatimizce “McDonald’s”ın ve onun unsuru “Mc”in tanınmışlık düzeyi nedeniyle üçüncü kişilerin bu işarete koyması gereken mesafe uzamıştır. Çünkü tabiatı gereği başlangıçta zayıf olan bu işaret kullanım/yatırım yoluyla oldukça kuvvetlendirilmiş olup koruma kabuğu sonradan kalınlaşmıştır. “Oğul” anlamına gelen “Mc” kelimesinin İngilizce konuşulan ülkelerde yaygın kullanılması, yani tabiatının zayıflığı onun marka olmasını engellemeyeceği gibi antrenman yoluyla kuvvetlendirilmesine de mani değildir. Benzer şekilde Apple’a ait “iPhone”, “iPad”, “iTune” seri markalarındaki “I” unsuru ve yine “YouTube”daki “You” unsuru zayıf olmasına rağmen bunlar tanıtım ve yaygın kullanım yoluyla kuvvetlendirilmiştir. Buna karşılık orta halli tanınmışlığı bulunan bir markada jeneriğe yakın “Mc” veya “I” benzeri bir unsura yakınlashılabilecektir.

3. Korumadaki Dinamizm

Marka koruma süreci oldukça dinamiktir, değişkendir. Koruma adeta canlı bir organizma gibi günden güne değişim gösterir. Bazı markalar daha başta seçim yapılırken işaretin tabiatına bağlı olarak **zayıf doğarken**, bazıları da gelişen olaylara bağlı olarak **sonradan zayıflar**, hatta marka sahibince önlem alınmadığı takdirde marka **jenerikleşerek** ayırt edicilik özelliğini yitirerek mal/hizmetin adı haline bile gelebilir. Bazı olaylarda bu sonuç olmasa bile marka sahibinin, üçüncü kişilerin kullanımına göz yumması o markanın ayırt edici gücünü erozyona uğratabilir. Yani marka sahibinin dikkatsizliği veya önlem almaması nedeniyle normal güçteki bir marka güçten kuvvetten düşebilir. Sözgelimi, bir sektörde tek olan markanın sahibi, benzer marka başvurularına sessiz kalırsa markanın ayırt

Ancak Yargıtay’ın Diamond kararı aksi istikamettir. Bkz. HGK, 2.10.2013, E. 2013/11-52, K. 2013/1416. Mücevher emtiasında davacıya ait “Diamond”, “Diamond Mücevherat + Şekil” ve “Naci Diamond + Şekil” markaları ile davalıya ait “Bluediamond” markasının iltibasa yol açtığı, zira taraf markalarının ortak unsurunu “Diamond” oluşturduğu sonucuna varmıştır. Oysa ortak unsur tasviri nitelikte olduğundan ve taraf markalarında iltibası bertaraf edecek farklılıklar da dikkate alınarak aksi sonuca varılmalıydı. Kararın eleştirisi için bkz. **Aktekin/Doğan Alkan/Çağla Özcebe** 17-24.

Yargıtay, sonraki bir kararında ise isabetli bir şekilde BENİM ifadesinin zayıflığına dikkat çekerek GÜN BENİM GÜNÜM, ETİ BENİMO, BENİMO!!!, BENİM’O markaları ile BUDA BENİM ve TORKU BUDA BENİM markalarını benzer bulmamıştır. Bkz. 11. HD, 1.6.2016, E. 2015/11147, K. 2016/6028.

¹³⁴ ABGM, T-518/13, 5 July 2016 - Future Enterprises, paras. 87 vd., özellikle 108.

edici gücü aşınarak zayıflar¹³⁵. Çünkü çoğalan şey değersizleşir. Bu konu yukarıda (*Üçüncü Bölüm, III, B*) incelendi.

Sözünü ettiğimiz dinamizm o kadar güçlüdür ki istisnai hallerde **aslında tanımlayıcı/tasviri bir işaret, kullanım yoluyla sonradan ayırt edici hale bile getirilebilir**. Tam da bu nedenle *somut ayırt ediciliği olmayan, tanımlayıcı ve meslek/sanat adlarına ilişkin topluma açık işaretler*, esasen mutlak tescil engeline takılmasına (SMK 5/1-b, c ve d) rağmen, kullanım yoluyla sonradan markalaştırılabilir (SMK 5/2). Bu durum istisnai bir yol olup buna **kullanım yoluyla ayırt edicilik** denir. Bunların da ayırt edicilik ve tanınmışlık derecelerine bağlı olarak üçüncü kişilerin yaklaşma mesafesi uzamaya başlar. İsviçre Federal Mahkemesi, bir eşya isminden oluşturulan Kamilloosan zayıf markasının sıkı bir kullanım sonucunda güçlendirildiği gerekçesiyle Kamillan ve Kamillon markalarının iltibasa yol açtığı sonucuna ulaşmıştır¹³⁶. Ne var ki oldukça sıradan olan ekmek, peynir ve masa gibi jenerik, yani mal/hizmetin adı olan jenerik işaretler ne kadar kullanılırsa kullanılsın kullanım yoluyla ayırt edici hale getirildiği gerekçesiyle marka olarak birinin tekeline bırakılamaz¹³⁷.

Sözünü ettiğimiz dinamizm önlem alınmazsa ters etki de doğurabilir. Buna göre tanınmış markalar, zamanında önlem alınmadığı takdirde ürünün/hizmetin adı haline gelmek suretiyle *jenerikleşerek* marka vasfını (ayırt edicilik özelliğini) yitirerek serbest işaret haline gelebilir. Vazelin, Naylon, Orlon ve Walkman gibi önceki markalar jenerikleşerek artık ilgili ürünlerin adı haline gelmiştir¹³⁸.

Demek ki **seçilen işaretin tabiatı kader değildir**. Bir markaya ne kadar emek sarf edilir ve yatırım yapılırsa markanın ayırt edici gücü o derece artar. Bu artışa bağlı olarak üçüncü kişiler hem işaret (derinlik) hem de mal/hizmetler (genişlik) bakımından markaya yaklaşamaz. Üstelik zayıf bir işaret veya unsur bile güçlendirilebilir, etkileme alanı genişletilerek koruması farklı mal hizmetlere/sınıflara transfer edilebilir¹³⁹.

¹³⁵ Garner 52 vd.; Arkan 100; Memiş, Zayıf Marka 388-389; Cengiz 22-23.

¹³⁶ BGE 122 III 382 ff (Memiş, Zayıf Marka 391'den naklen).

¹³⁷ Arkan 83; Memiş, Zayıf Marka 391.

¹³⁸ Buna karşılık sanılanın (Memiş, Zayıf Marka 403, dpn 69) aksine Gillette, Orkid, Uhu, Teflon ve Nescafe gibi ibareler marka olarak yaşamını sürdürmektedir. Yargıtay, Jeep markasının jenerikleşmediğine hükmetmiştir. Bkz. 11. HD, 28.11.2012, E. 2011/1701, K. 2012/19379. Yargıtay'a göre Saten de jenerikleşmemiştir. Bkz. HGK, 13.10.2010, E. 2010/11-463, K. 2010/486.

¹³⁹ Yargıtay, tekstil sektöründe kullanılan HILLSIDE markasının tanınmış olduğu, 39. sınıftaki tekne barınma hizmetleri gibi hizmetler yönünden bile koruma sağladığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. 11.

Özetle, marka olarak seçilen işaretin tabiatı/doğası korumanın kuvvetini etkiler. Ancak işaretin tabiatı kader olmayıp, saatin sarkacı gibi bir marka, sahibinin yapacağı katkılarla kuvvetliden zayıfa, zayıftan da güçlüye evrilebilir. **O kadar ki tasviri niteliği yüzünden marka olamayan bir işaret dahi marka haline getirilebileceği gibi, güçlü/tanınmış bir marka da sonradan zayıflayabilir, hatta (aktif/pasif davranışlarla) önlem alınmazsa jenerikleşebilir¹⁴⁰.** Daha da önemlisi marka koruması uzun dönemli çabayı gerektirdiği için maraton koşusu gibidir. Antrenmanlı sporcunun formda kalmasına benzer şekilde, aslında zayıf bir işaretin ayırt edici gücü kuvvetlendirilebildiği gibi tabiatı gereği kuvvetli bir markanın ayırt edici gücü, antrenmansızlık nedeniyle zamanla formdan düşerek zayıflayabilmekte, sönümlenmekte, dikkatsizlik veya hareketsizlik yüzünden jenerikleşerek tümüyle oyun dışında bile kalabilmektedir.

Sıradan/normal/alelade markalara kıyasla koruma kabuğu daha kalın ve kapsama alanı daha geniş olan **tanınmış markaların** tamamı iyi antrenman yapmanın birer ürünüdür. Üstelik bu antrenman sürekli ve düzenli yapılmalıdır. Beş yıl önce tanınmış bir marka, antrenmansızlık nedeniyle bugün artık bu vasfını yitirmiş olabilir¹⁴¹. Elbette bunun tersi de geçerlidir. Bu yüzden Türk Patent tarafından tutulan tanınmış marka sicili anlamsızdır. Yargıtay isabetli bir şekilde geç de olsa bu anlamsızlığı tespit etmiştir¹⁴². Nitekim gelişmiş ülkelerde bu tür siciller tutulmaz. Zira antrenmanlı olup olmamasına bağlı olarak **markanın koruma kapsamı mal/hizmetine, zamanına ve mekânına göre değişkendir; statik olmayıp dinamik**tir. Değerlendirme yapılırken her bir somut olayda bu dinamizm göz önünde bulundurulmalıdır.

D. MARKAYA YAKINLAŞMA

Bakkal, berber ve manav gibi jenerik ibareler, ilgili mal/hizmetler yönünden nasıl ki marka olamıyorsa diyelim ki standart bir sandalye şeklinin

HD, 11.12.2019, E. 2019/1583, K. 2019/8079. Yargıtay, tanınmışlığını ve seri marka olarak algılanabileceğini gerekçe göstererek FİT ile ÇOKOFİT markalarını da gıdada benzer bulurken, 32. sınıftaki alkollü içeceklerde farklı bulmuştur. Bkz. 11. HD, 2.12.2019, E. 2019/1049, K. 2019/7730. Yine FİT ile "PEYMAN BAĞÇEDEN FİT MİX" markalarını da benzer demiştir. Bkz. 11. HD, 9.10.2019, E. 2018/5328, K. 2019/6395. Buna karşılık Yargıtay'a göre süpürge sektöründe kullanılan FAKİR tanınmış markası, gıda sektöründe FAKHİR markasına karşı koruma sağlamaz. Bkz. 11. HD, 23.10.2019, E. 2018/5823, K. 2019/6670.

¹⁴⁰ Bilgi için bkz. Çolak, Jenerik 179 vd.; Yasaman/Yasaman Kökçü 407; Bilge, Yaygın Ad 125 vd.; Bozgeyik/Karasu 164 vd.

¹⁴¹ 11. HD, 03.03.2021, E. 2020/1913, K. 2021/1928; Ayoğlu 143.

¹⁴² 11. HD, 5.2.2020, E. 2019/2980, K. 2020/991. Tanınmış markalar listesinden çıkarma davasına ilişkin bkz. Ayoğlu 139 vd.

(tasarımının) de mobilya emtiası için marka olma kabiliyeti yoktur. Malın kendisinden ve doğası gereği bir şekli olmayan malların ambalajından oluşan şekiller sektör norm ve geleneklerinden önemli ölçüde ayrılmadığı/farklılaşmadığı sürece marka olamaz (SMK 5/1-e)¹⁴³. Buna göre bir işaret; *i)* malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini, *ii)* teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu şeklini, *iii)* mala asli değerini veren şeklini münhasıran içeriyorsa marka olamaz. Bunlar kullanım yoluyla sonradan ayırt edici hale de getirilemez. Zira SMK 5/2’de, 5/1-e’ye atıf yoktur.

Bir ürün şekli/tasarımı, ilgili ürün tipolojisinden (sektörün norm ve geleneklerinden) iyice uzaklaşırsa marka olabilir. Ancak bu uzaklaşma da tek başına yeterli gelmeyebilir. Fazla uzaklaşma, örneğin ikonik bir tasarım nedeniyle ilgili tüketici kesimi malı tercih ediyorsa estetik fonksiyonellik devreye girer ve mala asli değerini veren şekil kuralına (SMK 5/1-e) takılabilir. Sözgelimi *Panton Chair* tasarımı yüzünden tüketiciler, aşağıdaki malı tercih ediyorsa bu tasarım mala asli değerini verdiği için marka olamaz:



Türk Patent’in 2021 yılında hazırladığı Marka İnceleme Kılavuzunda ayak giysileri için şu şeklin standart olması nedeniyle marka vasfı bulunmadığı kabul edilmiştir¹⁴⁴:



Ne var ki Marka Kılavuzunda aşağıdaki işaretin 3. sınıftaki parfümler için marka olabileceği sonucuna ulaşılmıştır¹⁴⁵:

¹⁴³ ABAD, C-97/12 P, 15.05.2014 - Louis Vuitton Malletier, para. 25; ABAD, C-218/01, 12 February 2004 - Henkel, para. 49.

¹⁴⁴ **Türk Patent**, Marka İnceleme Kılavuzu 303.

¹⁴⁵ **Türk Patent**, Marka İnceleme Kılavuzu 46.



Fakat bu şişe şeklinin, sektörün norm ve geleneklerinden önemli ölçüde ayrıştığı kabul edilse bile hitap ettiği kesim bu şeklin bir parfüm şişesi olduğunu bildiği ve şişe olarak *da* algıladığı için bu tür markaların ayırt ediciliğinin artırılması geleneksel markalara kıyasla daha zordur.

Yatarımla bir marka tanınmış hale getirilebilir. Dolayısıyla başlangıçta üçüncü kişiler bu markaya, diğer markalara kıyasla daha fazla yaklaşabilir ve buna yakın şişelerle ürünlerini piyasaya sürebilir¹⁴⁶. Elbette zayıf marka da hukuken korunduğu için *fazla yakınlık* iltibasa yol açacaktır. Tanınmışlığı arttıkça da üçüncü kişilerin daha fazla mesafe koyması gerekecektir. Çünkü bu ihtimalde antrenman yoluyla tabiatı gereği zayıf olan markanın ayırt edici gücü kuvvetlendirilmiştir.

Bu açıklamalar kelime ve sair marka türleri bakımından da geçerlidir. Örneğin DERİMOD ve  markaları da tabiatları gereği zayıf niteliktedir. Bu ibareler jenerik ifadelere yakın olduğu için üçüncü kişiler bu markalara yaklaşabilir. Sözgelimi DERİMOD marka sahibi, bir başkasının tabelasına DERİMONT veya DERİ ÇEKET yazmasına veya figüre edilmiş  şeklinde yeni marka oluşturulmasına karşı çıkamayacağı gibi *Deriden Ayakkabı* şeklindeki kullanımları da engelleyemez. Aynı şekilde  markasının sahibi de başkasının ürünlerine Pamuk ya da Coton yazmasını önleyemez. Birisi Starcity gibi zayıf bir ifadeyi marka olarak seçtiyse başka birisi de Citystar'ı marka yapabilir. Kahve Dünyası da Kahve Dehası'na katlanmak zorundadır. Ne var ki önceki markanın koruma kabuğu kuvvetlendirilmişse, somut olayda *tüm faktörler* ışığında iltibas gerçekleşebilir.

Anlatmaya çalıştığımız husus şudur: Sınırdan dolaşanlar bunun sonuçlarına katlanır. Zaman zaman Yargıtay da buna işaret etmektedir: “*BLUE LINE*” ibaresinin ayırt edici gücünün düşük bulunduğu, her ne kadar tescilli

¹⁴⁶ 11. HD, 12.10.2020, E. 2020/92 K. 2020/3984; 11. HD, 09.02.2022, E. 2020/6877 K. 2022/940

*olduğu için redde mesnet markanın korunması gerekmekte ise de ayırt edici gücü zayıf bir ibareyi tescil ettiren kişinin bunun sonuçlarına katlanmasının tabii olduğu...*¹⁴⁷. Şu kadar ki üçüncü kişiler bu kelimeleri mal ve hizmetlerinde kullanırken dikkatli davranmalı, onların markalarıyla iltibasa/karışıklığa yol açabilecek şekilde logo, renk ve yazım stili gibi seçimlerden uzak durmalıdır. Yani markanın zayıflığı, faktörlerden birisi olup tek başına sonucu belirlemez; somut olayda *tüm faktörler* nazara alınır. Demek ki önceki markanın zayıflığı, tek başına bizi iltibasın bulunmadığı sonucuna götürmez; global bir değerlendirmeye tüm faktörler dikkate alınarak bir sonuca varılır. İçtihatla buna özellikle vurgu yapılmaktadır¹⁴⁸.

Marka sahibi, markanın serilerini de oluşturabilir. Fakat; “... *seri marka yaratılırken üçüncü kişilerin önceden tescilli markalarına yanaşarak yakınlaştırmaya veya benzeştirme yoluyla iltibas tehlikesine ve haksız yarar sağlamaya yol açmamak gerekir*”¹⁴⁹.

Diğer yandan ayırt ediciliği yüksek (hayali ve rastlantısal) bir markaya yakınlaşmaya daha az müsamaha gösterilir. Ayırt edici gücü zayıf (ima edici ve dolaylı tanımlayıcı) bir markaya yakınlaşmaya toleranslı davranılacağından suçlanan kişi, ihlal bulunmadığı için yakınlaştım savunması getirebilir¹⁵⁰. Buna karşılık üçüncü kişiler, hayali nitelikteki Kodak ve Sony gibi ayırt ediciliği kuvvetli markalara hem işaret hem de mal/hizmetler yönünden *daha fazla mesafe koymakla* yükümlüdür. Çünkü bu markaların koruma kabukları kalın olup, bunlara yakınlaşılamaz. Aksi halde iltibas nedeniyle marka ihlali gerçekleşir. Bu yakınlaşmadaki müsamaha düzeyi markanın koruma kuvvetine bağlı olarak kademeli olarak değişir. Özetle, **kuvvetli markaya yakınlaşma, zayıf markalara kıyasla ihlal olasılığını artırır.**

E. ARA SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, bir markanın koruma kabuğunun kalınlaşması/derinleşmesi ve genişlemesi temelde üç etken göz önünde bulundurularak belirlenir¹⁵¹:

¹⁴⁷ 11. HD, 18.12.2019, E. 2019/1604, K. 2019/8275.

¹⁴⁸ ABAD, C-705/17, 12 June 2019 - Patent v. Mats, para. 43; ABAD, C-766/18 P, 5 March 2020 - M. J. Dairies EOOD, para. 50; ABGM, T-134/06, 13 December 2007 - Xentral LLC, para. 70; ABGM, T-25/20, 11 November 2020 - Deutsche Post AG, paras. 48-49.

¹⁴⁹ 11. HD, 24.9.2019, E. 2018/1198, K. 2019/5734.

¹⁵⁰ **Fromer** 1911.

¹⁵¹ Markanın zayıflamasında şu hususlar da etkilidir: *i)* kısa kelimedenden oluşması, *ii)* yaygın bir isimden oluşması. İltibas değerlendirmesinde ise *i)* hedef tüketici kitlesinin dikkat seviyesi, *ii)* önceki marka-

*i. Etkenlerden birisi, marka olarak seçilen işaretin tabiatıdır/doğasıdır. Bu yüzden marka seçimi kritik önemi haizdir. Tabiatı gereği bir işaretin koruma kuvvetinin tayininde, ilgili olduğu mal/hizmetlere mesafesine bakılır. Bir işaret tescil edildiği mal/hizmetlere ne kadar yakınlaşırsa koruması o kadar zayıflar, mal/hizmetlerden ne kadar uzaklaşırsa koruma kuvveti o derece artar*¹⁵². Doğrudan tanımlayıcı işaretlerin marka olma vasıfları yoktur; bunlar istisnai hallerde kullanım yoluyla ayırt edici hale getirilebilir (SMK 5/2). Jenerik işaretler ise hiçbir zaman marka olamaz.

*ii. Diğer bir etken, ilgili mal/hizmet sektöründe aynı/benzer markaların var olup olmadığıdır*¹⁵³. Bu sayı ne kadar artarsa markanın ayırt edici gücü o derece zayıflayarak erozyona uğrar. Zira tüketici, sayısı çoğalan markalar arasında artık bağlantı kurmamaya ve alış-veriş yaparken daha seçici davranmaya başlar¹⁵⁴. Ortalama tüketiciler, markaları birbirinden ayırıştırır ve ortak olmayan unsurlara dikkat ederek seçimini yapar; fiili gerçek her zaman böyle olmasa bile *hukuki faraziye* bu yöndedir. Bu durum markanın koruma kabuğunu zayıflatır ve yakınlaşmaya izin verilir.

iii. Kuvvetli ve zayıf marka ayırımında başka bir etken ise markanın ayırt ediciliğine yapılan yatırımdır, yani marka sahibinin sonraki katkılarıdır. Daha doğrusu yapılan yatırımın, tüketici nezdinde doğurduğu algı ve pazar payı sonucu belirler. Dolayısıyla yatırım ne kadar fazla olursa markanın koruma kuvveti o kadar artar. Bu da bizi tanınmış marka kavramına götürür. Sözünü ettiğimiz katkılar iki yönlü olup benzer markalara ses çıkarmama (pasif) ve jenerikleşmeye karşı önlem almama gibi (aktif/pasif) davranışlar da sonucu etkiler.

IV. MARKANIN AYIRT EDİCİ GÜCÜNÜN, KORUMA KUVVETİNE VE İLTİBASA ETKİSİ

A. GENEL OLARAK

Bir üst başlıkta (*Üçüncü Bölüm, III*) markanın ayırt edici kuvvetini etkileyen hususlar incelendi. Bu başlık altında ise ayırt edici kuvvetin, marka-

ların ayırt edici gücü, *iii*) birden çok heceli sözcüklerde karşılaştırılan markaların başlangıç kısımlarının (ilk hecelerinin) benzeşmesi gibi *tüm faktörler* dikkate alınır. Bkz. Karasu(Suluk/Nal), s. 215 vd.

¹⁵² Tekinalp, Fikri Mülkiyet 367; Yasaman/Yusufoğlu, Şerh, C. I 55 ve Yasaman/Yasaman, C. I 318; Yasaman/Yasaman Kökçü Kullanım Yoluyla Ayırt Edicilik 394.

¹⁵³ Stringham 519-520; Weiner/Azzopardi 187.

¹⁵⁴ 11. HD, 14.6.2022, E. 2020/8459, K. 2022/4865.

nın koruma kuvvetine, yani iltibasa etkileri ele alınacaktır. Zira aşağıda *gene kabul ve yeni yaklaşım* başlıklarında detaylandırılacağı üzere, bu iki kavramın örtüşmediği yönünde en azından öğretide iddialar vardır.

Koruma kuvvetinin belirlenmesine ayrılan elinizdeki çalışmada fikri mülkiyet haklarına ilişkin tecavüz analizi yapılmayacaktır¹⁵⁵. Fakat markanın ayırt edici gücü, koruma kuvveti ve iltibas kavramları iç içe geçtiği için burada “iltibas” konusu kavram düzeyinde incelenecektir.

Markanın ana işlevi, bir teşebbüse ait mal/hizmetleri ayırt etmektir. Marka korumasıyla tüketiciler nezdinde şeffaf bir piyasa oluşur ve karışıklık önlenir. Şeffaflık sayesinde tüketicinin araştırma maliyeti bertaraf edilmiş olur, hatta koruma nedeniyle marka sahibi “kalite yatırımı” yapar. Kalite bozulursa tüketici markayı önceden tanıdığı/bildiği için bir süre sonra onu terk eder¹⁵⁶.

Ayırt ediciliğin zıddı, farklı teşebbüslere ait mal/hizmetlerin tüketiciler tarafından birbirine karıştırılmasıdır, yani iltibastır. İltibas kavramı geniş olup ilişkilendirme ihtimalini de kapsar (SMK 6/1, 7/2-b). Markaya yaklaşma mesafesini tayin ettiği için iltibas, markanın koruma kuvvetiyle örtüşür. Daha açık bir ifadeyle, **markanın koruma kabuğunun bittiği yerde iltibas olgusu da sona erer**. Bu nedenle iltibas kavramı, ayırt edicilik kadar, belki daha fazla marka hukukçularını meşgul edegelmiştir.

Telif ve tasarımda fikri ürünün koruma kuvvetinin, üçüncü kişilerin ona yaklaşma mesafesini tayin ettiği kesin bir kuraldır. Benzer şekilde ayırt ediciliği güçlü kuvvetli bir markaya üçüncü kişilerin koyması gereken mesafenin de artacağı, ABD ve mehz AB hukuklarında *genel kabuldür*. Hukukumuzda da bu kabulden hareket edilmektedir.

Genel kabule göre önceki markanın ayırt edici gücüne bakılarak iltibas değerlendirmesi yapılır. Bu anlayışa göre tüketici, zayıf bir marka ile sonraki markayı birbirine karıştırmaz. Örneğin, tanımlayıcı nitelikteki “booking.com” zayıf bir marka olup, bu markaya dayanılarak rakiplerin “booking” şeklinde hizmetlerini tarif etmesi engellenemez¹⁵⁷. Bu işaret, zaten **kullanım** yoluyla ayırt edici hale getirilmek suretiyle marka olmuştur ve

¹⁵⁵ Hükümsüzlük ve tecavüz analizleri ayrı ayrı çalışmaları gerektirmektedir. Hakların koruma kuvvetinin belirlenmesine benzer şekilde bu konular oldukça karmaşık olup her bir hak kategorisi bakımından benimsenen ilkeler her somut olaya uygulanmalıdır. Bu karmaşıklığa dikkat çeken ABD telif hukukundaki tecavüz analizine ilişkin önemli bir çalışma için bkz. **Samuelson** 1821 vd.

¹⁵⁶ **Anemaet**, Real Consumer 1009-1010.

¹⁵⁷ **Beebe**, Trademark Law 73.

işaretin koruma kabuğu zayıftır. Özetle, **genel kabule göre ayırt edici kuvvet/koruma kuvveti/iltibas kavramları birbiriyle örtüşür**¹⁵⁸.

Ancak bu husus, son yıllarda tartışmaya açılmış ve *yeni bir yaklaşım* geliştirilmiştir. Yeni yaklaşıma göre ayırt edici gücü fazla olan markayı tüketiciler gerçekte/fiilen daha kolay ayırt edebileceğinden iltibas tehlikesi de azalır. Avustralya gibi bazı ülkelerin içtihadında ise iltibas vakıasına nötr yaklaşılır¹⁵⁹. Aşağıda iktibas ve iltibas kavramlarına değinildikten sonra bu iki yaklaşım irdelenecektir.

B. İKTİBAS VE İLTİBAS KAVRAMLARI

Türk Dil Kurumu sözlüğünde **iktibas** *ödünç almak* demektir. **İltibas** ise ortak yönleri bulunan iki şey arasındaki *benzeşme*, fazla benzerlik yüzünden *karıştırma* anlamına gelir¹⁶⁰.

Pozitif hukukumuzda cezai korumaya ilişkin SMK 30'da; "*başkasına ait marka hakkına iktibas (aynı veya ayniyet derecesinde benzer) veya iltibas (karışıklığa yol açacak benzerlik) suretiyle tecavüz ederek ...*" ifadesine yer verilmiştir. Diğer hükümlerde ise iktibas kavramı, "*... aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer ...*"¹⁶¹ ifadesiyle karşılanmıştır (SMK 5/1-ç; 6/2; 7/1-b; 10; 12/6; 29/1-b, c).

İltibasla ilgili şu hüküm dikkat çekicidir: "*... Aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali ...*" (m. 6/1)¹⁶². Bu ifade, SMK 7/2-b'de tekrarlanmıştır. Coğrafi işaretlerle ilgili "*... tescilli coğrafi işaretin, ... çağrışım yapacak şekilde benzeri olan ürün üzerindeki yanıltıcı kullanım*"dan söz edilmiştir (SMK 44/2-b).

¹⁵⁸ Özbek 16-17; Arkan 100; Balık/Bektaş 2, 5; Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak 853-854; Karmutoğlu 120-121.

¹⁵⁹ Johnson 204. Yazar da nötr yaklaşımı benimsemiştir. Bkz. s. 208-209.

¹⁶⁰ <https://sozluk.gov.tr/> - iktibas ve iltibas kavramları (erişim; 26.1.2025).

¹⁶¹ İlginç şekilde marka hukukumuzdaki bu tamlama tasarım hukukumuzda da transfer edilmiştir: "*... Tasarımın aynısının veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kopyalanarak alınması ...*" (SMK 59/2). Benzer şekilde tasarım tecavüzüne ilişkin "*... aynısı veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzeri ...*" hükmüne yer verilmiştir (SMK 81/1-a). Bu düzenlemeler amaca uygun değildir.

¹⁶² Sabel davasına görüş veren Benelux ülkelerine göre iltibas üç tür olabilir: i) halkın markaları/işaretleri karıştırması (doğrudan iltibas), ii) halkın, markaların sahipleri arasında irtibat kurarak markaları karıştırması (dolaylı iltibas), iii) halkın iki markayı karıştırmamasına rağmen bağlantı kurarak, yani ilişkilendirerek karıştırması (çağrışım yoluyla iltibas). Bkz. ABAD, C-251/95, 11 November 1997 - Sabel, para. 16.

İki markanın iktibas ve iltibasına işaret edilirken de SMK'da "aynı" ve "benzer" ifadeleri kullanılmıştır (m. 6/4-5, 7-8; 7/2-b, c; 7/3-d; 48/2-3). Emtia yönünden ise "aynı" ve "aynı tür" mal ve hizmetlerden söz edilmiştir (SMK 5/1-ç).

Coğrafi işaret ve geleneksel ürün adlarının *iltibas*ı ayrıca düzenlenmiştir: "*Yabancı ülke kaynaklı coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı başvurusu Türkiye'de korunan coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı ile aynı ise inceleme, bölgesel ve geleneksel kullanım ile benzer adların tüketici tarafından birbiriyile **karıştırılması riski** göz önüne alınarak yapılır*" (SMK 39/2).

Aynen pozitif metinlerimizdeki bu düzenlemelere benzer şekilde, iltibas konusunda hem marka ofislerinin hem de marka hukukçularının ve mahkemelerin kafası karışıktır. Ayrı bir çalışmayı gerektirecek kadar geniş olan iltibasa, burada kavram düzeyinde değinmekle yetineceğiz.



Tüketicilerin bir işareti diğer işaret sanması karıştırılmalıdır. Marka hukukunda karıştırılmanın da ötesinde "karıştırılma ihtimali", hatta "ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali" kıstaslarına yer verilmiştir (SMK 6/1; 7/2-b). Bu yüzden marka öğretisinde **karıştırılma ihtimali, ilgili mal/hizmetin ortalama tüketicisinin iki işaret arasında bağlantı kurması** olarak tarif edilmiştir¹⁶³. Elbette buna ilişkilendirme ihtimali de dahildir (SMK 6/1; 7/2-b).

Hem markalar hem de mal/hizmetler *aynı* veya *ayrıt edilemeyecek kadar benziyorsa* **iktibastan** söz edilir. Emtia bakımından "aynı" veya "aynı türdeki" mal/hizmetler iktibasın konusudur (SMK 5/1-ç).

Hukukumuzda iktibas oluşturan sonraki marka re'sen reddedilir (SMK 5/1-ç). İltibasa yol açan marka başvurusu ise itiraz üzerine reddedilir (SMK 6/1). Re'sen ve itiraz gibi ayrık durumlar bir tarafa bırakılırsa, iktibas ve iltibasın hukuki sonuçları aynı olup iltibasa yol açan markalara da geçit verilmez. Nitekim hem mutlak hem de nispi ret nedenleri, hükümsüzlük halleri arasında sayılmıştır (SMK 25/1).

Türk Patent, son yıllarda hem iktibas hem de iltibas kavramlarını dar yorumlamayı tercih etmek suretiyle SMK 5/1-ç ve SMK 6/1'in uygulamasını azaltma eğilimindedir.



¹⁶³ Çolak, Marka 198 ve dpn 742'de anılan yazarlar.

Uygulamada iktibas çok fazla soruna yol açmaz. Asıl sorun iltibas kavramının sınırlarının belirlenmesinde yaşanmaktadır. İşin zorluğu dikkate alınarak **iltibasın** belirlenebilmesi için pek çok kriter geliştirilmiştir. Somut olaydaki **tüm faktörler** esas alınmakla birlikte bunlardan ayırt edici ve baskın olanlara ağırlık verilerek¹⁶⁴ zayıf olanlar geri planda tutulur¹⁶⁵. Tüketicisi, ilgili işareti bütüncül algılar ve onun üzerindeki unsurları parçalara ayırmaz ve detaylara dikkat etmez¹⁶⁶. Tüm faktörlerden öne çıkan kriterler şunlardır¹⁶⁷: *i)* tescili talep edilen mal ve hizmetler, *ii)* genel izlenim, *iii)* anlamsal, işitsel, görsel benzerlikler, *iv)* ortalama tüketicinin marka olabilecek işaretlere yönelik algısı, *v)* markanın ayırt edici kuvveti, *vi)* seçenek özgürlüğü.

Bu belirleme yapılırken iki işaretin karşılaştırılmasında temelde **genel izlenime** bakılır. Ayırt ediciliği daha yüksek unsurlar, genel görünümü etkiler¹⁶⁸. Yine işaretlerin **anlamsal**, **görsel** ve **işitsel** benzerliği ortalama tüketicisi kitlesinin gözüyle kontrol edilir. Yapılacak incelemede bunların tamamının benzerliği aranmaz; birinin benzerliği bile iltibasa yol açabileceği gibi bunun tersi de geçerli olup birinin farklılığı dahi somut olayda iltibas önleyebilir. Bu nedenle her somut olayda iltibas vakıası kontrol edilir¹⁶⁹.

Tekrar pahasına vurgulayalım ki somut olaydaki **tüm faktörler** dikkate alınarak ortalama tüketici gözüyle yapılacak iltibas değerlendirmesinde **genel izlenim** esas alınır ve hem markaların/işaretlerin hem de mal/hizmetlerin benzerliği birlikte incelenerek bir neticeye varılır¹⁷⁰. Sonuçta ürünler arasındaki düşük benzerlik, markalar arasındaki yüksek benzerlikle

¹⁶⁴ ABAD, C-251/95, 11 November 1997 - Sabel, para. 23.

¹⁶⁵ ABGM, T-755/20, 10 November 2021- Nissan Motor, paras. 40, 59

¹⁶⁶ ABAD, C-468/01 P to C-472/01 P, 29 April 2004 - Procter & Gamble, paras. 44-46.

¹⁶⁷ Karasu, ucunu açık bırakarak bu faktörleri 9 başlıkta incelemiştir: *i)* genel izlenim, *ii)* hedef tüketici kitlesi, *iii)* önceki markanın ayırt edici gücü, *iv)* önceki markanın tanınmış olması, *v)* sözcük ve şekil kombinasyonundan oluşan markalarda iltibas değerlendirmesi, *vi)* kısa markalarda iltibas değerlendirmesi, *vii)* ad ve/veya soy isimden oluşan markalarda iltibas, *viii)* işaret benzerliği ile mal/hizmet benzerliğinin dengelenmesi, *ix)* diğer kriterler. Bkz. **Karasu(Suluk/Nal)** 217 vd.

¹⁶⁸ **Karasu**, Üç Boyutlu Markalar 341; **Şehirli Çelik**, Paskalya Tavşanlarının Hikâyesi 91 vd.

¹⁶⁹ **Yasaman/Yasaman**, Şerh, C. II, 931.

¹⁷⁰ ABAD, C-251/95, 11 November 1997-Sabel, paras. 22-23; ABAD, T-792/17, 12 July 2019 - MAN

Truck, paras. 81, 103. Formula 1 ihtilafında gerek ABAD gerekse EUIPO,  ile F1H2O markalarının benzer olmadığı, incelemede ikinci markanın F1 + H2O şeklinde parçalanarak değerlendirilmeyeceği, **genel izlenimin** esas alınacağı, markaların görsel ve fonetik bakımdan zayıf bir benzerlik taşıdığı, ikinci markanın kimyasal bir formüle benzediği, bu nedenlerle de iltibasın bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. ABAD, T-55/13, 21 April 2015 - Formula 1, paras. 41, 66-69.

veya bu durum tersten dengelenerek iltibas vakıası değerlendirilir¹⁷¹. Yani iltibasta dikkate alınacak faktörler birbirine bağımlı olup birbirlerini dengeler¹⁷². Yine anlamsal benzerlik, görsel ve işitsel benzerliği etkisizleştirebilir. Nitekim ABAD, Messi ve Massi markalarını bu gerekçeyle benzer bulmamıştır¹⁷³. Yargıtay da Çalık ve Çalım markalarını farklı bulmuştur¹⁷⁴. Örneğin Zirve ile Zırva anlam kayması nedeniyle normal şartlarda farklı kabul edilir.

Esaslı unsurlarda benzerlik varsa genel görünümde farklılık olmasına rağmen iltibasın varlığı sonucuna ulaşılabilir. Bazen de taraf markalarında ortak ibareler olmakla birlikte bir bütün olarak değerlendirildiğinde markaların farklı olduğu sonucuna ulaşılabilir¹⁷⁵. Genellikle bu halde marka olarak benimsenen işaretin ayırt edici gücü dağılmakta ve zayıflamaktadır. Örneğin, ABD içtihadında ortak unsuru Yummi ve Yummy olan aşağıdaki markalar farklı bulunmuştur. Mahkemeye göre çocuk vitamininin tüketicisinin, günlük malların ortalama tüketicisine kıyasla daha fazla dikkat düzeyi vardır ve bunları birbirine karıştırmaz¹⁷⁶:



Yine ABD içtihadında aşağıdaki markalar da farklı bulunmuştur. Yargıca göre taraf markalarının ortak paydası olan Saturday kelimesinin göreceli zayıflığı, taraflarca markanın kullanıldığı erkek ve kadın ürünleri arasındaki önemli mesafe ve üçüncü kişiye ait ünlü bir marka olan Kate Spade Sa-

¹⁷¹ ABAD, C-39/97, 29 September 1998 - Canon, para. 17; ABAD, C-766/18 P, 5 March 2020 - M. J. Dairies EOOD, para. 69; ABAD, T-564/22, 20 December 2023 - Pierre Balmain, para. 77; **Karasu (Suluk/Nal)** 224.

¹⁷² **Fhima/Denvir** 319; **Arkan** 97-98.

¹⁷³ ABAD, C-449/18 and C-474/18 - Messi, paras. 39-43.

¹⁷⁴ 11. HD, 25.4.2018, E. 2016/9255, K. 2018/3124.

¹⁷⁵ **Arkan** 99.

¹⁷⁶ Hero Nutritionals LLC v. Nutraceutical Corp., No. 11 Civ. 1195, 2013 WL 4480674 (C.D. Cal. Aug. 16, 2013) (**Beebe**, Trademark Law 472-473'ten naklen).

turday markasının içinde Saturday ibaresinin de bulunması, tüketicinin kafa karışıklığını bertaraf edici niteliktedir¹⁷⁷.



Buna karşılık ABD içtihadında Alliance v. Coalition davasında hem yerel mahkeme hem de bölge mahkemesi marka ihlaline karar vermiştir. Davalı, üst mahkemeye itirazında logolardaki kuşların farklı olduğu, birinin şahin diğerinin kartal olduğu savunması getirmiştir. Mahkeme yargıcı kuşların cinsinin önemsiz olduğu, ikisinin de benzerlik gösterdiği sonucuna ulaşmıştır. Yargıç, “kuşların baktıkları yön aynı, kanatları benzer” demiştir. Mahkemeye göre sadece Coalition yazısı farklıdır, fakat o da bütüncül bakışta markaları birbirinden ayırt etmek için yeterli değildir¹⁷⁸.



ABAD anlamsal, işitsel/fonetik ve görsel benzerliğe bakmakla birlikte bunlardan görsel ve işitsel olanların kararlardaki rolü, anlamın önüne geçmiştir. Bir araştırmaya göre benzerlik incelemesinde %90 görsellik, %88 işitsellik ve %51 oranında anlamsallık kararlarda rol oynamıştır¹⁷⁹. Sanıldığının aksine müşterinin bilinç düzeyi, ABAD kararlarında benzerlik incelemesi bakımından çok fazla etkili olmamıştır¹⁸⁰.

Esasen bir markanın koruma gücü ile onun derinlik ve genişlik anlamında koruma alanı kastedilmektedir. Bu yüzden **bir markanın koruma gücü ile kapsama alanı birebir örtüşmelidir**. Fakat uygulamadaki başvuru ve dava süreçlerinde yaşanan hatalar yüzünden önceki markaya genellikle hak ettiğinden daha fazla koruma sağlanır. Bunun farkında olan bazı teşebbüsler tanımlayıcı ve jeneriğe yakın işaretleri seçerek markalama stratejisi gütmektedir. Teşebbüsler, kelime markalarının yanında özellikle üç

¹⁷⁷ Kate Spade LLC v. Saturdays Surf LLC, 950 F. Supp. 2d 639 (S.D.N.Y. 2013). (Beebe, Trademark Law 475’ten naklen).

¹⁷⁸ Alliance for Good Gov’t v. Coalition for Better Gov’t, 901 F.3d 498 (5th Cir. 2018) (Beebe, Trademark Law 475-476’dan naklen).

¹⁷⁹ Fhima/Denvir 328-329.

¹⁸⁰ Fhima/Denvir 338.

boyutlu şekiller üzerinden marka sistemini zorlamaktadır. ABAD'ın kararlarına konu Philips (tırış makinesi), Dyson (elektrik süpürgesi) üç boyutlu marka başvuruları reddedilmiştir. Coca Cola'nın 200 cc'lik şişesi, Nutella'nın kavanozu dünya çapında marka olarak tescillenmiştir. Buna karşılık Nestle'nin kırmızı kupası EUIPO nezdinde reddedilmiş (003473717), fakat ülkemizde tescil edilmiştir (2003 02675; 2003 06709; 2014 100573). Dünya genelinde koruma tekerinin hızlanması, direksiyonun koruma yönüne kırılarak *tam kümülatif koruma* ilkesinin yaygın bir şekilde uygulanmasının da etkisiyle sınırları test eden bu tür stratejik marka başvuruları son yıllarda çoğalmıştır. Sınırların ne kadar zorlandığı ve bunda da ne kadar başarılı olduğu, sistemin iyice yozlaştığına ilişkin pek çok üç boyutlu marka örnekleri *Varolgüneş*'in çalışmasında incelenmiştir¹⁸¹.

Yapılan saha çalışmalarında ABD, AB, Hollanda ve Avustralya gibi ülke ve bölgelerde marka hukukunda iltibas değerlendirmesinde ampirik çalışma sonuçlarının az miktarda etkili olduğu gözlemlenmiştir. Yargıçlar, yapılan anket çalışması gibi verilerden ziyade somut olayda kendi algılarına ağırlık vermişlerdir. Bunda da ampirik çalışmaların manipülatif olma kaygısı etkili olmuştur¹⁸². *Anemaet*'in Hollanda'da verilen 189 mahkeme kararı üzerinde yaptığı araştırmanın sonuçları ilgi çekicidir. Buna göre marka sahipleri iltibas davalarının %65'ini kazanmıştır. Aynen diğer ülke ve bölgelerdeki kararlara benzer şekilde bunda en çok *markaların/işaretlerin benzerliği* etkili olmuştur¹⁸³.

Vurgulayalım ki ayırt ediciliği kuvvetli markalara kıyasla, **zayıf markalara ilişkin davaları genellikle marka sahibi kaybetmiştir**. Bu bulgular ABAD kararları için de geçerlidir¹⁸⁴. Zira anlamsal, işitsel ve görsel öğelerden ayırt edici ve baskın unsura ağırlık verilmekte, bu da hakimlerin dikkatini *benzerliğe* çekmektedir¹⁸⁵. *Anemaet*, içtihatlarıyla ABAD'ın, mahkemeleri bu yöne sevk ederek geniş koruma vermeleri yönünde cesaretlendirdiği tespiti yapmaktadır¹⁸⁶.

Gerek bir işaretin marka olabilmesinde gerekse iltibas incelemesinde somut olayın tüm özellikleri (*all factors*) dikkate alınarak *global/genel/*

¹⁸¹ *Varolgüneş* 36 vd.

¹⁸² *Anemaet*, Real Consumer 1011-1012.

¹⁸³ *Anemaet*, Real Consumer 1014-1015.

¹⁸⁴ *Anemaet*, Real Consumer 1018.

¹⁸⁵ *Anemaet*, Real Consumer 1018

¹⁸⁶ *Anemaet*, Real Consumer 1021.

bütüncül değerlendirme yapılır¹⁸⁷. Global değerlendirme ışığında iki işaret arasında iltibas incelemesinde, mal ve hizmetin hitap ettiği ortalama tüketici üzerindeki bıraktığı *genel izlenim* esas alınarak bir sonuca varılır¹⁸⁸. Bu da logo, yazım stili, renk ve birden çok kelimedenden oluşan karma/kombine markaların bütüncül değerlendirilmesini gerektirir. Buna öğretide “global değerlendirme” veya “markanın bir bütün olarak değerlendirilmesi ilkesi” denir¹⁸⁹. Bu ilke gereği Baby-Dry¹⁹⁰ ve RapidBike’ta olduğu gibi aslında tasviri veya jenerik ifadeleri içeren birden çok unsurun sıra dışı dizilişleriyle marka oluşturulabilir. Bazen bu tür unsurlar, karmaşık bir işaretteki konumu nedeniyle tüketicilerde marka etkisi bırakabilir¹⁹¹.

Yine ilgili mal/hizmetin ortalama tüketici kitlesinin gözünden bir değerlendirme yapılarak iltibas olgusu karara bağlanır. Mal veya hizmetin iyi ve makul düzeyde bilgilendirilmiş ve makul düzeyde gözlemci ve dikkatli ortalama tüketicilerden oluşan halk kesiminin algısı esas alınır¹⁹². ABAD’a göre ortalama tüketici, işareti bir bütün olarak algılar, çeşitli detaylarını incelemeyi. Bu nedenle de işaretin ayırt ediciliğini tespit ederken bir bütün olarak verdiği izlenime bakılır¹⁹³.

Tüketicinin dikkat seviyesi ölçülürken satın almadaki dikkat süresi, ürünün ekonomik değeri, yabancı dil¹⁹⁴ gibi faktörler dikkate alınır ki bu da iltibas olgusunun belirlenmesini hem zorlaştırır hem de her somut olayda ayrı ayrı incelemeyi gerekli kılar.

Tüketiciler ise mal/hizmetin türüne bağlı olarak değişir. Bir genelleme yapılırsa çikletler çocuklara, ev temizlik malzemeleri ev hanımlarına ve

¹⁸⁷ ABAD, C-251/95, 11 November 1997 - Sabel, paras. 22-23; ABA ABAD, C-39/97, 29 September 1998 - Canon, para. 16; ABAD, C-342/97, 22 June 1999 - Lloyd Schuhfabrik Meyer, para. 18; ABAD, C-473/01 and C-474/01, 29 April 2004 - Procter&Gamble, para. 44.

¹⁸⁸ ABGM, T-134/06, 13 December 2007 - XENTRAL v OHIM, para. 65.

¹⁸⁹ **Çolak**, Marka 277; **Suluk**, Mütalaalarım I 259;

¹⁹⁰ ABAD, C-383/99 P, 20 September 2001 - Procter & Gamble.

¹⁹¹ ABGM, T-134/06, 13 December 2007 - XENTRAL v OHIM, para. 54.

¹⁹² ABAD, C-468/01 P to C-472/01 P, 29 April 2004 - Procter & Gamble, para. 33; ABAD, C-53/01 to C-55/01, 8 April 2003, para. 41.

¹⁹³ ABAD, C-468/01 P to C-472/01 P, 29 April 2004 - Procter & Gamble, para. 44; ABAD, C-144/06 P, 4 October 2007 - Henkel, para. 39.

¹⁹⁴ Estonca’da ekmek anlamına gelen *Leiba* kelimesi ülkemizde ekmek emtiası için marka olabilir. Çünkü tüketici kesimi anılan dili bilmemektedir. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi İsviçre’de yaşayan Türklerin bulunduğu, Türkçe’nin az çok bilindiği gerekçesiyle içkiler için “Yeni Rakı”nın marka olamayacağını içtihat etmiştir. “Yeni” ifadesinin de “Rakı”yı tanımladığı ve çok genel olduğu için ayırt edicilik katmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. 7.4.1994 - GRUR Int. 1996, s. 837-838 (**Arkan** 80’den naklen).

ilaçlar da doktor ve eczacılara hitap eder. Yine günlük tüketilen ürünler yönünden ortalama tüketicinin dikkat seviyesi düşükken, dayanıklı malları satın alırken tüketiciler daha dikkatli davranır. Dikkat seviyesi, istisnai kullanımı olan ve yüksek değeri bulunan ürünlere doğru giderek artar¹⁹⁵.



Önceki markanın zayıflığı, tek başına iltibas bertaraf etmemekte, diğer faktörlerle (*all factors*) birlikte değerlendirme yapılarak bir sonuca varılmaktadır. Kuvvetli markalar yönünden aynı/benzer emtiaya konulacak mesafe uzamakla birlikte, korumanın diğer mal/hizmetlere sirayetinde iltibasın nereden bittiğinin tespiti zorluk çıkarmaktadır. Bütüncül değerlendirme ışığında ve tüm faktörler dikkate alınarak marka ile mal/hizmet ilişkisi de göz önünde tutularak somut olayda iltibasın bulunup bulunmadığı kontrol edilmektedir.

Normal şartlarda tüketici, daha iyi bildiği, tanıdığı bir markayı, diğer markalardan daha iyi ve kolay ayırt eder. Bir kişi, nasıl ki yakın akrabalarını ve arkadaşlarını başka insanlarla karıştırmazsa tüketici de iyi bildiği/tanıdığı markayı, başka markalarla karıştırmaz. Yakın çevresine kıyasla kişinin, uzaktan tanıdığı insanları birbirine karıştırma ihtimali daha yüksektir. Yine insanlar, sıradan insanlara kıyasla ünlü insanları daha iyi tanır, ayırt eder. Benzer şekilde kulak veya burun gibi uzuvlarında orantısızlık bulunan ya da özürlü olan “sıra dışı kişiler” de “sıradan kişilere” kıyasla daha kolay fark edilir. Aynı durum markalar bakımından da geçerlidir. İşte tabiatı gereği sıra dışı işaretler, sıradan veya ayırt ediciliği düşük/jeneriğe yakın işaretlere kıyasla daha kolay ayırt edilir. Bu durum tanınmış markalar için de geçerlidir. Fiili gerçek böyledir. Sonraki başlıklarda detaylandırılacağı üzere, devreye “**hukuki faraziye**” girmekte ve marka koruması bakımından bu “**fiili gerçek**” her zaman dikkate alınmamaktadır.

C. GENEL KABUL

1. Genel Olarak

ABD ve AB hukuklarında **ayırt edici gücü fazla olan markaların, koruma kuvvetlerinin de arttığı ve iltibas tehlikesinin fazlaştığı genel kabuldür**¹⁹⁶. *Fiili gerçek (de facto)* böyle olmasa bile *hukuki kabul (de jure)* bu yöndedir.

¹⁹⁵ ABAD, T-460/05, 10 October 2007 - Bang & Olufsen A/S, paras. 32-35. Ayrıca bkz. **Karasu (Suluk/Nal)** 218-219.

¹⁹⁶ **Öztek** 16-17; **Arkan** 100; **Balık/Bektaş** 2, 5; **Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak** 853-854.

Genel kabule göre tabiatı gereği bir işaretin ayırt edici gücü ne kadar fazlaysa koruması da o kadar kuvvetli olur. Buna göre ayırt ediciliği kuvvetli markalar daha fazla iltibasa yol açar; böyle bir markaya yakınlaşmaya da izin verilmez. Oysa zayıf markaya yakınlaşma tolere edilir ve ufak bazı değişikliklerin yapılması iltibas bertaraf etmeye yeterli gelebilir¹⁹⁷. Bu genel kabul hem doğuştan ayırt ediciliği güçlü hem de sonradan yapılan yatırımla kuvvetlendirilen (tanınmış) markalar bakımından geçerlidir.

Bu yaklaşım en iyi tanınmış markalar üzerinden anlatılabilir. Bir üst başlıkta vurgulandığı üzere gerçek hayatta tüketiciler tanınmış markaları, ünlü insanlara benzer şekilde daha iyi fark ederler. Örneğin McDonald's'ın logosundaki "M" harfinin kıvrımlarına ve renk tonuna kadar tüketici aklında tutarken, sıradan bir markanın logo veya yazım stilini ya hiç hatırlamaz ya da zar zor anımsayabilir. Buna rağmen hukuki rejim bunun aksinedir ve tanınmış markalar bakımından iltibas tehlikesinin arttığı faraziyesinden hareket edilir. Bu hukuki varsayımdan hareketle tanınmış markaya hem işaret olarak hem de mal/hizmetlere yakınlaşılmasına izin verilmez. Oysa gerçek bunun tam tersidir; tüketici, zayıf veya sıradan markalara kıyasla kuvvetli ve tanınmış markaları daha iyi fark eder. Bu durumu dikkate alan bazı yazarlar, dünya genelindeki mer'i hukuki rejimi eleştirerek marka hukukunda reform önermektedir. Bu görüşler bir sonraki başlıkta *yeni yaklaşım* adı altında detaylandırılacaktır.

Genel kabule göre önceki markanın ayırt edici gücünün yüksek olması, iltibas artırır ve başka markaların ona yakınlaşmasına müsaade edilmez. Zira **telif ve tasarımlara benzer şekilde markanın koruma kuvveti, diğer markaların yakınlaşma mesafesini uzatır**. Üçüncü kişilerin zayıf markaya yakınlaşmasında toleranslı davranılırken kuvvetli olanlara yakınlaşmasına müsamaha gösterilmez. Bu yakınlaşmadaki tolerans seviyesi markanın koruma kuvvetine bağlı olarak değişir. Önceki markanın (ayırt edici) gücü ne kadar fazlaysa, sonradan gelen markalar iltibastan kaçınmak için o kadar uzun bir mesafe koymalıdır. Bunun tersi de geçerlidir. Bu durum hem doğuştan ayırt edici hem de sonradan tanıtılan (tanınmış) markalar için geçerlidir. Markanın tanınmışlık düzeyine bağlı olarak yakınlaşma mesafesi kademe kademe belirlenir. Diyelim ki sektöründe tanınmış bir marka ile süper tanınmış bir markaya konulacak mesafe farklıdır. Yani SMK 6/4 ve 5'teki düzenlemeye rağmen tanınmış markalar, bir kategori olmayıp bunların tanınmışlık dereceleri her bir somut olayda ayrı ayrı tespit edilir.

¹⁹⁷ Arkan 100; Karasu(Suluk/Nal) 219 vd.

Öğretide tanınmış markalara daha fazla koruma verilmesi geleneğinin Alman hukukundan kaynaklandığına işaret edilmektedir¹⁹⁸. Alman içtihadı, tanınmış markaların daha fazla koruma görmesi gerektiğini markanın sulandırılmasına (*dilution*) bağlarken ABAD, içtihatlarında bu konuya değinmeksizin aynı sonuca varmaktadır¹⁹⁹.

Doğuştan ayırt edici gücü kuvvetli veya sonradan tanıtılan bir markanın daha fazla karıştırılacağı yönündeki (ve dayanağını Alman içtihadında bulan²⁰⁰) **genel kabulün** altında şu gerekçeler yatmaktadır²⁰¹:

- i) Ayırt ediciliği kuvvetli markayı beyin daha iyi algılar, fakat tüketici, benzeriyle karşılaştığında ön kabulle hareket ederek kuvvetli markayla irtibatlandırır.
- ii) Tanınmış markaya benzeyen markayla karşılaşan tüketici, düşünmeyi bırakarak tanınmış markayı sanarak hareket eder.
- iii) Tüketici, ayırt ediciliği güçlü markanın farklı mal/hizmetlerde kullanılmasında da irtibat kurarak dolaylı karışıklık (*indirect confusion*) gündeme gelir.

Bu yüzden AB Marka Yönergesinin (2015/2436) 16 no.lu gerekçesinde tanınmış markaların daha fazla karışıklığa yol açacağına işaret edilmiştir. Benzer yaklaşımla EUIPO Kılavuzuna²⁰² göre (No. 2.2.2) önceki işaret, minimum düzeyde ayırt edici olmalı ki korumayı hak etsin. Hak edilen korumanın da derecesini/kuvvetini, o işaretin ayırt edici gücü belirler. **ABAD da değişik kararlarında ayırt edici gücü fazla olan markanın koruma gücünün de arttığına hükmetmiştir**²⁰³. Dolayısıyla tanınmış markalara hem işaret hem de emtia bakımından yakınlaşamaz. Tekrar pahasına vurgulayalım ki ilgili tüketici, normal markalara kıyasla gerçekte tanınmış markayı daha iyi ayırt eder ve karıştırmaz²⁰⁴. Bununla birlikte ironik bir şekilde ta-

¹⁹⁸ Johnson 189-190.

¹⁹⁹ Johnson 191.

²⁰⁰ Johnson 189-190.

²⁰¹ Johnson 193-194.

²⁰² <https://guidelines.euipo.europa.eu/1803468/1787258/trade-mark-guidelines/2-2-2-impact-of-the-low-distinctiveness-of-the-earlier-mark> (erişim; 26.7.2024).

²⁰³ Bu konuda ABAD'ın çok sayıda kararı vardır. Örnekler: ABAD, C-251/95, 11 November 1997 - Sabel, para. 24; ABAD, C-39/97, 29 September 1998 - Canon, para. 15, 18; ABAD, C-398/07 P, 7 May 2009 - Waterford Wedgwood plc, para. 33; ABAD, C-766/18 P, 5 March 2020 - Halloumi, para. 70.

²⁰⁴ Bu yönde Beebe/Hemphill 1340.

nınmış markanın koruma kabuğu kalın olduğu için üçüncü kişilerin yaklaşmasına yine de izin verilmez.

Bu yaklaşım AB hukukuyla da sınırlı değildir. Amerikan marka hukukunda Play-Doh oyun hamurunun sahibinden ismini alan ve bugün genel kabul gören ***Kenner Doktrini***²⁰⁵ göre **bir markanın tanınmışlığı ne kadar güçlüyse koruma kabuğu da o kadar kalındır**²⁰⁶.

Son olarak belirtelim ki Türk doktrini, başta Alman öğretisi olmak üzere yabancı literatüre atıfla aynı sonuca ulaşmaktadır²⁰⁷.

2. Genel Kabulün İctihada Yansıması

İltibasla ilgili gerek marka ofislerinin gerekse mahkemelerin verdiği sayısız karar vardır. Aşağıda bu kararlardan örnekleme yapılarak ilgili otoritelerin iltibasa nasıl yaklaştıkları okuyucu gözünde daha anlaşılır kılınmaya çalışılacaktır.

EUIPO, aslında zayıf nitelikte olan ve aşağıda örnekleri verilen önceki markayla, sonraki markanın 43. sınıftaki geçici konaklama hizmetlerinde iltibasa yol açtığı sonucuna varmıştır²⁰⁸:



Zira bu iki marka arasında, stilizasyon haricinde büyük bir benzerlik vardır ve diğer unsurlarla birlikte değerlendirildiğinde iltibas gerçekleşmiştir.

Yine EUIPO'ya göre aşağıdaki markalar da 25. sınıftaki giysilerde benzerdir²⁰⁹:



²⁰⁵ US Fed. Cir. 1992, 963 F.2d 350, 351.

²⁰⁶ Bkz. **Beebe/Hempill** 1344 vd.

²⁰⁷ **Öztek 16; Arkan 100; Çolak**, Marka 334.

²⁰⁸ EUIPO, 13.06.2012, T-277/11, EU:T:2012:295 - <https://guidelines.euipo.europa.eu/1803468/1787258/trade-mark-guidelines/2-2-2-impact-of-the-low-distinctiveness-of-the-earlier-mark> (erişim; 31.1.2025).

²⁰⁹ EUIPO, 15.10.2015, T-642/13, EU:T:2015:781 - <https://guidelines.euipo.europa.eu/1803468/1787258/trade-mark-guidelines/2-2-2-impact-of-the-low-distinctiveness-of-the-earlier-mark> (erişim; 31.1.2025).

Buna karşılık EUIPO'ya göre aşağıdaki markalar 39. sınıftaki taşımacılık hizmetlerinde benzer değildir. Çünkü ilk markanın ayırt edici gücü zayıf olduğu gibi ikinci markadaki TPG unsuru fonetik ve anlamsal olarak markaları farklılaştırmaktadır²¹⁰.

POST

TPG POST

EUIPO'ya göre şu markalar da fonetik ve görsel benzerlik düşüklüğü yüzünden iltibas teşkil etmez²¹¹.

F1

F1H2O

Genel kabulden hareketle ABAD'a göre de bir markanın ayırt edici gücü ne kadar kuvvetliyse iltibas tehlikesi o derece artar. Bunun tersi de geçerlidir²¹². ABAD'ın BSH Boch kararına göre daha önce Compressor markası 7. sınıfta tescilli, sonradan yapılan Compressor Technology marka başvurusu reddedilmelidir²¹³. ABAD'a göre önceki Compressor markasının zayıf olduğu bir gerçek olmakla birlikte taraf markaları yüksek derecede benzerlik taşıdığından iltibas gerçekleşmiştir. Yani önceki markanın zayıflığı, kategorik olarak iltibas bertaraf etmez; bu zayıflık da dahil olmak üzere somut olayın tüm özellikleri (*all factors*) incelenerek bir sonuca varılır. Tescilli Compressor markasının, ilgili mal/hizmetler yönünden ayırt edici olmadığı iddiası ise hükümsüzlük davasının konusudur²¹⁴.

Markaların koruma kuvveti ABD içtihadında da yoğun olarak tartışılmıştır. ABD içtihadında iltibas değerlendirmesinde ismini aynı davadan alan *Polaroid faktörleri* geliştirilmiştir²¹⁵: i) önceki markanın ayırt edici gücü, ii) iki markanın benzerlik derecesi, iii) mal/hizmetlerin yakınlığı, iv) önceki marka sahibinin boşluğu kapatma olasılığı, v) karışıklığın gerçekleştiğine ilişkin deliller, vi) sonraki markanın seçiminde iyi niyet, vii) mal/hizmet kalitesi, viii) müşteri-

²¹⁰ EUIPO, 13.05.2015, T-102/14, EU:T:2015:279 - <https://guidelines.euipo.europa.eu/1803468/1787258/trade-mark-guidelines/2-2-2-impact-of-the-low-distinctiveness-of-the-earlier-mark> (erişim; 31.1.2025).

²¹¹ ABGM, T-55/13, 21 May 2015 - Formula 1, paras. 66, 69.

²¹² ABAD, C-43/15 P, 8 November 2016 - BSH Bosch, para. 62; ABAD, C-705/17, 12 June 2019 - Patent- och registreringsverket, para. 42; ABGM, T-602/19, 5 October 2020, Eugène Perma France, para. 56; ABGM, T-70/20, T-70/20, 12 May 2021 - Metamorfoza, para. 95.

²¹³ ABAD, C-43/15 P, 8 November 2016 - BSH Bosch, paras. 61 vd.

²¹⁴ Kararın bir kritiği için bkz. **Basire/Darnand** 723 vd. Yazarlar, ABAD'ın bu kararına karşı zayıf markanın hak ettiğiinden daha fazla korunduğu eleştirisini getirmektedir. Bkz. s. 724.

²¹⁵ Polaroid Corp. v. Polarad Elecs. Corp., 287 F.2d 492, 495 (2d Cir.1961). Karar metni için bkz. https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1961_Polaroid_Abridged.pdf (erişim; 17.8.2024).

lerin bilgi düzeyi. İçtihadı göre Polaroid faktörlerinden biriyle sonuca varılmaz, bu faktörler *birlikte* değerlendirilir. Belirtelim ki ABD içtihadı, iltibasın gerçekleştiğine ilişkin bunlardan en fazla *gerçek delillere* ağırlık vermektedir²¹⁶.

Önceki markanın zayıflığı/yeterince güçlü olmayışı nedeniyle sonraki-leri engelleyemediği durumlar vardır. Finans sektöründeki Sterling ve Citizens kararları bu yönde çıkmıştır²¹⁷. Mahkemeler bu kararlarda sözü edilen markaların o sektörde yaygın olduğunu gerekçe yapmışlardır. Buna karşılık finans sektöründe çok sayıda benzer marka ya da ticaret unvanı (125 adet) olmasına rağmen Lexington kararı aksi yönde çıkmıştır²¹⁸. Kararda önceki işaretlerin bulunması, onların yoğun olarak kullanıldığını ve sonraki markanın ayırt edici gücünü zayıflattığını tek başına göstermez²¹⁹.

3. Türk İçtihadındaki Durum

Sınırdan duran işaretler için Türk Patent'in 2021 tarihli Marka İnceleme Kılavuzunda şu örnek verilmiştir²²⁰: *"CETVEL' ibaresi için 41. sınıftaki eğitim-öğretim hizmetlerinde yapılan bir başvuru olup her ne kadar 'CETVEL' ibaresi bu hizmetlerde kullanılan bir kavram olsa da, anılan hizmetlerle doğrudan bir bağlantısı olmadığından tesciline karar verilmiştir"*.

Konu Yargıtay'ı fazlasıyla meşgul etmiştir. Aşağıda iki ayrı tabloda verdiğimiz marka örneklerinde *tüm faktörler* dikkate alınmakla birlikte daha ziyade kuvvetli/zayıf marka ve tanınmış marka gibi olgular üzerinden hareket edilerek *genel kabul* doğrultusunda içtihat oluşturulmuştur. Genel kabule uygun olarak Yargıtay ilkeyi şöyle koymuştur²²¹:

... Zayıf markaların ayırt edici gücü yüksek markalar gibi korunmasının mümkün olmadığı, **zayıf markaları** adına marka olarak **tescil ettirenlerin**, sonraki zamanlarda **anılan işaretleri başkalarının da diğer ayırt edici eklerle birlikte tescil edilebileceğini öngörmeleri ve buna katlanmaları gerektiği** ...

²¹⁶ Lever Bros. Co. v American Bakeries, 693 F.2d 251, 253 (2d Cir. 1982). Karar metni için bkz. <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c3d4add7b049347c95d3> (erişim; 17.8.2024).

²¹⁷ Buna göre "Sterling Acceptance Corporation" ile "Sterling Associates" benzer değildir. Bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/227/454/2529823/> (erişim; 17.8.2024). Yine "The Citizens Bank of Philadelphia" ve "Citizens National Bank of Meridian" markaları benzer değildir. Bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/157/713/2470345/> (erişim; 17.8.2024).

²¹⁸ Karar metni için bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/10/271/2466040/> (erişim; 18.8.2024).

²¹⁹ Bu kararların bir analizi için bkz. **Weiner/Azzopardi** 185 vd.

²²⁰ **Türk Patent**, Marka İnceleme Kılavuzu 93.

²²¹ 11. HD, 8.1.2020, E. 2019/1552, K. 2020/157.

Bu prensipten hareketle Yargıtay aşağıdaki markaları **farklı bulmuş-tur**. Bu kararlarda Yargıtay, ağırlıklı olarak önceki markanın *zayıflığından* hareket etmiştir:

Şekil 22: Yargıtay'ın Farklı Bulduğu Marka Örnekleri

Önceki Marka	Sonraki Marka	Yargıtay Kararı
TAMDEM ÇAY+ŞEKİL, DEMLU ÇAY+ŞEKİL, HERDEM YEŞİL+ŞEKİL, BOLDEM, SERENDEM	DOĞUŞ HER DEM TOPRAK İÇİN+şekil	11. HD, 8.1.2020, E. 2019/1552, K. 2020/157
Bsm HAMUR ŞEKERİM	ŞEKERİM	11. HD, 18.12.2019, E. 2019/1761, K. 2019/8278
CHESTERFIELD BLUE LINE	BLUE LINE	11. HD, 18.12.2019, E. 2019/1604, K. 2019/8275
D.REAM AKADE- Mİ+ŞEKİL	DREAM+ŞEKİL	11. HD, 12.12.2019, E. 2019/4962, K. 2019/8158
GreenMax+şekil	GREEN	11. HD, 25.11.2019, E. 2019/983, K. 2019/7453
Global Operations Local Solutions	Global Servisler Profesyonel Çö- zümler	11. HD, 29.4.2019, E. 2018/1585, K. 2019/3252
AKILLI EV	TTNET Akıllı Evim	11. HD, 27/11/2017, E. 2016/4095, K. 2017/6610; 11. HD, 9.10.2019, E. 2018/1532, K. 2019/6342.
Art İstanbul	Art Anadolu	11. HD, 12.6.2019, E. 2018/3370, K. 2019/4332.
halk fun simit kraker, halk fun kraker+şekil, Funchips, Funcips, T- FUN", "CANDY FUNS	Fun day	11. HD, 3.2.2020, E. 2019/2965, K. 2020/860
KALAJ	COLOSSAL KALAJ	11. HD, 6.1.2020, E. 2019/1584, K. 2020/73
ALGIDA MARAŞLIM	GOLF MARAŞLIM- GOLF MARAŞIM	11. HD, 16.12.2019, E. 2019/1688, K. 2019/8213
IDEASOFT	IDE SOFT	11. HD, 14.1.2020, E. 2019/4842, K. 2020/371

Bu bağlamda Yargıtay, finans sektöründe Turuncu markasına ilişkin şu değerlendirmeyi yapmıştır²²²:

TURUNCU HESAP ibareli marka başvurusuyla, ... TURUNCU 24 KREDİSİ ibareli markası arasında, kapsamlarında yer alan hizmetler bakımından biçim, renk, grafik unsurlar, düzenleme ve tertip tarzı itibarıyla görsel, sesçil ve anlamsal olarak ortalama tüketicileri iltibasa düşürecek derecede bir benzerlik bulunmadığı, TURUNCU 24 KREDİSİ ibareli markanın tanınmış marka olmadığı, esasen bu markanın tanınmış sayılsa bile yine iltibas yanıltabilecek derecede benzerlerine karşı korunabileceği, sadece TURUNCU sözcüğünü içeren her markanın tescil başvurusunu engelleyebileceği sonucuna varılmasının mümkün olmadığı ...

Sözünü ettiğimiz **genel kabul** doğrultusunda Yargıtay şu içtihadta bulunmuştur²²³:

... (Davacı markasının) tanınmış bir marka olduğu, davacının ... ibareli markasının özellikle tüm piyasalarda tek bulunduğu, orijinal bir işaret olduğu, reklâm değerinin yüksek ve gücünün kuvvetli bulunduğu, tanınmışlık derecesinin faaliyette bulundukları ilgili sektörün dışına da taşmış olduğu, 19 / 24 / 25 / 29 / 31 / 32 / 35 / 36 / 37 / 39 / 42. sınıf ürün ve hizmetlerle farklı tür sayılabilecek mal ve hizmetlere karşı da 556 Sayılı KHK'nın 8/4. maddesi hükümlerine göre korunması gerektiği, davalının davacı markasının itibarından haksız biçimde yararlanacağı, davacı markasının piyasada tek olması, orijinal bir işaret olması ve tanınmışlık derecesinin kendi sektörü dışına da taşmış bulunması karşısında davalı başvurusunun tescilinin, davacı markasının tanınmışlığından doğan imajın transferine neden olacağı, davacı markasının gücünün ve etkileme alanının zayıflamasına da neden olabileceği, ...

Aynı yaklaşımdan hareketle Yargıtay aşağıdaki markaları **benzer bulunmuştur**. Bu kararlarında ise Yargıtay, önceki *markanın ayırt edici kuvvetinden* (işaretin doğuşundan ziyade sonradan katılan tanınmışlığından) hareket etmiştir:

Şekil 23: Yargıtay'ın Benzer Bulduğu Marka Örnekleri

SAHİB, SAHİBİNDEN	b sahibi bu	11. HD, 25.11.2019, E. 2019/445, K. 2019/7479
W	WX	11. HD, 09.12.2019, E. 2019/1232, K. 2019/7964
LEZİZ	LEZİZİM	11. HD, 16.12.2019, E. 2019/1582, K. 2019/8225
DİREN CADDE	GÖKKAYA CADDE	11. HD, 15.1.2020, E. 2019/2185, K. 2020/445
SABAH	HERSABAH	11. HD, 14.1.2020, E. 2019/2006, K. 2020/360

²²² 11. HD, 30.4.2014, K. 2013/9101, K. 2014/8109.

²²³ 11. HD, 28.11.2018, E. 2017/1894, K. 2018/7439.

D. YENİ YAKLAŞIM

Yukarıda açıklanan genel kabul *normatif yaklaşımı (hukuki faraziyeyi)* yansıtmaktadır. Buna karşılık yeni bir akım ise *ampirik yaklaşımdan (fiili gerçekten)* yanadır²²⁴.

Öğretide genel kabule ilişkin yaklaşım eleştirilerek bunun bir *hukuki kurgudan* ibaret olduğu, gerçeği yansıtmadığı, hukuk politikası gereğince benimsendiği üzerinde durulmuştur²²⁵. *Johnson, Beier*'e atıfla iltibasın, hukukun değil gerçeğin konusu olduğuna dikkat çekmektedir²²⁶. Aksi kanaatteki *Tobias Cohen Jehoram, Constant van Nispen* ve *Tony Huydecoper* gibi yazarlara atıf yapan *Anemaet* ise bu yazarların iltibas incelemesinin gerçek değil, hukuki bir test olduğu yönündeki kanaatlerini aktarmaktadır²²⁷. *Anemaet, Jeremy Philips*'in ABAD'ın içtihadını eleştiren ve gerçeğe aykırı olduğu yönündeki görüşünü de paylaşmaktadır²²⁸.

Yeni yaklaşıma göre bir markanın ayırt edici gücü ne kadar fazlaysa tüketici o markayı o kadar iyi ayırt eder, detaylarını bile hatırlar ve karıştırmaz. Pazarlama literatüründeki bulgular da tanınmış/ayırt ediciliği güçlü markaların daha iyi hatırlandığı yönündedir²²⁹. Zira özellikle **tanınmış marka sahipleri, tüketicileri ayırt etme konusunda iyice “eğitmiş”tir**. “Eğitilmiş tüketici”, markayı en ince ayrıntısına kadar fark edebildiği için süper güçlü markaların, daha zayıf markalara kıyasla koruma kabuğunun incelendiği savunulmuştur²³⁰. Yazarlar, güçlü marka ile koruma kapsamının genişlemesi arasındaki ilişkiyi inkâr etmemekle birlikte, bunun her zaman doğru olmadığı, McDonald's ve McTeddy McKinley, McLanguage marka örneklerinden yola çıkarak bazen süper güçlü markaların, daha az karıştırılma tehlikesine yol açtığı için üçüncü kişilerin bu markalara daha fazla yaklaşabileceği tezini savunarak marka hukukunda reform önermektedir²³¹. Bir çalışmasında *Beebe*, bazı yabancı mahkeme kararlarının istisnai hallerde ayırt edici gücü kuvvetli markanın, zayıf markalara kıyasla daha az

²²⁴ *Beebe/Hempill* 1341 vd.; *Fhima/Denvir* 330; *Anemaet* 188 vd., özellikle 197-198. *Johnson* da kuralın belirsizlik yarattığı ve AB'de kural değişikliğine gidilmesi gerektiği üzerinde durmaktadır. Bkz. s. 209.

²²⁵ *Johnson* 185 vd.

²²⁶ *Johnson* 191.

²²⁷ *Anemaet* 194.

²²⁸ *Anemaet* 193.

²²⁹ *Johnson* 196 dpn. 83'te anılan yazarlar.

²³⁰ *Beebe/Hempill* 1341 vd.

²³¹ *Beebe/Hempill* 1393, 1396.

karıştırıldığı yönünde karar verme cesareti gösterdiğine örnekler vermiştir²³². Yine yazar, aynı eserinde bir araştırma sonucunun güçlü kuvvetli markanın, ayırt edici karakterinin zarar görmesine karşı bağışıklığının yüksek olduğu bulgusuna ulaşıldığını da aktarmaktadır²³³.

Son olarak, Avustralya içtihadında ise güçlü ayırt ediciliğin ve tanınmışlığın daha fazla karışıklığa yol açmadığına vurgu yapılmıştır. Bu nedenle de iltibas değerlendirmesinde kuvvetli ve zayıf markalara *nötr yaklaşılmalıdır*²³⁴.

E. GÖRÜŞÜMÜZ

Genel kabuldeki ayırt edici gücü yüksek markanın daha fazla iltibasa yol açtığı önermesinin temelde “hukuki kurgu” olduğu bizce de doğrudur. Gerçekten de tüketiciler, ayırt ediciliği güçlü markaları zayıf olanlara kıyasla daha iyi ayırt ederek fark eder. Bu durum hem tanınmışlığı olmayan hayali/uydurma ve rastlantısal markalar (doğuştan ayırt ediciliği güçlü markalar) hem de tanınmış markalar (ayırt ediciliği sonradan kuvvetlendirilen markalar) bakımından geçerlidir. Ancak bu gerçek, aşağıda saydığımız nedenlerle ayırt edici gücü yüksek markanın, daha az korunacağı, yani koruma kuvvetinin zayıflayacağı ve böylece bunlara daha fazla yakınlaşılabilceği sonucunu doğurmamalıdır²³⁵. Bu bağlamda örneğin Crown, Elit, Eriş, Motif ve Virgin gibi markalar, tüketicilere hemen tüm sınıflarda tanındık gelir. Çünkü bu tanındıklık aslında tanınmışlıktan ziyade işaret ile emtia arasındaki doğal bağdan kaynaklanmaktadır. Oysa Mcdonald’s, Burger King ve Coca Cola böyle değildir. Ne var ki öğretilerde²³⁶ vurgulandığı üzere, yine de Virgin’e, Mcdonald’s’tan daha fazla koruma verilmemelidir:

i) Aksi yöndeki bir uygulama, elinizdeki çalışmanın ana teması olan *ne katarsan onun karşılığını alırsın / ne ekersen onu biçersin* kuralına aykırı olacaktır. Bu nedenle fikri mülkiyet korumasının (markaya yatırımın) teşvik ve ödüllendirme amacı bertaraf edilmiş olur olur.

²³² Beebe, Trademark Law 469

²³³ Beebe, Trademark Law 617

²³⁴ [2000] FCA 1539 at [52]; Self Care IP Holdings [2023] HCA 8, [36]; also see Registrar of Trade Marks v. Woolworths Ltd [1999] FCA 1020, [61]; Australian Meat Group Pty Ltd v. JBS Australia Pty Ltd [2018] FCAFC 207, [36 et seq] (Johnson 195’ten naklen).

²³⁵ Krş. Johnson 209. Yazar, iltibas değerlendirmesinde kuvvetli ve zayıf marka ayırımının bir kriter olmamasını, bu konuda nötr yaklaşımın benimsenmesini önermektedir.

²³⁶ Johnson 197-198.

Markanın temel işlevi ayırt edicilik olsa da marka korumasının meşruiyeti salt tüketicinin yanıltılmasını önlemeye bağlanamaz; serbest pazarın adil ve hakkaniyetli işlemesi açısından da koruma gereklidir. Bu bağlamda Şikago Hukuk Okulu, marka korumasının iki temel işlevi olduğunu ileri sürer²³⁷: a) *Ayırt Edicilik*: Pazarda ürün ve üreticiyi tanıtarak tüketicinin araştırma maliyetini azaltır, b) *Yatırımın Korunması*: Üreticiler için kaliteye yatırımı teşvik ederek bu yatırımın karşılığını almasını sağlar. Özetle, **markalarda korumayı haklı kılan, daha baştaki “seçim” ve sonradan işarete yapılan “yatırım”dır**²³⁸.

ii) Aksi yöndeki bir uygulama, markaya yatırımı ödüllendirmek yerine cezalandırmak anlamına gelir.

iii) Aksi yöndeki bir uygulama, sömürüye ve haksız yararlanmaya (*free riding*) yol açar.

iv) Güçlü markanın ayırt edici gücü her geçen gün sulanmaya başlar ve suni bir şekilde zayıflar. Tüketici bakımından net ve keskin algılama bozularak aynen bir otomobilin camının buğulanmasına benzer şekilde netlik azalarak görüş mesafesi kısalır. Bu yüzden pozitif düzenlemelerde, markanın tanınırlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği (SMK 6/5 ve 7/2) haller isabetle ihlal sayılmıştır.

v) Kuvvetli markaya benzeyen markalar, tüketici nezdinde fiilen karıştırılmaya yol açmasa bile bağlantı kurmaya neden olur²³⁹. Yani tüketici, zayıf markalara kıyasla tanınmış markalarla sonraki markanın bağlantısını daha fazla kurma eğilimindedir. Özellikle sonraki marka, önceki tanınmış marka ailesinin yeni üyesi gibi sanılır ve tüketici, üçüncü kişinin markasını o marka ailesiyle irtibatlandırır. Yani üçüncü kişiye ait marka, güçlü markanın bir serisi gibi algılanır. Tam da bu nedenle SMK’da “... halk tarafından **ilişkilendirilme ihtimali** de dahil karıştırılma ihtimali ...” ifadesine yer verilmiştir (m. 6/1; 7/2-b).

vi) Koruma kuvvetine bağlı olarak güçlü bir markanın koruması diğer sınıflara sirayet eder. Bu sirayet azaldıkça markanın ayırt edici gücü de zayıflamaya başlar ve aynen bir zayıf marka gibi tüketici tarafından ayrıştırılır.

²³⁷ Beebe, Semiotic 623-624. Yazar, marka korumasına ekonomik doktrinin ötesinde semiotic (işaret-sel dil sistemi) doktrini olduğu görüşündedir. Yazara göre eğer *emtianın bir dili varsa, marka bunun grameridir* ve bu gramer sadece ekonomik değil, aynı zamanda dilsel bir terminolojidir. Bkz. Semiotic 624.

²³⁸ Markada yatırımın da korunduğu yönünde bkz. **Yasaman/Yasaman Kökçü** 401 vd.

²³⁹ Ayrıca bkz. **Arkan** 100 dph. 26.

rılması zorlaşır. Sulanma ve bağlantı kurma da devreye girince iltibas tehlikesi artar.

Kanaatimizce tabiatı gereği doğuştan kuvvetli veya sonradan kuvvetlendirilen markaların daha fazla korunacağı, zayıfların da daha az korunacağı yönündeki “genel kabul”de/hukuki faraziyede problem yoktur. Konuya sadece iltibas cephesinden yaklaşılmalı; markaya yapılan yatırım da göz önünde bulundurulmalıdır. Esasen bu yaklaşım pozitif metinlere de girmiştir. Hukukumuzda markanın tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği durumlar marka ihlali kabul edilmiştir (SMK 6/5 ve 7/2).

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM TASARIMLAR

I. TASARIMLARDA KORUMAYI HAKLI KILAN UNSURLAR: YENİLİK VE AYIRT EDİCİLİK

Hukuki anlamda tasarım, **ürünün** tamamının veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan **görünümüdür** (SMK 55/1)¹. Yasa koyucular tasarım mevzuatıyla ürünlerin görünümünü koruma altına almışlardır. Vurgulayalım ki estetik tasarımların yanında herhangi bir fonksiyon ifa eden ürünlerin tasarımları da koruma görür.

AB ve Türk hukukunda bir tasarımın hukuken korunması için yeni ve ayırt edici/bireysel² özelliklere sahip olması gerekir (AB Tasarım Tüzüğü 4/1; SMK 56/1). Tescilli tasarım, başvuru veya rüçhan tarihinden, tescilsiz bir tasarım ise kamuya ilk sunulduğu tarihten önce, dünyanın herhangi bir yerinde daha önce kamuya sunulmamışsa yeni kabul edilir. Sadece küçük ayrıntılarda farklılık gösteren tasarımlar aynı kabul edilir (SMK 56/4).

Bir tasarımın bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim, daha önce kamuya sunulmuş herhangi bir tasarımın böyle bir kullanıcıda bıraktığı genel izlenimden farklıysa bu tasarım ayırt edici niteliktedir/bireysel özelliktedir (SMK 56/5). Yapılacak incelemede daha önce kamuya sunulan *bütün tasarımlar* göz önünde bulundurulur (SMK 56/5). Bu yapılırken de tasarımın uygulandığı ürün çeşidi dikkate alınmaz³. Yine bu

¹ İstisnaen dokunma duyumuz da işlev görebilir.

² “Ayırt edici” özellik yerine “bireysel özellik” terimi hakkında bkz. **Özden Merhacı** 113.

³ Mülga EndTasKHK 11’de; “*bir tasarımın koruma kapsamı belirlenirken ... benzerlik gösteren bütün tasarımlar dikkate alınır*” ifadesiyle bu durum düzenlenmişti. Hüküm, SMK’ya aktarılırken sadeleştirme esnasında tırpanlanmıştır. Yine EndTasKHK’da ayırt edici nitelik incelemesi yapılırken *tüm tasarımların* dikkate alınacağı (m. 7/2) yönündeki düzenleme de sadeleştirmeye kurban gitmiştir. Kanaatimizce hukuki rejim değişmemiştir. Mehaz 98/71EC sayılı AB Tasarım Yönergesi (m. 9/1) ve 6/2002 sayılı Tasarım Tüzüğü’nde (m. 10/1) de bu yönde düzenlemeler vardır. Ayırt edicilikle ilgili Yönerge (5/1) ve Tüzükte (6/1) de aynı vurgu yapılmıştır. ABAD da konuyu belirttiğimiz şekilde anlamaktadır. Bkz. ABAD, C-361/15 P and C-405/15 P, 21 September 2017 - Easy Sanitary Solutions,

değerlendirmede, telif hukukunda eserlerdeki biçimlendirme/oynama alanına benzer şekilde tasarımcının tasarımı geliştirmede sahip olduğu seçenek özgürlüğünün derecesi dikkate alınır (SMK 56/6)⁴.

Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere bir tasarımın hukuken korunabilmesi için daha önce kamuya sunulan tasarımlardan *farklı olması* aranır. Ancak tasarımdaki tüm özelliklerin bilinenlerden farklı olması da gerekmez⁵. Bununla birlikte **tasarımın esası (temeli), yani karakteristik/bireysel özellikleri tasarımcı tarafından oluşturulmalıdır**⁶. Aksi halde bilinenlerin üzerine yapılacak süslemeler, ufak değişiklikler ya da revizyonlar yoluyla başkasına ait tasarımlar sahiplenilebilecektir ki, böyle bir sonuç kabul edilemez. Zira SMK'nın amacı, tasarım koruması üzerinden "... teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktır" (m. 1/1). Bu düşünce, tasarım korumasında benimsenen **yenilik** ve **ayırt edici nitelik** kriterlerine dayanır. Bu bağlamda öğretide konuya ilişkin şu değerlendirmeler yapılmıştır⁷: "*Ayırt edicilik kavramı, bir şeye özgü nitelikleri belirtmek için kullanılır*⁸. *Bir tasarımın ayırt edici nitelikleri, o tasarıma has, yani sadece o tasarıma ait özelliklerdir. Ayırt edici nitelik incelemesinde, bir tasarımın diğerlerinden görsel açıdan yeterince farklı olup olmadığına bakılır. Deyim yerindeyse ayırt edici nitelik, tasarımın esasını oluşturup, tasarımı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsurlardır. Ayırt edici nitelik ürünün özünde, işlevinde, yapısal kuruluşunda, şeklinde veya anlam ve kavramında olabilir*⁹. *Ancak hukuki bakımdan ayırt edicilik görünüm kavramıyla sınırlanmıştır. Zira tasarım mevzuatıyla ürünlerin görünümü korunmaktadır*".

Yargıtay da çok isabetli bir şekilde bir olayda başkasına ait *çakmak tasarımı üzerine yapılan süslemelerin, ufak farklılıklar oluşturduğu*; bu süslemelerin tasarıma yenilik ve ayırt edici/bireysel özellikler katmadığı sonucuna varmıştır¹⁰. Başka bir olayda da Yargıtay konuya değinme fırsatı bulmuştur. Tasarım

paras. 92-96. Türk Patent'in yayımladığı Tasarım İnceleme Kılavuzunda da uygulamanın bu yönde yapılacağı yazılıdır. Bkz. **Türk Patent**, Tasarım İnceleme Kılavuzu 77.

⁴ Eserde biçimlendirme alanı ve tasarımda seçenek özgürlüğü aynı şeyi ifade etmektedir. Her iki fikri ürün tipinde de biçimlendirme alanına/seçenek özgürlüğüne bağlı olarak geliştirici öznel katkılarını verebilir. Aynı yönde **Karapapa** 42-43.

⁵ **Fellner** 58.

⁶ **Cornish** 488.

⁷ **Suluk/Orhan**, C. III, 136-137.

⁸ **Büyük Larousse**, C. 2, s. 1111.

⁹ **Şatır** 42-43.

¹⁰ 11. HD, 11. HD, 23.02.2006, E. 2005/10823, K. 2006/1838 - **Suluk/Orhan**, C. III, 49. Aynı olaya ilişkin karar düzeltme için bkz. 11. HD, 22.06.2006, E. 2006/6015, K. 2006/7317 - **Suluk/Orhan**, C. III 50.

sahibi, üç boyutlu tabakların değil, tabaklar üzerindeki desenlerin yeni ve ayırt edici olduğu savunmasında bulunmuş ve fakat mahkeme, **tasarımların bir bütün olarak genel görünüm itibarıyla özgün olmadığından** bahisle tasarımları hükümsüz kılmış, Yargıtay da bu kararı onamıştır¹¹.

Ayırt edici nitelik belirlenirken şu kriterlere başvurulur¹²: i) genel izlenimde farklılık (SMK 56/5), ii) bilgilenmiş kullanıcı gözü (SMK 56/5), iii) tasarımcının tasarımı geliştirmede seçenek özgürlüğünün derecesi (SMK 58/2), iv) tasarımın uygulandığı ürün ya da alan, v) başvuruda yapılan açıklamalar.

Bu kriterlerden tasarımın uygulandığı ürün ya da alan ile tasarımcının tasarımı geliştirmede seçenek özgürlüğünün derecesi konumuzla doğrudan ilgilidir. Ürünün tabiatı, yani ürün tipolojisi onların şeklinin/tasarımının nasıl olacağını ister istemez etkiler. Eş deyişle ürünün işlevi/fonksiyonu tasarımcıyı sınırlar. Fonksiyonel ürünlerde tasarımcının ürüne katabileceği tasarım özellikleri azalır. Tasarımcının seçeneklerinin sınırlandığı durumlarda kendisinden beklenen katkı da o derece düşük olur ve tasarımın koruma eşiğine ulaşması kademe kademe kolaylaşır. Ancak tam da bu nedenle fonksiyonellik, tasarımın koruma kabuğunu incelterek korumayı zayıflatır. Bu yüzden sonradan gelenlerin tasarıma yaklaşmasına müsamaha gösterilir. Bazı ürünlerin ise şeklini tümüyle teknik fonksiyonu belirler. Yani tasarımcı, görsel kaygılarla değil de işlevsel nedenlerle ürünü şekillendirir. Daha doğrusu işlevsellik ürüne şekil verir ve şekil, fonksiyonu takip eder (*form follows function*). Bu senaryoda görünüm özellikleri, ürünün teknik fonksiyonundan kaynaklanır. Yani ürünün fonksiyonu, tasarımını dikte eder. Yasa koyucu, tasarım korumasının amacını ve bu durumu dikkate almış ve korumaya bir istisna getirerek **ürünün teknik fonksiyonunun zorunlu kıldığı tasarımları koruma dışında bırakmıştır** (AB Tasarım Tüzüğü 8/1; SMK 58/4/b ve c). Bu halde tasarım korumasının sınırına gelinmiş ve patent hukukunun alanına girilmiş demektir. Konu bir sonraki başlıkta detaylandırılacaktır.

II. TASARIMCIYI KISITLAYAN ETKENLER

A. ÜRÜN TİPOLOJİSİ

1. Kavram

Yasa koyucu tasarım mevzuatıyla ürün tasarımlarını korumaktadır. Mehz AB müktesebatına uygun şekilde SMK'da ürün tanımı oldukça geniş bir şekilde

¹¹ 11. HD, 7.2.2005, E. 2004/4199, K. 2005/835 - **Suluk/Orhan**, C. III, 151-152.

¹² **Suluk/Orhan**, C. III, 138 vd.

kaleme alınmıştır (m. 55/2): “Ürün, bilgisayar programları hariç olmak üzere, endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesnenin yanı sıra birleşik bir ürün veya bu ürünü oluşturan parçaları, ambalaj gibi nesneleri, birden çok nesnenin bir arada algılanan sunumlarını, grafik sembolleri ve tipografik karakterleri ifade eder”. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere hemen her nesne üründür. Ne var ki 2024 yılında AB tasarım mevzuatında yapılan değişiklikle fiziki ürünlerin yanında dijital ve fiziki olmayan sanal gerçeklik ve artırılmış gerçeklik gibi formlar da tanıma dahil edildi. Yine hareket, animasyon ve 3D baskı kapsam alınarak hem “tasarım” hem de “ürün” tanımı genişletildi. Mevzuattaki 2024 düzenlemesi iç hukukumuza aktarılmamıştır.

Ürünler iki ve üç boyutlu olabilir. Üç boyutlu olanların genellikle bir teknik işlevi/fonksiyonu vardır. Tasarımcı, ürünü biçimlendirirken teknik fonksiyonunu dikkate almak zorundadır, aksi halde ürün işlevini ifa edemez; bıçak kesmez, bardak sıvı tutmaz, ayakkabı giyilemez, sandalyeye oturulamaz. Bu nedenle karşılaştırılan tasarımların birbirinden farklı olup olmadığının, yani sonraki tasarımın ayırt edici niteliklerinin tespiti için tasarımcının *tasarımı geliştirmede seçenек özgürlüğünün derecesine* bakılır¹³. Örneğin, bir otomobilin lastiği yuvarlak, bıçağın ağzı keskin olmak zorundadır. Buna **ürün tipolojisi** denir. Üründen ürüne bu tipoloji değişir ve tasarımcısına farklı biçimlendirme/manevra alanları sunar. Tasarımcı, bu alanı kullanarak ürüne tasarımsal/görsel özellikler katar. Oysa iki boyutlu tasarımlarda durum farklı olup beyaz bir kumaşı desenleyen tasarımcının sınırı belki de ufkudur, beynidir. Zira kumaş deseni gibi iki boyutlu ürünler, tipolojik bakımdan tasarımcıyı kısıtlamaz¹⁴.

Bir ürünün tipolojisi kimsenin tekeline bırakılamaz. Korunan, tipolojinin üzerine inşa edilen tasarım özellikleridir, tasarımcının öznel katkılarıdır. Dolayısıyla bir tasarımın sahibi, *ürüne kattığı tasarım özellikleriyle sınırlı* koruma elde eder. Belirtelim ki fonksiyonel ürünlerin teknik işlevi, tasarımını büyük ölçüde etkiler, hatta bazen belirler (*form follows function*). Oysa tasarımcı, ürüne tasarım özellikleri katabilmek için biçimlendirme/manevra alanına ihtiyaç duyar. Aşağıda açılacağı üzere teknik zorunluluk tasarımcının ürüne görsel/tasarımsal özellikler katmasına izin vermiyorsa tasarım korumasının sınırına gelinmiş demektir.

¹³ Seçenек özgürlüğünü kısıtlayan etkenler, sadece teknik gereklilikler mi, yoksa diyelim ki estetik etki ve ticari başarıya ilişkin pazar beklentileri buna dahil midir sorusuna ABGM, ikincileri de dahil etmiştir. Bkz. ABGM, T-153/08, 22 June 2010 - Shenzhen Taiden, para. 58. Bu konuda bilgi için bkz. **Memişoğlu**, Yenilik ve Ayırt Edicilik 202 vd.

¹⁴ Krş. ABGM, T-153/08, 22 June 2010 - Shenzhen Taiden, para. 58.

Ürün tipolojisine ilişkin yaptığımız açıklamalar, bir tasarımın koruma kapsamı belirlenirken fevkalade önemlidir. Çünkü ilgili ürünün işlevi tasarımcıya ne kadar geniş ya da kısıtlı bir tasarım alanı bıraktığı, yani *tasarımcının seçenek özgürlüğünün derecesi*, vereceği öznel katkıların sınırını tayin eder. **İlgili ürün, işlevsel özellikleri dolayısıyla, tasarımcıya kısıtlı bir seçenek alanı bırakıyorsa tasarımcının oluşturabileceği farklılıklar ve yapabileceği öznel katkılar azalacaktır.** Bu yüzden koruma kapsamı belirlenirken *tasarımcının, tasarımı geliştirmede seçenek özgürlüğünün derecesi* her somut olayda dikkate alınır (SMK 58/2).

2. Teknik Zorunluluk İstisnası

a) Genel Olarak

Tasarım mevzuatıyla ürünlerin görünümleri, patent mevzuatıyla da teknik fonksiyonları koruma atına alınmıştır. AB ve Türk tasarım hukukunda teknik fonksiyon istisnası (AB Tasarım Tüzüğü 8/1; SMK 58/4-b) özel olarak düzenlenmiştir¹⁵: “Ürünün teknik fonksiyonunun zorunlu kıldığı görünüm özellikleri” tasarım korumasının dışındadır¹⁶. Bağlantı parçalarının tasarımları da bu istisnaya dahildir (SMK 58/4-c).

Tasarım hukukunda teknik fonksiyonun nasıl belirleneceği öğretisi ve içtihatla tereddütlere yol açmıştır. Bu konuda AB tasarım hukukunda fonksiyonellik ilgili “*solely dictated by function...*” ifadesi yorumlanırken formların çeşitliliği “*multiplicity of forms*” ve nedensellik prensibi (*causative criterion*) diyebileceğimiz estetik kaygıyla hareket edilmeyen “*no-aesthetic considerations*” teorileri geliştirilmiştir.

Formların çeşitliliği teorisine göre sonraki tasarımcıların başkaca tasarım alternatifleri varsa fonksiyonellik istisnası devreye girmez ve tasarım koruma görür. Yani bu düzenlemenin kapsamına, hiçbir alternatif sunmayan tasarımların gireceği kabul edilmekteydi. Buna göre ürün tipolojisi, tasarımcısına alternatif sunmadığı için tasarımı dikte etmektedir; hangi tasarımcı olursa olsun zaten tasarımı o şekilde yapmak zorundadır. Bu anlayış teknik fonksiyon istisnasını dar tutma eğilimindeydi.

¹⁵ Mevzuatı şöyledir: “A Community design shall not subsist in features of appearance of a product which are solely dictated by its technical function”.

¹⁶ Mülga EndTasKHK 10/1 hükmü şöyledir: “Teknik fonksiyonunun gerçekleştirilmesinde, tasarımcıya, tasarıma ilişkin özellik ve unsurlarda hiçbir seçenek özgürlüğü bırakmayan tasarımlar koruma kapsamı dışındadır”.

Buna karşılık *nedensellik teorisine* göre ilgili tasarım estetik/görsel kaygılar olmaksızın tasarlanmışsa, eş deyişle salt fonksiyonel düşüncelerle geliştirilmişse, daha doğrusu görünüm özellikleri teknik gerekliliklerden kaynaklanmışsa istisna uygulanır ve tasarım koruma görmez. Veleve ki ilgili tasarım sonrakilere alternatifler sunsun.

İlk başta (İngiliz hukuku kaynaklı) formların çeşitliliği teorisi hayata geçirilmiş, ardından (Fransız hukuku kaynaklı) nedensellik teorisine üstünlük tanınmıştır. Önce EUIPO nedensellik teorisini uygulamaya başlamış¹⁷, daha sonra Doceram kararıyla ABAD bu teoriyi benimsemiştir. Bu yaklaşıma göre bir tasarım, alternatifler bıraksa bile tasarımın karakteristik özellikleri görsel kaygılar yerine fonksiyonellikten kaynaklanmışsa koruma görmez¹⁸. Ancak form çeşitliliği ilkesi tümüyle de dışlanmamış görünmektedir.

Seçeneklerin çokluğu, yani şekil/form çeşitliliğine göre alternatif tasarımın varlığı prensibi gereği bir ürünün tasarımını/görünümünü elde etmek için birden çok seçenek bulunuyorsa Tasarım Tüzüğü 8/1 ve SMK 58/4-b'deki teknik fonksiyon istisnası uygulanmaz. Çünkü bu halde sonradan gelen tasarımcıların seçenekleri/alternatifleri vardır. AB ve Türk hukukundaki uygulama daha önce bu yöndeydi¹⁹. Tespit edebildiğimiz kadarıyla 2009 yılından itibaren nedensellik prensibi esas alınmaya başlanmıştır²⁰. Buna göre ürünün tasarım özellikleri, teknik gerekliliklere dayalıysa koruma devreye girmez. Yani ürünün dayanıklılığı, diğer ürünlerle uyumu, bakım ve kullanım kolaylığı gibi teknik zorunluluklar, ürünü şekillendirmişse istisna hükmü uygulanır²¹.

İkinci yaklaşımda kritik soru şudur: Tasarım özelliklerine yol açan neden nedir? ABAD'ın Doceram kararına göre bu nedenler teknik zorunluluklardan kaynaklıysa, tasarımın geliştirilmesinde görünüm özellikleri rol oynamamışsa istisna uygulanır. Veleve ki ilgili tasarım farklı alternatifler sunsun²². ABAD'a göre alternatif sunsa bile bir tasarımın görünüm özelliklerini, münhasıran ürünün teknik gereklilikleri belirliyorsaa koruma görmez²³. Eğer teknik faktörlerin yanında tasarımın esas/karakteristik/bireysel özelliklerinin

¹⁷ EUIPO, R 690/2007-3, 22 October 2009 - Lindner, paras. 30 vd.

¹⁸ Detay açıklama için bkz. **Memişoğlu**, Teknik İşlev 112 vd.; **Karaaslan**, Teknik İşlev 490.

¹⁹ **Suluk**, Tasarım 313 vd. Bu konuda ayrıca bkz. **Memişoğlu**, Teknik İşlev 114 vd.; **Karaaslan**, Teknik İşlev 496 vd.

²⁰ Bkz. EUIPO, R 690/2007-3, 22 October 2009 - Lindner, paras. 30 vd.

²¹ **Memişoğlu**, Teknik İşlev 118 vd.

²² ABAD, C-395/16, 8 March 2018 - Doceram, para. 26.

²³ ABAD, C-395/16, 8 March 2018 - Doceram, para. 32.

şekillenmesinde *görsellik de dikkate alınmışsa işte o zaman koruma devreye girer*²⁴. İstisnanın uygulanması için tasarımcı, sadece teknik gereklilikler nedeniyle ürünün görünüm özelliklerini seçmiş olmalıdır. Bu yaklaşıma göre tasarımın teknik zorunlulukları karşılamak amacıyla yapılıp yapılmadığı kontrol edilir. *Tasarımın geliştirilmesinde tek faktör (only factor), teknik fonksiyonsa koruma devreye girmez*. Daha açık bir deyişle tasarımcının seçimleri, sadece teknik nedenlere dayalıysa, görselliğin herhangi bir rolü bulunmadıysa koruma görmez²⁵. Tasarımın alternatif sunması da bu sonucu değiştirmez. İstisnanın uygulanması bakımından teknik çözüme, teknik fonksiyona, teknik sonuca bakılır. Buna *nedensellik prensibi (causative criterion)* denir.

Tasarım/patent çizgisini belirlemeye çalışan ABAD'a göre aksi halde bir tasarım, teknik işlevi korumak için benimsenen patent gibi koruma verir ki bu durum tasarım korumasının amacıyla bağdaşmaz²⁶. Zira tasarım koruması ürünlerin görünüm özelliklerini korumak maksadıyla benimsenmiş olup bunun ötesine taşırılması halinde tasarım sahibi, görünüm özelliklerinin yanında ürün üzerinde de tekelleşmeye gider. Oysa bu tekelleşme patent korumasının alanına girer. Böylece aslında patentin koruma şartlarını taşımayan bir ürün sanki patenti varmış gibi haksız koruma elde eder. Bilindiği üzere **tasarımlar ürünlerin görünümünü korurken, patentler teknik işlevlerine yönelik koruma sağlar**. Bu nedenle eğer teknik gerekliliklere dayalı geliştirilen tasarıma, tasarım koruması sağlanırsa artık tasarım hukukunun değil, patent hukukunun alanına girilmiş olur.

ABAD Doceram kararında tasarımlardaki teknik fonksiyon istisnasını markalardakine²⁷, hatta teliftekinen²⁸ benzer şekilde yorumlamıştır. Markalar yönünden Philips v. Remington²⁹ ve Lego³⁰ kararlarında malın şeklinin, teknik bir sonucu elde etmek için zorunluluktan kaynaklanıp kaynaklanmadığını incelerken alternatiflerin bulunmasını yeterli görmemiştir. Şeklin temel işlevsel özellikleri yalnızca teknik sonucu doğuruyorsa istisna devreye girer, velev ki farklı alternatifler bulunsun³¹. 2009 yılından itibaren ne-

²⁴ ABAD, C-395/16, 8 March 2018 - Doceram, para. 31.

²⁵ ABAD, C-395/16, 8 March 2018 - Doceram, paras. 26, 31-32.

²⁶ ABAD, C-395/16, 8 March 2018 - Doceram, para. 30.

²⁷ Aynı yönde **Karaaslan**, Teknik İşlev 498.

²⁸ Telifte fikri ürün geliştirilirken onu geliştirenin seçimlerinin ana nedeni teknikse koruma devreye girmez. Bkz. **Inaguez** 809.

²⁹ ABAD, C-299/99, 18 June 2002 - Philips v. Remington, para. 83.

³⁰ ABAD, C-48/09P, 14 September 2010 - Lego, paras. 50 vd.

³¹ ABAD, C-299/99, 18 June 2002 - Philips v. Remington, paras. 83-84.

densellik yaklaşımını uygulayan EUIPO da Doceram kararına atıfla 2017 tarihinde Tasarım Kılavuzunda değişikliğe giderek nedensellik prensibini pozitif düzenlemeye dahil etmiştir³².

Vurgulayalım ki ABAD, nedensellik prensibini uygulamaya koysa bile somut olayın tüm şartlarının dikkate alınacağına da işaret ederek form çeşitliliği ilkesini tümüyle dışlamamış görünmektedir³³.

Doceram davasında ABAD'a yöneltilen sorulardan birisi de teknik fonksiyon istisnasının, *nesnel/objektif/makul gözlemci (objective observer)* gözüyle değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Telif bölümünde de belirttiğimiz üzere ürünlerin teknik fonksiyonu değerlendirilirken ortalama tüketici gözüyle bakılmaz. Sanatçı da artistik bakımından çıtayı yüksek tutacağı için hemen her şeyi istisna kapsamına sokar. Zira sanatçı, pek çok özelliğin teknik nedenlerle oluştuğunu iddia edecektir. Ortalama tüketici de fonksiyonelliğe fazla ağırlık verecek ve pek çok fikri ürün koruma dışında kalacaktır. Teknik fonksiyonun değerlendirilmesinde en uygun yaklaşım *uzman tasarımcı* gözüdür. Uzman tasarımcı, neyin teknik zorunluluktan kaynaklandığı hususunda en duyarlı kişidir. Ana faktörün ağırlığını en iyi o ölçebilir³⁴. Ancak Doceram kararında ABAD, "makul gözlemci" gibi bir kriterin bulunmadığını, ilgili mahkemenin *her somut olayın tüm şartlarını dikkate alarak* bu konuda bir değerlendirme yapacağını içtihat etmiştir³⁵. Ayırt edicilik incelemesinin *bilgilenmiş kullanıcı (informed user)* gözüyle yapılacağını AB Tasarım Tüzüğünde açıkça düzenlendiğine (m. 6/1 ve 10/1) değinen ABAD, teknik fonksiyon istisnasına ilişkin Tüzük 8/1'de makul gözlemciye işaret eden bir hükmün bulunmadığını vurgulamıştır. Sonuçta ABAD'a göre ulusal mahkemenin, makul gözlemci gibi bir kriterle başvuramayacağını, her bir bireysel davayla ilgili tüm nesnel koşulları dikkate alarak hüküm kurması gerektiğini içtihat etmiştir.

b. Teknik Zorunluluk İstisnasının Amacı ve Yorumuna İlişkin Değerlendirme

Ürünlerin teknik fonksiyonlarını karşılamak amacıyla tasarlanıp tasarlanmadığı üzerinden kurgulanan *nedensellik prensibi* bazen sağlıklı sonuçlar vermeyebilir. Nitekim öğretilde Tüzüğün 8/1 hükmüne ilişkin Doceram kara-

³² EUIPO, Design Guidelines, s. 25-26 - https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/designs_practice_manual/WP_Designs_2018/TC/examination_of_design_invalidity_applications_tc_en.pdf (erişim; 11.1.2025).

³³ ABAD, C-395/16, 8 March 2018 - Doceram, paras. 30-38.

³⁴ Inguanez 812-813.

³⁵ ABAD, C-395/16, 8 March 2018 - Doceram, para. 38.

rının, uygulamayı daha da karmaşık hale getirdiği yönünde eleştiriler yapılmıştır³⁶. Diyelim ki pek çok alternatif sunan ve demir yığınının oluştuğu bir iş makinesinin tek amacı işini yapmasıdır; makinenin tasarımcısı hiçbir estetik/görsel³⁷ kaygıyla hareket etmediği gibi makinenin göze hitap eden hiçbir tasarım özelliği de yoktur. Önceki tasarımlarla kıyaslandığında ise makinenin tasarımı yeni ve ayırt edici niteliktedir³⁸. Bu gibi hallerde nedensellik prensibi sıkı sıkıya uygulanırsa ayırt edici özellikteki böyle bir ürünün tasarımı koruma dışına itilecektir. Oysa yasa koyucunun amacı yeni ve ayırt edici nitelikteki tasarımları koruma altına alarak teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemeyi sağlamaktır (SMK 1/1). Bu durum bizi, 1998 tarihli AB Tasarım Yönergenin kabulünden önce, Birleşik Krallık gibi bazı ülke mevzuatında korumanın sadece estetik tasarımlarla sınırlı olduğu yönündeki düzenlemeye götürecektir. Oysa ABAD, Doceram kararında (para. 23), Tasarım Tüzüğü'nün 10 no.lu dibacesine ve Hukuk Sözcüsünün görüşüne (point. 27) atıfta bulunarak tasarımlarda estetik özellik aranmayacağına isabetle işaret etmektedir.

Gerçekten AB ve Türk tasarım hukukunda estetik tasarımların yanında işlevsel tasarımlar da korunur. Yani bir ürünün işlevsel olması, o ürün tasarımının korunmayacağı anlamına gelmez³⁹. Bunun da ötesinde işlevi olan bir ürünün tasarımı geliştirilirken estetik/görsel kaygılarla hareket edilmesi de aranmaz; önemli olan, tasarımın önceki tasarımlar karşısında yeni ve ayırt edici nitelikte olup olmadığıdır. **Teknik fonksiyon istisnası ise tasarım korumasının, patentin alanına tecavüzünü önlemeye yönelik bir kuraldır**⁴⁰. Zira tasarım mevzuatı, ürünlerin görünüm özellikleriyle sınırlı bir koruma verir. Yani istisna hükmü, fonksiyonel ürünlerin tasarımını dışlamak amacıyla kaleme alınmamıştır. Bu yüzden tek başına nedensellik prensibi, bizi hatalı sonuçlara götüreceği gibi tasarımın hangi amaçla yapıldığı sorusunun cevabını aramak gibi başkaca sorunlara yol açar. Kanaatimizce bu prensip, *alternatiflerin azlığı* hallerinde işe yarayabilir. Anladığımız kadarıyla

³⁶ Bkz. **Merelle Ward**, IPKat (9 March 2018) - <https://ipkitten.blogspot.com/2018/03/german-design-law-on-brink-of-change.html> (erişim; 2.3.2025).

³⁷ Burada estetik ifadesi, "görünümle ilgili" anlamına gelir, yoksa sanattaki estetik değer kastedilmez. Bkz. **Inaguez** 809.

³⁸ Nitekim öğretide tümüyle fonksiyonel özelliklerin düzenlenmesiyle yeni ve ayırt edici nitelikte bir tasarım geliştirilebileceği savunulmaktadır. Her bir teknik özellik tek tek dışlansa bile, bunların düzenlenmesiyle korunabilir bir tasarım geliştirilebilir. Bkz. **Derclaye**, Doceram, Cofemel and Brompton 6; **Suluk**, Tasarım 225, 231.

³⁹ ABAD, C-395/16, 8 March 2018 - Doceram, para. 23; **Suluk**, Tasarım 65 vd.

⁴⁰ Aynı yönde **Memişoğlu**, Yenilik ve Ayırt Edicilik 209.

Cofemel kararında Hukuk Sözcüsünün görüşlerine (points. 40-41) de dikkat çeken ABAD'ın, formların çeşitliliği prensibine ilişkin endişesi de budur. ABAD'a göre teknik zorunluluk istisnası alternatif bulunmayan, yani tek seçeneğe indirgenirse tasarımın sahibi, birkaç alternatifin tamamı için tasarım tescili alarak patent etkisi yapacak şekilde koruma elde eder⁴¹. ABAD, bu durumu bertaraf etmek için nedensellik prensibine yönelmiş görünmektedir. Bu endişe de gösteriyor ki **alternatiflerin azlığı durumunda nedensellik prensibi esas alınarak koruma verilmemelidir**. Fakat ABAD, alternatiflerin azlığıyla sınırlı tutması gereken nedensellik prensibini fazlasıyla geniş bir alana yaymak suretiyle tasarım korumasının alanını gereğinden fazla daraltmış görünmektedir. Böylece içtihat bir uçtan diğer uca savrulmuştur.

Sonuçta ABAD, tasarımlardaki teknik fonksiyon istisnasını genişleterek koruma alanını daraltmak suretiyle tasarım/patent kümülasyonunu azaltmıştır. Buna karşılık markalar yönünden tam aksi bir yol izleyerek Philips v. Remington kararından itibaren fonksiyonellik bakımından giderek liberal bir tutumla üç boyutlu markaların koruma alanını genişletmeye başlamıştır. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak da üç boyutlu marka koruması çığılarından çıkmış, örneğin ülkemizde iki katlı ranza (Disco-bed) şekli bile marka (No. 2020 126463) olarak tescillenmiştir. Sözünü ettiğimiz ranza daha önce patentlidir. Aynı şekilde ABAD, telif/tasarım kümülasyonunu da her geçen gün (örneğin. Levola, Cofemel ve Brompton Bicycle kararlarıyla) genişleterek bir bisikletin üç pozisyona katlanabilmesinin (Brompton Bicycle) bile eser olabileceğini içtihat etmiştir. Sözünü ettiğimiz üç pozisyona katlanma şekli de daha önce patentlidir. Yine Tetra Pak'ın sekizgen prisma karton ambalaj kutusu da daha önce patentliyen sonradan marka olarak tescillenmiştir. Bu örnekler yukarıda (*Birinci Bölüm, I, C*) incelendi.

c. Yedek Parça İstisnası

Otomobil gibi bileşik ürünlerde ürünü oluşturan bileşen parçaların eskime ve kaza gibi nedenlerle değişime ihtiyaç duyması halinde bu parçaların tasarım koruması soruna yol açar. Otomobil örneğinden devam edersek kapı, motor kaputu, çamurluk ve bagaj kapağı gibi parçaların, teknik olarak orijinali gibi tasarlanma zorunluluğu yoktur. Yani bunların tasarımları teknik zorunluluk engeline takılmaz. Fakat orijinalinden farklı tasarlanmış bir otomobil kapısı veya kaportası hiçbir müşteriye de beğendirilemez. Yani teknik zorunluluk (*must fit*) engeline takılmayan bu parçalar görsel zorun-

⁴¹ ABAD, C-395/16, 8 March 2018 - Doceram, para. 30.

luluk (*must match*) arz eder. Korumaya yeni bir sınır getirilmezse, otomobil firması sahibi, tasarım korumasıyla parça tasarımları üzerinde tekelleşerek bağımsız yan sanayiinin önünü kesebilir. Başka bir deyişle tasarım koruması, patent etkisi yaparak hak sahibi tasarımın da ötesinde yedek parça ürünü üzerinde tekelleşir. Böylece yedek parça sektöründe rekabet berta-raf edilir. Bu da tasarım korumasının amacına uygun değildir. Bu gerçekten hareketle hem ABD hem de AB hukukunda konu yoğun tartışmalara neden olmuştur⁴².

AB ve Türk hukukunda görsel zorunluluk arz eden parça tasarımlarına üç yılla sınırlı bir koruma verilmişti. AB hukukunda bu koruma da kaldırılarak yedek parça sektöründe tam rekabet sağlanmıştır. Buna karşılık SMK'da üç yıllık koruma muhafaza edilmiş, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının yayınlayacağı eşdeğer parça listesinin bu korumadan muaf olacağı hükme bağlanmıştır. SMK'nın üzerinden sekiz yıl geçmesine rağmen Bakanlık bu listeyi ilan etmemiştir.

B. ÖNCEKİ TASARIMLAR

Yukarıda açıklanan ürün tipolojisi ve teknik zorunluluktan başka o sektörde daha önceki tasarım faaliyetleri de tasarımcının seçeneklerini kısıtlayabilir. Bu durum adeta ürün tipolojisi etkisi yapar. Bir alanda tasarım faaliyeti yoğunsa (*crowded art*), sonra gelen tasarımcıların katabileceği görsel yenilikler de sınırlı olacaktır. Buna karşılık tasarım faaliyetinin yoğun olmadığı (*non-crowded art*) bir alanda ise sonra gelen tasarımcıların daha fazla seçenek özgürlüğü bulunduğu için kendisinden beklenen katkı ve önceki tasarımlara koyacağı mesafe daha fazla olacaktır. Aksi halde ilgili tasarım koruma eşiğini aşamaz. Yeterli mesafeyi koymayan tasarım ise koruması olan önceki tasarıma tecavüz eder.

Bir tasarımın yenilik ve ayırt edicilik incelemesinde daha önce kamuya sunulan tüm tasarımlar dikkate alınsa (SMK 56/5-b) bile karşılaştırılan tasarımlar, aynı ürün ya da alanda uygulandıysa birbirine benzemesi doğaldır. Farklı alanlara uygulama, tasarımcının seçenek özgürlüğünü genişletir ve bu da sonucu etkiler⁴³. Fakat bu durum iki boyutlu ürün tasarımları için geçerli değildir. Örneğin, bir halı deseninin perdeye veya kumaşa uygulanmasıyla ortaya yeni bir tasarım çıkmaz.

⁴² Detay bilgi için bkz. **Suluk**, Yedek Parça 1 vd. Daha güncel bir çalışma için bkz. **Çakır Çelebi** 15 vd. Ayrıca bkz. **Pınar**, Yedek Parça 739 vd.

⁴³ Bu konuda bilgi için bkz. *Birinci Bölüm*, V, ii.

C. REGÜLASYON

Telifte (*İkinci Bölüm, II, C*) olduğu gibi tasarımlarda da mevzuat/regü-lasyon hukuki bariyer getirerek tasarımcının manevra alanını kısıtlayabilir. TSE gibi kurum ve kuruluşlar zaman zaman ürünlere standart getirebilir. Bazen ihale teknik şartnamelerinde tedarik edilecek ürünlerin belirli özelliklerde olması şart koşulur. Mimarlık mevzuatı gibi düzenlemeler de kısıtlamalar getirebilir.

Regülasyon, teknik fonksiyon olarak kısıtlamasa bile hukuken tasarım-cının alanını daralttığı için yapılacak değerlendirmede dikkate alınmalıdır.

Standarda esas patentlerde olduğu gibi bazen standart kuruluşları bir pa-tenti sonradan standart olarak ilan edebilir. Bu uygulama tasarımlara uygun değildir. Bu nedenle bir ihale şartnamesinde koruma altındaki bir tasarımın tarif edilmesi suistimal anlamına gelir ve görevlilerin sorumluluğuna yol açar.

Telif bölümünde vurguladığımız üzere bazen bir idare, bir kişiye ait ta-sarımı teknik şartnamede tarif ederek yetkisini suistimal ediyorsa artık tasarımın koruma sınırını konuşmak yerine, zarara uğrayan kişinin ilgili idarenin hem işleminin iptali hem de uğradığı zararların telafisi için dava açılabileceği benimsenmelidir⁴⁴.

III. TASARIMIN GELİŞTİRİLMESİ/ÜRÜNE YANSITILMASI

Koruma kapsamı belirlenirken, tasarım sahibinin ne gibi özgünlük içe-ren tasarım özellikleri kattığına, yani kendi tasarımını öncekilerden ne ka-dar farklılaştırdığına bakılır. Zira bir tasarım, öncekilerden (*prior art*) ne kadar farklılıklar içeriyorsa tasarımın koruma kabuğu o kadar kalınlaşır.

Geniş alana sahip tasarımcı, fikri ürüne daha fazla katkı yapabilir, hatta yapmalıdır. Aksi halde tasarım, koruma eşiğine ulaşamaz. Ulaşsa bile ko-ruma kabuğu ince kalır. Buna karşılık biçimlendirme alanı dar olan tasa-rımcı, istese de daha fazla katkı veremez. Çünkü tipoloji veya o alandaki tasarım yoğunluğu fazla katkıya izin vermez. Böyle bir tasarım, zayıf koru-maya mahkumdur. Özetle, tasarımcı ürüne ne kadar yeni ve ayırt edici özel-lik katmışsa, korumanın kapsamı o oranda genişler, katkı ne kadar azsa korumanın kapsamı da bir o kadar daralır.

Az katkı, korumanın kapsamının daralması anlamına geldiği için son-rakilerin o tasarıma yaklaşmasına müsamaha gösterilir. Katkının fazlalığı, koruma kabuğunu kalınlaştırır ve üçüncü kişilerin yaklaşmasına izin

⁴⁴ Bu konuda ayrıca bkz. **Suluk**, Tasarım 320-321.

vermez. Örneğin bir masaya kıyasla bir çorba kaşığı, tasarımcısına daha az seçenek sunar. Çorba kaşığının tasarımcısından beklenti düşük olacağı için vereceği katkılar kolayca koruma eşiğine ulaşacaktır. Kaşık tasarımcısına kıyasla masanın tasarımcısından beklenti daha yüksek olacaktır. Ne var ki kaşığın koruma kabuğu, masaya kıyasla daha ince kalır. Dolayısıyla sonradan gelenler, masa tasarımına daha fazla mesafe koyması gerekirken, çorba kaşığı tasarımına daha fazla yakınlaşabilecektir.

Yukarıda (*Dördüncü Bölüm, II, A, 2*) açıklandığı üzere tasarımın uygulandığı ürünün teknik fonksiyonunun zorunlu kıldığı tasarımlar korunmaz (SMK 58/4-b). Bu halde ürünün işlevi tasarımı dikte ettiği için hangi tasarımcı olursa olsun o tasarımı aynı şekilde tasarlamak zorundadır. Tasarımcı istese de ürüne yeni tasarım özellikleri katamaz, ürünün fonksiyonel özellikleri bu yöndeki katkılara izin vermez. Tasarımcı şartları zorlayıp ürünün fonksiyonel özelliklerini dikkate almaksızın tasarımsal katkılar vermeye kalkışırsa ürün, kendisinden beklenen işlevi yerine getiremez. Sözelimi bıçak kesmez, anahtar otomobili çalıştırmaz, egzoz borusu yerine takılmaz. Bu yüzden seçenek sunmayan gerek ürün gerekse parça tasarımları koruma dışında tutulmuştur (SMK 58/4-b ve c).

Biçimlendirme alanına ilişkin telif bölümündeki (*İkinci Bölüm, II, A, 1*) açıklamalarımız burada da geçerlidir: Bazen fikri ürünü geliştirenin manevra/geliştirme alanı geniş olmasına rağmen geliştirici, potansiyeli ıskalamak suretiyle bu alanı kullanmayarak somut olayda sınırlı bir katkı vermiş olabilir. Bu katkılar, eşiği aşmaya yeterli gelmezse koruma hiç devreye girmez. Bu katkılar eşiği aşıyorsa koruma devreye girmekle birlikte koruma kabuğu ince kalır. Özetle, geliştiricinin tavrı, hukuki sonucu belirler. Buna göre fikri ürünü geliştiren ne kadar çok bireysel katkı yapmışsa, yani **ayırt ediciliğin düzeyi ne kadar yüksekse/ürün ne kadar özgünse korumanın kuvveti de o kadar güçlü kuvvetli olacaktır**. Bunun tersi de geçerlidir. Şu kadar ki çorba kaşığı örneğimizde olduğu gibi biçimlendirme alanı dar bir fikri ürünün, merdivenleri hızlıca tırmanarak koruma eşiğine ulaşması kolaylaşır. Ancak bu senaryoda özgünlüğün düzeyi düşük kalacağı için koruma da zayıf olacaktır. Biçimlendirme alanının dar veya genişliğinden bağımsız olarak **sonucu, yine de fikri ürünü geliştirenin o ürüne yansıttığı bireysel katkıları belirler**.

Son olarak belirtelim ki tasarımcı ürünü geliştirirken, yani ürüne bireysel tasarım özellikleri katarken, ister istemez var olan malzemeleri kullanacaktır. Hatta bazen tasarımcının kullandığı malzemelerin tamamı aslında yeni olmayabilir. Başka bir deyişle bilinen malzemelerden yola çıkıla-

rak yeni ve ayırt edici tasarım geliştirilebilir. Örneğin bir tasarımcı, antika-cıya gidip bir sandalyenin bacağını, diğerinin kolçağını, başka birinin de sırtlığını bir araya getirerek özgün bir görünüm yakalayabilir. Tasarımlarda genel izlenim korunduğu için böyle bir tasarım yeni ve ayırt edici olabilir. Hatta tümüyle fonksiyonel özelliklerin düzenlenmesiyle yeni ve ayırt edici nitelikte bir tasarım geliştirilebilir⁴⁵. Marka öğretisinde belirtildiği üzere, ayırt ediciliği daha yüksek unsurlar, genel görünümü etkiler⁴⁶.

⁴⁵ **Derclaye**, Doceram, Cofemel and Brompton 6; **Suluk**, Tasarım 225, 231.

⁴⁶ **Karasu**, Üç Boyutlu Markalar 341; **Şehirali Çelik**, Paskalya Tavşanlarının Hikâyesi 91 vd.

BEŞİNCİ BÖLÜM PATENTLER

I. PATENT HUKUKUNDA KORUNAN: *BULUŞ*

A. GENEL OLARAK

Konumuz özelinde diğer fikri mülkiyet haklarından ayrışması nedeniyle incelememizde patentleri son sıraya koyduk. Şöyle ki telif, marka ve tasarım korumasında “ürünlerin fonksiyonel özellikleri” koruma görmez. Buna karşılık patent sistemi, bilakis ürünlerin **teknik** fonksiyonlarını korumak maksadıyla tasarlanmıştır. Dolayısıyla yukarıda sözünü ettiğimiz fikri ürünleri geliştirenin özgürlük alanının sınırlarını belirleyen “**ürün tipolojisinin**” yerini patentlerde “**buluşun çözdüğü teknik problem**”in bizatihi kendisi alır.

Patentlerde temel kavram, patentin konusunu oluşturan *buluştur*. Teknolojik¹ ilerlemelere bağlı olarak korumanın sınırlandırılabilceği endişesiyle yasa koyucular buluşun tanımını yapmaktan kaçınmakta ve mevzuatta koruma kriterleri sayılmakla yetinilmektedir; *i)* dünya çapında yenilik, *ii)* buluş basamağı ve *iii)* sanayiye uygulanabilirlik (EPC 52/1; SMK 82/1).

Sözlükte buluş; “*ilk defa yeni bir şey yaratma, icat*”, “*bilinen bilgilerden yararlanarak daha önce bilinmeyen yeni bir bulguya ulaşma veya yöntem geliştirme, icat*” anlamında kullanılmıştır². Buluş, keşiften farklıdır. TDK Türkçe sözlükte ‘keşif’ sözlük anlamı itibarıyla; “*ortaya çıkartmak, meydana çıkartmak, var olduğu bilinmeyen bir şeyin ortaya çıkarılması*”dır³.

¹ Teknoloji; “*bir sanayi dalı ile ilgili yapım yöntemlerini, kullanılan araç, gereç ve aletleri, bunların kullanım biçimlerini kapsayan uygulama bilgisi*” anlamına gelir. Bkz. TDK, teknoloji maddesi - <https://sozluk.gov.tr/> (erişim; 28.4.2020). Başka bir tarife göre “*teknoloji, bir malın üretilmesi veya bir sürecin işletilmesi ve bu amaçla bir üretim biriminin kurulması için gerekli bilgilerin, tecrübelerin ve becerilerin toplamıdır*”. Bkz. Ortan, Patent Lisansı 1.

² TDK, buluş maddesi - <http://sozluk.gov.tr/> (erişim; 10.7.2025).

³ TDK, keşif maddesi - <http://sozluk.gov.tr/> (erişim; 7.10.2025).

1979 tarihli Buluşlar İçin WIPO Model Kanunundaki tanım şöyledir (m. 112)⁴: “Buluş; teknik sahada spesifik bir sorunun çözümüne ilişkin insan fikridir”. İsviçre Federal Mahkemesi, buluşla ilgili şu tespitleri yapmıştır⁵: i) buluş soyut bir teknik kuraldır, ii) buluş yaratıcı bir fikrin ürünüdür, iii) buluş, sınai alanda uygulanabilir ve tekrarlanabilir özelliktedir, iv) buluş, doğa kuvvetlerinin egemenlik altına alınarak belirli bir teknik sonucu elde etmeye yönelik ve bu niteliği gereği tekniğin ilerlemesini sağlayan kuraldır. Alman BGH’ya göre ise buluş⁶; “doğa kuvvetlerinin sezgisel bir şekilde planlı kullanılmasıyla elde edilmiş başarıyı mantıken açıklayan kuraldır”.

Türk hukuk öğretisinde⁷ şu tanımlar yapılmıştır: Buluş sanayide, sanatta, ticarete ve ziraatta faydalanılan ve yeniden bulunan her netice, eser ve usuldür⁸. Buluş, teknik sahadaki şahsi bir verimdir/sonuçtur⁹. Buluş; “teknik bir eylemle ilgili kuraldır”¹⁰. Buluş, teknik bir ilerleme meydana getiren ve somutlaşmış fikirdir¹¹.

Buluş, teknik alanda spesifik bir problemin insanın fikri çabasıyla çözümüdür. Patent, teknik nitelikteki buluşlara verilir; teknik saha dışında kalan konulardaki fikri ürünler buluş sayılmaz ve bunlara patent verilmez. Teknik, doğa kuvvetlerinin ve maddelerin belirli amaçlarla kullanılmasıdır. Bitki, hayvan ve insan gibi canlılar da tekniğin konusunu oluşturur. Hayvan klonlama istisnası ve insan bedeniyle ilgili doktor istisnası gibi ayrık hükümler saklıdır.

Esas olarak buluşun özelliği “teknik ilerleme”dir¹². Bu özellik fikri ürüne buluşçu tarafından katılır. Bu yüzden keşiften farklı olarak buluş fikrî bir çabayı gerektirir. Keşifteki çaba ise zihni faaliyetle bir şeyi geliştirmek yerine doğada var olanı bulmaya/keşfe yönelik olduğu için patentlenmez (SMK 82/2).

⁴ WIPO geliştirmekte olan ülkeler için model patent kanunu hazırlamıştır. Bkz. Buluşlar İçin WIPO Model Kanunu - https://tind.wipo.int/record/28754/files/wipo_pub_840_vol_i.pdf (erişim; 10.7.2025).

⁵ BGE 29 II 731; 35 II 48; 36 II 266; 37 II 393; 43 II 523; 58 II 78; 63 II 271; 69 II 200; 76 I 381; 85 II 138; 98 Ib 399 (Ortan, İşçi Buluşları 45’ten naklen).

⁶ BGH 16.9.1980 (Walzabteilung) BGHZ 78, s. 98 (Ortan, İşçi Buluşları 45’ten naklen).

⁷ Bu konuda oldukça farklı bir yaklaşım için bkz. Battal 1 vd.

⁸ Hirş, Sınai Haklar 78.

⁹ Ayiter, İhtira 61.

¹⁰ Ortan, İşçi Buluşları 46.

¹¹ Ayiter, İhtira 31 ve dpn 3’te anılan yazarlar.

¹² Ayiter, İhtira 51.

Bilinen tekniğe kıyasla “buluş adımı” içeren teknik karakterli fikri ürünler/buluşlar patent belgesiyle ödüllendirilir. Patentte buluşsal adımı karşılamak için, rutin çalışmaların dışında yaratıcı bir çaba gerekir. Rutin ve olağan çalışmanın üstündeki çaba buluşsal adım kabul edilir. Buluşsal adımın varlığına hükmedebilmek için bilinen teknikle kıyaslama yapılır. Bu kıyaslamamanın hukuki rejimi, hukuk düzenlerinde farklılık gösterebilir¹³. Bu yüzden bir ülkede veya bölgede patentlenebilen bir buluş başkaca bir ülkede patentlenemeyebilir¹⁴. Yine uzmanların konuya yaklaşımı da sonucu etkileyebilir. Örneğin, 1990-1995 dönemi için yapılan bir çalışmaya göre USPTO’da patente bağlanan başvuruların %36’sı EPO’da reddedilmiştir¹⁵. Bunda iki hukuki rejimde benimsenen koruma kriterleri ile uygulanan prosedürün yanında uzmanların yaklaşımları da etkili olmuştur. EPO’ya kıyasla USPTO’nun patent verme prosedürü daha kolaydır¹⁶. Bu yüzden literatürde bir ofisin verdiği patent belgesinin diğerinden daha zayıf veya kuvvetli olduğuna hükmedilir.

B. BİLİMSEL BİLGİ VE TEKNİK BİLGİ

Bilimsel bilgi, bilimsel yöntemle elde edilen bilgi birikimiyken; teknik bilgi, bilimsel olsun veya olmasın sanayi ve günlük yaşam sorunlarını çözen pratiğe yönelik ‘fonksiyonel’ bilgidir¹⁷. Bilimsel bilgi, doğrudan bir sorunun çözümüne indirgenemeyen genel ve soyut niteliktedir.

Teknik bilgi de esasında tüm ‘fikirlerde’ olduğu gibi soyut yani zihinsel olmasına rağmen, belirli bir sorunun çözümüne ilişkin uygulamaya indirgenerek özel ve somut hale getirilmektedir. Patent hukuku geleneksel olarak soyut fikirleri veya ilkeleri değil, bu fikir veya ilkelerden türetilebilecek pratik ve somut uygulamaları korur¹⁸. Bu itibarla “patente uygunluk” değerlendirmesinde ele alınacak tanımlama ve içerik; salt bilimsel bilginin kuramsal bilgi olduğu, teknik bilginin ise teknik etki gösteren uygulamaya/tatbikata ait bir bilgi olduğudur. Özetle **teknik, teknik sahadaki uygulama bilgisidir**. Bu nedenle öğretilde **buluş, buluşçuya ait fikrin, pratik**

¹³ Sözelimi, Hindistan Patent Kanununa göre ilaç sektöründe formülasyon ve endikasyon gibi türev buluşlar patentlenemez (m. 3/d).

¹⁴ Ülkelerin sahip oldukları kuvvetli veya zayıf patent sistemleri, işletmelerin rekabet gücünü etkilemektedir. Amerikan patent sistemini bu açıdan değerlendiren bir çalışma için bkz. **Hubbard** 1909 vd.

¹⁵ **Lei/Wright** 44.

¹⁶ **Lei/Wright** 43 vd.

¹⁷ **Özkalp** 382.

¹⁸ **Ballardini** (2009) 213.

uygulaması şeklinde tanımlanmıştır¹⁹, ki buluş genellikle prototip veya model olarak belirir. Tam da bu yüzden buluş, soyut bir konseptten daha fazlası ve fakat satışa hazır nihai bir ürün veya usulden daha azıdır. İnovasyon ise bir sonraki adımdır. Buna göre inovasyon; "hataları ayıklanmış" buluşun işlevsel versiyonudur²⁰.

Buluş, teknik alanda spesifik bir problemin insanın fikri çabasıyla çözümüdür. Buluşçu, belirli bir teknik problemi doğa kuvvetlerini hâkimiyet altına alarak çözer. Pratik olanın dışındakiler tekniğe dahil değildir. Fakat insan ve canlı tabiat da bu sahanın içindedir²¹. Patent, teknik nitelikteki buluşlara verilir; patent hukukunda teknik saha dışında kalan konulardaki fikri ürünler buluş sayılmaz ve bunlara patent verilmez. Örneğin, finans sektöründe yeni bir tahvil modeli ya da oyun sektöründe yeni bir oyun geliştirilmesi patent korumasından yararlanamaz. Zira bu tür buluşların *teknik karakteri* yoktur. Sınırdan duran bilgisayar programlarının patentlenmesi için ileri teknik etki (*further technical effect*) aranır²².

C. BULUŞUN NİTELİKLERİ

Buluşun nitelikleri şunlardır²³.

- i) *Soyut Niteliktedir:* Buluş fikri, bir eşyada somutlaşsa bile bu durum onun soyut niteliğini değiştirmez. Örneğin, bir otomobilin durmasını sağlayan fren sistemi patentlenebilir niteliktedir. Yeter ki koruma kriterlerini karşılasın. Otomobili durduran fikrin, bir fren mekanizmasında somutlaşması onun soyut karakterini etkilemez.
- ii) *Teknik Niteliktedir:* Teknik, doğa kuvvetlerinin ve maddelerin belirli amaçlarla kullanılmasıdır.
- iii) *Tekrarlanabilir Niteliktedir:* Bu niteliği gereği buluş pratik hayatta uygulanabilir. Tekrarlanabilmesi için buluş tamamlanmış olmalıdır. İlgili alandaki uzman/işin erbabı (*skilled person*), yaratıcı bir çabaya girmeksizin patent tarifnamesindeki bilgilerden hareketle aynı sonuca ulaşabilmelidir/buluşu uygulayabilmelidir (SMK 92/1). Yani buluş tek-

¹⁹ **Merges**, Commercial Success 807.

²⁰ **Merges**, Commercial Success 807.

²¹ **Ayiter**, İhtira 32 vd.

²² **Çolak**, Patent 156 vd.; **Özek** 63 vd. Bilgisayar programlarının teknik niteliğine ilişkin ayrıca bkz. **Aksu**, Bilgisayar Programları 232 vd.

²³ **Ortan**, İşçi Buluşları 46 vd.; **Baş** 29 vd.

rar tekrar aynı sonucu vermelidir. Tekrarlanabilirlik ile sanayiye uygulanabilirlik sıkı bir ilişki içinde olmakla birlikte birbirinden farklı özelliklerdir. Tekrarlanabilirlik, buluşun teknik yapısında aranırken, sanayiye uygulanabilirlik buluşa eşlik edici bir özelliktir²⁴. Demek ki bir şeyin tekrarlanabilmesi, mutlaka sanayiye uygulanabilir olduğu anlamına gelmez²⁵. Sanayi, tarım dâhil toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak araçları sağlayan insan faaliyetleridir. Başka bir deyişle sanayi, tekniği de içine alan daha geniş bir kavramdır²⁶.

- iv) *Objektifleştirilmiş Fikri Üründür:* Buluş, önce buluşçunun zihninde şekillenmiş bir davranış modeli olarak belirir. Daha sonra üçüncü kişilerin algılayabileceği şekilde buluşçu tarafından objektifleştirilir, yani başkaları tarafından algılanabilir hale getirilir. Objektifleştirme metin ve teknik resim gibi unsurlarla gerçekleştirilir. Günlük yaşamda buluş bir eşya/ürün ya da icra edilen fiil olarak algılanır. Önemle vurgulayalım ki bunlar buluşun uygulama sonuçlarıdır²⁷. Yani objektifleştirme için buluşun mutlaka uygulamaya konulması gerekmez. Patentteki objektifleştirme, telifteki objektif şarta karşılık gelmektedir²⁸. Her iki hukuki rejimde de ilgili fikri ürünün (eserin ve buluşun), üçüncü kişiler tarafından algılanabilir seviyede şekillendirilmesi aranır.
- v) *Teknik İlerlemeyi Sağlar:* Yenilik buluşun niteliği olmayıp, patentin bir koruma şartıdır. Buluşun özelliği ise teknik ilerlemedir²⁹.

Aynı teknik probleme farklı çözümler üretilebilir. Dolayısıyla aynı sorunla ilişkin birden çok buluş geliştirilerek farklı patentler alınabilir. Hatta sonradan alınan bir patent öncekine bağımlı bile olabilir (SMK 131)³⁰. Ör-

²⁴ **Ortan**, İşçi Buluşları 52-3 ve dñn 55'te anılan yazarlar. Krş. **Öztürk**, Patent Verilebilirlik 70.

²⁵ **Ayiter**, İhtira 50.

²⁶ **Ayiter**, İhtira 50; **Ortan**, İşçi Buluşları 68.

²⁷ **Ortan**, İşçi Buluşları 53-54.

²⁸ Telif hukukunda objektifleştirme için bkz. *İkinci Bölüm, I, A, 3*.

²⁹ **Ayiter**, İhtira 51.

³⁰ Patentli bir buluşun, daha önceki başka bir patentten doğan haklara tecavüz etmeksizin kullanılması mümkün değilse patent konuları arasında *bağımlılık ilişkisi* vardır. Tarihsel olarak ikinci patent, birinci patente bağımlıdır. Bağımlı patentin sahibi, önceki tarihli patenti izinsiz kullanamaz. Bağımlı (sonraki) patentin sahibi, patent konusu buluşunu kullanmak için, buluşunun önceki tarihli patentli buluşla kıyaslandığında *büyük ölçüde ekonomik yarar sağlayan önemli bir teknik ilerleme göstermesi* kaydıyla *zorunlu lisans* verilmesini talep edebilir. Bağımlılık gerekçesiyle sonraki patentin sahibine zorunlu lisans verilmişse, önceki patentin sahibi de sonrakinden zorunlu lisans isteyebilir (SMK 131). Benzer şekilde patent ve ıslahçı hakkı da birbirine bağımlı olabilir ve bunlar da şartların varlığı halinde zorunlu lisansa tabidir (SMK 129/1-d; 129/6-8). Zorunlu lisans sistemi ülkemizde çalışmamaktadır.

neğin, otomobilin hızının azaltılması veya durdurulması probleminin çözümü için bir kişi ABS fren sistemini geliştirdiyse daha sonra başkaları ASR, ESP, EDN, MSR ve BAS gibi başkaca fren sistemlerini bulabilir. Bu fren sistemlerinden her birine, koruma şartlarını taşımak kaydıyla ayrı ayrı patent alınabilir. Çünkü teknik bir probleme (örneğinizdeki arabanın durdurulması veya hızının azaltılması problemine) birden çok çözüm üretilebilir.

Keşiften farklı olarak buluş, yaratıcı nitelikte fikri bir çabayı gerektirir. Keşifte ise doğada var olan unsurlar bulunur/keşfedilir. Fikri çaba olmadığı için keşifler patentlenemez (SMK 82/2). Belirtelim ki biyoteknoloji alanındaki gelişmeler patent hukukunun klasik ilkelerini derinden sarsmış, deyim yerindeyse ezberleri bozmuştur. Gelişmiş ülkelerdeki biyoteknolojik buluşlara ilişkin düzenlemeler buluş ile keşif kavramları arasındaki çizgiyi belirsizleştirmiştir. Zira klasik patent hukuku yaklaşımında buluş sayılamayacak birtakım unsurlar, biyoteknolojik buluş olarak patentlenebilir kabul edilmiştir³¹. Örneğin, doğada var olan bir bakterinin doğal ortamından veya genin organizmadan izole edilmesi yöntemi patentlenebilmektedir. Buna gerekçe olarak söz konusu işlemlerin teknik olarak karmaşık, zaman alıcı ve pahalı olduğu gösterilmektedir. Öncelikle ABD'nin sergilediği bu liberal yaklaşım, 1998 tarihli Biyoteknolojik Buluşlara İlişkin Yönergeyle³² AB'de de benimsenmiştir. Bu yaklaşımın saiki *fikri yaratıcılıktan* ziyade ekonomik ve *emek ediminin* korunmasıdır.

II. BULUŞÇUYU KISITLAYAN ETKENLER

Bir patentin kuvvetli veya zayıf oluşu şu nedenlere dayanabilir: *i)* teknik problemin doğası, *ii)* bilinen teknikteki o alandaki yoğunluk (*crowded prior art*), *iii)* regülasyon, *iv)* buluşun geliştirilmesi/buluşçunun öznel katkıları, *v)* tarifnemenin yazımı,

A. TEKNİK PROBLEMİN DOĞASI

Telif ve tasarımdaki “ürün tipolojisi”nin yerini patentlerde “teknik problemin doğası/tabiatı” alır. Buluşçunun çözmesi gereken teknik problem ne kadar derin, kronik ve kritikse buluşçudan beklenen katkı ve ortaya çıkan sonuç bir o kadar etkili olur ve verilen katkılar patentin koruma kuvvetini belirler. Tersten bakıldığında “problemin doğası” buluşçuyu sınırlar ve onun atabileceği buluşsal adımın limitlerini tayin eder.

³¹ Bu konudaki eleştiriler için bkz. **Memiş**, Biyoteknoloji 121 vd.

³² OJ, 30.7.1998, L 213/13.

Demek ki problemin doğası, dolayısıyla ortaya konulan çözüm, istemlerin geniş veya dar yazılmasına yol açar. Örneğin, X hastalığını tedavi edici Y molekülünün bulunması ile bir ilaçtaki stabilite sorununun buluşçuya sunduğu geliştirme alanı birbirinden büyük ölçüde farklıdır ve bu durum ister istemez sonuca yansır. Stabilite probleminde buluşçu küreği derine daldırmak istese de problemin doğası buna izin vermez.

Problemin sunduğu potansiyelin buluşçu tarafından ıskalanması ayrı bir sorundur. Bu konu aşağıda (*Beşinci Bölüm, III*) incelenecektir.

Özetle çözülecek teknik problemler, buluşçularına aynı potansiyeli sunmadığı için buluşçuların geliştirme/biçimlendirme/oynama alanları farklılaşır. Buluşçu, ancak bu alanda hareket ederek fikri yaratıcılığını buluşa yansıtır ve hukuki koruma bu öznel katkılarla sınırlı olarak tanınır. Bazen de teknik problemin sunduğu potansiyeli buluşçu kısmen veya tamamen ıskalayabilir ve sonuç buna bağlı olarak değişir.

B. BİLİNER TEKNİK (PRIOR ART)

Bir alanda var olan önceki çalışmalar (*prior art*), sonradan çalışma yapanların manevra alanlarını ister istemez daraltır. Yani ilgili alandaki mevcut **çalışmalar, sonrakiler için adeta** (diğer haklarda sözünü ettiğimiz) **“ürün tipolojisi etkisi” yaparak onların seçenek özgürlüklerini kısıtlar**. Bu yüzden patentli teknolojinin alternatiflerinin fazlalığı veya azlığı sonucu etkiler. Bilinen çözümler fazlaysa koruma kuvveti zayıf bir patent ortaya çıkar. Zira bu senaryoda mevcut çözümler/buluşlar, buluşçunun manevra alanını daraltır. Bunun tersi de geçerlidir³³. Eş deyişle önceki buluşlar/ikame teknolojiler, sonrakinin koruma kuvvetini zayıflatıcı niteliktedir.

Wright kardeşler, *Edison* ve *Bell* gibi fikri ürünü geliştiren öncü/pioneer buluşçular o alanda çığır açabilir, hatta standardı belirleyebilir. Bununla birlikte uygulamada buluşçular daha ziyade bilinen tekniğe “buluş adımı” ilave ederek patent hakkı elde eder. Merdivenin basamakları gibi bir buluş, diğerleri üzerine inşa edilerek geliştirilir.

Bilinen teknikte yapılan bir değişiklik, buluş adımı kabul edilerek koruma eşiğine ulaşabilir. Bu küçük değişiklik yüzünden ürün büyük bir ticari başarıya da imza atabilir. Fakat sonradan gelenlere karşı hukuki koruma sadece bu

³³ Bu yüzden ilgili teknolojinin karmaşıklığı ve bu bağlamda patentli buluşun kolay taklit edilip edilemeyeceği ile yatırım sınırlamaları gibi hususlar da patentin değerine/ticari başarısına etki eder. Ancak çalışmamızda odaklandığımız husus patentin koruma kuvvetidir.

küçük değişiklik (buluş adımı) kadardır. Çünkü adımın küçüklüğü veya büyüklüğü, sonradan gelenlerin derinlik ve genişlik anlamında ilgili ürün veya usule koyacağı mesafeyi tayin eder. Sonrakiler, bu değişikliğe saygı duyarak o ürünü veya usulü kullanabilir. Sözgelimi, bilinen teknikteki unsurlarda yapılacak bir değişiklik bile bazen patentlenebilir, ama bu ihtimalde ortaya zayıf bir patent çıkar. Örneğin, bir ilaçta seleksiyon yapılarak atılan bir buluş adımı korunduğu gibi bir molekül de patentlenebilir. Ancak ikincisinin kuvveti, birincisiyle kıyaslanamayacak düzeyde daha güçlüdür. Yine bir otomobilin ilk defa geliştirilmesi ile var olan otomobilin diyelim ki fren mekanizmasının veya yağmur sileceğinin iyileştirilmesi buluşçularına aynı potansiyeli sunmaz.

C. REGÜLASYON

Patentin koruma kapsamını etkileyen unsurlardan birisi de regülasyondur. Yasa koyucular bazı ürünlerin piyasaya çıkışında standartları belirleyerek alternatif çözümleri hukuken engelleyebilir. Bu da buluşçunun manevra alanının daralmasına yol açar.

Son yıllarda telekomünikasyon başta olmak üzere bazı sektörlerde “standartta esas patentler” (SEP’ler) dikkat çekicidir. SEP’lerde ekonomik tekelleşme, patent korumasının dışında, bizzat hukuk araçsallaştırılarak sağlanmaktadır. Şöyle ki **bir standarda uymak için gerekli teknolojiyi kapsayan patentler SEP olarak bilinir ve bu halde patent sahibi, FRAND (fair, reasonable, and non-discriminatory) taahhüdünde bulunur. FRAND gereği patent sahibi ilgili teknolojiyi kullanmak isteyen herkese adil, makul ve eşit şartlarda patenti lisanslama/kullandırma taahhüdü altına girer.** Ardından ilgili patent SEP ilan edilir. **Patent, buluş üzerinde tekelleşmeye (hukuki tekel) imkân verirken, SEP’ler yoluyla ürün üzerinde de tekelleşilmektedir (ekonomik tekel).** SEP modelinde teknik problemin doğasından ziyade buluşçuyu hukuk kuralları kısıtlar. Daha doğrusu var olan bir patent SEP ilan edilir ve sonraki buluşçuların buluş geliştirme alanı hukuk araçsallaştırılarak yok edilir; sonraki buluşların ticari olarak kullanılması mümkün olmaz.

III. BULUŞUN GELİŞTİRİLMESİ³⁴ VE KÂĞIDA DÖKÜLMESİ

Bir üst başlıktaki (*Beşinci Bölüm, II*) açıklamalardan anlaşılacağı üzere buluşçunun manevra alanını temelde üç etken belirler: *i*) teknik problemin doğası, *ii*) bilinen teknik, *iii*) regülasyon.

³⁴ Diğer fikri ürünlerde de geliştiricinin öznel katkıları sonucu tayin eder. Bu konuda eserler için bkz. *İkinci Bölüm, III*, tasarımlar için bkz. *Dördüncü Bölüm, III*.

Bu limitlere rağmen diğer fikri ürünlere benzer şekilde **patentlerde koruma kuvvetini temelde buluşçunun öznel katkıları belirler**. Şöyle ki buluşçu, sözünü ettiğimiz üç etkenin kendisine sunduğu potansiyelin tamamını kullanabileceği gibi kısmen veya tamamen ıskalayabilir; sonucu buluşçunun atacağı adım tayin eder. Buluşçunun attığı adımın büyüklüğü ya da küçüklüğü patentin kuvvetli veya zayıf olmasına yol açar. Belirtilen limitler ışığında buluşçuyu asıl sınırlayan onun beynidir, zekâsıdır.

Buluşçunun manevra/biçimlendirme alanını belirleyen ve yukarıda açıklanan kısıtlar çerçevesinde buluşçu, fikri çabasıyla buluşu geliştirir. Sözü edilen etkenler somut olayda buluşçuya bazen geniş bir manevra alanı sunarken bazen de tersi durumla karşılaşılır. Anılan etkenlerin buluşçuya sunduğu manevra alanını buluşçu tam olarak değerlendirebileceği gibi bazen teknik problemin ona sunduğu potansiyeli kısmen veya tamamen ıskalayabilir ve fırsatı değerlendiremez. Deyim yerindeyse buluşçu kendi kendine ket vurarak kendini kısıtlamış olur.

Bu bilgiler ışığında denebilir ki **buluşçuyu kısıtlayan etkenlerden birisi de buluşçunun kendi kapasitesidir**, ufkudur, beynidir. Şöyle ki yukarıdaki etkenler herkesi kısıtlar; kim olursa olsun bu etkenleri aşarak buluş geliştiremez. Ancak söz konusu etkenlerin sunduğu manevra alanını her buluşçu aynı şekilde değerlendiremez; kimisi tam kapasiteyi kullanırken kimisi daha azını değerlendirebilir, bazıları da potansiyeli tümüyle ıskalayabilir ve ortaya patentlenebilir bir buluş çıkmaz. Geliştirme faaliyeti, koruma eşiğini aşmaya yetmiyorsa koruma devreye girmez. Aşsa bile anılan etkenlerin sunduğu potansiyel tam olarak kullanılmadığı için koruma zayıf kalır, belki de bırakılan boşluk/potansiyel sonradan başka buluşçular tarafından değerlendirilir. Bazen patentin zayıflığı, buluşçuyu kısıtlayan sözünü ettiğimiz etkenler yüzündendir; bu etkenler, kim olursa olsun daha fazla katkı yapılmasına izin vermez.

Son olarak belirtelim ki buluşçunun geliştirdiği buluşun kâğıda dökülmesi ayrı bir çalışma olup büyük özen ister. Bunda yapılacak hatalar, geliştirilen buluşun tam olarak patentlenmesini engelleyebilir ve yasa koyucunun öngördüğü buluş üzerindeki tekelleşmenin önüne geçebilir. Gerçekten buluşun kâğıda dökülmesinde yapılacak hatalar patentin koruma kuvvetini olumsuz yönde etkiler. Buluşun ortaya koyduğu çözüm daha fazla potansiyel taşımaya rağmen bu potansiyelin kullanılmaması patenti zayıflatır. Hak edilenden fazla geniş yazılan istemler patentlenmez, her nasılsa patentlenmişse talep üzerine hükümsüz kılınır. Yine aşırı geniş talepler, *işin erbabı* (skilled person) tarafından buluşun uygulanabilirliğini ortadan kaldı-

rabilir ve bu durum ayrı bir hükümsüzlük nedenidir (SMK 138/1-b'nin yollamasıyla 92/1-3).

IV. LİTERATÜRDE KUVVETLİ VE ZAYIF PATENT AYIRIMI

A. GENEL OLARAK

Patent hukukunda kuvvetli/zayıf patent denilince akla birden çok ihtimal gelir³⁵: *i)* ülkelerin benimsediği kuvvetli/zayıf patent sistemleri, *ii)* ticari olarak başarılı/başarısız patentler, *iii)* zor/kolay hükümsüz kılınabilir patentler, *iv)* ilgili patentin korumasının kapsama alanı. Bunlardan son iki senaryo çalışmamızın ilgi alanına girmektedir.

Zayıf patentlerin bazıları koruma eşiğini zar zor aşarken, bazıları esasen bu eşiği aşmamasına rağmen her nasılsa patentlenmiştir. Literatürde **zayıf patent** deyince daha ziyade **koruma kriterlerini karşılamayan buluşa patent belgesi verilmesi** kastedilmektedir³⁶. Bu anlamda patentin zayıflığı, “hatalı belge vermek”le eş anlama gelir³⁷. Bu anlamdaki zayıf patentler sonradan talep üzerine hükümsüz kılınır.

Patent korumasının, eşdeğerlik yorumu ve istem metni üzerinden şekillenmesi, zayıf patentlerin hem sayısını hem de negatif etkisini artırmaktadır. Bu da konunun önemini perçinlemektedir.

Patent korumasında tarifname yazımı önemli bir iştir. Buluş tariflenirken istemler dar yazılırsa koruma kapsamı daralırken patentin hükümsüz kılınması zorlaşır. Buna karşılık geniş yazılan istemler, daha geniş alanda koruma verirken hükümsüz kılınması kolaylaşır. İdeal yazım ise geniş yazılıp da patenti ayakta tutabilenlerdir. Bu da **yazım ustalığını** gerekli kılmaktadır.

Zayıf patentler, patent sistemine birçok yönüyle yükür: *İlk olarak*, başvuru sahibine hak etmediği tekel verilerek teşvik ve ödül mekanizması zarar görür. *İkinci olarak*, idari prosedür işletilerek gereksiz işlem maliyeti oluşur. *Üçüncü olarak*, rakipler gereksiz yere engellenerek bundan hem rakipler hem de tüketiciler zarar görür. *Dördüncü olarak*, zayıf patente dayanarak yola çıkan patent sahibi, günün sonunda zararla oturur. Çünkü

³⁵ Daha fazla bilgi için bkz. **Kwon 2**.

³⁶ **Kwon 2**; **Lei/Wright 43**; **Liu 15-16**. Bir patentin geçersizlik anlamındaki zayıflığının tespiti için bazı modeller geliştirilmiştir. Bu konuda bilgi için bkz. **Kwon 3** vd.

³⁷ **Kwon 2**.

açacağı tecavüz davası, hükümsüzlük davasıyla karşılaşılır ve belge hükümsüz kılınınca da tecavüz davası reddedilir. Böylece uzun, maliyetli ve yorucu dava süreçlerinden zararlı çıkar.

Buna rağmen bazı işletmeler, *evergreening stratejilerinin* bir parçası olarak “kaybederek kazanma” modelini hayata geçirebilir. Böylece sahibi olduğu zayıf olmayan patentlerle birlikte zayıf/eşiği aşmayan patentleri de kullanarak ilgili ürünün etrafına “patent çalısı/öbeği” örmek suretiyle patent portföyünü genişletebilir. Yapılan araştırmalara göre bu şekilde davranan patent sahiplerinin daha fazla lisans geliri elde ettiği tespit edilmiştir³⁸.

Özetle, patent sahipleri yönünden zayıf patentlerin kullanılması kârlı olabilirken, patent sisteminin topluma sağlaması gereken teknolojik ilerleme gerçekleşmez. Yani belirsizliğin artması, sistemin ve yargılamanın suistimali üzerinden toplum bedel öderken, patent sisteminin vadettiği teknik ilerleme sağlanamaz³⁹.

Bu tür stratejilere karşı patent sistemleri büyük ölçüde korumasızdır. Patent yanlısı yaklaşımlar, bu tür suistimallere yaptırım seçeneklerinin işletilmesine izin vermemektedir. Bu yüzden Amerikan öğretisinde *Barton*, 2000 yılında kaleme aldığı makalesinde patent sisteminde üç reform önermiştir⁴⁰: *i)* patentlenebilirliğe ilişkin standartların yükseltilmesi, *ii)* araştırma maksadıyla patent kullanımının önündeki engellerin kaldırılması⁴¹, *iii)* geçersiz patentlere karşı (hükümsüzlük gibi) hukuki saldırıların kolaylaştırılması. Yirmi beş yıl sonra *Barton*’un bu önerileri bugün için daha fazla geçerlidir. Zira 2000 yılından günümüze yazarın belirttiği sorunlar aritmetik olarak artmış vaziyettedir.

Zayıf patentleme, bazı işletmelerce bir strateji olarak yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. İşletmelerin motivasyonu kâr elde etmektir. Bazen işletmeler Ar-Ge’den ziyade hukuk ve patent departmanına yatırım yapar. Geliştirilen stratejilerle patent sistemi zorlanarak aslında buluş adımı içermeyen buluşlar, sistemin zayıflıklarından faydalanılarak patentlenmeye çalışılır ya da rakipler için hukuki belirsizlikler oluşturulur. Patent sisteminin suistimaline yol açan ve suyu bulandırmaya dönük bu stratejiler, rakiplerin

³⁸ **Farrell/Shapiro** 1356, 1361-1362; **Kwon** 2.

³⁹ **Lei/Wright** 43.

⁴⁰ **Barton** 1933-1934.

⁴¹ ABD patent hukukunda deneme amaçlı kullanım istisnasına yer verilmemiştir.

hukuk güvenliğini tehlikeye sokar. Özellikle ilaç sektöründe zayıf patentleme, *evergreening stratejilerinin* bir parçası olarak ilgili ürünün etrafına “patent çalısı” örülerek rakipler uzaklaştırılmaya çalışılır⁴². Zayıf patentler, patent sisteminin suistimaline neden olmakla amacından saptırılması sonucu doğurur. Zayıf patentler çok sayıda davaya ve rekabeti bertaraf edici nitelikte tarafların uzlaşması/rekabete aykırı sözleşme akdedilmesine yol açmaktadır⁴³. Bu nedenle zayıf patent konusu, patent anlaşmaları üzerinden rekabet hukukçularının da gündemini meşgul etmektedir.

Sistemi suistimale yol açan bu tür kullanımlar sanıldığından da fazladır⁴⁴. Yapılan araştırmalara göre ABD’de 2001-2010 döneminde rastgele seçilen 10 bin patentin %13’ünün koruma kriterlerini karşılayıp karşılamadığı şüphelidir⁴⁵. 1990-1995 dönemini esas alan başka bir araştırmaya göre ABD’deki patentlerin %36’sı zayıf patentlerden oluşmaktadır. Bu patentler ABD’de tescil edilirken EPO’da reddedilmiştir⁴⁶. Üstelik patent sahipleri, zayıf olmayan patentlere kıyasla zayıfların yenilemesini daha fazla yaptığı tespit edilmiştir⁴⁷.

ABD Senatosunda değişik tarihlerde yapılan konuşmalarda kuvvetli patent sistemine vurgu yapılarak Amerikan rekabet gücünün kuvvetli patent (fikri mülkiyet) korumasını gerektirdiği üzerinde durulmuştur⁴⁸.

Bir ihlal davasında davacı hak sahibi, münhasır alanını olabildiğince geniş tutmaya, hatta ürün tipolojini bile sahiplenmeye çalışırken davalı

⁴² Araştırmacı ilaç şirketlerinin ilaç patentinin koruma süresini uzatarak eşdeğer ilaç rekabetini engelleme/geciktirme yöntemlerine *evergreening stratejileri* denir. Kök patentten başka EPC ve SMK gibi metinlere göre bir ürünün kendisi yeni olmamasına rağmen bunların kullanımı (ikincil tıbbi kullanım), formülasyonu, dozajı ve yeni bir etki doğurmayan kombinasyonu gibi ilacın özellikleri de patentleyerek patent öbeği/çalışı oluşturulmaktadır. Bu yaklaşım, patent korumasının suistimaline de kapı aralamaktadır. Bu blokaj stratejileri sanıldığından da yaygındır. Sözgelimi Eli Lilly, Kanada’da Olanzapine etken maddesi için, yeterli bilimsel test ve deneyleri bulunmayan seksüel fonksiyon bozukluğundan otizme kadar en az on altı konuda kullanıma yönelik çeşitli patent başvuruları yapmıştır. Bkz. **Correa** 263. AB İlaç Sektörü Raporuna göre bir molekül için 1.300 adet patent tescilli/başvurusu yapılmıştır. Bkz. European Union Commission 169. Suistamale yol açan strateji örnekleri için bkz. **Roos / Pike / Brown / Becker** 7 vd., 26 vd.; **Dwivedi / Hallihsur/Rangan** 324 vd.

⁴³ Zayıf patentlerle ilgili birtakım stratejiler hakkında bilgi için bkz. **David** 55.

⁴⁴ **Anton/Greene/Yao** 3.

⁴⁵ **Kwon** 2, 7.

⁴⁶ **Lei/Wright** 44.

⁴⁷ **Kwon** 8.

⁴⁸ **Hubbard** 1910, dpn 4. Fakat *Hubbard*, bu çalışmasında daha rekabetçi bir ekonomi için ABD’deki patent sisteminin zayıflatılmasını savunmaktadır. Bkz. s. 1942 vd., özellikle 1965. Bu konuda farklı görüşler için bkz. **Hubbard** 1909 vd.

taraf tam tersi pozisyon olarak serbest alanın geniş olduğunu ispata gayret eder. Patent (marka ve tasarım) hükümsüzlük davalarında ise bunun tam tersi pozisyon alınır. Şöyle ki patentin sahibi, davanın reddini sağlamak için tecavüz davasında takındığı tutumun tam tersi bir davranışla patentin koruma kapsamının dar olduğu savunmasını geliştirir. Hatta hükümsüzlük tehlikesi gördüğünde patent sahibi, patenti ayakta tutabilmek maksadıyla istemlerinde hukuken daraltmaya bile gidebilir. Bu son davranışın hukuki zemini de vardır (EPC 105a ve 105b; SMK 103). İşte saatin sarkacı gibi işine geldiğinde patentin kapsamını dar veya geniş gösterme çabasına karşı *file-wrapped estoppel doktrini* geliştirilmiştir.

Başvuru/patent sahibinin gerek başvuru sürecinde gerekse tescil sonrası koruma devam ettiği sürede ileri sürdüğü beyanları da dikkate alınır (SMK 89/6). Patent sahibi, koruma kapsamının daraltılması yönünde bir beyanda bulunduyorsa, üçüncü kişilerde haklı bir beklenti oluşturduğu için artık bu beyanıyla bağlıdır. Bu beyanın başvuru esnasında ya da tescil sonrasında yapılması önemsizdir. Sonradan bu haklı beklentiye aykırı olacak şekilde, yani kendisiyle çelişerek patentin koruma kapsamını genişletecek talepler ileri süremez. Buna öğretide *file-wrapper estoppel doctrine* denir⁴⁹.

Eşiği aşmayan zayıf patentlerin önlenmesi, patent araştırma ve inceleme sistemindeki aksaklıkların giderilmesini gerekli kılmaktadır.

Sosyal maliyeti yüksek olan zayıf patentler, patent sistemine önemli yükler getirmektedir. Yukarıda vurgulandığı üzere, özellikle ilaç sektöründe *evergreening stratejileri* olarak bilinen yöntemler üzerinden sınırdeki patentleme faaliyetleri nedeniyle sistemin suistimali yoğun tartışmalara neden olmaktadır. **Fikri mülkiyet korumasıyla devletin nihai amacı toplumdaki teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemeyi sağlamaktır** (TRIPS 7; SMK 1/1). **Patent korumasının temel işlevi yenilik yapmayı özendirerek buluşları ekonomiye kazandırmaktır.** Devlet bu amacına ulaşmak için teknolojik yenilik/buluş yapanlara patent koruması bahşeder.

Kamu yararının sağlanabilmesi için “patentin kullanılması” gerekir. Buna karşılık fikri ürün sahibi yüksek kazanç (tekel primi) peşindedir. Bu motivasyon gereği fikri ürüne yatırım yapanlar, Ar-Ge sonuçlarının kendilerine dönmesini ve tekel primi almayı hedefler. Patent sahibi buluşu *kullanmak* yerine, üçüncü kişileri patenti *kullanmaktan men etmek* suretiyle de

⁴⁹ *Estoppel doktrini* hakkında bilgi için bkz. **Chandler** 466 vd.

kar maksimizasyonu amacına ulaşabilir⁵⁰. Bu ihtimalde devletin serbest piyasaya suni bir şekilde müdahale etmek suretiyle verdiği patent tekeli, blokaj yoluyla patent sahibinin amacına hizmet ederken toplum yeni teknolojilerden mahrum kalır ve devletin hedeflediği ilerleme gerçekleşmez⁵¹. **Patent sahibinin patentli buluşu topluma kapatarak hem kendisinin kullanmaması hem de üçüncü kişilere kullandırmaması patent korumasının amacıyla çelişir. Bu yüzden pek çok ülkenin hukukunda patentin kullanılmamasına zorunlu lisans yaptırımı öngörülmüştür⁵².** Sistemin kötüye kullanılmasıyla ilgili bu konuların incelenmesi çalışmamızın boyutunu aşmaktadır. Şu kadarını belirtelim ki zorunlu lisans sistemi ülkemizde çalışmamaktadır.

B. PATENTLERİN KORUMA KUVVETİ

Biz çalışmamızda (literatürdeki yaklaşımla uyumlu bir şekilde) **zayıf patent kavramını, eşiği aşmayan ve zar zor aşanları içerecek şekilde kullanıyoruz**. Bu bağlamda patentin kuvvetinden kastımız ise başvuruya konu buluşun eşiği aşıp aşmaması/koruma kriterlerini karşılayıp karşılamaması ve eşiği aşmışsa patentin koruma kapsama alanının ne olduğudur.

Eğer buluşçu, kronik bir teknik problemi çözmek suretiyle buluş geliştirmişse alınacak patent güçlü kuvvetli olacaktır⁵³. Yeter ki tarifname kaleme alınırken yazım hatası yapılmamasın.

Buluşun geliştirilmesinden kaynaklı olarak bir buluş, koruma eşiğini aşmıyor veya zar zor aşıyor olabilir. Eşiği aşamayan buluş için yapılacak başvuru teorik olarak reddedilecektir. Ancak patentleme süreçleri oldukça karmaşık ve uzmanlık gerektirdiği için bu başvuruların bazıları haksız yere belgeye bağlanabilir (*false grant*). Eşikteki başvuruların bir kısmı belgelendirirken bazıları da reddedilebilir. Bu retlerin bazıları hatalı olabilir (*false rejection*). Yine belgelenen başvuruların bazılarının koruma kapsamı, (hataen veya kasten) gereğinden fazla geniş kaleme alınmış olabilir. Literatür-

⁵⁰ Bazen patent sahibi, tekel niteliği güçlü olan patentini kullanarak rekabeti bozucu davranışlar bile sergileyebilir. Bu tür davranışlar da zorunlu lisans yaptırımıyla karşılaşır (TRIPS 31/k; SMK 129/1-e).

⁵¹ 1968 yılındaki yayınında **Ayiter**, yabancıların, buluşu kullanmak için değil, ihracat pazarını rakip işletmelere kapatmak maksadıyla patent aldığına dikkat çekmiştir. Bkz. Problemler 150. Bu tespit günümüzde çok daha fazla geçerlidir.

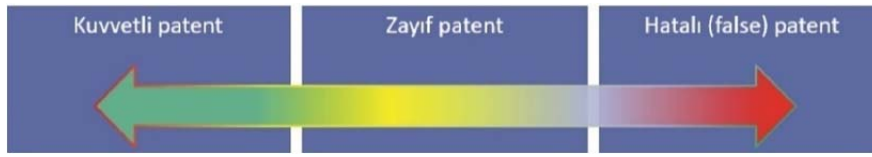
⁵² Zorunlu lisans hakkında bilgi için bkz. **Hilty/Liu** 1 vd.; **Correa/Hilty** 1 vd. Ülkemizde kullanmama nedeniyle zorunlu lisansa ilişkin bkz. **Koçak, H.** 17 vd.

⁵³ **Ortan** da tekniği objektif bir şekilde zenginleştirdiği ölçüde patente verilecek korumanın kapsamının değişeceğine işaret etmiştir. Bkz. Avrupa Patenti 189.

de tüm bu belgeler *zayıf patent* olarak nitelenmektedir. Bunlara *kötü patent*, *kalitesiz patent* ve *problemlı patent* gibi isimler de takılmaktadır⁵⁴.

Sınırdan puslu alanı aşan patentlerin de koruma kuvvetleri aynı değildir; aynen zayıf ve güçlü marka ayırımına benzer şekilde, zayıftan kuvvetliye doğru koruma güçleri artar. Yani eşiği aşmayanlar bir kategori olmakla birlikte eşiği aşanlar bir kategori değildir; bunların koruma kuvvetleri zayıftan kuvvetliye doğru giderek artar.

Şekil 24: Kuvvetli, Zayıf ve Hatalı Patentler



Patentlerde tarifname ve özellikle istemlerin yazımı ustalık ister ve büyük önem taşır. Zira bir patentin koruma kapsamı, yani suçlanan ürün ve/veya usulün bu alana basıp basmadığı istemlerine bakılarak tespit edilir.

Yine bir patentin istemleri ne kadar geniş yazılırsa hükümsüz kılınabilmesi o kadar kolaylaşır. Ne kadar da dar yazılırsa⁵⁵ o kadar hükümsüz kılınması zorlaşır ve kuvvetli patent olarak adlandırılır. Fakat dar yazımda korumanın kabuk kalınlığı (derinliği) incelendiği için üçüncü kişilerin buluşun çekirdeğine doğru yaklaşma mesafesi kısalmır. Demek ki diğer fikri mülkiyet haklarından farklı olarak **patentin kuvveti ile üçüncü kişilerin patentli buluşa yaklaşma mesafesi arasında ters bir ilişki vardır**.

Patentlerdeki geniş yazımın sonucu olarak patentin koruma kuvvetinin zayıflamasını kâğıt üzerinde dağılan mürekkebin gücünün azalmasına benzetebiliriz. Mürekkep kâğıdın üzerinde ne kadar dağılırsa o oranda yoğunluğu azalarak kuvveti zayıflar.

C. KUVVETLİ VE ZAYIF PATENT AYIRIMININ HUKUKİ VE TİCARİ SONUÇLARI

Kuvvetli patentin avantajları şöyle sıralanabilir:

- i) Hükümsüz kılınması zordur,

⁵⁴ Kwon 2.

⁵⁵ Patent alınan bir buluş, teknik olarak üretime hazır olsa bile ticari bakımdan yeterince olgunlaşmamış olabilir. Hatta ilk çözümler genellikle primitif olur ve geliştirmeye ihtiyaç duyar. Yapılacak iyileştirmeler sayesinde sorunlar giderilir ve buluş ticarileştirilir. Pratikte pek çok buluş evrilerek geliştirilir. Bazen sonraki geliştirmeler, buluş adını da aşarak yeni bir patente dönüşebilir.

- ii) İstemlerin kapsamı sınırlıdır, ama bu dar alanda rakiplerin onu dolanması zordur,
- iii) Kuvvetli patent, sahibine monopol fiyatlama yapma imkânı tanır,
- iv) Yukarıdaki üç nedenle ticari bakımdan patent daha değerli olup gerek patentli ürünün yüksek fiyatlanması gerekse ilgili pazarda lisanslanması daha kolaydır.

Zayıf patentlerin dezavantajları şunlardır:

- i) Yukarıda kuvvetli patentin avantajları, zayıf patentlerin dezavantajını oluşturur,
- ii) Zayıf patentler sosyal açıdan da maliyetli olabilir⁵⁶; a) maliyetli dava süreçleri, b) patent korumasının tedbiren askıya alınması, c) savunma patentlerine kapı aralaması ki bu durum yeni yeni zayıf patentleri tetikler.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hükümsüz kılınabilecek zayıf bir patentin sahibinin, esasen *rakiplerine daha az zarar verme* potansiyeli vardır. Çünkü patentten doğan hakkını ileri sürdüğünde karşı davayla belgesi hükümsüz kılınır ve belge sahibi arzu ettiği tekeli kurmayı başaramaz. Buna karşılık zayıf olup da hükümsüzlük sınırında dolaşan bir patentin koruma kapsamını belirlemek daha nitelikli bir yargılamayı gerektirdiğinden serbest ticaret yapanların *hukuk güvenliğini* daha fazla tehdit eder⁵⁷. İronik bir şekilde hukuki belirsizlik nedeniyle üçüncü kişilerin güçlü patente kıyasla zayıf patente tecavüz potansiyeli daha fazladır. Çünkü zayıf patentler, koruma eşliğinde bir yerde durmakta olup rakipler, sınırda dolaşmayı ve test etmeyi tercih ettiklerinden dava sayıları ve basiretsizlik artar⁵⁸.

Vurgulayalım ki patent korumasıyla *buluş* özelinde süreyle sınırlı olarak rekabet ortadan kalkar. Zayıf bir patentin etrafından dolanmak kolaydır. Patent yarışında böylece rakip patente (*me too patent*) alan açılmış demektir⁵⁹. Buna karşılık güçlü, kuvvetli bir patenti dolanmak zordur, hatta istisnaen mümkün olmaz. Gerçekten bazı buluşlar, ürünü “kilitleme işlevi” nedeniyle istisnai hallerde *ürün üzerinde de tekelleşmeye* yol açabilir. Çünkü

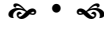
⁵⁶ Farrell/Shapiro 1362.

⁵⁷ Farrell/Shapiro 1347. Zayıf patentin hukuki ve teknik sonuçlarına ilişkin bilgi için bkz. Anton/Greene/Yao 1 vd.; Bessen/Meurer 1 vd.

⁵⁸ Anton/Greene/Yao 9 vd.

⁵⁹ David 39.

bu halde rakipler, buluşun etrafından dolanarak aynı çözüme ulaşamaz, yani ikame buluş yapamaz. Demek ki **patent koruması, nadiren de olsa “hukuki tekel”in ötesinde “ekonomik tekelleşmeye” yol açar.** Bu durum özellikle ilaç patentlerinde görülür.



Zayıf patentler üzerinden rakiplerin hukuki güvenliğini belirsiz hale getirmek bazı işletmeler için bir patent stratejisidir. Patent hukukunda doğrudan tecavüzün yanında menfaatler dengesini sağlamak amacıyla benimsenen dolaylı tecavüz ve eşdeğer yoluyla tecavüz gibi hukuki müesseseler, bu tarz stratejileri destekleyerek patent sisteminin suistimaline kapı aralamaktadır. Ancak patent sahibine gerekli korumayı sağlayabilmek adına yasa koyucular, iki kötü seçenektan birini tercih etmek durumunda kalmışlardır.

Yapılan araştırma sonuçlarına göre buluş sahipleri, genellikle dar koruma verecek zayıf bir patent elde etmek yerine ticari sır ve know-how korumasını tercih etme eğilimindedir⁶⁰. Bu tespit bir genelleme olup somut olaya bağlı olarak işletme davranışları farklılaşabilir. Nitekim bazı işletmeler *evergreening stratejileri* gereği zayıf patentler üzerinden rakiplerinin serbest ticaret zeminlerini kirletmek suretiyle ürün ve usullerinden onları uzaklaştırmayı tercih etmektedir.

Zayıf bir patentin *ekonomik değeri* ile kuvvetli patentinki farklılaşmaktadır⁶¹. Zira kuvvetli bir patentin ticari başarı potansiyeli kural olarak daha fazladır⁶². Örneğin bir çalışmaya göre zayıf (hükümsüzlük tehdidi altındaki) patentlerin patent değeri %36,57 iken, zayıf olmayanların değeri %54 ve üstündedir⁶³. Yapılan örneklemelerin ortalamasını belirten bu oranların ötesinde, özellikle ekonomik tekelleşmeye yol açan patentlerin ticari başarısı ileri düzeyde olabilir. Bu durum ilaçlarda etken madde patentleri ile SEP’lerde zirve yapar.

Bu araştırma sonuçları bir genellemeyi ifade etmektedir. Bu nedenle koruma kuvveti güçlü bir patentin her zaman daha fazla ticari başarıya ulaşacağı söylenemez.

⁶⁰ Anton/Greene/Yao 9 vd.

⁶¹ Bkz. Liu 15 vd. Patentın değerinden maksat, patentli bir ürün ile patentsiz bir ürün arasındaki farktır. Bkz. Liu 19.

⁶² Zayıf patent, hemen daima koruma eşliğini aşıp aşmadığı tartışmasına muhatap olacağı için hükümsüzlük tehdidi altındadır. Hükümsüzlük davası açana, patent sahibi bedelsiz lisans verme gereği duyabilir. Böyle bir patentin devir ve lisanslama gibi yollarla ticarileştirilme potansiyeli de azdır.

⁶³ Liu 26 ve 32.

ABD içtihat hukukunda *buluşun patentlenebilirliği* ile *ticari başarısı* arasında ikincil derecede⁶⁴ ilişki olduğu, ticari başarının patentlenebilirliğin bir delili olduğu kabul edilmiş, bu içtihat öğretide *Merges* tarafından eleştirilmiştir⁶⁵. Yazar bu eleştirisini yaparken patent korumasının teknik buluşları koruduğu, inovasyonu ise dolaylı koruduğu üzerinde durmaktadır. Oysa ticari başarı faktörünü patentlenebilirliğe dayanak yapan içtihadın inovasyonu doğrudan korumaya başladığı, bunun da patent sistemiyle uyumadığı eleştirisini getirmektedir. Buluş, teknik sahadaki insanın fikri yaratıcılığıyla ilgili bir kavram olup patentlenebilirlikle ticari başarı arasında doğrudan bir ilişki yoktur.

Kanaatimizce de lisanslama başarısı, başkalarının başarısızlığı, uzun süre ihtiyaç duyulma ve taklit olgusu gibi ticari başarıdaki etkenler koruma kuvvetinin belirlenmesinde rol oynamaz. Hatırlanacağı üzere *droit d'auteur* sisteminde telif hukukunda da eser kavramı ile ona yapılan yatırım, zaman, emek ve masraf gibi unsurlar arasında ilişki kurulmaz; *eser koruması fikri yaratıcılıkla* ilgili bir kavramdır. Telif hukukunda finansal ve organizasyonel yatırımlar bağlantılı hak olarak korunur. **Patent hukukunda ise böyle bir ayırım yoktur ve korumayı meşru kılan (*justification*) teknik sahadaki fikri yaratıcılıktır/buluşur.** Oysa ticari başarının teknik bir karakteri olmadığı gibi fikri yaratıcılıkla da ilgili değildir.

⁶⁴ ABD'de hükümsüzlük davalarında buluş adının belirlenmesinde dikkate alınan diğer ikincil faktörler şunlardır: *i*) lisanslama, *ii*) patentli ürüne uzun süredir ihtiyaç duyulması, *iii*) başkalarının buluşu geliştirmesi için gösterdiği çabaların başarısız olması, *iv*) patentli buluşun taklit edilmesi. Bkz. **Merges**, Commercial Success 828.

⁶⁵ ABD hukuku bakımından konuya ilişkin bilgi için bkz. **Merges**, Commercial Success 816 vd. Ancak uygulamada ürünün ticari başarısının, hükümsüzlük davalarında savunma gerekçesi yapıldığında fazla başarı sağlamadığı gözlemlenmiştir. Bkz. **Jaros-Vigil** 1 vd., özellikle 8.

ALTINCI BÖLÜM KORUMA EŞİĞİNİN AŞILMASI İLE KORUMA KUVVETİNİN BELİRLENMESİNE YÖNELİK ALINMASI GEREKEN TEDBİRLER

I. SORUNUN ORTAYA KONULMASI

Önceki bölümlerde yeri geldikçe sorunlara temas edildi. Burada bu sorunlar topluca ortaya konulacak ve bunlara yönelik çözüm önerileri getirilecektir.

A. GENEL OLARAK

Fikri mülkiyet korumasının temel saiki fikri ürün geliştirmeyi teşvik ve ödüllendirmedir. Yasa koyucular koruma üzerinden toplumda kültürel ve teknolojik ilerlemeyi hedefler. Bu gerekçeyle yasa koyucular, serbest piyasaya müdahale ederek fikri ürün geliştirenlere münhasır haklar/yetkiler bahşetmiştir.

Bir fikri ürünün koruma eşiğini aşır aşmadığı ve aşıyorsa tanınan hakların ne kadar derin ve geniş bir alanda koruma verdiğini tespit edebilmek için o hakkın kuvveti, yani korumanın (çekirdeğe doğru) derinliği ile (etrafına doğru) bant genişliği, **korumanın çekim alanı** her bir somut olayda tespit edilmelidir. Bu husus elinizdeki çalışmanın odağını oluşturmaktadır.

İlgili hakkın kuvvetinden bağımsız olarak bahsedilen yetkiler telif, marka, patent ve tasarım gibi haklar yönünden değişmekle birlikte her bir hak kategorisi bakımından kendi içinde aynıdır¹. Sözgelimi ihlale uğrayan kuvvetli ve zayıf markaların sağladığı yetkiler aynıdır ve mütecavize aynı yaptırımlar uygulanır. Elbette hakkın kuvvetine bağlı olarak ihlal eyleminin hak sahibine vereceği zarar, dolayısıyla hükmedilecek tazminat miktarı

¹ Sözgelimi ihlale uğrayan kuvvetli ve zayıf markaların sağladığı yetkiler aynıdır ve mütecavize aynı yaptırımlar uygulanır. Elbette hakkın kuvvetine bağlı olarak ihlal eyleminin hak sahibine vereceği zarar, dolayısıyla hükmedilecek tazminat miktarı farklılaşabilir. Esasen hakkın kuvveti, ihlalin tespitiinde önem taşır ve üçüncü kişinin, zayıf markaya yaklaşmasına izin verilirken kuvvetli olana müsamaha gösterilmez.

farklılaşabilir. Esasen hakkın kuvveti, ihlalin tespitinde önem taşır ve üçüncü kişinin, zayıf markaya yakınlaşmasına izin verilirken kuvvetli olana müsamaha gösterilmez. Buna göre “bir kurşun öldürür” misali ihlâlâle yol açan eylem, ihlâl edilen bir hakkın kuvvetli veya zayıflığından bağımsız olarak prensipte aynı yaptırımlara tabidir. Bununla birlikte hakların koruma kuvvetleri eşit değildir.

Önceki bölümlerdeki açıklamalar gösteriyor ki koruma kriterlerinin farklı olması yüzünden farklı hak kategorilerindeki fikri ürünlerin koruma eşiklerini aşıp aşmadıkları ve aşıyorsa üçüncü kişilerin ilgili fikri ürüne yakınlaşma mesafeleri, dolayısıyla hükümsüzlük ve tecavüz analizleri farklılık göstermektedir. Aynen farklı silahlardan çıkan kurşunların menzillerinin farklı olmasına benzer şekilde fikri ürünlerin kapsama/çekim alanları birbirinden farklıdır.

Bunun da ötesinde aynı hak kategorisi içindeki bir hakkın koruma eşiğini aşıp aşmadığı ile o hakka ilişkin tecavüz analizi bile farklılaşabilmektedir. Örneğin, bir patente ilişkin yenilik ve buluş basamağına dayalı hükümsüzlük analizi ile tecavüzün belirlenmesi aynı değildir. İlgili patent, ilkinde *işin erbabının (skilled person)* gözünden *bilinen teknikle (prior art)*, ikincisinde de *uzman* tarafından suçlanan ürünle karşılaştırılır. Bilinen teknikle karşılaştırmada *işin erbabının* hakim olduğu genel bilgi ve rutinin üstünde katkı gibi muğlak unsurlar devreye girerken, tecavüz analizinde suçlanan ürünün, istemlerin kapsamında olup olmadığı mekanik bir yaklaşımla *uzman* tarafından tespit edilir. Tasarımlarda da hükümsüzlükte bilinen teknikle karşılaştırma yapılırken tecavüz analizinde tasarım ile suçlanan ürün karşılaştırılır. Bununla birlikte tasarımlarda gerek hükümsüzlük gerekse tecavüz analizinde aynı kriterlere başvurulur. Bu durum bir sikkenin iki yüzüne benzetilmektedir².

Tasarımlardakine benzer şekilde telif haklarında da koruma eşliğinin aşılması ile tecavüz analizinde aynı kriterler uygulanır.

Markalarda ise koruma eşliği ve iltibasın belirlenmesi farklılık gösterir³. Markalarda eşliğin aşılıp aşılmadığında mutlak ve nispi ret nedenlerine bakılırken, tecavüz analizinde iki marka karşılaştırılır. Markalarda başvuru aşamasında belirlilik (sicilde açık ve kesinlik) aranırken, bu eksikliğe rağmen

² Memişoğlu, Yenilik ve Ayırt Edicilik 236.

³ Ancak iltibas kavramı hem hükümsüzlük hem de tecavüz analizinde karşılaşılan bir olgudur. İltibas belirlenirken her iki aşamada da aynı kriterler uygulanır.

men başvuru her nasılsa tescile bağlanmışsa, mülga AB Marka Yönergesi ve Marka Tüzüğüne gönderme yapan ABAD'a göre artık böyle bir eksiklik hükümsüzlük nedeni değildir⁴. Mer'i AB ve Türk marka mevzuatında ise açıklık ve kesinlik mutlak ret nedenleri arasında sayıldığı için hükümsüzlük nedenidir. Tecavüz analizinde ise koruma kuvvetinin yanında müşterinin bilinç düzeyi gibi başkaca unsurlar devreye girer. Yine başta aslında toplumun geneline açık olan bazı işaretler marka olarak tescil edilmişse ve sonradan kullanım yoluyla ayırt edici hale getirilmişse artık hükümsüz kılınmaz (SMK 5/2; 25/4)⁵.

B. ÜRÜN TİPOLOJİSİ VE FİKRİ ÜRÜNLER

Ateş yakar, barut patlar, güneş parlar, su aşağı akar. Teker yuvarlaktır, bıçak keskindir, çivi sivridir. Örnek kabilinden saydığımız bu nitelikler, tabiatı gereği anılan eşyanın karakteristik özellikleridir. Bu özelliklere eşyanın zatı/tabiatı/cevheri veya *ürün tipolojisi* denir.

Fikri mülkiyet hakkının kuvveti, yani derinliği ve genişliği belirlenirken *ürün tipolojisi, işaretin ve teknik problemin tabiatı/doğası* büyük önem taşır. Zira ***eşyanın/işin tabiatı kimsenin tekelinde değildir***. Fikri ürünü geliştiren, bu karakteristik özelliklerden uzaklaşarak kendinden o ürüne öznel özellikler katmalıdır. Bu faaliyet deyim yerindeyse dereyi ters akıtma çabasıdır. Korunan da işte bu katkılar kadardır. Hatta bu katkılar rutin, sıradan, amaca uygun olanın üzerinde olmalıdır ki koruma eşiği aşılabilsin.

Ürün tipolojisi, işaretin veya teknik sorunun tabiatı, fikri ürünü geliştirenin vereceği katkının miktarını/oranını etkiler, hatta bazen belirler. Şöyle ki;

- i) Markalarda işaretin tabiatı/zatı, ilgili mal/hizmete uzaklığı ve yakınlığına bağlı olarak markanın koruma zırhının kalınlaşmasına/kuvvetlenmesine veya incelmesine/zayıflamasına yol açar.
- ii) Tasarımın uygulandığı ürünün tipolojisi, tasarımcıya sunduğu seçenek özgürlüğünün derecesini, dolayısıyla tasarımcının kendinden katabileceği tasarım özelliklerinin sınırlarını tayin eder.

⁴ ABAD, C-371/18, 29 January 2020 - SkyKick, paras. 56-60. Kararın eleştirisi için bkz. **Koçak, M. A.** 111 vd., özellikle 127-128.

⁵ Bu iki düzenleme birlikte düşünüldüğünde kullanım yoluyla ayırt edicilik, başvuru aşamasındaki uyumsuzluklarda başvuru tarihinden önce, hükümsüzlük davalarında ise hükümsüzlük davasının açıldığı tarih esas alınarak değerlendirilir. Bkz. **Çolak**, Marka 65-66.

- iii) Tasarımlardaki seçenek özgürlüğüne benzer şekilde telif haklarında da fikri ürünü geliştirenin biçimlendirme alanı, korumanın sığ veya derin olmasına yol açar. Telifte eserin somutlaştığı eşya ile tasarımın somutlaştığı ürün ilişkisi görülür. Fakat bir roman veya sinemadaki olayların akışında olduğu gibi eser bazen eşyada/üründe somutlaşmaz. Ancak olayın/işin tabiatı, fikri yaratımı yapanı sınırlayabilir ve bu durum dik-kate alınır. Sözgelimi kurgusal bir filme kıyasla biyografik bir film, geliştiriciyi daha fazla kısıtlar.
- iv) Teknolojik yenilikleri koruma düşüncesiyle benimsenen patent sisteminde ise **teknik sorunun tabiatı**, yani sorunun büyüklüğü/küçüklüğü önem taşır. Zira sorunun büyüklüğüne veya küçüklüğüne bağlı olarak atılacak “buluş adımı” da *büyük* ya da *küçük* olacaktır.

Geniş alana sahip kişi, fikri ürüne daha fazla bireysel katkı yapabilir, hatta yapmalıdır. Aksi halde fikri ürün koruma eşiğine ulaşamayabilir. Ulaşsa bile koruma kabuğu ince kalabilir. Buna karşılık biçimlendirme alanı dar olan bir kişi, istese de ürünün/işin tabiatı ve/veya teknik gereklilikler gibi limitler yüzünden daha fazla katkı veremez. Çünkü ilgili ürünün tipolojisi, işaretin veya teknik problemin doğası fazla katkıya izin vermez. Bu halde küçük katkılar bile koruma eşiğini aşmaya yeterli gelebilir. Ancak bu senaryoda katkı sınırlı olacağı için fikri ürünün koruma zırhı ince/zayıf kalır. Bazen verilen katkı, yasa koyucunun öngördüğü bariyerin aşılmasına yeterli gelmediği, yani koruma eşiğini aş(a)madığı için fikri ürün koruma zırhına hiç bürünemez. Demek ki bir fikri ürünün koruma eşiğinin altında kalması veya üstüne çıksa bile özgünlük derecesinin düşüklüğü, ürün tipolojisinden/işaretin veya teknik problemin doğasından ya da imkânı olduğu halde fikri ürünü geliştirenin, potansiyeli ıskalayarak yeterince katkı vermemesinden kaynaklanabilir⁶.

Fikri ürün geliştirmek aslında ürün tipolojisine, eşyanın/işin zatına bir “yabancılaştırma” faaliyetidir. Şöyle ki ürün tipolojisi, sıradan özellikler ile önceki fikri ürünlerden oluşan insanlık mirası, kimsenin tekelinde olmadığı için geliştirici, bireysel katkılarıyla bu tipoloji ve miras-

⁶ Bu söylediklerimiz bir geliştirmeyi gerektirmeyen markalar yönünden bile böyledir. Zira işarete ne kadar yatırım yapılırsa koruma gücü o derece artar ve üçüncü kişilerin koyacağı mesafe uzar. İlgili mal/hizmeti ima eden işareti tanıtmak kolay olmakla birlikte onun koruma kuvvetini artırmak zordur. Adidas’ın üç çizgisi böyledir ve bu yüzden Adidas, iki veya dört çizginin kullanımını engelleyememiştir. Buna karşılık tabiatı gereği ayırt ediciliği güçlü işareti tanıtmak zordur. Çünkü bunlar, ilgili mal/hizmete yabancıdır. Bununla birlikte tanıtıldıktan sonra bunların koruma kabuğu kalınlaşır. Apple markası böyledir.

tan/önceki fikri ürünlerden uzaklaşmaya çalışır ve kendinden özellikler katar. **Korumanın kuvveti belirlenirken fikri ürünü geliştireni sınırlayan unsurların ışığında onun öznel katkılarına bakılır.** Bu da her bir somut olayda fikri ürünü geliştirenin limitleri ile öznel katkıların tipolojiden ve sıradan özelliklerden ayrıştırılmasını gerekli kılar⁷. Markada bu gereklilik seçim ve yatırımla sağlanır.

Uygulamada sözünü ettiğimiz ayrıştırma işlemi hiç kolay değildir. Öğretide korumanın sınırlarının puslu olduğuna ve ancak öznel olarak belirlenebileceğine işaret edilmektedir⁸. Çünkü gerek bir fikri ürünün koruma eşiğini aşmadığı (eserlerde hususiyet, sınai haklarda belgeye bağlama veya hükümsüzlük) gerekse de tecavüz analizi yapılırken *genel izlenim* esas alınır. Fikri ürünlerdeki öğeler tek tek incelendiğinde bireysel katkılar sorgulanabilir olsa bile farklı unsurların bir araya getirilmesiyle oluşan genel intiba, telif hukukunda hususiyeti oluşturabilir⁹. Sözgelimi, verilerin seçiliş veya düzenlenişi itibarıyla fikri ürünü geliştirenin *fikri yaratıcılığını* (FSEK'in tabiriyle *düşünce yaratıcılığı*) taşıyan veri tabanları eser olarak korunur [96/91 EC sayılı AB Veri Tabanı Yönergesi 3/1; FSEK 1B/1-d]¹⁰. Baby-Dry'da olduğu gibi iki jenerik kelime-

⁷ Yargıtay bir olayda şu tespiti yapmıştır: “Somut uyumsuzlukta, asıl davada davalı tarafça üretilen modüler depoların davacının ürünlerinin aynen taklidi olmadığı, **bir kısım benzerliklerin de teknik zorunluluktan kaynaklandığı bilirkişilerce açıklandığına ...**” göre dava reddedilmelidir. Bkz. 11. HD, 21.03.2008, E. 2008/1816, K. 2008/3687. Başka bir kararda da belirlemenin dikkatli yapılması gereği üzerinde haklı olarak şu şekilde durulmuştur: “... Tasarım konusu elektrikli olan ürünlerin teknik olarak zorunluluk içerdiği savunulan bölümleri hakkında, hükme esas bilirkişi raporunda yeterli açıklamanın bulunmadığı, iki çıkış ağızlı bölüm dışında teknik zorunluluk yönünden karşılaştırma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Tasarım hukukunda ürünün sistemi ve işleyiş şekli değil, genel görünümün korunması esas olmakla birlikte, **teknik zorunlulukların ortaya çıkaracağı genel görünümün üzerinde durulması ve bunun sınırlarının iyi çizilmesi gerekmektedir**”. Bkz. 11. HD, 02.06.2008, E. 2007/5528, K. 2008/7144. Başka bir kararda da bu vurgu şu şekilde vardır: “... Davacının reddolunan tasarımının kare şeklindeki bir geometrik formdan süzülerek geldiği, bu formun da teknik zorunluluktan kaynaklandığı ve harcı alem bir form olduğu, davalının farklılık arz ettiğini ileri sürdüğü hususların nihai kullanım sırasında görülen kısımlara dair olmadığı, davacının iptal edilen tasarımının, daha önceki aynı formlara haiz davalı tasarımları karşısında, tasarım korumasına mazhar yeni ve ayırt edici bir özelliğinin bulunmadığı ...”. Bkz. 11. HD, 18.03.2014, E. 2014/2490, K. 2014/5256.

⁸ **Fromer** 1911 ve dñn 164'te anılan yazar. *Fromer*, bu bulanıklık nedeniyle bir mahkemenin, biralar için L.A. markasını ima edici olarak nitelerken diğer bir mahkemenin tanımlayıcı bulduğunu örnek vermektedir. Yine bir mahkeme Family Market'i ima edici bulurken, diğer bir mahkeme Shoppers Fair ve Food Fair ibarelerini tanımlayıcı bulmuştur. Başkaca örnekler için bkz. **Fromer** 1912 vd.

⁹ **Nal/Suluk(Karasu)** 77.

¹⁰ Elbette bu koruma, veri tabanının seçiliş ve düzenlenişiyile sınırlı olup veri tabanı içindeki veri, bilgi ve eserleri kapsamaz [AB Veri Tabanı Yönergesi 3/2; FSEK 6/1(11)]. İçerik koruması, yatırım ve emeği korumaya yönelik *sui generis* veri tabanı korumasına tabidir. Ancak bu koruma için veri tabanına esaslı yatırım aranır (AB Veri Tabanı Yönergesi 7/1; FSEK Ek m. 8). Esaslı yatırımı gerektirmeyen futbol maç fikstürleri *sui generis* korumadan faydalanamaz. Fikstürün seçim ve düzenlen-

nin sıra dışı dizilişi de marka olabilir¹¹. Bir tasarımdaki unsurların her birisi tek tek incelendiğinde koruma kriterlerini karşılamasa bile bu unsurların kombinasyonu özgün bir tasarımı oluşturabilir. Örneğin antikacıya gidip bir koltuğun kolçağını, diğer koltuğun oturağını, bir başkasının da sırtlığını temin ederek bunları *yeni bir yorumla* birleştiren kişi özgün bir koltuk görünümü elde edebilir. Bu ihtimalde parçalar tek tek ele alındığında eski olmakla birlikte bunların birleşimiyle elde edilen görüntü/tasarım yeni ve ayırt edici olabilir. Yine bilinen iki etken madde birleştirilerek veya seçilerek kombinasyon ya da seleksiyon buluşuna imza atılabilir. Demek ki bazı hallerde bilinen malzemelerin *seçilişinde ve düzenlenişinde* özgünlük olabilir. İşte değerlendirmede bir yandan *genele bakılması* diğer yandan *özel katkılarının belirlenmesi* incelemeyi yapanı zora sokmaktadır¹². Zaman zaman tipoloji ile özel katkılar, *Arslanlı*'nın deyişiyle "vahdet arz edebilir"¹³. Bu da zorluğu katmerleştirir.

C. KORUMA KUVVETİNİ ETKİLEYEN HUSUSLAR

Bir fikri ürünün koruma kuvveti belirlenirken temelde üç etken göz önünde bulundurulur: *i)* fikri ürünü geliştirenin verdiği bireysel/özel katkılarının miktarı, *ii)* fikri ürünün uygulandığı ürünün tipolojisi, işaretin veya teknik problemin tabiatı/doğası, *iii)* o alanda daha önce var olan aynı/benzer fikri ürünlerin yoğunluğu. Bazen regülasyon da bunlara eşlik edebilir.

Tasarım hukukunda tasarımcının verdiği katkılar öğretide *örümcek ağı teorisile* açıklanmıştır¹⁴. Bu bağlamda konuya ilişkin daha önceki bir çalışmamızda şu tespiti yapmıştık¹⁵: "... Koruma kapsamının değerlendirilmesinde, tasarımcının tasarımı geliştirmede sahip olduğu seçenek özgürlüğünün derecesi dikkate alınır (SMK 58/2). Bir tasarım, öncekilerden ne kadar farklılık içeriyorsa tasarımın koruma kapsamı o kadar genişler. Bu farklılık azaldıkça koruma kapsamı daralır. Bu durum örümcek ağına benzetilebilir. Örümcek ağı ne kadar geniş olursa, örümceğin avlamak istediği sineğin ağı takılması o oranda artar.

mesinde orijinallik varsa işleme ve derleme eser korumasından yararlanır. Bkz. ABAD, C-604/10, 1 March 2012 - Football Dataco, paras. 31 vd.

¹¹ CJEU, C-383/99, 20 September 2001 - Procter & Gamble, paras. 42 vd. Hatta Alman içtihadında Adolf Hitler isminden Folterhilda (İşkenceci Hilda)'ya çevrilerek oluşturulan anagram eser kabul edilmiştir. Bkz. Kammergericht, GRUR 1971, 370 (Nal/Suluk/Karasu 82'den naklen).

¹² Diğer fikri ürünlerden farklı olarak patent tecavüz analizi daha nettir. Zira *aynen tecavüzde*, istemdeki tüm unsurlar suçlanan üründe aynen aranır. *Eşdeğer tecavüzde* ise eşdeğer unsurlar devreye girerek yorumu güçleştirse bile diğer fikri ürünlere kıyasla ilkeler daha belirgindir.

¹³ Arslanlı 8-9.

¹⁴ Bu benzetme için bkz. Horton, Industrial Design, s. 447; Nette 18; Englert 779; Henning-Bodewig/Ruijsenaars 645-646; Kruger 175.

¹⁵ Suluk(Karasu/Nal) 369.

Benzer şekilde bir tasarımın yeni ve ayırt edici özellikleri ne kadar fazlaysa diğer tasarımların bu tasarımdan doğan hakka tecavüz etme ihtimali o oranda artar. Bu açıklama göstermektedir ki tasarımcının tasarıma kattığı özellikler ne kadar fazlaysa koruma kapsamı o kadar genişler”.

Kanaatimizce tasarım hukukunda dile getirilen *örümcek ağı teorisi* diğer fikri mülkiyet haklarına da uygulanabilir niteliktedir. Başka bir deyişle *fikri ürüne ne katarsan onun karşılığını alırsın, ne ekersen onu biçersin* prensibi, teşvik ve ödüllendirme maksadıyla benimsenen fikri mülkiyet haklarının tamamı için geçerlidir.

Tekrar pahasına vurgulayalım ki eser, marka, patent ve tasarım gibi fikri ürünleri korumanın altında yatan felsefe, dolayısıyla da koruma kriterleri aynı değildir¹⁶. Bu yüzden hak kategorileri bakımından hakkın koruma eşiğine ulaşması, eşiği aşanların da kuvvetlerinin belirlenmesi farklılaşır¹⁷. Fikri ürünlerin tabiatları bu farklılaşmayı gerekli kılar.

Önceki bölümlerde vurgulandığı üzere, bir fikri ürünün fonksiyonel özellikleri telif, marka ve tasarım hukukuyla korunmaz¹⁸. İfade özgürlüğü gerekçesiyle telif hukukunda fikir, veri, teori ve metot/yöntem gibi unsurlar da koruma dışında bırakılmıştır. Markalarda ise fonksiyonellik doktrini gereği malların doğal özgün yapıları ile fonksiyonel özellikleri korunmaz. Hukuki fonksiyonelliği de ilave ettiğimizde bu durum hizmetlerde de görü-

¹⁶ Bilgi için bkz. *Birinci Bölüm, III, C.*

¹⁷ Sözgelimi, tasarımların telifle korunmasında, telif mevzuatının koruma kriterlerine bakılır. Yani bir tasarım, telifle korunurken tasarıma ilişkin koruma kriterleri esas alınmaz. Bkz. ABAD, AG Opinion, C-683/17, 2 May 2019 - Cofemel, point. 67.

¹⁸ Ancak belirtilen fikri ürünlerde “fonksiyonellik” aynı anlama gelmez. Çünkü her bir koruma modelinin altında yatan felsefe, yani korumayı haklı kılan nedenler farklıdır. Örneğin, ABAD’ın Phillips v. Remington kararında olduğu gibi marka hukuku bakımından fonksiyonel kabul edilen bir özellik, tasarımlar yönünden seçenek bıraktığı gerekçesiyle koruma görebilir. Çünkü ilkinde birden çok seçenek bıraksa bile ürünün fonksiyonu için gerekli şekil marka olamaz. Bkz. ABAD, C-299/99, 18 June 2002 - Phillips v. Remington, paras. 79, 81, 83. Aynı yönde **Karmutoğlu** 447-448. Telif ve tasarımlar bakımından da “fonksiyonellik” aynı anlama gelmez. Aynı yönde **Inguanez** 806-807. Aksi yönde AG Opinion, C-833/18 - Brompton Bicycle, point. 88. Fakat ABAD, Brompton Bicycle kararında konuyu netleştirmemiştir. Fazla bilgi için bkz. **Inguanez** 813 vd.

Belirtelim ki Doceram kararıyla ABAD, Phillips ve Lego kararlarında değişikliğe giderek marka ve tasarımdaki teknik fonksiyonelliği marka hukuku ekseninde eşitlemiş görünmektedir. Aynı yönde **Karaaslan**, Teknik İşlev 498. Elbette marka olabilme bakımından Lego tuğlaları teknik fonksiyon istisnasına takılsa bile, modüler ürün tasarım koruması buna istisna teşkil eder (Tasarım Tüzüğü 8/3). EUIPO da Doceram kararına atıfla 2018 yılında 2017 tarihli tasarım kılavuzunda (s. 25-26) değişikliğe giderek nedensellik prensibine (teknik fonksiyonun tasarımı şekillendirmesine) vurgu yapmıştır. Bkz. https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/designs_practice_manual/WP_Designs_2018/TC/examination_of_design_invalidity_applications_tc_en.pdf (erişim; 11.1.2025).

lür. Örneğin suda en iyi fark edilen sarı renk, deniz giysileri için marka olamaz. Aynı şekilde fındığıyla ünlü Giresun'un plaka veya telefon kodu fonksiyonel olup bu ürünler yönünden marka olamaz¹⁹. Bir elbisenin beden numarası da böyledir. Tasarım koruması da teknik bakımdan fonksiyonel özellikleri kapsamaz. Teknik fonksiyonun dikte ettiği bir tasarım yönünden koruma hiç devreye girmez (SMK 58/4-b ve c). Buna karşılık patent sistemi ürünlerin teknik işlevlerini, yani teknik açıdan fonksiyonel özelliklerini korumak maksadıyla tasarlandığı için hukuki rejim farklılaştırılmıştır.

Fikri yaratıcılık yönünden markalar diğer fikri ürünlerden ayrışır. Zira telif, patent ve tasarımda hususiyet, yenilik, buluş basamağı ve ayırt edici nitelik gibi *fikri ürün sahibinin özgün nitelikte katkıları*²⁰ aranırken markada özgünlük aranmaz²¹. Markalarda korumayı haklı kılan *ayırt edici özelliştir* ve bu özelliğe yapılan *yatırımdır*. Özgünlük, geliştirilirken fikri ürüne sadece *başta* katılabilirken markanın ayırt edici özelliğine, *başta* işaretin *seçimiyle* ve *sonradan* da ona yapılacak yatırımlarla katkı verilebilir²².

Hukuk kuralları menfaatleri dengeler. Yasa koyucu bu denge politikasını iyi belirleyerek yasal düzenleme yapmalıdır. Fikri mülkiyet koruması özelinde fikri ürün sahibine hak ettiği koruma verilmediği sürece yasa koyucunun teşvik ve ödüllendirme saikiyle benimsediği fikri mülkiyet sistemi, kendisinden beklenen işlevi yerine getiremez. Aşırı koruma da serbest rekabeti gereksiz yere kısıtlayarak haksız yararlanmaya yol açar. Mimarisi iyi kurgulanmayan, kurgulansa bile uygulamaya sokulamayan bir fikri mülkiyet sistemi yüzünden bir kişinin yararına olacak şekilde, TTK 54/1'te düzenlenen dürüst ve bozulmamış *rekabete katılanların tamamı*²³ fayda yerine

¹⁹ Bu yönde **Türk Patent**, Marka İnceleme Kılavuzu 77 ve 175.

²⁰ Bu yüzden eser sahibi, buluşçu ve tasarımcı daima gerçek kişidir. Buna *gerçek hak sahipliği* ilkesi denir. Gerçek kişilerin geliştirdiği fikri ürünlerden doğan hakları, tüzel kişiler yasayla (yasal iktisap) veya sonradan devir yoluyla (devren iktisap) kazanabilir.

²¹ **Garner**, iltibas değerlendirmesinde markalardaki zayıflığa gereğinden fazla önem verildiğine, bu durumun, telifte aranan orijinalliğin/hususiyetin markalarda aranmamasına rağmen sanki aranmışçasına hatalı bir değerlendirmeden kaynaklandığına dikkat çekmektedir. Bkz. s. 61.

²² İlginç şekilde 2023 yılında BGH'nın, ABAD'a sorduğu sorular arasında eserin koruma kuvvetinin sonradan kuvvetlendirilip kuvvetlendirilemeyeceği de vardır. Bkz. BGH'nın, 21 Aralık 2023 tarihinde ABAD'a yönlendirdiği ön görüş kararının İngilizce bir özeti için bkz. I ZR 96/22 (OLG Düsseldorf) <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/FR/2023/2023210.html> (erişim; 11.11.2024). ABAD, bu soruyu henüz yanıtlamamıştır. Yine patent hukukunda yaygınlaşmaya başlayan SEP'ler yönünden sonradan bir geliştirmeden söz edilemese bile "SEP ilanındaki ça-ba/lobi" anılan kurala istisna oluşturur. Bu senaryolarda artık *fikri ürün geliştirmek* yerine *finansal ve organizasyonel yatırım* devreye girer.

²³ TTK 54/1'in gerekçesinde şu tespit yapılmıştır: "Tüm katılanlar ile rekabet hukukunun ünlü üçlüsü kastedilmiştir: ekonomi, tüketici ve kamu". Bu anlayış eskiye dayanır. Bkz. **Ayhan** 13-14.

zarar görür. Oysa yasa koyucu tam tersi bir saikle, adaleti ve hakkaniyeti sağlamak maksadıyla sistemi tasarlamıştır.

Bireysel hakları koruma için tasarlanırsa bile son kerte **fikri mülkiyet koruması kamu menfaati düşüncesiyle benimsenmiştir**²⁴. Başta haksız fiil temeline oturtulan haksız rekabet hukuku da bireysel çıkarları koruma amacı genişletilerek bireysel korumadan sosyal/toplumsal korumayı da içine almıştır. Böylece haksız rekabet kurallarının amacı, *rakiplerin yanında tüketici ve toplumu* da içerecek şekilde genişlemiştir²⁵. Yasa koyucu, menfaatler dengesini gözetken felsefeden sapan düzenlemelerden özenle kaçınmalıdır. Yine *gai/amaçsal yorum ilkesi* ışığında düzenlemeler uygulamaya konulurken bu felsefeden hareket edilmelidir.

D. KORUMA KUVVETİNİ BELİRLEMENİN HUKUKİ SONUÇLARI

Koruma kuvvetini tespitin üç önemli hukuki sonucu vardır: *İlk olarak*, bir fikri ürünün koruma eşiğini aşıp aşmadığı belirlenir. *İkinci olarak*, fikri ürün sahibinin inhisari alanı tayin edilerek kendisine buna göre koruma verilir. Böylece adalet sağlanır ve kişi, hak ettiği kadar yetkiyle donatılır. Bu çerçevede hak sahibi, üçüncü kişileri ancak fikri ürünün koruma kabuğunun kalınlığı ve bant genişliği ölçüsünde üründen uzaklaştırabilir. *Nihayet*, üçüncü kişilere hukuk güvenliği sağlanır.

Ürün tipolojisinden ve önceki aynı/benzer fikri ürünlerin yoğunluğundan bağımsız olarak her bir somut olayda *“ne katarsan onun karşılığını alırsın”, “ne ekersen onu biçersin”* prensibinden hareketle **fikri ürün sahibinin katkısı ne kadar fazlaysa, yani fikri ürün ne kadar özgünse (zatına ne kadar yabancılaştırılırsa) koruma kabuğu kalınlaşarak kapsamı o kadar genişler**. Bireysel katkılar azaldıkça koruma kabuğu da incelenerek koruma zayıflar, sığlaşır, bazen yok bile olabilir. Bu katkılar üst üste konulan tuğlalara benzetecek olursak konulan her bir tuğlanın kalınlıkları birbirinden farklı olacaktır. Bu durumu patent üzerinden şöyle örnekleyebiliriz: Diyelim ki buluşçu 1, tabure şeklindeki oturağı bulmuş olsun. Buluşçu 2 ise oturağa sırtlık eklesin. Buluşçu 3 de oturağın yanlarına iki adet kolçak ilave etsin. Bunların her üçü de patentlenebilir. Fakat buluşların koruma kabukları birbirinden farklı olup temel buluşu buluşçu 1 yapmıştır. İlave edelim ki bu buluşun 20 yıllık süresi dolmadan sonraki iki buluşçu, oturak buluşunu kulla-

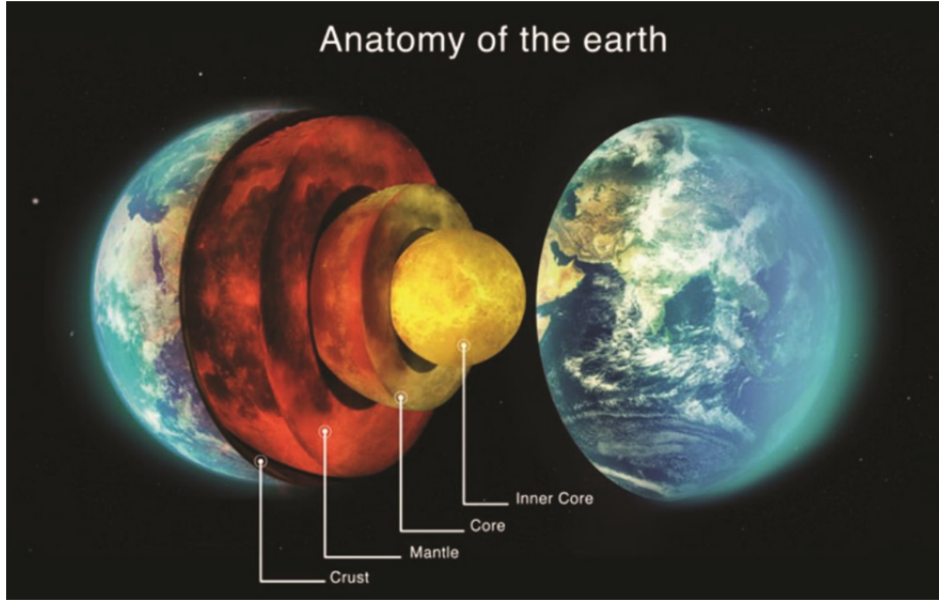
²⁴ Welfens/Addison/Audretsch/Gries/Grupp 138; Correa 301; Hirş Fikri Say 12.

²⁵ Şehirli Çelik, Haksız Rekabet 11 vd.

namaz velev ki kendi buluşları için patent almış olsunlar²⁶. Hatta buluşçu 1 de sonraki patentli buluşları kullanamaz. Sonrakiler ise öncekilerin süresi dolmadıkça aldıkları patenti kullanamazlar. Kim ne katmışsa onun sahibidir.

Sözü edilen artış ve azalışa, yani korumanın çekim alanına bağlı olarak üçüncü kişilerin fikri ürüne “derinlik” ve “genişlik” bakımından yaklaşma mesafesi belirlenir. Üçüncü kişilerin kuvvetli hakka daha fazla mesafe koyması gerekirken, koruma zırhı ince olduğu için zayıf olanlara yaklaşmasına daha müsahahalı davranılır. Bu durumu bir radyo frekansının çekim alanına benzetebiliriz. Somut olayda frekansın çekmediği alan koruma dışında kalır ve rakipler o alana girebilir²⁷. Kapsama alanı ise hak sahibinin münhasır bölgesi olup izinsiz giriş yapılamaz.

Şekil 25: Korumanın Belirlenmesi



<https://www.snexplores.org/article/explainer-earth-layer-layer>

Yukarıdaki açıklamalar gösteriyor ki her bir somut olayda her bir fikri ürünün koruma kuvvetinin doğru bir şekilde belirlenmesi, aşağıda (II) detaylandıracağımız “ince bir hukuk işçiliğini” gerekli kılar.

²⁶ Patentlerin bağımlılığı bir zorunlu lisans nedeni (SMK 131) olmakla birlikte ülkemizde bu sistem çalışmamaktadır.

²⁷ Patentin koruma alanı daha net olup bu alan kafese benzetilebilir; tecavüzle suçlanan ürün kafesin ya içinde ya da dışındadır.

II. UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLARIN ÇÖZÜMÜNE YÖNELİK ORTAYA KONULMASI GEREKEN “HUKUK İŞÇİLİĞİ”

Yasa koyucunun yaptığı belirlemenin doğru tespit edilerek hayata geçirilmesi neredeyse yasalarla hakların tanınması ve sınırlarının çizilmesi kadar önemlidir²⁸.

Ülkemizde fikri mülkiyetle ilgili davalarda dosyalar genellikle bilirkişi marifetiyle çözümlenmektedir. Bu durum hem ilgili hakkın koruma kriterlerini karşılayıp karşılamadığı (eserlerde hususiyet, sınai haklarda belgeleme ve hükümsüzlük) hem de tecavüz analizi bakımından geçerlidir. Bu incelemeler “hukuki bir faaliyet”tir. Veleve ki patentlerde olduğu üzere bu faaliyete teknik kişiler de katılmış olsun.

Sözü edilen hukuk işçiliği yapılırken neyin hangi şartlarda ne kadar korunduğu bilinmelidir. Aksi halde adil bir sonuca ulaşamaz.

Uygulamada bir fikri ürünün koruma kuvvetini etkileyen faktörler (ürün tipolojisi/biçimlendirme alanı, önceki aynı/benzer fikri ürünlerin yoğunluk derecesi ve geliştiricinin fikri ürüne yaptığı öznel katkılar) genellikle dikkate alınmamaktadır. Bunun yerine özellikle teknik bilirkişiler kendi bilgi, görgü ve değer yargılarıyla hareket etmekte, bazen de kendi disiplininin ilke ve kurallarını uygulamaktadır. Diyelim ki bir resmin özgün olup olmadığı elbette resim sanatının ilkeleri ışığında o alanda uzman kişilerce belirlenecektir. Buradaki kastımız, teknik bilirkişilerin sözelimi patent hukukunun ilke ve kurallarından habersiz (patent okur yazarı olmaksızın) bir şekilde rapor tanzim ettikleridir. Sorun sadece patentlerle sınırlı olmayıp fikri mülkiyetin geneli bakımından geçerlidir. İki markanın iltibasa yol açıp açmadığı, iki tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenimin ayırt edici nitelikte olup olmadığı, bir fikri ürünün “eser” vasfı, yani hususiyet taşıyıp taşımadığı, iki eserin karşılaştırılmasında intihalin bulunup bulunmadığı gibi sorular bir “fikri mülkiyet hukuku bakışı” gerektirmektedir. İşte bu “bakış”tan yoksun olarak raporlar kaleme alınmaktadır. Durum böyleyken hakimlerin, dosyadaki somut teknik sorunları bilirkişilerin değerlendirmesine sunması gerekirken, dosyanın tamamını bilirkişilere çözdürme genel alışkanlığı ise yaraya tuz basmak gibidir.

Bir dosyada öncelikle somut olayda ilgili fikri ürünün (eğer ihtilaflıysa) koruma eşiğini aşıp aşmadığı, aşıyorsa bu sefer koruma kuvvetinin hangi

²⁸ Patent özelinde konuya yaklaşan **Schankerman**, 2004 yılındaki çalışmasına atıfla *Jaffe ve Lerner* ile aynı kanaatte olduğuna ve asıl sorunun, patentlenebilirlik standardının belirlenmesi olmayıp, var olan standartların efektif bir şekilde uygulanmayışı olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz. s. 799.

düzeyde olduğu belirlenmeli, deyim yerindeyse pergelin ucu bu noktaya konularak açılı alınmalıdır. Korumanın derinliği ve genişliğine bağlı olarak da suçlanan ürünün fikri ürüne gereken mesafeyi koyup koymadığı kontrol edilmelidir. Aksi halde doğru açılı almak mümkün olmaz.

Şekil 26: Doğru Açılı Almak



https://blogger.googleusercontent.com/img/b/R29vZ2xl/AVvXsEgrEVRNmkp5InhCwn10nfELnwq4zPYexfTiWhh-NmzMICFEV69xRvi50kswxHcrnn96upL-Q0jCcV4tZEeVpaiLkmtitTHy7pnXt__nxwHkhJ05x4VwAIGXmuFOdOQA7Z34q4LoSPI6K3s/s1600/pergel.jpg

Uygulamada pergelin ucu genellikle hatalı yere konulmaktadır. Şöyle ki bilirkişiler, daha ziyade benzerlikleri tespit ederek sonuca gitmektedir. Eş deyişle bilirkişiler, genellikle “ürün tipolojisi”nin davacıya ait olduğu faraziyesinden hareket etmektedir²⁹. Oysa benzerliklerin ürün tipolojisinden ve yine alandaki önceki aynı/benzer fikri ürünlerin yoğunluğundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı irdelenmeli, buna bağlı olarak da üçüncü kişilerin fikri ürüne koyacağı mesafe belirlenmelidir. Bu unsurlar gerçekten de fikri ürün sahibinin öznel katkılarından kaynaklanıyorsa o zaman kendisine bu unsurlar üzerinde ve bunlarla sınırlı tekel hakkı tanınmalı, jenerik/harcıâlem unsurlar üzerinde davacıya münhasıriyet verilmemelidir. Başka bir deyişle **korunan unsurların, suçlanan ürüne transfer edilip edilmediği** kontrol edilmelidir.

²⁹ **Barton** da ABD’deki patent yargılamalarında mahkemelerin daha ziyade patent sahipleri lehine teraziye dengesiz tuttuğundan şikâyet etmektedir. Bkz. 1933.

Bu saydıklarımızdan daha önemlisi ise korumanın istisna, **asıl olanın serbest rekabet olduğunun** unutulmasıdır³⁰. Fikri mülkiyet hakları okyanusta sahipleri olan adalara benzer³¹. Adalar izinsiz kullanılamaz, ama okyanus her-kese ait olup serbest alanda dileyen kimse gemisini yüzdürebilir. İşte serbest sularda gemisini yüzdürenlerin bu adalara yaklaşma mesafesi fikri mülkiyet haklarının koruma kuvvetiyle, yani adaların büyüklüğüyle ilgili bir meseledir. Bu bağlamda fikri mülkiyet koruması, serbest ticaretin önündeki mayınlara benzetilebilir. Mayınlara basmamak için *telif temizliği* (*copyright clearance*) ve patentlerde *faaliyet serbestisi* (*freedom to operate*) işleri doğru yönetilmelidir. Bu mayınların tespiti, haritalanması ve bunları dolanarak ticaretin yapılması her geçen gün zorlaşmakta, daha da kötüsü hukuki belirsizlik artmaktadır. Sistemin iyi çatılamamasından ve belirsizlikten istifadeyle hakların kötüye kullanılması bu işin cabasıdır. Adil ve hakkaniyetli bir ticaret düzeni için hukuki belirsizliğin bertaraf edilmesi, en azından azaltılması hayati önemdedir.

Telif haklarını ele alalım: Roman, hikâye ve film gibi fikri ürünlerde türe özgü aşk, hüznün, elem, acı, terk edilme, sahte sevgiliyle kıskandırma gibi temalar, herkesin kullanımına açık olup bundan sonra meydana getirilecek roman, hikâye ve film gibi eserlere malzeme olmaya devam edecektir. Özellikle de koruma kabuğu ince olan komedi filmleri gibi fikri ürünlerde bu malzemelerin *nasıl işlendiğine* bakılır ve koruma bununla sınırlı tutulur. Bu yüzden karşılaştırmada benzerliklerin konu ve tema benzerliğinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı ayrıştırılmalıdır. Anlatmaya çalıştığımız şudur: Türe özgü klişe temalarda özgünlük yoktur. Bu temalar kullanılarak özgün eserler verilmesi daima mümkündür. **Korunmayan kısımların/unsurların iki eserde de bulunması ihlal için yeterli değildir; zira korunan bunların işleniş biçimidir.** Romantik komedi ya da aşk filmlerinde platonik aşk; fakir oğlan zengin kız; reddedilmeye/terkedilmeye rağmen aşkına sahip çıkmak; sahte sevgiliyle kıskandırmak; düşman aile çocuklarının aşkı gibi pek çok tema pek çok kez işlenmiştir, işlenmektedir ve işlenecektir. Bu tür genel ve klişe temalar, herkesin kullanımına açık olup kimsenin tekeline verilmez. Aksi tutum, kişilere belirli fikirler üzerinde tekel hakkı sağlama-sına sebebiyet verir ki, bu durum telif korumasının amacıyla bağdaşmaz. TRIPS 9 ve WCT 2’de açıkça düzenlendiği üzere **telif mevzuatı ile fikirlerin ifade ediliş şekilleri korunur; fikrin bizzatı kendisi korunmaz.** Taraflara ait fikri ürünlerin olay örgüsü, ilerleyişi, karakterler ve karakterler arası ilişkilendirmeler, ana karakterlerin özellikleri ve motivasyonları,

³⁰ Öğretide de bu soruna isabetle vurgu yapılmaktadır. Bkz. **Geiger** 270 vd., özellikle 272.

³¹ Benzetme için bkz. **Geiger** 272 dpn 20’de anılan yazarlar.

yan ve ikincil karakter ve tipler ve nihayet hikâyenin finali gibi unsurlara bakılarak bir sonuca varılır.

Genel ve klişe temalar işlenip tüketildiğine göre acaba yeni yeni özgün eserler verilemez mi? Elbette verilebilir, nitekim her gün verilmektedir de. Ancak ortaya çıkan yeni eserlerde, öncekilerden ister istemez esinlenilmekte, ortak unsurlar/temalar kullanılmakta, alıntılar yapılmakta, onların bazı unsurları bilinçli veya bilinçsizce tekrar edilmekte, hatta buna mecbur kalınmaktadır. Bu alıntıların kahir ekseriyeti konu ve temalardır. Tam da bu nedenle bu şekilde oluşturulan eserlerin koruma kabukları incedir. Zira bu gibi alanlarda eser meydana getirenlerin biçimlendirme alanları dar olduğu için isteseler de o ürüne fazlaca özgünlük katamamaktadır; yaptıkları öznel/bireysel katkılar sınırlı kalmaktadır. Korunan unsurlar, suçlanan ürüne transfer edilmişse o zaman ihlal gerçekleşir.

Aynı şekilde zayıf bir markaya benzeyen sonraki markanın hemen iltibasa yol açtığı sonucuna ulaşılmamalı; benzerliğin, işaretin tabiatından ve tanımlayıcılıktan mı yoksa gerçekten de haksız bir yakınlaşmadan (münhasır alana müdahaleden) mı kaynaklandığı irdelenmelidir. Zira Yargıtay'ın da isabetle belirttiği üzere, bu tür markalarda yapılacak küçük değişikliklerle iltibas bertaraf edilebilir³². Yani Yargıtay, haklı olarak zayıf markalara yaklaşılabilirliği görüşündedir. Elbette iltibas değerlendirilirken markanın tanınmışlık düzeyi, tüketici kitlesinin bilinç seviyesi gibi başkaca faktörlerin devreye gireceği, merkeze "iltibas" kavramının alınması gereği akıldan çıkarılmamalıdır.

Özetle, bilirkişi raporlarında yapılan **en büyük hata, davacının iddia ettiği unsurların tümüyle onun tarafından geliştirildiği faraziyesinden hareket edilmesidir**. Bu hatalı yöntemde ilgili ürün tipolojisi de hak sahibine aitmişçesine bir ön kabulden hareket edilmektedir. Oysa **koruma, ilgili fikri ürüne yapılan bireysel/öznel katkılar kadardır ve bunlarla sınırlıdır**. Otomobil otomobil gibi bıçak da bıçak gibidir ve bu yönüyle otomobiller otomobillere, bıçaklar da bıçaklara benzer. Aynı şekilde türe özgü film ve müzik gibi fikri ürünlerde konu ve tema benzerlikleri olur³³.

³² **Arkan 100.** Yargıtay marka yakınlaştırılmasını dikkatle incelemektedir. Bir olayda seri marka konusuna da değinerek yakınlaşmayla ilgili şu ifadeleri kullanmıştır: "... Dairemiz kararlarında başvuru konusu işaretin tescil edilebilmesi için ayrıca sicilde bir başkası adına tescilli ve mükerrer nitelikteki marka ile yakınlaştırma, benzeştirme yoluyla iltibas tehlikesine ya da bu suretle haksız yarar sağlanmasına yol açılmaması da zorunludur". Bkz. 11. HD, 05.06.2012, E. 2011/3129 K. 2012/9775.

³³ Bu bağlamda TV program yöneticisi *Mehmet Çam* yaşadığı şu olayı aktarmaktadır: "Kendi bünyemizde yıllar önce ürettiğimiz bir formatı bir sezon yayınladık. Elliye yakın kişi 'bu format benim' diye telefon açtı ve beş-altı kişi bizi mahkemeye verdi". *Çam* çok yerinde bir tespit de bulunuyor: "**Mahkemeye başvuran kimselerin formatları birbirine çok benziyordu. Durum garipti. Hepsi bu**

Hatalı yöntemlerden birisi de sadece benzerliklere bakılıp, farklılıkların göz ardı edilmesidir³⁴. Yapılacak incelemede dayanılan hak ile suçlanan ürün nesnel ve dengeli bir şekilde ve bir *bütün olarak* değerlendirilmelidir. Eser, marka ve tasarımlarda “genel izlenim” esas alınır. Buna karşılık patentlerde durum daha net olup suçlanan ürünün, patentin ilgili istemine basıp basmadığı mekanik bir şekilde kontrol edilir. Başka bir deyişle diğer haklara kıyasla patentlerde sınırlar çok daha nettir.

Her bir fikri ürün çeşidi ve her somut olayın çok farklı özellikler barındırması yüzünden belirlemenin kolay olmadığı açıktır. Bu yüzden yürütülecek belirleme faaliyetinde “kaba işçilikle” yetinilemeyeceğinden “ince bir hukuk işçiliği” gereklidir.

Belirtelim ki gelişmekte olan ülkelerdeki en büyük sorun uygulamadaki zafiyettir. Zayıf bir uygulama, oldukça sofistike fikri mülkiyet korumasının, amacına uygun çalışmasını önlediği gibi hatalı uygulamalar sisteme ve adalete güveni örselemektedir. Sonuçta standardı düşük uygulama, kamuya yarar yerine zarar vermektedir.

III. ALINMASI GEREKEN TEDBİRLER

Sorunun iki ayağı vardır: *i)* mevzuat, *ii)* uygulama.

A. HUKUKİ METİNLERİN HAZIRLANMASINA YÖNELİK TEDBİRLER

“Büyük bir krala binde bir rastlandığı doğruysa, büyük bir yasacıya ne kadar az rastlanılacağını varın kıyaslayın! Kralın yapacağı şey, yasacının göstereceği örneğe göre davranmaktır sadece. Yasacı makineyi bulan mühendistir, kralsa onu kurup işleten bir işçiden başka bir şey değildir”³⁵.

Gerek kanunların gerekse ikincil mevzuatın hazırlanmasındaki fazla-
laşma, hızlanma ve buna bağlı olarak özensizlik büyük sorunlara yol aç-

format benim diyordu. Biz de bu format bizim diyorduk. Hepsi birbirinin aynısıydı çünkü aynı şeyden yola çıkmıştı. Hepsi birbirinden farklıydı çünkü *işleyiş biçimleri farklıydı*”. Bkz. <https://www.linkedin.com/pulse/20140927221939-31794583-tv-format%C4%B1-nedir-nas%C4%B1-yaz%C4%B1l%C4%B1r-ba%C5%9Far%C4%B1l%C4%B1-bir-tv-format%C4%B1-yazman%C4%B1n-s%C4%B1rlar%C4%B1/?originalSubdomain=tr> (erişim; 11.3.2024).

³⁴ AB ve Türk tasarım hukukunda bu hatalı yaklaşım pozitif hukuka da girerek; *farklılıklardan çok ortak özelliklere bakılacağı* hükmü benimsenmişti (98/71EC sayılı AB Tasarım Yönergesi 5/2; Mülga EndTasKHK 7/3). Gerek mehzaz gerekse hukukumuzda yapılan değişiklikle hatalı düzenlemeden vazgeçilmiş ve *dengeli yorum ilkesine* geçilmiştir (AB Tasarım Yönergesi 5/2; SMK 56/6).

³⁵ Rousseau 37.

maktadır. Aynı konuyu ele alan kanunlar arasındaki çelişkiler, bazen aynı kanunun kendi içindeki uyumsuzlukları, yasaların dilindeki özensizlik³⁶ uygulayıcılar nezdinde yorum güçlüklerine neden olmaktadır. Bu tespitimiz ikincil mevzuat bakımından özellikle geçerli olup hukuk hiyerarşisine uyumsuzluk başlı başına bir sorundur.

Yasa yapma faaliyeti hafife alınmaktadır. Bu faaliyetin sanıldığından çok daha zor bir iş olduğunu, başlıkta alıntı yaptığımız hukukçu ve filozof *Rousseau* veciz bir şekilde ifade etmiştir.

Daha önceki bir çalışmamızda FSEK'le ilgili (TBYM eski başkanı Alparslan Durmuş ile birlikte) önerdiğimiz (ancak tüm hukuki metinlerin hazırlanmasına uygulanabilecek nitelikteki) yöntemi buraya aynen aktarıyoruz³⁷:

“1) İhtiyaç Analizi: FSEK'in tamamen değiştirilmesi sürecinde öncelik le şu paydaşların görüş ve önerileri toplanmalı, ihtiyaçları ve şikâyetleri belirlenmelidir:

- i) Akademisyenler
- ii) Hâkim ve Savcılar
- iii) Bürokratlar
- iv) Sektör temsilcileri
- v) Uygulayıcılar.

Bunu sağlamak üzere elan Telif Hakları Genel Müdürlüğü tarafından yapıldığı üzere yukarıda sıralanan kişilerden ihtiyaç analizi raporu alınmalıdır. Alınan bu rapor konsolide edilerek saha aktörlerinin bakış açıları büyük bir resimde görülmelidir.

2) Karşılaştırmalı Hukuk Çalışması: Karşılaştırmalı hukuk birikimine sahip bir grup akademisyen tarafından farklı yaklaşımlara sahip farklı ülkele rin telif mevzuatı, yasada düzenlenecek konular bazında karşılaştırmalı analize tabi tutularak yasa metninin ana birimleri için raporlaştırılmalıdır.

3) Metin Tahlili: Mer'i FSEK'te, kabulünden bugüne geçen süreçte değişen maddeler, değiştirme gerekçeleriyle birlikte derlenmeli, ilgili madde nin öncesindeki ve sonrasındaki içtihat hukukunun ve mahkemelerin karşılaştığı ve çözmek zorunda kaldığı sorunlarla birlikte bir intertekstüel metin analizi yapılmalıdır.

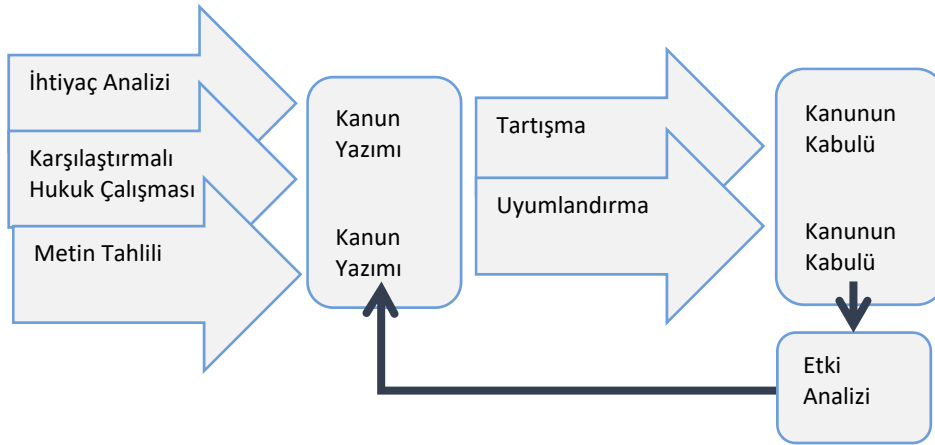
³⁶ TRIPS'in resmi çevirisi, dildeki özensizliğe iyi bir örnektir. Bkz. RG, 25.2.1995, 22213 mük.

³⁷ **Suluk**, Mütalaalarım I, 102 vd.

4) Kanun Yazımı: Yasa metnini kaleme alacak akademisyenler ve Bakanlık uzmanlarından oluşan heyet, ilk üç maddede hazırlanmış dokümanlardan yararlanarak kanun metnini yazım işini gerçekleştirmelidir.

5) Tartışma: Birinci maddede zikredilen beş grubun temsilcilerinden oluşturulacak bir kurul, “panel” mantığıyla Kanun Metni Yazım Komisyonu üyeleriyle karşı karşıya oluşan metni tartışmalı, olası komplikasyonları masaya yatırmalıdır. Tartışmalar sonunda tarafların mutabık kaldığı maddelerle ittifak kuramadıkları maddeler hukukçu akademisyenler ve uygulamacı hukuk insanlarından oluşacak ikinci ve nihai bir komisyon marifetiyle son hâle kavuşturulmalıdır.

6) Uyumlandırma: “Tartışma” aşamasında son hâli verilen kanun metinleri, farklı hukuk alt disiplinlerinde uzman akademisyenlerle mer’i mevzuatımızla uyumsuzluk cihetiyle incelenmeli, gerekli uyumlandırma başlıklarına işaret edilmeli, “Tartışma” aşamasında oluşmuş ikinci komisyonda tartışılarak kanun metni nihai hâle getirilmelidir.



Yukarıda altı maddede özetlediğimiz yöntem/süreç, paralel ve ardıl süreçler olarak yürütülebilir. Şöyle ki, 1, 2 ve 3 no.lu süreçler ayrı ekipler/komisyonlar eliyle eşzamanlı olarak ve eş başlıklar üzerinden başlar. Bu üç ekibin ürettiği sonuçlar/raporlar çıktıkça birbirinin peşi sıra (ara vermeksizin) 4, 5 ve 6 no.lu süreçler yürütülür. Böylece yaklaşık iki yıla yayılması zorunlu olabilecek süreç 5-6 ayda tamamlanabilir.

Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra sonuçlar izlenerek **etki analizleri** yapılmalıdır. İzleyen yıllarda bu etki analiz raporları ışığında ihtiyaç duyulan değişiklikler yapılmalıdır. Ancak bu şekilde telif hakları ve bu hakların dayandığı kültür endüstrisi sağlam bir hukuki alt yapıya kavuşabilir.

Bu da ülkemizin kültürel kalkınmasının önünü açarak bilimsel, teknolojik, iktisadi ve siyasi gibi çok yönlü kalkınmamıza itici bir ivme kazandıracaktır". FSEK için önerdiğimiz bu sistem SMK (belki diğer alanlardaki metinler) açısından da uygulanabilir niteliktedir.

B. MEVZUATIN UYGULANMASINA YÖNELİK TEDBİRLER

Ülkemiz uygulamasında genellikle "kaba hukuk işçiliğinin" hakim olduğu söylenebilir. Bunun "ince hukuk işçiliğine" tahvili için fikri mülkiyet alanında aşağıdaki tedbirlere başvurulmalıdır:

i) Hakimlerin eğitimi: Yasa koyucu, fikri mülkiyetin kendine özgü hukuki rejimi olduğundan hareketle ihtisas mahkemeleri kurulmasını isabetle benimsemiştir. Ancak ülkemizdeki ihtisas mahkemelerinde görev yapan hakimlerin "mütehassıs" olduğu söylenemez. Bu yüzden bu mahkemelerde görev yapan/yapacak hakimler nitelikli eğitimden geçirilmelidir. Ardından hakimlerin bu konuda "uzman" olduğu gözetilerek pek çok dosyanın bilirkişilere havalesi önlenmelidir. Yargıtay, bu konuda bir ilke kararı almalıdır.

ii) Görevde istikrar: "İhtisas mahkemesi" müessesesinin kâğıt üstünde kalmasını önlemek için hakimlere "uzmanlık eğitimi" verildikten sonra bunların "görevde istikrarı" sağlanmalıdır.

iii) Bilirkişilerin eğitimi: Bilirkişiler eğitimden geçirilerek sistem içindeki bu oyuncuların "fikri mülkiyet okur-yazarı" olmaları sağlanmalıdır.

iv) Bilirkişi ücretleri: Değerlendirmeyi yapan bilirkişilerin eğitim eksikliğinin giderilmesiyle soruna çözüm üretileceği fazla iyimser bir yaklaşım olur. Bedeli ödenmeyen hizmet en fazla arızî olarak alınabilir. Hizmetin düzenli (sistematik) ve gereği gibi alınabilmesi için bilirkişilerden beklenen *hizmetin bedeli* ödenmelidir. Bu yapılırken somut olay özelı gözetilerek mahkemelerce ücret takdirine gidilmelidir. Mahkemelerce belirlenen maktu ve düşük miktardaki bilirkişi ücretleri yetersizdir. Önerimize karşı yargının pahalılaşacağı ve hak arama özgürlüğünün zarar göreceği endişesi dile getirilebilir. Bunun önüne geçebilmek için basit uyuşmazlıklar yönünden aynen tüketici hakem heyeti benzeri bir mekanizma geliştirilebilir ve böylece nitelikli uyuşmazlıklar hak ettiği muameleyi görür. Sözünü ettiğimiz yetersizlik bilirkişilerin işine yansımakta ve raporlar *-mış gibi* kaleme alınmaktadır. Fiziken ölçüme gelmediği için bu yetersizlikler ilgili çevrelerde şikâyetle konu edilmekle birlikte somut olarak teşhis edilemediğinden masaya getirilememektedir. Sonuçta fikri mülkiyet özelinde olması gereken "ince hukuk işçiliği" ıskalanarak adalet örselenmektedir.

v) **Vekillerin eğitimi:** Gerek avukatlık gerekse marka ve patent vekilliği uzmanlık isteyen mesleklerdir. Sistemin sağlıklı işlemesi bakımından hakimler ve bilirkişiler gibi bu aktörlerin de eğitimi sağlanmalıdır.

vi) **Meslek birliklerinin ıslahı:** Meslek birliklerinin varlık nedeni “toplu hak takibi” yapmaktır. Ülkemizde Temmuz 2025 itibarıyla 27 adet meslek birliği ve dört adet de Federasyon (YAYFED, MÜZFED, MSF ve SEF) faaliyettedir. Bir iki istisna haricinde bunlar, insan topluluğu niteliğindeki dernek mantığıyla çalışmaktadır. Alınacak önlemlerle bunların *işlevine uygun çalışması* sağlanmalıdır; çalışmayanlar da tasfiye edilmelidir.

SONUÇ

I. KORUMANIN ARKA PLANI

1. Korumanın Sonradan Kabul Edilmesi: Sosyal olayların şekillendiği hukuk kurallarının tarihi, insanlık tarihi kadar eskidir. Buna karşılık fikri mülkiyetle ilgili ilk imtiyazın 1331’de verildiği, ilk düzenlemenin de 1474 yılında yapıldığı düşünülürse, fikri mülkiyet koruması altı yedi asırlık görece kısa bir geçmişe sahiptir. Bu durum, fikri mülkiyet korumasının, diğer haklara kıyasla hayatımıza çok daha geç dahil olduğunu göstermektedir.

2. Serbest Rekabet ve Fikri Mülkiyet İlişkisi: Hukuk kuralları daima bir ihtiyaçtan doğar. Hukukun bir parçası olan fikri mülkiyet koruması, “serbest rekabet” esası üzerine inşa edilen “kapitalist ekonomik düzende” doğmuştur. Modern korumanın doğumuna sanayi devrimi yol açmıştır.

Serbest piyasa ekonomisinde kural olarak tekellere yer yoktur. Oysa tekелci yetkiler veren **fikri mülkiyet koruması, serbest rekabetten korunmaktır**. Fikri mülkiyet koruması, serbest rekabete adeta çalım atmaktır. Yani koruma, kapitalist ekonomik düzenin esası olan serbest rekabetle çelişir/çatışır. Bir sonraki başlıkta (II) açıklanacağı üzere, bu çatışmada yeni fikri ürün geliştirmeyi teşvik, geçici süreliğine serbest rekabete üstün tutularak süreyle sınırlı fikri mülkiyet tekellerine yer verilmiştir. Bu yüzden fikri mülkiyet hakları için “*rekabeti teşvik uğruna rekabeti sınırlandıran haklar*” nitelemesi yapılmıştır¹.

3. Kamu Yararı Düşüncesi: Serbest rekabet düzeninde yasa koyucular, *fikri ürün geliştirmeyi teşvik ve ödüllendirme* maksadıyla fikri mülkiyet korumasını benimsemişlerdir. Toplumsal maliyetine rağmen uzun vadede topluma fayda sağlayacağı düşüncesiyle tarihin süzgecinden geçerek dünya genelinde fikri mülkiyet koruması kabul edilmiştir. Başka bir deyişle fikri mülkiyet koruması, “kamu yararı” düşüncesiyle benimsenmiştir². Zira fikri mülkiyet korumasının, kısa vadede rekabeti kısıtladığı için topluma maliye-

¹ Şehirli Çelik, Haksız Rekabet 33 ve dpn 121’de anılan yazar.

² Welfens/Addison/Audretsch/Gries/Grupp 138; Correa 301. Hirs Fikri Say 12.

ti olmakla birlikte uzun vadede yenilikleri teşvik edeceğinden hareketle fayda sağlayacağı umulmaktadır.

4. Tartışmalar: Serbest rekabetle çelişen tekелci hakların, fikri ürün geliştirmeyi teşvik edip etmediği tarihsel süreçte çok yoğun tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmalar, neredeyse korumanın tarihi kadar eskiye dayanır. Daha ziyade patent üzerinden yürütülen ve 19. yüzyılın ikinci yarısında zirve yapan bu tartışmalar sonucunda Hollanda, patent yasasını 40 yıl süreyle (1869-1912) yürürlükten bile kaldırmıştır. 1854 yılında Hollanda’da kurulan bir komite korumayı, “tarihi hatanın bir kalıntısı” şeklinde niteleyerek endüstrileri ve rekabeti sınırladığını, engellediğini ileri sürmüştür³. Bu tartışmalar, 20. yüzyılın ortaları gibi yakın bir tarihte dahi etkisini göstermiştir.

Koruma sistemi oluşturulurken istisna ve sınırlamaların benimsenmesinde anılan tartışmalar meyvesini vermiştir. Bu tartışmalar ışığında korumaya, adeta rot balans ayarı yapılarak fren mekanizmaları getirilmiştir. Bu nedenle tarihsel süreçte fikri mülkiyetin mimarisi kurgulanırken patent taraftarı görüşlerin yanında patent karşıtı görüşlerin de etkili olduğuna öğretilde vurgu yapılmaktadır⁴.

5. Sistemin Çatılması; Koruma, İstisna/Sınırlama, Pazarlık ve Kamu Malı: Sistemin kurucuları, fikri mülkiyetin mimarisini kurgularken hak sahibinin bireysel çıkarları ile toplumun genel menfaatini azami düzeyde dengelemek istemişlerdir. Hakların tanınması bir “pazarlık” sonucunda gerçekleşmiştir⁵. Bu pazarlık gereği tanınan her bir hak kategorisine ayrı ayrı ve kendine özgü istisna ve sınırlamalar getirilmek suretiyle hak sahibinin bireysel çıkarları ile toplumun genel menfaati dengelenmeye çalışılmıştır. Süresi dolan hakların ise “kamu malı” (*public domain*) olacağından hareket edilmiştir. Ayırt edici işaretlerden olan markalar yönünden süre sınırlaması getirilmemiştir. Çünkü süre sınırı olan fikri ürünlerin taklidinde toplumun menfaati varken, süresiz olanlarda menfaat bir tarafa toplum taklitten zarar görür.

Pozitif düzenlemelerde “kamu malı” düzenlenmediği için ilgili çevrelerde bir farkındalık oluşmamıştır. “Kamu malı”na giren eylemler daha ziyade istisna ve sınırlamalar bölümlerinde ele alınmıştır (örneğin SMK 85). Başta FSEK’te olmak üzere “kamu malı” bir kategori olarak düzenlenmeli-

³ Van Compel 891.

⁴ Machlup/Penrose 1 vd.; Janis 931.

⁵ ABD Yüksek Mahkemesi, Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp., 539 U.S. 23 (2003), paras. 33-34; Calboli, Trademarking Creative Works 56, 57, 74.

dir. Bu bağlamda bilgi, fikir, veri, olay, metot ve teori gibi unsurların eser olarak korunmayacağı hüküm altına alınmalıdır.

6. Bugünkü (Ortodoksi) Yaklaşım: 1994 tarihli DTÖ/TRIPS anlaşmasıyla birlikte fikri mülkiyet koruması dünya çapında *tarihi bir dönemeç* almıştır. Bu tarihten sonra koruma hem global ölçekte yaygınlaşmış hem de eskiye kıyasla çok çok kuvvetlendirilmiştir.

O kadar ki bugün geriye dönüp bakıldığında sözünü ettiğimiz tartışmalar adeta ören yerlerindeki “tarihi kalıntılar” gibi görünmektedir. Bu durum zikredilen tartışmaların değersiz olduğunu göstermez. Zira geçmişe ışık tutan tarih biliminin, günümüzü ve geleceğimizi aydınlattığı da bir gerçektir. Yeter ki tarihten ders alınabilsin.

II. KORUMANIN AMACI VE İŞLEVİ

7. İlerlemeyi Teşvik ve Ödüllendirme: Serbest piyasa ekonomisinin geçerli olduğu günümüzde asıl olan “serbest rekabet”tir. Ancak devletler, toplumda teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemeyi sağlamak maksadıyla serbest piyasaya müdahale etmek suretiyle fikri mülkiyet korumasını tanımışlardır. Korumanın iddiası bilimsel, sosyal ve ekonomik ilerleme, yaratıcılık ve serbest rekabette hakkaniyeti sağlamaktır⁶.

8. Koruma Kimi Teşvik Ediyor? Bu soru yanıtlanırken akla ilk eser sahibi, buluşçu ve tasarımcı gibi fikri ürünü geliştiren insanlar gelir. Ancak bu durum büyük bir yanılsama olup uygulamada koruma büyük ölçüde sermayeyi teşvik etmektedir. Tam da bu nedenle telif haklarıyla ilgili bir incelemesinde *Ginsburg*, kapitalist bir yaklaşımla korumanın *eser sahiplerinin geçimiyle ilgili olmadığına*, meselenin “yeni eser meydana getirmeyi teşvik olduğuna” vurgu yapar⁷. Uygulama da bu yönde gelişmiştir. Sözgeli mi buluşların %90’ı işçiler tarafından geliştirilirken, bunların sahipleri işverenler olmaktadır⁸. Fikri mülkiyet korumasının ana üssü olan ABD’de çalışanları buluşa teşvik eden herhangi bir düzenleme yoktur⁹; teşvik ve ödül den faydalanan, esas olarak sermayedardır/kapitalisttir/girişimcidir.

9. Ne Katarsan Onun Karşılığını Alırsın! Yasa koyucular, fikri ürün geliştirmeyi teşvik maksadıyla fikri ürün sahiplerini süreyle sınırlı tekelle

⁶ Calboli, Trademarking Creative Works 77.

⁷ Ginsburg, Copyright Exceptions 15.

⁸ Bilgi için bkz. Suluk, Çalışan Buluşları 3, dpn 15.

⁹ Suluk, Çalışan Buluşları 92 vd.

yetkilerle donatarak ödüllendirmektedir. Serbest rekabet düzeninde tekелci yetkiye kavuşmak isteyenler fikri ürün geliştirmelidir.

Fikri ürün geliştirmek, eşyanın/işin tabiatına “yabancılaştırma” faaliyetidir. Yasa koyucunun öngördüğü koruma kriterleri karşılandığında/eşik aşıldığında tekелci yetkiler devreye girer. Tekel alanının derinliğini ve genişliğini ise verilen katkılarının miktarı/yoğunluğu belirler. *Ne ekersen onu biçersin!*

III. HUKUKİ REJİM FARKI

10. Fikri Ürünlerin Tabiatları ve Farklı Koruma Modelleri: İnsan zekâsının (bazen duygu, sezgi ve hislerini işe karıştırarak) meydana getirdiği fikri ürünlerin tabiatları/doğaları birbirinden farklıdır. Bu nedenle oldukça karmaşık yapıya sahip fikri ürünleri koruma altına almak isteyen yasa koyucular *farklı hukuk formlarını/modellerini* benimseme gereği duymuştur.

11. Korumanın Altında Yatan Felsefe Farkı: Telif, marka, tasarım ve patent gibi koruma modellerinin altında yatan düşünce ve korumayı haklı kılan nedenler/felsefe aynı değildir. Özel hukuk - kamu hukuku ayırımına benzer şekilde kaba bir ayırım yaparsak telif hakları *kültür ve sanata*, sınai haklar da *sanayiye* yönelik fikri ürünleri korumaktadır. Tarihsel süreçte benimsenen bu ayırım tesadüfi olmayıp ihtiyaçtan kaynaklanmıştır¹⁰.

Felsefe farkına bağlı olarak fikri ürünlerin hukuki rejimleri (koruma şartları, istisna ve sınırlamalar) önemli ölçüde farklılaştırılmıştır. Dolayısıyla haklar uygulamaya konulurken her bir koruma modelinin hangi ihtiyaca yönelik olduğu dikkate alınmalıdır.

12. Koruma Kriterlerinin Farklılaşması: Sözü edilen tabiat farklılıklarını dikkate alan yasa koyucular, fikri ürünlerin koruma kriterlerini de başkalaştırmıştır. Bu bağlamda diyelim ki hem patent ve faydalı modellerde hem de tasarımlarda “yenilik” kriteri bulunmakla birlikte bu iki koruma sisteminde *yenilik*, ürünlerin farklı özelliklerinde aranır.

Buna göre tasarımlar, ürünün görünümüyle; patentler (ve faydalı modeller) de ürünün teknik özellikleriyle ilgili kavramlardır. Eş deyişle patent ve faydalı modellerde *teknikteki* yenilikler, tasarımlarda ise ürünün *görünümündeki* yenilikler/farklılıklar korunur.

¹⁰ Aksi yönde **Hırş** Fikri Say 30-31 ve **Hırş**, Fikri ve Sınai Haklar 57 vd.

Eser koruması ise fikri yaratıcılık/hususiyet taşıyan fikri ürünler için benimsenmiştir. Hususiyetin eser türlerine sirayeti aynı şekilde olmayacak, ister istemez bunlar arasında farklılıklar oluşacaktır. Buna rağmen yasa koyucu ilim-edebiyat, musiki, sinema ve güzel sanatlardan oluşan eserlerin sahiplerine aynı hakları vermiştir. İcracı sanatçılara tanınanlar bir tarafa bırakılırsa, kültür ve sanata yatırım yapan yatırımcılara da eser korumasına benzer mali nitelikte bağlantılı haklar tanınmıştır. İcracı sanatçılara ise mali hakların yanında eser sahiplerine benzer manevi haklar da bahşedilmiştir.

Ayırt edici ad ve işaretlerden olan marka, dar anlamıyla insan zekâsının geliştirdiği fikri bir ürün değildir. Burada bireysel katkı yerine işaretin ayırt ediciliği aranır ve bu özelliğin bulunup bulunmadığı, *seçilen* işaretin tabiatına ve seçim sonrasında markaya yapılan *yatırıma* bakılarak belirlenir. Bir işareti marka olarak korumayı haklı kılan *ayırt edici özellik* o işarete daha başta olabilir, genellikle de durum böyledir. Yani diğer fikri ürünlerden farklı olarak işaretin insan zekâsıyla geliştirilmesi gerekmez. Bu yüzden de markalar da bireysel katkılar anlamında “fikri yaratıcılık” aranmaz.

Hukuki rejim farkı şöyle bir tablo ortaya çıkarmıştır:

Şekil 27: Fikri Ürünlerin Koruma Kriterleri

Fikri Ürünler	Koruma Kriterleri
Eser	i) Şekli Şart: Yasadaki eser kategorilerinden birine girme ii) Objektif Şart: Tasarrufa elverişli ve üçüncü kişilerce algılanabilir olma iii) Sübjektif/Esas Şart: Hususiyet
Buluş	i) Yenilik ii) Buluş adımı/buluş basamağı içerme iii) Sanayiye uygulanabilirlik
Tasarım	i) Yenilik ii) Ayırt edici nitelik (individual character)
Marka	i) İşaretin varlığı ii) Sicilde gösterilebilir olma iii) Ayırt edicilik (distinctive character)

IV. KÜMÜLATİF KORUMA VE SİSTEMİN KÖTÜYE KULLANILMASI

13. Kümülatif Koruma İlkesi: Bir üst başlıkta (III) vurgulandığı üzere, fikri ürünlerin tabiatlarının farklı olması, başka başka hukuk formlarının benimsenmesine yol açmıştır. Acaba *bir fikri ürün*, farklı koruma modelleri

için öngörülen koruma kriterlerini *birlikte* karşılıyorsa hukuki sonuç ne olur? Bu soruya yasa koyucular genel olarak; **“bir fikri ürün, fikri mülkiyet haklarından hangilerinin kriterlerini karşılıyorsa onların tamamının korumasından faydalanır”** şeklinde yanıt vermektedir. Buna *kümülatif/çoklu koruma ilkesi* denir.

Farklı ülkelerdeki yasa koyucuların zaman zaman bir koruma modeli için getirilen istisna ve sınırlamaların, başkaca bir hak kategorisi üzerinden etkisiz kılınmasını önlemek maksadıyla kümülatif korumaya sınırlamalar getirdiği olmuştur. Buna *kısmi kümülatif koruma ilkesi* denir. Fakat zamanla bu fren mekanizmaları büyük ölçüde kaldırılarak *tam kümülatif korumaya* geçilmiştir.

Geldiğimiz aşamada *tam kümülatif koruma ilkesi* yaygın bir şekilde uygulanarak, arkadaki felsefe unutulmak suretiyle bir koruma modeli, diğer fikri ürünlerin alanına taşırılmıştır. Sonuçta kümülatif koruma üzerinden, esasen bir süre sonra serbest (*kamu malı*) olması gereken pek çok fikri ürünün, sahiplerinin tekeline bırakılarak serbest ve adil rekabet daha uzun süreli, hatta markalar üzerinden süresiz bir şekilde sınırlandırılmıştır. O kadar ki günümüzde üç boyutlu markalar üzerinden marka korumasının, patenti ikame ederek yenilikçiliğin ve standardizasyonun bile önünde engel olmaya başladığından şikâyet edilmektedir¹¹. Bu durum marka sahiplerine haksız çıkar sağlarken rakiplere ve topluma zarar vermektedir. Sorun diğer koruma formlarındaki kümülasyonda da görülmektedir.

Gerçekten de kümülatif koruma kuralı, daha önce arızı olarak devreye sokulurken günümüzde ana kural haline dönüşmüş; telif, marka, tasarım ve patent hakları arasında kurulan makul denge bozulmuştur.

14. Sistemin Kötüye Kullanılması: Şirketlerin kuruluş nedeni kâr elde etmektir. Serbest rekabetten korunmayı sağlayan fikri mülkiyet tekeli, şirketler için kullanışlı bir ayardır. Özellikle büyük işletmeler, kârlılıklarını artırmada fikri mülkiyet korumasını stratejik olarak yoğun bir şekilde kullanmaya ve bu bağlamda korumanın sınırlarını test etmeye başladılar. Bunun da ötesinde sistem kötüye kullanılmaktadır. Vurgulayalım ki kümülatif koruma ilkesi büyük ölçüde “genel kural”a dönüştürüldü. Geldiğimiz aşamada başta pazarlık sonucunda dengeler gözetilerek kurgulanan siste-

¹¹ **Calboli**, Trademarking Creative Works 52 vd.; **Li** 38; **Anemaet**, Real Consumer 1011. Bu bağlamda çalışmada *Anemaet*, Adidas’ın üç çizgisiyle ilgili ABAD’ın Adidas v. Marca kararını eleştirerek sektörde iki, üç ve dört çizgi gibi unsurların kullanılmasının gerekliliğine işaret etmektedir. Yazar, haklı olarak “aşırı koruma” üzerinde durmaktadır.

min ayarları bozuldu. Koruma yanlısı ortodoksi yaklaşım bu duruma adeta çanak tuttu.

Başta yapılan pazarlık, menfaatlerin dengelenmesi, süreyle sınırlılık gibi sisteme yapılan rot balans ayarları ve getirilen fren mekanizmaları büyük ölçüde boşaltıldı. Ortodoksi yaklaşımın oluşturduğu iklimi iyi değerlendiren bazı işletmeler, *Ar-Ge departmanları* yerine *hukuk departmanlarına* yatırım yapmayı tercih ettiler. Özetle, tek amacı kâr etmek olan işletmelerden bazıları, sistemi zorlayarak *evergreening stratejileri* ve *sıralı koruma (sequential protection)* gibi taktiklerle sistemi kötüye kullanmaya başladılar.

Üç boyutlu markalar üzerinden sistemin nasıl zorlandığı, *Varolgüneş*'in çalışmasındaki örneklerle bakılarak anlaşılabilir¹². Bu durum marka/tasarım kesişimiyle sınırlı olmayıp tasarım/telif, tasarım/patent, telif/patent, telif/marka ve hatta marka/patent gibi akla gelebilecek tüm varyasyonlarda yaşanmaktadır. Bu varyasyonların her birisi ayrı ayrı çalışmalarını gerektirmektedir.

15. Sistemin Ayarlarının Bozularak Rayından Çıkması: Tekrar pa-hasına vurgulayalım ki fikri mülkiyet sisteminin mimarisi kurgulanırken, koruma ve istisnalar/sınırlamalar birlikte düşünülerek hak sahibinin bireysel çıkarları ile toplumun genel menfaati bir ölçüde de olsa dengelenmeye çalışılmıştır. Bu denge sağlanırken tarihsel süreçte pazarlıklar yapılmıştır.

Günümüzde kuralları uygulayanlar, bu taktiklere karşı gerekli ve yeterli önlemleri alamadılar. Sonuçta sistemin ayarları bozularak koruma rayından çıktı.

Öğretide kümülatif korumanın, başta iyi kurgulanmış olan fikri mülkiyet sisteminin arızî/tesadüfi bir sonucu olduğu yorumu yapılmaktadır¹³. Oysa geldiğimiz aşamada *evergreening stratejileri* ve *sıralı koruma* üzerinden işletmelerin sözünü ettiğimiz saldırgan tutumlarının da etkisiyle **kümülatif koruma, “istisnai”likten çıkarak adeta “genel kural”a dönüştü.** Bu yönüyle fikri mülkiyet sistemi, pusulasını şaşırması bir gemiye benzetilmektedir.



¹² Varolgüneş 36 vd.

¹³ Calboli, Trademarking Creative Works 77.

V. EŞİĞİN AŞILMASI VE KORUMA KUVVETİNİN BELİRLENMESİ

16. Fikri Yaratıcılık: Fikri ürünler insan zekâsının çıktılarıdır. İnsan beyni, (bazen his, sezgi ve duygularını da işe karıştırarak) çevresinden topladığı malzemeyi adeta bir un değirmeni gibi öğütürerek kendine özgü fikri çıktılar meydana getirir.

Geliştirici, fikri ürün meydana getirirken biçimlendirme/manevra/oy-nama alanına ihtiyaç duyar. Geliştiricinin özgür seçimleriyle fikri yaratıcılığı katması yerine, ürün tipolojisi ve teknik gereklilik gibi başkaca etkenler fikri ürünü şekillendirdiyse, geliştirici kendinden özellikler katamamış ya da sınırlı katkı vermiş demektir.

Yapılan fikri katkılar, yasa koyucunun öngördüğü kriterleri karşılamıyorsa koruma devreye girmez. Zira harcıâlem ve sıradan katkılar koruma görmez. Eşiği aşanların koruma kuvvetini ise verilen katkılarının miktarı/yoğunluk derecesi belirler.

17. Koruma Kuvvetini Etkileyen Hususlar: *i)* fikri ürünü geliştirenin verdiği bireysel/özel katkılarının miktarı, *ii)* fikri ürünün tipolojisi; işaretin veya teknik problemin zâtı/tabiatı/doğası, *iii)* o alanda mevcut aynı/benzer nitelikteki fikri ürünlerin yoğunluğu. Bunlardan ilki sonucu, diğerleri de fikri ürünü geliştirenin manevra alanını belirler. Son kertede bu unsurlar, eşiği aşan bir fikri ürünün koruma bandının genişlemesine veya daralmasına ve korumanın sığ veya derin olmasına yol açarak koruma kuvvetini, dolayısıyla üçüncü kişilerin fikri ürüne yaklaşma mesafesini tayin eder.

18. Fikri Ürünlerin Koruma Kuvvetlerinin Farklılaşması: Yukarıda (III) vurgulandığı üzere, koruma eşiğini aşan fikri ürünlerin koruma kuvvetleri birbirinden farklıdır. Üstelik bu durum aynı kategorideki fikri ürünler bakımından da geçerlidir. Zira geliştiricilerin, aynı fikri ürüne dahi kattığı bireysel özellikler birbirinden farklı olacaktır. Bu farklılaşma, somut olayda geliştiricinin manevra alanının darlığı veya genişliğinden olabileceği gibi var olan potansiyelin iyi değerlendirilmesinden ve/veya ıskalanmasından da kaynaklanabilir. Geliştiricilerin aynı kabiliyette olmadığı hatırd tutulmalıdır. Sonuçta fikri ürünlere sağlanan hakların derinliği ve genişliği bireysel katkılara bağlı olarak değişecektir.

19. Hakların Derinliği ve Genişliği: Bir fikri ürünün çekirdeğine doğru mesafesini “derinlik”, etrafa/çevreye doğru uzaklığını da “genişlik”le ifade ediyoruz. Fikri ürünün çekirdeğine doğru derinliği/kabuk kalınlığı ile çevresine doğru bant genişliği onun koruma zırhını oluşturur. Derinliğin tespitinde iki

fikri ürünün zatı/kendisi karşılaştırılır. Genişlikte o fikri ürünün çevresine/etrafına doğru kapsama alanı belirlenir. İkinci ihtimalde koruma, diğer sektörlerle/mal ve hizmetlere taşar. Derinlik ve genişlik birlikte düşünüldüğünde koruma en, boy ve derinlik şeklinde üç buutludur/boyutludur.

20. Eşiğin Aşılması ile Koruma Kuvvetini Belirlemeyi Zorlaştıran Etkenler: Sistem kurgulanırken fikri ürünlerin tabiatlarına bağlı olarak farklı hukuk formlarının/modellerinin benimsenmesine rağmen bazı etkenler korumanın kapsamını/çekim alanını belirlemeyi güçleştirir. Temel etkenler şöyle sıralanabilir:

- i) Fikri ürünlerin çok farklı yapıda olması,
- ii) İnsan katkılarının fikri ürünlere farklı şekillerde yansması,
- iii) Şekli ve diğer formalitelerin varlığı,
- iv) Kümülatif koruma ilkesi,
- v) Açıklık ve kesinlik sorunu.

Bu etkenler çalışmamızın ilgili bölümlerinde incelendi.

21. Sınırların Belirlenmesi ve İnce Hukuk İşçiliği: Sınır çizgisinin tayini hem yasa koyucuları hem de uygulayıcıları meşgul eden bir konudur. Gerek mevzuat kaleme alınırken gerekse düzenlemeler uygulanırken *ince hukuk işçiliği* gereklidir.

VI. FARKLI KORUMA MODELLERİ

22. Genel Bilgi: Yukarıda (III) açıklandığı üzere, insan zekâsının meydana getirdiği fikri ürünlerin tabiatları/doğaları birbirinden farklıdır. Oluşukça karmaşık yapıya sahip fikri ürünleri koruma altına almak isteyen yasa koyucular *farklı hukuk formlarını* benimseme gereği duymuştur.

Elinizdeki çalışmada, uygulaması yaygın olan telif, marka, tasarım ve patent formları incelenmiştir.

23. Telif Hakları: Çalışmamızda, telif korumasının merkez kavramı olan “eser” sayılmanın şartlarını inceledik. Bu yapılırken eser korumasının esasını oluşturan hususiyet/fikri yaratıcılık kavramı detaylandırılmıştır. Biçimlendirme alanı, genelin ve amacın üstünde özellikler gibi geliştiricinin öznel katkılarına yönelik kavramlar açıklanmıştır. Fikri yaratıcılığın eser türlerine nasıl yansıdığı ve bunun koruma kapsamına etkileri ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Eser haricindeki bağlantılı haklar ile diğer koruma konuları bakımından koruma kuvvetine yönelik ilave açıklamalarda bulunulmuştur.

24. Markalar: Markalarda korumayı haklı kılan, işaretin *ayırt ediciliği* ve ona yapılan *yatırımdır*. Marka hukukunun merkez kavramı “ayırt ediciliktir”. Soyut ayırt ediciliği olan bir işaret ikinci bir teste tabi tutulur: somut ayırt edicilik. İlgili mal/hizmetler merkeze alındığında işaretlerin somut ayırt ediciliği eşit değildir. Bu bağlamda öğreti ve içtihatla kuvvetli/zayıf marka ayırımına gidilerek işaretler ve markalar bazı kategorilere ayrılmıştır.

Çalışmamızda ayrıca işaretlerin ayırt edici güçleri ile markaların koruma kuvvetlerini etkileyen hususlar irdelenmiştir. Seçilen işaretin tabiatı, önceki aynı/benzer marka yoğunluğu ve markaya sonradan yapılan yatırımın koruma kuvvetine etkileri ayrı ayrı ele alınmıştır. Bu bölümde markanın ayırt edici gücü ile markanın koruma kuvveti/iltibas arasındaki ilişkiye özel bir yer ayrılmıştır. Sonradan yapılan yatırımın da korumayı nasıl etkilediği detaylandırılmıştır.

25. Tasarımlar: Ürünlerin görünümüyle ilgili tasarım koruması bakımından AB ve Türk hukukunda yenilik ve ayırt edicilik kriterleri benimsenmiştir. Ürün tipolojisi, önceki benzer tasarımlar ve regülasyon tasarımcıyı kısıtlayabilir. Son kertede bu kısıtlar içinde **tasarımcının özne katkıları tasarım korumasının kapsamını tayin eder.**

26. Patentler: Patent koruması, diğer fikri ürünlerden teknik yönüyle ayrışır. Zira telif, marka ve tasarımlarda *fonksiyonel özellikler* istisna kapsamına girerken patentler bizatihi bu özellikleri korumak için tasarlanmıştır.

Diğer fikri ürünlerde geliştiriciyi kısıtlayan ürün tipolojisinin yerini, patentlerde teknik problemin doğası alır. Ayrıca bilinen teknik ile regülasyon da buluşçuya kısıtlamalar getirebilir. Son kertede bu kısıtlar içinde **buluşçunun özne katkıları patentlerde korumanın kapsamını tayin eder.**

Markalardakine benzer şekilde literatürde kuvvetli ve zayıf patent ayırımı vardır. Ancak bu ayırım daha ziyade bir patentin kolay veya zor hükümsüz kılınmasını anlatmak için kullanılmaktadır.

Patentlerde korumanın kapsamını istemler belirler. Diğer fikri ürünlere kıyasla istemlerle öngörülen korumanın kapsamı daha açık ve nettir.

27. Ne Ekersen Onu Biçersin! Tasarım hukukunda tasarımcının verdiği katkılar öğretilerde *örümcek ağı teorisiyle* açıklanmıştır¹⁴. Bu bağlamda

¹⁴ Bu benzetme için bkz. Horton, Industrial Design, s. 447; Nette 18; Englert 779; Henning-Bodewig/Ruijsenaars 645-646; Kruger 175.

önceki bir çalışmamızda şu tespiti yapmıştık¹⁵: “... Koruma kapsamının değerlendirilmesinde, tasarımcının tasarımı geliştirmede sahip olduğu seçenek özgürlüğünün derecesi dikkate alınır (SMK 58/2). Bir tasarım, öncekilerden ne kadar farklılık içeriyorsa tasarımın koruma kapsamı o kadar genişler. Bu farklılık azaldıkça koruma kapsamı daralır. Bu durum örümcek ağına benzetilebilir. Örümcek ağı ne kadar geniş olursa, örümceğin avlamak istediği sineğin ağı takılması o oranda artar. Benzer şekilde bir tasarımın yeni ve ayırt edici özellikleri ne kadar fazlaysa diğer tasarımların bu tasarımdan doğan hakka tecavüz etme ihtimali o oranda artar. Bu açıklama göstermektedir ki tasarımcının tasarıma kattığı özellikler ne kadar fazlaysa koruma kapsamı o kadar genişler”.

Örümcek ağı teorisi diğer fikri mülkiyet haklarına da uygulanabilir niteliktedir. Başka bir deyişle **fikri ürüne ne katarsan onun karşılığını alırsın, ne ekersen onu biçersin prensibi, teşvik ve ödüllendirme maksadıyla benimsenen fikri mülkiyet haklarının tamamı için geçerlidir.**

¹⁵ Suluk(Karasu/Nal) 369.

Kaynakça

- Akay**, Tolga: Osmanlı Devleti'nde Fikri Mülkiyet Hakları, İdeal, İstanbul 2021.
- Aksu**, Mustafa (Ed.): Yapay Zeka ve Hukuk, Oniki Levha, İstanbul 2023 (*Yapay Zeka*).
- Aksu**, Mustafa: Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, Beta, İstanbul 2006 (*Bilgisayar Programları*).
- Aktekin**, Uğur / **Doğan Alkan**, Güldeniz / **Özcebe**, Zeynep Çağla: "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.10.2013 Tarihli 2013/11-52 E. ve 2013/1416 K. Sayılı Kararı ("Diamond Kararı") ve Tanımlayıcı İbareler İçeren Markaların Karıştırılma İhtimali Değerlendirilmesi", FMR, C. 15, S. 2/2015, s. 17-24.
- Aktekin**, Uğur/**Köse**, Mutlu Yıldırım/**Çimen Sevine**, Merve: "Kullanılma Niyeti Olmayan Mal ve Hizmetleri de İçeren Geniş Kapsamlı Markaların Hükümsüzlüğünün ve Bu Markalardan Doğan Hakların Kullanımının Değerlendirilmesi", Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2020, (Ed. Tekin Memiş), Yetkin, Ankara 2020, s. 19-28.
- Anemaet**, Lotte: "The Fairy Tale of the Average Consumer: Why We Should not Rely on the Real Consumer When Assessing the Likelihood of Confusion", GRUR International, 69(10), 2020, 1008-1026 (*Real Consumer*).
- Anemaet**, Lotte: "The Many Faces of the Average Consumer: Is It Really So Difficult to Assess Whether Two Stripes are Similar to Three?", IIC (2020) 51:187-213 (*Average Consumer*).
- Ang**, Steven: "The Idea-Expression Dichotomy and Merger Doctrine in the Copyright Laws of the U.S. and the U.K.", International Journal of Law and Information Technology, V. 2, No. 2/1994, p. 111-153.
- Anton**, James J. / **Greene**, Hillary / **Yao**, Dennis A.: "Policy Implications of Weak Patent Rights" in Innovation Policy and the Economy (Eds.: Adam B. Jaffe, Josh Lerner and Scott Stern) V. 6, The MIT Press 2006, p. 1-26.
- Arıkan**, Özgür: "Telif Hakları Hukuku Boyutuyla NFT'ler", TFM, C. 8, S. 2/2022, s. 323-335.
- Arkan**, Sabih: Marka Hukuku, C. I, BTHAE, Ankara 1997.
- Arsal**, Sadri Maksudi: "Hukuk İlmi ve Sosyoloji", AÜHFD, C. I, S. 1/1943, s. 20-34.
- Arslanlı**, Halil: Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.
- Aslan**, İ. Yılmaz: "Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler", FMR, C. I, S. 1/2001, s. 19-42.
- Ateş**, Mustafa: Fikri Hukukta Eser, Turhan, Ankara 2007 (*Eser*).
- Ateş**, Mustafa: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Seçkin, Ankara 2003 (*Kapsam*).
- Ateş**, Mustafa: "Telif Haklarının Milletlerarası Hukukî Himâyesinin Temel Prensipleri", The Boğaziçi Law Review, V. 2, No. 2/2024, 154-171 (*Milletlerarası Hukuki Himaye*).
- Ateş**, Mustafa: "Veri Tabanlarının Hukuki Koruması", Fikir ve Sanat Hukukuna Dair Makalelerim, Adalet, Ankara 2016, s. 145-198 (*Veri Tabanları*).
- Ayhan**, Rıza: Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Konya 1990.
- Ayiter**, Nuşin: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Bası, İstanbul 1981 (*Fikir*).
- Ayiter**, Nuşin: İhtira Hukuku, Ankara 1968 (*İhtira*).
- Ayiter**, Nuşin: "Milletlerarası İhtira Hukukunun Bugünkü Durumu ve İktisaden Geri Kalmış Ülkelerde İhtira Hukuku Problemleri", AÜHFD, C. 25, S. 3/1968, s. 137-165 (*Problemler*).

- Ayoğlu, Tolga:** *"Tanınmış Markalar Listesinden Çıkarma Davası"*, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012 (Ed. Tekin Memiş), Yetkin, Ankara 2013, s. 139-154.
- Balık İfakat / Bektaş İbrahim:** *"Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu - Mcdonald's Kararları Yönünden Bir İnceleme"*, TFM, C. 5, S. 1/2019, s. 1-17.
- Ballardini, Rosa Maria:** *"The Software Patent Thicket: A Matter of Disclosure"*, SCRIPTed, C. 6, No. 2/2009, p. 207-233.
- Barker Ed / Harding Iona:** *"Copyright, the Ideas/Expression Dichotomy and Harmonization: Digging Deeper into SAS"*, JIPLP, (2012) 7 (9), p. 673-679.
- Barron, Anne:** *"Copyright Law and the Claims of Art"*, IPQ, No. 4/2002, p. 368-401.
- Barton, John H.:** *"Reforming the Patent System"*, Science, V. 287, 17 March 2000, p. 1933-1934.
- Baş, Erdal:** Buluşun Faydalı Model Belgesi ile Korunması, Yetkin, Ankara 2013.
- Battal, Ahmet:** *"İhtira Unsuru Yönünden Fikri Hakların İncelenmesi"*, TFM, C. 1, S. 2/2015, s. 1-6.
- Beebe, Barton:** Trademark Law - An Open-Access Casebook, Version 11 (2024), Digital Edition, www.tmcasbook.org (erişim; 25.8.2024) (*Trademark Law*).
- Beebe, Barton:** *"An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement"*, California Law Review, V. 94, No. 6 (December 2006), p. 1581-1654 (*Multifactor*).
- Beebe, Barton:** *"The Semiotic Analysis of Trademark Law"*, 51 UCLA Law Review, (2004), p. 621-704 (*Semiotic*).
- Beebe, Barton / Hemphill, C. Scott:** *"The Scope of Strong Marks: Should Trademark Law Protect the Strong More than the Weak?"*, New York University Law Review, V. 92, 2017, p. 1339-1398.
- Beier, Friedrich-Karl:** *"Exclusive Rights, Statutory Licenses and Compulsory Licenses in Patent and Utility Model Law"*, IIC, V. 30, No. 3/1999, p. 251-274.
- Bently, Lionel:** *"Council Directive 91/250/EEC Computer Programs - Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs"*, in Thomas Dreier and P. Bernt Hugenholtz (Eds), Concise European Copyright Law, Kluwer Law Int. 2006, p. 211-238.
- Bently, Lionel / Sherman, Brad / Gangjee, Dev / Johnson, Phillip:** Intellectual Property Law, 6th Ed., Oxford University Press 2022.
- Bently Lionel / Suthersanen, Uma / Torremans, Paul:** Global Copyright Three Hundred Years since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace, Edward Elgar, UK 2010.
- Bessen, James/Meurer, Michael J.:** *"What's Wrong with the Patent System? Fuzzy Boundaries and the Patent Tax"* in 12 First Monday (2007) - https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/3221 (erişim; 18.8.2024).
- Beşiroğlu, Akın:** Fikir Hukuku Dersleri, 4. Bası, Arıkan, İstanbul 2006.
- Bilge, Mehmet Emin:** Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Yetkin, Ankara 2014 (*Ticari Ad ve İşaretler*).
- Bilge, Mehmet Emin:** Ticari Sırların Korunması, 2. Bası, Asil Yayın, Ankara 2005 (*Ticari Sırlar*).
- Bilge, Mehmet Emin:** *"Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi"*, BATİDER, C. XXIII, S. 1/2005, s. 125-151 (*Yaygın Ad*).
- Boldrin, Michele / Levine, David K.,** Against Intellectual Monopoly, Cambridge University Press 2008.

- Bosher**, Hayleigh: *"De Minimis Uses and the German Implementation of Art 17 DSM Directive"*, The IPKat (May 24, 2021)
- Bottero** N. Nicola: *"The Extended Protection of 'Strong' Trademarks"*, Marquette Intellectual Property Law Review, (2007) 11 (2) 265-290.
- Bozgeyik**, Hayri: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Mimari Eserlerin Korunması, Yetkin, Ankara 2010.
- Bozgeyik**, Hayri / **Er**, Sefa: *"Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma"*, TFM, C. 5, S. 1/2019, s. 38.
- Bozgeyik**, Hayri / **Karasu**, Rauf: *"Marka Koruması ve Jenerik Marka Bağlamında Bazı Hukuki Değerlendirmeler"*, THD, S. 225/Mayıs 2025, s. 158-175.
- Brancusi**, Lavinia: EU Trademark Law and Product Protection - A Comparative Analysis of Trade Mark Functionality, Routledge, London 2024.
- Brookshear**, J. Glenn / **Brylow**, Dennis: Computer Science - An Overview, 12th Ed., 2014.
- Büyük Larousse** Sözlük ve Ansiklopedi, C. II, 2, Gelişim Yay. İstanbul 1986.
- Büyükkılıç**, Gül: *"Türk Hukukunda Fikri Mülkiyet ve Haksız Rekabet Hükümlerinin Kümülatif Uygulanabilirliği"*, TFM, C. 10, S. 1/2024, s. 101-118.
- Caddick**, Nicholas KC / **Harbottle**, Gwilym / **Suthersanen**, Uma: Copinger and Skone James on Copyright, Sweet & Maxwell, UK 2024.
- Calboli**, Irene: *"Beyond Patents: the Problems of Non-Traditional Trademark Protection for Medicines and Health Technologies"*, IIC (2020) 51:1-5 (*Beyond Patents*).
- Calboli**, Irene: *"The Negative Effects of Trademarking Creative Works"* in The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age (Eds. Susy Frankel and Daniel Gervais), Cambridge University Press 2014, p. 52-78 (*Trademarking Creative Works*).
- Carapeto**, Roberto: *"A Reflection about the Introduction of Non-Traditional Trademarks"*, Waseda Bulletin of Comparative Law, V. 34, No. 1/2016, p. 25-60.
- Cengiz**, Dilek: Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, Beta, İstanbul 1995.
- Cevizliler**, Erkan / **Akbulut**, Seyhan: *"Lozan Barış Konferansı'nda Kapitülasyonlar Meselesi ve İsmet Paşa"*, Atatürk Dergisi, C. 8, S. 2/2019, s. 161-193.
- Chandler**, T. Whitley: *"Prosecution History Estoppel, the Doctrine of Equivalent, and the Scope of Patent"*, Harvard Journal of Law & Technology, V. 13, No. 3/2000, p. 466-520.
- CIPR**: Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, London, September 2002 - http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf (erişim; 5.1.2025).
- Cornish**, William R.: Intellectual Property, Patents, Copyright, Trade Mark and Allied Rights, 3. Ed., Sweet & Maxwell, London 1999.
- Correa**, Carlos Maria: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement, 2. Ed., Oxford University Press 2022.
- Correa**, Carlos M. / **Hilty**, Reto M. (Eds.): Access to Medicines and Vaccines, Springer, Switzerland 2022.
- Çağlar**, Hayrettin: Marka Hukuku - Temel Esaslar, 2. Bası, Adalet, Ankara 2015.
- Çakır Çelebi**, Fatma Betül: Tasarım Hukukunda Eşdeğer Parça İstisnası, Adalet, Ankara 2022.
- Çakmak**, Diren: *"Osmanlı Telif Hukuku ile İlgili Mevzuat"*, Türkiyat Araştırmaları Dergisi, C. 21, 2007, s. 191-234.

- Çalışkan, Adem:** “Üslup ve Üslupbilim Üzerine-1: İlk Belirlemeler”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C 7, S. 34, s. 29-52.
- Çevik, Orhan Nuri:** Fikri Hukuk Mevzuatı, Yetkin, Ankara 1988.
- Çınar, Sevda Bora:** “Fikri Mülkiyet Hukukunun Dabus’la İmtihanı: Yapay Zekâ Sistemleri Buluş Sahibi Olarak Kabul Edilebilir mi?”, İÜHFD (2023) 14 (2) 387-400.
- Çolak, Uğur:** Türk Patent Hukuku, Adalet, Ankara 2022 (*Patent*).
- Çolak, Uğur:** Türk Marka Hukuku, XII Levha, İstanbul 2023 (*Marka*).
- Çolak, Uğur:** “Markanın Jenerik Hale Gelmesi Nedeniyle Hükümsüzlük Davası”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012 (Ed. Tekin Memiş), Yetkin, Ankara 2013, s. 179-200 (*Jenerik*).
- Çolak, Uğur:** “Televizyon Program Formatlarının Korunması”, FMR, C. IV, S. 3/2004, s. 11-34 (*Program*).
- Çonkar, M. Halil:** “Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar”, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk (Eds. Arslan Kaya/Baki İlkay Engin/Alı Paslı/Şehriban İpek Aşıkoğlu/Elif Oğuz), İÜ Yay., İstanbul 2020, s. 682-714.
- D’amato, Antony / Etselle Long, Doris:** International Intellectual Property Law, Kluwer, London 1997.
- Darden, Loletta:** “Overlapping and Sequential Copyright, Patent, and Trademark Protections: A Case for Overruling the Per Se Bar”, Columbia Journal of Law & the Arts, V. 44, No. 2/2021, p. 157-208.
- David, Paul A.:** “Intellectual Property Institutions and the Panda’s Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History” in Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology (Eds. Mitchel B. Wallerstein / Mary Ellen Mo-gee / Roberta A. Schoen), National Academy Press, Washington, D.C. 1993, p. 19-61.
- Derclaye, Estelle:** “Doceram, Cofemel and Brompton: How does the Current and Future CJEU Case Law Affect Digital Designs?” in B. Pasa (ed.), Il design, l’innovazione tecnologica e digitale, Un dialogo interdisciplinare per un ripensamento delle tutele - Design, technological and digital innovation. Interdisciplinary proposals for reshaping legal protections, ESI Press, Naples, forthcoming 2020, p. 1-17 (*Doceram, Cofemel and Brompton*).
- Derclaye, Estelle (ed.):** The Copyright / Design Interface, Cambridge University Press 2018 (*The Copyright/Design Interface*).
- Doğan, Beşir Fatih:** “Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bağlamında Spor Etkinliklerinin Değerlendirilmesi”, İMHFD, C. 8, S. 2/2023, s. 723-769 (*Spor Etkinlikleri*).
- Doğan, Beşir Fatih:** “Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, FMR, C. 6, S. 3/2006, s. 17-42 (*Ayırt Edicilik*).
- Dwivedi, Gaurav / Hallihosur, Sharanabasava / Rangan, Latha:** “Evergreening: A Deceptive Device in Patent Rights”, Technology in Society 32 (2010) 324-330.
- Englert, Brigitte:** “The Law of Industrial Designs in Germany - Actual State and Reform Proposals”, IIC, V.12, No. 6/1981, s. 773-785.
- Erdil, Engin:** Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, Beta, İstanbul 2003.
- Erel, N. Şafak:** Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Yetkin, Ankara 2009.
- Eren-Vural, İpek:** “Domestic Contours of Global Regulation: Understanding the Policy Changes on Pharmaceutical Patents in India and Turkey”, (2007) 14 (1) Review of International Political Economy 105-142.
- Eriş, Gönen:** Türk Ticaret Kanunu - Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, 3. Bası, Seçkin, Ankara 2004.

- Erkal**, Atila: "Genel Olarak Bilgi ve Bilgi Teorisi Çerçevesinde Bilginin Hukuki Anlamı", SÜHFD, C. 17, S. 2/2009, s. 11-30.
- European Union Commission**: Pharmaceutical Sector Inquiry-Final Report, 2009 - https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/pharmaceutical_sector_inquiry_staff_working_paper_part1.pdf (erişim; 22.6.2025)
- Farrell**, Joseph / **Shapiro**, Carl: "How Strong are Weak Patents?", American Economic Review, 98:4, 2008, p. 1347-1369.
- Fellner**, Christine: Industrial Design Law, 2th Ed. Sweets & Maxwell, London 1995.
- Fhima**, Ilanah / **Denvir**, Catrina: "An Empirical Analysis of the Likelihood of Confusion Factors in European Trade Mark Law", IIC (2015) 46:310-339.
- Frankel**, Susy / **Lai**, Jessica C.: "Recognised and Appropriate Grounds for Compulsory Licences: Reclaiming Patent Law's Social Contract" in Compulsory Licensing (Eds. Reto M. Hilty/Kung-Chung Liu), Springer Heidelberg 2015, p. 149-164.
- Fromer**, Jeanne C.: "The Role of Creativity in Trademark Law", 86 Notre Dame L. Rev. 1885 (2011), p. 1885-1920.
- Gangjee**, Dev S.: "Paying the Price for Admission Non-Traditional Marks across Registration and Enforcement" in The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives (Eds. Irene Calboli/Martin Senftleben), Oxford University Press 2019, p. 59-88.
- Garner** Lewis S.: "Narrow and Weak Trade-Marks", George Washington Law Review, V. 22, No. 1/1953, p. 40-61.
- Geiger**, Christophe: "Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?", IIC, V. 35, No. 3/2004, p. 268-280.
- Gibson**, Johanna: "Sine Qua Non-Sense: Originality and the End of Copyright" QMJIP, V. 4, No. 10/2020, p. 411-417.
- Ginsburg**, Jane C.: "The Role of Copyright Exceptions in Promoting Creativity" in The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age (Eds. Susy Frankel and Daniel Gervais), Cambridge University Press 2014, p. 15-28 (Copyright Exceptions).
- Ginsburg**, Jane C.: "No 'Sweat'? Copyright and Other Protection of Works of Information after *Feist v. Rural Telephone*", 92 Colum. L. Rev 338 (1992), p. 338-388 (No Sweat?).
- Güneş**, İlhami: "Türkiye'de Marka Verilmesi Usulü, Mutlak ve Nisbi Ret Nedenleri", Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2011 (Ed. Tekin Memiş), Yetkin, Ankara 2012, s. 161-194.
- Hacımahmutoğlu**, Sibel: Ticari Form Olarak Duygusal Doku Markaları, Yetkin, Ankara 2019.
- Henning-Bodewig**, Frauke / **Ruijsenaars**, Heijo E.: "Alternative Protection for Product Designs - A Comparative View of German, Benelux and US Law", IIC, V. 23, No. 5/1992, p. 643-669.
- Hilty**, Reto M. / **Liu**, Kung-Chung (Eds.): Compulsory Licensing, Springer, Heidelberg 2015.
- Hirş**, Ernst: Fikri ve Sınai Haklar, İstanbul 1948 (Sınai Haklar).
- Hirş**, Ernst: Hukuki Bakımdan Fikri Say, C. II: Fikri Haklar, İstanbul 1943 (Fikri Say).
- Hirş**, Ernst: "Fikri ve Sınai Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni Bir Görüş", AÜHFD, C. 1, S. 3/1944, s. 330-342 (Mahiyet).
- Horton**, Audrey A.: "Industrial Design Law: The Future for Europe", EIPR, No. 12/1991, p. 442-448.
- Hubbard**, William: "The Competitive Advantage of Weak Patents", 54 B.C. L. Rev. 1909 (2013), p. 1909-1965.

- Hugenholtz**, P. Bernt: “*Neighbouring Rights are Obsolete*”, IIC (2019) 50, p. 1006-1011.
- Hugues** Justine: “*The Philosophy of Intellectual Property*”, 77 Geo. L.J. 287, December 1988, p. 1-73.
- Hui**, Alan / **Döhl**, Fré'de'ric: “*Collateral Damage: Reuse in the Arts and the New Role of Quotation Provisions in Countries with Free Use Provisions after the ECJ's Pelham, Funke Medien and Spiegel Online Judgments*”, IIC (2021) 52, p. 852-892.
- Inguanez** Daniel: “*A Refined Approach to Originality in EU Copyright Law in Light of the ECJ's Recent Copyright / Design Cumulation Case Law*”, IIC, (2020) 51, p. 797-822.
- İnalcık**, Halil: Şair ve Patron, 10. Bası, Doğubatı, İstanbul 2022 (*Şair ve Patron*).
- İnalcık**, Halil: Osmanlı İdare ve Ekonomi Tarihi, 3. Bası, İSAM, İstanbul 2018 (*Osmanlı Ekonomi Tarihi*).
- Jacoby**, Jacob: The Psychological Foundations of Trademark Law: Secondary Meaning, Acquired Distinctiveness, Genericism, Fame, Confusion and Dilution, NYU, Center for Law and Business Research Paper No. 00-03, 3 November 1998 - https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=229325 (erişim; 26.8.2024).
- Jacques**, Sabine: The Parody Exception in Copyright Law, Oxford University Press 2019 (*Parody Exception in Copyright*).
- Jacques**, Sabine: “*A Parody Exception - Why Trade Mark Owners should Get the Joke*” (2016) 38(8) EIPR 471 vd. - <https://ueaeprints.uea.ac.uk/id/eprint/57727/> (erişim; 7.6.2025) (*Trade Mark Owners should Get the Joke*).
- Janis**, Mark D.: “*Patent Abolitionism*”, Berkeley Technology Law Journal, No. 17/2002, p. 899-952.
- Jaros**, John / **Vigil**, Robert L.: “*Assessing Commercial Success at the U.S. Patent Trial and Appeal Board*”, International In-house Counsel Journal, V. 8, No. 32, Summer 2015, 1-9.
- Johnson**, Phillip: “*Enhanced Distinctiveness and Why ‘Strong Marks’ are Causing Us All Confusion*”, IIC (2024) 55, p. 185-212.
- Jones**, Charles I. / **Vollrath**, Dietrich: Introduction to Economic Growth, 3. Ed., W. W. Norton & Company, New York 2013.
- Kalender**, Emre: “*Alman Federal Mahkemesi’nin (BGH) 13.11.2013 Tarihli I ZR 143/12 Sayılı ‘Doğum Günü Treni’ Kararının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Önemi ve Türk Hukukuna Etkisi*”, TFM, C. 1, S. 1/2015, s. 103-114.
- Kant**, Immanuel: “*Of the Injustice of Counterfeiting Books*” in Immanuel Kant: Essays and Treatises on Moral, Political and Various Philosophical Subjects, V. I, London 1798, p. 227-239 (Bazı değişikliklerle bu metne ayrıca şu linkten ulaşılabilir: <https://www.gutenberg.org/files/46060/46060-h/46060-h.htm> (erişim; 24.11.2024)).
- Karaaslan**, Pelin: Dolaylı Patent İhlali, Seçkin, Ankara 2021 (*Dolaylı Patent İhlali*).
- Karaaslan**, Pelin: “*Patentli Usul ile Doğrudan Doğruya Elde Edilen (Türev) Ürünler Üzerinde Patent Koruması*”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2021 (Ed. Tekin Memiş), Yetkin, Ankara 2022, s. 255-283 (*Türev Ürünler*).
- Karaaslan**, Pelin: “*Teknik Buluşlar ile Tasarım Koruması Arasında Sınır Çizgisi: Teknik İşlevin Tasarımı Şekillendirmesi*”, İnÜHFD, C. 10, S. 2/2019, s. 489-503 (*Teknik İşlev*).
- Karan**, Hakan/**Kılıç**, Mehmet: Markaların Korunması - 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan, Ankara 2004.
- Karapapa** Stavroula: Defences to Copyright Infringement, Oxford University Press, Oxford 2020.

- Karasu**, Rauf: “Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları”, BATİDER, C. XXIV, S. 3/2008, s. 331-354 (Üç Boyutlu Markalar).
- Karasu**, Rauf: “Ses Markaları”, FMR, C. 7, S. 2/2007, s. 29-57 (Ses Markaları).
- Karayalçın**, Yaşar: Ticaret Hukuku 1, Giriş, Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968.
- Karmutoğlu** Başak: Geleneksel Olmayan Markaların Tescili, Oniki Levha 2023.
- Kervankıran**, Emrullah: “Reklam Sloganları ve Hukukten Korunması”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012 (Ed. Tekin Memiş), Yetkin, Ankara 2013, s. 291-332 (Reklam Sloganları).
- Kervankıran**, Emrullah: “Tanınmış Markalarda Tanınmışlığın Aranacağı Toplumsal Çevrenin / İlgili Sektörün Belirlenmesi ve Kötü Niyetli Tescil ile Tanınmışlık Arasındaki İlişki - Konuya İlişkin İlk Derece Mahkemesi ve Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, FSHD, C. 11, S. 42/2015, s. 23-43 (Tanınmış Marka).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Fikri Haklar, 7. Bası, Turhan, Ankara 2021.
- Kırca**, Çiğdem: “Know-How Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, BTHAE, Ankara 1998, s. 243-268.
- Koçak**, Hakan: Patent Hukukunda Kullanmama Nedeniyle Zorunlu Lisans, Seçkin, Ankara 2024 (Koçak, H.).
- Koçak**, Mahmut Arif: “Markanın Tescilli Olduğu Mal veya Hizmetler Üzerine Bir Değerlendirme (Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın SKY-SKYKICK Kararından Hareketle)”, TFM, C. 7, S. 1/2021, s. 111-130 (Koçak, M. A.).
- Kruger**, Chirstof: “Designs between Copyright and Industrial Property Protection”, IIC, V. 15, No. 2/1984, p.168-186.
- Kur**, Anette: “Unite’ de L’art is Here to Stay - Cofemel and Its Consequences”, JIPLP, V. 15, No. 4/2020, p. 290-300 (Cofemel).
- Kur**, Anette: “Yellow Dictionaries, Red Banking Services, Some Candies, and a Sitting Bunny Protection of Color and Shape Marks from a German and European Perspective” in The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives (Eds. Irene Calboli/Martin Senftleben), Oxford University Press 2019, p. 89-106 (Color and Shape Marks).
- Kur**, Anette: Too Pretty to Protect? Trade Mark Law and the Enigma of Aesthetic Functionality, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11-16, 2011 - https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1935289 (erişim; 21.6.2025) (Too Pretty to Protect?).
- Kur**, Anette: Too Common, Too Splendid, dr ‘Just Right’? Trade Mark Protection for Product Shapes in the Light of CJEUcase law, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 14-17 - https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2526124 (erişim; 21.6.2025) (Too Common).
- Kur**, Anette: What to Protect, and How? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection Sui Generis, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 13-12 - https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2268585 (erişim; 20.3.2025) (Unfair Competition).
- Kur**, Anette / **Mizaras**, Vytautas (Eds.): The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All?, ATRIP Series, Edward Elgar, UK 2011.
- Kwon**, Seokbeom: “The Prevalence of Weak Patents in the United States: A New Method to Identify Weak Patents and the Implications for Patent Policy”, Technology in Society 64 (2021), p. 1-14.
- Landes** William M. / **Posner** Richard A.: “The Economics of Trademark Law”, Journal of Law and Economics, V. 30, No. 2/1987, p. 265-309.

- Leaffer**, Marshall A.: Understanding Copyright Law, 7th Ed., Caroline Academic Press 2019.
- Lee**, Jyh-An / **Hilty**, Reto / **Liu**, Kung-Chung: Artificial Intelligence and Intellectual Property, Oxford University Press, Oxford 2021.
- Lei**, Zhen / **Wright**, Brian D.: "Why Weak Patents? Testing the Examiner Ignorance Hypothesis", Journal of Public Economics, 148 (2017), p. 43-56.
- Li**, Kexin: "Coordinating Extensive Trademark Rights and Competition Policy", Buffalo Intellectual Law Property Law Journal, V. 9, No. 1/2013, p. 35-76.
- Liu**, Linlin: "The Value of 'Weak' Patent", Int. J. Intellectual Property Management, V. 6, No. 1/2, 2013, p. 15-35.
- Macfie**, Robert Andrew: Recent Discussions on the Abolition of Patents for Inventions, Longmans, London 1869.
- Machlup**, Fritz: An Economic Review of the Patent System, Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary United States Senate, United States Government Printing Office, Washington D.C. 1958.
- Machlup**, Fritz / **Penrose**, Edith: "The Patent Controversy", The Journal of Economic History, V. 10, No. 1/1950, p.1-29.
- Maman**, Ayşenur: Telif Hakkı Kapsamında Yapay Zeka ve Ürünlerinin Eser Niteliği, Seçkin, Ankara 2023.
- Mandel**, Gregory N: "Left-Brain Versus Right-Brain: Competing Conceptions of Creativity in Intellectual Property Law" (2010) 44 UC Davis L Rev 283-361.
- Margoni**, Thomas: "The Harmonisation of EU Copyright Law: The Originality Standard" in Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century (Ed. M. Perry), Springer, Switzerland 2016, 85-105.
- Margoni**, Thomas / **Kretschmer**, Martin: "A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership and the Future of Technology", GRUR International, 71(8), 2022, 685-701.
- Memiş**, Tekin: "Örneklerle Zayıf Marka Kavramı", Fikri Mülkiyet Yıllığı 2012, Yetkin Ankara 2013, s. 385-422 (Zayıf Marka).
- Memiş**, Tekin: "Fikri Hukukta Korunan Unsur İfade mi Fikir mi?", Prof. Dr. Ali GÜZEL'e Armağan, C. II, Vedat, İstanbul 2/10, s. 1447-1459 (Fikir).
- Memiş**, Tekin: "Debate on Patentability of Biotechnological Studies in Turkey", Rev Der Gen H, No. 26/2007, p. 121-135 (Biyoteknoloji).
- Memişoğlu**, Özgür Sami: Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri, Seçkin, Ankara 2019 (Mutlak Ret Sebepleri).
- Memişoğlu**, Özgür Sami: Tescilli Tasarımlarda Yenilik ve Ayırt Edicilik Unsurları, Seçkin, Ankara 2020 (Yenilik ve Ayırt Edicilik).
- Memişoğlu**, Özgür Sami: "Avrupa Birliği Hukukunda Tescilli Tasarımın Korunması Açısından Teknik İşlevsellik Sınırlaması", İKÜHFD, C. 18, S. 1/2019, s. 111-133 (Teknik İşlev).
- Merelle Ward**, Annsley: "German Design Law on the Brink of Change Following Yesterday's CJEU Decision in *DOCERAM v CeramTec*", IPKat, 9 March 2018 - <https://ipkitten.blogspot.com/2018/03/german-design-law-on-brink-of-change.html> (erişim; 11.1.2025).
- Merges**, Robert P.: Justifying Intellectual Property, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2011 (Justifying).
- Merges**, Robert P.: "The Law and Economics of Employee Inventions", Harvard Journal of Law & Technology, V. 13, No. 1/Fall 1999, s. 1-54 (Employee Inventions).

- Merges**, Robert P.: "Commercial Success and Patent Standards: Economic Perspectives on Innovation", California Law Review, V. 76, No. 4/1988, p. 803-876 (*Commercial Success*).
- Meriç**, Cemil: Kültürden İrfana, 10. Bası, İletişim, İstanbul 2023 (*Kültürden İrfana*).
- Meriç**, Cemil: Umrandan Uygarlığı, 20. Bası, İletişim, İstanbul 2013 (*Umrandan Uygarlığı*).
- Miller**, David Philip: "Principle, Practice and Persona in Isambard Kingdom Brunel's Patent Abolitionism", The British Journal for the History of Science, Mar., 2008, V. 41, No. 1, (March 2008), p. 43-72.
- Musker**, David: "The Overlap between Patent and Design Protection" in Overlapping Intellectual Property Rights (Eds. Neil Wilkof / Shamnad Basheer / Irene Calboli), 2th Edition, Oxford University Press 2023, p. 29-64.
- Nal Temel / Suluk Cahit**: İstanbul 1. FSHM 2021/155 E. Sayılı dava dosyası için 21.3.2024 tarihinde hazırlanan Uzman Görüşü.
- Nette**, Alexander: "Green Paper of the Commission of the European Community on the Legal Protection of Industrial Designs", Copyright World, No. 22 (May/June 1992), p. 16-20.
- Nomer Ertan**, Fusun: "Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ile Haksız Rekabet İlişkisi (Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarına Tecavüz Durumunda Haksız Rekabet Hükümlerine Başvurmak Mümkün müdür?"; Fikri Mülkiyet Hukukçuları Toplantısı - Yargıtay ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Hakkında Karşılaştırmalı Perspektifler, 16-18 Mayıs 2022, Antalya, Ankara 2023, s. 3-20.
- Odman**, Ayşe: Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşviindeki Rolü, Seçkin, Ankara 2002 (*Teknolojik Yenilikler*).
- Odman Boztosun**, Ayşe: "Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XXI, 9-10 Aralık 2005, BTHAE Yayınları, s. 197-247 (*Emek İlkesi*).
- Oğuz**, Arzu / **Çağlayan Aksoy**, Pınar / **Özkan Üner**, Zehra: NFT ((Non-Fungible Token) Fikri Haklar Çerçevesinde Bir Değerlendirme, Telif Hakları Genel Müdürlüğü, Ankara ty.
- Oğuz**, Arzu / **Yılmaztekin**, Hasan Kadir / **Üner**, Ezel: Fikri Mülkiyet Hukukunda Uzman Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2020.
- Olgaç**, Senai: Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri, İstanbul 1979.
- Olswang LLP/ Singh**: The Frapa Report 2011 - https://frapa.org/wp-content/uploads/Report/FINAL%20FRAPA_Report_2011.pdf (erişim; 18.1.2023).
- Ortan**, Ali Necip: Avrupa Patent Sistemi, C. I, Ankara 1991 (*Avrupa Patenti*).
- Ortan**, A. Necip: İşçi Buluşları Hukuku, İzmir 1987 (*İşçi Buluşları*).
- Ortan**, Ali Necip: Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979 (*Patent Lisansı*).
- Ortan**, Ali Necip: "Teknik, Ekonomik ve Sosyal İlerleme Açısından Patent Sisteminin Yeri", BATİDER, C. XIII, S. 2/1985, s. 63-101 (*Patent Sistemi*).
- Oytaş**, Kutlu: Karşılaştırmalı Marka Hukuku, 2. Bası, Nobel, (Ankara) 2002.
- Öğüz**, Tufan: Know-How Sözleşmesi, Filiz, İstanbul 2001.
- Öncü**, Özge: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları, Yetkin, Ankara 2010.
- Özden Merhacı**, Selin: Tasarımların Hükümsüzlüğü, Seçkin, Ankara 2023.
- Özden Merhacı**, Selin / **Erkan**, Vehbi Umur: "Anglo-Amerikan Hukukundan Kıta Avrupası Hukukuna - Özel Hukukta De Minimis Kuralı" İnönüHFD, C. 9, S. 2/2018, s. 49-70.

- Özek**, Mahmut Esad: Avrupa Patent Sisteminde Bilgisayar Uygulamalı Buluşların Patentlenebilirliği, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2024.
- Özkalp**, Enver: *‘Teknoloji ve Çevre’*, Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1-2/1992, s. 381-417.
- Öztan**, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan, Ankara 2008.
- Öztekin**, Selçuk: *‘İlaç Markaları Arasında İltibas ve Türk Markalar Hukukunun Çözümlememesi Bazı Genel Sorunları’*, Hukuk Araştırmaları, C. 6, No. 1-3/1991, s. 16-18.
- Öztrak**, İlhan: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, 2. Bası, AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., Ankara 1977.
- Öztürk**, Özgür: Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları, Arıkan, İstanbul 2008
- Papadopoulos**, Marinos / **Kaponi**, Alexandra: *“Public Domain vigor in Copyright based on John Locke”*, International Conference on Information Law 2011, Values and Freedoms in Modern Information Law and Ethics May 20-21, 2011, Thessaloniki, Greece - <https://conferences.ionio.gr/icil2011/download.php?f=papers/021-kaponi-abstract-en-v001.pdf> (erişim; 27.2.2025).
- Parlak Börü**, Şafak: *“Fotoğrafların Telif Hakları Çerçevesinde Korunmasına İlişkin İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi Kararı”*, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012 (Ed. Tekin Memiş), Yetkin, Ankara 2013, s. 97-110.
- Pekdiñçer**, Remzi Tamer / Toprakkaya, İrem: *“Sınai Mülkiyet ile Haksız Rekabet Hukuku Arasında Kümülatif Koruma İlişkisi - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 14.03.2022 Tarihli Kararı Özelinde Bir Değerlendirme”*, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı (Ed. Tekin Memiş), Yetkin, Ankara 2023, s. 275-345.
- Penrose**, Edith Tilton: The Economics of the International Patent System, Greenwood Press, Westport, Connecticut 1973.
- Peukert**, Alexander: A Doctrine of the Public Domain, Goethe Universität Frankfurt Am Main Faculty of Law Research Paper No. 1/2016, Frankfurt 2016 - https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2713757 (erişim; 22.3.2025).
- Phima**, Ilanah: *“Functionality, Cumulation and Lessons from Trade Mark Law: The Advocate General’s Opinion in Brompton Bicycle”*, JIPLP, V. 15, No. 4/2020, p. 301-307.
- Pınar**, Hamdi: *“Tasarım ve Haksız Rekabet Hukuku Açısından Yedek Parçaların Korunması ve Türkiye’nin Ekonomi Politik Tercih Sorunu”*, İnönüHFD, C. II, S. 2015, s. 739-774 (Yedek Parça).
- Pınar**, Hamdi: *“Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi”*, Rekabet Dergisi, 2014, 15(2): 59-87.
- Pila** Justine: *“The Authorial Works Protectable by Copyright”* in The Routledge Handbook of EU Copyright Law (Ed. Eleonora Rosati, Routledge, London 2021, p. 63-81.
- Rahmatian**, Andreas: *“European” Originality in Copyright Law in the English Case of THJ Systems Ltd. v. Sheridan*, IIC (2024) 55:1166-1173 (European Originality).
- Rahmatian**, Andreas: *“Originality in UK Copyright Law: The Old “Skill and Labour” Doctrine under Pressure”*, IIC (2013) 44:4-34 (Orijinality).
- Rahmatian**, Andreas: *“Dealing with Rights in Copyright-Protected Works: Assignments and Licences”* in Estelle Derclaye (ed), Research Handbook on the Future of EU Copyright (Edward Elgar Publishing 2009, p. 286-316 (Assignments).
- Reichman**, Jerome: *“Comment: Compulsory Licensing of Patented Pharmaceutical Inventions: Evaluating the Options”*, Journal of Law, Medicine & Ethics, Summer 2009, p. 247-263.

- Ricketson**, Sam / **Ginsburg**, Jane C.: International Copyright and Neighboring Rights, V. 1, 2th ed., Oxford University Press 2005.
- Roin**, Benjamin N.: “*Intellectual Property versus Prizes: Reframing the Debate*”, U Chi L Rev, V. 81, No. 3/2014, p. 999-1078.
- Roos**, Kristof / **Pike**, Juila, **Brown**, Andrew, **Becker**, Stefan: Avrupa Birliği’nde Eşdeğer İlaçların Pazara Girişinde Patentle İlgili Engeller, EGA-IEIS 2008 https://www.ieis.org.tr/static/shared/publications/pdf/17522i9ys_ega_abeipgpa-tieng.pdf (erişim; 20.8.2024).
- Rosati**, Eleonora: Copyright in the Digital Single Market, Oxford University Press 2021 (*Commentary*).
- Rosati**, Eleonora: Originality in EU Law, Edward Elgar, UK 2013 (*Originality*).
- Rosati**, Eleonora: “*Duct-Taped Bananas and Copyright Absurdity*”, JIPLP, 2023, V. 18, No. 9/2023, p. 619-620 (*Copyright Absurdity*).
- Rosati**, Eleonora: “*The Idea / Expression Dichotomy: Friend or Foe?*” in Handbook on the Economics of Copyright (Ed. Richard Watt), Edward Elgar, UK 2014, p. 51-76 (*Dichotomy*).
- Rousseau**, Jean-Jacques: Toplum Sözleşmesi (Çev. Vedat Günyol), XXXIII. Bası, Türkiye İş Bankası Yay., İstanbul 2006.
- Samuelson**, Palema: “*A Fresh Look at Tests for Nonliteral Copyright Infringement*”, Northwestern University School of Law, V. 107, No. 4/2013, p. 1821-1849.
- Sarı**, Onur: Marka Hakkı Edinme Süreci, Seçkin, Ankara 2020.
- Schankerman**, Mark: “*Improving Patent Incentives and Enforcement*”, JIPLP, 2009, V. 4, No. 11, p. 799.
- Schovsbo**, Jens: Copyright and Design Law: What is Left after All And Cofemel? - Or: Design Law in a ‘Double Whammy’, 6 February 2020 - https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3519156 (erişim; 21.2.2025).
- Schumpeter**, Joseph A.: Capitalism, Socialism and Democracy, Routledge, London / New York 2003.
- Semiz**, Özgür: “*Geleneksel Bilgi, Folklor ve Fikri Mülkiyet Hukuku: Yerel Kollektif Bilginin Hukuki Korunması*”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013 (Ed. Tekin Memiş), Yetkin, Ankara 2015, s. 377-402.
- Senftleben**, Martin: “*Signs Eligible for Trademark Protection in the European Union Dysfunctional Incentives and a Functionality Dilemma*”, In Irene Calboli / Jane C. Ginsburg (Eds.), The Cambridge Handbook on International and Comparative Trademark, Cambridge University Press 2020, p. 209-225 (*Functionality Dilemma*).
- Senftleben**, Martin: “*Vigeland and the Status of Cultural Concerns in Trade Mark Law - The EFTA Court Develops More Effective Tools for the Preservation of the Public Domain*”, IIC (2017) 48:683-720 (*EFTA Court*).
- Senftleben**, Martin: “*Public Domain Preservation in EU Trademark Law - A Model For Other Regions?*”, The Trademark Reporter, 103(4), 2013, p. 775-827 (*Public Domain*).
- Senftleben**, Martin: “*Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? - WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law*”, IIC, V. 37, No. 4/2006, p. 407-438 (*Three-Step Test*).
- Sevindik**, Abdullah Talha: SMK Kapsamında İlaç Markaları, Seçkin, Ankara 2024.
- Sganga**, Caterina: “*A New Era for EU Copyright Exceptions and Limitations?*”, ERA Forum (2020) 21:311-339.

- Shavell, Steven / Van Ypersele, Tanguy:** "Rewards Versus Intellectual Property Rights", Journal of Law and Economics, V. 44, No. 2 (October 2001), p. 525-547.
- Shen, Chung-Lun / Lee, Lyh-An:** "Review of Granted Compulsory Licences" in Compulsory Licensing (Eds. Reto M. Hilty/Kung-Chung Liu), Springer Heidelberg 2015, p. 291-308.
- Snijders, Thom / van Deursen, Stijn:** "The Road Not Taken - The CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework - A Case Note on the Pelham, Spiegel Online and Funke Medien Decisions", IIC (2019) 50:1176-1190.
- Soucek, Brian:** "Aesthetic Judgment in Law", Alabama Law Review, V. 69, No. 2/2017, p. 381-467.
- Soykan, Ömer Naci:** "Sözdizim ile Anlambilim Arasındaki Bağlantıya Türkçe Açısından Bir Bakış", Kaygı, V. 20, 2013, s. 139-152.
- Stamatoudi, Irini / Torremans, Paul (Eds.),** EU Copyright Law, 2 Ed, Edward Elgar 2021.
- Straus Joseph:** "Implications of the TRIPs Agreement in the Field of Patent Law" in Friedrich-Karl Beier and Gerhard Schricker (eds.), From GATT to TRIPS - The Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights, CCH Publishers Inc. 1996, p. 60-215.
- Stringham E Emerson,** "Strong and Weak Trade-Marks", J. PAT. OFF. Soc'y, V. 13, No. 10/1931, p. 519-520.
- Sulu, Muhammed:** Ticari Sırların Korunması, 3. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2020.
- Suluk, Cahit:** Fikri Mülkiyet Yazıları I - Mütalaalarım (2001-2020), Seçkin, Ankara 2021 (Mütalaalarım).
- Suluk, Cahit:** Çalışan Buluşları Hukuku, 2. Bası, Seçkin, Ankara 2020 (Çalışan Buluşları).
- Suluk, Cahit:** Tasarım Hukuku, Seçkin, Ankara 2003 (Tasarım).
- Suluk, Cahit:** Yedek Parça Tasarım Hakkının Korunması, Yargı, Ankara 2001 (Yedek Parça).
- Suluk, Cahit:** "Dijitalleşmenin ve Özellikle Yapay Zekanın Çıkardığı Telif Sorunları ve Çare Arayışları", YBHD, S. 2/2025 (Yayımlanacak) (Dijitalleşme ve Yapay Zeka).
- Suluk, Cahit:** "Telif Hukukunda Mimari Proje ve Mimarlık Eserinde Korumanın Farkı", TFM, C. 10, S. 2/2024, s. 317-326 (Korumanın Farkı).
- Suluk, Cahit:** "A Comparative Law Perspective of the Protection of Unregistered Industrial Products under Turkish Unfair Competition Law", IIC, V. 43, No. 7/2012, s. 825-846 (Unfair Competition).
- Suluk, Cahit:** "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması", MÜHF-HAD, C. 18, No. 2/2012, 157-174 (Tescilsiz Ürünler).
- Suluk, Cahit / Karasu, Rauf/ Nal, Temel:** Fikri Mülkiyet Hukuku, 8. Bası, Seçkin Ankara 2024.
- Suluk, Cahit / Orhan, Ali:** Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. III: Tasarımlar, Seçkin, Ankara 2008 (Suluk/Orhan, C. III).
- Suluk, Cahit / Orhan, Ali:** Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. II: Fikir ve Sanat Eserleri, Arıkan, İstanbul 2005 (Suluk/Orhan, C. II).
- Suluk, Cahit / Yarah, Elif Remle / Akardere, Merve / Kopar, Tuba:** Haberin Telifi - Rapor, AA, Ankara 2023.
- Suthersanen, Uma:** "Excluding Designs (and Shape Marks): Where is the EU Court of Justice Going?", IIC (2019) 50:157-160.
- Şahin, Onur:** "Yapay Zeka ile Oluşturulan Müzik Eserlerinde Hak Sahipliklerinin Sahibinin Hususiyeti Kıtası ile Değerlendirilmesi", Fikri Mülkiyet Yıllığı 2023 (Ed. Tekin Memiş), Yetkin, Ankara 2024, s. 171-206.

- Şatır**, Seçil: “Yasalar Karşısında Tasarımın Özgünlüğü”, Tasarımda Evrenselleşme - 2. Ulusal Tasarım Kongresi Bildiri Kitabı, İTÜ Mimarlık Fakültesi Endüstri Ürünleri Tasarımı Bölüm, 13-16 Mart 1996 İstanbul, s. 37-44.
- Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal: Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, BTHAE, Ankara 2014 (*Haksız Rekabet*).
- Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal: “İltibastan Kötüniyetli Tescile Paskalya Tavşanlarının Hikayesi”, BATİDER, C. XXVII, S. 3/2011, s. 65-108 (*Paskalya Tavşanlarının Hikayesi*).
- Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal: “Patent Sisteminin İşlevleri ve Bu İşlevlerin Etkinliğini Sağlayan Yasal Düzenlemeler”, BATİDER, C. XXIII, S. 3/2006, s. 103-154 (*Patent Sistemi*).
- Şenocak** Kemal: “Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal veya Hizmetlere İlişkin Korunması”, BATİDER, C. XXV, S. 2/2009, s. 133-207.
- Tekin**, Ufuk: “Avrupa Parlamentosu’nun ve Konseyi’nin Dijital Tek Pazarda Telif Haklarına ve Bağlantılı Haklara İlişkin 2019/790 Sayılı Direktifi Hakkında Bazı Değerlendirmeler,” Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 19, S. 1/2020, s. 199-224 (*Dijital Tek Pazar*).
- Tekin**, Ufuk: “Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ağı’nın (ABFMA) Bazı Üç Boyutlu Markalara (Şekil Markaları) İlişkin Nisan 2020 Tarihli Ortak Uygulama Metni (CP 9) Hakkında”, İnÜHFD C. 11, S. 2/2020, s. 455-467 (*Üç Boyutlu Marka*).
- Tekinalp**, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat, İstanbul 2012 (*Fikri Mülkiyet*).
- Tekinalp**, Ünal: “Derleme Eser, Düşünce Yaratıcılığı ve Bunun ‘Hususiyet’ Üzerindeki Etkisi”, FMR, C. 5, S. 1/2005, s. 69-76 (*Düşünce Yaratıcılığı*).
- Tekinalp**, Ünal: “İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, MÜHF, İstanbul 1999, s. 589-597 (*İtibar Tazminatı*).
- Toplu Ünlü**, Selma / **Karakulak Atılğan**, Özge: “İlaç Markalarında Mülkiyeti Haiz Olmayan İsim (INN) ve Karıştırılma İhtimali Tespitinde Dikkate Alınacak Faktörlere İlişkin Değerlendirme”, Legal FSHD, C. 6, S. 24/2010, s. 839-865.
- Tüccarçade İbrahim Hilmi**: Maarifimiz ve Servet-i İlmiyyemiz (Ter. Melek Dosay Gökdoğan), Kültür Bakanlığı Yay., Ankara 2000.
- Türk Patent ve Marka Kurumu**: Marka İnceleme Kılavuzu, 2021. (*Marka İnceleme Kılavuzu*).
- Türk Patent ve Marka Kurumu**: Tasarım İnceleme Kılavuzu, 2025 (*Tasarım İnceleme Kılavuzu*).
- Tüzgen**, Abdurrahman Hamza: Tescilsiz Tasarımların Hukuken Korunması, Oniki Levha, İstanbul 2023.
- Ueno**, Tatsuhiro: “The Flexible Copyright Exception for ‘Non-Enjoyment’ Purposes - Recent Amendment in Japan and Its Implication”, GRUR International, 70(2), 2021, 145-152.
- UN/UNCTAD/WIPO**: The Role of the Patent System in the Transfer of Technology to Developing Countries, UN, New York 1975.
- Uslu**, Recep: “Müzik Terimlerindeki Karmaşanın Akademik Çalışmalara Yansıması: Orijinal, Nazire, Çeşitleme, Varyant, Aranjman, Cover, İcra”, İDİL, C. 1, No. 2/2012, s. 144-165.
- Uzunallı**, Sevilay: Marka Hukuku, 2. bası, Ankara, Adalet, 2021 (*Marka*).
- Uzunallı (Eroğlu)**, Sevilay: “Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”, DEÜHFD, C. 5, S. 1/2003, s. 95-166 (*Soyut Renk*).
- van Gompel**, Stef: “Patent Abolition: A Real-Life Historical Case Study”, American University International Law Review, V. 34, No. 4/2019, p. 877-922.
- Varolgüneş**, Şüheda: Üç Boyutlu Markalar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2025.

- VerSteeg**, Russ: *"The Roman Law Roots of Copyright"*, 59 Md. L. Rev. 522 (2000), p. 522-552.
- Wallerstein**, Mitchel B. / **Mogee**, Mary Ellen / **Schoen**, Roberta A.: *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*, National Academy Press, Washington, D.C. 1993.
- Wang**, Jia: *"Reconstructing the Copyright Idea/Expression Dichotomy for Video Games"*, Queen Mary Journal of Intellectual Property, V. 14, No. 3, p. 248-266.
- Weiner**, Steven / **Azzopardi**, Frank: *"Trade Mark Issues in the Financial Services Industry"* in *Trademark at the Limit* (Ed. Jeremy Phillips), Edward Elgar, UK 2006, p. 173-197.
- Welfens**, P. / **Addison**, J. / **Audretsch**, D. / **Gries**, T. / **Grupp**, H.: *Globalization, Economic Growth and Innovation Dynamics*, Springer, Berlin 1999.
- WIPO**: WIPO Model Law for Developing Countries on Inventions, V. I: Patents, Geneva 1979 - http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_840_vol_i.pdf (Erişim; 28.8.2018).
- Wilkof**, Neil: *"Strong" Trade Marks, 'Strong' Brands: What do We Mean?"* JIPLP, V. 13, No. 5/2018, 341-342.
- Yann**, Basire / **Darnand**, Pauline: *"Likelihood of Confusion and Marks with Weak Distinctive Character"*, JIPLP, V. 12, No. 9/2017, p. 723-724.
- Yasaman** Hamdi / **Yasaman Kökçü** Zeynep: *"Kullanım Yoluyla Ayırt Edicilik Kazanan veya Kaybeden Markaların Koruma Kapsamı"*, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014 (Ed. Tekin Memiş), Yetkin 2016, s. 393-412.
- Yasaman**, Hamdi / **Ayoğlu**, Tolga / **Yusuoğlu Bilgin**, Fülürya / **Memiş Kartal**, Pınar / **Yüksel**, Sinan H. / **Yasaman**, Zeynep: *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, C. I-III, Seçkin, Ankara 2021 (Şerh).
- Yasaman**, Hamdi / **Ayoğlu**, Tolga / **Yusuoğlu Bilgin**, Fülürya / **Yüksel**, Sinan H.: *Marka Hukuku – 556 Sayılı KHK Şerhi*, C. I, Vedat, İstanbul 2004 (556 Sayılı KHK Şerhi).
- Yavuz**, Levent / **Alıca**, Turkan / **Merdivan**, Fethi: *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. I-II, Seçkin, Ankara 2013.
- Yayla**, Yavuz: *"Fikri Mülkiyet Hakları ve Mülkiyete İlişkin Teorik Yaklaşımlar"*, *Fiscaeconomia*, C. 4, S. 2/2020, s. 287-310.
- Yıldız**, Burçak: *"Yargıtay Kararları Işığında Coğrafi Markalar"*, *İNÜHFD*, (2018) 9 (2) 125-156 (Yıldız, B.).
- Yıldız**, Ozan Ali: *"Markanın İtibar Kaybetmesine Dayalı Tazminat Talebi"*, *Fikri Mülkiyet Hukuku Fasikülleri I: Fikri ve Sinai Hakların Korunması*, Oniki Levha, İstanbul 2025, s. 109-143 (Yıldız, O.A., İtibar).
- Yıldız**, Ozan Ali: *"Telif Hukuku ve Marka Hukuku Çerçevesinde Reklam Sloganları"*, *Fikri Mülkiyet Yıllığı 2023* (Ed. Tekin Memiş), Yetkin, Ankara 2024, s. 207-255 (Yıldız, O.A., Reklam Sloganları).
- Yılmaztekin**, Hasan Kadir: *Yapay Zekânın Eser Sahipliği*, Adalet, Ankara 2021.
- Yoon**, Kwonsun: *"Evolution of the Concept of 'Creativity' in German Copyright Law"*, *The Journal of Intellectual Property*, V. 13, No. 4/2018, p. 166-213 (DeepL Pro tercümesi).
- Yusufoğlu**, Fülürya: *Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması*, Vedat, İstanbul 2014 (Sermaye).
- Yusufoğlu Bilgin**, Fülürya: *"İlim ve Edebiyat Eserlerinin Sinemaya Uyarlanmasında Esere Sadakat"*, *BATİDER*, C. XL, S. 3/2024, s. 575-605 (Esere Sadakat).
- Yusufoğlu**, Fülürya: *"Kullanma Niyeti Olmaksızın Markanın Kötüniyetli Olarak Tescili ve Hükümsüzlüğü"*, *Fikri Mülkiyet Yıllığı 2019* (Ed. Tekin Memiş), Yetkin, Ankara 2020, s. 345-377 (Markanın Kötü Niyetli Olarak Tescili).

Dizin

A

Açıklık ve Kesinlik, 88, 210
Adil Kullanım, 146
Akit (Açıklama) Teorisi, 41
Alameti Farika (Marka) Nizamnamesi, 30
Alenileşme, 104
Alternatiflerin Azlığı, 274
Amaca Uygun Olanın Üstünde, 85, 132
Amacın Üstünde Özellikler, 160, 199
Anlamsal, Görsel ve İşitsel Benzerlik, 247
Aranjman, 176
Arızî, 69
Armoni, 176
Art Alan Koruması, 58
Aşırı Koruma, 71, 129, 304, 322
Ayırt Edici Ad ve İşaretler, 95
Ayırt Edici Kuvvet, 224, 237, 241
Ayırt Edici Nitelik, 201, 321
Ayırt Ediciliği Güçlü, 54
Ayırt Ediciliği Zayıf, 54
Ayırt Edicilik, 64, 73, 204, 211, 215, 227, 262, 304, 326
Aynı Markalar, 243
Aynı/Benzer Fikri Ürünlerin Yoğunluk, 162

B

Bağımlı Patent, 283
Bağılantılı Haklar, 116, 169, 195, 196
Beden Dili, 171
Beklenen Hak, 101
Beklenmedik/Alışılmadık Etki, 223, 229
Benzer Markalar, 243
Bern Konvansiyonu, 30, 32, 33, 65, 77, 92, 100, 106, 108, 136, 150, 166, 175, 184
Biçimlendirme, 133, 139, 155, 227, 266
Biçimlendirme Alanı, 127, 153, 154, 156, 160, 161, 162, 163, 164, 192, 287, 307
Bilgilenmiş Kullanıcı, 272

Bilgisayar Programları, 100, 119, 124, 140, 170
Bilimsel, 175
Bilimsel Bilgi, 281
Bilimsel Eserler, 137, 139, 143, 172
Bilinen Teknik, 285, 298
Bilinir (Maruf), 65, 201, 214
Bireysel Çıkarlar, 46
Bireysel Katkı, 21, 164, 165, 173, 197, 277, 324
Bireysellik (individuality) Testi, 112
Bozukluk Para, 168
Buluş, 102, 279, 280, 282, 284, 296
Buluş Adımı, 281, 286, 300
Buluşu Teşvik, 41
Buluşun Nitelikleri, 282

C

Cezai Koruma, 82
Civil Law, 108, 112, 120, 150
Coğrafi İşaret, 34, 209, 210
Copyright Sistemi, 108, 111, 112

Ç

Çifte Buluş, 148
Çifte Yaratım, 148, 180
Çizim, 172

D

De Minimis Kuralı, 145
Dengeleme, 47, 66, 137, 318
Derinlik, 21, 24, 52, 54, 55, 56, 238, 242, 297, 306, 320, 324
Derleme, 106, 114
Dış İlişki, 192
Diğer Koruma Konuları, 198
Dijital Tek Pazar, 77
Dil ve Yazıyla İfade Edilen Eserler, 169
Doğrudan Tanımlayıcı, 218

Doğuştan Zayıf, 237
 Dolaylı Karışıklık, 254
 Dolaylı Tanımlayıcı, 218
 Dolaylı Tecavüz, 58, 295
 Droit D’auteur Sistemi, 111
 DTÖ/TRIPS, 30, 33, 34, 35
 Düalist Teori, 42
 Düşünce Yaratıcılığı, 107
 Düzey, 131

E

Editio Princeps, 194
 Ekonomik İmtiyazlar, 28, 29
 Ekonomik Kalkınma, 41
 Ekonomik Tekelleşme, 286, 295
 El Dorado Etkisi, 211
 El İşleri, 184
 Emek, 81, 109, 120, 134, 196, 284
 Emek İlkesi, 81
 Emek, Beceri ve Çaba/Muhakeme, 109
 Encümeni Danış Nizamnamesi, 29
 Entegre Devre, 95
 Esas (Subjektif) Şart, 100
 Eser, 67, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 110, 112, 116, 123, 127, 130, 133, 160, 163, 172, 177, 179, 187, 199, 325
 Eser Adları, 143
 Eser Kategorisi, 167
 Eser Parçaları, 143
 Eser Sahipliği, 43, 108, 112, 118, 133
 Eserde Değişiklik Yapmayı Önleme, 67
 Esere Yakınlaşma Mesafesi, 118
 Eserin Başka Bir Kategorideki Esere Dönüştürülmesi, 56
 Esinlenme, 56
 Espiyonaj, 98
 Estetik, 177, 273
 Estetik Değer, 160, 173, 178, 179
 Estetik Fazlalık, 160, 184
 Estetik Fonksiyonellik, 157, 228
 Estetik ve Jenerik Fonksiyonellik, 160
 Estetik ve Sanatsal Vasıf, 80
 Eşdeğer (Patent), 58, 295

Eşdeğer Parça, 275
 Eşiği Aşma, 156, 292
 Eşya Hukuku, 24, 60, 104, 152
 Eşya Mülkiyeti, 42, 60
 Eşyanın/İşin Tabiatı, 19, 20, 62, 76, 85, 152, 222, 299, 320
 Etki Analizi, 313
 Evergreening Stratejileri, 64, 69, 289, 290, 291, 323

F

Faaliyet Serbestisi, 309
 Fair Dealing, 150
 Fair Use, 150
 Farklı Hukuk Formları, 60, 61, 320, 325
 Faydalı Model, 95
 Felsefe, 42, 45, 46, 76, 77, 111, 136, 154, 157, 178, 320
 Fiili Gerçek, 252, 260
 Fikir, 134, 135, 136, 139, 143, 176, 303
 Fikir ve Düşünce Özgürlüğü, 136
 Fikir ve İfade, 134
 Fikir ve İlkeler, 125
 Fikirlerin İfade Ediliş Şekilleri, 138, 141
 Fikri Mülkiyet - Haksız Rekabet Kümülasyonu, 82
 Fikri Mülkiyet Korumasının İşlevleri, 35
 Fikri Mülkiyet Sistemi, 23, 35, 46, 66, 79
 Fikri Mülkiyet Teorileri, 39
 Fikri Ürün, 24, 25, 60, 64, 70, 83, 99, 126, 141, 152, 155, 321
 Fikri Ürün Çeşidi, 165
 Fikri Ürün Geliştirme, 60
 Fikri Yaratıcılık, 62, 63, 64, 99, 106, 108, 109, 113, 115, 118, 119, 121, 123, 124, 127, 129, 132, 133, 134, 138, 152, 160, 161, 174, 197, 296, 301, 304, 321, 324, 325
 Fikrin İfade Biçimi, 78, 130, 135, 136, 141, 160, 161
 File-Wrapper Estoppel Doctrine, 291
 Filtreleme, 127
 Folklor, 168, 177, 197
 Fonksiyonel, 50, 154, 158, 183, 267, 326
 Fonksiyonellik, 125, 156, 157, 227, 303

Formların Çeşitliliği, 269
 Fotografik Eserler, 184
 Fotoğraf, 77, 86, 87, 108, 119, 124, 172, 174, 175
 FRAND, 286
 Fransız İhtilali, 42

G

Gai/Amaçsal Yorum, 305
 Geleneksel Markalar, 224
 Geleneksel Olmayan Markalar, 224, 225
 Geleneksel Ürün Adı, 210
 Genel İzlenim/Genel Görünüm, 55, 114, 150, 168, 247, 251, 265, 267, 278, 301, 307, 311
 Genel Kabul, 254, 255
 Genel Menfaat, 90, 206, 318
 Genelin/Olağanın Üstünde, 85, 132, 161, 199
 Genişlik, 21, 24, 52, 54, 55, 56, 57, 238, 297, 306, 320, 324
 Gerçek Hak Sahipliği, 40, 47, 201, 202
 Gizli Bilgi, 41
 Görsel Zorunluluk, 275
 Görünüm, 63, 265, 269, 271, 320
 Güzel Sanat Eserleri, 177, 193

H

Haber, 86, 136, 145, 160, 166, 169
 Hakim (Ortodoks) Yaklaşım, 37
 Haksız Rekabet, 72, 73, 80, 81, 82, 83, 84, 89, 97, 144, 175, 183, 198
 Harita, 172, 173
 Hatıra, 198, 199
 Hayali/Uydurma, 217
 Hukuk Güvenliği, 52, 84, 102, 294, 295
 Hukuk İşçiliği, 307, 311, 325
 Hukuk Politikaları, 44, 51, 76, 90, 92
 Hukuki Bariyer, 162
 Hukuki Faraziye, 252, 260
 Hukuki Rejim, 24, 25, 43, 66, 75, 104, 150, 151, 167, 191, 253, 304, 320, 321
 Hukuki Tekel, 295
 Hususiyet.Bakın Fikri Yaratıcılık

I

İstisna ve Sınırlamalar, 45, 51, 53, 68, 92, 150, 318
 İstisnai, 46, 54, 64, 128, 143, 238, 323
 İş Fikri, 135
 İşaret, 203, 217, 219
 İşaretin Tabiatı, 64, 215, 217, 221, 222, 224, 234, 235, 237, 238, 239, 243, 299
 İşin Erbabı, 287, 298
 İşin Tabiatı, 20, 127, 222, 299, 300, 320
 İşleme, 56, 114, 189, 190, 191, 194
 İşletme Adı, 95
 İşlev Değişimi, 69
 İzinsiz İşlem, 193

J

Jenerik, 219
 Jenerik Fonksiyonellik, 157, 158, 228
 Jenerikleşme, 95, 237, 238, 239, 243

K

Kamu Malı, 46, 48, 49, 50, 52, 69, 136, 318, 322
 Kamu Yararı/Menfaati, 19, 40, 169, 291, 305, 317
 Kamuya Arz, 148
 Kapitülasyonlar, 29
 Karıştırılma İhtimali, 215, 245, 246, 252, 260, 262
 Karine, 100, 114, 149, 150, 202
 Kategori, 54, 55, 56, 62, 100, 101, 119, 128, 142, 153, 157, 167, 168, 192, 193, 214, 298, 326
 Kazuistik Yöntem, 51
 Keşif, 279
 Kısa Süreli Tespit, 146
 Kişilik Koruması, 198
 Kişisel Dokunuş, 115
 Know-How, 96, 97, 98, 295
 Kompozit Markalar, 226
 Koruma Derinliği, 54, 57
 Koruma Eşiği, 20, 22, 50, 52, 53, 60, 108, 115, 117, 118, 123, 156, 162, 168, 173, 184,

187, 196, 203, 267, 276, 285, 287, 292, 294, 295, 297, 298, 300, 301, 303, 305, 324
 Koruma Kuvveti, 21, 22, 31, 50, 52, 53, 164, 205, 245, 249, 253, 277, 293, 300, 324
 Koruma Süresi Sonrası Doktrini, 75
 Kötüye Kullanma, 28, 76, 85, 309, 322, 323
 Kraliçe Anne Kanunu, 28
 Kullanım Yoluyla Ayırt Edicilik, 208, 219, 238
 Kuvvetli Marka, 214, 215, 220, 261, 297
 Kuvvetli Patent, 281, 288, 293, 295, 326
 Külliyyat, 195
 Kümülatif Koruma, 63, 66, 67, 68, 69, 76, 77, 79, 83, 85, 128, 184, 321, 322, 323

L

Letters Patent, 26
 Lozan, 29
 Lozan Anlaşması, 29, 30

M

Magna Carta, 27
 Maket, 172
 Makul Gözlemci, 155, 272
 Mal/Hizmet, 54, 205, 207, 216, 217, 222, 243, 253
 Mala Asli Değerini Veren Şekil, 222, 229, 230
 Malın Doğası Gereği Ortaya Çıkan Şekil, 229, 230
 Mali Haklar, 42
 Manevi Haklar, 42, 111
 Marka Suçları, 82
 Marka Türleri, 223
 Markada Vasıflandırma, 213
 Markanın Ayırt Edici Kuvveti, 243, 256
 Markanın Sulandırılması, 254
 Matbaa İmtiyazları, 25
 Mealen Alıntı, 137
 Mektup, 198, 199
 Melodi, 176
 Menfaatler Dengesi, 49, 53, 71, 76, 84, 90, 190, 227, 295, 323
 Merger Doctrine, 126, 127, 159

Meslek Birlikleri, 315
 Metot, 136, 143
 Mimari Eserler, 182
 Mimari Plan ve Projeler, 182
 Mimarlık Eseri, 182
 Monist Teori, 42, 111
 Mutlak Yenilik, 147
 Mührünü Vurma, 115, 121
 Mülkiyet Teorisi, 39, 42
 Müstakil Eser, 190, 191, 193

N

Nedensellik Prensibi, 269, 270, 271, 272
 Nispi İstiklâl, 112, 129, 131
 Non-Enjoyment Kuralını, 151
 Normal Marka, 215, 220
 Numerus Clausus, 96, 101

O

Objektifleştirme, 100, 101, 104, 127, 283
 Olay, 169
 Orijinal, 106, 107, 119
 Orijinallik, 64, 94, 105, 106, 107, 108, 115, 121, 125, 129, 144, 147, 198
 Ortak Eser, 193
 Ortak Miras, 113
 Ortak Pazar, 77
 Ortodoksi Yaklaşım, 38, 47, 73, 88, 323

Ö

Ödüllendirme, 35, 36, 37, 41, 48
 Ön Alan Koruması, 58
 Ön Kullanım Hakkı, 97
 Örümcek Ağı Teorisi, 302, 326
 Özdeşleşme, 210
 Özgün, 63, 64, 85, 106, 116, 117, 149, 196, 197, 198, 304, 305
 Özgür ve Yaratıcı Seçimleri, 63, 124, 133, 152, 165
 Öznel Katkılar, 20, 21, 44, 48, 62, 85, 130, 287, 302, 310, 326

P

Paris Konvansiyonu, 32, 33, 65, 93
 Parodi, 89
 Patent, 27, 30, 57, 67, 88, 326
 Patent Abolitionism, 31
 Patent Çalışısı, 289, 290
 Patent Etkisi, 75
 Patent Kanunu, 30, 31, 32, 47
 Patent Karşısı Görüşler, 42
 Patent Koruması, 31
 Patent Sistemi, 31, 42, 279, 289, 290, 295, 300, 304
 Patent'in Sağladığı Korumanın Kapsamı, 58
 Pazarlık, 42, 45, 46, 50, 66, 75, 318, 322
 Piyasa Davranış Hukuku, 84, 97
 Polaroid Faktörleri, 256
 Porteler, 198
 Prima Facie (Görünüşte Kanıt), 180
 Puslu, 52, 141, 232, 301

R

Regülasyon, 162, 276, 286, 326
 Rekabet Geciktirilmesi, 68, 69
 Rekabet Hukuku, 22, 39, 89, 145, 304, 305
 Reklam Konseptleri, 140
 Resim, 198
 Ritim, 176

S

Sanatsal Özellik, 175, 177, 178
 Sanatsal Yaratıcılık, 60
 Sanayi Devrimi, 24, 28, 33, 317
 Sce`Nes A` Faire Doctrine, 126, 127, 159
 Seçenek Özgürlüğü, 266, 267, 268, 269
 Sektörün Norm ve Gelenekleri, 85, 154, 207, 212, 223, 225, 241
 Serbest Biçimlendirme Alanı, 132, 165
 Serbest Piyasa, 19, 38, 90
 Serbest Rekabet, 19, 23, 31, 37, 38, 41, 76, 89, 309, 317, 318, 319
 Serbest ve Yaratıcı Tercihler, 127, 184
 Seri Marka, 237, 239, 242, 310

Sınırlarının Belirlenmesi, 89, 94
 Sıra Dışı/Özgün Şekil, 227
 Sıradan, 85, 131
 Sıralı Koruma, 73, 88, 323
 Sinema Eserleri, 56, 185
 Sistemi Kötüye Kullanma, 73, 292
 Somut Ayırt Edicilik, 205
 Sosyal İmtiyazlar, 28
 Soyut Ayırt Edicilik, 204, 206
 Soyut Yöntem, 51
 Sözsüz Sahne Eserleri, 171
 SPC Koruması, 97
 Spor Müsabakaları, 171
 Standarda Esas Patentler (SEP'ler), 286
 Sui Generis Veri Tabanı, 96, 119, 147, 301
 Sui Generis Veri Tabanları, 120
 Sübjektif Yenilik, 147

Ş

Şahsiyet Hakları Teorisi, 42
 Şekil ve İçerik, 141, 142
 Şekli Şart, 100

T

Tabii Hukuk, 26, 39, 42
 Tabii/Doğal Haklar Teorisi, 40
 Tam Kümülatif Koruma, 46, 68, 70, 77, 79, 250
 Tamamlanmamış Eserler, 143
 Tanımlayıcı, 218
 Tanınmış Marka, 216, 220, 221, 235, 236, 239, 260
 Tarifname, 187
 Tasarımın Esası, 266
 Tasarımları Eser Olarak Koruma, 72
 Tek Faktör, 271
 Teknik Bilgi, 281
 Teknik Fonksiyon, 78, 88, 126, 154, 159, 227, 267, 269, 271, 272, 273, 277, 279
 Teknik Fonksiyonellik, 157, 228, 303
 Teknik İlerleme, 280, 283
 Teknik Problem, 57, 279
 Teknik Problemin Doğası, 326

Teknik Zorunluluk, 153, 174, 274
Teknoloji Transferi, 26, 33, 38
Teknolojik Yaratıcılık, 60
Telif, 55, 66, 86
Telif İmtiyazı, 30
Telif Nizamnamesi, 29
Telif Temizliği, 309
Tercüme Odası, 52
Tersine Mühendislik, 125
Tescilsiz Tasarımlar, 80, 86, 98
Tespit, 102, 103, 104
Teşebbüs, 46, 201, 204, 218, 244
Teşvik, 21, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 47, 108, 166, 317, 318, 319, 327
Ticaret İmtiyazı, 28
Ticari Başarı, 296
Ticari Sır, 67, 72, 96, 98, 295
Toplu Hak Takibi, 315
Topluma Bağlı Haklar, 25
Toplumsal Anlaşma, 67
TRIPS, 34, 39, 41, 65, 93, 106, 108, 136, 150, 152, 175, 309, 319
Tüm Faktörler (All Factors), 94, 203, 216, 226, 236, 241, 247, 252, 256, 257
TV Program Formatları, 140, 187, 189

U

Ufaklık Para, 155
Uygulamalı Sanat Eserleri, 77, 78, 108, 128, 183
Uygun Bedel (Remuneration), 150
Uzman, 113, 155

Ü

Üç Adım Testi, 92
Üç Boyutlu Marka, 73, 75, 212, 250, 274, 322
Ülkesellik İlkesi, 65

Ürün Tipolojisi, 19, 21, 152, 154, 156, 235, 240, 267, 268, 279, 284, 299, 300, 302, 308, 324
Ürün Tipolojisi Etkisi, 162
Üslup, 130, 132

V

Varyasyon, 176
Veri Tabanları, 115, 119, 124, 301

W

WCT, 108, 136, 150, 175, 309
WIPO, 33, 35

Y

Yabancılaştırma, 20, 152, 156, 222, 300, 320
Yakınlaşma, 234, 241, 242, 293, 298
Yapay Zekâ, 34, 93, 94, 151, 163, 164, 166
Yaratıcı Yıkım, 27
Yatırım, 45, 194, 196, 221, 222, 233, 243, 262, 304, 321, 326
Yayımlama, 104
Yazar İmtiyazı, 26
Yeni Bitki Çeşidi, 95
Yenilik ve Ayırt Edici Nitelik, 266
Yer İsimleri, 209
Yöntem, 136, 303
Yöntemler, 136, 177

Z

Zayıf Marka, 210, 214, 215, 221, 234, 250, 261, 297
Zayıf Patent, 281, 288, 289, 290, 292, 294, 295, 326
Zorunlu Lisans, 65, 292, 306