



ISSN: 1303-6556

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

*Cumhuriyet'in 100. Yılı
Özel Sayısı*

Özel/2024

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
2024/Özel**

*Cumhuriyet'in 100. Yılı
Özel Sayısı*



Galatasaray Üniversitesi Yayın No : 107

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 85

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (Editör)

Prof. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN

Arş. Gör. Yunus Emre ERDÖLEN

Arş. Gör. Sıla ÖZTÜRKLER

Arş. Gör. Ömer Mert YILMAZ

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Olivier DÉCIMA (Université de Bordeaux, France)

Prof. Dr. Mariavaleria DEL TUFO (Università Suor Benincasa, Italy)

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üni.)

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL (Kadir Has Üni.)

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU (Okan Üni.)

Prof. Dr. Tarsis Barreto OLIVEIRA (Université Fédérale de Tocantins et à l'Université d'État de Tocantins, Brésil)

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üni.)

Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Rıdvan AKIN

Prof. Dr. Eylem AKSOY RETORNAZ

Prof. Dr. Sıtkı Anlam ALTAY

Prof. Dr. Tolga AYOĞLU

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU

Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ

Prof. Dr. Oktay UYGUN

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

Prof. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN

Doç. Dr. Ülker YÜKSELBABA

Dr. Zeynep YASAMAN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2024 yılının Aralık ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Yayın : SEÇKİN YAYINCILIK A.Ş. - Emre Kızmaz

Sertifika No: 45644

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: hukukfd@gsu.edu.tr

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli ulusal bir dergidir; Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazılar, **hukukfd@gsu.edu.tr** ve **dergigsu@gmail.com** e-posta adreslerine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin, yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
4. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dilleridir. Bu dillerin dışındaki eserlerin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa öz (abstract), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta gösterilmelidir.
5. Dergiye gönderilen yazılar, özet ve kaynakça hariç, dipnotlar dahil olmak üzere en fazla 15000 kelime olmalıdır.
6. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfler başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır.
7. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazara iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca en az iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.

9. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
10. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
- I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF**
- A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**
- 1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**
- a. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük
- aa. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük
11. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
12. Kaynakçada gösterim: Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfabetik olarak sıralanır. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlene yapılabilir.
- a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayınevi, yayın yeri, yayın yılı. (normal)
- Örnek: TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2013.
- Örnek: İNCEOĞLU Sibel (Editör), ..., ...
- Çeviri kitaplar için:
- SARTORI Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu / M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1996.
- İki yazarlı kitaplar için:
- TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2015.
- Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:
- ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, vd., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.
- b) Yüksek lisans ve doktora tezleri için:
- ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.
- c) Makale: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), "Makale başlığı" (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları. (Makalelerde, makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı belirtilir.)
- Örnek: ALTAY Sıtkı Anlam, "Problems Related to the Commencement Date of the Obligation to Use in the Action for Revocation due to the Non-use of a Trademark and Solution Proposals", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 77, S. 2, 2019, ss. 897-92.

Kitap içerisinde yer alan makaleler için:

EVİK Vesile Sonay, “Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçları İşlemek Maksadıyla Örgütlenme Suçu”, **Özel Ceza Hukuku**, C. I, Uluslararası Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 92-113.

- d) İnternet kaynakları: Tam adres ve son erişim tarihi belirtilmelidir. Big Data, Crime and Security, Parliamentary Office of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/POST-PN-470/POSTPN-470.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

13. Dipnotlarda: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

- a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece yazarın soyadı ile sayfa numarası gösterilir. İki yazarın bulunması durumunda her iki yazarın soyadı da kullanılır. İkidenden fazla yazar olması durumunda ilk yazarın soyadını “ve diğ./et al.” ifadesi takip eder. Eğer aynı yazarın birden fazla yayını kullanılmışsa, yazar soyadı, eserin yayın yılı ve sayfa numarası; aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa da basım yıllarının sonuna kaynakçadaki sıraya uygun olarak alfabetik bir karakter ilave edilir (2013a, 2013b...).

Örnek: KOÇ, s. 17.

- b) Karar: Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, karara ulaşılabilecek kaynak.

Y. 13. HD, E. 2016/5823, K. 2016/13745, 30.05.2016, YKD, C. 42, S. 10, 2016, ss. 2430-2431.

- c) İnternet: Kullanılan içeriğe uygun kısa atıf kuralına uygun hareket edilmelidir.

14. Dergimizin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi **1 Nisan**; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise **1 Ekim**'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

15. Bu Dergide yer alan yazılara yapılacak atıfların aşağıdaki şekilde olması önerilir:

Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), “Makale başlığı” (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları.

Örnek: KOÇ Sedef, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu”, **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

İçindekiler

• CUMHURİYET'İN 100. YILINDA MARKA HUKUKU SEMPOZYUMU

◦ *Bildiriler*

Bildiri

Prof. Dr. Sıtkı Anlam ALTAY7

MARKA ÜZERİNDE REHİN HAKKI VE ÖZEL YOLDAN PARAYA ÇEVİRMeye İLİŞKİN
DÜŞÜNCELER

REFLECTIONS ON PRIVATE ENFORCEMENT OF TRADEMARKS

Bildiri

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN.....19

CUMHURİYET DÖNEMİNDE MARKA HUKUKUNUN GELİŞİMİ

DEVELOPMENT OF TRADEMARK LAW IN THE REPUBLIC PERIOD

Bildiri

Dr. Sinan H. YÜKSEL27

MARKANIN KULLANILMASI ZORUNLULUĞU: GÜNCEL MESELELER

THE GENUINE USE REQUIREMENT: CURRENT ISSUES

◦ *Makaleler*

Araştırma Makalesi

Dr. Adem ASLAN.....47

MARKA HAKKINA TECAVÜZ DAVALARINDA MADDİ TAZMİNAT HESABI

COMPENSATORY DAMAGES IN TRADEMARK INFRINGEMENT CASES

Araştırma Makalesi

Prof. Dr. Tolga AYOĞLU87

SİNAİ MÜLKİYET KANUNU'NDA TÜKENMENİN COĞRAFİ SINIRI BAKIMINDAN
TERCİH EDİLEN SİSTEM ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

ASSESSMENT ON THE GEOGRAPHICAL BOUNDARIES OF EXHAUSTION PRINCIPLE
UNDER TURKISH INDUSTRIAL PROPERTY LAW

Araştırma Makalesi

Alper Yükselen BİKİRLİ101

MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇUNDA YARGITAY UYGULAMASI

THE COURT OF CASSATION PRACTICE IN TRADEMARK INFRINGEMENT

*Araştırma Makalesi***Döndü Deniz BİLİR123**ÖNCEKİ TARİHLİ HAKLARIN ETKİSİ, SMK 155. MADDESİ VE
YARGITAY UYGULAMALARITHE EFFECT OF PRIOR RIGHTS, ARTICLE 155 OF THE INDUSTRIAL PROPERTY LAW,
AND COURT OF CASSATION PRACTICES*Araştırma Makalesi***Dr. Orhan SEKMEN145**

MARKA, TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADI İHTİLAFLARIN'DA İLTİBAS

CONFUSIONS IN TRADEMARK, TRADE NAME AND BUSINESS NAME DISPUTES

*Araştırma Makalesi***Dr. Zeynep YASAMAN185**

MARKA HAKKININ İHLALİ

-İTERNET ÜZERİNDE GERÇEKLEŞEN KULLANIMLAR BAKIMINDAN-

INFRINGEMENT OF TRADEMARK RIGHTS

-USE ON THE INTERNET-

*Araştırma Makalesi***Prof. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN207**

HÜKÜMSÜZLÜK DAVALARINDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI

LOSS OF RIGHT DUE TO ACQUIESCENCE IN TRADEMARK INVALIDATION
PROCEEDINGS**• CUMHURİYET'İN 100. YILINDA TÜRKİYE'NİN ANAYASAL BİRİKİMİ***Araştırma Makalesi***Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU259**

YARGI BAĞIMSIZLIĞI BAKIMINDAN CUMHURİYETİMİZİN 100 YILI

100 YEARS OF OUR REPUBLIC IN TERMS OF JUDICIAL INDEPENDENCE

**• CELAL BAYAR'DAN SÜLEYMAN DEMİREL'E TÜRKİYE'DE
CUMHURBAŞKANLIĞI (1950-2000)***Araştırma Makalesi***Prof. Dr. Rıdvan AKIN309**

TÜRK SİYASİ TARİHİNDE BÜLENT ECEVİT VE KURDUĞU HÜKÜMETLER

BULENT ECEVIT AND THE GOVERNMENTS HE ESTABLISHED IN TURKISH
POLITICAL HISTORY

• **HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ AÇISINDAN
CUMHURİYET'İN 100. YILI**

Araştırma Makalesi

Arş. Gör. **Dolunay ÇÖREK AKYILDIZ**.....339

CUMHURİYET'İN YÜZÜNCÜ YILINDA TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ,
ŞİDDET VE İSTANBUL SÖZLEŞMESİ

*GENDER EQUALITY, VIOLENCE AND THE ISTANBUL CONVENTION IN THE
CENTENARY OF THE REPUBLIC*

Araştırma Makalesi

Doç. Dr. **Birden GÜNGÖREN BULGAN**.....357

İKİ CUMHURİYETİN DÖNÜŞÜMÜ ÜZERİNE BİR KARŞILAŞTIRMA:
ALMANYA VE TÜRKİYE

*A COMPARISON OF THE TRANSFORMATION OF TWO REPUBLICS:
GERMANY AND TURKEY*

Araştırma Makalesi

Prof. Dr. **Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN**

Arş. Gör. **Bengisu MERT**379

MECELLE-İ AHKAM-I ADLİYYE VE TÜRK MEDENİ KANUNU IŞIĞINDA
TOPLUMSAL DÖNÜŞÜM

*SOCIAL TRANSFORMATION IN THE LIGHT OF MECELLE-I AHKAM-I ADLIYYE AND
TURKISH CIVIL CODE*

**Cumhuriyet'in 100. Yılında
Marka Hukuku Sempozyumu**



Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

CUMHURİYETİN 100. YILINDA MARKA HUKUKU SEMPOZYUMU



AÇILIŞ KONUŞMALARİ: 10.00 - 10.20

•Prof. Dr. E. Murat Engin
GSÜ Hukuk Fakültesi Dekanı
"Açılış Konuşması"

•Prof. Dr. Hamdi Yasaman
GSÜ Hukuk Fakültesi Ticaret
Hukuku ABD. E. Öğretim Üyesi
"Cumhuriyet Döneminde Marka
Hukuku'nun Gelişimi"

28
NİSAN
Saat: 10.00

GALATASARAY
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Aydın Doğan Konferans Salonu
Ortaköy-İstanbul



BİRİNCİ OTURUM: 10.20 - 11.40

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Ünal Tekinalp
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku
ABD. E. Öğretim Üyesi

Dr. Zeynep Yasaman
Marka ve Patent Vekili
"Marka Hakkının İhlali"

Dr. Orhan Sekmen
Yargıtay II. Hukuk Dairesi Üyesi
"Marka, Unvan ve İşletme Adı İhtilaflarında İltibas"

Dr. Adem Aslan
Yargıtay II. Hukuk Dairesi Üyesi
"Marka İhlali Davalarında Maddi Tazminat Hesabı"

Soru - Cevap: 11.20 - 11.40

KAHVE ARASI: 11.40 - 12.00



ÜÇÜNCÜ OTURUM: 14.00 - 15.20

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku
ABD. Öğretim Üyesi

Döndü Deniz Bilir
Yargıtay II. Hukuk Dairesi Üyesi
"Önceki Tarihli Hakların Elkisi"

Prof. Dr. Fülürya Yusufoglu Bilgin
GSÜ Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi
"Marka Hukuku'nda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı"

Prof. Dr. S. Anlam Altay
GSÜ Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi
"Marka Hakkının Rehni ve Haczi ile İlgili Gelişmeler"

Soru - Cevap: 15.00 - 15.20

KAHVE ARASI: 15.20 - 15.40



İKİNCİ OTURUM: 12.00 - 13.00

Oturum Başkanı: Abdullah Yaman
Yargıtay II. Hukuk Dairesi Başkanı

Dr. Sinan H. Yüksel
GSÜ Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi
"Markanın Kullanılması Zorunluluğu- Güncel Meseleler"

Prof. Dr. Tolga Ayoğlu
GSÜ Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi
"Marka Hukuku'nda Tüketime"

Soru - Cevap: 12.40 - 13.00

ÖĞLE ARASI: 13.00 - 14.00



DÖRDÜNCÜ OTURUM: 15.40 - 16.40

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Hamdi Yasaman
GSÜ Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD. E. Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Pınar Memiş Kartal
GSÜ Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ABD. Öğretim Üyesi
"Markanın Cezai Hükümlerle Korunması"

Alper Yükselen Bikirli
Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi
"Markanın Cezai Hükümlerle Korunmasında Yargıtay Uygulaması"

Soru - Cevap: 16.20 - 16.40



KAPANIŞ: 16.45

Bildiriler

MARKA ÜZERİNDE REHİN HAKKI VE ÖZEL YOLDAN PARAYA ÇEVİRMeye İLİŞKİN DÜŞÜNCELER^(*)

Prof. Dr. Sıtkı Anlam ALTAY^(**)

Öz: Markanın icra yoluyla paraya çevrilmesi, gayrimaddi hak niteliği ve değerlemeye özgü zorluklar nedeniyle gecikmektedir ve sorun arz etmektedir. Borç ilişkisinin tarafları, temerrüt halinde markanın özel yoldan paraya çevrilmesini kararlaştırabilirler. Bu takdirde, markanın değerlemesi ve marka hakkının alıcıya geçişi başta olmak üzere çeşitli meseleler ortaya çıkmaktadır. Makalede bu konuların ne ölçüde sözleşmeyle çözüme kavuşturulabileceği üzerinde de durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Marka, İcra Hukuku, Paraya Çevirme, Özel Yoldan Paraya Çevirme.

^(*) Bildiri hakem denetiminden geçmemiştir.

Bildiri Gönderim Tarihi: 10.05.2024 - Bildiri Kabul Tarihi: 15.06.2024.

İlgili eser Türkçe olarak Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cumhuriyetin 100. Yılı Etkinlikleri kapsamında, 28.04.2024 tarihinde Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı tarafından düzenlenen “Cumhuriyet’in 100. Yılında Marka Hukuku Sempozyumu”nda yazar tarafından sunulan “Markanın Rehni ve Haczi, Ana Çizgiler, Temel Sorunlar” başlıklı bildirinin özel yoldan satışa özgü kesitini içermektedir.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: aaltay@gsu.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-0061-4729>.

REFLECTIONS ON PRIVATE ENFORCEMENT OF TRADEMARKS

Abstract: The foreclosure of a trademark through execution is delayed and problematic due to its intangible nature and the difficulties inherent in its valuation. The parties to the debt relationship may agree on the private enforcement of the trademark in case of default. In this case, various issues arise, particularly the valuation of the trademark and the transfer of the trademark right to the buyer. The article also focuses on the extent to which these issues can be resolved by contract.

Keywords: Trademark, Civil Execution Law, Enforcement, Private Enforcement.

I. SORUNUN BELİRLENMESİ

Sınai bir hak olarak marka hakkı ve onun konusunu oluşturan marka, önemli bir teminat aracına dönüşebilir. Ciddi bir potansiyeli olan ya da hali hazırda iyi bir değere erişmiş olan marka; alacaklı açısından bir teminat aracı olarak kabul edilebilir. Rehin borçlusunun asıl borcu ödememesi durumunda ise, markanın paraya çevrilmesi özellik arz eder. Bir tarafta; rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipte rehinli markanın paraya çevrilmesi, ticari işletme rehniinde markanın paraya çevrilmesi, diğer tarafta iflasta ve konkordatoda rehinli markanın akıbeti ve nihayet bu yollardan her birinde veya bu yollar dışında rehinli markanın özel yoldan paraya çevrilmesi, her biri kendine özgü hukuki sorunlar barındıran alanlardır. Bu çalışmada, rehinli markanın özel yoldan paraya çevrilmesine özgü sorunlar üzerinde durulacaktır.

Özel yoldan paraya çevirme, cebri icra yoluyla paraya çevirmenin yaratacağı ekonomik ve hukuki sakıncalar gözetilerek oluşturulan, istisnai bir paraya çevirme yöntemidir. Markanın rehnedilmesini gerektiren temel borç ilişkisi, irade özgürlüğü esasına göre taraflar arasında kurulur. Bu borç ilişkisinden kaynaklanan borçları güvence altına almak için yapılan teminat sözleşmesi, yani rehin sözleşmesi ise, Eşya Hukuku'nun sıkı koşullarına bağlı bir teminat sözleşmesidir. Şu kadar ki kişisel görüşümüzce, özel yoldan paraya çevirmenin koşulları Eşya Hukuku'nun temel ilkelerinde yer bulmadığı ve emredici hükümlerle düzenlenmediği için; bu ilkelere aykırı düşülmeksizin sözleşme özgürlüğünün sağladığı geniş olanaklarla yapılandırılabilir.

Kuşkusuz ki rehin ve özel olarak markanın rehni, taraf iradelerinin bir eseridir. Sözleşmenin türünü belirleme özgürlüğü kapsamında bu teminat, bir birel marka rehni sözleşmesi kapsamında oluşturulabileceği gibi (SMK m.148/2); bir ticari işletme rehni sözleşmesi (TİTRK m.5/2 5/1 bent (c)) kapsamında da tesis edilebilir. Marka rehnine ilişkin sözleşme geçerli bir biçimde kurulduktan sonra, asıl borcun yerine getirilmemesi, alacaklı tarafindan cebri icra yoluna başvurulması suretiyle markanın paraya çevrilmesine yol açacaktır. Bu hukuki süreç, İcra ve İflas Kanunu'nun belirlediği esaslar doğrultusunda, icra müdürü tarafından icra hukuk mahkemesinin gözetiminde yürütülen bir süreç niteliğindedir. Borçlu, sadece İcra ve İflas Hukuku'nun bahsettiği haklar ölçüsünde korunur ve bir kez borcunu ihlal ettiğinde, bu hukuki sürecin uygulanmasına, yasanın kendine bahsettiği hakları kullanmanın ötesinde engel olamaz.

Uygulamanın verileri dikkate alındığında genel bir bakış açısıyla, gerek hacizde gerek rehinde markanın paraya çevrilmesinin zaman aldığı ve markanın değerlemesinin tatminkâr bir biçimde gerçekleştirilememesine yol açtığı ileri sürülebilir. Oysa borcunu yerine getirmeyen borçlunun da, alacağını tahsil edemeyen alacaklının da menfaati, etkin ve işlevsel bir paraya çevirme sürecinin uygulanması ve markanın olabildiğince yüksek bir düzeyde değerlemeye tabi tutulmasıdır.¹ İşaret ettiğimiz üzere, rehnin paraya çevrilmesi süreci; kamu düzenine özgü hükümlerle örülmüş İcra ve İflas Hukuku hükümlerine göre, yine ağırlıklı olarak İcra ve İflas Hukuku kurumlarının belirlemeleriyle yürütülür. Borçlu sadece belirli ölçüler dahilinde korunur; alacaklının ise müdahale alanının sınırları belirlidir.

Cebri icra süreçlerinde marka değerlemesinin çoğunlukla piyasa değerine yakın bir değerden gerçekleştirilememesi, bir yandan bilirkişilerin marka değerlendirme alanındaki uzmanlıklarının diğer yandan da mahkemelere ve gerçekten uzman olan bilirkişilere sağlanan maddî olanakların sınırlarıyla açıklanabilir. Marka değerlemesi, ciddi bir piyasa araştırması gerektirir; çoğu zaman gereken araştırmayı yapmakta yetkin ve kararlı olan bilirkişilerin dahi verilere erişmek konusunda karşılaştığı sorunların işlevsel bir değerlemeye engel olduğu, bilinen bir gerçektir. Sınai haklarda rehnin paraya çevrilmesinde, görece bu alanda uzmanlaşmış icra hukuk mahkemelerinin oluşturulması ve görevlendirilmesi; mevcut sistemde tarafların karşılıklı anlaşmaları üzerine mahkemenin uzman marka değerlendirme kuruluşlarını bilirkişi olarak ataması ve fikri ve sınai hukuk alanlarında - tahkime elverişli kesitlerde- tahkim, birer çözüm yöntemi olarak değerlendirilebilir.

Uygulamada bu meseleye henüz temel borç ilişkisinin ve rehin sözleşmesinin kurulduğu aşamada çözüm aranmakta ve özel yoldan paraya çevirme yöntemi gerek banka kredileri hukukunda gerek münferit sınai hak rehinlerinde öne çıkmaktadır. Tamamen taraf iradesinin bir ürünü olan özel yoldan paraya çevirmede ya da özel yoldan satışta, alacaklının veya taraflarca yetkilendirilen bir üçüncü kişinin markayı bir alıcıya satması ve alacaklının alacağını tahsil etmesinden sonra bir bakiye kalırsa, bu bakiyenin borçluya ödenmesi söz konusudur. Alacaklı veya taraflarca bu konuda yetkilendirilen üçüncü kişi, markanın piyasa değerinden satılması konusunda borç-

¹ Bu yargı mutlak değildir. Alacaklının menfaati, pekala değerlemenin düşük yapılması ve alacaklının alacağına mahsuben markanın mülkiyetini olabildiğince hesaplı bir şekilde edinmesi biçiminde de ortaya çıkabilir.

luya, diğ er bir deyişle marka hakkı sahibine karşı vekil sıfatıyla sorumludur. Bu itibarla alacaklının veya özel yoldan paraya çevirmeye yetkili     nc  kişinin marka hakkı sahibine karşı aslı borçları;  zen ve sadakat yükümlülükleridir. Bu yükümlülükler esas itibariyle; markanın değerinin piyasa koşullarında belirlenmesi; markanın piyasa değeri veya piyasa değeri tutarında bir teklif geldiğinde en kısa sürede satılması,² marka bedelinin mümkünse peşinen tahsili ve satış masrafları çıktıktan sonra varsa bakiye bedelin borçluya  odenmesidir. Özel yoldan paraya çevirmenin etkin bir şekilde uygulanması, temerrüt gerçekleştiğinde alacaklının veya taraflarca yetkilendirilen bir     nc  kişinin borçlu tarafından herhangi bir engelle karşılaşmaksızın marka hakkını     nc  kişiye satması ve marka hakkının alıcı üzerine tescil edilmesini temin edebilmesine bağlıdır.

Bu bildiride, özel yoldan satışın    cephesi üzerinde durulacaktır. İlk cephe, özel yoldan satışa yönelik hazırlıklardır. İkinci olarak, değerin belirlenmesi ve batış bedelinin  odenmesi meselesi üzerinde durulacaktır. Son olarak ise, rehinli markanın özel yoldan satışında, marka sicilinde ve Rehinli Taşınır Sicili'nde (TİTRK m.9/1) sıfat sorunu incelenecektir.

II. ÖZEL YOLDAN SATIşA YÖNELİK HAZIRLIKLAR

A. Hazırlıkların Hukuk  İşlevi

Özel yoldan satışa yönelik hazırlıklar, amaca uygun bir satışın gerçekleştirilmesine zemin hazırlamalıdır. Bu yönüyle söz konusu hazırlıklar, alacaklının veya özel yoldan satış için görevlendirilen     nc  kişinin marka sahibine karşı yüklendiği  zen borcunun bir gereğidir. Gerçekten de özel yoldan satış hakkı, hak sahibine vekile özgü borçlar yükler. Madem ki çoğu zaman alacaklı, bazı durumlarda sözleşmeyle yetkilendirilen     nc  kişi; borçluya ait bir markayı     nc  kişilere satmak ve satış bedelinden satış masrafları çıktıktan sonra alacaklının alacağını karşılamak hakkına sahiptir ve oradan da bir bakiye kalırsa kalanı marka sahibine vermek şeklinde özetlenebilecek bir borç altına girmektedir; özel yoldan satışı yapmaya yetkili olan kişinin bu yetkisini  zen borcu dahilinde kullanması gerekir. Zira  zel yoldan satış; borçlunun kendiliğinden borcunu yerine getirmemesinin yaratığı eksikliği gidermekte ve klasik anlamda markanın cebr  icra yoluyla paraya çevrilmesinin önüne geçmektedir. Alacaklıya tanınan bu yetki, dürüst-

² Bu yükümlülük, borçlunun borcunun artmasını  nleme etkisini ilgilendirmektedir.

lük kuralına uygun kullanılmalıdır. Alacaklı, cebri icra yoluna başvurmak yerine son derece kestirme bir yöntemi kullanma ayrıcalığıyla donatılmaktadır.

Bu yetkinin keyfi bir biçimde kullanılmasının önlenmesine, bir yandan dürüstlük kuralının gereği olarak, diğer yandan da özel yoldan satışın yapısı nedeniyle ihtiyaç duyulmaktadır. Genel bir bakış açısıyla; borçlu açısından üç seçenekten söz edilebilir: Borcu zamanında ve gereği gibi ifa etmesi; rehinli markanın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi ve özel yoldan satış. Birinci seçenekte, borçlu kendi malvarlığının kendisine bahsettiği olanakları, kendi iradesiyle değerlendirmekte ve borcunu hangi kaynaklardan ifa edeceğine bir ölçüde hükmetmektedir. İkinci ve üçüncü seçenekler, borçlunun bu güce sahip olmaması olasılığında ortaya çıkar: İkinci seçenekte cebri icra hükümleri uygulanır; rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, yasanın emredici hükümleriyle belirlenmiş bir usûl uygulanır; borçlu yasanın öngördüğü şekilde az çok korunur. Bu koruma; ana hatlarıyla, borçlu hakkında gerçek bir borçtan dolayı cebri icranın uygulanması, doğru bir değerlendirme yapılması ve korunması gereken diğer menfaatlerin korunması olarak tanımlanabilir. Özellikle TİTRK m.14, “Temerrüt Sonrası Haklar” başlığı altında alacaklıya mülkiyetin -marka üzerindeki mutlak hakkın- devrini talep etme (TİTRK m.14/1 bent a) ve lisans hakkını kullanma (TİTRK m.14/1 bent c) gibi özel haklar tanımaktadır. *Lex commisoria* ilkesinin terk edilmesi anlamına gelen bu hakların tanınması, cebri icra prosedürünün yarattığı aksaklıkları gidermeye yönelik önlemlerdir.

Üçüncü seçenekte ise, alacaklı - ya da taraflarca yetkilendirilmiş üçüncü kişi- özel yoldan satış hakkına sahiptir; bu seçeneğin ilk iki yöntemden farkı, bu satış yönteminin işleyişine borçlunun müdahalesinin ilke olarak bulunmamasıdır. Banka uygulamasıyla gelişen ve yaygınlaşan bu yöntem, alacaklıyı borçluyla bir borç ilişkisi kurmaya yönelten önemli olgulardan biridir. Alacaklı alacağını elde edemediği takdirde, hiç icra yoluna başvurmadan özel yoldan satışa konu markayı piyasada satma yetkisini edinmektedir. Alacaklı ya da tarafların özel satışla yetkilendirdikleri üçüncü kişi, kendi başına bir alıcı bulacak ve bir an önce marka hakkını paraya çevirecektir. Bu yetki, özellikle piyasa dinamiklerine hakim olan ya da bu konuda uzman üçüncü kişilerden yararlanan alacaklılar açısından oldukça caziptir. Her şeyden önce paraya çevirme süresi açısından olumlu etkiler doğurur. Ancak işaret edildiği üzere, borçlunun gözetiminden ve müdahalesinden uzak bir alan doğurur. Borçlunun bu sürece müdahale edememesi; alacaklı için temel

borç ilişkisine girmenin esaslı bir koşuludur; borçlunun en küçük bir müdahalesi süreci uzatabilir; oysa alacaklı ifa yoluyla elde edemediği alacağını, bir an önce elde etmek istemektedir.

Sırf alacaklıya ya da tarafların yetkilendirdiği üçüncü kişiye tanınan ve borçlunun müdahalesinden arındırılan bu alanın varlığı, dürüstlük kuralı gereği alacaklıyla borçlunun menfaatlerinin dengelenmesi zorunluluğunu beraberinde getirir. Bunun aracı, vekalet sözleşmesidir. Zira madem ki, borçlunun bir varlığının akıbeti alacaklının inisiyatifine bırakılmaktadır, öyleyse alacaklı bu yetkisini özenle kullanmalıdır.

Hazırlıkların amacı somut olarak rehinli markanın en iyi değer üzerinden satılmasını ve satış bedelinin en çabuk şekilde tahsil edilmesini mümkün kılmaktır. Bu konu üzerinde değer ile ilgili incelemelerimiz kapsamında duracağız. Şu kadar ki, özel yoldan satışa yönelik olarak hazırlık yapılması, sözleşmede bu hazırlığın öngörülmesi olasılığı dışında zorunlu değildir. Önemli ve belirleyici olan, özel yoldan satışın amaca uygun bir biçimde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğidir; bu ise satış gerçekleştiriliyorsa satış bedeli üzerinden ölçülür. Değer ve satış bedeli meselesine, özel yoldan satışa ilişkin hazırlıkların sözleşmede öngörülmesi ile ilgili değerlendirmelerden sonra değinilecektir.

B. Hazırlıkların Sözleşmede Öngörülmesi

Borçlunun müzakere gücünün bulunduğu durumlarda, özel yoldan satışa dair hazırlıklar, borçlu ile alacaklı arasındaki temel borç ilişkisini yansıtan sözleşmeyle belirlenebilir. Tarafların bu tercihi, vekalet sözleşmesinde vekilin üstlendiği işi nasıl yapacağını sözleşmede kararlaştırılması anlamına gelir. Özel yoldan satışın ayrıntılarının yasayla düzenlenmediği dikkate alındığında taraflar bu konuda dürüstlük kuralının çizdiği sınır dahilinde geniş bir özgürlüğe (sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne) sahiptir.

Sözleşmede özel yoldan satışa ilişkin hazırlıklarla ilgili olarak getirilebilecek düzenlemelere örnek olarak; alacaklının temerrüt sonrasında belirli bir süre geçmeden özel yoldan satış gerçekleştirilmemesi, ilk önce borçlunun göstereceği kişilere teklifte bulunması (öncelik haklarının öngörülmesi), birkaç uzman kuruluşa değerlendirme yaptırılmadan ve bu değerlemelerin ortalaması alınmadan satış yapılmaması, satışın belirli bir uzman kuruluş aracılığıyla yapılması ve sadece belirli niteliği taşıyan alıcılara satış yapılabilmesi ya da borçlunun rakiplerine satış yapılmaması gibi düzenlemeler örnek gös-

terilebilir. Sözleşmede bu tür hazırlıkların kararlaştırılması, borçluya da bazı yükümlülükler getirilmesine yol açar. Örneğin ilkin borçlunun önereceği kişilere teklifte bulunulmasına dair bir düzenleme, borçluya, bu kişileri belirleme ve alacaklıya bildirme yükümlülüğünü getirir. Genellikle bu tür düzenlemelerde borçluya aday alıcıları belirlemesi ve alacaklıya bildirmesi için bir süre tanınır ve bu süre zarfında borçlunun bu yükümü yerine getirmemesi halinde alacaklı bu yükümlülüğünden kurtulur.

Belirtmemiz gerekir ki, özel yoldan satışın öngörüldüğü durumlarda sözleşmede bu tip özellikle mekanizmalar kararlaştırılmasa dahi; borçlunun dürüstlük kuralından kaynaklanan borçlarının bulunduğu söz edilebilir. Bunun başlıca örneği, potansiyel alıcıların ya da uzman kuruluşların markanın değerini belirlemesi için gereken bilgilerin borçlu tarafından üçüncü kişilerle paylaşılmasıdır. Zira markanın değerinin belirlenmesi için gereken verilerin bir kısmı, marka sahibinin uhdesinde bulunabilir. Markanın yarattığı ciro, olağan ve olağanüstü giderler gibi faktörlerin doğru bir biçimde saptanabilmesi için borçlu potansiyel alıcılarla bilgi paylaşmalıdır. Kanımızca borçlu bu bilgiyi sağlamaktan ticari sır gerekçesine sığınarak kaçınmamalıdır; zira bu bilginin aktarılması, özel yoldan paraya çevirme hakkının bir uzantısıdır. Bununla birlikte, borçlu bir gizlilik sözleşmesinin imzalanmasını istemekte haklı görülmelidir. Ticari sırların ihlalinin doğan risklerin sigortalıması da elverişli bir yöntem olabilir. Bu değerlendirmeler göstermektedir ki, bu hazırlıkların sözleşmede önceden amaca uygun bir şekilde kararlaştırılması pek kolay değildir.

III. PİYASA DEĞERİNDEN SATIŞ VE SATIŞ BEDELİNİN ÖDENMESİ

Alacaklının veya satış için yetkilendirilen üçüncü kişinin özen borcunu yerine getirip getirmediğinin ölçüleceği temel zemin; satış değeridir. Bir hazırlık sözleşmede öngörülün veya öngörülmesin, özen yükümlülüğü açısından belirleyici olan, alacaklının özel yoldan satışı piyasa markanın piyasa değerinin altında gerçekleştirmemesidir. Açık bir anlatımla, alacaklı ile borçlu arasındaki temel borç ilişkisinde çeşitli hazırlıklar öngörülse dahi, bu hazırlıklar iki yönden irdelenmelidir:

İlkin hazırlıklara; amaca uygun bir satışı gerçekleştirmenin ötesinde işlevler yüklenmemesi kaydıyla hazırlıklar hiç yürütülmesin dahi, piyasa değerine uygun bir satışın gerçekleştirilmesi; bu satıştan elde edilen bedelden satış masrafları düşüldükten sonra alacaklının alacağının ödenmesi ve bun-

dan da bir bakiye kalırsa, bu bakiyenin borçluya ödenmesi sağlanırsa, alacaklı ya da satışla yetkili üçüncü kişi özen borcunu yerine getirmiş olur.

İkinci olarak, hazırlıklar en iyi şekilde yürütülse dahi, piyasa değerinin altında satış yapılması özen borcunun yerine getirilmediği anlamına gelir. Bunun temel sonucu, özel yoldan satışı gerçekleştiren alacaklının; marka piyasa değerine uygun bir değerden satılsaydı; borçluya kalacak olan bakiyeyi borçluya ifa etmesidir. Bu itibarla borçlu, ancak markanın piyasa değerinden satılması olasılığında bir bakiyeye hak kazanacak ise, bunu bir müspet zarar olarak alacaklıdan talep edebilir. Zira özen borcu hakkıyla yerine getirilseydi ve marka piyasa değerinden satılsaydı; işaret edilen olasılıkta borçluya bir bakiye kalacaktı.

Markanın özel yoldan satışında, aynen rehinli veya hacizli markanın icradan satışında olduğu gibi, ciddi bir değerlendirme sorunundan söz etmek mümkündür. Marka; mal ve hizmetleri birbirinden ayırmaya yaradığına göre, bir ticari işletmeye özgü bir markayla başka bir ticari işletmeye özgülenen marka; değer açısından birbirine emsal oluşturmaz. Bu itibarla marka değerinin belirlenmesinde, Şirketler ve Vergi Hukuku'nun temel ölçütlerinden "piyasa koşullarının" uygulama alanı bulamayacağı düşüncesindeyiz. Her markanın değeri, kendi koşullarına ve özelliklerine göre belirlenmek gerekir. Son tahlilde marka değeri; markanın bilinirliği ve itibarı bağlamında, markanın temsil ettiği mal veya hizmeti pazarlama gücüdür. Markanın tanınmışlığının ileri düzeyde olduğu durumlarda bu değer; ilgili mal ve hizmeti pazarlama gücünü aşar; genel olarak o markanın kullanılması için doğru bir şekilde seçilecek başka bir mal veya hizmeti de pazarlama yeteneğine dönüşür.

Uygulamada marka değerini belirlemek için bazı nesnel ve öznel ölçütlere başvurulmaktadır. Nesnel ölçütlerin başında, o markanın kullanıldığı mal ve hizmetlerin yarattığı ciro ve o mal ve hizmet için sarf edilen, dolayısıyla markanın korunması ve geliştirilmesi amacına yönelik olarak yapılan pazarlama giderleri gelmektedir. Öznel ölçütler ise, markanın tanınmışlığı, markanın itibarı, markanın hitap ettiği kitlenin kapsamı olarak tanımlanabilecek unsurlardır.

Özel yoldan satıştan verimli sonuçlar elde edebilmek için; rehin sözleşmesinde değerlemeye ilişkin ölçütler getirilebilir. Bu takdirde değerlemeyi yapacak uzman, bu ölçütlerle bağlıdır. Bu ölçütlerden olumlu veya olumsuz anlamda markanın olası değerinden oldukça sapan bir sonuç ortaya çıkarsa,

sözleşme hükmünün yorumlanmasında dürüstlük kuralına başvurulur. Yine de kaydetmek gerekir ki, markanın olası değerini belirlemek dahi oldukça güçtür.

Rehin sözleşmesinin tarafları, birden çok değerlemenin yapılmasını ön-görebilir. Ortaya birden çok değer çıktığında bu değerlerin ortalamasının ya da bu değerlerin toplamına veya ortalamasına uygulanacak bir matematiksel formüle başvurulması, sözleşmede kararlaştırılabilir. Esasen bu ölçütlerin henüz rehin sözleşmesinin yapılması esnasında belirlenmesi her zaman tat-minkâr çözümleri beraberinde getirmez; çünkü markanın değeri doğal olarak rehin sözleşmesinin yapılması ile rehnin paraya çevrileceği tarih arasında da değişiklik gösterir; bu olgu önceden belirlenecek bazı ölçütleri elerken bazı-larını zaman içinde daha önemli bir konuma yerleştirebilir. Değerleme yön-temini içeren sözleşme hükmünün adaletsiz sonuçlar doğurması olasılığında başvurulacak yegâne araç, dürüstlük kuralıdır.

Son olarak taraflar, markanın kimin tarafından değerlemeye tabi tutula-cağına da önceden karar verebilirler. Kişisel gözlemimize göre evrensel an-lamda taşınmazların ya da taşınır eşyaların değerlemesindeki uzlaşmaya benzer bir uzmanlaşma, marka alanında mevcut değildir. Özellikle birden çok değerlendirme yapılmasının öngörüldüğü durumlarda, farklı uzmanlar tara-fından yapılan değerlemeler birbirinden oldukça uzaklaşan değerler ortaya çıkarmaktadır ve bu durum işaret edildiği üzere sözleşmede kararlaştırılan ortalama değer alma yöntemlerini ve alternatif matematik formüllerini de işlevsiz kılabilmektedir. Bununla birlikte, tarafların yöntemi belirlediği du-rumlarda taraf iradesine üstünlük tanınmalı ve olabildiğince bu formüllere bağlı kalınmalıdır. İlke olarak değerlemenin soyutluğu ve belirsizliği, karar-laştırılan formülü terk etmenin gerekçesi olamaz. Bilakis bu formül, en fazla yorum yoluyla dengelenmelidir.

IV. MARKA SİCİLİNDE VE TİCARİ İŞLETME REHNİ SİCİLİNDE YAPILACAK İŞLEMLERDE YETKİ

Gerek markanın SMK m.148/2 uyarınca birel olarak rehnedilmesinde gerek TİTRK m.8 uyarınca bir ticari işletme rehni kapsamında markanın ticari işletmeye özgülünen diğer bazı veya tüm maddî ve gayrimaddî unsur-larla birlikte rehnedilmesinde rehin sözleşmesi tescil edilir. Aynı ilke SMK m.148/8 uyarınca ve TİTRK m.5 hükmünde açıkça sayılmamakla birlikte TİTRK m.8 uyarınca ticari işletmenin rehninde marka başvurusu açısından da geçerlidir.

Tescil temel işlevlerini özel yoldan satış açısından da yerine getirir. Alacaklının özel yoldan satış hakkına sahip olduğu, marka siciline ve ticari işletme rehninde Rehinli Taşınır Sicili'ne ve siciller arası bildirim yoluyla marka siciline (TİTRK m.5/2) bildirilir. Bu bağlamda TİTRK m.5/2 hükmünde yer alan “*Birinci fıkrafta yer alan diğer taşınır varlıkların borcu karşılması hâlinde işletmenin tümü üzerinde rehin kurulamaz*” marka değeri yönünden düşündürücüdür. Zira markanın değerinin rehin hakkının tescili sırasında tam olarak belirlenmesi mümkün olmayabilir. Bunun için hukuki riskleri önlemek üzere bir marka değerlemesine başvurulması düşünülebilirse de, bu yöntem hem bir zorunluluk arz etmez hem de pahalıdır. Üstelik bu hüküm, rehin hakkı tesis edildikten sonra, rehinin geçerliliği konusunda tartışmalar yaratmaya elverişlidir. Kanımızca markanın değerinin soyut olması, kolaylıkla belirlenememesi gibi faktörler dikkate alındığında, çok açık durumlar dışında markanın değeri karşısında ticari işletmenin rehnedilemeyeceği sonucuna varılmaması gerekir.

Özel yoldan satış hakkının rehin sözleşmesinde yer almasıyla birlikte, alacaklı bu yönetime başvurmak anlamında hak sahibi olarak sicile tescil edilir. Kanımızca bu tescil, alacaklının markanın paraya çevrilmesi konusunda gereken hazırlıkları ve potansiyel alıcılarla sözleşme müzakereleri yürütmesini ve markayı devretmesi için yeterli hukuki dayanağı oluşturur. Artık alacaklı, temerrüdün gerçekleşmesiyle birlikte bu hazırlıkları ve hukuki işlemleri gerçekleştirmeye yetkili hale gelir. Kuşkusuz ki, alacaklının temerrüdün ve özel yoldan paraya çevirmenin sözleşmede kararlaştırılan bazı ön koşullarının gerçekleşmesi söz konusu olmadan alacaklının bu yola başvurması halinde borçlunun mahkemeye ya da tahkim anlaşmasının varlığı halinde tahkime başvurarak bu süreçleri durdurması mümkündür. Görüşümüzce bunun aracı, Yargıtay'ın genel hükümlere göre - sınaî mülkiyet hukukunun alanı dışında- geliştirdiği muarazanın men'i kurumudur.

Alacaklı özel yoldan paraya çevrime hakkına bilakis sahipse, markayı devretmek ve devir işlemini tescil ettirmek noktasında yetkili sayılmalıdır. SMK m.148/6 uyarınca marka, tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebileceğinden; özel yoldan satış yetkisi de markanın temsil ettiği mal veya hizmetlerin bir kısmı için de verilmiş olabilir. Bu takdirde devir, izin verilen kısım üzerinden gerçekleştirilir. Özel yoldan satışı gerçekleştirecek olan alacaklı; borçluya vekaleten devir iradesini ortaya koymaya yetkilidir. Bunun için borçludan alınacak bir vekaletnâmeye ihtiyaç yoktur; alacaklının yetkisi, rehin sözleşmesinde yer alan özel yoldan

satış klotundan kaynaklanan bir yetkidir. Sicil müdürü, alacaklıyı bu sözleşmeye istinaden teşhis etmeli ve alacaklının devrin gerçekleştirilmesi yönündeki talebini yerine getirmelidir. Sicil müdürü, paraya çevirmenin koşullarının oluşup oluşmadığını inceleyemez; örneğin taraflar bir marka değerlemesi yapılmasını öngörmüşlerse bu değerlemenin yapılıp yapılmadığını sınıyamaz. Sicil müdürü tarafından incelenecek tek husus, devir işleminin yapılmasını borçluya izafeten isteyen tarafın özel yoldan satış hakkına sahip olup olmadığı ve bu istemde bulunan tarafın sözleşmede kararlaştırılan kişi olup olmadığıdır.

CUMHURİYET DÖNEMİNDE MARKA HUKUKUNUN GELİŞİMİ^(*)

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN^(**)

Öz: Marka hukuku, Osmanlı'da ve Türkiye Cumhuriyeti'nde tarih içinde gelişim göstermiştir. Osmanlı'da 1872 yılında başlayan süreç, Cumhuriyet döneminde ivme kazanmış ve 2016 yılında AB mevzuatı esas alınarak hazırlanan Sınai Mülkiyet Kanunu'nun kabulüne uzanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Marka Hukuku, Osmanlı Dönemi, Cumhuriyet Dönemi, 1872 Tarihli Nizamname, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu.

^(*) Bildiri hakem denetiminden geçmemiştir.

Bildiri Gönderim Tarihi: 01.05.2024 - Bildiri Kabul Tarihi: 10.05.2024.

İlgili eser Türkçe olarak Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cumhuriyetin 100. Yılı Etkinlikleri kapsamında, 28.04.2024 tarihinde Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı tarafından düzenlenen "Cumhuriyet'in 100. Yılında Marka Hukuku Sempozyumu" başlıklı sempozyumda sunulmuştur.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: info@yasaman.av.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-5395-6327>.

DEVELOPMENT OF TRADEMARK LAW IN THE REPUBLIC PERIOD

Abstract: Trademark law has developed throughout history in the Ottoman Empire and the Republic of Turkey. The process, which started in 1872 in the Ottoman Empire, gained momentum during the Republic period and led to the adoption of the Industrial Property Law, which was prepared based on EU legislation in 2016.

Keywords: Trademark law, Ottoman period, Republic period, Regulation dated 1872, Decree Law No. 556, Industrial Property Law No. 6769.

GİRİŞ

Markaların tarihi gelişimi çok eski çağlara dayanmaktadır. Ancak, bu işaretler günümüzdeki anlamını taşımamaktaydı. İşaretler malları ayırt etmekten ziyade malın sahibini tanıtan işaretler olarak ortaya çıkmıştı. Bu bakımdan bu dönemde bu işaretler mülkiyet markaları olarak adlandırılmaktadır.¹

Markaların gelişiminde krallık, beylik sembol ve armaları yanında kentlerin veya asilzadelerin, ailelerin arma ve sembolleri önemli rol oynamıştır. Bu arma ve semboller krallık, beylik veya kent ve kişiler arasındaki farklılık sağlanmaktadır. 19. yüzyılda Fransa, İngiltere, Almanya ve İtalya’da ticarette loncaların sembol ve armaları mevcut idi. Bu loncalarda imalat ve ticaret yapanların loncaların diğer loncalardan ayrışmasına yarayan ad ve işaretlerdi. Burada ürün veya emtianın üzerine konulan bir işaret söz konusu değil idi.

1789 Fransız ihtilalinden sonra imtiyazlar, krallık ve soyluluk işaretleri yasaklanması, loncaların kaldırılmasından sonra ve Avrupa’da sanayi devriminin gerçekleşmesinden sonra ferdi mülkiyetin ve ticaretin gelişmesi sonucunda markaların ticarete kullanılmaya başlaması ile gelişme oluşmuştur.

Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri’nde markaların kanunlarla korunması 19. yüzyılda başlamıştır. Avrupa’daki ilk kanun 1872 tarihli Fransız Kanunudur. Bu kanun örnek alınarak Osmanlı döneminde 1872 tarihli Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname kabul edilmiştir. Cumhuriyet döneminde bu Nizamname esas alınarak 28 Nisan 1304 tarihli Alameti Farika Nizamnamesi Ek Kanunu kabul edilmiştir. Markalarla ilgili ilk modern düzenleme 1965 tarihli Markalar Kanunudur. 1995’de Avrupa Birliği Gümrük Birliği’ne girmek amacı ile AB hukukunu iktibas eden 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kabul edilmiştir. 551 sayılı Markalar Kanunu bu KHK ile kaldırılmıştır. 2016 tarihinde ise markaları da içeren Sınai Mülkiyet Kanunu çıkarılmıştır.

¹ TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 353; PASLI Ali, **Uluslararası antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Et-kileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 28.

Markalar ile ilgili Osmanlı döneminden Cumhuriyete geçiş ve bugüne kadar çıkarılan kanun ve uluslararası antlaşmaların kronolojik anlatımı şu şekildedir;

- 1872 Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Fari-kalara Dair Nizamname
- 1883 Paris Antlaşması
- 1923 Lozan Sulh Antlaşması- eki Ticaret Mukavelenamesi
- 1925 342 sayılı Kanun ile Lozan Antlaşması eki Ticaret Mukavelenamesi TBMM’ce onaylandı.
- 1930 Paris Antlaşmasının La Haye metni benimsendi
- 1930 1619 sayılı Kanun ile Markaların Uluslararası Tesciline dair Madrid Antlaşmasına katılım (1950 yılında antlaşmadan çekildi).
- 1955 321 sayılı 28 Nisan 1304 tarihli Alameti Farika Nizamnamesi Ek Kanunu
- 1957 Paris Antlaşmasının Londra metni onaylandı.
- 1975 Paris Antlaşmasının 1-12. maddelerine çekince verilerek onaylandı.
- 1965 551 sayılı Markalar Kanunu
- 1967 Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasına katılma (bunun eki Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması- TRİPS)
- 1994 Paris Antlaşmasının tüm maddeleri onaylandı.
- 1995 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- 1995 Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması
- 1997 Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Sözleşmesi ile ilgili Madrid Protokolüne katılma (5.8.1997 tarih ve 97/9731 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı).
- 2016 6769 Sınai Mülkiyet Kanunu

I. OSMANLI DÖNEMİ

Marka ile ilgili ilk düzenleme Osmanlı döneminde 1872 tarihinde çıkarılan “Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname”dir. Bu Nizamnamede 1988 yılında değişiklik yapılmıştır.

Bu Nizamname 1857 tarihli Fransız Kanununu esas almıştır. 1856 tarihli Islahat Fermanının okunmasından sonra, Osmanlı’da Batılaşma ve bazı reform hareketleri olmuştur. Islahat Fermanının ilanından 16 yıl sonra Abdülhamit döneminde 1872’de bu Nizamname yürürlüğe konulmuştur.

Nizamnamenin 1. maddesinde marka (alameti farika) şu şekilde tanımlanmıştı;

“Mamulat ve eşyanın imal olunduğu mahallin veya fabrika veyahut bunları imal edenlerin veya ticaret zımnında satanların isim ve şöhret ve mevki-lerini bildirmek için ol şeylerin üzerine vazolunan isim ve mühür ve resim ve huruf ve erkam ve mahfaza vesaire yani temyiz ve tahsis için ittihaz kılınan her nevi işaret ve damga alameti farika ad ve itibar olunur.”

Bu tarihlerde Osmanlı’da marka ile ilgili bir koruma ihtiyacı söz konusu değildi. Zira, markalaşma diye bir olay vuku bulmamıştı. Ancak, gelişmiş batı ülkeleri marka ve patent haklarını korumak amacıyla Lozan Sulh Antlaşmasının eki Ticaret *Mukavele*namesinin 14. maddesinde Türkiye Paris Antlaşmasına katılmayı kabul ve taahhüt etti.

Paris Antlaşmasına göre, bu antlaşmaya katılanların bir birlik oluştura-acağı; birlik ülkelerinde tescilli markanın üye ülkelerde de aynen korunacağı, vatandaşlarla eşit işlem göreceği; rüçhan haklarına riayet edileceği; tanınmış markaların korunacağı hükme bağlanmıştır.

II. CUMHURİYET DÖNEMİ

A. 1872 tarihli Nizamnamenin Uygulandığı Dönem

1872 tarihli Nizamname 28 Nisan 1304 tarihli Alameti Farika Nizamnamesi Ek Kanunu değiştirildi. Bu Ek Kanun 1965 yılına kadar uygulanmıştır. 1965 de 551 sayılı Markalar Kanunu ile yürürlükten kaldırıldı.

Nizamnamede hukuki müeyyideler düzenlenmemiş idi. Daha çok tescilin yapılma şekli ve cezai müeyyideler mevcuttu. Tescil başvurusu İktisat ve Sanayi Bakanlığına yapılıyordu. Tescil hakka karine teşkil ediyordu. Marka

(alameti farika) kullanma mecburiyeti yoktu. Tescil edilmemiş marka sahipleri tekel hakkına dayanarak dava açamazlardı.

1923'den 1926 tarihine kadar Mecelle uygulandı. 1926 da Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu yürürlüğe girdi. 29.5.1926 tarih ve 864 sayılı Kanun ile Mecelle yürürlükten kaldırıldı.

1926 tarihinde kadar Mecellenin yanında 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret uygulandı. 1956 yılında çıkarılan ve 1 Ocak 1957 yılında yürürlüğe giren 6762 sayılı Ticaret Kanunu çıkarıldı. Markalara Nizamnamenin yanında Ticaret Kanunundaki haksız rekabet ile ilgili hükümler de uygulama alanı buldu. BK'nin haksız fiil ile ilgili 41 vd. maddeleri ile 48. maddedeki haksız rekabet hükmü de yeri geldiğinde uygulandı.

1925 yılında 342 sayılı Kanun ile 1923 Lozan Antlaşmasının eki Ticaret Mukavelesnamesi TBMM'ce onaylandı. 1930 yılında Paris Antlaşmasının La Haye metni benimsendi.

1930 tarihinde 1619 sayılı Kanun ile Markaların Uluslararası Tesciline Dair Madrid Antlaşmasına katılındı. Ancak, Türkiye'nin uluslararası alanda markalarının çok az bulunması sebebiyle 1950 yılında antlaşmadan çekilindi.

B. 551 sayılı 1965 tarihli Markalar Kanunu Dönemi

Bu Kanun İsviçre Markalar Kanunundan esinlenilmiştir. Kanunun 54. maddesi ile 28 Nisan 1304 tarihli Alameti Farika Nizamnamesi ile ek ve tadilleri yürürlükten kaldırıldı. Bu dönemde marka tescilleri Sanayi Bakanlığı nezdinde yapılıyordu.

C. 1995 tarihli ve 556 sayılı Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Dönemi

6.3.1995 tarih ve 1/95 sayılı Avrupa Topluluğu Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı ile Türkiye fikri, sınai ve ticari mülkiyet haklarının uygun ve etkin biçimde korunmasını sağlamayı ve ticaret ve hizmet markaları bakımından Avrupa Topluluğunun 89/104 sayılı Yönergesini esas alacağını kabul etmiştir. 8.6.2005 tarih ve 4113 sayılı Kanun ile Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verildi. Bu yetkiye dayanılarak 556 sayılı Markalar hakkında KHK yürürlüğe konuldu.

8.6.1995 tarih ve 4113 sayılı Kanun ile Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verilmiş ve 27.6.1995 tarihli Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK AB'nin 89/104 sayılı Yönergesi esas alınarak çıkarılmıştır. Bu KHK ile 551 sayılı Markalar Kanununun ceza ile ilgili 51, 52 ve 53. Maddeleri hariç kalma üzere yürürlükten kaldırılmıştır. Bu maddeler de 4128 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış ve bunların yerine cezai maddeler getirilmiştir.

Türkiye markaların milletlerarası tescillerine ilişkin 14.4.1891 tarihli Madrid Anlaşmasına dahil olmadığı halde, 1.10.1998 tarihinde Madrid Protokolüne katılmıştır. Madrid Protokolü 1.1.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Uluslararası tescil Cenevre'de bulunan WIPO nezdinde yapılmaktadır.

D. 6769 Sayılı 2016 tarihli Sınai Mülkiyet Kanunu Dönemi

Bu Kanun markalar, coğrafi işaretler, tasarımlar, patentler, faydalı modeller ve geleneksel ürün adlarını düzenlemiştir. Kanun, yayımı tarihinden itibaren 1 yıl içinde yürürlüğe girmiştir (26. Madde 7 yıl sonra yürürlüğe girecektir). Kanunun 181. maddesinde 551 sayılı Patentlerle ilgili; 554 sayılı Endüstriyel Tasarımlarla ilgili, 555 sayılı coğrafi işaretlerle ilgili ve 556 sayılı Markalarla ilgili KHK'ler yürürlükten kaldırılmıştır.

Markalar SMK'nin 10 ila 32. maddelerinde düzenlenmiştir. SMK'nin 146-165. maddeleri sınai mülkiyet hakları ile ilgili ortak hükümlerdir.

Bu Kanun Avrupa Birliği hukukuna uyum sağlanması bakımından AB mevzuatı esas alınarak hazırlanmıştır.

KAYNAKÇA

PASLI Ali, **Uluslararası antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

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

MARKANIN KULLANILMASI ZORUNLULUĞU: GÜNCEL MESELELER^(*)

Dr. Sinan H. YÜKSEL^(**)

Öz: Markanın kullanılması zorunluluğu 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 9. maddesinde düzenlenmiştir. Tescil tarihinden itibaren haklı bir sebep olmaksızın beş yıl içinde tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından markanın marka sahibi tarafından Türkiye'de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir. Markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeksizin farklı unsurlarla kullanılması, sadece ihracat amacıyla mal ve ambalajlarda kullanılması ve marka sahibinin izni ile kullanılması da SMK m.9/2 ve SMK m.9/3 uyarınca markanın kullanılması olarak kabul edilmektedir. Markanın kullanılması zorunluluğu hem öğretinin yoğun ilgisine hem de çok sayıda yargı kararına konu olmuştur. Bizim de daha önceki yayınlarımızla katkıda bulunmaya çalıştığımız bu meseleyi, bu bildirimizde, erişebildiğimiz ölçüde yakın tarihli ilk derece ve bölge adliye mahkemesi kararları ile Yargıtay içtihadı ekseninde, öğretilerde bu bildiri tarihi itibarıyla verilmiş bulunan güncel eserler de değerlendirilmek suretiyle, SMK m.9/f.1 hükmü bağlamında yeniden ele alıyoruz.

Anahtar Kelimeler: Markanın Kullanılması Zorunluluğu, Ciddi Kullanım, Markanın Ciddi Kullanımının Unsurları.

^(*) Bildiri hakem denetiminden geçmemiştir.

Bildiri Gönderim Tarihi: 27.08.2024 - Bildiri Kabul Tarihi: 19.09.2024.

İlgili eser Türkçe olarak Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cumhuriyetin 100. Yılı Etkinlikleri kapsamında, 28.04.2024 tarihinde Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı tarafından düzenlenen “Cumhuriyet’in 100. Yılında Marka Hukuku Sempozyumu” başlıklı sempozyumda sunulmuştur.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye,
E-posta: syuksel@gsu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5651-5191>.

THE GENUINE USE REQUIREMENT: CURRENT ISSUES

Abstract: The genuine use requirement for trademarks is regulated under Article 9 of the Industrial Property Law No. 6769. If a trademark is not put to genuine use in Turkey by its owner, without proper reasons for non-use, within five years from the date of registration for the goods or services for which it is registered, or if such use is interrupted for an uninterrupted period of five years, the trademark may be subject to revocation. Pursuant to Article 9/2 and Article 9/3 of the IPL, the following are also recognised as genuine use of a trademark: use with variations that do not alter its distinctive character, use on goods or packaging intended solely for export, and use by third parties with the trademark owner's consent. The genuine use requirement has been the subject of extensive academic commentary and numerous judicial decisions. Building on our previous contributions to this debate, we now revisit the matter in light of recent decisions by first-instance and regional courts, as well as precedents set by the Court of Cassation. This analysis also incorporates scholarly works available as of the date of our presentation.

Keywords: Genuine Use Requirement, Genuine Use, Elements of the Genuine Use of a Trademark.

GİRİŞ

Tescilli markanın sağladığı tekel hakkı, markanın SMK m.23 uyarınca dönemsel olarak yenilenmesi ile kural olarak süreklilik arz eder. Ancak, tescil ile mutlak hak niteliği kazanan marka hakkı zemininde üçüncü kişilerin ihlallerine karşı sağlanan koruma, bu kazanımı haklı gösterecek seviyede bir kullanımı zorunlu kılar. Bu itibarla, markanın ciddi biçimde kullanılması 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (“SMK”)’nın 9. maddesinde, marka sahibi yönünden bir zorunluluk¹ olarak düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca “tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir”.

Markanın kullanılması zorunluluğu hem öğretinin yoğun ilgisine hem de çok sayıda yargı kararına konu olmuştur. Bizim de daha önceki yayınlarımızla² katkıda bulunmaya çalıştığımız bu meseleyi, bu kez, erişebildiğimiz ölçüde yakın tarihli ilk derece ve bölge adliye mahkemesi kararları ile Yargıtay içtihadı ekseninde, öğretilerde verilen güncel eserler de değerlendirilmek suretiyle, SMK m.9/f.1 hükmü bağlamında yeniden ele alıyoruz. Öte yandan, tebliğimize ayrılan süre itibarıyla, markanın kullanılması sayılan halleri, kullanmamaya dayalı iptal prosedürünün Türkiye Patent ve Marka Kurumu (“TPMK”) tarafından yürütülecek olması nedeniyle ortaya çıkabilecek muhtemel sorunları ve markanın kullanılması zorunluluğunun yayıma itiraz, hükümsüzlük ve tecavüz davaları ekseninde değerlendirilmesini kapsam dışı bırakacağız.

I. GENEL OLARAK MARKANIN KULLANILMASI ZORUNLULUĞU

Marka sahibine bahsedilen, marka niteliğindeki bir sözcüğün, şeklin, rengin, harfin, sayının, sesin, malların veya ambalajların biçiminin ve bu kapsamdaki her türlü işaretin ya da bunların belirli şekilde bir araya getirilmiş hâlinin üçüncü kişilerce kullanımının engellenmesine yol açan bir tekel

¹ Markanın kullanılmasının bir yükümlülük mü, zorunluluk mu yoksa külfet mi olduğu yönündeki tartışmalar için bkz. YÜKSEL Sinan H., “Madde 9”, **Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi**, Cilt II (Madde 6-9), Seçkin, Ankara 2021, s. 2015-2016, dn. 2 (YASAMAN Hamdi / AYOĞLU Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya / MEMİŞ KARTAL Pınar / YÜKSEL Sinan H. / YASAMAN Zeynep, **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi**, C. I-II-III, Seçkin, İstanbul 2021).

² YASAMAN / YÜKSEL, s. 2012-2125; YASAMAN Hamdi / YÜKSEL Sinan H. (ALTAY S. Anlam / AYOĞLU Tolga / YUSUFOĞLU Fülürya), **Marka Hukuku - 556 Sayılı KHK Şerhi**, Cilt I, Vedat, İstanbul 2004, s. 626 vd.

hakkıdır. Bu tekel hakkının kaynağı ise tescil işlemidir.³ Bununla beraber, korumanın devamlılığı bakımından tescil tek başına yeterli değildir. Her ne kadar tescil veya başvuru anında markanın fiilen kullanılması veya kullanılacak olmasının ispatı aranmıyorsa da tescilden sonraki dönemde markanın kullanılıp kullanılmadığı önem arz eder.⁴ Kullanım devamlılığı beklentisinin hedefi, şeklen mevcut, ancak kullanılmayıp atıl durumda bulunan ve sahibini tekel hakkından yersiz biçimde faydalandıran markaların önüne geçmektir. SMK m.9'da öngörülen zorunluluk ile güdülen temel amaç budur.⁵

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2011 yılında verdiği bir kararda, 2004 yılında yayımladığımız Mülga 556 sayılı KHK Şerhimizin markanın kullanılması zorunluluğu hakkındaki 14. maddesine ilişkin değerlendirmemizi⁶ çalışmamıza atıf yapmak suretiyle alıntılanarak, markanın kullanılması zorunluluğunun öngörülme amacını ortaya koymuştur:

“Bu düzenleme ile, tescil işleminin KHK bakımından tüm sonuçları ile yarattığı tekel hakkının, markalar sicilini kullanılmayan, gözlerden uzak, bir köşeye atılmış ve kimselerin dokunamadığı markalar deposuna dönüştürmesi olgusu, markayı kullanma zorunluluğu ile engellenmeye çalışılmıştır.”⁷

Gerçekten, *Yusufoğlu Bilgin*'in de belirttiği gibi,⁸ SMK düzenlemeleri incelendiğinde, markanın geriye dönük olarak beş yıllık süre içinde kullanılması, markaya bağlı bazı haklardan yararlanmanın adeta ön şartıdır. Kuşkusuz, kullanmamaya dayalı olarak, söz konusu haklardan mahrumiyet kendiliğinden gerçekleşmez; kullanmama olgusunun, markanın iptali talebi bağlamında, yayıma itiraz aşamasında ya da marka hakkına tecavüz veya markanın hükümsüzlüğü davalarında ileri sürülmesi gerekir.

³ COŞĞUN Gizem, *Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması*, Seçkin, Ankara, 2018, s. 27; TAMER Elanur, *Marka Hukukunda Kullanım İspatı*, Yetkin, Ankara 2021, s. 4-5; KARACA Osman Umut, *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları*, 2. Bası, Lykeion, Ankara, 2018, s. 32.

⁴ BAYRAM Muhammed Enes, *Marka Hukukunda Kullanılmama Savunması*, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 50.

⁵ Markanın fiilen kullanımının, marka hakkından kaynaklanan ve aslında rekabeti engelleyen tekel durumunu kabul edilebilir kıldığı ve olumsuz bir olgu olarak değerlendirilen “marka ticareti” yaklaşımını da önleyeceği hakkında bkz. KAYA Arslan, “Kullanılmama Sebebi ile Markanın İptali Kararının Etkisi ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 375; ayrıca bkz. COŞĞUN, s. 28; TAMER, s. 9; KARACA, s. 32-33.

⁶ YASAMAN / YÜKSEL, **556 Sayılı KHK Şerhi**, s. 628.

⁷ YHGK, E. 2010/695, K. 2011/47, 09.02.2011 (www.lexpera.com.tr).

⁸ YASAMAN / YUSUFOĞLU BİLGİN, C. III, s. 2573.

II. MARKANIN KULLANILMASI ZORUNLULUĞUNUN YERİNE GETİRİLMESİ

SMK m.9 hükmü, markanın ciddi, temel işlevine uygun ve sicilde kayıtlı mal veya hizmetler için kullanılmasını gerektirir. Haklı bir sebep bulunmadıkça, kullanıma tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde başlanmalı veya beş yıl kesintisiz ara verilmemelidir. SMK m.9 hükmü ayrıca, markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması (m.9/2-a); markanın sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarında kullanılması (m.9/2-b); markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması (m.9/3) hâllerini de kullanma saymaktadır.⁹

A. Ciddi Kullanım

Mülga 556 sayılı KHK'nın 14. maddesinde “ciddi kullanım” kavramı kullanılmamıştı. Buna karşın öğretide¹⁰ ve uygulamada¹¹ kullanımın ciddi olması gerektiği kabul edilmekteydi. SMK m.9/1’de kullanımın bu niteliği açıkça öngörülmüştür. Bunun nedeni mehzaz AB düzenlemeleridir. Gerçekten, aynı kavrama 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifinin 16. maddesinde¹²

⁹ Buradaki sayımın sınırlı olmadığı yönünde: YASAMAN / YÜKSEL, Marka KHK Şerhi (2004), s. 629; ARAS Meltem, **Markanın İptali ve İptal Halleri**, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 82; ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, 5. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2023, s. 1234; KARACA, s. 25; karş. TEKİNALP Ünal, **Fikrî Mülkiyet Hukuku**, 5. Bası, Vedat, İstanbul, 2012, s. 460.

¹⁰ TEKİNALP, 460; ÇOLAK, s. 1251.

¹¹ YHGK, 2014/106, K. 2016/67, 22.01.2016; Y. 11. HD., E. 2014/9999, K. 2014/17237, 10.11.2014; Y. 11. HD., E. 2013/18730, K. 2014/6732, 07.04.2014, “Dava, kullanmama nedenine dayalı marka hükümsüzlüğü istemine ilişkin olup mahkemece pantolon emtiası yönünden dava reddedilmiş, diğer emtialar yönünden ise davalının **ciddi kullanımının bulunmadığı** gerekçesiyle kabul edilmiştir.”. Y. 11. HD., E. 2013/18616, K. 2014/6720, 07.04.2014; Y. 11. HD., E. 2013/501, K. 2013/18183, 11.10.2013, “Dava, 556 Sayılı KHK’nın 14’üncü maddesinden kaynaklanan markanın hükümsüzlüğü istemine ilişkin olup, mahkemece davalının markasını **ciddi olarak kullandığını ispatlayamadığı** gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.”. Y. 11. HD., E. 2012/9599, K. 2013/9029, 03.05.2013, “Karşı davalının markası 03. sınıfın 03. alt grubundaki “kremler” emtiasında tescilli olmakla birlikte, bilirkişi raporunda markanın dava tarihinden beş yıl geriye doğru **ciddi bir şekilde kullanıldığına dair kanıt bulunmadığı**, markanın KHK’nın 14. maddesine uygun bir kullanımının olmadığı bildirilmiştir.”. www.kazanci.com. Y. 11. HD., E. 2008/5295, K. 2009/12100, 19.11.2009, “Somut olayda, davalı F2 Süt... A.Ş. adına kayıtlı “F1” markasının dava tarihinden önce 556 sayılı KHK’nın 14’üncü maddesinde belirtilen şekillerde kullanımına ilişkin olarak sunulan delillerin davalı şirketin faaliyet alanı, ticari iş hacminin büyüklüğü, üretim miktarı, satım ve dağıtım kanalları, yıllık cirosu ve davaya konu markanın uzun yıllardır tescilli olması hususları bir bütün olarak nazara alındığında sunulan deliller, davaya konu marka için 556 sayılı KHK’nın aradığı anlamda **ciddi, markanın tescili ile elde edilmek istenen fayda ve amacı gerçekleştiren, işlevsel bir kullanımı ortaya koyacak nitelikte değildir**.”. www.lexpera.com.tr.

¹² 2015/2436 sayı ve 16 Aralık 2015 tarihli Yönerge (www.eur-lex.europa.eu).

ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü ile tadil edilen 207/2009 sayılı Tüzüğün¹³ 15. maddesinde de yer verilmiştir. 2017/1001 sayılı Tüzüğün¹⁴ 18. maddesi ve 2018/625 sayılı Yönergenin¹⁵ 19. maddesi için de aynı durum söz konusudur.¹⁶

Ne SMK m.9 hükmünde ne de mehzaz düzenlemelerde ciddi kullanım kavramının tanımına yer verilmiştir. SMK m.9'un gerekçesine göre ciddi kullanım, markanın tescil edildiği amaç dahilinde, işlevine uygun olarak, ticari hayatın içinde, markanın fonksiyonlarının yerine getirilmesi amacıyla Türkiye'de gerçekleştirilen kullanımdır.¹⁷

Ciddi kullanım kavramının kapsamının anlaşılması bakımından Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları belirleyici rol oynamıştır. Bu konudaki temel içtihat, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 11.03.2003 yılında verdiği *Ajax* kararıdır.¹⁸ Kararda, markanın ciddi kullanımının, söz konusu markanın, tescil edildiği mal veya hizmetler için pazar yaratmak yahut mevcut pazarı korumak amacıyla, temel işlevine uygun olarak ilgili mal veya hizmetlerin kaynağını ayırt edecek şekilde kullanılması hâlinde söz konusu olacağını öngörmektedir. Yalnızca iptal yaptırımından kaçınmak amacıyla yapılan, sembolik, arızı, geçici ya da düzensiz kullanımlar (*sporadic use*) ciddi kullanım kriterini karşılamazlar. Bu içtihat 27.01.2004 tarihli *La Mer Technology*¹⁹ ve 19.12.2012 tarihli *ONEL / OMEL*²⁰ kararları ile devam ettirilmiş

¹³ Topluluk Markası Hakkında Konsey Tüzüğü, (EC) 207/2009, 26 Şubat 2009 (www.eur-lex.europa.eu).

¹⁴ Avrupa Birliği Markası Hakkında Tüzük, (EU) 2017/1001, 14 Haziran 2017 (www.eur-lex.europa.eu).

¹⁵ Tüzük (EU) 2018/625, 5 Mart 2018 (www.eur-lex.europa.eu).

¹⁶ COŞĞUN, s. 40.

¹⁷ “Maddede markanın, tescil edildiği mal veya hizmetlerle ilgili olarak kullanılması gereğine açıkça işaret edilmiştir. Ancak maddede söz konusu olan kullanım, markanın tescil edildiği amaç dahilinde, işlevine uygun, yani ticari hayatın içinde, markanın fonksiyonlarının yerine getirilmesi için Türkiye’de kullanımdır. İngilizcede “genuine use” biçiminde tarif edilen bu kullanım, doktrin ve içtihatla “ciddi biçimde kullanım” olarak yerleşmiştir. Bu nedenle sırf üçüncü kişilerin markayı iptal ettirmesini önlemek amacıyla, markanın evraklar veya ilanlar aracılığıyla kullanılması ve benzeri durumlar madde kapsamında kullanım olarak mütalaa edilmeyecektir.”

¹⁸ CJEU C-40/01, Ansil BV v. Ajax Brandbeveiliging BV, 11.03.2003 (www.curia.europa.eu).

¹⁹ CJEU C-259/02, La Mer Technology Inc. v. Laboratoires Goemar SA, 27.01.2004 (www.curia.europa.eu).

²⁰ CJEU C-149/11, Leno Marken BV v. Hagelkruis Beheer BV, 19.12.2012, paragraf 29 vd., www.curia.europa.eu.

ve geliştirilmiştir.²¹ ABAD, 16.07.2020 tarihinde verdiği *Taiga* kararında ise bir markanın 207/2009 sayılı Marka Tüzüğü'nün 42/2. maddesinin ilk cümlesi anlamında “ciddi kullanım” olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu markanın temel işlevi olan tescil edildiği mal veya hizmetlerin kaynağını (kökenini), karıştırılmaya mahal vermeksizin gösterecek şekilde kullanılması gerektiğinin altını çizmiştir.²²

Gerçekten, markanın şeklen ayırt edici karakterinin bulunması tescil için yeterlidir. Ancak, ayırt edicilik kullanımıyla ticari hayata yansımaz ise markanın işlevini yerine getirdiğinden söz edilemez. Bu durumda, marka sicilinin nedensiz yere işgal edilmesi, başkalarının kullanımını dışlayan tekel hakkının yapay olarak devamı ve giderek girişim özgürlüğünün önünde bir engel teşkil etme hali gündeme gelir ki bu da iptal ve diğer yaptırımları meşru kılar.

Ajax kararı ve devamındaki içtihatla bazı ölçütler belirlenmişse de ciddi kullanım her somut olayda olayın şartlarına göre tespit edilmeli²³ ve sonuca hem soyut (*in abstracto* - aynı sektördeki diğer işletmelerin davranışları ve uygulamaları) hem somut (*in concreto* - somut marka sahibinin davranışı ve emsalleri karşısında durumu) değerlendirmelerle ulaşılmalıdır.²⁴ Her ne kadar, markanın ciddi kullanılması kavramı şematik olarak, bazı olgularla ilişkilendirilerek tüketici şeklinde örneklenmesi mümkün olmasa da, ciddi kullanımdan bahsedebilmek için markanın temel işlevini yerine getirecek ve tescilli olduğu mal ve hizmetler bakımından pazar payı yaratacak yahut mevcut pazar payını koruyacak biçimde; sembolik, geçici ve düzensiz olmayacak nitelikte kullanılması gerekir.²⁵ Bu noktada, özellikle, ilgili sektörde marka tarafından korunan (markanın ilgili olduğu) mal veya hizmetler için pazar payı oluşturma yahut mevcut pazar payını koruma yönünden doğrulanan kullanımlar, söz konusu mal veya hizmetlerin nitelikleri, pazarın özellikleri, markanın kullanımının kapsamı ve sıklığı göz önünde tutulmalıdır.²⁶

²¹ TAMER, s. 45; BAYRAM, s. 81.

²² CJEU C-714/18P, ACTC GmbH v. EUIPO (*Taiga AB*), 16.07.2020.

²³ KARACA, s. 46; ÇOLAK, s. 1234; ARAS, s. 88; TEKİNALP, s. 483.

²⁴ YASAMAN / YÜKSEL, s. 2018.

²⁵ TEKİNALP, s. 460; YASAMAN / YÜKSEL, s. 2018.

²⁶ *Karasu*, objektif kriterlere kullanımın türünü, süresini, kapsamını ve coğrafi alanını örnek göstermektedir (KARASU (SULUK / NAL), s. 210). ÇOLAK, s. 1251-1252.

Bu noktada, markanın kullanımının ne zaman ciddi sayılacağı hususunda öğreti ve yakın tarihli yargı kararlarına yansıyan değerlendirme ve örnekler üzerinde durmak isteriz. Bunlardan bazıları kullanımın niteliği, bazıları ise kullanımın ispatı bağlamındadır.

SMK m.156 uyarınca kanunda öngörülen davalara bakmakla görevli fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri ciddi kullanım kriterlerini yukarıda belirttiğimiz esaslar çerçevesinde detaylı olarak incelemektedir. Bununla birlikte, ciddi kullanım kavramının kavramı Markanın iptalini bertaraf etmek amacıyla sembolik nitelikte üretim ve satış yapılması, az sayıda ve göstermelik olarak bastırılıp dağıtılan katalog, ilan ve broşürler ile tanıtım yapılması, markanın dışa dönük olarak değil, sadece işletme bünyesinde içe dönük biçimde kullanılması ciddi kullanım teşkil etmez.²⁷ Nitekim, AB Genel Mahkemesi, Syrena kararında, bir markanın ciddi kullanımından söz edebilmek için, markanın koruma sağladığı mal veya hizmetler için pazarda ve pazarla bağlantılı kullanılmasını gerektirdiğini, markanın ilgili teşebbüsün sadece iç bünyesinde kullanımının ciddi nitelik taşımayacağını kabul etmiştir.²⁸

Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinin güncel kararlarında ciddi kullanıma ilişkin olarak anılan kriterlere aynı veya benzer formülasyonlarla yer verildiği görülmektedir:

“Ciddi biçimde kullanımdan bahsedebilmek için en öncelikli kriter markanın kullanım yoğunluğu ve markadan elde edilen ekonomik yarardır. Markanın sadece birkaç defa ambalajlara basılması veya az sayıda bastırılan broşürlerde kullanılması gibi kullanım süresi ve etkisi sınırlı, hatta göstermelik denebilecek kullanımlar SMK md.9 anlamında ciddi kullanım teşkil etmez. Markanın ciddi kullanımı belirlenirken markanın kullanım şekli, kapsamı, süresi gibi objektif kriterlerden hareket edilmelidir. Marka sahibi markasını aynı mal veya hizmeti üreten teşebbüslerin oluşturduğu piyasada farklı bir yer edinmek veya yeni bir mal veya hizmet piyasası oluşturmak biçimde kullanmışsa ciddi bir kullanımdan söz edilebilir.”²⁹

²⁷ ÇOLAK, s. 1251; COŞĞUN, s. 40; ARAS, s. 85.

²⁸ GCEU, T-677/19, Polfarmex S.A. v. EUIPO, 23.09.2020. ABAD’ın içtihadı da aynı yöndedir. Kâr amacı gütmeyen bir dernek tarafından ticari markanın yalnızca özel törenlerde veya etkinliklerde ya da bu tür törenlerin veya etkinliklerin tanıtımında kullanılması, ticari markanın iç bünyede kullanımını oluşturur ve Yönerge anlamında “ciddi kullanım” olarak değerlendirilmez (CJEU, C-442/07, Verein Radetzky-Orden v. Bundesvereinigung Kameradschaft ‘Feldmarschall Radetzky’, 09.12.2008)

²⁹ İstanbul 2. FSHHM, E. 2019/334, K. 2022/14, 14.01.2022. Aynı yönde: İstanbul 4. FSHHM, E. 2021/321, K. 2022/50, 07.04.2022; İstanbul 2. FSHHM, E. 2018/548, 2021/287, 30.09.2021; İstanbul 2. FSHHM, E. 2017/102, K. 2019/17, 17.01.2019; İstanbul 2. FSHHM, E. 2019/12, K. 2020/397, 19.11.2020 (kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr).

Ciddi kullanımın tespiti bağlamında, markanın kullanım yoğunluğu ve ondan elde edilen ekonomik yararın belirleyici olduğu yönündeki kabule paralel olarak, öğretide bazı yazarlar kullanımın ciddiyetinin piyasaya sürülen malların miktarı itibarıyla değerlendirilebileceği görüşündedirler.³⁰ Kanımızca, arz edilen mal veya hizmetin niteliğinden çok, arzı yapan teşebbüsün niteliğinin, büyüklüğünün ve pazarın arz yapısının dikkate alınması daha isabetlidir.³¹ Bu bağlamda, markanın kullanıldığı malın az sayıda satışı ve üretiminin olması, malın fiyatının yüksek ve küçük bir müşteri kitlesine hitap ediyor olması sebebiyle ciddi kullanım olarak kabul edilebilir.³²

Nitekim, hedef müşteri kitlesinin ve buna bağlı olarak pazar yapısının mahkemelerce dikkate alındığını görüyoruz. Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 28.4.2021 tarihli bir kararında, davalı marka sahibi tarafından mahkemeye sunulan faturaların ciddi kullanım bakımından yeterli sayıda olmaması sebebiyle markanın iptaline karar vermiştir. Mahkeme ilgili malların sağlık sektöründe yaygın kullanımı olan mallar olduğunu, sınırlı bir tüketici kesimine hitap eden lüks mallar olmadığını, yerleşik içtihtadın da bu yönde olduğunu işaret ederek, ancak belli bir yoğunluk ve yaygınlıktaki kullanımının ciddi kullanım olarak kabul edileceğini ifade etmiştir.³³

Bu bağlamda, markanın kullanımı ile eylemli surette kazanç elde ediliyor olması ciddi kullanımın kabulü bakımından somut olayın özelliklerine göre şart görülmeyebilir.³⁴ Örneğin piyasaya sürülmek üzere olan mallar için, özellikle reklam kampanyaları şeklinde hazırlık faaliyetlerinde bulu-

³⁰ Bu görüşteki yazarlar için bkz. YASAMAN / YÜKSEL, s. 2019, dn. 11.

³¹ YASAMAN / YÜKSEL, s. 2019; benzer görüşte SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 210; *Karaca*, yıllık cirosu 20 milyon TL olan bir şirketin 20 bin TL'lik reklam yapıyor olması ciddi kullanımın kabulü bakımından başkaca unsurların varlığını gerektirirken; yıllık 1 milyon TL cirosu bulunan şirketin 20 bin TL'lik reklam yapması ise ciddi kullanım olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir (KARACA, s. 46). Aynı doğrultuda EUIPO, R 1101/2004-1, PAUL REBER GMBH & CO. KG v. MARS, INCORPORATED, 22.09.2005.

³² ÇOLAK, s. 1234.

³³ Ankara 2. FSHM, E. 2020/301, K. 2021/176, 28.04.2021, "İşbu deliller, dava konusu ... ve ... markalarının tescil tarihlerinden (07.08.2014) itibaren 5 yıl içinde Pazar payı yaratacak şekilde CİDDİ BİÇİMDE kullanıldığını ispata yeterli ve elverişli değildir. Zira 05. Sınıftaki mallar, genellikle tıbbi ve kimyasal ürünler olup sağlık sektöründe yaygın kullanımı olan mallardır. Bu mallar, sınırlı bir tüketici kesimine hitap eden lüks mallar olmadığından; ancak belli bir yoğunluk ve yaygınlıktaki kullanım ciddi kullanım olarak kabul edilebilir. Yerleşik içtihtatlar da bu yöndedir... Bu kapsamda, somut olayda davalı kullanımının da ciddi kullanım ciddi kullanım mahiyetinde olmadığı sonucuna varılmaktadır." (www.lexpera.com.tr).

³⁴ YASAMAN / YÜKSEL, s. 2019; ARAS, s. 88-89.

nulması ve bu safhada markanın kullanılması, AB Genel Mahkemesi tarafından ciddi kullanım yönünden yeterli görülmüştür.³⁵

Geçmişte piyasaya sürülmüş, ancak halihazırda sadece ikinci el olarak satılan mallar da ciddi kullanım yönünden özellik arz etmektedir. AB Adalet Divanı, 22.10.2022 tarihli *Ferrari* kararında, bir markanın, piyasada yeni bulunan mallar için değil, geçmişte satılmış mallar için kullanılmasının, eğer marka sahibi aynı markayı bu malların yapısını veya bütünlüğünü oluşturan bileşen parçalar ya da önceki müşterilerin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak satılan mallar veya hizmetler için fiilen kullanıyorsa, ciddi nitelik taşımadığı sonucuna varılmayacağını ifade etmiştir.³⁶

Tanınmış markalar da ciddi kullanmama nedeniyle iptal yaptırımına tâbidirler. Bu yaklaşım Mülga 556 sayılı KHK'nın yürürlüğü döneminde Yargıtay kararlarında da benimsenmişti.³⁷ Gerçekten, markanın kullanılması zorunluluğu tanınmış marka statüsünde olsun veya olmasın her marka için öngörülmüştür. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, ulaşabildiğimiz iki kararında Yargıtay'ın önceki içtihadı ile uyumlu bir yaklaşım benimsemiştir:

“Davalı vekilinin istinaf dilekçesinde tanınmış markanın genişletilmiş korumadan yararlanacağına yönelik beyanları ve dayandığı içtihatların, somut uyumsuzlukla doğrudan ilişkisi bulunmamaktadır. Markanın kullanılmasının her marka için yükümlülük olup, tanınmış markalar yönünden ayrıcalık bulunmadığı, tanınmış markaların da 5 yıl süre ile, ciddi ve pazar payı yaratacak şekilde kullanılmaması halinde kullanmama nedeniyle iptal kararı verilebileceği... kanaatiyle, ilk derece mahkemesince, davalı adına emtiaları ile 14, 18 ve 24. sınıflardaki tüm emtialar yönünden kullanmama nedeni ile iptal kararı usul ve yasaya uygun olup, yerinde görülme-yen davalı vekilinin bu yöndeki istinaf başvurusunun yerinde olmadığı anlaşılmıştır.”³⁸

“Davalının markaları tanınmış marka olmakla birlikte markanın tanınmış olması kullanılma yükümlülüğünden markayı muaf tutmaz. Şartları varsa kullanılmama sebebiyle iptal kararı verilebilir.”³⁹

³⁵ GCEU, T-677/19, Polfarmex S.A. v. EUIPO, 23.09.2020.

³⁶ CJEU, C- 720/18 ve C-721/18, Ferrari SpA v. DU, 22.10.2022, paragraf 34 vd.

³⁷ Bu konuda emsal teşkil eden YHGK, E. 2010/695, K. 2011/47, 09.02.2011 tarihli “Bellona Kararı” için bkz. YASAMAN / YÜKSEL, s. 2066-2073. Benzer şekilde; Y. 11. HD., E. 2009/3224, K. 2011/1805, 17.02.2011;

³⁸ İstanbul BAM 44. HD., E. 2020/1545, K. 2023/215, 16.03.2023 (www.lexpera.com.tr).

³⁹ İstanbul BAM, 16. HD., E. 2018/3547, K. 2021/2283, 31.12.2021 (www.lexpera.com.tr).

Avrupa Birliği Genel Mahkemesi de 01.09.2021 tarihli kararında,⁴⁰ tanınmış marka statüsünün, söz konusu markanın kullanılmayan sınıflar bakımından iptaline engel teşkil etmeyeceği sonucuna varmıştır.

B. Markanın Temel İşlevine Uygun Kullanımı

Tescilli markanın SMK m.9 anlamında ciddi kullanım teşkil edebilmesi için markanın markasal kullanımı şarttır.⁴¹ Markanın ayırt edicilik işlevine uygun olarak kullanılması, alıcılar yönünden bir işletmenin mal ve hizmetlerinin diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilebilmesi amacıyla ticari faaliyetlerde aktif olarak kullanımıdır.⁴² Bazı yazarlar, bu gerekliliğin mülga 556 sayılı KHK m.5 ve SMK m.4 hükümlerinden doğduğunu ileri sürmüşlerdir.⁴³ SMK m.9'un gerekçesinde de markanın işlevine uygun kullanımının arandığı ifade edilmiştir.⁴⁴

⁴⁰ GCEU T-561/20, Sony Interactive Entertainment Europe Ltd v. EUIPO (Vieta Audio, SA), 01.09.2021. Bu kararda, Vieta Audio, 207/2009 sayılı Yönetmeliğin 51(1)(a) maddesi gereğince "Vita" markasının ciddi biçimde kullanılmadığı gerekçesiyle iptali için başvuruda bulunmuştur. Sony Interactive, marka hakkını savunmak için PlayStation Vita adlı taşınabilir oyun konsolunu ve buna ilişkin oyunlar ve aksesuarları öne sürmüştür. Şirket, bu ürünlerin tanıtım ve pazarlama materyalleri ile markanın geniş bir kullanım sürecine tabi tutulduğunu iddia etmiştir. Ancak EUIPO İptal Dairesi, Temyiz Kurulları ve nihayetinde mahkeme, sunulan delillerin markanın ilgili dönemde ciddi kullanımının kanıtlanması bakımından yetersiz olduğuna hükmetmiştir. Delillerin incelenmesi sonucunda, Temyiz Kurulu, markanın gerek "programlar içeren veri taşıyıcıları" gerekse "ses ve/veya görüntü taşıyıcıları" kapsamında yeterince kullanılmadığı sonucuna varmıştır. Sony Interactive'nin sunduğu belgeler, PlayStation Vita'nın bir oyun konsolu için kullanımıyla ilgiliydi; ancak bu durum, markanın ticari başarısını veya pazar payını koruma amaçlı faaliyetlerini yeterli biçimde kanıtlayabilecek nitelikte kabul edilmemiştir. Genel Mahkeme, Sony Interactive'in temyiz başvurusunu haksız bularak "Vita" markasını 9. sınıf bakımından iptal etmiştir.

⁴¹ Bir görüş ise inceleme şartları bakımından markasal kullanımı önceler. Buna göre kullanımın markasal olup olmadığının değerlendirilmesinin yapılması ve kullanımın markasal olduğunun tespitinin ardından SMK m.9'da aranan şartların mevcut olup olmadığının incelenmesi yapılmalıdır (COŞĞUN, s. 28).

⁴² TEKİNALP, s. 459; KARACA, s. 25; ARAS, s. 81; BAYRAM, s. 62; COŞĞUN, s. 28, TAMER, s. 37, ÇOLAK, s. 1234; YÖRDEM Yılmaz / BİÇİMLİ Emrah, "Markanın Kullanım Yükümlülüğü ve Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 51, 2022, s. 179.

⁴³ BAYRAM, s. 63.

⁴⁴ SMK m.9 gerekçesi; "Ancak maddede söz konusu olan kullanım, markanın tescil edildiği amaç dahilinde, işlevine uygun, yani ticari hayatın içinde, markanın fonksiyonlarının yerine getirilmesi için Türkiye'de kullanımdır." (Kaynak: www.tbmm.gov.tr).

Kural olarak markanın malın kendisinin veya ambalajının üzerine konulması bu anlamda markasal kullanımdır.⁴⁵ Ancak marka ile mal veya hizmet arasında ilgili müşteri nezdinde bağlılık yaratıldığı sürece, marka malın kendisinde ya da ambalajında kullanılmasa da markasal kullanımdan söz edilebilir.⁴⁶ Özellikle hizmet markalarında, marka ile tanıtım yapılması, katalog ile broşür hazırlanması ve dağıtılması, reklam yapılması esnasında marka ile verilen hizmetin tüketici nezdinde ilişkilendirilmesi markasal kullanımdır.⁴⁷ Zira bu şart bakımından önemli olan, markanın piyasaya sunulması; belirli bir müşteri çevresi yaratılmasına yönelik olarak fiilen ve ticari şekilde kullanılması; kısaca kullanımın kamuya yönelmesidir.⁴⁸

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi'nin 20. Hukuk Dairesi, 27.05.2021 tarihli kararında, marka sahibinin sunduğu faturalarda ürün cinsleri, fiyatları ve miktarlarının yazılı olduğunu, markanın ambalaj, etiketleme veya baskı suretiyle mal üzerine iliştilmediğini tespit eden ve davaya konu edilen ürünlerin işletmede buzdolabında açık olarak sergilenmesinin ürünün marka ile ilişkilendirilmesi bakımından yeterli görmeyen ilk derece mahkemesinin kararını yerinde görmüştür.⁴⁹

Markanın davaya konu edilmesinin veya yenilenmesinin, temel işlevine uygun kullanım teşkil etmediği de yargı kararlarında kabul edilmektedir.

⁴⁵ YASAMAN / YÜKSEL, s. 2021; OĞUZ Arzu, "Markanın Kullanmama Nedeniyle İptali Konusunun Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Tera-zi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 128, 2017, s. 24; ARAS, s. 82.

⁴⁶ YASAMAN / YÜKSEL, s. 2021; ARAS, s. 83; ÇOLAK, s. 1240; KARACA, s. 35; GÜNEŞ İlhami, *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 2. Bası, Adalet, Ankara, 2020, s. 280; NOYAN Erdal / GÜNEŞ İlhami, *Marka Hukuku*, 5. Bası, Adalet, Ankara, 2015, s. 446.

⁴⁷ YHGK, E. 2014/106, K. 2016/67, 22.01.2016 tarihli kararında "(...)Markasal kullanımın değerlendirmesinde ortalama tüketicinin kullanılan işareti marka olarak algılamasının esas alınması gerektiğini, markanın sadece mal veya hizmet üzerinde kullanılmasının zorunlu olmadığını, ticari belgelerde, tanıtım amaçlı broşür ve resimlerde markanın kullanılması da mal ve hizmetle bağlantı oluşturulduğu sürece markasal kullanım teşkil ettiğini(...)" kabul etmiştir (www.lexpera.com.tr). NOYAN / GÜNEŞ, s. 446; GÜNEŞ, s. 280; KARACA, s. 35; BAYRAM, s. 65.

⁴⁸ YASAMAN / YÜKSEL, s. 2022; ARAS, s. 83; ÇAĞLAR, s. 6; BAYRAM, s. 67. Kullanma sayılmayan örnekler için ayrıca bkz. YASAMAN / YÜKSEL, s. 2022; TEKİNALP, s. 483; ARAS, s. 89; COŞGUN, s. 42; ÇOLAK, s. 1244; KARACA, s. 35, 46; BAYRAM, s. 68; SÖNMEZ Numan Sabit, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 76. S. 1, 2018, s. 297; Türk Patent ve Marka Kurumu, *Kullanım İspatı Kılavuzu 2017* (www.turkpatent.gov.tr), s. 14.

⁴⁹ İzmir BAM 20. HD., E. 2020/313, K. 2021/451, 27.05.2021.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 15.02.2022 tarihinde verdiği bir kararında,⁵⁰ marka hakkına dayanılarak dava açılmış olmasının markasal kullanım niteliğini taşımadığı, marka tescilinin yenilenmesinin de tek başına markanın kullanıldığını ispata yetmediği yönündeki kararı onamıştır.

C. Markanın Sicilde Kayıtlı Mal ve Hizmetler İçin Kullanılması

Son olarak, markanın ciddi kullanımından bahsedebilmek için markanın sicilde kayıtlı mal veya hizmetler bakımından kullanılması gerekir.⁵¹ Mülga 556 sayılı KHK'da buna yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak öğretide⁵² ve yargı kararlarında⁵³ markanın tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından kullanılması gerektiği kabul edilmekteydi. SMK m.9 hükmünde bu unsura açıkça yer verilmiştir.

Marka birden çok mal veya hizmet bakımından tescilli olabilir. Bu durumda markanın, ciddi biçimde kullanılmadığı tespit edilen mal veya hizmetler bakımından kısmen iptali gündeme gelebilir.⁵⁴ Keza aynı sınıf ve aynı alt gruptaki malların bir kısmı üzerinde kullanımın gerçekleşmiş olması, markanın diğerleri bakımından kullanıldığının kabulüne yol açmaz.⁵⁵ Keza Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 2021/5923 E. ve 2021/7080 K. sayılı kararında, sicilde 7, 8, 9 ve 11. sınıftaki mallar bakımından tescilli olan "HUMAX" markasının kullanımına ilişkin değerlendirmede davalı tarafın kullanımını ispat amacıyla sunduğu fatura vb. evrakın yalnızca 11. sınıftaki aydınlatma emtiaları bakımından söz konusu olması üzerine, markanın 7, 8 ve 9. sınıftaki mallar bakımından iptaline ve sicilden terkinine karar veren Bölge Adliye Mahkemesi kararını onamıştır. Benzer şekilde, 41. ve 42. sınıflarda tescilli bir markanın her iki sınıftaki bazı hizmetler yönünden kullanıldığı, bazı hizmetler yönünden ise kullanılmadığı ve iptali gerektiği yönündeki

⁵⁰ Y. 11. HD., E. 2020/7011, K. 2022/1123, 15.02.2022 (www.lexpera.com.tr).

⁵¹ BAYRAM, s. 70; TAMER, s. 70-71; ÇOLAK, s. 1239; ARAS, s. 90.

⁵² YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 637; TEKİNALP, s. 424; SEKMEN Orhan, **Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları**, 2. Bası, Bilge, Ankara, 2016, s. 212; KARACA, s. 37; BAYRAM, s. 73; ARAS, s. 91.

⁵³ YHGK, E. 2010/695, K. 2011/47, 09.02.2011; Y. 11. HD., E. 2009/3224, K. 2011/1805, 17.02.2011; Y. 11. HD., E. 2012/9599, K. 2013/9029, 03.05.2013, www.lexpera.com.tr.

⁵⁴ YASAMAN / YÜKSEL, s. 2025; KARACA, s. 39; ÇOLAK, s. 1239; BAYRAM, s. 70; ARAS, s. 92. Bu husustaki tartışmalar için ayrıca bkz. ÖZKÖK Başak, **Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmen İptali**, Seçkin, Ankara, 2015, s. 154-157.

⁵⁵ YASAMAN / YÜKSEL, s. 2025; ÇOLAK, s. 1239, 1277; ARAS, s. 92.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı Yargıtay’ca onanmıştır.⁵⁶ Yargıtay kararlarında bu yaklaşımın istikrar kazandığı görülmektedir.⁵⁷

Markanın kullanımı sicilde kayıtlı her bir mal veya hizmet bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu bakımdan, markanın kullanıldığı mal veya hizmetlerin, tescile konu edilmiş ancak kullanıldığı yönünde tespitle bulunulmamış diğer başka mal veya hizmetlere benzer olması, markanın kullanıldığının kabulü bakımından yetersiz görülmektedir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi’nin 2022 tarihinde verdiği bir kararında bu hususun altını çizmiştir:⁵⁸

“(…) ayrıca Yargıtay’ın 2013/384 E.-2013/1893 K. Sayılı ilamında da belirtildiği üzere kullanım ispat edilmeden, markanın kullanıldığı hizmetlere benzerliği nedeniyle başka hizmetlerde de kullanılmış sayılamayacağı, diğer taraftan davalının dava konusu markasının tanınmış olduğu ve iptaline karar verilen mallar bakımından davacının “...” ibaresini kullanmasının iltibas sebebiyet vereceği savunmalarının işbu davada tartışılması imkanı bulunmadığı, anlaşıl-makla davalı vekilinin istinaf başvurusunun esas yönünden reddine dair hüküm kurmak gerekmiştir.”

⁵⁶ Y. 11. HD., E. 2021/184, K. 2022/4614, 08.06.2022: “... davaya konu markanın; 41. sınıf “Eğitim ve öğretim hizmetleri Sempozyum, konferans, kongre ve seminer, düzenleme, idare hizmetleri. Spor, kültür ve eğlence hizmetleri, kültürel etkinlikler, sinema etkinliklerinin sağ-lanması hizmetleri, konser, gösteri, festival düzenleme hizmetleri, gösteriler için yer ayırma hizmetleri, sahne ve gösteri dekorlarının kiralanması hizmetleri, tiyatro hizmetleri, Dergi, ki-tap, gazete vb. yayımlama hizmetleri Film, televizyon ve radyo programları yapım hizmetleri Haber muhabirliği hizmetleri, foto-muhabirliği hizmetleri Fotoğrafçılık hizmetleri Tercüme hizmetleri.” ve 42. Sınıf “Bilimsel ve sınai inceleme, araştırma hizmetleri” yönünden, SMK m.9 kapsamında kullanımın gerçekleştiği ve iptali şartlarının oluşmadığı, ancak diğer hizmet-ler yönünden kullanımın ispatlanmadığı gerekçesiyle taraf vekillerinin istinaf başvurularının kabulü ile yerel mahkeme kararının kaldırılmasına, davanın kısmen kabulü ile davalı adına tescilli bulunan 2008/70940 sayılı markanın, “41. sınıf, Sanatçılar için modellik yapma hiz-metleri, orkestra hizmetleri.”; “42. sınıf, Mühendislik hizmetleri Bilgisayar hizmetleri, Bilgi-sayar programcılığı hizmetleri, bilgisayar yazılımlarının tasarımı hizmetleri, bilgisayar yazı-lımlarının bakımı ve güncelleştirilmesi hizmetleri. Bu sınıfa dahil olup mühendislik, mimarlık, bilgisayar hizmetleri kapsamına girmeyen her türlü tasarım hizmetleri, grafik sanat tasarım hizmetleri. Sanat eserleri orijinallik onay hizmetleri.” mal ve hizmetleri yönünden iptaline, fazlaya ilişkin istemin reddine...” (www.lexpera.com.tr)

⁵⁷ Y. 11. HD., E. 2021/5983, K. 2023/700, 08.02.2023, “... ayrıca Mahkemenin kabulüne göre dahi 25 inci

sınıfta her bir alt sınıfta tescilli emtia yönünden ayrı ayrı markanın kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilerek kullanılmayan emtialar yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekir-ken kullanımın ispatlanamadığı “Çoraplar, Ayak giysileri. Baş giysileri” yönünden de davanın reddine karar verilmesinin yerinde görülmediği...” (www.lexpera.com.tr).

⁵⁸ Ankara BAM 20. HD., E. 2020/1188, K. 2022/537, 14.04.2022, www.lexpera.com.tr.

Öte yandan, öğretide, markanın sicilde kayıtlı mal veya hizmetlerin üst kavramı kapsamında sayılan emtia bakımından kullanılması hâlinde ise ciddi kullanımın kabul edilebileceği ileri sürülmektedir.⁵⁹ Kanaatimizce markanın kullanıldığı mal ve hizmetler ile kullanılmayan mal ve hizmetler arasında markanın hitap ettiği müşteri kitlesi nezdinde ayniyet ya da türdeşlik ilişkisi kuruluyorsa ya da aynı çevrede ayrı bir alt kategori olarak algılanmıyorsa, kullanıma konu edilmeyen mal ve hizmetler açısından da markanın kullanıldığı kabul edilebilecektir.⁶⁰ Nitekim, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Ferrari kararında,⁶¹ araba için tescilli markanın, sadece spor araba ya da yüksek fiyatlı araba gibi amaçsal yönden izole ve bağımsız olduğu iddia edilen alt kategorilerinde kullanıldığı ve bu anlamda kısmi bir kullanıma konu edildiği yönünde peşin bir değerlendirmenin tutarlı olmayacağı gibi marka sahibinin haklarını aşırı biçimde sınırlayacağı sonucuna varılmıştır.

D. Markanın Türkiye'de Kullanımı

Mülga 556 sayılı KHK kullanımın Türkiye'de gerçekleşmesi kriterini öngörmemişti. Ancak, yargı kararları⁶² ve öğreti⁶³ bu kriterin varlığının kabulü yönünde gelişmişti. Kanun koyucu tarafından SMK m.9 ile markanın Türkiye'de kullanılması gerektiği açıkça hüküm altına alınmıştır. Yine bu kapsamda, kullanılmama savunmasında marka sahibinin ispatlaması gereken kullanımın Türkiye'de gerçekleşmesi aranmıştır (SMK m.19/2). Öte yandan markanın kullanımının Türkiye'nin tamamında gerçekleşmesi beklenmez.⁶⁴

⁵⁹ COŞĞUN, s. 39.

⁶⁰ YASAMAN / YÜKSEL, s. 2026; KARACA, s. 39; COŞĞUN, s. 39; ARAS, s. 93; aksi yönde Y. 11. HD., E. 2013/384, K. 2013/1893, 05.02.2013, (www.lexpera.com.tr).

⁶¹ CJEU, C- 720/18 ve C-721/18, Ferrari SpA v. DU, 22.10.2022.

⁶² Y. 11. HD., E. 2014/10058, K. 2014/19421, 10.12.2014, "Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; ... tanıtıcı işaretini ticaret unvanı ve marka olarak kullanan şirketin ve ticarî faaliyetlerinin, 1996 yılından sonra Türkiye'de görsel ve yazılı medyada haber ve tanıtımlara konu olması karşısında Türkiye'de kullanım şartının gerçekleştiği..." Y. 11. HD., E. 2007/3234, K. 2008/5432, 22.04.2008; Y. 11. HD., E. 2009/3437, K. 2011/2191, 03.03.2011; Y. 11. HD., E. 2013/16963, K. 2014/11118, 11.06.2014, "... oysa markaların ülkeselliği ilkesi gereği kullanımın yurt içinde olması zorunluluğun bulunduğu, markanın kullanıldığı Almanya'da çok sayıda Türk vatandaşının yaşıyor olmasının sonuca etkisinin bulunmadığı, öte yandan markaların da zaten bu hizmetler yönünden tescilli olmadığı, davalı tarafın başkaca bir delil de sunmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir." (www.lexpera.com.tr).

⁶³ YASAMAN / YÜKSEL, 556 Sayılı KHK Şerhi (2004), s. 638; SEKMEN, 208.

⁶⁴ ARAS, s. 95; KARACA, s. 40.

Ülkenin belli bir bölümde gerçekleşen kullanımlar da bu kapsamda markanın kullanımı kabul edilebilir.⁶⁵ Ne var ki bu kullanım yeterli sıklıkta, boyutta ve hacimde olmalıdır.⁶⁶

Marka üzerinde üçüncü kişiye lisans verilmiş olabilir. Lisans alan markayı yalnızca yurt dışında kullanıyor ise, markanın Türkiye’de ciddi kullanımından söz edilemez.⁶⁷ Ancak, bu kullanım Türkiye’de yaşayan kimselere yönelik ve Türkiye’deki ticari hayata da etki ediyorsa bu durumda markanın ciddi biçimde kullanıldığı kabul edilebilir.⁶⁸ Bu bağlamda, yabancı bir dergide markanın ilan ve reklamlarının yayımlanması ve bu derginin de Türkiye’de de satılıyor olması ve buradaki tüketiciye hitap etmesi durumunda markanın kullanıldığı kabul edilmelidir.⁶⁹

⁶⁵ COŞĞUN, s. 52; ÖZKÖK, s. 118; ARAS, s. 95; BAYRAM, s. 75; KARACA, s. 40-41.

⁶⁶ ÇOLAK, s. 1238; ARAS, s. 95.

⁶⁷ ÖZKÖK, s. 119; ARAS, s. 94. Y. 11. HD., E. 2007/3234, K. 2008/5432, 22.04.2008 tarihli kararında marka sahibinin lisans sözleşmesi ile markasının yabancı ülkelerde kullanılmasının Türkiye’de kullanım anlamına gelmediğini vurgulamıştır (www.lexpera.com.tr).

⁶⁸ ÇOLAK, s. 1236; ARAS, s. 94; BAYRAM, s. 75; ÖZKÖK, s. 119.

⁶⁹ ÇOLAK, s. 1236; SEKMEN, 208-209; BAYRAM, s. 76; ÖZKÖK, s. 119.

KAYNAKÇA

- ARAS Meltem, **Markanın İptali ve İptal Halleri**, On İki Levha, İstanbul, 2019.
- BAYRAM Muhammed Enes, **Marka Hukukunda Kullanılmama Savunması**, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- BEKTAŞ İbrahim, “Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanmama Nedeniyle İptali - AB Adalet Divanı’nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, C. 17, S. 2, 2018, s. 219-258.
- COŞGUN Gizem, **Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması**, Seçkin, Ankara, 2018.
- ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, 5. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2023.
- GÜNEŞ İlhami, **Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku**, 2. Bası, Adalet, Ankara, 2020.
- KARACA Osman Umut, **Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları**, 2. Bası, Lykeion, Ankara, 2018.
- KAYA Arslan, “Kullanılmama Sebebi ile Markanın İptali Kararının Etkisi ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 373-391 (“Kullanmama Sebebi ile Markanın İptali”)
- NOYAN Erdal / GÜNEŞ İlhami, **Marka Hukuku**, 5. Bası, Adalet, Ankara, 2015.
- OĞUZ Arzu, “Markanın Kullanmama Nedeniyle İptali Konusunun Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 128, 2017, s. 21-31.
- ÖZKÖK Başak, **Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmen İptali**, Seçkin, Ankara, 2015.
- ÖZTÜRK AKKARTAL Hanife, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Tescilli Markanın Kullanılmaması ve Buna Bağlı Sonuçlar”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 1, 2019, s. 13-31.
- PEKDİNÇER Remzi Tamer / ÇOŞGUN Gizem, “Markanın Kullanılmaması Sebebiyle İptaline İlişkin Güncel Sorunların Değerlendirilmesi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 1, 2019, s. 135-151.
- SEKMEN Orhan, **Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları**, 2. Bası, Bilge, Ankara, 2016.
- SÖNMEZ Numan Sabit, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 76, S. 1, 2018, s. 277-308.
- SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.
- TAMER Elanur, **Marka Hukukunda Kullanım İspatı**, Yetkin, Ankara, 2021.
- TEKİNALP Ünal, **Fikrî Mülkiyet Hukuku**, 5. Bası, Vedat, İstanbul, 2012.
- Türk Patent ve Marka Kurumu, **Kullanım İspatı Kılavuzu 2017**, www.turkpatent.gov.tr.

- YASAMAN Hamdi / ALTAY S. Anlam / AYOĞLU Tolga / YUSUFOĞLU Fülürya / YÜKSEL Sinan H., **Marka Hukuku - 556 Sayılı KHK Şerhi**, Cilt I-II, Vedat, İstanbul, 2004.
- YASAMAN Hamdi / AYOĞLU Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya / MEMİŞ KARTAL Pınar / YÜKSEL Sinan H. / YASAMAN Zeynep, **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi**, C. I-II-III, Seçkin, İstanbul 2021.
- YÖRDEM Yılmaz / BİÇİMLİ Emrah, “Markanın Kullanım Yükümlülüğü ve Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 51, 2022, s. 173-200.
- YÜKSEL Sinan H., “Madde 9”, **Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi**, Cilt II (Madde 6 - 9), Seçkin, Ankara, 2021, s. 2012-2125.

Makaleler

MARKA HAKKINA TECAVÜZ DAVALARINDA MADDİ TAZMİNAT HESABI^(*)

Dr. Adem ASLAN^(**)

Öz: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun (SMK) 149/1-ç maddesinde marka hakkına tecavüz halinde açılacak davalar arasında “maddi zararın tazmini” davası da bulunmaktadır.

SMK’nın 151. maddesinde ise hak sahibinin maddi tazminat adı altında “fiili kayıp” ve “yoksun kalınan kazanç” şeklinde iki ayrı maddi zararının tahsilini talep edebileceğinden bahsedilmiş olup, bunlardan fiili kayıp kavramına hiçbir bir açıklık getirilmezken, yoksun kalınan kazanç konusunda hak sahiplerine üç ayrı tazminat seçeneği sunulmuştur. Anılan düzenlemede, yoksun kalınan kazanç seçeneklerinin hesap yöntemlerinden bahsedilmemiş ise de, önceki yasal düzenlemelerden farklı olarak yoksun kalınan kazancın hesabında değişik etkenlerin göz önünde bulundurularak tazminat hesabının her bir somut olayın özellikleri ile korunan hakkın önem, değer ve niteliği dikkate alınarak farklı farklı şekilde yapılabilmesine imkân tanınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Marka Hakkına Tecavüz, Maddi Tazminat, Yoksun Kalınan Tazminat, Kullanmama Def'i, Hesap Yöntemi, Ticari Defterler, Lisans.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 15.05.2024 - Makale Kabul Tarihi: 25.06.2024.

İlgili eser Türkçe olarak Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cumhuriyetin 100. Yılı Etkinlikleri kapsamında, 28.04.2024 tarihinde Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı tarafından düzenlenen “Cumhuriyet’in 100. Yılında Marka Hukuku Sempozyumu” başlıklı sempozyumda sunulmuştur.

^(**) Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: adem.aslan@ymail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7009-5162>.

COMPENSATORY DAMAGES IN TRADEMARK INFRINGEMENT CASES

Abstract: Among the lawsuits in case of trademark infringement, legislated in Article 149/1-ç of the Industrial Property Act (“Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)”) numbered 6769 is compensation lawsuit.

According to Article 151 of the SMK, the right holder may request the collection of two separate financial damages; one of them is “actual loss” and the other one is “loss of profit”. Although the regulation has include no clarification on the concept of “actual loss”, on the other hand, offered to rightholder three types of calculation method about damage related to “loss of profit”. Unlike the previous legal regulations, different factors should be taken into account in the calculation of loss of profit.

Keywords: Trademark Infringement, Compensation, Loss of Profit, Non-Use Exception, Calculation of Damage, Trade Books, Licence.

I. MADDİ TAZMİNAT TALEBİNİN HUKUKİ ALT YAPISI

A. SMK'da Yer Alan Korumanın Tescil Esasına Dayanması

6769 sayılı SMK'nın 1/2. maddesinde yer alan “*Bu Kanun; marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin başvuruları, tescil ve tescil sonrası işlemleri ve bu hakların ihlaline dair hukuki ve cezai yaptırımları kapsar*” şeklindeki düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere kural olarak sadece tescilli markalara sağlanmıştır. Diğer bir anlatımla, tescilsiz markalar nedeniyle SMK uyarınca maddi tazminat talebinde bulunulabilmesi imkânı bulunmamaktadır.

Tescilsiz markalardan doğan haklara tecavüz halinde ancak 6102 sayılı TTK'nın 55. Maddesindeki haksız rekabet kuralları uyarınca tazminat talebinde bulunulabilecektir.¹

B. Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Fiiller

Gerek marka hakkına tecavüz eylemleri gerekse maddi tazminat kavramı SMK'da mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinden oldukça farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Zira tazminatın kapsamı her bir tecavüzün şekli, niteliği ve boyutuna göre farklılık arz edebilecektir. O nedenle marka hakkına tecavüz eylemlerinin ana hatlarıyla hatırlanmasında yarar bulunmaktadır.

1. Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Kullanım Şekilleri

Marka hakkına tecavüz sayılan kullanım şekil ve yöntemleri SMK'nın 29. Maddesinde belirlenmiştir.

a. SMK'nın 7. Maddesinde Sayılan Eylemler

Kanun koyucu, söz konusu tecavüz fiillerinin başında, 7. Maddede sayılan ve mutlak surette tescilli hak sahibinin tekelinde olan kullanım şekillerini göstermiştir. Tescilli marka hakkı sahibi, markasının Kanun'un 7. Maddesindeki markasal kullanımların başkaları tarafından izinsiz kullanılması halinde marka hakkına tecavüzden kaynaklı davaları açabilecektir. 7. Madde'nin ilk fıkrası tescil ilkesini, ikinci fıkrası marka sahibinin önleme hakkının

¹ ARKAN Sabih, *Marka Hukuku, C. II*, AÜHFY, Ankara, 1997, s. 225; KARAMAN ODA-BAŞI Fatma, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 59.

mevcut olduğu kullanım şekillerini, üçüncü fıkra ise marka sahibinin önleme hakkının doğduğu kullanım hallerinde marka işaretinin kullanıldığı yerleri düzenlemekte olup SMK m.7'nin bir bütünlük içerisinde yorumlanması gereklidir.²

b. Markanın Taklit Edilmesi

SMK'nın 29/1-b bendinde, markanın izinsiz olarak aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle “markanın taklit edilmesi” eylemi de marka hakkına tecavüz hallerinden birisi olarak sayılmıştır. Bu maddeye konu kullanım şekli esasen SMK'nın 7/1-a ve b maddesinde düzenlenen eylemle aynıdır. Bu hususta madde gerekçesinde hiçbir açıklama bulunmadığı gibi, öğretide de buna ilişkin hiçbir makul ve mantıklı açıklama bulunmamaktadır.³ Bu düzenleme maalesef kanun koyucunun kanun yapmadaki özensizliğini akla getirmektedir.

c. Taklit Markalı Ürünü Ticaret Alanına Çıkarmak

Marka hakkına tecavüz sayılan diğer bir düzenleme ise 29. maddenin (c) bendinde “*Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak*” şeklinde düzenlenmiştir. Buradaki düzenlemeye göre, taklit markalı malları bizzat üretmeyen, ancak izinsiz olarak ve ticari amaçlarla; taklit markalı ürünleri satan, dağıtan, başka bir şekilde ticaret alanına çıkartan, ithal veya ihraç eden, depoda bulunduran üçüncü kişilerin eylemi marka hakkına tecavüzün değişik bir türü olarak kabul edilmiştir. Üçüncü kişilerin bu tür bir eylemden sorumlu tutulmamalarının temel şartı, markanın taklit olduğunu bilmesi veya bilmesinin gerekmesidir. Eğer bu şart yerine getirilmemiş ise üçüncü kişilerin bu tür eylemlerden doğan zararlardan sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Özellikle markayı taşıyan ürünün ait olduğu sektörde çok sayıda alternatif malların söz konusu olduğu durumlarda bir perakendecinin sattığı binlerce ürünün her birinin markasının orijinal

² UZUNALLI Sevilay, **Marka Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 163; BAŞ Osman, **Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Tazminat Davaları**, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, s. 5.

³ Geniş açıklamalar için bkz. ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, 5. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2023, s. 840.

olduğunu bilmesi veya bilmesinin gerekmesi söz konusu olmayabilir. Bu düzenleme, tazminat sorumluluğundaki “kusur” şartının da bir gereğidir. Bu çerçevede kural olarak “bilmesi” ibaresinin kast⁴ ile, “bilmesi gerekmesi” ibaresinin ise ihmal ile örtüştüğü yorumu yapılabilir.

Kanun’un ceza hükümlerine ilişkin 30. Maddesinde, marka hakkına tecavüz suçu teşkil eden diğer eylemlerin yanında “*taklit markalı malları nakil etme*” eylemi de suç sayılan eylemler arasında sayılmış ise de, bu hususta hukuk davalarına ilişkin 29. maddede bilinçli olarak susulmuştur. Bu haliyle hukuk ve ceza düzenlemeleri arasında bir çelişki var gibi görünmektedir. Ancak her iki hükmün de bir şekilde birbiriyle bağdaştırılması zorunluluğu bulunmaktadır. Esasen taklit markalı mallar nakil sırasında yakalanmış ise hem hukuk davasında, hem de ceza davasında “marka hakkına tecavüz” eyleminin varlığı sabit görülmelidir. Hukuk davasında taşıyan (nakleden) kişinin taşımakta olduğu malların taklit olduğunu bilmesi veya bilmesinin gerekmesi halinde taklit markalı malların sahibiyle birlikte “başka bir surette ticaret alanına çıkaran kişi” sıfatıyla tazminattan sorumlu olduğunun kabulüne, ceza davasında ise taşıyanın bu suçtan mahkumiyetine karar verilmelidir. Ancak taşıyanın taşıdığı malların taklit olduğunu bilmesinin mümkün olmadığı hallerde ise hukuk davasının reddine, ceza davasından da beraatine karar verilmelidir.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi de yakın zaman önce karara bağladığı içtihadında bu yönde değerlendirmede bulunmuştur.⁵

Keza hukuk davaları yönünden de Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, taşıyıcının taşıdığı malların taklit markalı olduğunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması halinde marka hakkına tecavüz eyleminden sorumlu olmadığına karar verilmektedir.⁶

⁴ Marka tecavüzünde genellikle kastın mevcut olduğu yönünde bkz. BAŞ, s. 7.

⁵ Y. 7. CD’nin 14/12/2021 tarih ve 2021/29270 E. - 2021/17411 K. sayılı içtihadına konu olayda; taşıyıcı hakkında taşıdığı malların taklit markalı olduğunu bildiğine dair delil ve emare olmaması nedeniyle verilen Cumhuriyet Savcılığı tarafından verilen takipsizlik kararına itiraz isteminin reddine dair İstanbul Sulh Ceza Hâkimliğinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı tarafında “Kanun Yararına Bozma” istemi Özel Daire tarafından ret olunmuştur.

⁶ Y. 11. HD’nin 3/11/2018 tarih ve 2017/1641 E. -2018/7029 K. 22/06/2016 tarih ve 2015/11370 E.-2016/6903 K.

d. Lisans Hakkının İzinsiz Genişletilmesi

Lisans haklarının izinsiz genişletilmesi de marka hakkına tecavüzün diğer bir şekli olarak gösterilmiştir. Lisans sözleşmeleri, gerçek hak sahibinin, kanunun kendisine verdiği yetki çerçevesinde sahip olduğu hakları kullanma yetkisini belirli bir süreyle, sayıyla veya çevreyle sınırlı olarak başkalarına devrettiği sözleşmelerdir. Lisans sözleşmeleri “tam (münhasır) lisans” ve “basit (adi) lisans” olarak ikiye ayrılmaktadır.⁷ Kanun’un 24. Maddesinde de açıkça ifade olunduğu üzere, marka lisansları, markanın tescilli olduğu tüm mal veya hizmetleri kapsayabileceği gibi bunlardan yalnızca birini de kapsayabilir. Hak sahibi tarafından verilen lisanslar süre veya sayıyla, üretim ve dağıtım veya sadece dağıtım ile sınırlı olabilir. Hak sahibi, kendisine verilen lisansı süre bittiği halde devam ettirirse veya sayı sınırını aşarsa veya kendisine verilen mal ve hizmetlerin dışındaki mallar yönünden de kullanırsa lisansın genişletilmesi suretiyle marka hakkına tecavüz söz konusu olur.⁸

Bu noktada, münhasır lisans hakkı verdiği lisans sahibinin bulunduğu coğrafi bölgede bizzat marka sahibinin dahi sözleşmeye aykırı olarak lisansa konu markalı malı üretmesi veya dağıtması lisans sahibine karşı marka hakkına tecavüz teşkil edebilecek ve ona karşı sorumluluk doğurabilecektir.

2. SMK m.7 Kapsamında Marka Hakkına Tecavüz Eylemleri

a. Tecavüze Konu İşaretin Niteliği

i. Kullanılan İşaretin Tescilli Marka ile Aynı Sınıfta Olması

SMK’nın 29/1-a fıkrasının yollamasıyla bir eylemin marka hakkına tecavüz olarak nitelenebilmesi için her şeyden önce mütecavizin kullandığı işaretin hak sahibi adına “tescilli bir marka” olması zorunluluğu bulunmaktadır.

SMK’nın 11. Maddesi uyarınca marka tescil başvurusu mutlaka mal veya hizmetlerin listesini içermelidir. Ülkemizde 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan *Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşma-sına* göre Türk Patent ve Marka Kurumu (TPMK) tarafından çıkartılan “Sınıf-

⁷ Lisans sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OKTAY ÖZDEMİR Saibe, *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmesine Uygulanması*, Beta, İstanbul, 2002; ÖZEL Çağlar, *Marka Lisans Sözleşmesi*, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2015.

⁸ ARKAN, s. 218; ÇOLAK, s. 754-763.

landırma Listesi” yayınlanmakta ve zaman zaman bu listeler revize edilmektedir. Her bir sınıfın içerisinde ise o sektördeki benzer mal ve hizmetler alt gruplar halinde gösterilmektedir. Bir marka başvurusu Sınıflandırma Listesinde yer alan bir veya daha fazla sınıf ve alt grup mal ve hizmetleri içerebilir.

Marka hakkına tecavüzün varlığı için kullanılan işaretin, hak sahibinin marka tescil kapsamında kalan mal veya hizmetlerden birine ilişkin olması gerekir. Ancak, sadece tescil kapsamında kalan mal ve hizmetler değil, hal ve şartlara göre bunlarla ilişkilendirilebilecek başka mal ve hizmetler yönünden izinsiz kullanım da marka hakkına tecavüz teşkil edebilecektir. Bu anlamda ilişkilendirilebilecek mal veya hizmetlerin aynı mal veya hizmet sınıfında olması gerekmez.⁹ Hatta bir mal ile bir hizmet sınıfının dahi birbirleriyle ilişkilendirilebilmesi mümkün olabileceği gibi, aynı sınıfın değişik alt gruplarında yer alan mal ve hizmetler de birbirleriyle benzer olmayabilir.

ii. İşaretin Tescilli Markaya Benzerliği

Mütecaviz tarafından kullanılan işaret, tescilli markanın tescil kapsamında yer alan mal ve hizmetlerle aynı olsa bile, kullanılan işaretin de tescilli markaya karıştırılabilecek ölçüde benzer olması gerekir. İşaret ile tescilli marka arasındaki benzerlik *aynıyet* düzeyinde olabileceği gibi, *görsel, işitsel ve kavramsal* yönler hep birlikte bütüncül olarak değerlendirildiğinde her iki markalı ürünün de aynı veya aralarında ticari, idari veya ekonomik bağlantılı bulunan birbiriyle ilintili firmalarca üretildiği algısına yol açacak ölçüde bir benzerlik bulunması gerekmektedir.

Uygulamada bu benzerliğe “*karıştırılabilir düzeyde benzerlik (iltibas)*” da denilmektedir.¹⁰ Bu benzerliğin her somut olayda o olayın özellikleri dikkate alınarak, bu hususta oluşan objektif ilke ve yaklaşımlara göre mahkemelerce belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu benzerlik mahkemelerce fiktif olarak değerlendirilmektedir. Ancak bu değerlendirme yapılırken tecavüze konu mal ya da hizmetin potansiyel alıcılarının (ortalama tüketici kitlesinin) algı düzeyi ve bakış açısının dikkate alınması gerekir. Markayı taşıyan ürün, çocuklara yönelik olabileceği gibi, ev hanımlarına, öğrenci kitlesine veya belirli alanlarda uzmanlaşmış bilinç düzeyi yüksek kişilere (ustabaşı, taşeron gibi ara tüketiciler, doktorlar, eczacılar, öğretmenler, esnaflar vs.)

⁹ BOZGEYİK Hayri, **Marka Hakkının Korunması**, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, s. 67-70.

¹⁰ “İltibasa neden olacak derecede benzerlik kavramı” karıştırılabilir düzeyde benzerliği ifade etmekte, aynıyete yaklaşan benzerliği ifade eden “ayırt edilemeyecek derecede benzerlik” kavramından ayrışmaktadır. (Bkz. BOZGEYİK, s. 51).

yönelik de olabilir. Bilinç düzeyi yüksek olmayan genel tüketicilerin işaretleri karıştırma ihtimalleri, şüphesiz bilinçli tüketici kitlesine oranla çok daha yüksek olduğu dikkatlerden kaçmamalıdır.¹¹ Karıştırılma ihtimalinin varlığı için, daha önceden tescilli markayı taşıyan ürünü satın alan, kullanan, tecrübe eden ve satın aldığı malların markasına nispeten de olsa önem veren kişilerin önceki markanın zihninde bıraktığı anının tesiriyle sonradan gördüğü markalı mal ile önceden gördüğü markalı mallar arasında bir şekilde irtibat kurarak bunlar arasında ticari, idari veya ekonomik bağlantı olabileceğini düşünme ihtimalinin bulunması yeterlidir.

iii. Kullanılan İşaretin Tanınmış Markalarla Olan Benzer Olması

SMK'nın 7/2-c maddesindeki düzenleme uyarınca, mütecaviz tarafından kullanılan işaretin gerek işaretsel, gerekse tescil kapsamı itibarıyla karıştırılma ihtimaline yol açabilecek ölçüde benzer olmasa bile, önceden tescilli markanın “*tanınmış marka*” niteliğini haiz olması halinde, kullanılan işaretin tescilli markaya en azından onu çağrıştıracak ölçüde *görsel, işitsel veya kavramsal* benzerlik içermesi ve ayrıca -kural olarak- ürünler arasında sektörel benzerlik bulunması halinde de tanınmış markanın benzerinin izinsiz olarak kullanılması da marka hakkına tecavüz teşkil edebilecektir.¹² Bununla beraber herhangi bir sektörel benzerlik bulunmasa bile, tanınmış markanın itibarından haksız yarar elde eden, tanınmış markanın itibarına zarar veren ve tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyen durumlarda tanınmış marka aleyhine tecavüz gerçekleşebilecektir.

Markanın tanınmışlık düzeyi, bizatihi ait olduğu o sektörün de ötesine geçmiş ise (çok tanınmış marka) bu takdirde farklı sektörlerdeki mal ve hizmetlere karşı da tanınmış markanın korunması söz konusu olabilecektir.¹³ Ancak tanınmış marka koruması için, mütecavizin haklı bir sebep olmaksızın işaretin kullanması ve bu kullanımının, tescilli markanın Türkiye’de

¹¹ ABAD Lloyd Schuhfabrik Meyer (22/06/1999, C-342/97) kararının 26. paragrafında ortalama tüketici kavramının ve ortalama tüketicinin dikkat düzeyinin mal ve hizmet kategorilerine göre değişiklik gösterdiğini ifade etmiştir.

¹² Konuya ilişkin bkz. BOZGEYİK, s. 119-123. Yazar, tanınmış markalara ilişkin hakların tanınmış olmayan markalara göre daha geniş olduğunu belirtmekte, tanınmış markaların -somut olaya göre- tescil edilmediği mal ve hizmetleri de içine alacak bir koruma alanına sahip olduğunu ifade etmektedir.

¹³ Tanınmış markanın sulandırılması bu durumlara ilişkin önemli bir örnek teşkil etmektedir. (ÇOLAK, s. 659). Yazar, markanın sulandırılmasının tecavüz oluşturduğu hallere örnek olarak kalite ile özdeşleşmiş bir otomobil firmasının bir giyim eşyası üzerinde kullanılması ihtimalini vermektedir.

ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikte olması gerekir. Şayet bu üç şarttan en az birinin gerçekleşebilme ihtimali bulunmuyorsa tanınmış markanın varlığı nedeniyle marka hakkına tecavüzden söz edilemeyecektir. Farklı mal ve hizmetleri de kapsayacak nitelikte olması nedeniyle tanınmış markalara sağlanan bu korumayı “genişletilmiş marka koruması” olarak nitelemek mümkündür.

Hangi markaların tanınmış marka olduğu hususu çok geniş bir konu olmakla birlikte özet itibarıyla; gerek ait olduğu sektörde, gerekse sektör dışında ve halk nezdinde bilinirlikleri alternatiflerinden daha üst seviyede ve reklam değeri yüksek olan markalar oldukları söylenebilir.¹⁴

b. İşaretin Ticari Amaçla Kullanılması

Marka hakkına tecavüzden söz edebilmek için tescilli marka ile benzerlik teşkil eden işaretin ticaret alanında kullanılması gerekir. Tescilli markaya benzer nitelikte olan bir işaretin ticaret alanda kullanıldığından söz edebilmek için o işareti taşıyan mal veya hizmetin bizzat mütecaviz tarafından üretilmesi veya sağlanması yoluyla olabileceği gibi, başkaları tarafından üretilmiş malların ticari amaçla dağıtılması, kiralanması, kullanılması, depolanması veya başka bir şekilde ticari amaçla elde bulundurulması gerekir. Bireysel ihtiyaçları için taklit markalı ürünleri kullanan veya elinde bulunduran nihai tüketicilerin bu eylemleri marka hukuku açısından tescilli markaya tecavüz olarak nitelendirilemez.¹⁵

c. İşaretin Kullanıldığı Yerler

Marka hakkına tecavüz eyleminin varlığı için, markaya konu;

- i. İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması,
- ii. İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, tesliminin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunumunun teklif edilmesi,

¹⁴ Tanınmış marka kavramının ulusal ya da uluslararası mevzuatta tanımlanmadığı, bu durumun sebebinin tanınmışlık kavramının değişkenliğinden doğduğu, WIPO Ortak Tavsiye Metni’nde yer alan kriterlerden kılavuz olarak faydalanılabileceği yönünde bkz. SULUK Cahit / KARA-SU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin, 6. Baskı, Ankara, 2022, s. 191-192.

¹⁵ Bununla beraber kişisel kullanım arka planda mevcut olan bir ihlalin kapatılması amacına hizmet etmemelidir. İhlal taşıyan bir ürünün hem kişi tarafından kullanılması hem de üçüncü kişilere satılması ihlalin mevcut olmadığı anlamına gelmemektedir. (BOZGEYİK, s. 150).

- iii. İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi,
- iv. İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması,
- v. İşaretin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması,
- vi. İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması,
- vii. İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması

Gerekir. Burada sayılan kullanım çeşit ve yöntemleri oldukça geniş bir değerlendirmeyi gerektirdiğinden konunun kapsam ve özü itibarıyla detaya girilmemiştir.

C. Markayı Kullanma Şartı

Daha önceki düzenlemelerde mevcut olmayan ve hukukumuza ilk defa 6769 sayılı SMK ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de “markayı kullanma şartı”dır. Ancak bu husus, Türk hukukunda bir itiraz müessesesi olarak değil, “def’i” olarak düzenlenmiştir. Diğer bir anlatımla, marka hakkına tecavüz davasında davalı tarafça “davacının markayı kullanmadığı def’inin ileri sürülmesi” halinde, davacının davada başarılı olabilmesi için öncelikle ve ön koşul olarak markayı tecavüz davasına konu mal veya hizmet yönünden ciddi surette kullandığını veya kullanmamak için objektif makul ve meşru sebeplerinin bulunduğunu ispat etmesi zorunludur.¹⁶

İlk bakışta marka sahipleri yönünden ağır bir düzenleme gibi gözükse de, Kanun Koyucu, kendisine karşı marka hakkına tecavüz davası açılan davalı tarafın bir başka davada veya karşı dava yoluyla marka sahibi aleyhine “kullanmama nedeniyle iptal” davası açabilecek olması ve kullanımın bulunmaması halinde zaten marka ortadan kalkmış olacağı ve tazminat davasının da reddine karar verileceği için, AB Müktesebatına da uyumlu olarak,¹⁷ hiç değil-

¹⁶ ÇOLAK, s. 909.

¹⁷ Kullanmama def’i, SMK öncesi dönemde mevzuatımızda yer almamakta, davalının kullanmamaya ilişkin ayrı bir dava açması gerekmektedir. YASAMAN, Hamdi, **Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler**, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (Ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara, 2017, s. 150. İlgili AB mevzuatı için bkz. Article 17 of Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, <https://eur-lex.europa.eu/legal>.

se kullanmama def'i ileri sürüldüğünde markanın iptali yoluna gitmeksizin kullanılmayan markaların yaşatılarak sadece o davalı yönünden tecavüz nedeniyle açılacak davaların reddiyle yetinilmesi amaçlanmıştır. Marka sahibi elbette derhal kullanıma başlayarak, daha sonra bir başkasına, hatta daha önce kendisine karşı kullanmama def'i ileri sürerek tecavüz davasını reddettirene yönelik olarak marka hakkına tecavüz davası açabilmesi sağlanmış olacaktır.

Mütecavizler tarafından marka sahibine kullanmama def'i ileri sürebilmek için dava tarihi itibarıyla markanın tescilinin üzerinden en az 5 yıllık sürenin geçmiş olması gerekir. Zira marka sahibi, markasını tescilden itibaren 5 yıla kadar kullanmama hakkı bulunmaktadır.

Tescilin üzerinden 5 yıldan fazla sürenin geçtiği markalar yönünden kullanmama def'inin ileri sürülmesi halinde, marka sahibinin son beş yıl içerisinde markaya konu mal veya hizmet yönünden markanın ciddi surette kullanıldığının ispatı gerekir.

Kullanmama def'i karşısında marka sahibinin markayı kullandığını ispat edememesi halinde tecavüz davasındaki davalı yönünden markanın kullanımı hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Dolayısıyla tecavüzde bulunanın her hangi bir tazminat bedeli ödemesi gerekmediği gibi varsa el konulan malların da iadesi gerekir.

Kullanmama nedeniyle iptal davalarının SMK'nın 192. Maddesi uyarınca 01.01.2024 tarihine kadar geçici süreyle mahkemeler tarafından, bu süreden sonra ise TPMK tarafından görülmesi gerekmektedir. Mevcut düzenlemenin Anayasamızın 9. Maddesi yönünden sorunlu gözükmesi bir tarafa, TPMK'nın da kurumsal yapı ve çalışan sayısı itibarıyla bu işin üstesinden gelmesi oldukça zor görünmektedir.

01.01.2024 tarihinden itibaren markanın kullanmama nedeniyle iptali davalarının TPMK tarafından görülecek olması, bir tecavüz davasında "kullanmama" def'inin ileri sürülmesi halinde mahkemelerce bu hususun bir ön sorun olarak çözülmesine engel teşkil etmeyecektir.

D. Tecavüze Sessiz Kalmama Şartı

Marka hakkına tecavüz davaları yönünden mülga 556 sayılı KHK zâmanında Kanunda düzenlenmemiş, ancak uygulamayla ortaya çıkmış olan "sessiz kalma nedeniyle hak kaybı" müessesesi SMK'da da düzenlenmemiştir. Her ne kadar SMK'nın 25/6. Maddesinde "Marka sahibi, sonraki tarihli

bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötü niyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez” şeklinde bir düzenleme yer almakta ise de AB müktesebatından¹⁸ alınan buradaki düzenlemenin esasen bir tercüme / terminoloji hatası olduğu kabul edilmelidir. Maddede yer alan “sessiz kalma” tabiri, Türk hukukundaki “hak düşürücü süre” kavramına eş bir düzenlemedir. Ancak maddenin bu şekilde tercüme edilmesi, marka hakkına tecavüz davaları konusunda Türk hukukunda uygulamayla gelişmiş “sessiz kalma nedeniyle hak kaybı” kavramıyla karışmasına yol açmaktadır. Oysa her ikisi de birbirinden çok farklı kavramlardır.

Türk hukukunda, Türk Medeni Kanunu’nun 2. Maddesindeki ““ düzenlemesinden yola çıkılarak kabul edilen esasa göre, kendisine ait bir hakkın üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına bilerek uzun yıllar ses çıkarmadığı halde bu alanda yatırım yapan kişinin karşısına uzun yıllar sonra çıkılarak markadan doğan hakkın ileri sürülmesinin çelişkili davranış yasağı teşkil edeceği ve Kanun’un yasakladığı “hakkın kötüye kullanılması” niteliğinde olduğu içtihat hukukuyla kabul edilmiştir. Bu süre yargı uygulamalarıyla, hükümsüzlük davası açmaya ilişkin hak düşürücü süre dilimi gibi “beş yıl” olarak kabul edilmektedir.¹⁹

¹⁸ Article 17 of Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trademarks, <https://eur-lex.europa.eu/legal>. Anılan Topluluk düzenlemesi “Where the proprietor of an EU trade mark has acquiesced, for a period of five successive years, in the use of a later EU trade mark in the Union while being aware of such use, he shall no longer be entitled on the basis of the earlier trade mark to apply for a declaration that the later trade mark is invalid in respect of the goods or services for which the later trade mark has been used, unless registration of the later EU trade mark was applied for in bad faith.” Şeklinde olup “acquiesced” tabiri; önceki hak sahibinin, beş yıldan daha uzun bir süre geçtiği halde markanın tesciline karşı her hangi bir hukuki süreç başlatmayarak bu markaya “rıza gösterdiğinin” kabul edileceği ve daha sonra hukuki süreç başlatılamayacağı -kötü niyetli marka tescilleri hariç- ifade edilmektedir.

¹⁹ Ticaret Dairesi’nin 30.04.1968 tarih ve 13837/2562 E-K.; HGK’nın 19.02.1969 tarih ve 1966/130 K.; 2013/11-1831 E. 2015/1198 K.; Y. 11. HD 21.06.2017 tarih, 2017/1201 E.-2017/3982 K.; 26.11.2019 tarih, 2019/369 E.-2019/7529 K.; 20.12.2018 tarih 2016/10331 E.-2018/8143 K.; 09.12.2019 tarih ve 2019/1285 E. - 2019/8003 K. “... hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını çok geciktiren ve uzun süre sessiz kalan kişinin, markayı kullanan ve uzun yıllardır markaya yatırım yaparak emek sarf edip, masraf eden ve ticari tanıtım yapan kişiye karşı, markanın kötü niyetle tescil ettirildiği iddiasıyla dava açması halinde, davalıdan önce, davacının bu davranışının MK’nın 2. maddesi uyarınca dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun kabulü gerekir. Zira üçüncü kişilerde oluşturulan güvene aykırı davranmak çelişkili davranış yasağının kapsamına girecektir”

Kural beş yıllık süre olmakla birlikte, uygulamada istisnai durumlarda, sadece haberi olup ses çıkarmamanın ötesinde, davalının markayı izinsiz olarak kullandığını bildiği halde bu kişiyle ticari ilişki içerisine girmiş, daha sonra ticari ilişkileri bozulduğu için dava açılması durumlarında da yine TMK'nın 2. Maddesi kapsamında “çelişkili davranış yasağı” nedeniyle henüz beş yıllık kullanım süresi dolmamış olsa bile marka hakkı sahibinin dava açma hakkının düştüğü kabul edilmektedir.²⁰

Her iki halde de, marka hakkı sahibinin “sessiz kalma” nedeniyle hak kaybına uğraması halinde marka hakkına tecavüz nedeniyle gerek maddi tazminat gerekse tecavüzün durdurulması istemiyle dava açma hakkını kaybedecektir. Bununla birlikte, hak sahibinin hangi tescil kapsamındaki hangi ürünün davalı tarafından kullanılmasına sessiz kalmış ise ancak o ürün yönünden markadan doğan hakkı kaybolacaktır. Ayrıca, küçük bir şehirde küçük bir işyerindeki taklit markalı mal satışına sessiz kalması, daha sonra davalıya taklit markalı ürünü üretme hakkı vermeyeceği gibi başka coğrafyalarda ve hatta daha büyük ticari işletmelerde bu markayı izinsiz kullanma hakkı da sağlamaz. Diğer bir anlatımla, sessiz kalmanın sona erdiği tarihteki mütecavizin pozisyonu (ürün çeşidi, markanın kullanıldığı coğrafya ve işletme büyüklüğü gibi) ne ise gelecekte de korunması gereken pozisyonunun da o olması gerekir.

II. MARKA HAKKINA TECAVÜZ DAVALARI

Marka hakkına tecavüz sebebiyle açılacak davalar diğer sınai mülkiyet hakkı ihlallerini de içerecek şekilde “Ortak Hükümler” kısmında “Sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri sürebileceği talepler” başlıklı SMK'nın 149. Maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan kişilerin açabilecekleri davalar; mevcut tecavüz fiillerinin durdurulması, tecavüzün kaldırılması, gelecekte muhtemel tecavüzlerin önlenmesi ile maddi ve manevi tazminat davaları olarak sayılmıştır. Maddi tazminatlar arasına, fiili zarar ile sadece sınai mülkiyet haklarına özgü, itibar tazminatı ve ek tazminat taleplerini de eklemek gerekir.²¹ Hak sahibinin ayrıca, üretim araçlarına elkonulması ve

²⁰ Y. 11. HD'nin 20/12/2017 tarih ve 2016/5340 E. - 2017/7438 K. “davacı tarafın daha önce aynı markayla ticari ilişki kurduğu davalı tarafa karşı söz konusu bu davanın açılmış olmasının çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edeceği ve TMK. 2. maddesine aykırı olacağından, ...”

²¹ SULUK / KARASU / NAL, s. 380-381.

bunlar üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınması ile imha talebi gibi tali taleplerde bulunma hakları da bulunmaktadır.

III. MADDİ TAZMİNAT DAVASINDA TARAF SIFATI

SMK'nın 149/1-ç bendinde, marka hakkına tecavüz halinde “hak sahiplerinin” uğradıkları zararların mütecavizden tazminini talep edebilecekleri ifade edilmiş ise de “hak sahibi” kavramına maddede bir açıklık getirilmemiştir.

Hak sahibi kavramı ilk olarak tescilli hakkın sahipleri akla gelmelidir. Söz konusu marka tescili ise mütecavizin markayı kullandığı mal veya hizmeti kapsamalıdır. Diğer bir anlatımla, marka sahibi, ancak tescilli markanın kapsamında kalan bir mal veya hizmette markaya konu işareti kullanan kişilere karşı marka hakkına tecavüz davası açabilir.

Tanınmış markalar yönünden, tanınmış markalara sağlanan genişletilmiş koruma çerçevesinde, duruma göre marka tescil kapsamının dışındaki mal veya hizmetler yönünden de marka sahiplerince tazminat davası açılması mümkündür.

Marka hakkına tecavüz halinde dava açabilecek kişiler sadece tescilli hak sahiplerinden ibaret değildir. Aynı şekilde şartların varlığı halinde lisans sahipleri de uğradıkları zararın tazminini talep edebilirler. SMK'nın 158. Maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, münhasır lisans hakkı sahipleri de tescilli marka hakkı sahibinin SMK uyarınca açabileceği bütün davaları açabilecektir. Basit lisans sahiplerinin dava açabilmesi için öncelikle tescilli hak sahibinin olaydan haberdar edilerek ondan dava açılmasını istemeleri, hak sahibinin ise ya bu talebi reddetmesi veya üç ay süreyle sessiz kalmış olması gerekir. Ancak bu dava şartının HMK 115/2. Maddesi çerçevesinde yargılama sırasında da tamamlanması mümkündür.

Distribütörlerin ve lisans hakkı tanınmayan tek yetkili satıcıların,²² ithalatçıların veya satıcıların marka hakkına tecavüz halinde tazminat davası

²² Y. 11. HD'nin 24/01/2018 tarih ve 2016/6799 E. - 2018/600 K. Özel Daire bozma ilamında “Davacı dava dışı Crocs firması ile arasındaki *distribütörlük* sözleşmesine dayalı olarak *tek yetkili satıcısı* sıfatıyla dava açmıştır. Tek yetkili satıcılık sözleşmesi hak sahibi ile satıcı arasında hak ve yükümlülükleri düzenleyen bir sözleşme niteliğinde bulunduğundan, piyasaya sunulan ürünler nedeniyle haksız rekabete dayalı olarak talepte bulunma ve dava açma hakkı da sözleşmenin diğer tarafı olan gerçek hak sahibine aittir. Bir başka söylemle, tek yetkili satıcının, bu sıfatından kaynaklanan bir nedene dayalı olarak satılan ürünler bakımından haksız

açabilmeleri mümkün değildir. Bu kişilerin açtıkları davalarda sonradan yetki belgesi getirilerek davaya devam edilmesi de mümkün değildir. Zira dava açma yetkisi Kanunda sadece tescilli hak sahipleri ile lisans sahiplerine tanınmıştır. Ancak Özel Dairenin yakın zaman önce verdiği bir kararda ilginç bir şekilde bu ayrıntıyı gözden kaçırmış ve kararı bu husus yönünden gerekçesiz olarak onamıştır.²³

Konu SMK'da özel olarak düzenlenmiş bir konu olduğundan, anılan kişilerin TTK m.54 vd. uyarınca da haksız rekabet davası açabilmeleri de mümkün gözükmemektedir.

SMK'nın 7/4. fıkrası uyarınca, markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade edecektir. Bununla birlikte marka başvurusunda bulunulup da henüz tescil gerçekleşmemiş olsa bile, resmi Marka Bülteninde yayımlanmış olan marka başvurusu kapsamındaki mal ve hizmetlerde markayı kullanan üçüncü kişilere karşı da tazminat davası açılabilir. Ancak marka tesciline kadar mahkemece karar verilemez.²⁴

Marka hakkına tecavüz davaları haksız fiil hukuki sebebine dayalı davalardır. Söz konusu zarardan haksız fiilin bütün gerçek kişi failleri davalı sıfatını haiz kişiler olup tazminattan da sorumludurlar. Tüzel kişiler ise adam çalıştıran sıfatıyla çalıştırdıkları kişilerin eylemlerinden doğan zararlardan sorumlu tutulur. Anonim ve limited şirket tüzel kişiliklerde şirket yönetici ortakların sorumluluklarının koydukları sermaye ile sınırlı olma kuralı marka hakkına tecavüz davalarında geçerli olmayıp, bu kişiler de şirketle birlikte tecavüz davası sonuçlarından sorumludurlar.

rekabet davasında aktif dava ehliyeti bulunmamaktadır. Bu bakımdan açılan davanın husumet nedeniyle reddi gerekirken yukarıda yazılı gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir" şeklindeki içtihadıyla tek yetkili satıcının marka hakkına tecavüz davalarında aktif dava ehliyetinin bulunmadığına karar vermiştir.

²³ Y. 11. HD'nin 07.09.2023 tarih ve 2022/598 E. - 2023/4772 K. Söz konusu olayda davacı Türk şirketi markaya konu ürünün Türkiye'deki *tek ithalatçısı ve distribütörü* olduğu iddiasıyla marka hakkına tecavüz davası açmış, davalı taraf da savunmalarında aktif dava ehliyeti itirazında bulunmuştur.

²⁴ ÇOLAK, s. 1052 (Y. 11. HD'nin 05.12.2012 tarih ve 2011/8618 E.- 2012/19933 K. künyeli kararı). Bununla beraber, markanın kullanılmama sebebiyle iptali halinde iptal öncesindeki ihlallere ilişkin maddi tazminat istenmesinin AB mevzuatı tarafından engellenmediği yönündeki ABAD C-622/18- Saint Germain kararı dikkat çekicidir.

IV. TALEP EDİLEBİLECEK MADDİ TAZMİNAT TÜR VE HESAP YÖNTEMLERİ

Marka hakkı sahibi, zarara sebebiyet veren kişilerden tecavüz nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir. Bu konu SMK'nın 150 ve 151. Maddelerinde düzenlenmiştir. Marka hakkına tecavüz halinde birçok değişik maddi tazminat türleri söz konusu olabilecektir.

Anılan maddelerde marka sahibinin açabileceği maddi tazminat türleri, Kanun'daki düzenlenmiş sırası itibarıyla; *itibar tazminatı*, *maddi tazminat*, *ek tazminat* şeklinde üç kategoride sayılmıştır. Bunlardan maddi tazminatın ise fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç şeklinde iki ayrı alt kategoride düzenlenmiştir.

A. İtibar Tazminatı

Mülga 556 sayılı Marka KHK'nın 68. Maddesinde “*Marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı zarara uğrarsa, marka sahibi, bu nedenle, ayrıca tazminat isteyebilir*” şeklinde öngörülmüş olan bu tazminat türü, SMK'nın 150/2. Maddesinde birazcık revizyona uğramış sözcüklerle, bu defa bütün sınai mülkiyet haklarını kapsar şekilde “(2) *Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hakka konu ürün veya hizmetlerin, tecavüz eden tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda sınai mülkiyet hakkının itibarı zarara uğrarsa, bu nedenle ayrıca tazminat istenebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Önceki düzenlemede sadece “kullanma” kavramı, yeni düzenlemede “kullanma, üretme, piyasaya sürme” eylemlerini de içerecek şekilde genişletilmiştir.

Bu tazminat türü mehzaz AB Marka Yönergesi ve AB Marka Tüzüğü düzenlemelerinden bağımsız ve özgün olarak 1995 yılındaki KHK'larla ilgili düzenleme yapılırken İspanyol Patent Kanunu'ndan alınmış olup, sadece Patent KHK'ya da değil, diğer Tasarım KHK ve Marka KHK'ya da alınmış özel bir düzenlemedir.²⁵

İtibar kavramı manevi bir kavram olmakla, öğretide bir kısım yazarlarca²⁶ bazı yönlerden maddi, bazı yönlerden manevi bir tazminat türü olarak

²⁵ TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul-2012, s. 505.

²⁶ KARAN Hakan / KILIÇ Mehmet, **Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi**, Ankara, 2004; TEKİNALP, s. 505.

kabul edilmiş ise de, esasen bu zarar türü, bir “maddi tazminat” türüdür. Markanın itibarı, markanın tüketiciler nezdindeki değeri, tüketici bağlılığı veya müşterilerin markaya olan rağbeti şeklinde anlaşılabilir.²⁷

Markanın itibarı, hak sahibinin büyük uğraşlar sonucu hedef müşteri kitlesi nezdinde oluşturduğu güçlü, itibarlı ve başarılı marka algısının (*goodwill*), mütecevaz tarafından markaya konu ürünün kötü ve kalitesiz olarak üretilmesi veya üretim kaliteli olsa bile kalitesiz ambalajlarla ya da uygun olmayan ticari ortamlarda (pazarlarda, sokakta vs.) satışa sunulması, hizmet markaları yönünden ise hizmetin kalitesiz şekilde ifası yoluyla zarara uğratabilir.²⁸ Hedef kitle nezdinde markaya gelecekte oluşacak sempati kaybı nedeniyle²⁹ talep azalır ve giderek yok olur. Bu suretle marka sahibinin o markadan gelecekte beklediği ekonomik beklenti oldukça düşer veya tamamen ortadan kalkar. Diğer bir anlatımla itibar tazminatı, “ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklı bir zarar” kalemi olarak karşımıza çıkar.³⁰

İtibar tazminatı, marka tecavüzünün söz konusu olduğu hallerde her hâlukarda verilebilecek bir tazminat türü değildir.³¹ Bir defa itibar tazminatının söz konusu olabilmesi için markanın itibarlı bir marka olması gerekir.³² Bir markada itibar, uzun yıllara dayalı kaliteli üretim, kuvvetli tanıtım ve yoğun reklamlar, yaygın ve geniş bir üretim-satış ağı, satış sonrası üstün tüketici servis ağı gibi hallerle sağlanabilir. Doğal olarak tanınmışlık düzeyi yüksek markalarda itibar ötekilere nazaran çok daha yüksektir.

²⁷ BOZGEYİK Hayri, **Marka Hakkının Korunması**, Onikilevha, İstanbul, 2019, s. 187.

²⁸ ÇOLAK, s. 1066.

²⁹ ASLAN Adem, **Türk Reklam Hukuku**, Onikilevha, İstanbul, 2021, s. 460.

³⁰ Y. 11. HD’nin 17/03/2022 tarih ve 2021/405 E. - 2022/2070 K. Özel Daire “Esasen itibar tazminatı manevi bir tazminat değil, taklit ve kötü üretim veya pazarlama nedeniyle sınai mülkiyet hakkının değerini yitirmesi nedeniyle uzun vadede ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklı maddi tazminat çeşididir. İtibar kaybına uğrayan hak sahibi değil, bizzat sınai mülkiyetin kendisidir. Hak sahibi bu itibar (değer) kaybı nedeniyle maddi zarara uğrayan kişidir” şeklindeki içtihadında, kaybedilen itibarın hak sahibinin itibarı değil, sınai mülkiyetin kendisi olduğuna işaret olunmuştur.

³¹ Y. 11. HD’nin 17/03/2022 tarih ve 2021/405 E. - 2022/2070 K. anılan kararda Özel Daire “Mahkemece marka hakkına tecavüzün varlığı yanında yukarı izah olunan koşullarında varlığı halinde itibar tazminatına hükmedilmesi gerekirken tek başına tecavüzün varlığına istinaden itibar tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi doğru olmamış ve bu husus davalı yararına bozmayı gerektirmiştir” şeklindeki gerekçeyle her marka hakkına tecavüz halinde itibar tazminatına hüküm olunamayacağına karar verilmiştir.

³² Aksi görüş için bkz. TEKİNALP, s. 508.

İtibar tazminatı verilmesi, manevi tazminat verilmesine engel olmaz. Bilakis itibar tazminatı verilmesinin lazım geldiği hallerde, mutlaka manevi tazminata da karar verilmelidir. İtibar tazminatı maddi kayıpları telafi etmeyi amaçlar. İtibar tazminatı bir nevi manevi hakların ağır suretiyle ihlali şeklinde ortaya çıkar.³³ Ancak bu ihlalden gelecekteki mali haklara zarar görür.

Yargıtay’a konu bir olayda, itibar tazminatının manevi tazminat ile ilişkilendirilmesi bozma sebebi sayılmıştır.³⁴

İtibar tazminatı için marka sahibinin mutlaka markasının itibarlı bir marka olduğunu ispat etmesi gerekir.³⁵ Belirli bir düzeyde tanınırlığı olmayan markalar yönünden itibar tazminatı istenemez. Sıradan bir marka yönünden itibar tazminatı söz konusu olmayacağı gibi, hiçbir kullanımı bulunmayan markalar yönünden de itibar tazminatı söz konusu olamaz.

Bir olayda Yargıtay tarafından, lisans sözleşmesi bitmesine rağmen marka taklidi yoluyla üretime devam eden davalıya hak sahibi tarafından gönderilen ihtarname sonrasında davalı yanca kalitesiz üretim yapıldığının ispat edilemediği, önceki dönem yönünden ise sessiz kalındığı gerekçesiyle itibar tazminatına dair yerel mahkeme kararı bozulmuştur.³⁶ Karar eleştiriyi

³³ ASLAN Adem, **Türk Marka Hukuku**, s. 297.

³⁴ Y. 11. HD’nin 06/11/2018 tarih ve 2017/644 E. - 2018/6810 K. Özel Daire patent hakkına tecavüz davasıyla ilgili konuya ilişkin kararında “tazminat hesabı yapılan bilirkişi raporu benimsenmek suretiyle maddi tazminata hükmedilmesi ve gerekçesi açıklanmaksızın itibar tazminatına hükmedilmesi doğru olmadığı gibi, bu şekilde hükmedilen maddi ve itibar tazminatına göre manevi tazminat takdiri de yerinde görülmemiştir” şeklindeki gerekçeyle, gerekçesi açıklanmaksızın itibar tazminatına hüküm olunmasını ve miktarının da bu tazminatlarla ilişkilendirilmesini doğru bulmamıştır.

³⁵ Y. 11. HD’nin 17/03/2022 tarih ve 2021/405 E. - 2022/2070 K. Özel Daire konuya ilişkin içtihadında “Anılan hüküm uyarınca itibar tazminatına hüküm olunabilmesi için her şeyden önce davacıya ait markanın ya tanınmış marka niteliğinde olduğu ya da bu marka altında kaliteli ve prestijli ürünler üretildiği ya da hizmet sağlandığının ispatı gerekir. Öte yandan mütecavizin, davacı markasına tezat şekilde taklit markalı malı kötü ve kalitesiz şekilde üretmesi, ambalajının itibar sarsıcı nitelikte olması ya da başka şekilde malları markanın prestijine uygun olmayan ortamlarda ve şekillerde pazarlanması ya da hizmetin kötü şekilde sunulması gerekir” ifadeleriyle davacının ispat yüküne özellikle dikkat çekmiştir.

³⁶ Y. 11. HD’nin 09/03/2016 tarih ve 2015/13194 E. - 2016/2618 K. Özel Daire kararında “Özellikle tüpün çıkışındaki eklenti, buna bağlı basınçölçer, bağlantı hortumu ve başlıkta bu kalite farkı görülmektedir” şeklindeki belirlemeye istinaden davalının ürettiği ürünlerin kalite ve standartlarının protokolde belirlenen şartları taşımadığı gerekçesi ile itibar tazminatına hükmedilmiş ise de, davacı tarafça davalıya tebliğ edilen ihtarname sonrası kalitesiz üretim yapıldığının ispatlanmadığı ve ihtarnamenin tebliği tarihine kadarki süre zarfında yapılan üretime davacı tarafça ses çıkarılmayarak dava açılmasının TMK 2. maddesi ile bağdaşmayacağı gözetilerek itibar tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken” şeklindeki ifadelerle somut olayın özelliğine göre Mahkemece itibar tazminatına hüküm olunması uygun görülmemiştir.

açıktır. Zira sözleşme döneminde ses çıkarılmamış olması, sözleşmesiz dönemde kalitesiz mal üretme yetkisi vermez. Ayrıca itibar tazminatında ihtarnameden önce veya sonra üretim savunmasına itibar edilmesi de pek isabetli gözükmemektedir.

İtibar tazminatının belirlenmesinde belirli bir matematiksel formül öngörülemez. İtibar tazminatının TBK'nın 51. Maddesi uyarınca her somut olayda ve o olayın özelliğine göre durumun gereği ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak hâkim tarafından belirlenmesi gerekir. Şüphesiz itibar tazminatı miktarının belirlenmesinde tecavüz olunan markanın tanınmışlık ve itibar düzeyi, taklit konusu malın miktarı, kalitesizlik düzeyi ile mal veya hizmetin piyasaya sunulduğu yer ve ortam, kalitesiz üretim ve satış adedi vs. faktörler önemli bir etken rol oynar. Ayrıca tazminatın miktarı belirlenirken, tecavüzün olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak ve markayı eski seviyesine getirmek için yeniden sarf edilecek emek ve masraf (tanıtım, reklam, bayi ve hizmet ağı vs.) ile kaybedilen süre de dikkate alınmalıdır.

B. Maddi Tazminat

Marka hakkına tecavüz halinde ileri sürülebilecek maddi tazminat davaları üç kalemden oluşmaktadır. Ancak hangi tür maddi tazminat olursa olsun, tazminat talebinde bulunabilmek için eylemi marka hakkına tecavüz teşkil eden davalının aynı zamanda kusurlu olması şarttır.

Madde metninde açıkça belirtilmemiş olsa da diğer haksız fiillerde olduğu gibi³⁷ marka hakkına tecavüz eylemlerinde de tazminat talebi kusur şartına bağlıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49. Maddesi hükmü uyarınca ancak kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verenin kusurunu ispatı yükü ise zarar görene bırakılmıştır.

Ülkemizin de taraf olduğu ve 26.01.1995 tarih ve 4067 sayılı Onay Kanunu ile yürürlüğe giren 15.04.1994 tarihli Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Uluslararası Anlaşması'nın 45. Maddesinde "*Adli merciler, bile-rek veya bilmek için makul gerekçeleri olmasına rağmen ihlal edici fiilde bulunan şahıs tarafından hak sahibinin fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesi nedeniyle hak sahibinin uğradığı zararın telafi edilmesine yetecek tazmina-*

³⁷ EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 529.

tın ihlal eden kişi tarafından hak sahibine ödenmesini emretme yetkisine sahip olacaklardır” şeklindeki düzenlemeden yola çıkılarak, başkalarının fikri mülkiyet hakkının bulunduğunu bilerek veya bilmesi gerektiği halde bu hakka tecavüz edenlerin zararı telafi edecek tazminattan sorumlu olacakları ifade edilmiştir. Nitekim Yargıtay’da buradan yola çıkarak bir içtihadında, tazminat sorumluluğunun kusur şartına bağlı olduğuna hükmetmiştir.³⁸

Diğer bir anlatımla, tecavüz teşkil eden ürün davalının elinde ticari amaçla bulunuyor olsa bile, davalının elinde bulunan ürünün marka hakkına tecavüz teşkil ettiğini bilebilecek durumda olması gerekir.

Davalının kusuru, kast veya ihmal düzeyinde olabilir. Ancak aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer taklit markalı ürünleri üretenlerin her halükarda kusurlu olduğunun kabulünde isabet bulunmaktadır. Bununla birlikte, karıştırılabilecek nitelikte olup olmadığı tartışmalı olan taklit markalı ürünler yönünden üreticilerin de tazminat sorumluluğu açısından kusurlu olmadığı sonucuna ulaşılması mümkündür.

1. Fiili Zarar

SMK’nın 151. Maddesi uyarınca, marka hakkına tecavüz nedeniyle hükmedilebilecek tazminatların ilk kalemi “*marka sahibinin tecavüz nedeniyle uğrayacağı fiili zarar*” kalemleridir. Fiili zararın ne olacağı konusunda mevzuatta hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. O nedenle fiili zarar kavramının öğretisi ve içtihat hukuku ile ortaya konulması gerekir.

Fiili zarar, tecavüz sebebiyle hak sahibinin malvarlığında meydana gelen doğrudan azalmadır. Bu azalım, aktifin azalması veya pasifin artması şeklinde de meydana gelebilir. Fiili zararın yoksun (mahrum) kalınan kâr ile hiçbir ilgisi yoktur.³⁹

Fiili zarar kalemlerine örnek olarak öğretide; yargılama gideri olarak değerlendirilemeyecek olan kamuoyu açıklama / ilan giderleri, delil toplama giderleri, çalışanlara yapılan fazla ödeme, piyasaya etkini şekilde girememe, promosyon, kalıp ve ambalaj değiştirme gibi giderler gösterilmiştir.⁴⁰ Bunla-

³⁸ Y. 11. HD’nin 24/05/2022 tarih ve 2020/8380 E. - 2022/3948 K.

³⁹ Y. 11. HD’nin 04.03.2013 tarih ve 2012/4251 E. - 2013/3932 K. Özel Daire, marka hakkına tecavüz davasında, yoksun kalınan kar seçeneği gereğince lisans ücreti yanında, davacının fiili zararı için hüküm olunan maddi tazminata ilişkin kararı aynen onamıştır.

⁴⁰ KAYA Arslan, **Marka Hukuku**, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006, s. 291; ARKAN, s. 244, KARAN / KILIÇ, s. 520.

ra ilaveten davalının tecavüzü nedeniyle orantılı olarak hak sahibinin elinde bulunan ürünlerin satılamaması nedeniyle oluşan değer kayıpları, bozulan, kullanım müddeti geçen ürünlerin bedelleri, boşa gittiği ölçüde o güne kadar yapılan reklam ve tanıtım harcamaları, bedava dağıtılan ürünler, kapanan bayi ağıının yeniden oluşturulması masrafları, servis ve hizmet ağı nedeniyle uğranılan zararlar, fiili üretim kayıpları, avukata tarifenin üzerinde ödenen gerçek ücretler de bu kabil zarar kalemleri arasında sayılabilir.

Uygulamada fiili zarar tazminatı hemen hemen hiç talep edilmemekte, ediliyor olsa bile ispatı güç olduğundan mahkemelerce kabul edilmemektedir.⁴¹ Bununla birlikte davacı hak sahibi tarafından ispat şartıyla yukarıda zikrolunan fiili kayıpların ayrı bir maddi tazminat kalemi olarak istenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Yargıtay’a göre fiili zarar “mal veya hizmet piyasasında pazar payı kaybı ile bunun telafi edilmesi için yapılan masrafları (promosyon, kalıp, ambalaj değiştirme, imaj yenileme, imajı hatırlatma, karışıklığı kaldırma masrafları vb.)” ifade eder.⁴²

Yargıtay bir olayda, delil tespit giderlerinin tecavüz davasında “fiili zarar” kalemi kapsamında istenemeyeceğine hükmetmiştir.⁴³

Zararın miktarı her somut dosyada ileri sürülen sebeplere, talebe, ispat vasıtalarına göre değişkenlik gösterebilir. Fiili kayıpların hesabında davacı tarafın ticari defter ve kayıplarının esas alınması gerekir.

⁴¹ Y. 11. HD’nin 4/09/2012 tarih ve 2011/6603 E. - 2012/13358 K. Özel Daire “... her ne kadar davacı tarafından hem fiili zararına hem de yoksun kalınan karına ilişkin maddi tazminat talep edilmiş ise de, taraflar arasındaki sözleşmenin sona ermesinden sonra davalının aynı işyerinde su satışına başladığı, telefon numaralarını da değiştirdiği ..., davacının mal varlığında doğrudan bir eksilme meydana gelmediğinden fiili zararın da oluşmadığı, bu durumu ispata ilişkin herhangi bir yazılı belgenin de ibraz edilmediği,” gerekçeleriyle davanın reddine dair yerel mahkeme kararını onamıştır.

⁴² TEKİNALP, s. 465; Y. 11. HD’nin 24.11.2007 tarih ve 2006/11276 E. - 2007/14587 K.

⁴³ Y. 11. HD’nin 13/11/2019 tarih ve 2018/5302 E. - 2019/7160 K. Özel Daire “Dava, markaya tecavüzün men’i, maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı, delil tespiti amacıyla yapılan yargılama giderlerini maddi tazminat istemine konu etmiş olup, mahkemece tespit giderlerinin fiili zarar kapsamında talep edilebileceği gerekçesiyle maddi tazminat istemi yönünden kabul kararı verilmişse de, delil tespiti amacıyla yapılan yargılama giderleri HMK 323. madde çerçevesinde aynı dava içinde mahkemece re’sen hüküm altına alınabilecek nitelikte olup, bağımsız bir zarar kalemi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir” şeklindeki kararıyla delil tespit giderlerinin fiili zarar kapsamında mütalaa edilmesini kabul etmemiştir.

Yargıtay, fiili zarar iddiasında bulunup da bu zararını ispat edemeyen davacı talebinin reddine dair yerel mahkeme kararını onamıştır.⁴⁴

Bir başka olayda Yargıtay, zararın varlığı ileri sürüldüğü halde mahkemece fiili zarar iddiası ispat edilmiş gibi, istenilen miktarın kadri maruf olduğu gerekçesiyle fiili zarar tazminatı talebini kabul eden yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁴⁵

Bununla birlikte davacı taraf, marka tecavüzü nedeniyle pazar payının düştüğünü, bazı malların satılmayarak elinde kaldığını, son kullanma süresinin dolduğunu vs. iddia ve ispat etmesi halinde artık zararın gerçek miktarının TBK'nın 51. Maddesi uyarınca nihai raddede hâkim tarafından tespiti gerekecektir.

2. Yoksun Kalınan Kazanç

a. Genel Olarak

Marka hakkına tecavüz halinde talep edilebilecek diğer bir maddi tazminat çeşidi de “yoksun kalınan kazanç (mahrum kalınan kâr)” talebine ilişkindir. SMK'nın 151. Maddesindeki düzenleme uyarınca, zarar gören hak sahibine, yoksun kalınan kazancın tespitinde üç değişik alternatiften birini tercih etme hakkı tanınmıştır.

Uygulamada en çok ileri sürülen maddi tazminat talebi yoksun kalınan kazanca ilişkin tazminat olup, bu husus daha önce mülga 556 sayılı Marka KHK'da oldukça yalın şekilde;

“Marka sahibinin uğradığı zarar, sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsar.

Yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden birine göre hesap edilir:

a) Marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel gelire göre,

⁴⁴ Y. 11. HD'nin 05/11/2019 tarih ve 2018/5574 E. - 2019/6826 K.

⁴⁵ Y. 11. HD'nin 24.11.2007 tarih ve 2006/11276 E. - 2007/14587 K. Özel Daire bu durumu “Somut uyumsuzlukta davacının fiili zararını kanıtlayan herhangi bir delil ibraz edilmemesine karşın kadri maruf olduğu gerekçesiyle fiili zarar karşılığı olarak maddi tazminata da hükmedilmesi doğru görülmemiştir” şeklinde ifade etmiştir.

b) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanca göre,

c) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre,

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur”

Şeklinde düzenlenmiş iken, 6769 sayılı SMK’da;

“(1) Hak sahibinin uğradığı zarar, fiili kaybı ve yoksun kalınan kazancı kapsar.

(2) Yoksun kalınan kazanç, zarar gören hak sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden biri ile hesaplanır:

a) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir.

b) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç.

c) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeli.

(3) Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler göz önünde tutulur”

Şeklinde, 1 ve 2. Fıkralar yönünden ((b) seçeneği hariç hemen hemen aynı sözcüklerle düzenlenmiş iken, 3. Fıkra; olabildiğince gerçek zarara hükmedebilmeleri için tazminat miktarı konusunda mahkemelerin elini biraz daha güçlendiren bir yapıda düzenlenmiştir.⁴⁶

⁴⁶ ÇOLAK, s. 1027.

b. Tercih Hakkının Kullanılması Gereken Zaman

Hak sahibinin SMK'da yer alan bu üç hesap metodundan sadece birisini seçmesi gerekir. Kanunda bu seçimin hangi aşamada yapılması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Marka hakkı sahibinin maddi tazminat istemli tecavüz davalarında kural olarak HMK 119/1-d-e-f-ğ bentleri uyarınca dava dilekçesinde dava konusunun değerini, iddiasını dayandığı bütün vakıaları sıra numarası altında açık özetlerini, iddiasını hangi delillerle hangi delillerle ispat edeceğini, dayandığı hukuki sebepleri ve açık bir şekilde talep sonucunu göstermesi gerekmektedir. Aksi takdirde verilen süre içerisinde de bu eksiklikleri tamamlamazsa davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilir. Öte yandan HMK'nın 194. Maddesinde yer alan “(1) *Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. (2) Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur*” şeklindeki düzenlemesi uyarınca davanın başlangıcında tarafların iddialarını somutlaştırma yükümlülüğü uyarınca bu seçim hakkının yargılamanın başlangıcında kullanılması gerekir.⁴⁷

Bununla birlikte, hak sahibi davanın başlangıcında hangi tercihin kendisinin daha yararına olduğu konusunda tereddüt yaşayabilir. O nedenle, SMK'nın 150/3. fıkrası uyarınca hak sahibinin dava açmadan önce mahkemeye başvurarak bu konuda bir ön araştırma yaptırması mümkündür. Bu araştırmada hak sahibinin, tazminat yükümlüsünün elinde bulunan marka hakkının kullanılmasıyla ilgili belgelerin mahkemeye sunulmasını talep hakkı bulunmaktadır. Esasen bu talep, bir nevi “geçici himaye tedbiri” mahiyetindedir. Dava açılmadan önce kullanılan bu hakkın daha sonradan tazminat seçeneğini belirlemek için kullanılması mümkün gözükmemektedir.

c. Tercih Hakkının Islah Suretiyle Değiştirilmesi

Diğer bir önemli husus da, başlangıçta seçilen yoksun kalınan kazanç seçeneğinin sonradan “ıslah” suretiyle değiştirilip değiştirilemeyeceğine ilişkindir.

⁴⁷ Y. 11. HD'nin 04/07/2017 Tarih ve 2015/14678 e. -2017/4063 K. Özel Daire “Mahkemece, öncelikle davacının KHK'daki **seçeneklerden hangisini tercih ettiği hususu açıklattırılıp** buna göre tazminat talebi yönünden bir değerlendirme yapılması gerekirken...” şeklindeki içtihadıyla tercih hakkının yargılamanın başında belirtilmesi gerektiğine işaret etmiştir.

Bu hususta tartışılması gereken ilk husus “seçimlik hakların kullanılması” hususunun “yenilik doğuran hak” mahiyetinde olup olmamasıdır. Yenilik doğuran haklar, sahiplerine tek taraflı bir irade açıklamasında bulunma ya da yeni bir hukukî durum yaratma veya mevcut bir hukukî durumu değiştirme ya da ortadan kaldırma yetkisi veren haklardır.⁴⁸ Bu hakların kullanılması kayıt ve şarta bağlanamaz.

Öte yandan seçimlik hakların kullanılması öğretide kullanılmakla tükenen haklardan olduğu kabul edilmektedir.⁴⁹

Yargıtay Özel Dairesinin de “seçimlik hakların” yenilik doğurucu haklar olduğu ve bir kez kullanılmakla sonradan “ıslah suretiyle dahi değiştirilemeyeceği” yönünde çok sayıda kararı olmasına rağmen,⁵⁰ marka hakkına tecavüz davaları yönünden aksi yönde görüş belirtilmiştir.⁵¹ Ancak Özel Daire’nin önceki pratiklerine uygun olarak marka hakkına tecavüz davaları yönünden de ıslah hakkı kullanılarak tercihin sonradan değiştirilmesinin mümkün olamayacağına karar vermesi beklenmelidir.

Bununla birlikte, talep olunan seçeneğe göre tazminat tespitinin fiilen mümkün olamaması (söz gelimi; lisans sözleşmesi örneklerinin bulunmaması) halinde hak sahibine ıslah hakkının kullanılmasına dahi gerek olmaksızın diğer seçeneklere göre tazminat talep etme hakkının tanınması gerekir.

d. Kusur Şartı

Hak sahibinin davalıdan tazminat talep edebilmesi için tecavüze konu ürünü elinde bulunduran kişinin kusurlu olması hususu mülga 556 sayılı Marka KHK’nın 64/2. fıkrasında “*Taklit markayı herhangi bir şekilde kul-*

⁴⁸ OĞUZMAN Kemal, **Medeni Hukuk Dersleri**, 7. Baskı, İstanbul-1994, s. 91.

⁴⁹ Aydın Zevkliler, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara-2013, s. 127; YAVUZ Cevdet, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, Beta Yayınevi, İstanbul-1989, s. 141; ASLAN İ. Yılmaz, **6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2014, s. 165-166.

⁵⁰ Y. 11. HD’nin 11.02.2020 T. ve 2018/4145 E. - 2020/1212 K.; Y. 11. HD’nin 12.11.2019 T. ve 2019/296 E. - 2019/7125 K.; Y. 13. HD’nin 05.06.2008 tarih ve 2008/1735 E., 2008/7867 K.

⁵¹ Y. 19/12/2017 tarih ve 2016/3970 2017/7400; aynı yönde bkz. 11 HD’nin 01/03/2018 tarih ve 2016/7907 E. - 2018/1598 K. Özel Daire bu hususu “davacı tarafça maddi tazminat isteminin 13.4.2009 havale tarihli dilekçe ile 556 sayılı KHK’nin 66/1-a maddesine dayandırılmasına ve seçimlik hakkın bu şekilde kullanılmasından sonra sadece ıslah ile değiştirilebilecek olmasına ve davacı tarafça bu yönde bir ıslah dilekçesi verilmemesine rağmen, hükme esas alınan bilirkişi raporunda talep olmayan tazminat kalemlerinin belirlenmesi ve bu doğrultuda hüküm tesisi cihetine gidilmesi doğru olmaması, bozmayı gerektirmiştir” şeklinde ifade etmiştir.

lanmakta olan kişi, marka sahibinin markanın varlığından ve tecavüzden kendisini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi halinde veya kullanmanın kusurlu bir davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür” şeklinde düzenlenmiş iken, 6769 sayılı SMK’da bu düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak Türk Tazminat Hukuku’nun genel prensibi uyarınca, tazminat talebi davalının kusuruna bağlıdır. Nitekim SMK’nın 150. Maddesinin gerekçesinde de “Tazminat hukukunun genel prensibinin kusur şartı olması sebebiyle önceki düzenlemelerde yer alan kusur kelimesinin gereksiz olduğu düşünülmüş ve metinde kusur kelimesine yer verilmemiştir” ifadelerinden de esasen Kanun Koyucunun tazminat taleplerinde kusur şartını muhafaza ettiği anlaşılmaktadır.

Keza, Trips Anlaşması (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) da 45. Maddesinde düzenlemede de, fikri mülkiyet haklarının ihlali halinde tazminat sorumluluğunun kusur esasına dayalı olduğu kabul edilmiştir. Her ne kadar madde metninin ikinci bendinde uygun şartların varlığı halinde üye ülkelerin yargı kurumlarına, kusur olmadığı hallerde dahi tecavüz eylemine katılanların elde ettiği kârın ve önceden belirlenmiş zararların hak sahibine verilmesi yetkisini tanıyabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmakta ise de Türk Kanun Koyucusunun böyle bir tercihi olmamıştır.⁵²

Davalının tecavüze konu ürünü ticari amaçla elinde bulundurması kast veya ihmal şeklinde karşımıza çıkabilir. Ancak ürün kategorisi itibarıyla her tacirin ticari amaçla elinde bulunan ürünlerin taklit markalı olduğunu bilebilmesi mümkün olmayabilir. Söz gelimi, tanınmış marka niteliğinde olmayan ve özellikle günlük tüketimlerde kullanılan taklit markalı ürünlerin perakendeciler tarafından toptancılardan satın alınarak perakende satışa arz edilmesinde bu kişilerin satılan ürünün taklit markalı olduğunu bilebilme imkân ve ihtimalinin bulunup bulunmadığı her somut olayda değerlendiril-

⁵² Trips Anlaşmasının 45. Maddesinin orijinal hali “Article 45 - Damages: “1. The judicial authorities shall have the authority to order the infringer to pay the right holder damages adequate to compensate for the injury the right holder has suffered because of an infringement of that person’s intellectual property right by an infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in infringing activity. 2. The judicial authorities shall also have the authority to order the infringer to pay the right holder expenses, which may include appropriate attorney’s fees. In appropriate cases, Members may authorize the judicial authorities to order recovery of profits and/or payment of pre-established damages even where the infringer did not knowingly, or with reasonable grounds to know, engage in infringing activity” şeklindedir. Bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_05_e.htm#:~:text=

melidir. Özellikle birebir taklit niteliğinde olmayan ancak karıştırılabilme ihtimalinin olup olmadığı tartışmalı olabilecek ürünler yönünden satıcıların markanın taklit olduğunu anlayamayabileceğinin yani kusurunun bulunmadığının kabulü gerekebilir.

Üreticiler yönünden ise, özellikle kendi adına tescilli markalarının bulunmadığı hallerde ürettikleri ve sattıkları ürünlerin taklit markalı olduğunu bilebilme ihtimallerinin daha yüksek olduğu kabul edilmelidir. Zira üreticilerden satıcılara oranla daha dikkatli davranarak orijinal markalı mallar üretmeleri beklenmelidir. Ancak üretici adına tescilli markanın varlığı halinde, her ne kadar SMK 155. maddesi uyarınca bu husus tek başına tecavüzü ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk sebebi kabul edilemese bile tazminat sorumluluğu açısından üreticinin bir sorumluluğunun olmadığı düşünülmelidir.

Nitekim Yargıtay da yeni sayılacak bir kararında, çok açık bir şekilde tazminat davalarında kusur şartına atıfta bulunmuştur.⁵³

e. İspat Yüğü

Maddi tazminat talebinde bulunabilmek için hak sahibinin zarara uğrayıp uğramadığı, uğramış ise zarar miktarını ispat etmesi gerekir.

İspat kuralları yönünden hak sahibi davalının elinde bulunan ticari belgelerin dosyaya ibrazına karar verilmesini talep edebilecektir. Bu konuda SMK'nın 150/3. fıkrasında açık bir düzenleme bulunduğu gibi, 6100 sayılı HMK'nın 220 ve 222. maddesindeki düzenlemeler uyarınca da davalının zararın belirlenmesine ilişkin ticari belgelerin dosyaya sunulmasını mahke-

⁵³ Y. 11. HD'nin 24/05/2022 tarih ve 2020/8380 E. - 2022/3948 K. Özel Daire konuya ilişkin içtihadında "Ülkemizin de tarafı olduğu 1994 tarihli TRIPS Sözleşmesinin 45. maddesi de gözetilerek Dairemiz yerleşik uygulamaları doğrultusunda, (Yüksek 11 Hukuk Dairesi 20.01.2012 tarih, 2011/15504 E. - 2012/540 K.) herhangi bir tescilli sınai mülkiyet hakkına tecavüz halinde, tecavüzün varlığının tespiti ve önlenmesi ile ref'i davalarında tecavüze konu malları ticari amaçla elinde bulunduranların kusurlu olması şartı aranmazken, maddi ve manevi tazminat davalarında mutlaka davalıların kusurlu, diğer bir anlatımla elinde bulunan malların tescilli bir sınai mülkiyet hakkına tecavüz niteliğinde olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir. Hangi hallerde tecavüz konusu malı elinde bulunduranların kusurlu olduğunun kabulü ise, bu kişilerin üretici veya üreticilerle sıkı irtibat halinde olan kişiler olup olmadığı, bu bir tescilli marka ise tecavüzlü mallar ile tescilli marka arasındaki benzerlik düzeyi, önceki markanın tanınmışlığı, sonraki markanın tescil olunduğundan farklı bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı ile tescilden önceki kullanım süresi ve niteliği gibi hususların dikkate alınması gerekir" gerekçesiyle, tazminat için kusur şartının SMK döneminde de hala devam ettiğine vurgu yapmıştır.

meden talep edebilecektir. Mahkeme bu konuda bir karar verdiği halde makul gerekçeler olmaksızın davalının bu belgeleri ibraz etmemesi halinde davacının bu konudaki beyanlarına ve belgelerine üstünlük tanıyabilir.

Mahkemece bir kez zarara uğranıldığının ispatı halinde davacının ayrıca zarar miktarını ispatlaması zorunlu değildir. TBK'nın 51. Maddesi uyarınca, hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak bizzat kendisi belirleyecektir.

f. Tazminata Etki Eden Diğer Önemli Faktörler

Mülga 556 sayılı Marka KHK'nın 66/3 fıkrasında yer alan “*Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur*” şeklindeki düzenleme, 6769 sayılı SMK'nın 151/3 fıkrasında “*Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler göz önünde tutulur*” şekline dönüştürülmüştür.

Aslında her iki düzenleme de tazminat hesabında mahkemenin takdir hakkına dayalı olarak “markanın ekonomik önemi, markanın kaç yıldır tescilli olduğu, lisans sayısı, lisans çeşidi (üretim, satış, dağıtım vs.) gibi etkenleri göz önüne alarak tazminatın miktarında arttırma veya eksiltme yapabilecektir. Şöyle ki, markanın tanınmış olması veya piyasada hâkim veya tekel durumunda olması halinde markanın ekonomik önemine vurgu yapılarak tazminat miktarının arttırılması, henüz yeni tescil edilen bir marka ise tazminat miktarının buna göre daha düşük olarak belirlenmesi mümkündür.

SMK döneminde, Marka KHK'ya nazaran, ilave olarak “ihlalin nitelik ve boyutu” kavramının da tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde tutulacağı ifade edilmiştir. Bu ifadelerden “ihlalin niteliği” kavramının, markalar arasındaki birebir taklit halinde tazminat miktarı daha yüksek tutulabilecek iken, daha az benzerlik halinde ve özellikle karıştırılmaya yol açıp açamayacağı şüpheli olan hallerde tazminat miktarının çok daha az tutulabilmesine imkân getirilmiştir. Hatta böylesi bir durumda yani markalar arasındaki benzerlik halinin daha düşük olduğu hallerde, mahkeme tecavüzün varlığının tespiti, men ve ref'ine karar verdiği halde, tecavüze konu marka sahibinin kusurunun bulunmadığı gerekçeyle bütünü tazminat talebini

reddetmesi de mümkündür. Özellikle davalının sonradan marka tescili halinde, SMK'nın 155. Maddesindeki “*Marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez*” düzenlemesi karşısında sonraki marka sahibinin tek başına bu tescili hukuka uygunluk sebebi olarak gösteremese bile, mahkemece tecavüzün varlığına karar verdiği halde tazminat isteminin reddine karar vermesi mümkündür.

Yargıtay’a konu bir olayda, davacının önceki tarihli, davalının ise sonraki tarihli tescilli tasarımı bulunmakta iken, Bölge Adliye Mahkemesince davalının eylemlerinin davacının tescilli tasarım hakkına tecavüz oluşturduğu gerekçesiyle tecavüzün tespiti ve önlenmesi istemlerinin kabulüne karar verilmiştir. Özel Daire konuya ilişkin kararında, sınai mülkiyet hakkına tecavüzün tespit, men ve ref’i istemleri ile tazminat istemleri arasında ayırım yapılmasını ve tazminata hükmedebilmek için davalıda o ürünü üretme veya satma yönünde kusurunun bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Özel Daire’ye göre, SMK’nın 155. Maddesi tazminat istemleri bakımından koşulsuz şekilde uygulanmaz. Tazminat hükmü kurabilmek için tescilli tasarımların birbirine olan benzerliği, taraflar arasındaki ilişkiler ve yakınlık, tasarıma konu ürünün tanınmışlığı ve piyasadaki satışının yaygın olup olmadığı gibi hususlar göz önüne alınmalı, davalının, davacıya ait önceki tasarımdan haberdar olup olmadığı veya önceki tasarımı bilebilecek durumda olup olmadığı hususları değerlendirilerek tazminata karar verilmelidir.⁵⁴

Yargıtay tarafından SMK m.155 ile ilgili marka hakkına tecavüz davasında, sonraki tescilli markayı elinde bulunduran kişinin tazminat istemi yönünden kusurlu olup olmadığı araştırılırken, özellikle bu kişilerin üretici veya

⁵⁴ Y. 11. HD’nin 30/05/2022 tarih ve 2020/1455 E. - 2022/4194 K. Özel Daire kararında “6769 sayılı SMK’nın 155. maddesinde yer alan “*Marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez*” düzenlemesi karşısında (tecavüzün tespiti, men ve ref’i kararı) isabetli ise de, Dairemizin yerleşik uygulaması doğrultusunda tazminat istemleri açısından ayırım yapmak gerekir. Zira Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (Trips)’nin 45. maddesinde yer alan “Adli merciler, bilerek veya bilmek için makul gerekçeleri olmasına rağmen ihlal edici fiilde bulunan şahıs tarafından ... tazminatın ... hak sahibine ödenmesini emretme yetkisine sahip olacaklardır.” düzenlemesi uyarınca da, davalının eylemi tescilli tasarıma tecavüz teşkil etse bile, tazminata hükmedilebilmek için davalının tecavüze konu ürünü elinde bulunduranın ve ürünün niteliği, piyasa çevresi gibi unsurlar dikkate alındığında tescilli sınai mülkiyet hakkına tecavüz olduğunu bilmesi veya bilmesinin gerektiği unsurunun aranması gerektiği...” içtihadında bulunmuştur.

üreticilerle sıkı irtibat halinde olan kişiler olup olmadıkları, tecavüzlü mallar üzerindeki marka ile önceki tarihli tescilli marka arasındaki benzerlik düzeyi, önceki markanın tanınmışlığı, sonraki markanın tescil olunduğundan farklı bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı ile tescilden önceki kullanım süresi ve niteliği gibi hususların dikkate alınması gerektiğine vurgu yapılmıştır.⁵⁵

3. Yoksun Kalınan Kazanca Göre Tazminat Seçenekleri

a. Hak Sahibinin Elde Edebileceği Muhtemel Gelir Metodu

Yoksun kalınan kazancın tespitinde hak sahibine sunulan ilk seçenek “*Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir*” seçeneğidir. Bu seçenekte, mütecaviz taklit ürünler üretmek suretiyle adeta hak sahibine rakip olmuştur. Bu rekabet nedeniyle davalının ürettiği taklit markalı ürün miktarınca davacı ürün üretmemiş ve satamamıştır. Ya da kendi ürün fiyatını düşürmek zorunda kalmıştır. Bu noktada satılmayarak tamamen elde kalmış ürünler davacının fiili zararı kapsamında mütalaa edilmelidir.

Mütecavizin rekabeti nedeniyle hangi miktarda ürün satış kaybına uğradığı davacı tarafından ispat edilmelidir.

Uygulamada delil tespiti sırasında az sayıda taklit markalı ürünün ele geçirilmiş olması halinde tazminat miktarları hatalı olarak ve sadece ele geçirilen ürünler dikkate alınarak hesaplanmaktadır. Oysa o ürünün 3-5 adet üretilmeyeceği ve toptan alınıp satılmayacağını herkes bilebilecektir. Bu gibi hallerde, işletmenin büyüklüğü, çalışan sayısı, lokasyonu, işyerinde bulunan diğer ürünlerin miktarı, yıllık cirosu gibi değişkenlere göre fiktif bir sayının bulunması ve bu sayı üzerinden tazminat hesabının yapılması gerekir. Keza tecavüze konu ürün için ticari kaydın bulunup bulunmamasının da doğrudan ve tek başına bir önemi yoktur. Taklit ürün satan işyerlerinde çoğu zaman belgesiz ve merdiven altı alışveriş olduğu için salt belge düzeni dikkate alınarak tazminat hesabı yapılması hatalı sonuçlar verebilecek, mütecavizin dolaylı yoldan ödüllendirilmesi anlamına gelebilecektir.

Uygulamada sıklıkla yapılan hatalardan birisi de, miktar veya süre yönünden davalının tecavüzünün boyutu belli olsa bile yine davalının ticari defterleri incelenerek onun kârlılık durumuna göre bir tazminat belirlenmesi yoluna gidilmektedir. Oysa çoğu kez davacının markaları daha tanınmış,

⁵⁵ Y. 11. HD’nin 24/05/2022 tarih ve 2020/8380 E. - 2022/3948 K.

ürünleri de daha pahalıdır. Davalının rekabeti nedeniyle davacının satışları azalacağına göre, yoksun kalınan kârlılık durumu davacının satış bedeli ile davacının ticari defter ve kayıtlarına göre tespit edilmelidir.

Yargıtay da bu bozma kararlarında bu hususa işaret etmektedir.⁵⁶ Yargıtay söz konusu davada ayrıca, davacının tecavüz nedeniyle satış kaybına uğrayıp uğramadığını tespit için davacının son beş yıla ilişkin ticari defterlerinin istenilerek ve geçmiş yıllardaki büyümesi de dikkate alınarak, tecavüz nedeniyle satış rakamlarında ne kadar azalma olmuş olabileceğinin tespit edilmesi gerektiğini de bozma gerekçesi yapmıştır.⁵⁷

Bu seçenekte ana hareket noktası davacının ticari defterleri olmakla birlikte, gerçek satış adedinin tespiti bakımından davalının ticari defter ve kayıtlarına da ihtiyaç duyulabilecektir.

Online ortamda satılan taklit tasarımlı ürünlerle ilgili verilen bir Yargıtay kararında, davalıya ait ticari defterlerin ihtara rağmen sunulmaması halinde HMK 220. Maddesi uyarınca davacının bu konudaki beyanına üstünlük tanınabileceğine karar verilmiştir.⁵⁸ Ancak davacının beyanı yanında işletmenin büyüklüğü, çalışan sayısı, davaya konu ürünün tür ve niteliği, müşteri potansiyeli gibi hususların da dikkate alınması, tek başına afaki beyanlara itibar edilmemesi gerekir.

⁵⁶ Y. 11. HD'nin 07/01/2020 tarih ve 2018/2725 E. - 2020/96 K. Özel Daire hatalı hesap yöntemi içtiğinde "davacı, maddi tazminat talebinin açıkça 556 sayılı KHK'nın 66/2-a maddesi uyarınca "marka tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edebileceği muhtemel gelire göre" hesaplanmasını talep ettiğine göre, mahkemece, davalının ticari defterleri üzerinde değil davacının ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp davacının elde edebileceği muhtemel gelirin hesaplanması ve tecavüze konu markanın ekonomik önemi ile şirket gelirlerine etkisinin de nazara alınması suretiyle sonuca varılması gerekirken hatalı bilirkişi raporuna göre yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir" şeklinde ifade etmiştir.

⁵⁷ Y. 11. HD'nin 07/01/2020 tarih ve 2018/2725 E. - 2020/96 K.

⁵⁸ Y. 11. HD'nin 1.11.2019 tarih ve 2019/154 E., 2019/7077 K. Özel Daire "davalı mütecevizin rekabeti olmasaydı, davacının satmaktan mahrum kaldığı ürünleri satacak olsaydı ne miktarda fazla ürün satacağının ve edeceği net kârın tespitinin gerektiği, davalıya ticari defter ve kayıtlarını sunması için 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (6100 sayılı Kanun) 220'nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre ihtaratlı davetiye çıkartılması, buna rağmen sunulmaması halinde, bu konuda gerektiğinde davacı tarafın beyan ve iddiaları da dikkate alınarak davaya konu ürünlerin tür ve niteliği, müşteri potansiyeli ve müşteri çevresi ile gerektiğinde davalının ticari işletmesinde çalıştırdığı personel sayısı ve işletmenin büyüklüğü itibarıyla en az kaç adet üretilip satışa konu yapılabileceği ve davalı bu ürünleri üretmeseydi bunlardan kaç adedinin davacı tarafından satılabilecek olduğu tespit edilerek belirlenen sayıdaki ürünün davacının satış fiyatı üzerinden satıldığında hangi miktarda kâr elde edebileceği hesaplanarak maddi tazminat hesabı yapılması gerekirken"

Bazı uygulamalarda mahkemelerce davacının yıllık ortalama cirosu ve kârlılık durumu dikkate alınarak tazminat hesabı yapılıyor ise de bu uygulamalar hatalıdır. Zira davacının yıllık ticaret hacmi yüksek veya düşük olsa bile bu ürünü kaç adet ürettiği veya satın aldığı önemli olduğu gibi, bu ürünlerdeki kârlılık oranının, işletmedeki diğer ürünlerdeki kârlılık oranından farklı olması muhtemeldir. Bu hususta mahkemelerce yapılacak iş, davacı işletmesinin durumuna göre ürün maliyeti, vergi ve diğer giderler düşülerek satış bedeline göre her bir ürünlerdeki net kâr miktarının ayrı ayrı belirlenerek zararın tespiti yoluna gidilmelidir.

Yargıtay bir kararında, “... marka sahibinin elde edeceği muhtemel gelir hesaplanırken mütecavizin ticari faaliyetinin boyutunun da incelenmesi gerekebilecektir. Zira marka hakkı sahibinin muhtemel geliri, mütecavizin eyleminin boyutu ile de ilgilidir. Sözgelimi taklit ürünlerin mütecavizin iş yerinde ele geçirilmesi durumunda marka sahibinin muhtemel geliri, bu ürünlerin niteliğinin ve miktarının belirlenmesinin yanında mütecavizin ticari kayıtlarına veya sipariş fişlerine göre ne miktarda üretim yaptığının, ele geçirilenler dışında önceden satış yapıp yapmadığının, başka yerde stoklarının bulunup bulunmadığının, bu ürünleri hangi fiyattan sattığının da tespitinde fayda vardır” şeklindeki ifadelerle, sadece davalının ticari defterleriyle yetinilmeyip davalı üretiminin çok geniş boyutlu olarak araştırılması gerektiğine vurgu yapmıştır.⁵⁹

b. Mütecavizin Elde Ettiği Net Kazanç Metodu

Hak sahibinin yoksun kalınan kazanç olarak ileri sürebileceği ikinci tazminat türü mütecavizin tecavüz suretiyle elde ettiği net kazançtır.⁶⁰

Bir kazancın elde edilmesinde, işletmenin yeri, konumu, iç mekân tasarımı, müşteriyle ilişkiler, satış becerisi vs. yanında ürünün marka ve tasarım da önemli bir rol oynamaktadır. Kazanç miktarının tespitinde mülga 556 sayılı Marka KHK zamanında, davalının elde ettiği kazanç belirlenirken sadece markanın kazanca etkisi dikkate alınarak hüküm kurulur, bir nevi

⁵⁹ Y. HGK’nın 12.12.2019 tarih ve 2017/11-2478 E. - 2019/1345 K.

⁶⁰ Bununla beraber İspanyol hukukunda - 2004/48/EC sayılı AB Fikri Mülkiyet Yönergesinden ayrılan bir şekilde- mütecavizin senelik cirosunun %1’i marka hakkı tecavüze uğrayan kişi tarafından tazminat olarak talep edilebilecektir. Bu noktada marka hakkı tecavüze uğrayan kişi açısından bir ispat ve hesaplama kolaylığı getirilmiştir. (İspanyol Marka Kanunu m.43.5). Konuya ilişkin bkz. “Trademark Infringement”, *The Trademark Reporter*, Vol. 113, No. 2, March-April 2023, s. 494 vd.

yasak ağacın meyvesinin önemli bir kısmı mütecavize kalırdı.⁶¹ SMK döneminde ise, markanın etkisi oranında değil, net kazancın tamamına hüküm olunması gerekmektedir.⁶² Net kazancın tespitinde, davalının diğer ürünlerin satışından elde ettiği bedellerin hariç tutularak sadece tecavüze konu ürün satışından elde edilen gelir tespit edilmelidir. Bu gelir tespit edildikten sonra, davalının bu ürün yönünden yapmış olduğu kira, üretim ve işletme masrafları ile vergi gibi gider unsurları çıkarıldıktan sonra o mal satışından elde edilen kazancın tamamı davalının net kazancı olarak kabul edilmelidir. İş yerinde başka ürünler satılıyor / üretiliyor ise o ürünlere ilişkin masraflar ile tecavüze konu ürüne ilişkin masraflar oranlanmalı, sadece tecavüze konu ürün nedeniyle yapılan masraflar varsa onlar düşülmelidir.

Uygulamada, genellikle taklit markalı ürünleri üreten ve/veya satan davalılar ticari defter ve kayıtlarını sunmadıkları ve de çoğu zaman da kayıt dışı çalıştıkları için marka yoluyla elde edilen net kazancın kesin bir şekilde hesaplanması oldukça büyük güçlük arz etmektedir. O nedenle en düşük tazminat miktarı bu seçeneğe göre talepte bulunulduğunda söz konusu olmakta ve ayrıca yaşanan hesaplama güçlüğü nedeniyle de yargılama sırf bu nedenle çok uzamaktadır.

Yargıtay HGK'ya göre, maddi tazminat hesabına kazanç taklit markayı kullanma yoluyla elde edilen brüt kazanç değil, elde edilen gelirden maliyetlerin düşürülmesiyle kalan kazançtır (*net kazanç*). Ancak mütecavizin tecavüz fiilinin dışında başka hiçbir ürünü satmamış olması hâlinde dâhi genel masraflar bir bütün olarak elde edilen gelirden mahsup edilmeden, sadece hammadde ve satış maliyetleri gibi işin doğası gereği oluşan giderler tecavüz yoluyla elde edilen gelirden mahsup edilmelidir.⁶³

⁶¹ Y. 11. HD'nin 20/12/2018 tarih ve 2017/298 E. - 2018/8116 K. Özel Daire 556 sayılı Marka KHK döneminde "Bu durumda, davalı şirketin "SÜVARİ" markasını kartvizit ve tabelalarında hangi tarihten itibaren kullanmaya başladığı ve bu kullanımının kazancına etkisi belirlenerek maddi tazminata ve buna uygun düşecek miktarda bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken..." şeklindeki içtihatları ile sadece markanın kazanca etkisi oranında tazminata hüküm olunması gerektiğini içtihat ediyordu.

⁶² Y. 11. HD'nin 18/10/2022 tarih ve 2021/2797 E. - 2022/7133 K. Bu durum Özel Daire kararında "Somut olayda davacı, SMK'nın 151/2. maddesi uyarınca "davalının elde ettiği net kazanç miktarına" göre yoksun kaldıkları kazanç talebinde bulunmuş olup, bilirkişi tarafından net kazanç belirlenmesi yapılmış ise de, Mahkemece yoksun kalınan kazanç miktarı konusunda yukarıdaki yeni ilkeler çerçevesinde bir inceleme ve değerlendirme yapılmaksızın raporda yer alan miktara hüküm olunması isabetli görülmemiş ve davalı yararına bozmayı gerektirmiştir" şeklinde ifade edilmiştir.

⁶³ Y. HGK'nın 12.12.2019 tarih ve 2017/11-2478 E. - 2019/1345 K.

c. Lisans Seçeneği

Yoksun kalınan kazancın tespitinde ileri sürülebilecek son seçenek ise “lisans” seçeneğidir.

Diğer seçeneklere göre lisans seçeneğine göre tazminat talep edilmesi halinde genel olarak yargılamanın kural olarak çok daha hızlı sonuçlanacağı söylenebilir.

Lisans seçeneğini seçen marka sahipleri, varsa ellerinde bulunan lisans sözleşmesi örneklerini dosyaya sunmalıdır. Kendisince yapılan bir sözleşme yoksa benzer işi yapan diğer tacirlerin yapmış olduğu lisans sözleşmeleri de emsal alınabilir. Her bir lisans sözleşmesi, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değişiklik gösterebilir. Lisans sözleşmeleri, üretim lisansı, dağıtım lisansı, sadece satış lisansı gibi seçeneklere ayrılabilir. Ayrıca her bir lisans bedeli, üretim izni varsa üretim ve satış adedine, lisansın süresine ve ticari ilişkinin geçmişine göre değişiklik gösterebilir. Bu çerçevede lisans seçeneğinin seçilmesi halinde tazminat miktarına karar vermek için ihlalin süresi, markanın bilinirliği, ihlale konu malın miktarı, ekonominin makro düzeydeki şartları ve emsal lisans sözleşmeleri nazara alınmalıdır.⁶⁴

Mütecaviz az sayıda ürün üretmiş olsa bile, o piyasadaki ticari ilişkiler için verilen minimum üretim lisansı adedi dikkate alınarak bir hesaplama yapılmalıdır. Söz gelimi, tanınmış markalı bir firmanın giysilerini izinsiz olarak 10 takım olarak üretmiş olsa bile, mütecavizin ürettiği bu giysi sayısı ile bağlı kalınmamalı, o firmanın lisans sözleşmelerinde minimum kaç adet ürün için lisans sözleşmesi yapacağını belirlenmesi ve ona göre lisans bedelinin hesaplanması gerekir.

Yargıtay HGK bir kararında “Davacı yanca bu seçeneğe dayanıldığı halde, marka lisanslarının bir piyasası olmadığından lisans bedeli, objektif olarak her bir somut durum ve şart dikkate alınarak ve emsal lisans bedelleri araştırılıp kıyaslanarak belirlenmelidir. Ayrıca markanın tanınmışlığı, lisansın münhasır olup olmaması gibi etkenler de lisans bedelinin belirlenmesinde hesaba katılır” şeklindeki içtihadıyla haklı ve yerinde olarak lisans bedeli ile markanın tanınmışlığı arasında bir bağ kurmuştur.⁶⁵

⁶⁴ COHEN Joe / HAUGAARD Annick Mottet, “Monetary Compensation for Trademark Infringement In The European Union”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 5, No. 5, 2010, s. 372 vd.; ÇOLAK, s. 1040.

⁶⁵ Y. HGK’nın 2018/11-1096 E. - 2021/898 K.

Marka sahibinin *başka tür ürünler* için verdiği lisans sözleşmeleri esas alınamayacağı gibi, sonradan doldurulmuş hayali sözleşmelerin de lisans bedelinin hesaplanmasında dikkate alınmamalıdır.⁶⁶ O nedenle marka sahibi tarafından mahkemeye örnek lisans sözleşmesi sunulduğunda, mahkemelerce mutlaka bu sözleşmeye göre yapılmış geçmiş tarihli ödemelerin ve fatura örneklerinin de istenmesi isabetli olacaktır. Zira marka sahibinin, lisans bedelini yüksek gösteren hayali bir lisans sözleşmesi oluşturulması tehlikesinin de önüne geçilmesi gerekir.

Birebir lisans sözleşmesi örneği sunulması neredeyse imkânsızdır. Sunulan sözleşmedeki ürün çeşidi uysa bile, lisans süresi, lisansa konu üretim adedi, lisansın verildiği bölge gibi unsurların değişkenlik göstermesi kuvvetle muhtemeldir. O nedenle başka ticari ilişkiler için verilmiş olan lisans sözleşmelerinin hâkim tarafından somut olaya adapte edilerek, davalının teca-vüzüne konu eylem bir lisans sözleşmesi karşılığı verilmiş olsaydı hangi miktarda lisans bedeli elde edileceği ve elde edilen bedelden davacının ne kadar net kazancın eline geçeceği hesaplanmalıdır. Diğer bir anlatımla objektif kriterlere göre fiktif bir lisans bedeli tespit edilmelidir.⁶⁷ Bunun için ise öncelikle mütecevizin üretici mi satıcı mı olduğu belirlenmeli, buna göre üretim veya satış lisans seçeneği masada tutulmalıdır. Öte yandan, mütecevizin işyerinde ele geçirilen ürün sayısına doğrudan bir anlam yüklenmemelidir.

Bir kez lisans seçeneği seçildiğinde, hak sahibinin minimum kaç adet ürün için veya süre için lisans verecekse bu durum mutlaka dikkate alınmalı, ürünün çeşit ve türü itibarıyla kaç adet üretildiği veya satın alındığı davalının ticari defter ve kayıtları dikkate alınarak ve bu hususta davacının iddialarının üzerinde durularak tespit edilmelidir.

Mahkemeye hiçbir örnek lisans sözleşmesi sunulamasa bile, mahkemece sektör bilirkişilerinden rapor alınarak, davalının fiktif potansiyel üretim / satış adedi ve süresi dikkate alınarak lisans bedelinin tespiti mümkündür. Bütün bunlara rağmen, davacının örnek lisans sözleşmesi sunmaması, bilirkişilerin de bu yolla tazminat belirleyememeleri halinde mahkemece davacı tarafa diğer seçenekler hatırlatılmalı ve yeniden seçim yapma imkânı verilmelidir.

⁶⁶ ÇOLAK, s. 1039.

⁶⁷ YASAMAN Hamdi / AYOĞLU Tolga / YÜKSEL Sinan H. / YUSUFOĞLU Fülûrya / YASAMAN Zeynep, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, C. 3., Seçkin, Ankara, 2021, s. 3103 vd.

Ancak Yargıtay uygulamalarında, tarafın seçimine sıkı sıkıya bağlı olarak tazminat miktarının belirlenmesi gerektiğine karar verilmektedir.⁶⁸ Yargıtay’a göre, lisans bedelini tespit için hiçbir delil olmasa bile hâkim tarafından hakkaniyete uygun olan bir bedel belirlenmelidir.

Yargıtay’a konu bir olayda, örnek lisans sözleşmesinin sunulamaması halinde davalının ticari defterlerine bakılarak yıllık cirosu esas alınarak hakkaniyete uygun bir lisans bedeline hüküm olunması gerektiğine karar verilmiştir.⁶⁹ Bu karar eleştiriye açıktır. Genelde kayıt dışı çalışan taklit ürün üretenlerin, - sanki dürüst tacirlermiş gibi - ticari defter ve kayıtlarındaki satış rakamına itibar edilmesi isabetli görünmemektedir.

Türk Standartları Enstitüsünün TSE Ürün Belgelendirme Yönergesinin “TSE Marka/Markalarının Sözleşme Akdedilmeksizin Kullanılması” başlıklı 10.5. maddesinde Kurumun Hukuk Müşavirliğine yönelik olarak, TSE garanti markalarına tecavüz nedeniyle açılan davalarda, maddi tazminatlar yönünden Kurumla lisans sözleşmesi yapılsaydı ödenmesi gereken lisans bedelinin 2 katı, manevi tazminatlar yönünden ise sözleşme yapılması halinde istenecek lisans bedelinin 10 katı (ilerleyen zamanlarda 5 katı) bedel istemiyle dava açılması talimatında bulunulmuştur. Yargıtay’ın önceki uygulamalarında, mahkemelerce bu iç yönergeye itibar edilerek tazminat bedeline ilişkin yerel mahkeme kararları Yargıtay tarafından onanmış ve buna aykırı kararları da bozulmuş ise de,⁷⁰ Yargıtay’ın sonraki kararlarında bu görüşünden dönmüş, manevi tazminata ilişkin hükümleri bozmuş, maddi tazminata ilişkin lisans bedelinin iki katına hüküm olunmasına dair kararları ise iç yönergedeki katlara göre tazminata hüküm olunması isabetli değil is Marka KHK’nın 67 ve 68. Maddelerine göre uygun olduğu ilave gerekçesiyle onamıştır.⁷¹

⁶⁸ Y. 11. HD’nin 01.02.2012 tarih ve 2010/9047 E. - 2012/1127 K. Bu durum Özel Daire kararında “davacı taraf yargılama sırasında 556 sayılı KHK’nın 63. maddesindeki seçeneklerden tercih hakkını lisans bedeli tutarında tazminat isteme şeklinde kullanmış olmasına rağmen, mahkemece 19/03/2002 tarihli bilirkişi raporunda belirlenen davacının yoksun kaldığı kazanç tutarında tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir. Mahkemece davacının tercihi doğrultusunda lisans bedelinin saptanması, lisans bedelinin saptanamaması halinde Borçlar Kanununun 42. maddesi gereğince uygun bir tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın temyiz eden davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” şeklinde ifade edilmiştir.

⁶⁹ Y. 11. HD’nin 16.04.2012 tarih ve 2010/14829 E. - 2012/6085 K.

⁷⁰ Y. 11. HD’nin 21.05.2007 tarih ve 2006/4452 E. - 2007/7710 K.; 17.02.2011 tarih 2009/9009 2011/1845.

⁷¹ Y. 11. HD’nin 22.02.2021 tarih ve 2020/1678 E. - 2021/1557 K.

4. Yoksun Kalınan Kazancın Arttırılması (Ek Tazminat)

SMK'nın 151/4. Maddesi (Marka KHK 67) uyarınca, şayet tecavüz konusu mal veya hizmete ilişkin müşteri talebinin oluşmasında sınai mülkiyet hakkının belirgin etkisi varsa, hak sahibi lisans dışındaki diğer yoksun kalınan kazanç seçeneklerinden birini seçerek, hesaplanacak miktara hakkaniyete uygun ilave bir payın da eklenmesini talep edebilir. Bu hüküm daha çok marka hakları yönünden, nadiren de tasarımlar yönünden uygulanabilecek bir hükümdür.

Böyle bir tazminata hükmedebilmek için marka, tasarım ya da patentin belirgin bir tanınmışlığının ve bilinirliğinin bulunması gerekir.⁷² Zira ancak potansiyel tüketici kitlesi tarafından markası ve tasarımı iyi bilinen ve olumlu imajıyla tanınmış olan ürünlere karşı böyle bir ilgi olabilir. Ürüne konu mal veya hizmete ihtiyacı olan tüketici, sırf markasından dolayı sadece o markalı ürünlere yönelmektedir. Aslında bu tanınmış markalı ürün sayesinde o işyerine gelen kişiler bu sayede sadece tecavüze konu ürünü değil, o mağazada bulunan diğer ürünlere de ilgi göstermek suretiyle ve hatta o mağazanın bilinirliğine katkı sağlamak suretiyle, mütecaviz tali ve ilave kazançla da sahip olabilecektir. İşte mütecavizin sahip olacağı ilave kazançlara müteakabil, hak sahibinin talebi üzerine hakkaniyete uygun bir ek tazminata da hüküm olunabilecektir.

556 sayılı KHK'nin 67. maddesinde ise 66/2 maddesindeki yöntemlerden birisi kullanılarak belirlenmiş yoksun kalınan kazancın arttırılması düzenlenmiştir. Buna göre, mahkeme, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatine vardığı takdirde, kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verir. Markanın ilgili ürüne ekonomik bakımdan önemli bir katkısının olduğunun kabul edilebilmesi için, ilgili ürüne olan talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğunun anlaşılmış olması gerekir.

Yargıtay'a konu bir olayda TSE markasının taklit edilmesi nedeniyle açılan marka hakkına tecavüz davasında Mahkeme, tarife bedelinin iki katı kadar tazminata karar verilmesi doğru değil ise de, garanti markası niteliğindeki davacı markasıyla ilgili yoksun kalınan kazancın bu suretle KHK'nın 67. Maddesi uyarınca arttırılmasının isabetli olduğuna karar vermiştir.⁷³

⁷² KAYA, s. 294; ARKAN, s. 246.

⁷³ Y. 11. HD'nin 08.05.2013 tarih ve 2012/8614 E.- 2013/9364 K.

Bu karara karşı yerel mahkeme tarafından direnilmiş, ancak HGK tarafından benzer gerekçelerle direnme kararı bozulmuştur.⁷⁴

Bu noktada tartışılması gereken diğer bir husus da, tanınmış taklit markalı ürünlerin tüketicilere karşı bir nevi yem (*bait*) olarak kullanılması halinde de taklit markanın cazip fiyatla sunulması nedeniyle işyerine gelen müşterilerin o mağazada başka birçok ürünün satılmasına imkân sağlanacak ve tanınmasına da katkı sağlaması hallerinde de tazminatın bir miktar artırılmasının isabetli olacağı düşünülmelidir.

V. SONUÇ

Marka hakkına tecavüz halinde istenecek maddi tazminat seçenekleri diğer tüm tazminat çeşitlerinden çok daha fazla çeşide sahiptir. Aynı şekilde marka hakkından doğan tazminat davalarının diğer tazminat davalarından çok daha farklı bir bakış açısıyla ele alınması gerekir.

Her şeyden önce marka sahibinin markayı ancak fiilen ve ciddi surette kullanıyor olması halinde marka hakkına tecavüz davalarını açabilecektir. Aksi takdirde hak sahibi kullanmama def'i ile karşılaşabilir.

Türk tazminat hukukundaki gerçek zararın tazmini olgusu özellikle SMK dönemindeki marka tazminat davalarında biraz gevşemiştir. Daha açık anlatımla, mülga 556 sayılı Marka KHK zamanında yoksun kalınan kârın hesaplanmasında, sadece markanın kâra katkısı ölçüsünde net kârın bir kısmı için maddi tazminata karar verilirken, SMK dönemde, maliyetler çıkarıldıktan sonra kalan net kârın tamamına karar verilmesi, yani yeni dönemde bir nevi cezalandırıcı tazminat olgusu söz konusudur. Amaç mütecavizin yaptığı eylemin hiçbir surette veya miktarda yanına kâr kalmamasıdır. Bu açıdan bakıldığında, mütecavizin sadece markanın sağladığı katkı ölçüsünde tazminat ödediği dönemde işletmenin bulunduğu lokasyon, işletme becerisi vs. faktörlerden kaynaklı kârın mütecavize kalması önlenmiş bulunmaktadır.

SMK döneminde getirilen diğer bir yenilik ise, yoksun kalınan kâr yönünden tazminat miktarının tespitinde hâkime geniş bir takdir yetkisi veril-

⁷⁴ Y. HGK'nın 01.07.2021 tarih 2018/11-1096 E. - 2021/898 K. Yüksek Kurul "TSE markasının garanti markası niteliği bulunduğu ve bu hususun başlı başına bir çekim gücü olduğu, ayrıca TSE markasının kullanılmasının ürünün satışında ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu hususları gözetildiğinde 556 sayılı KHK'nin 66/2 maddesi gereğince belirlenen tazminatın aynı KHK'nin 66/3 ve 67. maddeleri gereğince artırılması gerekmektedir." gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

mesi olmuştur. SMK döneminde, mahkemelerce somut olayın özelliğine göre, hak sahiplerine daha fazla veya ilave tazminat verilebileceği gibi, failin kusurunun bulunmadığı hallerde maddi tazminatın büsbütün kaldırılması da söz konusu olabilecektir. Yeni dönemde, düzenlemelerin uygulamaya nasıl yansıtacağı ve Yargıtay'ın bu düzenlemelere ne yönde bir şekil vereceği merakla beklenmektedir.

KAYNAKÇA

- ARKAN Sabih, **Marka Hukuku, C. II**, AÜHFY, Ankara, 1997.
- ASLAN Adem, **Türk Reklam Hukuku**, Onikilevha, İstanbul, 2021.
- ASLAN İ. Yılmaz, **6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014.
- BAŞ Osman, **Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Tazminat Davaları**, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi.
- BOZGEYİK Hayri, **Marka Hakkının Korunması**, Oniki Levha (Lexpera Elektronik Y.), 2019.
- COHEN Joe / HAUGAARD Annick Mottet, “Monetary Compensation for Trademark Infringement in the European Union”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 5, No. 5, 2010.
- ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, 5. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2023.
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Yetkin Y., Ankara, 2021.
- KARAMAN ODABAŞI Fatma, **Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- KARAN Hakan / KILIÇ Mehmet, **Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi**, Ankara, 2004.
- KAYA Arslan, **Marka Hukuku**, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006.
- OĞUZMAN Kemal, **Medeni Hukuk Dersleri**, 7. Baskı, İstanbul, 1994, s. 91.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmesine Uygulanması**, Beta, İstanbul, 2002.
- ÖZEL Çağlar, **Marka Lisans Sözleşmesi**, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2015.
- SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin, 6. Baskı, Ankara, 2022.
- TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, 2012.
- “Trademark Infringement”, *The Trademark Reporter*, Vol. 113, No. 2, March-April 2023.
- UZUNALLI Sevilay, **Marka Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- YASAMAN Hamdi / AYOĞLU Tolga / YÜKSEL Sinan H. / YUSUFOĞLU Fülurya / YASAMAN Zeynep, **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. 3**, Seçkin, Ankara, 2021.
- YASAMAN, Hamdi, **Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler**, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (Ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara, 2017.
- YAVUZ Cevdet, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1989.
- ZEVKLİLER Aydın, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

SİNAİ MÜLKİYET KANUNU'NDA TÜKENMENİN COĞRAFİ SINIRI BAKIMINDAN TERCİH EDİLEN SİSTEM ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER^(*)

Prof. Dr. Tolga AYOĞLU^(**)

Öz: Çalışma, Markalar Hukukunda tükenmenin coğrafi sınırı bakımından benimsenen sistemler üzerine odaklanmakta ve Türk Kanun Koyucusunun 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile ülkesel tükenme ilkesinden vazgeçerek uluslararası tükenmeyi benimsemek yönünde yapmış olduğu tercihin yerindeliğini sorgulamaktadır. Aslında, bir ülkenin tükenmenin coğrafi sınırı bakımından hangi sistemi benimsyeceği noktasındaki tercih, hukuk politikası ile değil, ekonomi (iktisat) politikası ile ilgili bir tercih olarak görülmek gerekir. Tüketicinin alım gücünün düşük olduğu ülkelerin, paralel ithalata imkân tanıyarak tüketici lehine sonuç veren uluslararası tükenme ilkesini tercih etmeleri makul bir yaklaşımdır.

Anahtar Kelimeler: Tükenme İlkesi, Paralel İthalat, Ülkesel Tükenme, Bölgesel Tükenme, Uluslararası Tükenme.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.06.2024 - Makale Kabul Tarihi: 03.07.2024.

İlgili eser Türkçe olarak Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cumhuriyetin 100. Yılı Etkinlikleri kapsamında, 28.04.2024 tarihinde Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı tarafından düzenlenen “Cumhuriyet’in 100. Yılında Marka Hukuku Sempozyumu” başlıklı sempozyumda sunulmuştur.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: tayoglu@gsu.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3786-3243>.

ASSESSMENT ON THE GEOGRAPHICAL BOUNDARIES OF EXHAUSTION PRINCIPLE UNDER TURKISH INDUSTRIAL PROPERTY LAW

Abstract: The paper focuses on the geographical boundaries of exhaustion principle in Trademarks Law and questions the accuracy of the Turkish Law-maker's preference on international exhaustion in the Industrial Property Act numbered 6769. Indeed, the choice on the geographical boundaries of exhaustion principle is rigorously related with the economic policy of a country, rather than being related with law. The international exhaustion principle, which generates consumer friendly outcomes by allowing parallel imports, is a rational choice for countries with limited consumer purchasing power.

Keywords: Exhaustion, Parallel Import, National Exhaustion, Regional Exhaustion, International Exhaustion.

I. GİRİŞ

Markalı malların tedavülünün malların piyasaya sunulmalarından sonraki aşamalarda marka sahibinin kontrolü altında bırakılması, markalı malların alım satımı ile uğraşan bağımsız tacirlerin bu faaliyetlerinin marka hakkına dayanılarak engellenmesi sonucunu doğurur. Marka sahibine marka hakkına dayanarak markalı malların yeniden ticaret mevkiine konulmasına müdahale edebilme olanağı tanınması halinde, marka sahibi, o markayı taşıyan mallar için “üretim” ve “pazarlama” tekeline sahip kılınmış olur. Oysa “marka içi rekabet” esasını benimseyen Rekabet Hukuku, markayı taşıyan malların ilk satışından (piyasaya sunulmalarından) sonra, malların ticari amaçlı olarak el değiştirmelerini yönetmek ve yönlendirmek noktasında marka sahibinin tekel hakkına sahip kılınmasını kabul edemez. Serbest ticaret düzeni, rekabeti sağlama ve koruma amacı doğrultusunda, markalı malların ilk satışından (piyasaya sunulmalarından) sonraki süreçte ticari amaçla el değiştirmelerine marka sahibinin müdahale edebilmesine olanak tanımak istemez. Bu nedenle, marka sahibinin menfaatleri ile piyasa ajanlarının markalı malların tedavül edebilmesi (ticarete konu olabilmesi) yönündeki çıkarlarını dengeleyecek bir hukuki formülün bulunması gerekir. Bu formül, “tükenme ilkesi” olarak isimlendirilir.

Tükenme ilkesi, marka sahibi veya onun rızası dâhilinde üçüncü kişiler tarafından belli bir coğrafi bölgede piyasaya sunulan markalı malların tedavülüne, marka sahibi tarafından marka hakkına dayanılarak engel olunamayacağını kabul eder. İlke, marka sahibinin, markalı malları ilk defa ticaret mevkiine koymakla hukuk sisteminin kendisine tanıdığı tekel hakkından faydalandığı, orjinal nitelikteki markalı malların piyasada tedavülünden zarar görmeyeceği düşüncesini temel alır. Bu bağlamda, tükenme ilkesi, fikri mülkiyet haklarına sağlanan koruma ile serbest ticaret düzeni, özel mülkiyetin kullanımı ile kamusal yararın korunması arasında bir denge oluşturulması amacını taşır.¹ İlkenin, tükenmenin coğrafi sınırına göre belirlenen belli bir bölge içerisinde marka sahibi ya da onun rızası dâhilinde üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulan markalı malların tedavülüne marka hakkına dayanılarak engel olunmasını önlemesi, bu bölge içerisinde piyasaya sunulan markalı malların serbest ticarete konu olmalarını mümkün hale getirir.

¹ OKUTAN Gül, Exhaustion of Intellectual Property Rights: A Non- Tariff Barrier to International Trade?, *Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul*, XXX. No. 46, Mart 1996, s. 111. Tükenme ilkesinin, kamusal yararın korunması noktasında, serbest ticaret ve rekabet düzeninin korunması ile yakından ilgili bulunduğu konusunda bkz. ASLAN Adem, *Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi*, Beta, İstanbul 2014, s. 60-61; ÇOLAK Uğur, *Türk Marka Hukuku*, 4. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2018, s. 610.

Tükenme ilkesinin uygulama alanı bulması ile birlikte piyasaya sunumu yapılan markalı mallar üzerindeki marka hakkı etkisizleşir ve bu malları piyasada alıp satan (bu malların ticaretini yapan) kişilere karşı ileri sürülemez hale gelir. Ancak markalı malları yeniden ticaret mevkiine koyan kimse-lerin tasarruflarının marka hakkının fonksiyonlarını olumsuz etkileyecek nitelikte olması halinde, pasif durumda bulunan marka hakkı canlanır ve ihlalde bulunan kimseye karşı ileri sürülebilir hale gelir. Zira tükenme ilkesinin felsefesi, orjinal nitelikteki markalı malların piyasada tedavülünün marka hakkını ihlal etmeyeceği düşüncesine dayanır. Markalı malların yeniden ticaret mevkiine konulması aşamasında piyasa ajanları tarafından yapılan tasarrufların hakkın fonksiyonlarını olumsuz etkileyecek nitelikte olması halinde ise marka hakkı ihlal edilmiş olur. Örneğin markalı malların orijinal niteliklerinin ortadan kaldırılması suretiyle değiştirilerek ya da kötüleştirilerek yeniden tedavüle sokulmaları halinde, markanın belirli bir kaliteyi garanti etme fonksiyonu ihlal edilmiş olacağından marka sahibi marka hakkına dayanarak bu tür malların piyasada tedavül etmesine engel olabilir. İlkenin ulaşmayı amaçladığı sonuç marka sahibini hak ihlallerine karşı korumasız bırakmak değil, marka hakkının serbest ticareti önleyecek şekilde kullanılmasını engellemektir.

II. TÜKENMENİN COĞRAFİ SINIRI BAKIMINDAN SİSTEMLERE KISA BİR BAKIŞ

Tükenme ilkesi, marka sahibi ya da onun rızası dâhilinde üçüncü kişiler tarafından “*belirli bir coğrafi bölge içinde*” piyasaya sunumu yapılan markalı malların yeniden ticaret mevkiine konulmasını önlemek amacıyla marka sahibi tarafından marka hakkının kullanılmasını engellemektedir. Sözü edilen coğrafi bölgenin sınırlarını çizmek üzere, “*ülkesel*”, “*bölgesel*” ve “*uluslararası*” tükenme olarak isimlendirilen üç ayrı sistem ortaya çıkmıştır. Bir hukuk sistemi tarafından tükenmenin coğrafi sınırı bakımından hangi sistemin benimsendiği, orjinal nitelikteki markalı malların üçüncü kişiler tarafından dış pazarlardan iç pazara *paralel ithalat*² yoluyla ithal edilmesine marka

² “*Paralel ithalat*”, marka sahibi ya da onun rızası dâhilinde üçüncü bir kişi tarafından ülke dışında piyasaya sunulan orjinal nitelikteki markalı malların marka sahibinden izin alınmaksızın ülkeye ithal edilmesidir [KAYHAN Fahrettin, Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, Ankara **Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, 2001/1, s. 53; ASLAN, s. 48. Paralel ithalat ve marka hakkı arasındaki ilişki hakkındaki ayrıntılı inceleme için şu monografilere bkz. ARIKAN Özgür, **Trademark Rights and Parallel Importation in the European Union**, Onikilevha, İstanbul, 2016; DÜZGÜN Ülgen

hakkına dayanılarak müdahale edilip edilemeyeceği noktasında önem arz eder.

Ülkesel tükenme sisteminde, yalnızca bu sistemi benimseyen ülke sınırları içerisinde marka sahibinin rızası dâhilinde piyasaya sunulmuş olan markalı mallar üzerindeki hak tükenmiş kabul edilir.³ Ülke sınırları dışında piyasaya sunulan markalı mallar üzerindeki hak, bu piyasaya sunum marka sahibinin rızası dâhilinde yapılmış dahi olsa tükenmiş kabul edilmez.⁴ Dolayısıyla, ülkesel tükenmeyi benimseyen hukuk sisteminin coğrafi açıdan kriter olarak aldığı tek bir pazar mevcuttur; o da kendi iç pazarıdır. Sistem, kural olarak ülke dışında yapılan piyasaya sunumlarla ilgilenmez, ülke dışında yapılan piyasaya sunumlara hukuki bir sonuç bağlamaz. Zira bu sistemde sadece marka hakkını tanıyan ve ülkesel tükenmeyi benimseyen ülke pazarında piyasaya sunumu yapılan markalı mallar üzerindeki hak tükenmiş kabul edilir ve yalnızca bu mallar üzerindeki ticaret serbestisi mutlak boyuta ulaşır.

Bölgesel tükenme sistemi, birden fazla ülkenin kendi aralarında yapmış oldukları bir uluslararası anlaşma nedeniyle bu ülkelerin sınırlarını birleştirerek tek bir bölge (tek bir pazar) gibi kabul eden⁵ ve bu bölge içerisinde herhangi bir yerde marka sahibinin rızası dâhilinde piyasaya sunulmuş olan mallar üzerindeki hakkın tüm bölge açısından tükenmiş sayılmasını öngören bir sistemdir. Ülkesel tükenme sistemi ile benimsenen yaklaşım tarzına paralel şekilde, bölgesel

Aslan, Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat Sorunu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'na sunulmuş Doktora Tezi, Ankara 2009 (Tez 2010 yılında kitap olarak da yayımlanmış olmakla birlikte çalışmamızda tezin YÖK Ulusal Tez Merkezi'nde ulaşılabilen nüshasına atıf yapılmıştır, bkz. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>); ÇAMLİBEL TAYLAN Esin, **Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**, 2001]. Paralel ithalatın varlığından söz edebilmek için, ithalat konusu malların mutlaka orjinal nitelikte olmaları ve marka sahibinin rızası dâhilinde piyasaya sunulmuş bulunmaları gerekir; taklit ya da korsan üretim yoluyla piyasaya sunulan malların ithal edilmesi paralel ithalat kavramı içinde kabul edilmez [Taklit mal kavramı, tescil edildiği mallar açısından geçerli olan bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan bir işaretin izinsiz şekilde mal veya ambalaj üzerinde kullanılması ile piyasaya sunulan malları; korsan mal kavramı ise, fikri hak konusu malların izinsiz kullanımı veya çoğaltımını ifade eder (ARIKAN Ayşe Saadet, Fikri ve Sınai Haklar Kapsamındaki Taklit ve Korsan Malların Gümrüklerde Geçici Olarak Durdurulması, **Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi**, C. 4, S. 1-2, 1995-1996, s. 144-145). Paralel ithalatın varlığından söz edebilmek için, ithalatın yapılacağı ülkede markalı malların piyasaya sunulmuş olması gerekir; ithalat ülkesinde marka koruması altındaki mal daha önce hiç piyasaya sunulmamış olup, ilk sunum ithal olunan mallar ile gerçekleştiriliyorsa paralel ithalattan söz edilemez (ASLAN, s. 51).

³ KAYHAN, s. 62.

⁴ OKUTAN, s. 112.

⁵ OKUTAN, s. 113.

tükenme sistemi ile de, belirlenen bölge dışında piyasaya sunumu yapılan markalı mallar üzerindeki hakkın, sunum işlemi marka sahibinin rızası dâhilinde yapılmış dahi olsa tükenmediği kabul edilir. Bu bağlamda, bölgesel tükenme sisteminin, ülkesel tükenme sisteminden hareket eden bir türev sistem olduğu söylenebilir. Bu iki sistem arasındaki fark, ülkesel tükenme sisteminin coğrafi açıdan yalnızca tek bir ülkenin sınırlarını esas alması; bölgesel tükenme sisteminin ise birden fazla ülkenin sınırlarını birleştirerek tek bir iç pazar gibi kabul etmesi ve tükenmenin coğrafi sınırı bakımından birden fazla ülkeden oluşan bölgenin sınırlarını esas almasıdır. Bölgesel tükenme sisteminin karakteristik örneğini Avrupa Birliği Hukuku oluşturmaktadır.

Uluslararası tükenme sistemine göre ise, markalı malların piyasaya sunumu dünyanın neresinde yapılmış olursa olsun, sunum işleminin marka sahibinin rızası dâhilinde yapılmış olması kaydıyla, piyasaya sunulan mallar üzerindeki marka hakkının tükendiği kabul edilir. Dolayısıyla, uluslararası tükenme sistemi yalnızca markalı malların piyasaya sunumunun marka sahibinin rızası dâhilinde yapılıp yapılmadığı ile ilgilenir; bu sunumun dünyanın neresinde yapıldığını ise dikkate almaz. Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, uluslararası tükenme sistemini benimseyen (A) ülkesi hukuku tarafından tanınan marka hakkı, marka sahibi tarafından (B) ülkesinde piyasaya sunulan markalı mallar için de tükenmiş kabul edilir; bu malların (A) ülkesine paralel ithalat yoluyla ithal edilmesine marka hakkına dayanarak engel olunamaz. Şu halde, bu sistemde dikkate alınan, piyasaya sunumun hangi coğrafi sınır içerisinde gerçekleştiği değil, yalnızca marka sahibinin rızası dâhilinde gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Piyasaya sunum marka sahibinin rızası dâhilinde gerçekleştikten sonra, bu işlem dünyanın neresinde gerçekleştirilmiş olursa olsun, sunumu yapılan markalı mallar üzerindeki hak tükenmiş kabul edilir.

III. SMK’NDA TÜKENMENİN COĞRAFİ SINIRI BAKIMINDAN BENİMSENEN SİSTEM

Tükenme ilkesi, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda (“SMK”), m.152 hükmünde düzenlenmiştir. SMK m.152 hükmü, tükenme ilkesi yönünden tüm sınaî mülkiyet haklarını (marka, coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı model) kapsamına alan “ortak” bir düzenleme içermektedir. “*Hakkın tüketilmesi*” başlığını taşıyan hükme göre;

“(1) Sınai mülkiyet hakkı korumasına konu ürünlerin, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra bu ürünlerle ilgili fiiller hakkın kapsamı dışında kalır.

(2) Marka sahibi, birinci fıkra hükmü kapsamına giren ürünlerin üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme hakkına sahiptir.”

SMK m.152 hükmü, tükenmenin coğrafi sınırı bakımından, 556 sayılı KHK'nin 13. maddesinden farklı olarak ülkesel tükenme sistemini değil, uluslararası tükenme sistemini tercih etmiştir. 556 sayılı KHK'nin 13. maddesi, tükenme için markayı taşıyan malların “Türkiye’de piyasaya sunulması” aradığından, ülkesel tükenme sistemi üzerine kurgulanmıştı. SMK m.152/1 hükmü ise sınaî mülkiyet hakkı korumasına konu olan ürünlerin piyasaya sunulmaları gereken coğrafi alan bakımından herhangi bir sınırlama öngörmemiş; böylelikle, dünyanın neresinde olursa olsun, sınaî mülkiyet hakkının sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulan ürünler üzerindeki hakkın tükendiğini kabul ederek “uluslararası tükenme” sistemini benimsemiştir.⁶

IV. SMK’NDA TÜKENMENİN COĞRAFİ SINIRI BAKIMINDAN TERCİH EDİLEN SİSTEMİN YERİNDELİĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMEMİZ

556 sayılı KHK döneminde, tarafımızca; KHK ile ülkesel tükenme yönünde yapılan tercihin yerindeliliğinin tartışmaya açılabilceği, Türkiye gibi tüketicilerin alım gücünün sınırlı bulunduğu bir pazar için paralel ithalata izin vermesi nedeniyle tüketicinin yararına olduğu tartışmasız olan uluslararası tükenme sisteminin reddedilmesinin mantıklı bir tercih olmadığı, uluslararası tükenme sisteminin markanın menşei gösterme, belirli bir kaliteyi garanti etme ve reklam aracı olarak kullanılma yönündeki fonksiyonlarını olumsuz etkilediğinin söylenemeyeceği, bu sebeple yasal sistemde değişiklik yapılarak uluslararası tükenmeye geçilmesinin *de lege feranda* daha yerinde bir tercih oluşturacağı savunulmuştur.⁷ Söz konusu dönemde, doktrinde bizim dışımızda başka birçok yazar tarafından da uluslararası tükenme sisteminin Türkiye açısından daha doğru bir tercih olacağı yönünde görüş

⁶ Maddenin gerekçesinde uluslararası tükenme sistemine geçildiği belirtilmiştir. Doktrinde, hükmün metninde uluslararası tükenme sisteminin tercih edildiğinin açıkça belirtilmiş olmasını eksiklik olarak yorumlayan yazarlar olmuştur (ARIKAN, Fikri- Sınai Mülkiyet Hakları ve Hakkın Tükennesi, 6769 Sayılı Sınai.

Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, 9-10 Mart 2017, s. 664-665).

⁷ YASAMAN Hamdi / AYOĞLU Tolga, **Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi**, Cilt I, Vedat, İstanbul, 2004, s. 562-563.

bildirilmiştir.⁸ Bu sebeple, yasa koyucunun, SMK ile tükenmenin coğrafi sınırı bakımından 556 sayılı KHK döneminde benimsenen sistemi değiştirerek uluslararası tükenme sistemine geçmeyi tercih etmesini olumlu bir tercih olarak görmekteyiz.⁹ Buna karşılık, doktrinde SMK ile uluslararası tükenme ilkesine geçilmesini çeşitli gerekçelerle eleştiren yazarlar da olmuştur.¹⁰

Aslında, bir ülkenin tükenmenin coğrafi sınırı bakımından hangi sistemi benimseyeceği noktasındaki tercih, hukuk politikası ile değil, ekonomi (iktisat) politikası ile ilgili bir tercih olarak görülmek gerekir.¹¹ Zira paralel ithalata imkân tanınıp tanınmaması iktisadi bir tercih olarak ortaya çıkmakta ve o ülkenin izlemeyi tercih ettiği ekonomi politikası ile yakından ilgili bulunmaktadır. Uluslararası tükenme rejimi kapsamında paralel ithalatlara imkân tanınması, tam rekabetçi iktisadi anlayışı benimseyen ekonomiler tarafından tercih edilebilecek bir yaklaşımdır.¹² Dışa karşı korunmacı iktisadi sistemle-

⁸ 556 sayılı KHK döneminde doktrinde uluslararası tükenme sisteminin Türkiye açısından daha doğru bir tercih olacağı yönünde görüş ileri süren yazarlar için bkz. ASLAN, s. 223; DÜZGÜN, s. 234; KARAKURT Yasemin, Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi İlkesi ve İstisnaları, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'na sunulmuş yüksek lisans tezi, Ankara 2007, s. 20 ve 96, bkz. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>; MERAŞ Sibel, Marka Hakkının Tüketilmesi İlkesinin İncelenmesi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı'na sunulmuş Uzmanlık Tezi, Ankara 2008, s. 116, bkz. <https://akademi.tpe.gov.tr/>; GÜLLÜ Emre, Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı'na sunulmuş Uzmanlık Tezi, Ankara 2014, s. 87, bkz. <https://akademi.tpe.gov.tr/>. Çolak da uluslararası tükenme sisteminin gerek dünya ticaretinin gelişmesi gerek tüketicilerin menfaati bakımından en uygun sistem olduğu fikrindedir (bkz. ÇOLAK, s. 611).

⁹ Uluslararası tükenme ilkesinin tüketicinin lehine sonuç vermesinden hareketle aynı yönde değerlendirme için bkz. YAKIN Emir, Sınai Mülkiyet Kanunu Uyarınca Marka Hakkının Uluslararası Tükenmesi İlkesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'na sunulmuş yüksek lisans tezi, Ankara 2020, s. 116, bkz. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>.

¹⁰ Bkz. ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, BTHAE, Ankara 2018, s. 320; ÇAĞLAR Hayrettin, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ocak 2017, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 152; ARIKAN, Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Hakkın Tükenmesi, s. 655. SMK'nın hazırlık çalışmaları sırasında tükenmenin coğrafi sınırı bakımından hangi sistemin seçileceği konusunun uzun tartışmalara neden olduğu hakkında bkz. SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2018, s. 14.

¹¹ 556 sayılı KHK döneminde yapılmış, Türkiye açısından uygun olan tükenme rejiminin iktisadi veriler ışığında değerlendirilmesini konu alan bir çalışma için bkz. TEKDEMİR Yaşar, Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat Sorununa İktisadi Bir Yaklaşım, Farklı Tükenme Rejimleri ve Türkiye İçin Politika Önerisi, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 13, 2003, s. 3-31.

¹² Uluslararası tükenmenin iktisadi açıdan fayda ve sakıncaları hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. ASLAN, s. 75-82; GÜLPINAR Mert Kaan, 556 Sayılı MARKHK Hükümleri Çerçevesinde Marka Hakkının Tüketilmesi İlkesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitü-

rin ise uluslararası tükenmeye olumlu yaklaşabilmeleri mümkün değildir; korunmacı ekonomik politikalar izleyen devletler ülkesel tükenme sistemini tercih etmeye eğilim gösterirler. Ayrıca, tükenmenin coğrafi sınırı bakımından uygulanacak sistemin seçiminde tüketicilerin alım gücü de önemli bir etkindir. Tüketicilerin alım gücünün yüksek olduğu gelişmiş ekonomiler ülkesel tükenmeyi, bireylerin alım gücünün nispeten daha zayıf olduğu gelişmekte olan ekonomiler ise uluslararası tükenmeyi tercih etme eğilimi içersindedir.¹³ Biz, ülkemizde tüketicilerin alım gücünün sınırlı olduğunu göz önüne aldığımızda, paralel ithalata izin vererek tüketiciye daha ucuz fiyat üzerinden orijinal ürün ulaşmasına imkân sağlayan yapısı nedeniyle uluslararası tükenme sisteminin Türkiye açısından doğru bir tercih olduğu düşüncesindeyiz.

Ülkesel tükenme sisteminin, paralel ithalatı engellemeye olanak sağlayan yapısı nedeniyle uluslararası ticarete destek veren bir sistem olarak görülebilmesi mümkün değildir. Sistem, markalı malların ülke içine ithal edilmesini marka sahibinin iznine tabi kılması nedeniyle marka sahiplerini koruyan bir görüntü vermektedir. Paralel ithalatın iktisadi açıdan anlamlı olabilmesi, paralel ithalat konusu malların ithal edilecekleri pazarda marka sahibi tarafından piyasaya sunulan markalı mallara oranla daha ucuz fiyatla tüketiciye satılabilmelerine bağlıdır. Zira paralel ithalat konusu mallar ithal edilecekleri pazarda marka sahibi tarafından uygulanan fiyattan daha pahalı bir fiyatla satılacak olursa, tüketiciler paralel ithalat konusu malları değil, marka sahibi tarafından piyasaya sunulan malları satın almayı tercih edeceklerdir. Bu nedenle, paralel ithalatın iktisadi açıdan anlamlı olabilmesi, paralel olarak ithalat edilecek markalı malların ilgili pazarda marka sahibi tarafından uygulanan satış fiyatından daha düşük fiyatla tüketiciye sunulabilmelerine bağlıdır. Özellikle marka sahibinin ilgili pazardaki tüketicilerin alım gücünü dikkate alarak ürünün maliyetine oranla yüksek fiyat politikası (yüksek kar marjı) uyguladığı hallerde, paralel ithalat yoluyla dış pazarlardan ülkeye ithal edilen ürünler, bu ürünler için yapılan nakliye ve gümrük /ithalat masraflarına rağmen marka sahibi tarafından uygulanan fiyata oranla

sü Özel Hukuk Anabilim Dalı'na sunulmuş Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 77-83 (Tez 2014 yılında kitap olarak da yayımlanmış olmakla birlikte çalışmamızda tezin YÖK Ulusal Tez Merkezi'nde ulaşılabilen nüshasına atıf yapılmıştır, bkz. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>). Paralel ithalatın yasaklanmasının olumlu ve olumsuz yönleri hakkında ise bkz. DÜZGÜN, s. 211-220; TEKDEMİR, s. 15-19.

¹³ ASLAN, s. 67; PASLI Ali, *Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri*, Vedat, İstanbul 2014, s. 528, dñn. 764.

daha elverişli bir fiyatla tüketiciye satılabilmektedir. Paralel ithalatçının markalı malların yurt dışında bir pazardan satın alınmasına ilişkin maliyete, bu malların ithal edileceği ülkeye nakledilmesine ilişkin giderlere ve gümrük/ithalat masraflarına katlandıktan sonra, kendi kar payını da ilave etmesine karşın markalı malları marka sahibinden daha ucuz bir fiyatla satışa sunabilmesi, ilgili pazarda marka sahibinin çok yüksek bir kar marjı ile bu ürünleri satışa sunduğunu gösterir. Dolayısıyla, meseleye ekonomik açıdan yaklaşıldığında, ülkesel tükenme sistemi, paralel ithalata izin vermeyerek marka içi rekabeti ortadan kaldıran yapısı nedeniyle, marka sahibinin ülke içerisinde dilediği kar marjını uygulayarak faaliyet göstermesine olanak sağlayan bir sistemdir. Paralel ithalat konusu markalı malların ithal edilecekleri pazarda marka sahibi tarafından piyasaya sunulan mallara oranla daha ucuz fiyatla tüketiciye sunulacağı düşünülürse, ülkesel tükenme sisteminin tüketicinin yararına olduğu söylenemeyecektir.

Uluslararası tükenme sistemi ise, tükenmenin coğrafi sınırı bakımından yapılan ayırım kapsamında ortaya çıkan sistemler arasında, paralel ithalata imkân sağlayan yapısı nedeniyle uluslararası ticarete en fazla destek veren sistemdir. Uluslararası tükenme sistemi tüm dünya pazarlarını tek bir pazar gibi algılama eğiliminin bir sonucu, küresel ekonomideki globalleşme sürecinin sinai mülkiyet hakları alanındaki görünümü olarak düşünülebilir. Paralel ithalata imkân tanıyan yapısı gereği, marka içi rekabeti teşvik ederek marka sahibinin markalı malları dilediği kar marjını uygulayarak satmasını önleyen, tüketicinin daha ucuz fiyatla markalı mallara ulaşmasını sağlayan bir sistem görünümündedir. Uluslararası tükenme sistemi, paralel ithalata imkân tanımak suretiyle marka sahibinin iç ve dış pazarları birbirinden soyutlaması imkânını ortadan kaldırmakta, marka sahibini rasyonel bir fiyat politikası uygulamaya zorlamakta ve böylelikle tüketicinin lehine bir çözüm oluşturmaktadır.

V. SONUÇ

Bir ülkenin tükenmenin coğrafi sınırı bakımından hangi sistemi benimseyeceği noktasındaki tercih, hukuk politikası ile değil, ekonomi (iktisat) politikası ile ilgili bir tercih olarak düşünülmelidir. Kanımızca, SMK m.152 hükmü ile tükenmenin coğrafi sınırı bakımından 556 sayılı KHK döneminde benimsenen ülkesel tükenme sistemi yerine uluslararası tükenme sistemine geçilmesi olumlu bir tercih olmuştur. Ülkesel tükenme sistemi, paralel ithalatı engelleyerek marka içi rekabeti ortadan kaldırmakta ve marka sahibine

markalı malları dilediği ölçüde yüksek kar marjı ile satabilme imkânı tanımaktadır. Türkiye gibi tüketicinin alım gücünün sınırlı olduğu bir ülkede, marka sahibinin fiyat politikasını dilediği gibi belirleyebilmek yönündeki menfaatinin değil, tüketicini lehine sonuç verecek olan marka içi rekabetin üstün tutulması gerekir. Rekabet Hukuku da marka içi rekabeti oluşturmak ve arttırmak yönündeki yaklaşımı ile bu sonucu destekler. Marka hakkının, ekonomik olarak makul görülemeyecek yükseklikte kar marjı uygulanarak ticaret yapılmasına, tüketicinin alım gücünü zorlayan fiyat politikaları uygulanmasına imkân sağlayan bir araç olarak kullanılmasına izin vermemek gerekir. Bu nedenle, SMK m.152 hükmü ile uluslararası tükenme yönünde yapılan tercihin yerinde olduğu fikrindeyiz.

KAYNAKÇA

- ARIKAN Ayşe Saadet, Fikri ve Sınai Haklar Kapsamındaki Taklit ve Korsan Malların Gümrüklerde Geçici Olarak Durdurulması, **Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi**, C. 4, S. 1-2, 1995-1996, s. 143-168.
- ARIKAN Ayşe Saadet, Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Hakkın Tükenmesi, **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu**, 9-10 Mart 2017, s. 641-670.
- ARIKAN Özgür, **Trademark Rights and Parallel Importation in the European Union**, Onikilevha, İstanbul, 2016.
- ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 24. Bası, Ankara, 2018.
- ASLAN Adem, **Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi**, Beta, İstanbul, 2014.
- ÇAĞLAR Hayrettin, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ocak 2017, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 139-154.
- ÇAMLIBEL Esin Taylan, **Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**, 2001.
- ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, 4. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2018.
- DÜZGÜN Ülgen Aslan, **Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat Sorunu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'na sunulmuş Doktora Tezi, Ankara, 2009 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>).
- GÜLLÜ Emre, **Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat**, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı'na sunulmuş Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014 (<https://akademi.tpe.gov.tr/>).
- GÜLPINAR Mert Kaan, **556 Sayılı MARKHK Hükümleri Çerçevesinde Marka Hakkının Tüketilmesi İlkesi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'na sunulmuş Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>).
- KARAKURT Yasemin, **Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi İlkesi ve İstisnaları**, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'na sunulmuş yüksek lisans tezi, Ankara, 2007 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>).
- KAYHAN Fahrettin, Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, 2001/1, s. 51-71.
- MERAŞ Sibel, **Marka Hakkının Tüketilmesi İlkesinin İncelenmesi**, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı'na sunulmuş Uzmanlık Tezi, Ankara, 2008 (<https://akademi.tpe.gov.tr/>).
- OKUTAN Gül, Exhaustion of Intellectual Property Rights: A Non- Tariff Barrier to International Trade?, **Annales de la Faculté de Droit d'İstanbul**, XXX, No. 46, Mart 1996, s. 110-130.

- PASLI Ali, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri**, Vedat, İstanbul, 2014.
- SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.
- TEKDEMİR Yaşar, Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat Sorununa İktisadi Bir Yaklaşım, Farklı Tükenme Rejimleri ve Türkiye İçin Politika Önerisi, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 13, 2003, s. 3-33.
- YAKIN Emir, **Sınai Mülkiyet Kanunu Uyarınca Marka Hakkının Uluslararası Tükenmesi İlkesi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'na sunulmuş yüksek lisans tezi, Ankara, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>).
- YASAMAN Hamdi / AYOĞLU Tolga, **Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi**, Cilt I, Vedat, İstanbul, 2004.

MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇUNDA YARGITAY UYGULAMASI^(*)

Alper Yükselen BİKİRLİ^(**)

Öz: Marka hakkına tecavüze ilişkin koruma hem özel hukuk düzleminde hem de ceza hukuku düzleminde. Özel hukuka ilişkin davalara ek olarak marka hakkına ilişkin cezai düzenlemeler getirilmiş olması kanun koyucunun marka hakkına atfettiği önemden doğmaktadır. Bu çalışmada marka hakkına tecavüz suçunun önemli özellikleri ele alınacak, Yargıtay'ın marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin bakışı içtihatlar vasıtasıyla değerlendirilecektir.

2015 Yılı Şubat ayına kadar marka ile ilgili suçlar Yargıtay 7. Ceza Dairesinin görev alanında iken Şubat 2015-30 Haziran 2021 arasında bu suçlara Yargıtay 19. Ceza Dairesi bakmıştır. 19. Ceza Dairesinin kapatılmasıyla marka suçlarına bakma görevi tekrar 7. Ceza Dairesine verilmiştir. Bu nedenle marka suçlarıyla ilgili içtihatlar 7. ve kapatılan 19. Ceza Dairelerine ait olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sınai Mülkiyet Kanunu, Marka Hakkı, Marka Hakkına Tecavüz Suçu, İktibas, İltibas.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 05.07.2024 - Makale Kabul Tarihi: 08.08.2024.

İlgili eser Türkçe olarak Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cumhuriyetin 100. Yılı Etkinlikleri kapsamında, 28.04.2024 tarihinde Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı tarafından düzenlenen “Cumhuriyet’in 100. Yılında Marka Hukuku Sempozyumu” başlıklı sempozyumda sunulmuştur.

^(**) Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: aybikirli@hotmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0000-5387-9934>.

THE COURT OF CASSATION PRACTICE IN TRADEMARK INFRINGEMENT

Abstract: Protection regarding trademark infringement is available both in private law and in criminal law. In addition to private law lawsuits, the availability of penal regulations regarding trademark rights arises from the importance that the legislator attaches to trademark rights. In this study, the important features of the crime of trademark infringement will be discussed, and the Court of Cassation's view on the crime of trademark infringement will be evaluated through case law.

While trademark-related crimes were within the jurisdiction of the 7th Criminal Chamber of the Court of Cassation until February 2015, these crimes were handled by the 19th Criminal Chamber of the Court of Cassatio between February 2015 and June 30, 2021. With the closure of the 19th Criminal Chamber, the task of investigating trademark crimes was again given to the 7th Criminal Chamber. For this reason, the jurisprudence regarding trademark crimes will belong to the 7th and the closed 19th Criminal Chambers.

Keywords: Industrial Property Law, Trademark Rights, Crime of Infringing Trademark Rights, Quotation, Likelihood of Confusion.

GİRİŞ

Türk marka hukuku uygulamasında, marka suçları sorunlu bir süreç izlemiştir. Marka suçlarına ilişkin düzenleme, 03.11.2005 tarihli 4128 sayılı Kanunun 5'inci maddesi ile mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ("MarkKHK.") ye eklenmiş, Anayasa Mahkemesinin 2004 ve 2008 yıllarındaki iptal kararlarından sonra, 28.01.2009 tarih ve 5833 sayılı Kanunla 556 sayılı MarkKHK.nin 61/A maddesinde tekrar düzenleme yapılmıştır. 10.01.2017 tarihine kadar yürürlükte kalan MarkKHK, bu tarihte yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile kaldırılmıştır. Halen 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 30'uncu maddesi ile marka hakkına tecavüz suçları cezai yaptırım altındadır.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 30'uncu maddesi neredeyse 556 sayılı MarkKHK.nun 61/A maddesindeki düzenlemenin aynısı olmakla birlikte, 556 sayılı MarkKHK 61/A-1'inci madde ve fıkrasında yalnızca mal veya hizmet üretmek, satışa arz etmek veya satmak seçimlik hareketleri mevcut iken; 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunun 30/1'inci madde ve fıkrasında ise mal üretmek veya hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak eylemleri de getirilerek marka suçlarının kapsamı genişletilmiştir. Diğer fıkradaki suçlarda bir değişikliğe gidilmemiştir.

Bu çalışmada marka suçlarındaki Yargıtay uygulamasına odaklanılmış, konuya ilişkin geniş açıklamalardan ziyade uygulamanın önemli esaslarına yer vermeye çalışılmıştır. Uygulama örnekleri de daha çok açıklayıcı olan ile tartışmalı konulardan seçilmiştir.

I. MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇU

6769 sayılı Kanun'un marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler başlıklı 30'uncu maddesinin birinci fıkrası "Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiş olup, aynı

maddenin 6'ncı fıkrasında bu maddede yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyetle bağlı olduğu hüküm altına alınmıştır.¹

Taklit ürünlerin, (ticari amaçla) üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı başlı başına suç oluşturduğundan 5237 sayılı TCK'nin 54/4. maddesi uyarınca taklit ürünlere ilişkin eşya müsadereğine karar verilmesi gerekir. Yargıtay 19'uncu Ceza Dairesi 18.03.2021 tarih ve 2020/3173 E, 2021/3282 K. sayılı kararında, "Taklit ürünlerin, (ticari amaçla) üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımının başlı başına suç oluşturduğu nazara alındığında 5237 sayılı TCK'nun 54/4. maddesi uyarınca müsadereğine karar verilmesi ..." gerektiğine hükmetmiştir. Bununla beraber TCK m.55 bağlamında suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar açısından kazanç müsadereğine de karar verilmesi gereklidir.²

A. Marka Hakkına Tecavüz Suçunda Şikâyet

1. Genel Olarak

Marka hakkına tecavüz suçları birden fazla seçimlik hareketle işlenebilir.³ Bu seçimlik hareketlerin bir kısmı sırf hareket suçu, bir kısmı ise devamlılık gösteren (temadi eden) suç niteliğindedir. Seçimlik hareketlerden satma, ticari amaçla satın alma, ithal ve ihraç etme sırf hareket suçu olduğundan, şikâyet süresi, bu seçimlik hareketlerin yapıldığı tarih itibarıyla başlayacak; hizmet sunma, satışa arz etme, bulundurma, depolama ve nakletme seçimlik hareketleri ise yapıları itibarıyla devamlılık gösteren (temadi eden) suç niteliğinde olduğundan bu fiiller devam ettiği sürece şikâyet hakkı devam edecektir.⁴

¹ SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 392.

² Marka suçundan elde edilen gelirin yanı sıra bu gelir ile edinilmiş malların (menkul ya da gayrimenkul) kazanç müsadereğine konu olabileceği yönünde bkz. UÇAK Umay, **Türk Ceza Hukukunda Marka Hakkına Tecavüz Suçları**, Seçkin, Ankara, 2023, s. 210.

³ Seçimlik hareketlerin yalnızca iktibas ve iltibas ile gerçekleşmesi halinde tecavüz suçunun doğacağı, özel hukuk bağlamında tecavüz doğuran diğer fiillerin seçimlik hareketler vasıtasıyla gerçekleşmesi halinde tecavüz suçunun doğmayacağı yönünde bkz. BAŞBÜYÜK, İsa, **Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 88.

⁴ TCK m.73 gereği soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlar hakkında altı ay içerisinde şikayette bulunulmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamayacaktır.

Yargıtay 7'nci Ceza Dairesinin 29.03.2023 tarih ve 2022/11150 E, 2023/3465 K. sayılı kararında, "... marka hakkına tecavüz suçları birden fazla seçimlik hareketle işlenebilir. Seçimlik hareketlerden örneğin satma, ticari amaçla satın alma, ithal ve ihraç etme sırf hareket suçu olduğundan, fiil ve failin öğrenilmesi halinde şikâyet süresi, bu seçimlik hareketlerin yapıldığı tarih itibarıyla başlayacak; hizmet sunma, satışa arz etme, bulundurma, depolama ve nakletme seçimlik hareketleri ise yapıları itibarıyla devamlılık gösteren (temadi eden) suç niteliğinde olduğundan bu fiiller devam ettiği sürece şikâyet hakkı devam edecektir.

Somut olayda, sanığın, katılanın marka hakkına hizmet sunmak suretiyle tecavüz ettiği iddiası ile kamu davası açılmış olup; sanığın hizmet sunmak şeklindeki eyleminin temadi eden nitelikte olduğunun kabulü gerekmektedir.

... Bu halde şikâyet tarihinde teselsülün devam ettiği ve katılan şirket adına temsile yetkili müdürün 03.01.2020 tarihli şikâyetinin süresi içinde yapıldığı anlaşılmış; Bölge Adliye Mahkemesince verilen düşme kararı hukuka aykırı bulunmuştur." gerekçesiyle Bölge Adliye Mahkemesinin kararı Dairece bozulmuştur.

2. Şikayetin Sirayeti

Şikayetin sirayeti ve bölünemezliği ilkeleri gereği, örneğin bir işyerinde satışa arz edilen taklit markalı ürünlerle ilgili yapılan şikayet, bu ürünleri satan kişi yanında tespit edilmeleri durumunda üreten, ithal eden, ticari amaçla bulunduran kişilerin de şikayet edilmesi anlamına gelecektir. Böylece bu kişiler hakkında ayrı bir şikayete gerek kalmaksızın soruşturma ve kovuşturma yapılabilecektir.⁵

Açık kimlikleri tespit edilen sanıklar yanında şikayetçi tarafından verilen dilekçede savcılık makamınca re'sen tespit edilecek diğer ilgililer hakkında da kamu davası açılması talep edilmesi halinde, bu talebin savcılık makamınca suça karıştığı tespit edilen ve dilekçede ismi yazılmayan sanıkları da kapsayacağı Daire tarafından kabul edilmektedir. Bu kabul şikayetin sirayeti ve bölü-

Bununla beraber devamlılık gösteren suçlarda şikayet hakkına ilişkin sürenin fiilin sona erdiği tarih itibarıyla başlayacağı yönünde bkz. CENTEL Nur / ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 21. Baskı., Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 109.

⁵ ÖZTÜRK Bahri / TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / GEZER Özge Sırma / SAYGILAR KIRIT Yasemin F. / ALAN AKCAN Esra / ÖZAYDIN Özlem / TÜTÜNCÜ Efser Erden / ALTINOK VİLLEMİN Derya / TOK Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 49-51.

nemezliği ilkelerine işaret etmektedir. Failin ayrıca açıkça belirtilmesine gerek yoktur. Asıl olan şikayetin fiile ilişkin olması⁶ da bu kararda etkilidir.

Yargıtay 7’nci Ceza Dairesinin 14.12.2021 tarih ve 2021/27038-17181 E-K. sayılı kararında, “Emniyet Kaçakçılık Suçlarıyla Mücadele Şube Müdürlüğüne gelen ihbar üzerine Sulh Ceza Hakimliğinden alınan arama ve el koyma kararına istinaden 21.08.2017 tarihinde ihbara konu Kağıthane ilçesinde bulunan depoda yapılan aramada; içinde katılan Lacoste S.A. firması adına tescilli markaları taşıyan 95 adet taklit parfümün de olduğu çok sayıda ürünün ele geçirilmesi üzerine, katılan Lacoste S.A. firmasının vekili aracılığı ile İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği 26.10.2017 havale tarihli dilekçesi ile depo sahibi M... Ç... ve arama esnasında hazır bulunan T... B... hakkında şikayetçi olup, Savcılık makamınca tespit edilecek diğer ilgililer hakkında da kamu davası açılmasını talep ettiği, M... Ç...’ın alınan ifadesinde bu ürünlerin sanık B... T...’a ait olduğunu beyan edip, bu beyanın sanık B... tarafından da doğrulanması üzerine sanık B... hakkında marka hakkına tecavüz suçundan cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldığı anlaşılan olayda; Bölge Adliye Mahkemesince katılan vekilinin süresi içerisinde sanık B...’a yönelik usulüne uygun şikayeti bulunmadığından bahisle, sanık hakkında açılan kamu davasının düşmesine karar verilmişse de;

Katılan Lacoste S.A. vekilinin İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına sunduğu 26/10/2017 havale tarihli şikayet dilekçesi; suça konu ürünlerin sahibi olduğunu ikrar eden sanık B... T...’u da kapsayacağından; sanık B... hakkındaki tüm deliller toplanıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, yerinde görülmeyen gerekçe ile yazılı şekilde düşme kararı verilmesi,” gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

3. Lisans Sahibinin Şikayeti

Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 158’inci maddesine göre, inhisari nitelikte lisans alan marka sahibinden izin almaksızın kendi adına şikayet hakkını kullanabilir. Adi lisans alanın ise özel yetki almadığı sürece şikayet hakkı bulunmamaktadır.⁷

⁶ Failin kim olduğunun bilinmesi şikayet hakkı açısından önem taşımamakla beraber şikayet için öngörülen hak düşürücü sürenin başlaması için failin kimliğinin mağdur tarafından öğrenilmesi gereklidir. Bkz. TCK m.73/2.

⁷ AYDIN Hüseyin, **Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 50, ÇETİNTÜRK Ekrem, **Marka Taklitçiliği Suçu**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 1043, BAŞBÜYÜK, s. 243 vd.

Yargıtay 19’uncu Ceza Dairesinin 10.02.2016 tarih ve 2015/13974 E, 2016/1551 K. sayılı kararında, “Türk Patent Enstitüsünün 21/05/2012 tarih ve 2012/266 sayılı yazısına göre dava konusu marka sahibi T... S... E... Co. Ltd. olup, katılan U... H... Üretim ve Pazarlama A.Ş.’ne marka hakkının devredildiğine dair 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61/A-6, TCK’nın 73/4 maddesi anlamında hak sahipliğine ilişkin tescil edilmiş şikayet ve dava hakkı tanıyan bir lisans sözleşmesi olmadığı ve katılan şirketin marka sahibi adına şikayet hakkının bulunmadığı anlaşılmakla, sanık hakkında düşme kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi”ni bozma nedeni yapmıştır.

B. Marka Hakkına Tecavüz Suçunun Oluşumu

1. Tescilin Gerekliliği

Sınai Mülkiyet Kanunun 7/4’üncü madde ve fıkrasında yer alan “*Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder.*” şeklindeki düzenlemeye göre de ceza yargılamasında şikayet hakkının kullanılabilmesi için tescil başvurusunda bulunulmuş olması yeterli olmayıp, tescil edilen markanın Resmi Marka Gazetesi’nde yayımlanması gerekir.

Yargıtay 19’uncu Ceza Dairesinin 11.03.2021 tarih ve 2020/2095 E, 2021/2933 K. sayılı kararında, “... somut olayda katılanın şikayeti üzerine sanıkların 2013-11071 tescil numaralı markaya tecavüz ettikleri iddiası ile cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açılmış ise de; dosyada mevcut Türk Patent ve Marka Kurumu’nun 03.03.2020 tarihli yazısı ekinde yer alan tescil belgesine göre 2013-11071 numaralı markanın 31.05.2014 tarihli 429 sayılı Resmi Marka Gazetesi’nde yayınlandığının belirtilmesi karşısında; şikayete konu markanın suç tarihinden sonra Resmi Marka Gazetesi’nde yayınlandığı anlaşıldığından sanıkların unsurları oluşmayan suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi,” bozma nedeni yapılmıştır.

Markanın cezai koruması tescil edildiği emtia sınıfı içindir. Tescil dışı sınıflardaki ürünlerde markaya tecavüz suçu oluşmayacaktır.⁸

Yargıtay 7’nci Ceza Dairesi 09.11.2021 tarih ve 2021/6075-15356 E-K. sayılı kararında, “Dosya içerisinde mevcut olan katılan şirket adına 2000

⁸ GÜNEŞ İlhami, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Haksız Rekabet Davaları*, 4. Baskı. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 184.

00599 tescil numaralı “arkadaş” markasının tescil belgesinin incelenmesinde 09, 35, 38, 40, 41 ve 42. emtia sınıflarında koruması olduğunun ancak 16. sınıfta tescili bulunmadığı gibi 35. sınıf kapsamında kırtasiyecilik hizmetleri alanında da korumasının bulunmadığının, bununla birlikte sanığın işyeri tabelası ve tanıtım broşürlerinde “arkadaş” ibaresinin üst kısmında kırmızı - mavi şeritlerin, alt kısmında ise kırmızı renkte “Kırtasiye Kitapevi” yazısının bulunduğu, tabelanın sağ ve sol kenarlarında ağaç ve kalem resimleri ile birlikte “Yardımcı Ders Kitapları TEOG, YGS, ALES, KPSS, DGS, YDS) İkinci El Kültür ve Kaynak Kitapları, Hediyelik Eşya Fotokopi” ibaresinin yazıldığına anlaşılmaması karşısında; ayırt edicilik gücü zayıf olan “arkadaş” markasının sanık tarafından yukarıda anlatıldığı şekilde kullanılması şeklinde gerçekleşen eylemin, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61/A-1 maddesinde düzenlenen suçu maddi ve manevi unsurları itibarıyla oluşturmayaacağı gözetilerek, sanığın beraati yerine, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,” gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Markanın, 6769 sayılı Kanunun 25’inci maddesi uyarınca hükümsüzlüğüne karar verildiği durumlarda, hükümsüzlük durumu geçmişe dönük sonuç doğurduğu için, şikayet tarihinden sonra markanın hükümsüzlüğüne karar verilmişse, soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığı, kovuşturma aşamasında ise beraat kararı verilmelidir.

Yargıtay 19’uncu Ceza Dairesinin 24.06.2021 tarih ve 2020/3899 E, 2021/7168 K. sayılı kararında, “Sanıkların yetkilisi olduğu M... San. ve Tic. A.Ş. tarafından şikayetçi T... Tic. ve San. A.Ş.’ye karşı açılan markanın hükümsüzlüğü ve sicilden terkin talepli davanın İzmir Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 02/12/2015 tarih 2014/184 Esas 2015/170 sayılı kararı ile kabulüne, suça konu 2013/93624 numaralı “M... K...” markasının tüm emtiası ile hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verildiğinin ve bu kararın Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 02/10/2017 tarih 2016/2377 Esas, 2017/4909 sayılı kararı ile onanarak 17/11/2017 tarihinde kesinleştiğinin anlaşılmaması karşısında; Mahkemece bu hususun değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,” gerekçesiyle yerel mahkemenin kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Markayı tescilsiz olarak daha önce kullanan kişilerin markanın başkası adına tescilinden sonraki kullanımları da hakka dayandığından, eskiye dayalı kullanan açısından markaya tecavüz suçu oluşmayacaktır.⁹

⁹ Konuya ilişkin bkz. ÇETİNTÜRK, s. 85.



Yargıtay 7'nci Ceza Dairesi 14.04.2022 tarih ve 2021/16371 E, 2022/7720 K. sayılı kararında, Yerel mahkemenin, “Şikayetçi taraf markayı 11.10.2004 tarihinde tescil ettirmiştir. Şikayetçi, sanık tarafından tescilsiz olarak kullanılan markayı kendi adına tescil ettirdiği için bu markadan doğan hakları sanığa karşı kullanamaz. Sanık eskiye dayalı kullanım nedeniyle Pirpirim markasını şikayetçi ile birlikte kullanma hakkına sahiptir. Şikayetçi bu kullanıma katlanmak zorundadır. Sanığın eylemi Kendisi açısından suç değildir. Mahkememiz sanığın suç oluşturmayan eyleminden dolayı beraatine karar vermiştir.” gerekçesiyle beraate ilişkin kararı Daire tarafından onanmıştır.

Kural olarak tescilli marka; tescil edildiği mal ve hizmetlerle ilgili olarak kanuni korumadan yararlanır. Tanınmış markalar, tescil edilmedikleri mal ve hizmet sınıfında özel hukuk yönünden korunsa da,¹⁰ Dairemiz uygulamasına göre “marka tanınmış olsa dahi” tescil şartı arandığından ve suç ve cezada kanunilik ilkesi gereği cezai korumadan yararlanamayacaktır. Ancak eylem haksız rekabet suçu yönünden değerlendirilmelidir.¹¹

Yargıtay 7'nci Ceza Dairesi 11.01.2022 tarih ve 2021/15498 E, 2022/506 K. sayılı kararında, “19/10/2015 tarihli bilirkişi raporunda; katılan adına tescilli 126729 ve 127791 numaralı markaların 09. Emtia sınıfında “ses ve imaj kaydetmek, göndermek, çoğaltmak için cihazlar” ürün grubunda tescilli oldukları ve suça konu ürünler yönünden benzerlik/özdeşlik bulunduğu şekilde görüş bildirilip yerel Mahkemece bu rapor hükme esas alınarak sanığın marka

¹⁰ GÜNEŞ, s. 183.

¹¹ Marka korumasının mevcut olmadığı hallerde haksız fiil ve haksız rekabet korumasının cari olduğu yönünde bkz. KOCABAŞ Yılmaz, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Marka Hakkına Yönelik Suçlar”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2021, s. 13. Ayrıca bkz. FRANKO Nisim, İltibas Sebebiyle Haksız Rekabet (TTK m.57/f.5), Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan, DEÜHF, İzmir, 2001.

hakkına tecavüz suçundan mahkumiyetine karar verilmişse de; dosya içerisinde mevcut marka tescil belgelerinin incelenmesinde, katılan adına tescilli 126729 ve 127791 numaralı markaların emtia listesinde cep telefonları ve bunların kılıf veya aksesuarları bulunmadığı gibi, bilirkişi raporunda belirtilen şekilde bir benzerlik veya özdeşliğin de varsayılmayacağı; katılan adına tescilli 126729 numaralı markanın tanınmış marka olmasının da yukarıda anlatılan gerekçelerle sonuca etki etmeyeceği anlaşılmış ise de;

Sanığa yüklenen eylemin Türk Ticaret Kanununda düzenlenen haksız rekabet suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususu karar yerinde tartışılıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun taktir ve tayini gerekirken, yerinde görülmeyen gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” bozma nedeni yapılmıştır.



2. Manevi Unsur Olarak Kast

Marka hakkına tecavüz suçları kasten işlenebilen suçlardandır. 556 sayılı MarkKHK da olduğu gibi 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu da suçun taksirli haline yer verilmediğinden suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.¹²



¹² KAYNAK Ali Osman, **Fikri Mülkiyet Suçları ve Soruşturma Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 334 vd.

Görseldeki araç sigara kaçakçılığı suçunda kullanılmış olup, aracın üzerinde ismi yazılı kargo firmasıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Sadece sanık kolluk güçlerine yakalanmamak için araca kargo firmasının isim ve logosunu yazdırmıştır.

Yargıtay 19’uncu Ceza Dairesinin 23.06.2015 tarih ve 2015/4769-3172 E-K. sayılı kararında, “Sanığın sigara kaçakçılığı yaptığı aracında, aranma ve yakalanma riskini azaltmak için, katılan kargo firmasına ait logoyu kullanması şeklinde gerçekleşen olayda, marka tecavüzüne yönelik bir kastının olmadığı, katılanın ticari itibarının zedelenmesine sebep olabilecek eylemle ilgili haksız rekabet suçundan dolayı açılmış bir dava da bulunmadığı gözetilerek, unsurları itibarıyla oluşmayan suçtan beraatine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması,” bozma nedeni kabul edilmiştir.

Uzun süreli aynı işi yapan kişinin yaptığı iş nedeniyle ürünlerin taklit olduğunu bildiği kabul edilmelidir. Dairenin görüşü de bu yöndedir.

Yargıtay 7’nci Ceza Dairesi 25.01.2023 tarih ve 2021/18089 E, 2023/779 K. sayılı kararında, “Tüm dosya kapsamına göre, tekstil ticareti ile iştiغال eden sanığın, tescilli markaları taşıyan orijinal ürünleri nereden satın alması gerektiğini ve faturasız olarak veya orijinaline göre uygun fiyatlı satın aldığı ürünlerin taklit ürün olup olmadığını, yaptığı iş gereği bilebilecek durumda olduğu gözetilerek; sanığın suçun sübutuna yönelik temyiz sebepleri yerinde görülmemiştir.” demek suretiyle sanığın sübuta yönelik itirazları kabul edilmemiştir.

3. Fiil Olarak İktibas ve İltibas

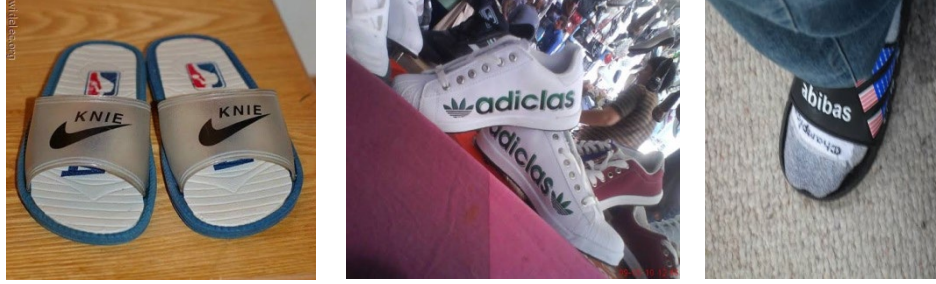
6769 sayılı Yasanın 30 maddesine göre, marka hakkına iktibas ve iltibas yoluyla tecavüz suç sayılmaktadır.

İktibas, aynen alıntı, aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik anlamına gelmektedir.¹³



¹³ İktibas kavramının kapsamına ve ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramına ilişkin farklı yazarların görüşleri için bkz. UÇAK, s. 119 vd.

İltibas, karıştırılma ihtimali, karıştırılmaya yol açabilecek benzerlik anlamına gelmektedir.¹⁴



Özellikle iltibas yolu ile marka hakkına tecavüz edilmesi halinde, özel hukuka göre bu kavram Dairemizce daha dar yorumlanmaktadır. Yani hukuk mahkemesi nezdinde marka hakkına tecavüz sayılan bir eylem, ceza hukuku açısından tecavüz kabul edilmeyebilir.



Tescilli kumaş



Suç konu kumaş

Yargıtay 19’uncu Ceza Dairesinin 31.01.2019 tarih ve 2016/1826 E, 2019/1226 K. sayılı kararında, “Katılan vekilinin şikayeti üzerine, sanığa ait iş yerinde 14.01.2014 günü yapılan aramada; ense iç kısımlarına dikili etiketlerinde “M...M...” markası yazılı olan ve katılan adına tescilli 176460 numaralı ekose desenli şekil markası taklit edilerek üretildikleri iddia edilen toplam 124 adet yeleğin ele geçirildiği...

Marka birden çok unsur içerdiği takdirde markanın asıl unsurunu, bütünü itibariyle görünüşü ve ayırt ediciliğini vurgulayan imaj oluşturur. Dosya-

¹⁴ İltibas kavramına ilişkin farklı yazarların görüşleri için bkz. UÇAK, s. 126. Ayrıca bkz. ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, 5. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2023, s. 267 vd. ÇOLAK, karıştırılma ihtimalinin (likelihood of confusion) marka hukukunun adeta omurgası niteliğinde olan en temel ve tartışmalı konularından biri olduğuna dikkat çekmektedir. ABAD ise iltibas ilişkili “toplumun, ilgili mal ve/veya hizmetlerin aynı teşebbüsten ya da ilişkili teşebbüslerden geldiğini düşünme riski” tanımını yapmaktadır. Konuya ilişkin bkz. ABAD 29.09.1998 T., C-39-97 sayılı Canon Kararının 29.paragrafi.

da mevcut her iki ürüne ait renkli fotoğrafların incelenmesinde; suça konu ürünler ile orijinal ürünler arasında renk, genel görünüm ve insan duyularında bıraktıkları izlenim bir bütün olarak değerlendirildiğinde; ortalama tüketiciler yönünden iltibas dahi oluşturmayaacağı, aksi kabulün tüm ekose desenli kumaşların katılanın tekeline bırakılacağı sonucunu doğuracağı ve bu durumun hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleriyle bağdaşmayacağı da gözetilerek, sanığın beraati yerine, yerinde görülmeyen gerekçe ile mahkûmiyetine karar verilmesi,” gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Tescilli markaları iltibas yolu ile taklit edilmek suretiyle üretilen ayakkabıları satışa sunma eylemi, marka hakkına tecavüz suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir.

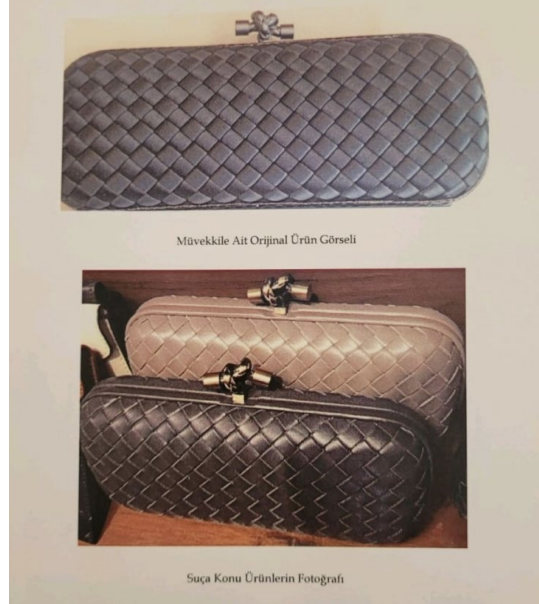
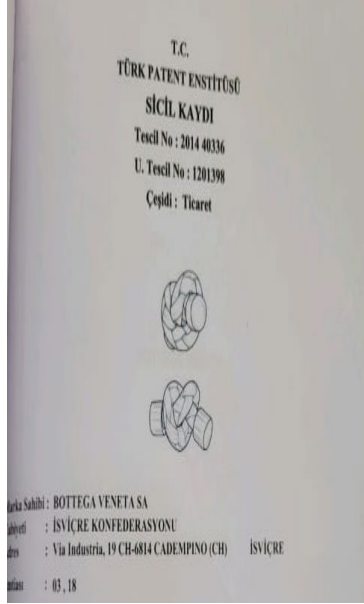


Yargıtay 7’nci Ceza Dairesi 10.03.2022 tarih ve 2021/32276 E, 2022/4718 K. sayılı kararında, “Dosyada mevcut 26/08/2015 tarihli bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere, suça konu ayakkabılar üzerinde yer alan “Lacoste” ibaresinin katılan firma adına tescilli 2004 15571 ve 75960 numaralı “Lacoste” markaları ile iltibas oluşturacağı anlaşıldığından; sanığın, katılan Lacoste S.A. firması adına tescilli markaları iltibas yolu ile taklit edilmek suretiyle üretilen ayakkabıları satışa sunarak, marka hakkına tecavüz suçunu Lacoste S.A. firmasına karşı da işlediği ve bu katılan firma yönünden de mahkûmiyeti yerine, yerinde görülmeyen gerekçe ile beraatine karar verilmesi,” ni bozma nedeni yapmıştır.

6769 sayılı Kanunun 4’üncü maddesine göre, kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaret marka olarak belirlenebilmektedir. 7’nci Ceza Dairesi üç boyutlu şekil markasının taklidini suç saymaktadır.¹⁵ 4’üncü

¹⁵ ABAD, 3 boyutlu şekil markasında ayırt edicilik unsuru açısından diğer marka türleriyle aynı kriterleri uygulamaktadır. Bununla beraber ortalama tüketicinin malın görünümünden hareketle ilgili malı diğer mallardan ayırması daha güç bir ihtimal olduğundan üç boyutlu markaların ayırt ediciliğinin ispat edilmesi daha zor bir ihtimali ifade eder. Konuya ilişkin bkz. ABAD, 15.12.2005 T., T-262/04 sayılı BIC SA kararının 23-25. Paragrafları, KUR Annette / SENFTLEBEN Martin, *European Trademark Law*, Oxford, 2017, s. 150-151, ÇOLAK, s. 121-122.

maddenin karşılığı olan 556 sayılı MarkHKH.nun 5'inci maddesinde de marka olabilecek işaretler benzer şekilde düzenlenmiştir.



Yargıtay 7'nci Ceza Dairesi 09.06.2022 tarih ve 2022/2516-11432 E-K. sayılı kararında, “Marka terimi, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “bir ticari malı, herhangi bir nesneyi tanıtmaya benzerinden ayırmaya yarayan özel ad veya işaret” olarak tanımlanmıştır. Suç tarihinde yürürlükte olan ve somut olayda uygulanması gereken (mülga) 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede markanın özel bir tanımı yapılmamakla birlikte 5. maddesinde “Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.” hükmü ile marka olabilecek işaretler düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan “malların biçimi” ibaresine göre geleneksel şekillere göre özgün veya kullanım sonucu ayırt ediciliği haiz şekil unsurlarının üç boyutlu şekil markası olarak tesciline herhangi bir engel bulunmamaktadır. Nitekim somut olayda, katılan adına 2014 40336 numarası ile tescilli olan marka, çanta ve cüzdanların bulunduğu 18. emtia sınıfında Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından 20.02.2015 tarihinde tescil edilmiş ve tescil suç tarihinden önce 31.03.2015 tarihli Resmi Marka Gazetesinde de yayımlanmıştır.

Bilirkişi raporunda yer alan fotoğraflar, 2014 40336 tescil numaralı marka ve dosya içerisinde bulunan tüm delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesinde; sanığın iş yerinde ele geçirilen çantalarda bulunan kilit tokasının katılan adına tescilli 2014 40336 numaralı, düğüm şeklinde ve ayırt edici niteliği haiz üç boyutlu sekil markası ile iltibas oluşturacak şekilde ve markasal olarak kullanıldığı, deri konfeksiyonu işi ile uğraşan ve İstiklal Caddesindeki bir pasajda çanta dükkânı işleten sanığın yaptığı iş gereği katılan firma adına tescilli markayı taşıyan ürünlerin taklit olduklarını bilebilecek durumda olması karşısında; yüklenen suçun unsurlarının oluştuğu gözetilmeden, yerinde görülmeyen gerekçe ile sanığın mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,” gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.

Ayırt edicilik vasfı kazandıracak şekilde farklı işaret ve ekler kullanılması halinde marka hakkına tecavüz suçu oluşmayacaktır.¹⁶

Yargıtay 19’uncu Ceza Dairesi 18.03.2021 tarih ve 2019/30065 E, 2021/3265 K. sayılı kararında, yerel mahkemenin “Somut olayda simit ve benzeri ürünlerin üretim ve satışının yapıldığı yeri tanımlayan katılan şirket adına tescilli “Simit Sarayı” ibareli markalar orjinal niteliği az olup, bu nedenle ayırım gücü zayıf olan markalardan olduğundan, katılan adına tescilli “Simit Sarayı” ibaresiyle birlikte ayırt edicilik vasfı kazandıracak şekilde farklı işaret ve ekler kullanılmak suretiyle simit satışı yapılan yerlerde söz konusu ibarenin kullanılmasına engel olunamayacağından, sanığın, katılan şirket adına tescilli “Simit Sarayı” markasına “Site” ibaresi eklemek suretiyle kullanımının katılanın söz konusu markalarıyla iltibas oluşturmayacağı kanaatine varıldığı gibi...” gerekçesiyle verilen beraate ilişkin kararını Daire onamıştır.

Ayırt edici özellik bulunan ürünler, ortalama düzeydeki tüketiciler üzerinde yanıltıcı etki yaratmayacağından markaya tecavüz suçu oluşmayacaktır.¹⁷

¹⁶ YENİDÜNYA/İÇER’e göre marka hakkına tecavüz suçunun kanunen tanımlanmış olmasıyla korunan değer esasında koruma işaretinin tüketici nezdinde uyandırdığı kalite ve ayırt edicilik unsurudur. Bu çerçevede ayırt edicilik vasfının kazanılmış olması halinde suçun oluştuğunu savunmak suçun kanunen tanımlanmış olmasıyla korunan değer ile bağdaşmayacaktır. Bkz. YENİDÜNYA Caner / İÇER Zafer, **Marka Hakkına Tecavüz Suçları**, 2. Baskı, Digesta Yayınevi, Ankara, 2014, s. 123.

¹⁷ Ortalama düzeyde tüketicinin dikkat düzeyinin mal ve hizmetin türüne göre değişebileceği yönünde ABAD’ın 22.06.1999 T., C-342/97 sayılı Lloyd Schuhfabrik Meyer kararının 26. paragrafı.



Nitekim Ceza Genel Kurulu 22.10.2019 tarih ve 2017/369 E, 2019/621 K sayılı kararında özetle, katılan adına tescilli markanın E-Tayger olup, sanığın işyerinde ele geçirilen ayakkabılar üzerinde “Surrender” yazısının olması nedeniyle Yargıtay 7’nci Ceza Dairesi “ortalama düzeydeki tüketiciler üzerinde yanıltıcı etki yaratmayacağından” bahisle yerel Mahkemenin mahkumiyet kararının bozulmasına karar vermiş olup, yerel mahkemenin direnmesi üzerine dosya Ceza Genel Kurulu’nda görüşüldüğünde, Ceza Genel Kurulu iktibas ve iltibas oluşmadığına karar vererek yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur.

Suçta konu ürünler ile orijinal ürünler arasında renk, genel görünüm ve insan duyularında bıraktıkları izlenim bir bütün olarak değerlendirildiğinde;¹⁸ ortalama tüketiciler yönünden iltibas oluşturmayaacağı anlaşılıyorsa marka hakkına tecavüz suçu oluşmayacaktır.

Yargıtay 7’nci Ceza Dairesi 23.11.2021 tarih ve 2021/24836-15350 E-K. sayılı kararında, “Marka hakkı sahibi Hummel International A/S firmasının vekili aracılığı ile yaptığı şikayet üzerine vergi levhası sanık N... A... adına kayıtlı olan I... Ayakkabı adlı iş yerinde, sanık M... E... K... hazır bulunduğu halde 06.04.2016 günü yapılan aramada ele geçirilen otuz bir çift ayakkabı üzerinde bulunan markanın katılan firma adına tescilli 2013 58323 numaralı sekil markası ile iktibas ve iltibas yaratacak şekilde taklit edildiği iddiası ile açılan kamu davasında; sanığın tüm aşamalarda suça konu ayakkabıları RNZ firmasından satın aldığını, üzerlerinde RNZ ibaresi olduğunu ve taklit olduğunu bilmediğini savunması ve dosyada mevcut bilirkişi raporunda yer alan fotoğrafların incelenmesinde dava konusu ayakkabıların dil üstünde, arkalıklarında ve iç astarlarında “RNZ” ibaresinin gözle görünür şekilde ön planda olduğunun anlaşılması karşısında; suça konu ürünler ile orijinal ürünler arasında renk, genel görünüm ve insan duyularında bıraktıkları izlenim bir bütün olarak değerlendirildiğinde; ortalama tüketiciler yö-

¹⁸ CORNISH William / LLEWELYN David / APLIN Tanya, **Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks, And Allied Rights**, Sweet & Maxwell, 9th edition, 2019, s. 748.

nünden iltibas oluşturmayaacağı gözetilmeden sanığın beraati yerine, yerinde görülmeyen gerekçe ile mahkumiyetine karar verilmesi, Yasaya aykırı,” diyerek yerel mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir.

Markanın dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde veya sınai konularla ilgili olarak kullanılması halinde markaya tecavüz suçu oluşmayacaktır.¹⁹ 6769 sayılı Yasanın 7. Maddesinde sayılan hallerden bir tanesi de aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılmasıdır. Slayttaki fotoğraf bunun en güzel örneklerindendir. Aşağıdaki içtihattan da anlaşılacağı üzere Daire uygulamaları da bu yöndedir.



Yargıtay 7’nci Ceza Dairesi 11.10.2022 tarih ve 2022/4558-13942 E-K. sayılı kararında, “... dava konusu telefon kılıflarının üzerinde, sadece bu kılıfların Iphone marka cep telefonları için kullanılmasının uygun olduğunu belirtir şekilde “For Iphone 6 Plus” ve “For Iphone 5” ibarelerinin bulunması dürüstçe kullanım olarak kabul edilebilecek ve bu açıklamalara göre tescilli bir markanın ... bilgilendirme amacıyla kullanılması hukuka uygunluk nedeni olarak sayılacaktır.

Bu açıklamalar ışığında sanığın üzerine yüklenen suçtan beraati yerine, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,” gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

¹⁹ ÇOLAK, s. 845. Ayrıca bkz. ÇİÇEKÇİ ERCAN Çiğdem, Tescilli Markanın Koruma Alanı Kapsamı Dışında Kalan Hukuka Uygun Dürüst Kullanım, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı** (Ed. Tekin MEMİŞ), 2013, s. 256.

Eylemin hem marka suçunu hem de 5607 sayılı Yasada düzenlenen kaçakçılık suçunu oluşturması halinde ise ayrı ayrı ceza verilmelidir. Çünkü “marka hakkına tecavüz” suçları ile 5607 sayılı Kanunda düzenlenen “kaçakçılık” suçlarının mağdurları, konusu, fiil ve netice, korunan hukuki değer ve yargılama usulleri farklı, birbirinden ayrı ve bağımsız suçlardır.

Nitekim, Yargıtay 7’nci Ceza Dairesi 31.03.2022 tarih ve 2022/2983-6470 E-K. sayılı kararında, “Yerel Mahkemece, sanık hakkında aynı konu ile ilgili Marmaris 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 2013/427 esas sayılı dosyası kapsamında kaçakçılık suçundan kamu davası açıldığından bahisle, TCK’nun 44. ve CMK’nun 223/4-b maddeleri gereğince ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmişse de;

Suç tarihinde yürürlükte olan 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61/A-1 maddesinde unsurları yazılı “marka hakkına tecavüz” suçları ile 5607 sayılı Kanununun 3/5. maddesinde düzenlenen “kaçakçılık” suçlarının mağdurları, konusu, fiil ve netice, korunan hukuki değer ve yargılama usulleri farklı, birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olması sebebiyle, sanığın bu eylemi ile hem gümrük kaçakçılığı hem de marka hakkına tecavüz suçunun ayrı ayrı oluşacağı gözetilmeden, yerinde görülmeyen gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” bozma nedeni yapılmıştır.

4. Etkin Pişmanlık

Sınai Mülkiyet Kanunun 30’uncu maddesinin 7’nci fıkrasında marka hakkına tecavüz suçu yönünden cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükmü getirilmiştir. Ancak sanığın malı nereden satın aldığını belirtmiş olması yeterli olmayıp, üretenlerin ortaya çıkarılması ile üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması gerektiğinden²⁰ uygulamada bu madde hükmünün uygulanabilirliği oldukça düşüktür.

Yargıtay 7’nci Ceza Dairesi 24.03.2022 tarih ve 2021/16294 E, 2022/5920 K. sayılı kararında, “Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 05.11.2020 tarih ve 2020/19-167 esas, 2020/444 karar sayılı ilamında açıklandığı üzere; suç ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5833 sayılı Kanun ile değişik 61/A-son maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık nedeniyle cezaya hükmolunmaması için, sanığın taklit malları nereden aldığını bildirmesi, suça konu malı üretenlerin

²⁰ Hedef suçun kaynağının ortadan kaldırılmasıdır. Bkz. ÇETİNTÜRK, s. 958-959.

ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği, somut olayda ise sanık, ele geçirilen taklit malları nereden satın aldığını bildirip fatura ibrazında bulunmuşsa da; sanığın ürünleri satın aldığını belirttiği Gaye Optik adlı işyerinde arama yapılmadığı ve herhangi bir ürün ele geçirilmediği nazara alınarak, malları üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlamanın söz konusu olmadığı gözetilmeden, yerinde görülmeyen gerekçe ile sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi,” bozma nedeni yapılmıştır.

SONUÇ

6769 sayılı Kanun’un marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler başlıklı 30’uncu maddesinin birinci fıkrası marka hakkına tecavüz suçunu düzenlemektedir. Marka hakkına tecavüz suçu, şikayete bağlı bir suçtur ve birden fazla seçimlik hareketle işlenebilmesi mümkündür. Şikayetin sirayeti ve bölünemezliği ilkeleri gereği, şikayet fiile ilişkin olup tek bir şikayet vasıtasıyla tüm faillere ilişkin soruşturma ve kovuşturma yürütülebilmesi mümkündür.

Markanın cezai korumasından bahsedilebilmesi için markanın tescil edilmiş olması gereklidir, tescil dışı sınıflardaki ürünlerde markaya tecavüz suçundan bahsedilemez. Markayı tescilsiz olarak daha önce kullanan kişilerin markanın başkası adına tescilinden sonraki kullanımları da hakka dayandığından, eskiye dayalı kullanan açısından markaya tecavüz suçu oluşmayacaktır. Tanınmış markalar, tescil edilmedikleri mal ve hizmet sınıfında özel hukuk yönünden korunsa da Yargıtay 7. Ceza Dairesi uygulamasına göre “marka tanınmış olsa dahi” tescil şartı arandığından ve suç ve cezada kanunilik ilkesi gereği cezai korumadan yararlanamayacaktır. Bununla beraber bu durumda haksız rekabet suçunun oluşma ihtimali ayrıca tetkik edilmelidir.

Marka hakkına tecavüz suçu taksirle işlenemez, failin kastı gereklidir. Marka hakkına tecavüzden bahsedilebilmesi için iktibas veya iltibas söz konusu olmalıdır. İktibas, aynen alıntı, aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik, iltibas ise karıştırılma ihtimali, karıştırılmaya yol açabilecek benzerlik anlamına gelmektedir. Özellikle iltibas yolu ile marka hakkına tecavüz edilmesi halinde, özel hukuka göre bu kavram Yargıtay 7. Ceza Dairesince daha dar yorumlanmaktadır. İltibasın varlığı değerlendirilirken ürünün bir bütün olarak ortalama tüketiciler nezdindeki izlenimi değerlendiril-

rilmiştir. Markanın dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde veya sınai konularla ilgili olarak kullanılması ihtimalinde marka hakkına tecavüz suçu doğmayacaktır.

Marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin etkin pişmanlık düzenlemesi mevcut olmakla beraber, hükmün mevcut haliyle etkin pişmanlık düzenlemesinin yaygın uygulanması mümkün görünmemektedir.

KAYNAKÇA

- AYDIN Hüseyin, **Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- BAŞBÜYÜK, İsa, **Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- CENTEL Nur / ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 21. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.
- ÇETİNTÜRK Ekrem, **Marka Taklitçiliği Suçu**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- CORNISH William/ LLEWELYN David / APLIN Tanya, **Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks, And Allied Rights**, Sweet & Maxwell, 9th edition, 2019.
- ÇİÇEKÇİ ERCAN Çiğdem, Tescilli Markanın Koruma Alanı Kapsamı Dışında Kalan Hukuka Uygun Dürüst Kullanım, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı** (Ed. Tekin MEMİŞ), 2013.
- ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, 5. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2023.
- FRANKO Nisim, İltibas Sebebiyle Haksız Rekabet (TTK m.57/f.5), **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan**, DEÜHF, İzmir, 2001.
- GÜNEŞ İlhami, **Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Haksız Rekabet Davaları**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- KAYNAK Ali Osman, **Fikri Mülkiyet Suçları ve Soruşturma Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- KOCABAŞ Yılmaz, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Marka Hakkına Yönelik Suçlar", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı**, 2021.
- KUR Annette / SENFTLEBEN Martin, **European Trademark Law**, Oxford, 2017.
- ÖZTÜRK Bahri / TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / GEZER Özge Sırma / SAYGILAR KIRIT Yasemin F. / ALAN AKCAN Esra / ÖZAYDIN Özlem / TÜTÜNCÜ Efser Erden / ALTINOK VİLLEMİN Derya / TOK Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- SULUK Cahit/ KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- UÇAK Umay, **Türk Ceza Hukukunda Marka Hakkına Tecavüz Suçları**, Seçkin, Ankara, 2023.
- YENİDÜNYA Caner / İÇER Zafer, **Marka Hakkına Tecavüz Suçları**, 2. Baskı, Digesta Yayınevi, Ankara, 2014.

ÖNCEKİ TARİHLİ HAKLARIN ETKİSİ, SMK 155. MADDESİ VE YARGITAY UYGULAMALARI^(*)

Döndü Deniz BİLİR^(**)

Öz: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, 10 Ocak 2017 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanunun 155. maddesi, önceki tarihli hakların etkisi başlığı altında düzenlenmiş olup, marka, patent veya tasarım hakkı sahiplerinin, kendilerinden önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerine karşı açılan tecavüz davalarında, kendi sınai mülkiyet haklarını savunma gerekçesi olarak ileri süremeyeceklerini hükme bağlamaktadır. Bu çalışmada, SMK 155. maddesinin marka hukuku açısından değerlendirilmesi, önceki hakların etkisi ve Yargıtay uygulamaları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Marka, Tescil, Önceki Hakların Etkisi, Öncelik İlkesi, Hükümsüzlük, Tecavüz.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 07.07.2024 - Makale Kabul Tarihi: 10.09.2024.

İlgili eser Türkçe olarak Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cumhuriyetin 100. Yılı Etkinlikleri kapsamında, 28.04.2024 tarihinde Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı tarafından düzenlenen “Cumhuriyet’in 100. Yılında Marka Hukuku Sempozyumu” başlıklı sempozyumda sunulmuştur.

^(**) Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: dondudenizbilir@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0008-1118-8981>.

THE EFFECT OF PRIOR RIGHTS, ARTICLE 155 OF THE INDUSTRIAL PROPERTY LAW, AND COURT OF CASSATION PRACTICES

Abstract: The Industrial Property Law No. 6769, published in the Official Gazette on January 10, 2017, includes provisions regarding industrial property rights. Article 155, under the heading “Effect of Prior Rights”, stipulates that owners of trademarks, patents, or design rights cannot use their industrial property rights as a defense in infringement cases filed by holders of rights with earlier priority or application dates. This study will evaluate Article 155 of the Industrial Property Law in terms of trademark law, examining the impact of prior rights and the applications of the Court of Cassation.

Keywords: Trademark, Registration, Effect of Prior Rights, Principle of Priority, Invalidity, Infringement.

I. GİRİŞ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 10.01.2017 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanunun, “Ortak ve Diğer Hükümler” başlıklı 5. Kitap Birinci Kısım’da sınai mülkiyet haklarına ilişkin “Ortak Hükümler” düzenlenmiş olup, yeni düzenleme ile yürürlüğe giren maddelerden birisi de “önceki tarihli hakların etkisi” başlığı altında düzenlenmiş olan 155. maddesidir.

Kanunun 155. maddesi “*Marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez.*” hükmünü havidir. Anılan Maddenin gerekçesinde; “*Başkasının sınai mülkiyet hakkına tecavüz ettikleri tespit edilen kişilerin, o sınai mülkiyet hakkından daha sonraki bir tarihte kendi adlarına yapılan tescile dayanmalarının önü kapatılmıştır. Sonraki tarihli tescil, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemiştir. Böylece aradaki kullanımların şartları gerçekleşmişse hakka tecavüz oluşturacağı ve her ne kadar davalı taraf adına tescil mevcut olsa da bu dönemdeki kullanım için de şartları varsa tazminat sorumluluğunun doğacağı kabul edilmiştir.*” şeklindeki gerekçelere dayanıldığı görülmektedir.

Bu çalışmada SMK 155. maddesi marka hukuku bakımından ele alınacaktır.

II. ÖNCEKİ HAKLARIN ETKİSİ VE YARGITAY UYGULAMALARI

A. Genel Olarak

Marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinin, diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesine yarayan işaretlerdir.¹ Marka üzerindeki öncelik hakkı, diğer bir ifadeyle gerçek hak sahipliği, o markayı seçen, kullanan ve piyasada bilinir hale getiren kişiye aittir.² SMK 155 hükmü, marka

¹ TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 2.

² YASAMAN Hamdi (AYOĞLU Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya / MEMİŞ KARTAL Pınar / YÜKSEL Sinan H. / YASAMAN Zeynep), **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi C. III**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021; KAYA Arslan (ÜLGİN Hüseyin / HELVACI Mehmet / NÖMER ERTAN N. Füsün) **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 461; ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2023, s. 575.

hakkı sahibinin, kendi hakkından daha önceki hakka sahip kişiye, gerçek hak sahibine, karşı açtığı tecavüz davasında sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremeyeceğini düzenlemektedir.

Öncelik hakkının kaynağı fikri ve sınai mülkiyet hukukunun temel ilkelerinden öncelik ilkesine dayanır. Öncelik ilkesi, bir kimsenin hakkının diğer bir kimsenin hakkına göre daha önceki bir tarihte oluşması ve önceki tarihte oluşan hakkın sonraki haklara göre üstün olmasını ifade eder. Kimin hakkının daha önce oluştuğu ise hakkın niteliğine göre kullanım ya da tescil tarihine göre belirlenir.³ Görüldüğü üzere öncelik hakkı çatışan haklar söz konusu olduğunda gündeme gelir ve öncelik ilkesine göre sonraki tescilli hak kullanılamaz hale gelir.⁴

B. SMK m.155 Öncesi Durum

Önceki tarihli hakların etkisi 551 sayılı Patent Kanun Hükmünde Kararnamesi'nde (KHK) var olan bir düzenlemeydi. 551 Sayılı KHK'nın 78. maddesinde düzenlenen "*önceki tarihli patentlerin etkisi*" başlıklı maddesinde "*Patent sahibi patentini kendi patentinden daha önceki rüçhan tarihine sahip olan patent sahiplerinin açmış olduğu patente tecavüz davasında bir savunma gerekçesi olarak ileri süremez.*" hükmünü havi idi. Dolayısıyla, 551 sayılı KHK açıkça tescilli bir patent/faydalı model hakkının kendinden önce tescil edilmiş bir patent/FM'den doğan hakka tecavüz edebileceğini ifade etmekteydi. Bununla birlikte 551 sayılı Patent KHK'sının 78. maddesinde yer alanla benzer bir düzenlemeye ne 556 sayılı Markalar KHK'sında ne de 554 sayılı Tasarım KHK'sında yer verilmemişti.

Diğer yandan Yargıtay, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK döneminde bir tecavüz davasında tescilli markalar arasında bir uyumsuzluk çıktığında, davalının kullanımı tescil edilmiş bulunan bir sınai hak kapsamında ise, önceki tarihli davacı markasına tecavüz veya haksız rekabetten söz edilemeyeceğine karar veriyordu. (Yargıtay 11 HD. 02.05.2011 tarih ve 2009/12869 E.- 2011/5304 K.). Hatta davacı, tescilli olan davalı markasını hükümsüzlüğü için dava açıp hükümsüz kılsa bile, terkin öncesi kullanımlar davacı markasına tecavüz veya haksız rekabet oluşturduğuna

³ YASAMAN / YASAMAN, **SMK Şerhi III**, s. 3267.

⁴ ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal, "Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine - SMK m.155.

Vesilesiyle Bir İnceleme", **BATİDER**, C. 34, S. 2, Haziran 2018, s. 66-67.

karar verilemeyeceği, ancak bu durumda sonraki kullanımlar için tecavüz veya haksız rekabete karar verileceğini kabul ediyordu. (Yargıtay 11. HD'nin 04.07.2012 T. 2011/5369 E. ve 2012/11913 K.). Yine, markanın tescile dayalı kullanımının, bu tescil kötünietle yapılmış olsa dahi, tecavüz veya haksız rekabet oluşturmadağı kabul edilmekteydi.

Suluk, bu durumu eleştirerek, kötünietli kişiler bakımından sınai hak tescilinin “güvenli bir limana” dönüştüğünü belirtmekteydi.⁵ Ancak SMK m.155 hükmü ile birlikte tescil belgelerinin, gerçek hak sahibine karşı güvenli liman olmaktan çıktığını ifade etmektedir.⁶ Buna karşılık bazı yazarlar ise hükmü, sınai hakların mutlak hak niteliğine ve işlem güvenliği ilkelerine aykırılık oluşturduğu sebebiyle eleştirmektedir.⁷

Doktrinde ise bazı yazarlar, marka tescilli olsa dahi bazı hallerde marka sahibine dava açılabilceğini savunuyordu. Şehirali Çelik, marka sahibine açılan tescilin hükümsüzlüğü davasında tescilin geçmişe etkili olarak hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde, hükümsüzlük kararı verilene kadar geçen tescilin var olduğu süre için tazminata hükmedilmesi gerektiğini savunmaktaydı.⁸

ABAD ise tasarımlarla ilgili olarak verdiği 6 Şubat 2012 tarihli *Celaya*⁹ kararında, hükümsüzlük davası açılmadan da tecavüz davası açılabilceğini belirterek öncelik ilkesine vurgu yapmıştır.¹⁰

ABAD yine tasarımlar hakkında verdiği 21 Şubat 2013 tarihli *Canina*¹¹ kararında ise benzer yönde sonuca ulaşmış, tecavüz davasının açılması için hükümsüzlük davasının açılmasının gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹²

⁵ SULUK Cahit (Editör: Tekin Memiş), “Sınai Mülkiyet Hukukunda Tescil Güvenli Liman Mıdır?”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013**, On İki Levha Yayınları, Ankara, 2015, s. 403 vd.; Aynı yönde bkz. GÜL İbrahim, “Marka Hakkına Tecavüz Davasında Tescilli Marka Savunması”, **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 13, Ocak 2017, s. 91.

⁶ SULUK Cahit (KARASU Rauf/ NAL Temel), **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 8-9; Aynı yönde bkz. Çolak, s. 573.

⁷ ÇAĞLAR Hayrettin (AYHAN Rıza / YILDIZ Burçak / İMİRLİOĞLU Dilek), *Sınai Mülkiyet Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 352-353.

⁸ ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal, “Fikri Mülkiyet Hukukunda Tescile Dayalı Kullanımın Hukuka Uygunluğu Sorunu: Şekil Esastan Üstün Müdür?”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXXVI, 14 Aralık 2012**, Ankara 2013, s. 81.

⁹ CJEU C-488/10, *Celaya Empranza y Galdos Internacional SA v. Proyectos Intergrales de Balizamiento SL*, 16.02.2012.

¹⁰ BOZGEYİK Hayri / TABUR Mehmet Fatih, “Marka Korumasında Tescil ve Öncelik İkilemi Üzerine Yargıtay ve ABAD Kararları Işığında Bir İnceleme”, **TAAD**, Yıl 15, S. 58, Nisan 2024, s. 483 vd.

ABAD’ın marka ile ilgili olarak verdiği 10 Mart 2015 tarihli *Rosa Dels Vents*¹³ kararında ise, tescilli markaya karşı hükümsüzlük davası açılmadan da önceki hak sahibinin markasının üçüncü kişilerce kullanılmasına ilişkin sahip olduğu inhisari hakkı kullanabileceğine hükmetmiştir.¹⁴

Yargıtay daha sonraki kararlarında, davalının kötüniyetli olması durumunda önceki kararından dönerek, davalıya ait markaların kötüniyetli tescil sebebiyle hükümsüz kılınması kaydıyla, 556 sayılı KHK’nın 44. maddesi uyarınca davalının marka tescilinin geçmişe etkili olarak hükümsüz olacağı ve kötüniyetli marka tescili sebebiyle davacı tarafın bu yüzden doğan zararlarının tahsilini isteyebileceği kabul etmiştir.

11. HD. 18.9.2014 tarih ve 2013/17104 E. - 2014/14018 K. sayılı ilamında, “*Dairemizin önceki tarihli bir kısım kararlarında usulüne uygun olarak yapılan tescil sonucu gerçekleşen marka kullanımlarının bu tescil hükümsüz kılınmaya kadar hukukten koruma altında oldukları, bu süredeki kullanımların hukuka aykırı olduğunun kabulü mümkün olmadığı görüşü benimsenmiş ise de, somut olayın özelliklerine göre kötü niyetli olarak bir markayı adına tescil ettiren kimsenin bu tescil nedeniyle verdiği zararları tazmin etmemesinin hakkaniyete ve hukuka aykırı olduğu da kabul edilmektedir*” denilerek kötüniyet halinde bu tescilden doğan zararın tazmin edilebileceğine” karar verilmiştir.

Yargıtay’ın, tecavüz davalarında tescilin hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiğine ilişkin yerleşik içtihadı, henüz başvuru aşamasında bulunan markalara ilişkin uygulamaya da yön vermekteydi ve başvurunun sonucunun bekletici mesele yapılması gerektiğine karar veriliyordu. Nitekim 11. HD. 24.12.2015 tarih ve 2015/16584 E, 2015/13914 K. sayılı ilamında:

“... *Bu davanın açıldığı tarihte, davalının dava öncesi tescil başvurusunun henüz kesinleşmemiş olması, davalının tamamen tescilsiz bir marka sahibi gibi değerlendirilmesini gerektirmemelidir. Davalının, tescil başvurusunun lehine sonuçlanacağına inanarak ve bu markalı ürünleri pi-*

¹¹ CJEU C-561/11, Federation Cynologique Internationale v. Federacion Canina Internacional de Perros de Pura Raza, 21.02.2013.

¹² ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal, “Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 21 Şubat 2013 Tarihli “Canina” Kararı”, **BATİDER**, 2013, C. XXIX, S. 2, s. 293 vd.

¹³ CJEU C-491/14, Rosa des Vents Assesoria SL v. U Hotels Albergues Juveniles SL, 10.03.2015.

¹⁴ YASAMAN / YASAMAN, **SMK Şerhi III**, s. 3265 vd.

yasaya davacıdan önce de sürdüğünü düşünerek, tescil öncesi yaptığı ticari faaliyetlerin peşinen haksız rekabet oluşturduğunun kabulü doğru olmaz. Zira, davalının daha sonra tescil başvurusu da haklı bulunabilecek olup, tescilli bir marka terkin edileceği tarihe kadar esasen koruma altındadır. Terkin kararının kesinleşmesinden sonra aynı markanın kullanılması eylemleri, haksız rekabet oluşturacaktır...” denilmiştir.

Yargıtay’ın bu yaklaşımı, önceki tarihli marka sahiplerinin aleyhine birden fazla hukuki sonuç doğurmuştu. Öncelikle; tescil ile elde edilen marka korumasının kapsamı, bu hakkın tüm üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceğine ilişkin açık düzenlemeyi daraltmıştı. Zira, tescilli marka hakkının, sonraki bir tarihte tescil edilen bir başka markanın kullanımı ile ihlal edilmesinde tecavüz davası açma imkanı ortadan kaldırılmıştı. Açılan bir dava davalının marka kullanımının; tescile dayalı olduğu yönündeki savunmasının kabulü ile sonuçlanmaktaydı. Marka sahibi açılan hükümsüzlük davası devam ettiği sürece, marka hakkına tecavüz oluşturan fiile katlanmak zorundaydı. Hükümsüzlük tarihine kadar geçen süreç tecavüz kapsamında kabul edilmediğinden marka sahibinin mevcut zararını tazmin etme imkanı da ortadan kaldırılmıştı. Böylece, sonraki tarihli tescilin hükümsüzlüğü yönünde karar verilene kadar geçen sürede markayı kullanma hakkından faydalanan sonraki tescil tarihli marka sahibi, ticari açıdan hiçbir zarara uğramamakta; aksine haksız kazanç elde etmekteydi. 11. HD. 08.05.2014 tarih ve 2013/1074 E. - 2014/8756 K.’da bu yöneydi.

“... Mahkemece, davacı markasına tecavüz ettiği kabul edilen davalı markası tescilli olup, Dairemizin yerleşik içtihatları uyarınca terkin edinceye kadar tescilli markanın kullanımı haksız bir kullanım teşkil etmez. Bu durumda, hükümsüzlük kararının tescilli dönemdeki kullanımları yasaya aykırı bir hale getirmemesi sebebiyle bu dönemdeki kullanımların markaya tecavüz teşkil etmeyecek olmasına...”

Yargıtay’ın ilgili Dairesinin uygulaması yukarıda açıklanan yönünde iken Yargıtay HGK 27.03.2013 tarih ve 2013/11-209 E - 2013/399 K sayılı kararı ile Endüstriyel Tasarımlar yönünden çıkmış bir uyuşmazlıkta 6769 sayılı SMK.nun 155. maddesinin ortaya çıkışına yol açan bir karar vermiştir. Yargıtay HGK anılan kararında özetle:

“... Davalı, piyasada yaygın olarak 1991 yılından beri var olan bir ürünü kendi tasarımıymış gibi 1997 yılında tescil ettirmiştir. Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına

uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kişinin iyiniyet iddiasında bulunamayacağına da şüphe yoktur (TMK m.2). Bu itibarla, davalının Türkiye’deki endüstriyel tasarım tescillerinde uygulanan incelemesiz sistemden yararlanarak tescilini sağladığı, ancak daha sonra yeni ve ayırt edici niteliğinin bulunmaması nedeniyle koruma kapsamında olmadığı mahkemece belirlenerek hükümsüzlüğüne karar verilen “harc-ı alem” tasarım tescili ve bu tescile dayalı hakları, 554 sayılı KHK’nin 45/1 maddesi hükmü uyarınca hiç “doğmamış” sayılır ve gerçekte var olmayan bir hak iddiası ile davacı tarafta oluşmasına neden olunan zararların tazmini gerekir. O halde, davacı işletmesindeki üretim araçlarına el konulması sebebiyle davacının üretim yapmasının davalı tarafından bir hakka dayalı olmaksızın kötüniyetle engellenmiş olduğunun somut olaydaki hükümsüzlük kararı ve açıklanan dosya kapsamı ışığında kabulü gerektiği için, meydana gelen zararının tazmini yoluna gidilmelidir” gerekçelerini içeren karar verilmiştir.

C. SMK 155. Maddesinin Yürürlüğe Girişi

Yargıtay, SMK m.155’in yürürlüğe girdiği andan itibaren, yürürlüğe girmeden önce açılan ve görülmekte olan davalar bakımından uygulanması yönünde karar vermiştir.

Yargıtay 11. HD. 17.03.2021 tarih ve 2020/1412 E.- 021/2516 K. sayılı kararında bu husus şöyle açıklanmıştır;

“... Davacı tarafça 03.02.2017 tarihinde ve 6769 sayılı SMK’nın 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra dava açıldığı anlaşılmaktadır. 6769 sayılı SMK’nın geçici 1/1 maddesi uyarınca, marka başvurularının sonuçlandırılması yönünden, başvuru tarihinde geçerli kanun hükümlerinin uygulanması gerekirken, münhasıran açılan hükümsüzlük davaları ile tecavüz davaları yönünden SMK’nın 192. maddesi uyarınca davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan yeni SMK’nın hükümlerinin uygulanması gerekmektedir...”

Bu durumda, SMK’nın yürürlük tarihi olan 10.01.2017 tarihinden sonra açılan davalarda SMK 155. maddesi uygulanabilecektir.

D. SMK 155. Maddesinin Unsurları

SMK 155. Maddesi, açılan bir tecavüz davasında taraflara ait çatışan sınai haklar sorununa öncelik ilkesi ile çözüm getirmeyi amaçlamıştır. Bu itibarla, maddenin uygulanma koşullarının tartışılmasında tecavüz davasının taraflarına ait sınai haklar üzerinden inceleme yapılması gerekir. Maddenin uygulanma şartları ise aşağıda madde numaraları ile incelenmiştir.

1. SMK 155. maddesinin temel amacı; farklı kişilere ait farklı tarihli haklar arasında ortaya çıkabilecek çatışmada, salt tescilin varlığının tecavüzü ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeni olmasının önüne geçilmesidir. Bu durumda, SMK'nın 155. maddesi uyarınca, başkasının sınai mülkiyet hakkına tecavüz eden kişinin, tecavüz ettiği o sınai mülkiyet hakkından daha sonraki tarihte kendi adına yaptırdığı tescile dayanmasının önü kapatılmıştır. Kanunda sayılan bir sınai hak, itiraz süresinde hiçbir sorun ile karşılaşmamış olsa dahi, sınai hakkın kullanımının daha eski tarihli bir sınai hakka tecavüz yarattığı iddiası söz konusu olabilecektir, sınai hakkın hükümsüzlüğü ya da iptali söz konusu olmadan, kullanımlar ihtiyati tedbir talebine, tecavüz ve tazminat davalarına konu olabilecektir.
2. Önceki Tarihli Hak; Kanun koyucu önceki tarihli sınai hakkında (davacının sahip olduğu sınai hakların) daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip tescilli veya tescil için başvurusu yapılmış sınai hak sahibi olması gerektiğini belirtmiştir. Zira, madde metninde tecavüz davasını açan kimsenin, davalıdan önceki “rüçhan veya başvuru tarihine” sahip bir hak sahibi olması aranmıştır. Esasen “rüçhan veya başvuru tarihi” ibareleri, tescilli sınai mülkiyet haklarına ait kavramlarla ilişkilidir.¹⁵

Öte yandan, davacının sahip olduğu sınai haklar sınırlandırılmamıştır. Davacı (önceki hak sahibi), SMK'da tescil sistemine tabi marka, tasarım (SMK'da düzenlenmeyen sınai mülkiyet hakları ile tescilsiz tasarım bu kapsamda değildir.), patent/FM, coğrafi işaret ya da geleneksel ürün adı sahibi olabilir. Zira tüm bu hak grupları Kanunun sınai mülkiyet tanımında sayılmaktadır. (SMK 2/1.m.)

3. Sonraki Tarihli Hak; Sonraki tarihli sınai hakkın (davalıya ait sınai hakkın) tescilli olması maddenin uygulanması açısından zorunludur. Dola-

¹⁵ ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal, “SMK m.155’in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler”, **BATİDER**, C. 35, S. 2, 2 Haziran 2019, s. 80.

yısıyla henüz başvuru aşamasında bir hakkın varlığında, SMK 155.m'nin uygulanabilirliği bulunmamaktadır.¹⁶

Davalının sahip olduğu sınai haklar; marka, patent/faydalı model (SMK 145. m. patentler hakkında öngörülen hükümlerin FM'ler için uygulanacağı belirtildiğinden) ve tasarım hakkı değildir. Burada coğrafi işaretler ile geleneksel ürün adları, hakların mahiyetleri gereği sayılmamıştır. (Ayrıca markanın coğrafi işaretle çatışma ihtimali SMK'nın 48. maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.) Doktrinde de coğrafi işaret ve geleneksel ürün adlarının inhisari hak sağlamadıkları gerekçesiyle düzenlemenin dışında tutulduğu belirtilmektedir.¹⁷

4. SMK 155. maddede sonraki sınai hakların (davalının sahip olduğu haklar) marka, tasarım ve patent/FM olduğu belirtilerek sınırlı olarak düzenlenmesi nedeniyle, SMK'da düzenlenmeyen diğer hak türleriyle ilişkili uyumsuzluklarda (TTK düzenlenen ticaret unvanı, işletme adı, FSEK kapsamında eser ve diğer haklar, 5042 sayılı Kanunla düzenlenen yeni bitki çeşidi, 5147 s. Kanunla düzenlenen entegre devreler, alan adı) bu madde uygulanamaz. Böyle bir durumda, davacının sahip olduğu öncelik ilkesi, genel kural olarak veya SMK'da yer alan diğer özel hükümler ile veyahut hakkın yer aldığı mevzuat hükümleri dikkate alınmak suretiyle uygulanacaktır. Ancak bu maddeye dayalı olarak uyumsuzluk çözümlenemeyecektir.
5. Davacı tescilli bir sınai hakkına dayalı olarak açtığı tecavüz davasında, SMK 155. madde gereği davalının sonraki tescilli olan sınai hakkının (marka, tasarım, patent/FM) hükümsüzlüğünü istemeden de tecavüzün men, ref'i ile tazminat isteyebilecektir. Dolayısıyla, eğer davacı (önceki hak sahibi) sonraki tescilin hükümsüz kılınmasını da istiyorsa, bu durumda ya ayrı olarak ya da açmış olduğu tecavüz davası ile birlikte bir hükümsüzlük davası açmalıdır. Sonraki kullanımın önceki tescile dayalı tecavüz davası ile engellenebilmesi halinde, sonraki tescilin kendiliğinden ortadan kalkması sonucunu doğurmayacaktır.¹⁸

¹⁶ Aynı yönde bkz. ALICA Türkay, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Önceki Tarihli Hakların Etkisi", **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 9-10 Mart 2017**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 719; Şehirali Çelik, SMK m.155'in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler, s. 80.

¹⁷ Şehirali Çelik, SMK m.155'in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler, s. 79-80; Alıca, s. 719.

¹⁸ Aynı yönde bkz. Şehirali Çelik, SMK m.155'in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler, s. 84-85.

6. SMK m.155 ile önceki tescil tarihli hak sahibinin, tescilli hakkın hükümsüzlüğü yönünde dava açma zorunluluğu sona ermiştir. Buna göre tescilli bir hakkın kullanımından kaynaklanan ihlallere karşı doğrudan tecavüz davası açılabilir. Ayrıca bu düzenleme hükümsüzlük kararlarının geçmişe etkili olmasıyla da uyum içerisindedir (SMK m.27/1.m.)

Bununla birlikte dikkat edilmesi gereken husus; tecavüz davasının yalnız tecavüz niteliği taşıyan tescilli hakkın kullanımı engeller işleve sahip olmasıdır. Hükümsüzlük davası açılmadan sicil kaydının terkinin mümkün değildir. Hükümsüzlüğün talep edilmemesi halinde iki hak birlikte var olmaya devam edecektir. Hükümsüzlük talep edilmemesi ve kullanım halinde aynı tescilli hakka karşı birden fazla tecavüz davası açılması sonucunu doğuracaktır.

Buna karşın önceki tescilli hak için hükümsüzlük davası açılmış ise tecavüz davası bakımından, hükümsüzlük davası bekletici mesele yapılmalıdır. Zira önceki tescil tarihli hakkın hükümsüzlüğü yönünde verilen karar, bu markanın başvuru tarihinden itibaren geçmişe etkili sonuç doğuracaktır (SMK m.27/1.m.). Dolayısıyla baştan itibaren doğmamış bir hakka dayanarak tecavüz ve tazminat talebinde bulunulamaz.

E. SMK 155. Maddesinin İstisnaları

SMK. 155. maddesinin istisnaları; kullanmama def'i (SMK 19/2. ve 29/2.m.) ve sessiz kalma yoluyla hak kaybıdır (SMK25/6.m.).

1. Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı İstisnası

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı SMK m.25/6'da düzenlenmektedir. Anılan maddeye göre; *“Marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullandığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötüniyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.”*

Görüldüğü üzere, sessiz kalma yoluyla hak kaybı hükümsüzlük davaları bakımından düzenlenmiş olup tecavüz davaları bakımından düzenlenmemiştir. Ancak Yargıtay, tecavüz davaları bakımından da sessiz kalma yoluyla hak kaybının uygulanabileceğini belirtmektedir. Buna göre, sessiz kalma yoluyla hak kaybında; önceki tarihli tescilli hak sahibi (davacı), sonraki tarihli tescilli marka, tasarım ve patent/FM hak sahibinin kullanımına kesintisiz 5 yıl boyunca sessiz kalmışsa ve davalıda tescilde kötüniyetli değilse davacının açtığı tecavüz davası reddedilecektir.

11. HD 13.04.2021 tarih ve 2020/453 E. - 2021/3620 K sayılı kararında:

“... Dairemiz uygulamalarında sessiz kalma yoluyla hak kaybı süresinin tecavüz eyleminin başladığı tarihten itibaren değerlendirilmesi gerek-mekte olup, marka hakkına tecavüz iddiasının davacı tarafça 21.05.2014 tarihli ihtarnameyle ileri sürüldüğü dikkate alınarak, davalı tarafın markasal kullanımının bu tarihten geriye doğru 5 yıldan daha uzun bir süreye dayandığı ve davacının bu durumu bildiği veya bilebilecek halde olduğu tecavüze sessiz kaldığını ispat edilemediğine göre, markaya tecavüz ve buna bağlı talepleri yönünden değerlendirme yapı-larak bir karar verilmesi gerektiği...” belirtilmiştir.

2. Kullanmama Def'i İstisnası

Kullanmama def'i SMK m.19/2'de düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre; *“6'ncı maddenin birinci fıkrası kapsamında yapılan itirazlarda, itiraz gerekçesi markanın itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye'de en az beş yıldır tescilli olması şartıyla, başvuru sahibinin talebi üzerine, itiraz sahibinden, itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinden önceki beş yıllık süre içinde itiraz gerekçesi markasını itirazına dayanak gösterdiği mal veya hizmetler bakımından Türkiye'de ciddi biçimde kullanmakta olduğuna ya da kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin delil sunması talep edi-lir. İtiraz sahibi tarafından bu hususların ispatlanamaması durumunda itiraz reddedilir. İtiraz gerekçesi markanın, tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin sadece bir kısmı için kullanıldığının ispatlanması halinde itiraz, sadece kulla-nımı ispatlanan mal veya hizmetler esas alınarak incelenir.”*

Tecavüz davasında davalı kullanmama def'i ileri sürdüğünde ise; SMK 19/2. maddesi ile SMK 29/2. maddesi birlikte değerlendirilmelidir. SMK m.29/2'de kullanım ispatı için öngörülen 5 yıllık sürenin başlangıç tarihi, tecavüz davasının açıldığı tarih olarak düzenlenmiştir. Dikkat edilmesi gere-ken husus, SMK 19/2. maddesinin markanın kullanmama def'i sadece SMK 6/1 maddesine hasretmesidir. O halde, bu def'i SMK 6/1. maddesinde dü-zenlenen hükümden hareketle sadece karıştırılma ihtimalinden kaynaklanan markaya tecavüz fiillerine karşı açılan hukuk davalarında ileri sürülecektir.

Kanaatimce, bu sınırlamanın tecavüz davası bakımından kabulü müm-kün değildir. Markanın kullanılmadığı yönündeki def'i, tecavüz davasının hangi nedenle açıldığından bağımsız ve uygun düştüğü ölçüde ileri sürülebi-lir niteliktedir.

F. SMK 155. Maddesine Dayalı Tazminat

Marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri sürebileceği talepler bütün sınai hakları kapsayacak şekilde SMK 149. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, mahkemeden aşağıdaki taleplerde bulunabilir:

a) Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti.

b) Muhtemel tecavüzün önlenmesi.

c) Tecavüz fiillerinin durdurulması.

ç) Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini.

d) Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulması.

e) (d) bendi uyarınca elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması.

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

g) Haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi.

(2) Birinci fıkranın (e) bendinde belirtilen talebin kabulü durumunda, söz konusu ürün, cihaz ve makinelerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değerın kabul edilen tazminat miktarını aşması hâlinde, aşan kısım hak sahibince karşı tarafa ödenir.

(3) Birinci fıkranın (g) bendinde belirtilen talebin kabulü durumunda ilanın şekli ve kapsamı kararda tespit edilir. İlan hakkı, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde talep edilmezse düşer.

(4) Coğrafi işaret ve geleneksel ürün adları bakımından manevi zararın tazmini talep edilemez.” hükmünü havidir.

Hükmün ilk dört bendi, tecavüz halinde sınai mülkiyet hakkı sahibinin açabileceği davalara ilişkindir. Diğer bentlerde de tecavüz oluşturan ürün ile bunun üretiminde kullanılan araç veya malzemelere yönelik talepler ile tecavüz kararının ilanına ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Sınai haklara tecavüzün tespiti, muhtemel tecavüzün önlenmesi (men'i), tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması (ref'i), ve tecavüzün kaldırılması davaları, (tespit davası hariç) eda davası olup, bu davalarda tecavüz edenin kusuru ve zarar aranmaz.

Maddi ve manevi tazminat davalarında ise, maddi zararın tazmininin ilk şartı, hukuka aykırılığı yaratan tecavüz fiilinin bulunmasıdır. Her bir sınai hakkın düzenlendiği ihlal koşulları gerçekleştiğinde maddi zararın giderilmesine ilişkin ilk koşul gerçekleşmiş olacaktır. Bundan sonra tazminat için kusur, zarar ve tecavüz eylemi ile zarar arasındaki illiyet bağının ispatı gerekir.

Def'inin kullanımı yalnız taraflar arasındaki tecavüz davasında sonuç doğuracak, yani davacının markasının iptaline yol açmayacak, davacının üçüncü kişilere karşı tecavüz davası açma hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Önceki tescil sahibi (davacı), sonraki tescilli kullanım nedeniyle şartları varsa tazminat talep edebilir.

Anılan maddenin gerekçesinde; “... Böylece aradaki kullanımların şartları gerçekleşmişse hakka tecavüz oluşturacağı ve her ne kadar davalı taraf adına tescil mevcut olsa da bu dönemdeki kullanım için de şartları varsa tazminat sorumluluğunun doğacağı kabul edilmiştir.” denilmektedir. Ancak madde metninde, tazminata hangi durumda hükmedileceği belirtilmemiştir.

SMK'nın 155. maddesinde kötü niyetli olarak sınai hakkın tescil edilmiş olması şartı yer almamaktadır.¹⁹ Öte yandan iyi niyetli sonraki tescil sahiplerinin de tescil haklarına dayanamayacakları şeklinde de bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak; tecavüzün tespiti, men'i, ref'i ve kaldırılması davalarını açmak için; davalının kusuru ve zarar aranmayacağından bu davaların sonraki tarihli tescilli (marka, tasarım ve patent/FM) hak sahiplerine açılmasında hiçbir engel bulunmamaktadır.

¹⁹ Yargıtay uygulamalarına göre; daha ziyade markanın ticaret yapmak için değil, başkalarına şantaj yapmak ve bu yolla maddi kazanç elde etmek, başkalarının ticaretine engel olmak veya kendisine duyulan güveni kötüye kullanarak markayı kendi adına tescil ettirmek, sözleşme hükmüne aykırı olarak markayı adına tescil ettirmek gibi hususlar genel kötü niyet sebepleri olarak görülmektedir.

Tazminat talebi yönünden ise; SMK m.149/1-ç maddesi uyarınca, sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi maddi ve manevi zararının tazminini isteyebilir. Bu husus; Kanun'un "*Tazminat*" başlıklı 150. maddesinde; "*Sınai mülkiyet hakkına tecavüz sayılan fiilleri işleyen kişiler, hak sahibinin zararını tazmin etmekle yükümlüdür*" şeklinde belirtilmiştir. Maddi ve manevi tazminat talepleri, zarar ve bununla bağlantılı kusur unsurunun arandığı davalardır.

TRİPS (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşmasının) "tazminat" başlıklı 45. maddesi uyarınca; "*(1) Adli merciler, bilerek veya bilmek için makul gerekçeleri olmasına rağmen ihlal edici fiilde bulunan şahıs tarafından hak sahibinin fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesi nedeniyle hak sahibinin uğradığı zararın telafi edilmesine yetecek tazminatın ihlal eden kişi tarafından hak sahibine ödenmesini emretme yetkisine sahip olacaklardır.*" TRİPS 45. maddesi ve SMK'nın marka (29. m.), tasarım (81. m.) ve patent/FM (141. m.) hakkındaki tecavüz sayılan fiillere ilişkin maddeleri ile 155. maddesinin gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde tazminata hükmedilebilmesi için; tecavüz edenin kusuru, zarar ve eylem ile zarar arasında illiyet bağı koşulunun birlikte bulunması gerektiğinden, davalının ikinci tescili yaptırmadaki kusurunun bu tescili bilerek veya bilmek için makul gerekçeleri olmasına rağmen tescil yaptırdığının ispatlanması gerekecektir.

SMK m.151/3'te yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler göz önünde tutulacağı düzenlenmiştir. Anılan haller sınırlı sayıda olmadığından, tüm bunların yanında piyasa koşulları gibi ekonomik etkenlerin de incelenmesinde fayda görülmektedir. Zira böyle bir değerlendirme yapılması durumun gereği ve kusurun ağırlığının tespiti noktasında belirleyici olacaktır. Nitekim SMK m.151/3'ün gerekçesinde de belirtildiği üzere; "... Örneğin, bir markanın birebir taklit edilmesinde ihlal ağır olacağı için bu durum tazminatta artırım sebebi olabileceken sadece karıştırılma tehlikesi olan bir işaretin kullanılması sebebiyle ihlal oluşması halinde ise bu durum indirim sebebi olabilecektir". Ayrıca, tecavüz edeninin kusurlu olması şartıyla, markaya duyulan güvenin azalması, hak sahibinin imajının zedelenmesi halinde manevi tazminata da karar verilecektir. Davalının bilerek veya bilmesi için makul gerekçeler olmasına rağmen tescil yaptırdığı hususu ise; her somut olayın özellikleri, sınai hakların birbirlerine olan benzerliği, taraflar arasındaki yakınlık, birbirlerinden haberdar olup

olmadıkları, sınai hakka konu ürünün tanınmışlığı, ilgili sektörde satışın yaygınlığı ve bilinirliği gibi hususlar dikkate alınarak tespit edilmeli, bundan sonra maddi ve manevi tazminata karar verilmelidir. Tazminat sorumluluğun doğması için kötünîyetin varlığının kanıtlanması kanaatimce şart değildir.

G. Yargıtay’ın SMK Madde 155’in Yürürlüğe Girmesinden Sonra Verdiği Kararlar

Yargıtay tecavüz davalarında tescilli haklar arasında çatışma halinde SMK 155. maddesi uygulanmak suretiyle uyuşmazlığı çözdüğü kararları aşağıda belirtilmiştir.

“... davalı markası ile davacı markaları arasında iltibasa neden olacak derecede bir benzerlik bulunduğu, bu hali ile SMK’nın 25. maddesinde uyarınca hükümsüzlük koşullarının olduğu, SMK’nın 155. maddesi uyarınca sonraki tarihli tescil, bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı, bu halde SMK’nın yürürlük tarihi olan 10.01.2017 tarihinden sonraki dönem için davalının tescilli markası ve bunu kullanımının davacının marka hakkına tecavüz oluşturacağı ve haksız rekabet yaratacağı...” (11. HD. 17.03.2021 t. ve 2020/1412 E. - 2021/2516 K.)

“... Somut olayda davacı şirket adına özellikle “eğitim öğretim hizmetleri” alanında önceden tescilli “ARI” ibaresi içeren çok sayıda tescilli markanın bulunduğu, davalı şirketin de “AEK Isparta Arı Eğitim Kurumları” ibaresini aynı alanda 2015/8787 sayılı olarak marka olarak tescil ettirdiği ve bu ibareyi “eğitim öğretim hizmetleri” alanında fiilen markasal olarak kullandığı hususunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Olaya uygulanacak 6769 sayılı SMK’nın 155. maddesi uyarınca, tescilli marka hakkı sahibinin, kendinden önce marka tescil ettiren veya marka başvurusunda bulunmak suretiyle hak sahibi olanların açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sonraki tarihli markasını savunma gerekçesi olarak ileri süremeyecektir.

Bu nedenle Dairemizin önceki kararlarındaki, kötü niyetle tescil ettirilmiş olması şartıyla, “tescilli markanın tescil süresince kullanılmış olması marka hakkına tecavüz teşkil etmez” şeklindeki önceki içtihatlarının sürdürülmesi imkanı bulunmamaktadır. Bu düzenleme karşısında daha önceden tescilli ve tanınmış olduğu tespit edilen “ARI” unsurlu davacı markası ve aynı işletme adlı eğitim kurumları karşısında davalı tarafın de “AEK Isparta Arı Eğitim Kurumları” ibaresini 43. sınıf hiz-

metler ile bir takım eğitim ve öğretim materyallerinde tanıtım vasıtası olarak kullanmasının SMK'nın 29 ve 7. maddeleri uyarınca marka hakkına tecavüz teşkil edeceğine ve SMK'nın 25 ve 6. maddeleri uyarınca, davacı markalarına karıştırılmaya yol açabilecek ölçüde benzer olması nedeniyle davalı adına tescilli markanın hükümsüzlüğüne ilişkin Mahkeme kararı isabetli olmuştur.

Ancak, mülga 556 sayılı Marka KHK'da olduğu gibi mer'i 6769 sayılı SMK'nın 150. Maddesi uyarınca bir sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda hak sahiplerinin uğradıkları fiili zararları ile itibar tazminatı talebinde bulunmaları mümkün olmakla birlikte, SMK'nın 151. maddesi uyarınca talep olunabilecek yoksun kalınan kazanç noktasında mülga KHK'ya nazaran bazı yeni düzenlemeler bulunmaktadır.

Bu bağlamda yoksun kalınan kazanç kapsamında hak sahipleri; “a) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir, b) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç veya c) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeli” seçeneklerinden birine göre yoksun kalınan kazanç talep edebileceklerdir.

Yoksun kazancın belirlenmesinde, önceki düzenlemeden farklı olarak, Mahkemelerce, özellikle sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi değişkenler göz önünde bulundurularak tazminatın belirlenmesi gerekir.

Bu kapsamda, tanınmış bir marka ile tanınmış olmayan markadan kaynaklanan yoksun kalınan kazanç miktarı aynı olmayacağı gibi, kullanılan markaların birbirlerine olan benzerlik düzeyleri, şekli ve kullanım süresi gibi olgular yanında, her ne kadar tecavüzün varlığını ortadan kaldırmasa da, davalının kullandığı markanın adına tescilli olup olmaması da yoksun kalınan kazanç miktarına etki edecek unsurlar arasında kabul edilmelidir. Diğer bir anlatımla bu olguların varlığı halinde, hak sahibi SMK'nın 151/2. maddesindeki hangi seçeneği seçerse seçsin, Mahkemelerce yoksun kalınan kazanç miktarına müdahale edilebilecektir. Somut olayda davacı, SMK'nın 151/2. maddesi uyarınca “davalının elde ettiği net kazanç miktarına” göre yoksun kaldıkları kazanç talebinde bulunmuş olup, bilirkişi tarafından net kazanç belirlemesi yapılmış

ise de, Mahkemece yoksun kalınan kazanç miktarı konusunda yukarıdaki yeni ilkeler çerçevesinde bir inceleme ve değerlendirme yapılmaksızın raporda yer alan miktara hüküm olunması isabetli görülmemiş ve davalı yararına bozmayı gerektirmiştir...”(11. HD. 18/10/2022 tarih ve 2021/2797 E. - 2022/7133 K.)

“... Mahkemece davalının eylemlerinin davacının tescilli tasarım hakkına tecavüz oluşturduğu gerekçesiyle tecavüzün tespiti ve önlenmesi istemlerinin kabulüne karar verilmesi, somut olaya uygulanması gereken 6769 sayılı SMK’nın 155. düzenlemesi karşısında isabetli ise de, Dairemizin yerleşik uygulaması doğrultusunda tazminat istemleri açısından ayırım yapmak gerekir.

Zira, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (Trips)’nin 45. maddesinde yer alan “Adli merciler, bilerek veya bilmek için makul gerekçeleri olmasına rağmen ihlal edici fiilde bulunan şahıs tarafından ... tazminatın ... hak sahibine ödenmesini emretme yetkisine sahip olacaklardır.” düzenlemesi uyarınca da, davalının eylemi tescilli tasarıma tecavüz teşkil etse bile, tazminata hükmedilebilmek için davalının tecavüze konu ürünü elinde bulunduranın ve ürünün niteliği, piyasa çevresi gibi unsurlar dikkate alındığında tescilli sınai mülkiyet hakkına tecavüz olduğunu bilmesi veya bilmesinin gerektiği unsuru arandığı gibi, SMK’nın 155. maddesinde de”... tecavüz davasında ...” ibaresine yer verilmekle, Yasa Koyucunun bu madde düzenlemesini tazminat istemleri bakımından koşulsuz şekilde uygulanmasını istemediği anlaşılmaktadır. Dairemizin yerleşik uygulamaları da bu doğrultudadır. Somut olayda; davalının fiili kullanımına dayanak yaptığı tescilli tasarımının başvuru tarihi, davacının tescilli tasarımının başvuru tarihinden sonraki bir tarih olmakla, davalının kullanımını dayandırdığı tescilli tasarımı 6769 sayılı SMK’nın 155. maddesindeki düzenleme uyarınca, eylemlerin tecavüz teşkil ettiğini ortadan kaldırmaz ise de; tescilli tasarımların birbirine olan benzerliği, taraflar arasındaki ilişkiler ve yakınlık, tasarıma konu ürünün tanınmışlığı ve piyasadaki satışının yaygın olup olmadığı gibi hususlar göz önüne alınarak davalının, davacıya ait önceki tasarımdan haberdar olup olmadığı veya önceki tasarımı bilebilecek durumda olup olmadığı hususu tespit edilerek maddi ve manevi tazminat istemleri bakımından değerlendirilme yapılması gerekirken, ...” (11. HD. 30/05/2022 tarih ve 2020/1455 E. - 2022/4194 K.)

III. SONUÇ

Türk marka hukukunda marka hakkı, ayırt edici bir işaretin gerçek ya da tüzel kişi tarafından seçilmesi, kullanılması veya tescil edilmesiyle oluşmaktadır. Buna göre marka hakkı ve koruması aynı anda doğabileceği gibi korumadan önce de marka hakkının var olduğu durumlar söz konusu olabilmektedir. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun 7. maddesi uyarınca, marka korumasının kazanılmasında asıl unsur tescil sistemi olmakla birlikte çeşitli hükümlerle, tescilsiz işaretin de koruma kapsamında sayılması SMK. 5/2, 6, 12. maddeleri uyarınca kabul edilmiştir. Anılan hükümlerle sağlanan koruma, tescilli markaya sağlanan korumaya eşdeğer düzeyde değildir. Bununla birlikte markanın tescili ile sicilde hak sahibi olan kimse şeklen hak sahibi konumundadır. Ancak tescilin varlığı tecavüze neden olan kullanımı hukuka uygun hale getirmez. Mülga Kanun Hükmünde Kararnameler döneminde Yargıtay tescile dayalı kullanımın tecavüz oluşturmayacağını kabul edilmekteydi. 6769 sayılı SMK’da ise tescilin varlığının tecavüz davalarındaki etkisini açıkça düzenleyen bir hükme yer verilmiş olup, “Önceki Tarihli Hakların Etkisi” başlıklı 155. madde uyarınca, Marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez”. Öncelik ilkesi esas olarak oluşturulan bu hüküm ile tecavüz davalarında sonraki tescilin bir savunma gerekçesi olarak ileri sürülemeyeceği hukuki dayanağa kavuşturulmuştur. SMK’nun 155. maddesi ortak hükümleri düzenleyen beşinci kitabının birinci kısmında yer almaktadır. Dolayısıyla markanın yanında coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı model üzerindeki haklara da uygulanabilir niteliktedir. Zira haklar arası çatışma; aynı hak grupları arasında olabileceği gibi farklı sınai mülkiyet hakları arasında da gerçekleşebilir. Önceki başvuru veya rüçhan tarihli sınai mülkiyet hakkı; marka, coğrafi işaret, tasarım, patent veya faydalı model olabilir. “Başvuru ve rüçhan tarihi” ifadesinden bu hakların tescilli olmaları gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Sonraki tescil tarihli hak ise marka, patent veya tasarım hakkıdır. Her ne kadar ayrıca belirtilmemişse de patentlere ilişkin hükümlerin faydalı modellere uygulanabilirliği nedeniyle bunların da hükmün uygulama kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Coğrafi işaretlere ise sahibine inhisari nitelikte kullanım hakkı tanımayan özel hukuki niteliklerinden dolayı, hükümde bilinçli olarak yer verilmediği düşünülmektedir. Tescilsiz haklar madde kapsamı dışındadır. Bu doğrultuda Kanun’da sınai mülkiyet hakkı kapsamında sayılan tescilsiz tasarımlar bakımından da hükmün uygulanması mümkün değildir. SMK 155.

maddesinin Kanunun yürürlük tarihinden sonra, açılan tecavüz davalarında uygulanabileceği hususu açıktır. Madde ile önceki tescil tarihli hak sahibinin, sonraki tescilin hükümsüzlüğü yönünde dava açma zorunluluğu da sona ermiştir. Buna göre tescilli bir hakkın kullanımından kaynaklanan ihlallere karşı doğrudan tecavüz davası açılabilecektir. Bu düzenleme hükümsüzlük kararlarının geçmişe etkili olmasıyla da uyum içerisindedir. Ancak tecavüze karşın hükümsüzlüğün talep edilmemesi halinde iki hak birlikte var olmaya devam edecektir. Madde ile gelen değişiklik etkin ve işlevsel bir sınai mülkiyet sisteminin oluşturulması bakımından önemlidir.

KAYNAKÇA

- ALICA Türkay, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Önceki Tarihli Hakların Etkisi”, **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 9-10 Mart 2017**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 673-736.
- AYHAN Rıza / ÇAĞLAR Hayrettin / YILDIZ Burçak / İMİRLİOĞLU Dilek, **Sınai Mülkiyet Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- BOZGEYİK Hayri / TABUR Mehmet Fatih, “Marka Korumasında Tescil ve Öncelik İkilemi Üzerine Yargıtay ve ABAD Kararları Işığında Bir İnceleme”, **TAAD**, Yıl 15, S. 58, Nisan 2024, s. 275-296.
- ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2023.
- GÜL İbrahim, “Marka Hakkına Tecavüz Davasında Tescilli Marka Savunması”, **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 13, Ocak 2017, s. 81-115.
- SULUK Cahit (Editör: Tekin Memiş), “Sınai Mülkiyet Hukukunda Tescil Güvenli Liman Mıdır?”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013**, On İki Levha Yayınları, Ankara, 2015, s. 403-431.
- SULUK Cahit (KARASU Rauf / NAL Temel), **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal, “Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 21 Şubat 2013 Tarihli “Canina” Kararı”, **BATİDER**, 2013, C. XXIX, S. 2, s. 293-319.
- ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal, “Fikri Mülkiyet Hukukunda Tescile Dayalı Kullanımın Hukuka Uygunluğu Sorunu: Şekil Esastan Üstün Müdür?”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXXVI, 14 Aralık 2012**, Ankara 2013, s. 51 vd.
- ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal, “Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine - SMK m.155 Vesilesiyle Bir İnceleme”, **BATİDER**, C. 34, S. 2, Haziran 2018, s. 33-90.
- ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal, “SMK m.155’in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler”, **BATİDER**, C. 35, S. 2, 2 Haziran 2019, s. 63-102.
- TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KAYA Arslan / NOMER ERTAN N. Fusun, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- YASAMAN Hamdi / AYOĞLU Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya / MEMİŞ KARTAL Pınar / YÜKSEL Sinan H. / YASAMAN Zeynep, **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi C. III**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

MARKA, TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADI İHTİLAFLARIN'DA İLTİBAS^(*)

Dr. Orhan SEKMEN^(**)

Öz: Marka, bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye hizmet eden işarettir. Ticaret unvanı taciri diğer tacirlerden, işletme adı ise işletmeyi diğer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan ticari ad ve işaretlerdir. Bu ayırt edici ad ve işaretlerden herhangi birinin, diğeriyle aynı veya benzer olması halinde, bu işaretler arasında bağlantı kurulması ve ilgili halk kesimi yönünden karıştırılma tehlikesinin ortaya çıkması mümkündür. Bu işaretler üzerinde farklı kişilerin hak sahibi olmaları halinde ise, bu hakların çatışması üzerine bu işaretlere ilişkin ihtilaflar ortaya çıkmaktadır.

Bu çalışmada, ilk olarak ilgili kavramlar ele alınmış, bu bağlamda söz konusu ticari ad ve işaretlerin tanımı, nitelikleri, fonksiyonları, kullanım amaç ve türleri açıklanmıştır. İkinci olarak, bu işaretlerde iltibas kavramı ve iltibasın belirlenmesi kriterleri üzerinde durulmuştur. Üçüncü olarak ise, karıştırılma tehlikesine bağlı olarak bu işaretlerden doğan ihtilaf modelleri ele alınmıştır. Açıklamalarımız da Yargıtay kararları, doktrindeki görüşler ve gerekli olduğunu düşündüğümüz yerde, ilgili Avrupa Birliği (AB) mevzuatı ve uygulaması da dikkate alınıp, gerekli değerlendirmeler yapılarak, sonuçlar çıkarılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Marka, Ticaret Unvanı, İşletme Adı, İhtilaf, Fonksiyon.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 03.12.2023 - Makale Kabul Tarihi: 06.01.2024.

İlgili eser Türkçe olarak Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cumhuriyetin 100. Yılı Etkinlikleri kapsamında, 28.04.2024 tarihinde Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı tarafından düzenlenen “Cumhuriyet’in 100. Yılında Marka Hukuku Sempozyumu” başlıklı sempozyumda sunulmuştur.

^(**) Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: orhansekmen65@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7063-8101>.

CONFUSIONS IN TRADEMARK, TRADE NAME AND BUSINESS NAME DISPUTES

Abstract: A trademark is a sign that serves to distinguish the goods and/or services of one undertaking from the goods and/or services of other undertakings. Trade name is the trade name and signs used to distinguish the trader from other traders, and the business name is used to distinguish the business from other businesses. If any of these distinctive names and signs are the same or similar to another, it is possible to establish a connection between these signs and create a risk of confusion by the relevant public. If different people have rights over these signs, disputes regarding these signs arise due to the conflict of these rights.

In this study, first the relevant concepts are discussed, and in this context, the definition, qualities, functions, purpose and types of use of the trade names and signs are explained. Secondly, the concept of confusion in these signs and the criteria for determining confusion are emphasized. Thirdly, conflict models arising from these signs due to the danger of confusion are discussed. In our explanations, the decisions of the Court of Cassation, the opinions in the doctrine and, where we think it necessary, the relevant European Union (EU) legislation and practice have been taken into account, necessary evaluations have been made and conclusions have been drawn.

Keywords: Trademark, Trade Name, Business Name, Dispute, Function.

I. GİRİŞ

Sınai haklar kapsamında yer alan marka, ticaret unvanı ve işletme adı ekonomik değeri olan ve ticaret hayatında en çok kullanılan ticari ad ve işaretlerdir. Bu işaretlerin birbirleriyle aynı ve/veya benzer olmaları, aynı faaliyet alanında aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılmaları ve bu haklar üzerinde farklı kişilerce hak iddia edilmesi halinde bazı ihtilaflar ortaya çıkabilir. Diğer bir ifade ile bu ayırt edici ad ve işaretlerden herhangi birisinin aynıısının ve/veya benzerinin, bir diğerinin yerine aynı alanda sahibinin izni olmadan bir başkası tarafından kullanılması, ilgili tüketici kesiminin işaretler arasında bağlantı kurmasına ve böylece karıştırmalarına sebep olabilir. İşte bu durumda, söz konusu işaretler arasında ihtilaf doğmaktadır. Belirtmek gerekirse, ihtilaf çıktığının kabul edilebilmesi için işaretler arasında bağlantı kurulması ve dolayısıyla karıştırma tehlikesinin doğmuş olduğu aranacaktır. Diğer bir ifade ile ihtilafın çıkmasının sebebi iltibas ihtimalinin olmasıdır.

Bu işaretlerin her üçü de sınai hakların birer türü olmalarına rağmen farklı kanunlarda düzenlenmişlerdir. Şöyle ki, marka Sınai Mülkiyet Kanunu¹ (SMK)'nda, ticaret unvanı ve işletme adı ise Türk Ticaret Kanunu² (TTK)'nda düzenlenmiştir.

Karıştırma tehlikesi nedeniyle marka, ticaret unvanı ve işletme adı arasında çıkabilecek ihtilafları dört model halinde gruplandırmak mümkündür. Bu modellerden ilki, tescilsiz veya tescilli ticaret unvanı veya işletme adı sahibinin, bu işaretlerin aynıısı veya benzeri olan bir işaretin marka olarak tescili için yapılan başvuruya itiraz edilmesi (karşı çıkması) halidir (SMK m.6/3 ve m.6/6). İkincisi, tescilsiz veya tescilli marka sahibinin markası ile aynı ve/veya benzer bir işarete bir başkası tarafından ticaret unvanı veya işletme adında yer verilmesine itiraz edebilmesi halidir (TTK m.34). Ancak, bu itiraz hakkı ticaret sicil memurluğunun tescil işlemine karşı sicilin bağlı olduğu ticaret mahkemesinde tescilden itibaren 15 gün içinde yapılabilir. Bu karşı çıkma marka tescil prosedürü ile karıştırılmamalıdır. Üçüncüsü, tescilsiz veya tescilli ticaret unvanı veya işletme adı sahibinin sonradan tescil edilen markaya hükümsüzlük (SMK m.25) ve tecavüz davaları (TTK m.52, m.53 ve m.54 vd.) ile karşı çıkmasıdır. Dördüncüsü ise, marka sahibinin sonraki tarihli tescilsiz veya tescilli ticaret unvanı veya işletme adına haksız

¹ Resmi Gazete (RG), Tarih (T). 10.01.2017, Sayı (S). 29944.

² RG., T. 14.02.2011, S. 27846.

rekabet (TTK m.54 vd.) ve markaya tecavüz (SMK m.29 ve m.7) davaları ile karşı çıkması halidir.

Burada belirtmeliyim ki, hukuk düzeni içerisinde söz konusu olabilen diğer ihtilafların ortaya çıkmasında olduğu gibi, bu ihtilaflarda söz konusu ayırt edici ad ve işaretler üzerindeki hakların çatışmasının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifade ile bu çalışma kapsamındaki, marka, ticaret unvanı ve işletme adı üzerinde farklı kişilere ait hakların çatışmasından yukarıda belirtmiş olduğumuz ihtilaf modelleri doğmaktadır. İhtilafların çözümü ise, genel olarak çatışan haklardan birine üstünlük tanınarak mümkün olabileceği gibi, bazen de çatışan hakların tamamına da eşit veya farklı düzeyde üstünlük tanınarak çözülebilir.

Çalışmamızda, ilk olarak konu kapsamındaki temel kavramlar ele alınmış, bu bağlamda; marka, ticaret unvanı ve işletme adının tanımı, nitelikleri, fonksiyonları, kullanım türleri (markasal, unvansal ve işletme adı olarak kullanım) üzerinde durulmuştur. İkinci olarak, marka, ticaret unvanı ve işletme adında karıştırma (iltibas) kavramı, tehlikesi ve belirlenmesinin kriterleri üzerinde durulup açıklanmıştır. Üçüncü olarak ise; marka, ticaret unvanı ve işletme adına ilişkin ihtilaf modelleri ele alınmıştır. Açıklamalarınız da yargıtay kararları, doktrindeki görüşler ve gerekli olduğunu düşündüğümüz yerde ilgili AB mevzuatı ve uygulaması da dikkate alınıp karşılaştırıldıktan sonra, gerekli değerlendirmeler yapıp, sonuçlar çıkarılmıştır. Şunu da belirtmeliyim ki, karıştırma ile iltibas, karıştırılma tehlikesi ile de iltibas tehlikesi aynı anlamda kullanılmıştır.

II. GENEL OLARAK MARKA, TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADI KAVRAMLARI, FONKSİYONLARI VE KULLANIMLARI

Marka, ticaret unvanı ve işletme adı, ayırt edici ad ve işaret olarak sınai hakların türlerinden olmalarına rağmen farklı kanunlarla düzenlenmişlerdir. Şöyle ki, marka SMK'da diğerleri ise TTK'da düzenlenmiştir. Fonksiyonları ise farklı olan, bu ticari ad ve işaretler ayırt edicilik sağlamaya ve dolayısıyla karıştırmayı önlemeye hizmet ettiklerinden ticaret hayatında önemli yer tutmaktadırlar. Zira, bu işaretler zamanla tanınır hale geldiklerinde ekonomik yönden önemli bir değere ulaşmaktadırlar. O nedenle, (TTK)'nın 11/3'üncü maddesi (eTTK³ m.11/2) ile bu ticari ad ve işaretler ekonomik değeri olan

³ Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG, T. 09.07.1956, S. 9353).

ve dolayısıyla para ile ölçülebilen işletmelerin gayri maddi mal varlıklarından sayılmışlardır.⁴ Hal böyle olunca, bu işaretler şirketlerin değerine değer katan önemli varlıklardandır.⁵ Bunun sonucu olarak, aksi öngörülmemiş olursa, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret unvanını ve fikri mülkiyet haklarını da diğer malvarlığı unsurlarıyla birlikte kapsadığı kabul edilmektedir (TTK m.11/3). Bununla birlikte, ticaret unvanı, ticari işletmeden ayrı olarak tek başına devredilemez (TTK m.49/1). İşletme adının devri hakkında ise hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle gayri maddi malvarlığı olarak işletmeden ayrı devri mümkündür. Zira, işletmeyi düzenleyen TTK m.53 hükmü ile ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devrini yasaklayan TTK m.49/1 hükmüne atıf yapılmamıştır.⁶ Marka ise, tek başına hukuki işlemlere konu olabilir (SMK m.24 ve m.148).

Bu işaretlerin temel ortak özelliği; ayırt edici olmaları ve dolayısıyla karıştırılmayı önleme amacına hizmet etmeleridir. Şöyle ki, marka bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırmaya yararken, ticaret unvanı tacirleri birbirlerinde, işletme adı ise işletmeleri birbirlerinden ayırt etmeyi sağlamaktadırlar.⁷ Bu ad ve işaretlerin diğer bir özelliği de, diğer sınai haklar (patent, faydalı model, endüstriyel tasarım) gibi mutlak hak niteliğinde olmaları ve (coğrafi işaretler hariç) sahiplerine, herkese karşı ileri sürülebilen tekel hakkı bahşetmeleridir.⁸

Bu işaretlerin ticaret hayatında kullanılmaları sırasında bazen biri diğerinin alanına girerek karışıklığa sebep olabilmektedir. Şöyle ki, marka, ticaret unvanı ve işletme adından herhangi birinin aynısının ve/veya benzerinin

⁴ Diğer ayırt edici işaretler ise, coğrafi işaretler, geleneksel ürün adı ve alan adlarıdır (bkz. SEKMEN Orhan, **Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları** (Hükümsüzlük), 2. Bası, Bilge, Ankara, 2016, s. 85).

⁵ YASAMAN Hamdi (AYOĞLU Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya / MEMİŞ KARTAL Pınar / YÜKSEL Sinan H. / YASAMAN Zeynep), **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi C. II**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 1601.

⁶ ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku** (İşletme), Yirmi Dokuzuncu Bası, T. İş Bankası A.Ş. Vakfı, Ankara, 2023, s. 295 (İşletme). Krş. İşletme adının devri hakkında hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle gayri maddi malvarlığı olarak işletmeden ayrı devri düşünülebilse de, işletmeyi düzenleyen TTK m.53 hükmü ile ticaret unvanına ilişkin hükümlere atıf yapılması anılan sonuca ulaşmayı zorlaştırabilir. BOZER Ali / GÖLE Celal, **Ticari İşletme Hukuku**, Sekizinci Bası, T. İş Bankası A.Ş. Vakfı, Ankara, 2023, s. 230.

⁷ SEKMEN, Hükümsüzlük, s. 85; ÜLGİN Hüseyin / TEOMAN Ömer / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / KAYA Arslan / NOMER ERTAN N. Fusun, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 305.

⁸ SEKMEN, s. 86.

bir diğerinin yerine aynı alanda sahibinin izni olmadan, bir başka kişi tarafından ticaret alanında kullanılması iltibas tehlikesine sebep olabilmektedir. Karışıklığa sebep olmalarının temel nedeni, işlevlerinin (fonksiyonlarının) farklı olması ve dolayısıyla birinin diğerinin işlevini yerine getirmeye hizmet edecek şekilde kullanılmasıdır. Diğer bir ifade ile ticaret unvanı ve işletme adının kendi işlevleri dışında markanın fonksiyonlarını yerine getirecek (markasal) şekilde kullanılması, marka ile karışıklığa, sonraki markanın unvanın veya işletme adının fonksiyonlarını yerine getirecek şekilde kullanılması, bu işaretlerle karışıklığa (iltibas) sebep olabilir. Burada belirtmeliyim ki, köken gösterme fonksiyonu olması nedeniyle, ticaret unvanı ve işletme adıyla iltibas tehlikesi oluşturabilmesi için markanın unvansal veya işletme adı olarak kullanılmasının araştırılması gerekmez. Ticaret unvanı veya işletme adının aynısının veya benzerinin sonradan marka olarak tescilli veya tescilsiz kullanımı, karıştırma tehlikesi için yeterlidir.

A. Marka, Ticaret Unvanı ve İşletme Adı Kavramları

1. Marka Kavramı

Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin başka teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini temin edip, marka sahibine sağlanan korumanın açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla her tür işareten oluşabilir (SMK m.4). Eski hüküm olan mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (Mark KHK)'nin⁹ beşinci maddesinde yer verilen “çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme” şartı yerine, yeni hükümde “sicilde gösterilmiş olması” şartına yer verilmiştir. Bunun iki sebebi vardır. Biri, yeni marka türlerinin tescilinin yolunu açmak, diğeri, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlamaktır.¹⁰

⁹ RG. T. 27.06.1995, S. 22326.

¹⁰ TRİPS'in 15'inci maddesi ile AB'nin 2015/2436 sayılı Marka Direktifi ve 2015/2424 sayılı Marka Tüzüğüne uygun olarak 4'üncü madde düzenlenmiş ve eski hükümdeki, marka olabilecek işaretlere ilişkin “çizimle görüntülenebilme” şartı yerine, yeni marka türlerinin tesciline imkan sağlamak için “işaretin, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde sicilde gösterilmiş olması şartı”na yer verilmiş ve böylece AB hukukunda olduğu gibi esnek yaklaşım benimsenmiştir. Bu hususta bkz. SEKMEN Orhan, “Sınai Mülkiyet Kanunu Üzerine Bir İnceleme”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Merih Kemal Omağ'a, Armağan*, C. 2, Seçkin, Ankara, Ekim 2017, s. 549 (İnceleme). Ayrıca bkz. ÇOLAK Uğur, *Türk Marka Hukuku*, 5. Bas-

Burada belirtmeliyim ki; hem eski hükme, hem de yeni hükme göre marka, bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir. Bu durumda, marka bir teşebbüsün parmak izidir.¹¹ Zire marka doğrudan ait olduğu teşebbüsü göstermektedir. Örneğin, “koç” işaretini taşıyan bir mal Koç holdingi göstermektedir.¹²

Bir teşebbüsün parmak izi olarak da tanımlanan marka üzerindeki hak ise, ekonomik değeri olan ve para ile ölçülebilen gayri maddi mal varlığı haklarındandır. Gayri maddi hakların mülkiyet hakkımı yoksa herkese karşı ileri sürülebilen mutlak hak mı olduğu tartışmalıdır.¹³ Ancak genel kabul gören görüş sahibine herkese karşı ileri sürülebilen bir tekel hakkı bahşeden mutlak haktır. Ancak medeni hukuk anlamında, eşya üzerinde mülkiyete benzer cismani varlığı bulunmadığından zilyetliğe konu olamaz.¹⁴ Bu açıklama ticaret unvanı ve işletme adı yönünden de geçerlidir.

2. Ticaret Unvanı Kavramı

Ticaret unvanı, TTK m.39 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu hükümler uyarınca, ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesiyle ilgili işlemleri yaparken ve işletmesiyle ilgili senet ve diğer evrakları imzalarken kullandığı adıdır. Diğer bir ifade ile ticaret unvanı, taciri tanıtan ve diğer tacirlerden ayıran işarettir. Bir başka ifade ile ise, ticaret unvanı tüzel kişiler yönünden, gerçek kişilerdeki ismin yerini tutmaktadır. Bu bağlamda tüzel kişiler ve bu arada tacirlerin bir isminin bulunması zorunludur.¹⁵ O nedenle her tacir bir ticaret

kı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2023, s. 97 vd.; İşaretin marka olabilmesi şartları yönünden bkz. YASAMAN Hamdi (AYOĞLU Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya / MEMİŞ KARTAL Pınar / YÜKSEL Sinan H. / YASAMAN Zeynep), **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi C. I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 105 vd.

¹¹ DEĞİRMENCİ Kaan M., “Türk Patent Enstitüsü Tarafından Hazırlanan Markaların Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Hakkında Görüş”, **Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, Yıl 2, S. 5, Legal, İstanbul, s. 36.

¹² SEKMEN, Hükümsüzlük, 52.

¹³ Bu husustaki görüşler yönünden bkz. YASAMAN / YASAMAN, s. 1601 vd.

¹⁴ TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 81; SEKMEN, Hükümsüzlük, s. 44; ÇOLAK, s. 11- 12.

¹⁵ AYDOĞAN Fatih, “Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukuki Durum-Değişiklik (Madde) Önerisi-İtiraz Yolu ve/veya Alternatif Çözüm yolu Önerisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2013, C. 71, S. 2, s. 30; ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER, s. 229; ARKAN, s. 154; Ticaret unvanı yerine firma adı da ibaresinin de kullanıldığı yönünde bk. BOZER / GÖLE, s. 202 vd.

unvanı seçmek ve bunu ticaret siciline tescil ve Ticaret Sicil Gazetesinde ilan ettirmekle yükümlüdür (TTK 18).

Tacirin seçtiği ticaret unvanının ticaret siciline tescil edilmesi, ayırt edici olmasına bağlıdır. Ayırt ediciliği, seçilen ismin yeni olması gösterir. Yenilik şekli iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Biri, seçilen adın unvan olarak daha önce kullanılmamasıdır. Yani geniş anlamı olmasıdır. Bunun anlamı, seçilen işaretin daha önce Türkiye de hiç kullanılmamış olmasıdır. Diğerisi ise, ayırt ediciliğin dar anlamda olmasıdır. Burada önemli olan iltibasın önlenmesidir. İltibasa mani olacak ek kullanma ya da faaliyet alanının farklılığı iltibas önlemeye yeterli olur.¹⁶

Ticaret unvanı işletme konuları ile birlikte şirket türünü gösteren “Ltd. Şti, A.Ş. Koop” kelimelerden oluşan ana unsur ile kök unsurlardan oluşur.¹⁷

Ticaret unvanının niteliğine gelince, marka gibi gayri maddi malvarlığı haklarından olup, sahibine herkese karşı ileri sürülebilen tekel hakkı bahşeden mutlak hak niteliğindedir. Bununla birlikte, ticaret unvanı, ticari işletmeden ayrı olarak tek başına devredilemez (TTK m.49/1).

3. İşletme Adı Kavramı

İşletme adı, işletme sahibiyle ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve başka işletmelerden ayırmak için kullanılan bir addır. İşletme adı kullanma zorunlu olmamakla birlikte, kullanılması halinde ticaret unvanı gibi ticaret siciline tescil ve Ticaret Sicil Gazetesinde ilan edilmeleri gerekir (TTK m.53).¹⁸

Sahibiyle ilgili olmaması nedeniyle, ticaret unvanından farklı olarak işletme adı taciri değil, işletmeyi veya teşebbüsü işaret etmektedir.¹⁹ İşletme adının niteliği de, marka ve ticaret unvanı ile aynıdır. Yani, Bu işaretle, gayri maddi malvarlığı olup sahibine herkese karşı ileri sürülebilen tekel hakkı bahşeden mutlak haktır.

¹⁶ ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER, s. 330; BİLGİLİ Mehmet E., “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi*, Y. 2015, C. 1, s. 120.

¹⁷ ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER, s. 230 vd.).

¹⁸ ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER, s. 32; ARKAN, İşletme, s. 294.

¹⁹ DEMİRKAPI Ertan / ÖZBOYACI Alper / ÇAKIR Aytağ C., “Marka, Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Birbirlerine Karşı Korunması”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi*, Y. 2021, Cilt (C): 7, S. 1, s. 42; BOZER / GÖLE, s. 229.

Ticaret unvanından farklı olarak işletme adının oluşturulması için TTK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. O nedenle işletme sahibi, işletme adını "bahçe kafe" veya "imren lokantası" örneklerinde olduğu gibi serbestçe seçebilir.²⁰

İşletme adının devrine gelince, bu hususta hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle gayri maddi malvarlığı hakkı olarak işletmeden ayrı devri mümkündür. Zira, işletmeyi düzenleyen TTK m.53 hükmü ile ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devrini yasaklayan TTK m.49/1 hükmüne atıf yapılmamıştır²¹

B. Marka, Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Fonksiyonları

1. Markanın Fonksiyonları

Markanın asıl fonksiyonları, "köken bildirme" (kaynak gösterme) ve "ayırt etme" fonksiyonlarıdır. Hukuki korumada bu fonksiyonlar yönünden kendini göstermektedir.²² Ayırt edicilik, bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmesidir. Bu fonksiyon kaynak gösterme fonksiyonuyla da iç içe geçmiş durumdadır. Zira, ayırt edicilikte bir mal veya hizmete kimlik kazandırma ve isimlendirme söz konusudur. Bu da mal ve hizmetin kim tarafından üretildiğine işaret etmektedir.²³ Köken gösterme ise, mal ve/veya hizmetin hangi teşebbüse ait olduğunu gösterir. Böylece tüketicilerde mal veya hizmetin hangi teşebbüse ait olduğunu anlar ve ona ya güvenir ya da güvenmez.²⁴

Markanın esas ve temel Fonksiyonları olan ayırt edicilik ve köken gösterme olmakla birlikte, ekonomideki gelişmeler markaya başka fonksiyonlarda yüklemiştir. Aslında daha önce de var olan, diğer fonksiyonların farkına varılmasına, ekonomideki gelişmeler ve ticaretteki rekabetin artması sebep olmuştur. Söz konusu fonksiyonlar; mal ve hizmetin kalitesini temin

²⁰ DEMİRKAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 42; İşletmeyi tanıtmaya ve diğer işletmelerden ayırt etme amacına hizmet eden bu ticari ad üçüncü kişileri aldatıcı olmamalı, kamu düzeni ve ahlaka da aykırı olmamalı yönünde bkz. BOZER / GÖLE, s. 229.

²¹ Bu hususta bkz. yukarıda dipnot (dn). 6.

²² Ünal TEKİNALP, s. 279; SEKME, Hükümsüzlük, s. 79; Fatih AYDOĞAN, s. 33; Markanın fonksiyonları yönünden ayrıntılı bilgi için bkz. YASAMAN / YASAMAN, C. 1, s. 52 vd.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. SEKME, Hükümsüzlük, s. 79; ÇOLAK Uğur, s. 17 vd.; Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD), T. 06.06.2003, S. 104/01, Paragraf (Par): 62 (<http://curia.eu.int/jurips>).

²⁴ SEKME, Hükümsüzlük, s. 80; TEKİNALP, s. 378.

edip, kötüleşmesi önleyen “garanti”, zamanla marka ile müşteri arasında bağ kuran “reklam”, reklamın sonucu olarak marka değerinin artması ile bağlantıyı ortaya koyan “yatırım” ve mal veya hizmeti arz edenlerle talep edenler arasında iletişimin kurulmasını sağlayan “iletişim” fonksiyonları²⁵ ile tüketici kesiminin belli bir markayı taşıyan mallara ve belli bir marka ile sunulan hizmetlere bağlandıktan sonra, o markalı mal veya hizmetleri araması durumu, bu durum, reklam fonksiyonu ile bir birine sıkı sıkıya bağlı olan “alıcıyı çekme fonksiyonu” ve markanın itibarının korunmasının sağlanması olarak “itibar”²⁶ fonksiyonlarıdır.

2. Ticaret Unvanının Fonksiyonları

Ticaret unvanı, tacirin adıdır ve dolayısıyla taciri tanıtır. O nedenle ticaret unvanının temel fonksiyonu olarak “tacirin tanıtılması” olduğunu söylemek gerekir. Yine ticaret unvanının, taciri diğer tacirlerden ayırt edilmesini sağlaması söz konusu olduğundan “ayırt etme” fonksiyonuna da sahip olduğu görülmektedir.²⁷ Belirtmek gerekirse, ticaret unvanının işlevleri TTK m.39’da düzenlenmiştir.²⁸ Bu hükme göre ticaret unvanı biri tanıtmaya, diğeri ise ayırt etmek olmak üzere iki fonksiyona sahiptir.

²⁵ Bkz, SEKMEN, Hükümsüzlük, 80 vd.; ÇOLAK, s. 17 vd.

²⁶ Bu hususta bkz. YASAMAN / YASAMAN, s. 57 ve s. 58.

²⁷ DEMİRKAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 41; AYDOĞAN, s. 31; ÜLGİN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER, s. 229; Ayrıca bkz. ÇAĞLAR Hayrettin / ÖZDAMAR Mehmet, “Ticaret Unvanının Korunması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2006, C. 14, S. 2, s. 120 vd. Kanaatimce, ticaret unvanının bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme fonksiyonu ile mal ve hizmetin kökenini gösterme fonksiyonu bulunmamaktadır. Zira bu fonksiyonlar markaya özgüdür. Bkz. krş. DEMİRKAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 41.

²⁸ MADDE 39- (1) Her tacir, ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır. (2) (Değişik birinci cümle: 26/6/2012-6335/6 md.) Tescil edilen ticaret unvanı, ticari işletmenin görülebilecek bir yerine okunaklı bir şekilde yazılır. Tacirin işletmesiyle ilgili olarak düzenlediği ticari mektuplarda ve ticari defterlere yapılan kayıtların dayandığı belgelerde tacirin sicil numarası, ticaret unvanı, işletmesinin merkezi ile tacir internet sitesi oluşturma yükümlülüğüne tabi ise tescil edilen internet sitesinin adresi de gösterilir. Tüm bu bilgiler şirketin internet sitesinde de yayımlanır. Bu sitede ayrıca, anonim şirketlerde yönetim kurulu başkan ve üyelerinin adları ve soyadları ile taahhüt edilen ve ödenen sermaye miktarı, limited şirketlerde müdürlerin adları ve soyadları ile taahhüt edilen ve ödenen sermaye miktarı, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticilerin adları ve soyadları ile taahhüt edilen ve ödenen sermaye miktarı yayımlanır.

3. İşletme Adının Fonksiyonları

İşletme adının fonksiyonları, İşletme adının tanımında yararlanılan TTK m.53²⁹ hükmünün içeriğinde bulunmaktadır. Bu hükme göre, işletme adı seçilip kullanılmak suretiyle işletmenin halka tanıtılması ve başka işletmelerden ayırt edilmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda, işletme adının işletmenin “tanıtılması” ve “ayırt edilmesi” işlevlerine sahip olduğunu göstermektedir.³⁰

C. Markasal Kullanım, Unvansal Kullanım ve İşletme Adı Kullanımı

1. Markasal Kullanım

Markasal kullanım, herhangi bir işaretin markanın fonksiyonlarını yerine getirecek şekilde mal veya hizmetlerde kullanılmasıdır. Ortalama tüketici işarete malın veya hizmetin kaynağına/kökenine ilişkin işaret görüyorsa markasal kullanım söz konusudur. Markasal kullanımdan bahsedebilmek için işaretin mal üzerinde kullanılması zorunlu olmayıp reklamlarda, ilan ve afişlerde, kataloglarda vs. belgelerde mal ve/veya hizmetlerle bağlantılı olarak markasal etki gösterecek olan tüm kullanımlar markasaldır.³¹ Bir işaretin ticaret alanında kullanımının markasal etki gösterebilmesi için, o işaretin kullanımının mal veya hizmetlerin ayırt edilmesi amacına³² ve söz konusu mal veya hizmetin hangi teşebbüse ait olduğunu saptamaya, yani mal ve/veya hizmetin kökenini göstermeye hizmet etmesi gerekir.³³ Diğer bir ifade ile, herhangi bir işaretin kullanımının markasal kabul edilebilmesi, o işaretin ticaret alanında mal veya hizmetleri ayırt etme ve söz konusu mal veya hizmetin kökenini göstermeye etkili

²⁹ MADDE 53- (1) İşletme sahibi ile ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan adların da sahipleri tarafından tescil ettirilmesi gerekir. Tescil edilen işletme adları hakkında da 38, 45, 47, 50, 51 ve 52’nci maddeler uygulanır.

³⁰ DEMİRKAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 42; Ayrıca bkz. ÇOLAK, s. 9; ÜLGİN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER, s. 257 vd., Kanaatimce işletme adının bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme ve bunların kökenini gösterme fonksiyonu yoktur. Zira, bu fonksiyonlar markaya özgüdür. Bkz. Krş. DEMİRKAPI / ÖZYAYCI / ÇAKIR, s. 43.

³¹ Bkz. BİLGE, s. 12 ve s. 13.; TEKİNALP, s. 433 vd. Markanın fonksiyonlarına uygun kullanılması gerektiği yönünde bkz. YASAMAN Hamdi / YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya (AYOĞLU Tolga / MEMİŞ KARTAL Pınar / YÜKSEL Sinan H. / YASAMAN Zeynep), **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi C. III**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 2640.

³² Bkz. Avrupa Birliği (AB)’nin 2025/2436 sayılı Marka Direktifinin gerekçesinin 19’uncu paragrafı (<http://curia.eu.int/jurips>).

³³ Bkz. AB’nin 2015/2424 sayılı Marka Tüzüğü gerekçesinin 13’üncü paragrafı (<http://curia.eu.int/jurips>).

olmasına bağlıdır. Başka bir anlatımla işaretin ticaret alanında kullanılması ve kullanımının markanın fonksiyonlarını sağlaması markasal kullanım olarak kabul edilir. Burada geçerli olan ölçüt, ilgili tüketici kesiminin algısıdır. Eğer ilgili tüketici kesimi, işaretle mal veya hizmeti herhangi bir teşebbüsle ilişkilendiriyorsa markasal kullanım söz konusu olacaktır.³⁴

2. Unvansal Kullanım

Ticaret unvanının sicilde yazılı ve kayıtlı olduğu şekilde kullanılmasıdır. Diğer bir ifade ile ticari bir adın tescil edilmiş şekliyle taciri tanıtmak ve onu başka tacirlerden ayırt etme amacına hizmet etme amacıyla kullanımı unvansal kullanımdır.³⁵ Başka bir ifade ile söz konusu kullanım TTK m.39 vd. hükümlerinde belirtilen yer, belge ve evraklarda, unvanın fonksiyonlarını yerine getirmek için ise unvansal kabul edilmelidir.³⁶ Burada hemen belirtmeliyim ki, ticaret unvanının kullanım alanı sadece TTK'da düzenlenmemiştir. Bazı ikincil mevzuatta da unvanın kullanılması düzenlenmiştir. Söz konusu mevzuatlar: Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliği (RG. T. 25.04.2017, S. 30048), Türk Gıda Kodeksi Etiketleme Yönetmeliği (RG. T. 29.12.2011) ve Tehlikeli Maddelerin ve Müstehazırların Sınıflandırılması, Ambalajlanması ve Etiketlenmesi Hakkında yönetmelik m.24 hükmüdür (RG. T. 26.12.2008, S. 27092).³⁷

3. İşletme Adı Kullanımı

İşletme adının sicilde tescil edilmiş olduğu şekilde işletmeyi tanıtmak ve başka işletmelerden ayırmak için kullanılması işletme adı kullanımıdır.³⁸ Diğer taraftan tescilli olmayan işletme adları da işletme adının fonksiyonlarını yerine getirmek için kullanılmakta ise yine işletme adı olarak kullanımdır. Ticaret unvanı yönünden yapılan açıklamalar işletme adı yönünden de geçerlidir.

³⁴ Bkz. ileride, II-D.; Markasal kullanma, malların mal veya hizmetlerin köken itibarıyla farklılıklarını belirtmeye imkân veren kullanma şekli olduğu yönünde bkz. TEKİNALP, s. 433 vd.; Markanın kullanılması sayılan haller yönünden bkz. SEKMEN, Hükümsüzlük, s. 213 vd.

³⁵ Bkz. BİLGE, s. 12. Ticaret unvanının kullanımı yönünden ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 120 cd.

³⁶ Bkz. AYDOĞAN, s. 349.

³⁷ İkinci mevzuat yönünden ayrıntılı bilgi için bkz. AYDOĞAN, s. 32 vd. ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER, s. 242 vd. Ticaret unvanının kullanımı yönünde ayrıca bkz. BOZER / GÖLE, s. 224; ARKAN, İşletme, s. 154.

³⁸ Bu hususta ayrıntı için bkz. HGK T. 27.06.2018, S. 2017/11-107 E. 2018/1260; 11. HD. T. 14.02.2011, S. 2009-8565/1649; ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER, s. 258.

D. Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Markasal Kullanımı

1. Ticaret Unvanının Markasal Kullanımı

Bir işaretin mal ve/veya hizmetlerde kullanımının markasal olup olmadığı ortalama tüketicinin algısına göre belirlenmelidir. Ortalama tüketici o işaretin mal veya hizmetin kaynağını gösterdiğini algılıyorsa markasal kullanım söz konusu olur.³⁹ Bu bağlamda, ticaret unvanının kullanımında mal ve/veya hizmetleri ayırt etmeye yönelik somut köken bilgisini veren bir etki varsa, kullanımının markasal olduğunu kabul etmek gerekir. Burada ilgili ortalama tüketici kesiminin algısı önem arz etmektedir.

Unvan kullanımı aşılıarak, markanın aynısı ya da benzeri olan ticaret unvanındaki çekirdek unsur ön plana çıkarılarak tescilli olduğu şekil ve renkten farklı olarak unvanın mallar üzerinde, iş evraklarında, tabelalarda, katalog ve reklamlar ile internette mal veya hizmetler ile ilgili kullanımı, bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerini başka teşebbüslerininkinden ayırıp mal veya hizmetin kökenini göstermeye hizmet ediyorsa kullanım markasaldir.⁴⁰

2. İşletme Adının Markasal Kullanımı

İşletme adının kendi işlevini yerine getirmek dışında yasal sınır aşılıarak, mal veya hizmetlerle ilgili kullanımı markasal kullanımı oluşturur. Yukarıda belirtildiği üzere, burada da ilgili halk kesiminin algısı önemlidir. Diğer bir ifade ile ilgili ortalama tüketici kesimi işaretle karşılaştığında mal veya hizmetin kaynağını algılıyorsa kullanım markasal kabul edilmelidir. Salt işletmeyi tanıtmak için yasal çerçevedeki kullanımlar markasal sayılmamalıdır. Ticaret unvanı için yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

Nitekim, hem Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), hem de Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, ayırt edici ad ve işaretlerden olan “ticaret unvanı” ve “işletme adının” ticaret sırasında kullanımlarının markasal kabul edilebilmesi için, bu işaretlerin ticaret sicilinde tescilli oldukları şekil veya renkten farklı kullanılmaları ve bu kullanımların markanın fonksiyonlarını gösterecek şekilde işletmenin girişinde, menü kitapçıklarında, iş evraklarında, peçetelerde, mallarda ve ambalajlarında olmasına bağlı olduğunu belirtmektedir.⁴¹

³⁹ BİLGE, s. 12.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOLAK, s. 635 ve 749 vd. YASAMAN/YASAMAN, s. 1751 vd. BİLGE, s. 15. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 33 ve 35 civarı.

⁴¹ HGK, T. 12.12.2007, S. 2007/11-965-961, ATILIM KARARI: “... davalı tarafça ticaret unvanının tescil ettirildiği gibi ve yasal amacı doğrultusunda değil, sadece ... İbaresini alıp bu iba-

ABAD ise Celine⁴² kararında, işletme adının veya mağaza adının amacının mal ve hizmetleri ayırt etmek olmadığını, bu bakımdan marka ile aynı veya benzer işaretlerin işletme adı ya da mağaza adı olarak kullanılmasının “mal veya hizmetler ile ilgili kullanım” olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Divan kararın devamında, üçüncü kişinin ticari unvanını, işletme adını veya mağaza adını oluşturan işareti pazarladığı malların üzerine koyması halinde “mal veya hizmetler ile ilgili kullanım” söz konusu olacağını ve markasal kullanımdan bahsedileceğini belirtmiştir.⁴³

III. MARKA, TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADINDA İLTİBAS

A. Karıştırma Tehlikesi

Arapça kökenli bir kavram olan iltibasın Türkçe karşılığı karıştırmadır.⁴⁴ Karıştırma (iltibas) tehlikesi, üretici teşebbüslerin veya üretilen mal ve/veya hizmetlerin ayırt edilmesine hizmet eden, ayırt edici işaretlerin birbirleri ile karıştırılarak ayırt etme işlevlerini yerine getirememeleri tehlikesidir.⁴⁵ Diğer

reyi hizmet markası olarak kullanmasının davacı adına tescilli aynı ibareli markaya tecavüz oluşturduğunun anlaşılmasına göre... Şeklindeki özel daire saptamasına ilişkin özel daire ile ilk derece mahkemesi arasında uyumsuzluk bulunmadığı HGK tarafından belirtilmiştir..”. HGK T. 27.06.2018, S. 2017/11-107-1260, ÇADIR KEBAP KARARI: “... davacıya ait ... +şekil markasıyla aynı veya benzer.... İbaresini davalının davalı-karşı davacı tarafından salt işletme adı olarak kullanılması hukuka aykırı bulunmamaktadır... Ancak ... işletme adı olarak kullanılan ... ibaresinden farklı olarak işletmenin (restoranın) girişlerinde, menü kitapçıkları ile peçete ve ıslak mendillerde kullanımı (markasal).... Markasına tecavüz oluşturduğu HGK’ca da kabul edilerek yerel mahkemenin direnme kararını bozulmuştur...”. YARGITAY 11. HD, T. 11.01.2022, S. 2020/5882-149, BEYAZ EV KARARI: “... davalının ... Ticaret unvanını tescilli olduğu şekilden farklı olarak büyük harflerle yazıp ön plana çıkarmak suretiyle ticaret evraklarında, poşetlerde, tabelasında ve internet sitesi içeriğinde davacının bir kısım markalarının tescilli olduğu hizmetler için markasal kullanması davacının marka haklarına tecavüz niteliğinde olduğu..”. YARGITAY 11 HD, T. 20.12.2022, S. 2021/5381-9213, AKSU KARARI: “... ticaret unvanının ... İbaresinin ön plana çıkarmak suretiyle fatura, irsaliye ve ürünlere yapıştırılan etiketlerin üzerinde ... Marka ibareli kullanılması markasal kullanma teşkil ettiği..., unvan kullanımı mahiyetinde olmadığı...” (UYAP).

Krş. Ticaret unvanı ve işletme adının tescil edilmiş olduğu şekilde kullanımının da SMK m.7/3-f kapsamında markasal kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. MERDİVAN Fethi, “Sınai Mülkiyet Kanunu Sistem, İlkeler ve 556 Sayılı KHK Dönemindeki Yargıtay Kararlarının Yeni Dönemde Uygulanabilirliği (MARKA)”, **Fikri Mülkiyet Dergisi**, Y. 2020, C. 1, S. 2, s. 31; Hizmet markaları yönünden krş. bkz. KARASU (SULUK / NAL), **Fikri Mülkiyet Hukuğu**, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 209.

⁴² CJEU C-17/06, Celine SARL v. Celine SA, 11.09.2007.

⁴³ YASAMAN/YASAMAN, Cilt II, s. 1751-1752.

⁴⁴ ÖZCAN Hüseyin, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 1985, s. 360.; Karıştırma tehlikesinin eski bir terimle “iltibas” olduğu yönünde bkz. TEKİNALP, s. 436.

⁴⁵ BİLGE, s. 9. DEMİRKAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 43.

bir ifade ile, ticaret alanında kullanılan bir ayırt edici ad ve işaretin, başka bir ad veya işaret ile aynı ya da benzer olması ve bu işaretlerin aynı ya da benzer mal veya hizmetlerde kullanılmaları halinde, söz konusu ayırt edici ad ve işaretler arasında bağlantı kurulması ve istenilen ayırt edici işlevin yerine getirilememesi durumunda karıştırma tehlikesinin doğması muhtemel olmaktadır.⁴⁶

Konunun önemine binaen belirtmek gerekirse; karıştırma, mal veya hizmetin aynı kökenden gelmesinde aranırken, ilişkilendirme, işletmeler arasında bağlantı kurulmasında aranmaktadır. Bu nedenle, ilişkilendirme ihtimali karıştırmanın alternatifi olmayıp, onun kapsamını belirleyen bir kavramdır. Tanınmış marka korumasında ise, karıştırma ihtimali aranmaz. Ancak markalar arasında düşük seviyede de olsa, ilgili halk kesiminin işaretler arasında bağlantı kurmasının aranması söz konusudur. Diğer bir ifade ile, ilgili tüketicilerin (hedef kitlenin) tanınmış marka ile sonraki marka arasında bağlantı (ilişkilendirme) kuruyor olması, karıştırma tehlikesinin varlığı için aranır.⁴⁷

Karıştırma kavramı, eski bir terim olan Arapça kökenli “iltibas” kavramının karşılığı olmakla birlikte, Tekinalp⁴⁸ tarafından belirtildiği üzere, mülga 556 sayılı KHK “karıştırma ihtimali” kavramı ile mülga Marka Kanunu (MarkK) ile eTTK’da yer verilen “iltibas” kavramının kapsamını genişletmiştir. Zira, ilgili tüketici kesimi nazarında, tescilli marka ile işaret arasında “bağlantı olduğu ihtimali” de “karıştırılma ihtimali” kavramına dahil edilmiştir. Şöyle ki, anılan mülga düzenlemelerde, “iltibasta” ilgili halk kesimi marka ile işareti kullanan teşebbüslerin aynı olduğu yanlışlığına düşmekte, karıştırma ihtimalinde ise ilgili halk kesiminin bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde ve herhangi bir sebeple bağ kurması yeterli kabul edilmektedir. Aynı şekilde SMK da “karıştırma ihtimali” kavramını, TTK’da yer verilen “iltibas” kavramına göre genişletmiştir.

Bununla birlikte biz bu çalışmada “iltibas” kavramı ile “karıştırma ihtimalini” aynı anlamda kullanmayı tercih etmiş bulunmaktayız. Bunun sebebi,

⁴⁶ Karıştırma tehlikesi yönünden bkz. DEMİRKAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 43 vd.; Değişik bir tanımla tekrar belirtmek gerekirse, Karıştırma ihtimali, tescilsiz bir işaretin veya tescilli bir markanın; daha önce tescil edilmiş bir marka ile şekil, görünüş ses, genel izlenim vs. sebeple ya aynı ya da benzer olduğu için, ilgili tüketici kesiminde önce tescil edilmiş marka olduğu zannını uyandırması tehlikesidir. Bu tanım için bkz. TEKİNALP, s. 436 vd.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. YASAMAN / YASAMAN, s. 1656 vd.

⁴⁸ TEKİNALP, s. 437. Aynı yönde bkz. DEMİRKAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 43, dn. 37.

konunun markanın ticaret unvanı ve işletme adına karşı, ticaret unvanı ve işletme adının da markaya karşı korunmasına ilişkin olmasıdır.

Burada belirtilmesi gereken bir husus ise, korumanın söz konusu olabilmesi için karıştırma tehlikesi veya ihtimalinin bulunmasının yeterli olmasıdır. O nedenle karıştırmanın fiilen mevcut olmasına gerek bulunmamaktadır. Aksi bir tutum markanın korunması kapsamını çok daraltır. O nedenle, bu ifade bilinçli kullanılmıştır.⁴⁹

B. Markada Karıştırma (İltibas) Tehlikesi

Bilindiği üzere karıştırma tehlikesi daha çok markalar arasında görülmektedir. O nedenle karıştırma tehlikesi marka hukuku kapsamında gelişme göstermiş olup uygulama (yargı kararları) ve doktrin görüşleriyle şekillenmiştir. Nihayetinde, marka hukuku kapsamında geliştirilmiş olan karıştırma tehlikesi ve ilkeleri diğer ayırt edici ad ve işaretler yönünden de uygulanabilir hale geldiği söylenebilir.⁵⁰

Markalar arasında karıştırılma tehlikesi, SMK m.5/1-ç, m.6/1 ve m.7/2 (mülga KHK m.7/1-b, m.8/1-b ve m.9/1) hükümleri ile düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre, iltibas, benzerlik, telaffuz, anlam veya biçimden, işaretlerin bir bütün olarak bıraktıkları izlenimden, seriye dahil olmaktan veya başka bir çağrışımından kaynaklanabilir. İlgili halk kesiminin işaretler arasında bağlantı kurabilmesi yeterli kabul edilmektedir. Markalar arasında karıştırma ihtimalinin tespitinde ortalama tüketicilerin bakışı dikkate alınır. Bu tüketicilerin bir kısmının karıştırma ihtimali bulunduğunu algılamalar, SMK m.6/1 (8/1-b) ve m.7/2-b (9/1-b) hükümleri anlamında benzerlik ve iltibas bulunduğunun kabulü için yeterlidir. Burada önemine binaen tekrar belirtmeliyim ki, markada karıştırma tehlikesi veya ihtimalinin kabulü için, tescil edilmiş bir markanın aynısı ya da benzeri olan bir işaretin mütecaviz tarafından markanın tescilli olduğu mal ve/veya hizmetlerin aynısı ya da benzerlerinde kullanılması aranmalıdır.⁵¹

C. Ticaret Unvanı ve İşletme Adında (Karıştırma) İltibas

Ticaret unvanı ve işletme adı açısından karıştırma-iltibas TTK'da tanımlanmadığı gibi, SMK ile markaya ilişkin getirilen kapsamlı düzenlemeler ile benzer düzenlemelere de bu işaretler yönünden TTK'da yer verilmemiştir.

⁴⁹ TEKİNALP, s. 438.

⁵⁰ DEMİRKAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 43. BİLGE, s. 10.

⁵¹ BİLGE, s. 10.; TEKİNALP, s. 437.

Diğer taraftan yargı kararlarında da ticaret unvanı ve işletme adının markada olduğu kadar bir kapsamda ele alınmadığı görülmektedir. Bu nedenle markaya ilişkin düzenlemelerin ve doktrin ve yargı kararlarıyla belirlenen kriterlerin karıştırma tehlikesi yönünde hüküm bulunmayan diğer ayırt edici ad ve işaretlere ve bu arada ticaret unvanı ve işletme adına da uygulanabilmesinin gerektiğine kuşku bulunmamaktadır.⁵²

Bununla birlikte, karıştırma tehlikesi yönünden yargı kararları⁵³ ve doktrindeki görüşler ile geliştirilen ilke ve kriterlerin marka dışındaki diğer ayırt edici ad ve işaretlere uygulanmasında, o ayırt edici ad ve işaretlere ilişkin özel düzenlemeler ile işaretler arasındaki farklılıklar da daima göz önünde bulundurulmalıdır.⁵⁴

D. Karıştırmanın (İltibasın) Belirlenmesinde Kullanılan Kriterleri

1. İşaretlerin Benzer Olması

Karıştırma (İltibas) tehlikesinin kabulü için işaretler arasında görsel, işitsel veya anlamsal bir benzerlik bulunması gerekir.⁵⁵ Başka bir anlatımla,

⁵² BİLGE, s. 10.

⁵³ YARGITAY 11. HD, T. 03.03.2014, S. 2013/14330-4012, ETS KARARI, UNVAN-UNVAN İLTİBAS: Unvanlar arasında iltibasın oluşabilmesi için ayırt edici ibareleri olan çekirdek unsurlarının aynı veya benzer olmaları ile birlikte, her iki yanın ana sözleşmelerinde yazılı faaliyet alanlarında kısmen dahi ayniyet ya da benzerlik bulunmasına bağlıdır. YARGITAY 11. HD, T. 27.10.2022, S. 2021/3342-7485, FAİRLAND KARARI, İŞLETME ADI MARKA: “Tarafların ayırt edici işaretlerinin ayırt edilemeyecek kadar benzer olması ve davalının işletme adını kullandığı alanın davacının tescilli markasının kapsamında kalan hizmetlere ilişkin olması nedeniyle, davalının eyleminin 6769 sayılı SMK’nın 29/1-a maddesi yollamasıyla 7/2-e bendi kapsamında marka hakkına tecavüz teşkil eder. O nedenle bu hususun gözetilmemesinin doğru olmadığı...” (UYAP).

Burada hemen belirtmeliyim ki, bu davaya konu olayda, bilirkşi marifetiyle davalının davacının markasına benzer olan işletme adını tabelasında, basılı evrak ve tanıtım vasıtalarında kart vizitlerinde markasal kullandığı tespit edilmiştir.

⁵⁴ BİLGE, S. 10.

⁵⁵ Yargıtay 11. HD. T. 05.09.2023, S. 2022/1248-4632: “... markalar arasında iltibasa sebebiyet verebilecek derecede, görsel, işitsel ve anlamsal benzerlik olup olmadığının tespitinde marka ve işaretin ayırt edici ve baskın unsurları nazara alınarak münferit unsurlardan ziyade bütünü itibarıyla bıraktığı izlenimin nazara alınması gerektiği, ...” (UYAP). Yargıtay 11. HD. T. 31.01.2020, S. 2009/2373-301: “... Mahkemece, Dairemizin bozma ilamı ve tüm dosya kapsamına göre; taraf marka ibareleri dikkate alındığında davacının “BEKO” ibareleri markaları ile davalının ‘Geko’ ibareli markası arasında iltibasa sebebiyet verebilecek derecede görsel, sescil ve anlamsal benzerlik olmadığı, tüketici kitlesinde firmalar arasında bir irtibat olduğu zannı doğurmayacak kadar markaların birbirinden farklılaştığı, markalar arasında 556 sayılı KHK’nin 8/1-b maddesi anlamında benzerlik bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir...” (UYAP).

karıştırma, işaretler arasındaki, şekil, ses ve anlam benzerliğinden doğabileceği gibi, genel görünümülerinden, çağrıştırmadan veya aynı seriye dahil olmaktan da doğabilir. Konu yönünden benzerlik ise, işaretlerin içerdikleri unsurlardan birinin ya da birkaçının veya hepsinin bulunmasının sonucu olarak ortaya çıkabilir. Karıştırma ihtimalinin belirlenmesinde bir yöntem de, işaretlerin toplu olarak bıraktıkları izlenimdir. Bu bağlamda, marka ile işaretin toplu olarak bıraktığı izlenim aynı ise, iki işaretin benzer olduğu söylenebilmektedir. Toplu izlenim yönünden yapılan incelemede, işaretler arasında bazı farklılıklar bulunsa bile, umumi intiba karıştırılabileceği yönünde ise işaretler arasında karıştırma ihtimalinin bulunduğu kabul edilir. Asıl olan ortalama tüketici kesiminin algısıdır.⁵⁶

İşaretler benzer olmasa bile, işaret bazen tüketicinin almayı düşündüğü mal veya hizmeti çağrıştıracaktır. Şöyle ki, Tekinalp'in verdiği bir örneği burada belirtmekte gerekirse, tüketici markası "siyah baci" olan ve üstünde genç ve siyah kız resmi bulunan ürünü beğenmekte ve onu almaktadır. Markette gördüğü kahvenin markası ise "Arap Teyze" olup üstünde yaşlı ve gözlüklü kadın resmi vardır. Bu iki marka arasında benzerlik bulunmamasına rağmen, "arap" ile "siyah", "baci" ile "teyze" çağrıştırma yolu ile karıştırılabilir⁵⁷

2. Mal ve/veya Hizmetlerin Aynı veya Benzer Olması ve Sektör Yakınlığı

Karıştırılma tehlikesinin kabulü için markada mal ve/veya hizmet benzerliği, ticaret unvanı ve işletme adında ise şirketin ve işletmenin faaliyet konularının benzerliğinin aranması söz konusudur. Hem mülga KHK, hem de SMK markalar için mal ve/veya hizmet benzerliği aramakta iken (SMK m.6/1; mülga 566 sayılı KHK m.8/1-b), unvan ve işletme adı yönünden TTK'da konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, iltibas tehlikesinden söz edilebilmesi unvan ve işletme adı yönünden faaliyet alanı benzerliği ile sektör yakınlığı dikkate alınmalıdır.⁵⁸

⁵⁶ TEKİNALP, s. 443.

⁵⁷ Çağrıştırma yolu ile karıştırma ihtimali ve örneğin alındığı yer yönünden bkz. TEKİNALP, s. 444.

⁵⁸ BİLGE, s. 11. HGK, T. 12.12.2007, S. 2007/11-965-961 -ATILIM KARARI, TESCİLSİZ MARKA: Tescilsiz marka ile ticaret unvanı arasında iltibas olabilmesi için, marka ile ticaret unvanının çekirdek kısmının (yasanın ayırt edici olma koşulunu aradığı kısım) aynı veya benzer olması ile birlikte tescilsiz markanın fiili olarak kullanıldığı mal ve/veya hizmetler ile şirketin faaliyet alanı aynı veya benzer olmalıdır. Davalının ticaret unvanının çekirdek kısmı yani yasa-

3. Tanınmışlık

Tanınmış markalar farklı mal ve/veya hizmetlerde de korunabilmektedir.⁵⁹ Ancak, tanınmışlıktan haksız yararlanma, itibara ve ayırt ediciliğine zarar verme şartları aranmaktadır (SMK m.6/5; mülga 556 sayılı KHK m.8/4). Bu hüküm uyarınca tanınmışlığın karıştırma tehlikesinin oluşmasında payı tanınmamış olan markaya göre çok daha fazladır. Markanın tanınmışlığı için geçerli kriterlerin ve karıştırma ihtimaline olan etkisinin ticaret unvan ve işletme adına kıyasen uygulanabilir olması gerekir.⁶⁰

4. Aynı İsmle Sahip Olma

Gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanları, ad ve soyadı ile buna eklenebilecek eklerden oluşmaktadır (TTK m.41; e TTK m.45). Ticaret unvanında gerçek kişi ad ve soyadının bulunmasının zorunlu olması durumunda, ad ve soyadın kullanılması yasaklanamaz. Ancak sonradan ticaret unvanı için başvuruda bulunanın ayırt edici en az bir eki unvanına eklemesi gerekir. Bununla birlikte asıl olanın aynı isme sahip olmaktan doğan hakkın kötüye kullanılmamasıdır. Örneğin, başka ortaklar varken, tanınmış bir kişi ile aynı isme sahip olan kişinin ad ve soyadına unvanda yer verilmesi gibi durumlar kötüye kullanma oluşturabilir.⁶¹

nın ayırt edici olma koşulunu aradığı kısmı -Atılım- sözcüğüdür. Faaliyetlerin nitelik ve şirket türünü ifade eden -Atılım- sözcüğü dışındaki -fen eğitimi, sağlık turizm inşaat ltd, şti- bölümü tasviri olduğundan iltibas değerlendirilmesinde dikkate alınmaz Yargısal uygulamada bu yöndedir. Hal böyle olunca, davacının ismi ve hizmet markası -Atılım- ile, davalının ticaret unvanının ayırt edici unsuru olan -Atılım- arasında iltibas değerlendirilmesi yapıldığında; hem ayırt edici işaretler hem de hizmetler aynı olduğuna göre iltibasın ve dolayısıyla da taraflar arasında rekabet varlığı, davalının sonradan tescil ettirdiği ticari unvandaki davacının tescilsiz markasına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğu belirgindir...» (UYAP). YARGITAY 11. HD, T. 11.10.2011, S. 2019/12239-12550, ETİ KARARI, UNVAN: İltibas için unvanların aynı veya benzer olmalarının yanında ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet alanlarının da aynı veya benzer olması gerekir. Her iki şirketin faaliyet alanlarının belirlenmesinde her iki şirketin ana sözleşme hükümlerinin göz önünde bulundurulması ve şayet faaliyet alanlarında kısmen dahi ayniyet veya benzerlik bulunması halinde bu hususun iltibasa neden olacağının kabulü gerekir. Başka bir deyişle, sonraki tarihli tescile dayalı ticaret unvanında geçen ortak ibare ya da ibarelerin çıkarılması ortak faaliyet alanlarının varlığını gerektirmektedir. ... davalının ticaret unvanında geçen "ETİ" ibaresinin unvandan çıkarılması için ... ana sözleşmelerin değerlendirilmek suretiyle ana sözleşmelerinde yazılı faaliyet alanlarının denetime elverişli şekilde karşılaştırılması ve ortak faaliyet alanları bulunduğu tespit halinde davalının ticaret unvanında geçen anılan ibarenin unvandan çıkarılmasına karar verilmesi gerekirken, bu yön üzerinde durulmaması Yargıtayca doğru bulunmayarak ... bozulmasına...» (UYAP).

⁵⁹ Tanınmış markanın korunması yönünden ayrıntılı bilgi için bkz. SEKMEN, Hükümsüzlük, s. 185 vd. Ayrıca bkz. DİRİKAN Hanife, **Tanınmış Markanın Korunması**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 195 vd. Ayrıca bkz. TEKİNALP, s. 435 vd.

⁶⁰ BİLGE, s. 11.

⁶¹ BİLGE, s. 11. Aynı yönde bkz. DEMİRKAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 49.

IV. MARKA, TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADI İHTİLAFLARI

Kavram olarak ihtilaf; uyuşmazlık, çekişme ve anlaşmazlıktır. Hukuki açıdan ise ihtilaf; bir hakkın mevcudiyeti, şümulü (kapsamı) veya neticeleri üzerinde anlaşamamaktır.⁶² Tüm ihtilafların ortaya çıkmasında olduğu gibi, marka, ticaret unvanı ve işletme adı ihtilafları da, bu ayırt edici ad ve işaretler üzerindeki hakların çatışmasından doğmaktadır. Kavram olarak hakların çatışması, hakkın konusunu oluşturan ayırt edici ad veya işaret üzerinde farklı kişilere ait birden fazla hukuki menfaatin varlığının söz konusu olması ve hak sahiplerinin anlaşamamasıdır.⁶³ Marka hukuku özelinde hakların çatışması ise, marka hakkının üçüncü kişinin marka veya diğer bir sınai mülkiyet hakkıyla kesişmesi veya örtüşmesidir. Çatışma sonucu ortaya çıkan ihtilafın çözümü ise ancak, çatışan haklardan birine veya bazen hepsine üstünlük tanınması ile mümkün olabilir.⁶⁴

Bu ihtilaflar: Tescilli veya tescilsiz ticaret unvanı ve işletme adı sahibinin marka tesciline karşı çıkması, marka sahibinin ticaret unvanı ve işletme adının tesciline karşı çıkması sorunu, tescilli veya tescilsiz ticaret unvanı ve işletme adı sahibinin sonradan tescil edilmiş olan markaya karşı çıkması ve daha önce tescil edilmiş marka sahibinin sonraki tarihli ticaret unvanı ve işletme adına karşı çıkması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Diğer bir ifade ile marka, ticaret unvanı ve işletme adı ihtilafları anılan bu dört model şeklinde ortaya çıkmaktadır.

A. Tescilsiz ve Tescilli Ticaret Unvanı ve İşletme Adı Sahibinin Marka Tesciline Karşı Çıkması

1. Tescilsiz Ticaret Unvanı ve İşletme Adına Dayanan İtiraz

Tescilsiz ticaret unvanı ve işletme adına dayanılarak marka tesciline karşı çıkılması, “marka tescilinde nispi ret nedenleri” kenar başlıklı SMK m.6/3 (mülga 556 sayılı KHK m.8/3) hükmü ile düzenlenmiştir. Bu hükme göre: Başvuru tarihinden veya varsa rüçhan⁶⁵ tarihinden önce tescilsiz bir

⁶² ÖZCAN, s. 347.

⁶³ Nihal KOŞAR, “Marka Hukukunda Önceki Tarihli Hakların Etkisi (SMK m.155)”, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2022, s. 55 vd.

⁶⁴ KOŞAR, s. 56-57.

⁶⁵ Rüçhan (öncelik) ilkesi, tescile tabi sınai haklar bakımından geçerlidir. İki tür rüçhan vardır biri başvuru rüçhanı, diğeri sergi rüçhanıdır. Paris veya TRİPS’e taraf bir devlette yapılan tescil başvurusu ve sergi tarihinden itibaren markalarda rüçhan süresi 6 aydır. Bu hususta bkz. KARASU / NAL, s. 10 vd.

Rüçhan Türleri: 1. Başvuru rüçhanı, 2. Sergi rüçhanı.

marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir. Ticaret sırasında kullanılan tescilsiz ticaret unvanı ve işletme adının marka tesciline engel olabilmesi, söz konusu işaretlerin marka tescili için yapılan başvuru veya varsa rüçhan tarihinden önce markasal kullanılmalarına bağlıdır. Ayrıca kullanımın, tescilsiz ticaret unvanı veya işletme adı sahibinin ticari faaliyet alanı ile markanın tescil edilmek istendiği mal veya hizmetlerle aynı ya da benzer mal veya hizmetler ile ilgili olması gerekmektedir.⁶⁶

Nitekim, Yargıtay da bu işaretlerin tescili istenen marka ile aynı veya iltibas tehlikesine yol açacak şekilde benzer olması ile birlikte, işaretin sahibinin faaliyet alanı ile markanın tescil ettirilmek istendiği mal veya hizmetlerinde aynı ya da benzer olması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁷

⁶⁶ SMK m.6/3 gerekçesi: SMK'da nispi ret nedenleri yönünden bkz. SEKMEN, İnceleme, s. 39; Bu hüküm uyarınca marka tesciline karşı çıkabilecek kişiler, tescilsiz ticaret unvanı ve işletme adını Türkiye'de ilk defa ihdas ve istimal ederek, kullanmayla piyasada maruf hale getirin ve kendilerine gerçek hak sahibi denilen kişilerdir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. SEKMEN, Hükümsüzlük, s. 183; YASAMAN/YASAMAN, s. 1003 vd.; ÇOLAK, s. 451 vd.; Bkz. Aynı yönde, DEMİRKAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 52. Tescilsiz işletme adının da madde kapsamında olduğu yönünde bkz. DEMİRKAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 59 vd.

⁶⁷ YARGITAY 11. HD, T. 29.11.2022, S. 2921/4517-8438, ERK KARARI: "Marka tesciline engel ve dolayısıyla bir hükümsüzlük sebebi olabilmesi için, önceki tarihli ticaret unvanı altında yürütülen faaliyet alanı ile tescili istenen marka kapsamı unvanı altında yürütülen faaliyet alanı ile tescili istenen markanın kapsamı aynı veya benzer olması aranır aynı veya benzer olması gerekir. Diğer bir ifade ile Marka tesciline yönelik ticaret unvanına dayalı itiraz ve itiraz üzerine YİDK tarafından verilen nihai karara karşı açılan iptal ve/veya hükümsüzlük tavaasına dayanak gösterilen ticaret unvanı" (UYAP).

Somut olayda, davacı ERK ibareli marka ve ticaret unvanına dayanarak davalının ERKYAP ibareli marka başvurusuna yönelik itirazının YİDK tarafından reddedildiğini ileri sürerek, YİDK kararının iptalini ve tescil edilmişse markanın hükümsüzlüğünü istemiştir.

Davalı Kurum davanın reddini istemiş, diğer davalı ise cevap vermemiştir.

İlk Derece Mahkemesi (İDM)'ce, itiraza mesnet davacı markaları ile davalı başvurusu arasında ortak emtia bulunmadığından KHK m.8/1-b kapsamında iltibas ihtimalinin bulunmadığı, ... m.8/3 ve m.8/5 hükümleri uyarınca davacının işlem dosyasına sunduğu ... delillerden anlaşıldığı üzere başvuru kapsamında ki «inşaat hizmetleri» yönünden davacının üstün hak sahipliğinin bulunduğu, bu emtia yönünden ... YİDK kararının iptali ve hükümsüzlük şartlarının oluştuğu, yine davacının m.8/5 uyarınca ibraz ettiği ticaret sicil kayıtlarından dava konusu marka kapsamında ki «inşaat araç-gereçleri, iş makinelerinin kiralanması, ısıtma, havalandırma ve su tesisatının kurulması, bakımı ve tamiri ... hizmetleri yönünden ... Davacı unvan ve davalı markası arasında iltibas ve dolayısıyla hükümsüzlük şartlarının oluştuğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiş...”

Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) Hukuk Dairesi (HD)'ce de istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Yargıtayca da karar ONANMIŞTIR.

Buna karşılık Paris’te ünlü bir restoran olan “Coupole” işletme adının, restoranın bulunduğu bölgede faaliyet gösteren bir inşaat firması tarafından hizmet markası olarak kullandığı olayda, Fransız Mahkemesi, işletme adının çekici gücünden yararlanılmak istenildiğini ve işletme adının ayırt ediciliğini zayıflattığını belirtmiştir.⁶⁸

2. Tescilli Ticaret Unvanı ve İşletme Adına Dayanan İtiraz

Tescilli ticaret unvanı ve işletme adına dayanılarak marka tesciline karşı çıkılması da “marka tescilinde nispi ret nedenleri” kenar başlıklı SMK m.6/6 (mülga KHK m.8/5) hükmü ile düzenlenmiştir. Bu hükme göre: Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir. Belirtmeliyim ki, bu hükümde de yer alan fikri mülkiyet hakkı kavramı sınai mülkiyet haklarını da kapsamaktadır.⁶⁹

Hükmün kapsamındaki sınai haklar SMK m.6/3 hükmünün aksine, tescil edilmiş olan sınai haklardır. Konu yönünden ise maddenin kapsamındaki haklar ticaret sicile tescilli ticaret unvanı ve işletme adıdır. Bu işaretlerin marka tesciline engel olabilmesi için, öncelikle söz konusu ticaret unvanı ve işletme adındaki çekirdek unsurun, tescili istenen marka ile aynı ya da iltibas tehlikesine yol açacak şekilde benzer olmasının yanında, ticaret unvanı ve işletme adına dayalı itiraz eden şirketin faaliyet alanı ile tescili istenen markanın kapsamının (mal veya hizmetler) aynı ya da benzer olması gerekmektedir.⁷⁰

B. Marka Sahibinin Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Tesciline Karşı Çıkması

Ticaret unvanı ve işletme adının tescilinde, marka tescilinde olduğu gibi tescil ve itiraz prosedürü bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ticaret unvanı

⁶⁸ YASAMAN / YASAMAN, Cilt II, s. 1003.

⁶⁹ SMK m.6/6 gerekçesi. Bu hususta bkz. YASAMAN / YASAMAN, s. 1122; ÇOLAK, s. 447.

⁷⁰ Bkz. YASAMAN / YASAMAN, s. 1126; ÇOLAK, s. 551.; SEKMEN, Hükümsüzlük, 197; YARGITAY 11. HD, T. 14.09.2022, S. 2021/1703-5875, MESA KARARI: “Ticaret unvanının marka tesciline engel olması, unvana dayalı itiraz eden şirketin faaliyet alanının tescili istenen marka kapsamı ile aynı veya benzer olmasına bağlıdır”. Somut olayda, davacı tescilli markaları ile ticaret unvanına dayanarak marka tesciline itiraz etmiş, itirazı kısmen kabul edildiğinden YİDK kararının iptalini ve ... İstemiş; İDM’ce, somut olayda davalı başvurusu kapsamındaki malların, davacıların faaliyet alanında olduğu ispatlanamadığından ... SMK’nın 6/6’ncı maddesindeki koşullarının oluşmadığı ... Gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, BAM HD’ce bu yöne ilişkin istinaf esastan reddedilmiş, ... İstinaf sebebinin kabulü ile yeniden davanın kısmen kabulüne karar verilmiş YARGITAYCA da doğru bulunmuştur.

ve işletme adının tescilinden haberdar olduğunda, mahkeme nezdinde itiraz edilebileceği TTK m.34 hükmü ile düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, başvurudan haberdar olduğunda ticaret sicil memurunun işlemine karşı ticaret sicil müdürlüğünün bulunduğu asliye ticaret mahkemesinde dilekçe ile itiraz edilebilir (TTK m.34)⁷¹

Ayrıca bütün mahkemeler, memurlar, ticaret ve sanayi odaları, noterler ve Türk Patent Enstitüsü görevlerini yaparlarken bir ticaret unvanının kanun hükümlerine aykırı olarak tescil edildiğini veya kullanıldığını öğrenmeleri halinde, durumu yetkili makamlara bildirmek zorundadırlar (TTK m.51). TTK'nın bu hükmü m.53 hükmü ile yapılan yollama gereğince TTK m.34 hükmü işletme adı yönünden de uygulanma imkanı bulmaktadır.

Burada belirtmeliyim ki, doktrinde ticaret unvanının tescili yönünden de marka tescilindeki itiraz prosedürüne benzer bir sistem getirilmesi savunulmaktadır.⁷² Ancak, ticaret unvanı ve işletme adı için marka tescilindeki gibi bir itiraz prosedürü getirilmesi, unvan ve işletme adının tescil sürecini uzatacağından bu işaretlerin amacı ve işleviyle bağdaşması söylenemez ve dolayısıyla olumsuz etkisi söz konusu olabilecektir.

C. Tescilsiz veya Tescilli ticaret Unvanı ve İşletme Adı Sahibinin Sonraki Tarihli Markaya Karşı Çıkması

1. Hükümsüzlük Davası ile Karşı Çıkma

Tescilsiz veya tescilli ticaret unvanı veya işletme adı sahibinin sonraki tarihli markaya hükümsüzlük davası ile karşı çıkması, “Hükümsüzlük halleri ve hükümsüzlük talebi” kenar başlıklı SMK m.25/1 (mülga KHK m.42) hükmü ile düzenlenmiştir. Zira, bu hükümle, marka tescilinde hem mutlak hem de nispi ret nedenleri, aynı zamanda markanın hükümsüzlüğü sebebi olarak düzenlenmiştir. O nedenle, bu hüküm uyarınca, SMK m.6/3 ve 6 (mülga KHK m.8/3 ve 5) hükümleri ile marka tescilinde nispi ret nedenleri arasında sayılan hem tescilsiz, hem de tescilli ticaret unvanı ve işletme adı

⁷¹ TTK m.34: 1. İlgililer, tescil, değişiklik veya silinme istemleri ile ilgili olarak, sicil müdürlüğüne verilecek kararlara karşı, tebliğlerinden itibaren sekiz gün içinde, sicilin bulunduğu yerde ticari davalara bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesine dilekçe ile itiraz edebilirler. (2) Bu itiraz mahkemece dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır. Ancak, sicil müdürünün kararı, üçüncü kişilerin sicilde kayıtlı bulunan hususlara ilişkin menfaatlerine aykırı olduğu takdirde, itiraz edenle üçüncü kişi de dinlenir. Bunlar mahkemeye gelmezlerse dosya üzerinden karar verilir.

⁷² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. AYDOĞAN, s. 41 vd.; BİLGE, s. 20 vd.

aynı zamanda hükümsüzlük sebeplerindendir.⁷³ Ancak bu işaretlerin sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğüne sebep olabilmeleri, öğreti⁷⁴ ve uygulamada⁷⁵ benimsendiği üzere, öncelikle tescil engeli olabilmeleri için aranan şartların bulunmasına ve susma ile hak kaybı için de Kanunda öngörülen beş yıllık sürenin geçmiş olmaması şartlarına bağlıdır. Bu süre, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığıının bilindiği veya bilinmesi gerektiği tarihten itibaren başlayacak olup bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalınmış olması halinde uygulanmak durumundadır. Meğerki sonraki tarihli marka tescili kötüniyetle yapılmış olsun (SMK m.25/6).

Markanın hükümsüzlüğü davası susma ile hak kaybı için öngörülen beş yıllık süre geçmeden açılması gerekir.

2. Tecavüz Davası ile Karşı Çıkma

a. Tescilli Ticaret Unvanı veya İşletme Adına Dayalı Tecavüz Davası

Tescilli ticaret unvanının korunması özel olarak TTK m.52 hükmü ile düzenlenmiştir. Bu hükme göre: Ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı

⁷³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. SEKMEN, Hükümsüzlük, 179 vd. YASAMAN / YUSU-FOĞLU, C. III, s. 2499 vd.; ÇOLAK, s. 1201 vd.

⁷⁴ Ticaret unvanı ve işletme adının markanın tesciline engel olabilmesi için aranan şartlar yönünden bkz. yukarıda, IV-A.

⁷⁵ YARGITAY 11. HD, T. 05.09.2022, S. 2021/1612-5463, BEYAZ EV KARARI, ÖNCELİK HAKKI: “Bir işareti tescilsiz işletme adı ve marka olarak kullanan, işaretin aynısını veya benzerini işletmenin faaliyeti kapsamındaki mal veya hizmetler ile marka olarak fiili kullanılan mal veya hizmetlerin aynısı veya benzeri mal veya hizmetlerde marka olarak tescil ettirene karşı hükümsüzlüğünü isteyebilir”

Somut olayda davacı vekili, davacının devralma yoluyla tescilsiz işletme adı ve fiili marka olarak kullandığı KUKLA KEBAP ibaresinin benzeri olan KP KUKLA KEBAP ibaresinin davacının marka olarak tescil ettirdiğini ileri sürerek hükümsüzlüğüne karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

İDM’ce, ... Davacıların KUKLA KEBAP ibaresini tescilsiz işletme adı ve ticaret unvanı olarak kullandıkları, kullanımının ... markasal olduğu, davacı kullanımının 43/1’inci sınıftaki yiyecek içecek sağlanması hizmetleri kapsamında olduğu, dava konusu markanın da hem 43/1’inci sınıfı içermesi, hem de 29’uncu sınıfta ki bu hizmetler ile bağlantılı gıda emtiasına ilişkin olması karşısında mal ve hizmet bakımından aynı ve/veya benzer olma şartının da gerçekleştiği, davacıların kullanımlarının ... SMK 6/3 ve 6/6 maddeler kapsamında değerlendirilebileceği, davacıların bu maddelere dayalı önceye dayalı kullanım haklarını da ispat ettikleri gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalı markasının «yiyecek içecek sağlanması» hizmetleri yönünden kısmen iptaline karar verilmiştir.

BAM HD’nce, İstinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. YARGITAYCADA, karar onanmıştır.

Aynı yönde bkz. YARGITAY 11. HD, T. 18.11.2020, S. 936/5183.

biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde hak sahibi, bunun tespiti, yasaklanmasını; haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını ve zarar varsa, kusurun ağırlığına göre maddi ve manevi tazminat isteyebilir. Maddi tazminat olarak mahkeme, tecavüz sonucunda mütecavizin elde etmesi mümkün görülen menfaatinin karşılığına da hükmedebilir. Ayrıca, mahkeme, davayı kazanan tarafın istemi üzerine, giderleri aleyhine hüküm verilen kimseye ait olmak üzere, kararın gazete ile yayımlanmasına da karar verebilir.⁷⁶ Bu hüküm TTK m.53 yollaması nedeniyle tescilli işletme adına da uygulanmak durumundadır. Diğer bir ifade ile anılan yollama nedeniyle, tescilli işletme adının da tecavüzlere karşı korunmasının hukuki dayanağı TTK m.52 hükmüdür.⁷⁷

Paris Sözleşmesine üye yabancı bir ülkede usulüne uygun tescil edilmiş olan ticaret unvanı da, Sözleşmenin 8'inci maddesi ile Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPS)'nin 2'nci maddesi uyarınca, birlik üyesi ülke olması nedeniyle Türkiye'de de korunmak durumundadır. Ancak korumanın söz konusu olabilmesi, unvanın Türkiye'de kullanılması ve toplumda belli oranda tanınıyor olması şartlarının birlikte bulunmasına bağlıdır..⁷⁸

b. Tescilsiz Ticaret Unvanı ve İşletme Adına Dayalı Tecavüz Davası

Tescilsiz ticaret unvanı ve işletme adının ise tecavüzlere karşı korunmaları için tescilli unvan ve işletme adında olduğu gibi özel bir hüküm getirilmemiştir. O nedenle, tescilsiz bu işaretlerin tecavüzlere karşı korunması ancak genel hükümler ile mümkündür. Diğer bir ifade ile, tecavüzlere karşı tescilsiz ticaret unvanı ve işletme adı ancak genel hüküm mahiyetindeki TTK'nın haksız rekabet hükümlerine göre korunabilir (TTK 55/1- a ve b.4).⁷⁹

⁷⁶ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER, s. 250 vd.; Tescilli ticaret unvanının özel hüküm niteliğinde olan TTK m.52 hükmü kapsamında korunması yönünde bkz. DEMİRKAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 58.

⁷⁷ Aynı yönde bkz. DEMİRKAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 61.

⁷⁸ Bu hususta bkz. ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 138 vd.

⁷⁹ Tescilsiz ticaret unvanı yönünden bkz. ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER, s. 250 vd. Tescilsiz ticaret unvanı ve markanın haksız fiil hükümleri kapsamında korunması yönünde ayrıca bkz. ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 137. Tescilsiz işletme adı yönünden bkz. ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA / NOMER, s.

c. Marka Kullanımının Ticaret Unvanı ve İşletme Adına Tecavüz Oluşturması

Markaya tecavüzün oluşmasında ticaret unvanı ve işletme adının markasal kullanımının gerekli olmasına rağmen,⁸⁰ hem tescilli hem de tescilsiz ticaret unvanı ve işletme adına tecavüzün söz konusu olabilmesi için, sonraki tarihli markanın unvansal kullanımı şartı aranmamaktadır. Bunun sebebi, her markasal kullanımın köken gösterme fonksiyonu bulunması nedeniyle unvansal etkisinin olduğunun kabul edilmesidir. Belirtmeliyim ki, bu durum markanın köken gösterme işlevinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.⁸¹

Diğer taraftan ister tescilli ister tescilsiz olsun, ticaret unvanı ve işletme adının çekirdek (kılavuz) unsuruyla aynı veya benzer bir ibarenin marka olarak tescil ettirilmiş olması tek başına tecavüz oluşturmaz. Tecavüzün söz konusu olabilmesi için, sonraki markanın tescilli olduğu mal ve/veya hizmetler ile ticaret unvanı ve işletme adı sahibi olan şirketin faaliyet alanlarının da aynı veya benzer olması gerekmektedir.⁸²

260 vd. Tescilsiz işletme adının haksız fiil hükümleri ile korunmayı yönünde bkz. DEMİR-KAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 60.

⁸⁰ YARGITAY 11. HD, T. 06.04.2021, S. 2020/6015-3376, ART ESTETİK KARARI: “Önceki tarihli ticaret unvanı ve işletme adı markasal kullanılmadıkları sürece, sonradan tescil edilmiş olan marka tecavüz oluşturmaz”.

⁸¹ BİLGE, s. 17.

⁸² YARGITAY 11. HD, T. 29.09.2022, S. 2021/2359-6281, DÜNYA KARARI: “Ticaret unvanının çekirdek unsuru ile aynı veya benzer bir ibarenin marka olarak tescil ettirilmesi tek başına ticaret unvanına tecavüz oluşturmayaacağı gibi, usulen tescil edilmiş bir markanın kullanımı da ticaret unvanına tecavüz olarak kabul edilemez. Unvana tecavüz olabilmesi için sonradan tescil edilen marka kapsamı ile ticaret unvanına dayanan şirketin faaliyet alanının da aynı veya benzer olması gerekir” (UYAP).

Somut olayda davacı vekili, davacının Dünya El ve Ayak Hiz. Ltd. Şti ibareli unvanı ile iltibas oluşturabilecek olan DÜNYA AYAK BAKIM VE GÜZELLİK MERKEZİ GÜZEL-LİĞE DAVETLİSİNİZ ibaresini davalının marka olarak tescil ettirdiğini ... İleri sürerek ticaret unvanına tecavüzün tespiti, men ve ref’ini davalı markasının sicilden terkinini, maddi ve mani tazminata hükmedilmesini istemiştir. Davalı. Davanın reddini istemiştir.

İDM’ce, ... markanın başkasına ait ticaret unvanını içermesinin SMK 6/6 uyarınca nispi red nedeni olduğu, ... davalı markasının hükümsüzlüğünden söz edilemeyeceği, unvana tecavüz oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

BAM HD’ce ise, ... davacının unvanının çekirdek unsuru olan DÜNYA ibaresinin davalı markasının ayırt edici unsuru olduğu, davalı marka kapsamındaki «güzellik bakım hizmetleri» ile davacının fiilen işgal ettiği sektörler arasında benzerlik bulunduğu, bu nedenle iltibasın oluştuğu gerekçesiyle istinaf başvurularının kabulüne, kararın kaldırılmasına, davanın kısmen kabulü ile sayılan hizmetler yönünden davacı markasının hükümsüzlüğüne, ... YARGITAY’ca da, BAM HD kararı doğru bulunmuştur.

D. Marka Sahibinin Sonraki Tarihli Unvan ve İşletme Adına Karşı Çıkması

Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller SMK m.29 (mülga KHK m.61) hükmü ile düzenlenmiştir. Bu hükme göre: Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı SMK m.7 (mülga KHK m.9)'de belirtilen biçimlerde kullanmak marka hakkına tecavüz oluşturur (m.29/1-a). Burada belirtmeliyim ki, markanın 7'nci maddede belirtilen biçimlerde kullanılması, marka hakkına tecavüz oluşturan bir kısım fiillerdir. Zira, 29'uncu maddenin diğer bentlerinde tecavüz oluşturan başka fiiller de düzenlenmiş bulunmaktadır.

SMK'nın "marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları" kenar başlıklı m.7⁸³ (mülga 556 sayılı KHK m.9)⁸⁴ hükmü ile düzenlenen ve

⁸³ SMK. Madde 7- 1. ...

(2) Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkı vardır:

a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması.

b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.

(3) Aşağıda belirtilen durumlar, işaretin ticaret alanında kullanılması hâlinde, ikinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir:

...

e) İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması.

...

⁸⁴ KHK Madde 9 -Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibi, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep edebilir:

a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması.

b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.

c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.

Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir:

...

e) ... işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması.

tecavüz oluşturan kullanımlardan ikisi de çalışma konusu kapsamında olan “markanın aynısının ya da benzerinin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılmasıdır. Markanın aynısının ya da benzerinin ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılmasının tecavüz oluşturabilmesi öncelikle, markanın aynısının veya benzerinin m.7/3 hükmü gereği ticaret alanında kullanılmasına bağlıdır. Ancak, böyle bir kullanım (ticaret alanında kullanım) m.7/2 hükmü ile öngörülen kullanım modellerinden herhangi birinin kapsamında olması durumunda yasaklanabilecektir. Belirtmeliyim ki, SMK m.7/2 hükmü, marka tescilinden doğan hakların münhasıran marka sahibine ait olduğunu ve marka sahibinin izni olmadan markanın kullanılmasının, önlenmesinin marka sahibi tarafından talep edilebileceğini düzenlenmiştir.

Bu hükmün uygulanmasında markaya tecavüz oluşturma koşulu, işletme adı ve ticaret unvanının markasal kullanımıdır.⁸⁵ Zira herhangi bir işaretin ayırt edicilik kazanabilmesi için markasal kullanılması şarttır.⁸⁶

1. SMK m.7 Hükmü ile KHK m.9 Hükmünün Karşılaştırılması

SMK m.29/1-a (mülga KHK m.61/1-a) hükmüne ile; sahibinin izni olmaksızın, markayı SMK m.7 (mülga KHK m.9)’de belirtilen biçimlerde kullanmanın marka hakkına tecavüz oluşturacağı düzenlenmiştir. Bu yönden SMK m.29/1-a hükmü ile Mülga KHK m.61/1-a hükmü aynı olup ikisi de markaya tecavüz hallerinden birinin markanın kullanım biçimleri olduğunu düzenlemiştir.

Atıf yapılan mülga KHK m.9’da, kullanma biçimi olarak “ticaret unvanı ve işletme adı” açıkça belirtilmemiştir. Ancak, m.9/2’nin (e) bendinde, ... alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde markanın kullanılması demek suretiyle tecavüz oluşturacak kullanım biçimlerinin sınırlı olmadığı belirtilmiştir.

Uygulama ve doktrinde, mülga KHK m.9/2-e bendinin uygulamasında marka sahibinin izni olmadan, “markasal kullanım” olmak şartıyla markanın aynısının veya benzerinin ticaret unvanında veya işletme adında kullanılmasını marka ihlali olarak kabul etmiştir.⁸⁷

⁸⁵ Bu hususta bkz. YASAMAN, s. 1751; TEKİNALP, s. 433. ÇOLAK, s. 750; EMİN BİLGE, s. 13; krş. MERDİVAN, s. 32 vd.; Sabih ARKAN, “Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Kullanılması Zorunluluğu?”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 20, S. 3, Haziran 2000, s. 11 (Markasal).

⁸⁶ Bkz. TEKİNALP, s. 433.

⁸⁷ Bu hususta bkz. İleride, IV-D.3.

Mülga 556 sayılı KHK'nın aksine, SMK m.7/3-e'de markanın ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılması sayma yöntemi ile kullanma biçimi olarak belirtilmiştir.

Mülga KHK m.9/2'de, işaretin "ticari etki yaratacak biçimde" kullanılması halinde yasaklanması ön görülmüş olmasına rağmen, SMK m.7/3'de işaretin "ticaret alanında" kullanılması halinde yasaklanabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu iki kavramın anlam farklılığı bulunmamakta olup farklı bir uygulamaya sebep olacağı kanaati uyandırmamaktadır.⁸⁸

İşaretin yasaklanması için SMK m.7/2 ve KHK m.9/1'de üç tür kullanım modeli ön görülmüştür. Söz konusu modeller aynı olup SMK ile ifadeler düzeltilmiştir

2. Markanın Ticaret Unvanı ve İşletme Adına Engel Olmasının Şartları

- i. Sahibinden izin almadan ticaret alanında markanın ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılması (SMK M. 7/3-e).
- ii. Kullanımın, SMK m.7/2 hükmünde (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen kullanım modellerden en az birine uygun olması, bu hükümde öngörülen kullanım modelleri:
 - Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde marka sahibinin izni olmadan kullanılması.
 - Tescilli marka ile aynı veya benzer olan herhangi bir işaretin, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerle aynı ve/veya benzer mal ve/veya hizmetlerde halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirme ihtimalide dahil karıştırma ihtimali oluşturacak şekilde kullanılması.

Karıştırılma ihtimalinin söz konusu olması için hem işaretlerin hem de mal ve hizmetlerin aynı veya benzer olması gereklidir. Bu şartlardan birinin sağlanmaması ihtimalinde karıştırılma ihtimalinden bahsedilemeyecektir. Konu hakkında AB Genel Mahkemesi tarafından verilen kararda⁸⁹ "Carpo" ile "Harpo Z" markaları arasındaki karıştırılma ihtimali değerlendirilmiştir. Mahkeme, her ne kadar söz konusu mallar aynı olsa da işaretler arasındaki

⁸⁸ "Ticari etki yaratacak biçimde kullanım" ile "ticaret alanında kullanımın" aynı olduğu yönünde bkz. ileride, IV-D.3.b.

⁸⁹ CJEU T-35/03, Aventis CropScience v. OHIM- BASF, 12.10.2004.

görsel, işitsel ve anlamsal farklılıkların karıştırma ihtimaline neden olmayacağı belirtilmiştir.⁹⁰

- Tanınmış tescilli marka ile aynı veya benzer olan herhangi bir işaretin, markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek şekilde haklı bir neden olmaksızın ve aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetler olmasına bakılmaksızın kullanılması. Burada hemen belirtmem gerekir ki, Tanınmış marka yönünden karıştırma ihtimali aranmamaktadır. Ancak ihlal için bağlantı (ilişkilendirme) oluşması aranmalıdır.⁹¹
- iii. Ticaret unvanı ve işletme adının markasal olarak kullanılması. Ancak bu şartın aranıp aranmayacağı tartışmalıdır.⁹²
- iv. Unvanın ve işletme adının markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetlerle ilgili faaliyette bulunan şirket veya işletmeye ait olması. Diğer bir ifade ile ticaret unvanı veya işletme adı sahibi olan şirketin faaliyet alanı ile markanın tescilli olduğu mal ve/veya hizmetlerin aynı ve/veya benzer olması de gerekmektedir. Ancak, tanınmış marka yönünden bu şart aranmamaktadır.⁹³

3. İltibas İçin Markasal Kullanım Gerekip Gerekmeyeceği Sorunu

Mülga KHK m.9 hükmü kapsamında, sahibinin izni olmadan markanın ticaret unvanı veya işletme adı olarak bir başkası tarafından kullanılması halinin iltibas oluşturmaya ve dolayısıyla korunması için ticaret unvanı ve işletme adının markasal kullanımının aranacağı uygulama⁹⁴ ve öğretide çoğun-

⁹⁰ YASAMAN / YASAMAN, Cilt II, s. 1638.

⁹¹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. YASAMAN / YASAMAN, s. 1660.

⁹² Bu hususta bkz. İleride, IV-D.3.

⁹³ AYDOĞAN, s. 38 vd.; KARASU / NAL, s. 208.

⁹⁴ HGK, T. 27.06.2018, S. 2017/11-107-1260. (ÇADIRKEBAP KARARI): “Bu karara konu olay yönünden, yiyecek ve içecek sağlanması hizmetlerini içeren bir hizmet markasının ticari hayatta yine yiyecek ve içecek hizmeti sunulan bir işletmede «işletme adı olarak kullanılması» da markasal bir kullanımdır. Şeklindeki ek gerekçe ile ilk derece mahkemesince verilen direnme kararı HGK’ca, yeme içme sınıfında tescilli bir markanın başkası tarafından yeme içme hizmeti verilen işyerinde/restoranda sadece işletme adı olarak kullanılmasının hukuka aykırı olmadığı, ancak davacıya ait ... davalının işletme adı sınırları dışında işletme adını farklı şekilde işletmenin/restoranın girişinde, menü kitapçıklarında, peçete ve ıslak mendillerinde, iş evraklarında kullanımının markasal kullanım olduğu ve dolayısıyla davacının markasına tecavüz oluşturduğu gerekçesiyle bozulmuştur”. HGK, T. 12.12.2007, S. 2007/11-965-961. (ATILIM KARARI): “Özel daire, ticaret unvanının yasal amacına uygun olarak kullanılması gerekirken somut olayda, davalı tarafca ticaret unvanının tescil edildiği gibi ve yasal amacı

lukla⁹⁵ kabul görmüş olmasına rağmen, SMK m.7 kapsamında iltibas için önceki marka ile aynı veya benzer işareti içeren sonraki tarihli unvan ve işletme adının markasal kullanımının gerekip gerekmeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır.

Bu hususta;

Doktrinde AB marka hukuku ile karşılaştırmalı çalışan yazarlar, iltibas için unvan ve işletme adının markasal kullanımının zorunlu olduğunu, salt unvansal ve işletme adı kullanımının iltibas için yeterli olmadığını savunmaktadırlar.⁹⁶ Bu görüşü savunan yazarlardan Aydoğan, yine de markanın sonraki tarihli ticaret unvanına karşı korunmasında mal ve hizmet ayrımı yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bunun sebebinin ise, hizmet markalarının işletmenin görünür bir yerinde kullanılmasının marka olarak kullanım

doğrultusunda değil, sadece «atılım» ibaresini alıp bu ibareyi hizmet markası olarak kullanımının davacı adına tescilli aynı ibareli markaya tecavüz oluşturduğunun anlaşılmasına göre, ... temyiz itirazlarının reddine karar verilmiş. HGK’ca da, ... davalının ticaret unvanında yer alan ibarelerden sadece «atılım» ibaresini ön plana çıkarma eyleminin markaya tecavüz oluşturduğu hususunda uyumsuzluk olmadığı belirtilmiştir”. YARGITAY 11. HD, T. 11.01.2022, S. 2020/5882-149, BEYAZ EV KARARI: “... Başkasına ait tescilli bir markanın aynısını veya benzerini ticaret unvanının çekirdek unsuru olarak tescil ettirenin, unvanını tescil edilmiş olduğu şekilden farklı şekillerde kullanılması markasal olup markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerle aynı faaliyetlerde kullanması da marka hakkına tecavüz oluşturur. Önceki marka sahibinin ticaret unvanının tescilinden itibaren uzun süre sessiz kalınması hak kaybı sonucunu doğurur.”. YARGITAY 11. HD, T. 09.01.2018, S. 2016/5901-118 (ANKA KARARI): “Mahkemece davalı kullanımının tescilli ticaret unvanı şeklinde olduğu, markasal kullanım olmadığı gerekçesiyle davanın reddine dair verilen karar, Yargıtay, dosya kapsamından davalı kullanımının ticaret unvanını aşar şekilde markasal kullanım niteliğinde olduğu gerekçesiyle yerel mahkeme kararını doğru bulmamıştır.”. YARGITAY 11. HD, T. 27.01.2012, S. 2010/7630-869 (TERZİOĞLU KARARI): “... Mahkemece, davalının ticaret unvanına yönelik kullanımının markasal kullanım olması nedeniyle davacının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle asıl ve birleşen davanın kısmen kabulüne karar verilmesi, Yargıtayca da doğru bulunmuştur...”. YARGITAY 11. HD, T. 27.04.2010, S. 858/4554 (TAMTEKS KARARI): “... Davalı unvanının markasal kullanılmaması karşısında markaya tecavüz davasının reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır, ...”. Bkz. AYNI YÖNDE: YARGITAY 11. HD, T. 08.02.2018, S. 2016/8198-1842; T. 24.05.2017, S. 2015/14758-3001; T. 18.11.2015, S. 4500/12226; T. 11. HD, T. 24.11.2014, S. 10502/18202; T. 08.07.2013, S. 2012/16081-144126; T. 27.11.2013, S. 6539/21467; T. 07.10.2013, S. 527/17672 (UYAP).

⁹⁵ ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, Onikilevha, İstanbul, 2012, s. 437 vd.; DEMİRKAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 46., Markanın ticaret unvanı veya işletme adının parçası olarak kullanılması halinden ihlalden söz edilemeyeceği yönünde bkz. TEKİNALP, s. 434. Krş. marka hakkının ihlali için markasal kullanımın gerekli olmadığı yönünde bkz. ARKAN, Markasal, s. 11 vd.

⁹⁶ YASAMAN / YASAMAN, s. 1751 vd.; ÇOLAK, s. 750 vd.; BİLGE, s. 13; AYDOĞAN, s. 35.

sonucunu doğurabilecek olmasını belirtmektedir.⁹⁷ Bazı yazarlar, salt unvansal ve işletme adı olarak kullanımın SMK m.7/2-e hükmünün uygulanması için yeterli olduğunu, markanın ticaret unvanı ve işletme adına karşı korunabilmesi için unvan ve işletme adının markasal kullanımın gerekli olmadığını ve dolayısıyla salt unvansal ve işletme adı olarak kullanımın iltibas için yeterli olduğunu savunmaktadırlar.⁹⁸ Bu görüş taraftarlarından Karasu,⁹⁹ markasal kullanımın gerekli olmadığını belirtmesine rağmen yine de ticaret unvanı ve işletme adının kullanılmasının markanın fonksiyonlarına zarar vermesi veya kullanım sonucunda haksız bir yarar doğmasının gerektiğini belirtmektedir.

İltibas tehlikesi için markasal kullanımın gerekip gerekmediği yönünde farklı görüşler olsa da, marka ile ticaret unvanı ve işletme adı arasında işlev farkı bulunduğunun kabul edilmesi durumunda, bu her üç hakkında aynı anda birlikte mevcut olabileceği ve yan yana yaşayacağı kabul edilmelidir.¹⁰⁰ Meğerki birbirlerinin alanına girmiş olsunlar.

Yargıtay SMK m.7 hükmünün uygulanmasında da, mülga 556 sayılı KHK dönemindeki görüşünü devam ettirmiştir. Bu bağlamda, Yargıtay marka ile aynı veya benzer bir işareti ticaret unvanının ya da işletme adının bir parçası olarak kullanan bir teşebbüsün ticaret unvanını veya işletme adını markasal kullanması halinde markaya tecavüz oluşturacağını, salt unvansal ve işletme adı kullanımının markaya tecavüz oluşturmayacağı yönündeki eski görüşünü yeni dönemde de sürdürmektedir.¹⁰¹ Ancak Yargıtay yakın

⁹⁷ Unvanın işletmenin görünen bir yerine yazılarak kullanılmasının özellikle, mağazacılık, özel eğitim ve özel hastane gibi işletmelerde hizmet sunanlar açısından marka kullanımı sonucunu doğuracağı yönünden bkz. AYDOĞAN, s. 32 vd.

⁹⁸ MARDİVAN, s. 31; KARASU / NAL, s. 208.

⁹⁹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. KARASU / NAL, s. 208 vd. Bkz. Aynı yönde. DEMİR-KAPI / ÖZBOYACI / ÇAKIR, s. 47.

¹⁰⁰ AYDOĞAN, s. 35.

¹⁰¹ YARGITAY 11. HD, T. 14.12.2022, S. 2021/4776-9040, ZARA KARARI, MARKA-UNVAN: "Tek başına ticaret unvanı tescil ettirilmesi ya da alan adı tahsisi marka hakkına tecavüz teşkil etmeyip, ancak markasal olarak kullanılması, diğer bir anlatımla mal veya hizmetlerin ayırt edici işareti olarak kullanılması halinde marka hakkına tecavüz oluşturur" (UYAP).

Somut olayda davacı vekili, davacıya ait «ZARA» markası ile benzer BY ZARA ve BAY ZARA ibarelerini davalının unvanında ve müvekkilinin faaliyet alanında izinsiz kullanıldığını ileri sürerek marka hakkına tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti, men'i, ref'i davalıya ait ticaret unvanının terkini ve alan adına erişimin engellenmesini istemiştir. Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

İDM’ce, davalının ticaret unvanı ve alan adı kullanımlarının haksız olmadığı, BAY ZARA, BAYZARA, BY ZARA ve BYZARA markasal kullanımlarının ise davacının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, ... Tecavüz ve haksız rekabetin tespitine, men ve ref’ine, ticaret unvanının terkinin talebinin reddine, alan adından içeriklerin çıkartılmasına olmasa erişimin engellenmesine.

BAM HD’ce ise, vekalet ücreti ile unvan ve alan adı yönünden sessiz kalma ya ilişkin İDM gerekçesine yönelik istinaf sebeplerinin kabulü ile İDM kararı kaldırılarak aynı karar yeniden verilmiştir.

Dava, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti, men ve ref’i, ticaret unvanının terkinin ve alan adına erişimin engellenmesi taleplerine ilişkindir.

YARGITAY ise, SMK m.7 hükmünün gerekçesi ile birlikte amaca uygun yorumlanması gerektiği, bu bağlamda, ... 2015/2436 sayılı AB Direktifine ve uluslararası uygulamalara uyum sağlamak amacıyla m.7/3-e ve f bentlerinin kabul edildiğinin gerekçede belirtilmiş olması nedeniyle AB Marka direktifinde yer alan düzenlemeye göre yorum yapılması gerektiği, ... buna göre, bu işaretlerin (ticaret unvanı, işletme adı ve alan adı) ancak mal ve/veya hizmetlerin ayırt edilmesinde ayırt edici işaret kullanılması halinde, başka bir anlatımla ... Marka gibi tanıtıcı işaret olarak kullanılması halinde marka hakkına tecavüz teşkil edeceği ..., somut olayda davalının davacıya ait tescilli marka ile karıştırmaya sebebiyet verecek nitelikte benzer işareti gerek tescil kapsamındaki ürünlerde tanıtıcı işaret olarak kullandığı gibi, internet alan adında da kullandığının sabit olması karşısında, Mahkemece SMK’nın 29. maddesi yollamasıyla 7/3-e maddesi uyarınca ticaret unvanının terkinine, 7/3-f maddesi uyarınca da alan adının tahsisinin iptaline karar vermek suretiyle marka hakkına tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılmasına karar vermek gerekirken hatalı gerekçe ile ticaret unvanı yönünden davanın reddine, alan adı yönünden ise sadece içeriğin çıkarılmasına karar verilmesinin doğru olmadığını...

Öte yandan, tek başına ticaret unvanı tescil ettirilmesi ya da alan adının tahsisi marka hakkına tecavüz teşkil etmeyip, ancak markasal olarak, ... kullanılması halinde marka hakkına tecavüz edeceğinin kabulünden hareketle, ... Hak kaybı için aranan beş yıllık sürenin ticaret unvanı tescilinden, alan adının da tahsisinden itibaren başlatılmasının da doğru olmadığı ve hükmün bu nedenle de bozulmasına karar vermek gerekmiştir (UYAP).

YARGITAY 11. HD, T. 20.12.2022, S. 2021/5381-9213, AKSU KARARI: “Ticaret unvanının usulüne uygun şekilde tescil edilen ticaret unvanının, tescil edildiği şekilde kullanılmasını marka ihlali ve haksız rekabet oluşturmaz. Bunun için ticaret unvanının markasal kullanılması gerekmektedir”. YARGITAY 11. HD, T. 23.06.20022, S. 2021/1211-5220, FORMAL KARARI: “Ticaret unvanının tescil edilmiş olduğu şekilde kullanılması hukuka uygun olup marka hakkına tecavüz oluşturmaz. Markaya tecavüz için unvanın markasal kullanılması ve faaliyetlerinde aynı veya benzer olması gerekir”. YARGITAY 11. HD, T. 16.11.2020, S. 2019/5399-5084, ALMİRA KARARI: “Ticaret unvanının, daha önce tescil edilen bir markanın kapsamında kalan malların tescilli olduğu alanda kullanılması halinde, söz konusu kullanımın markanın işlevleri yönünden işletmeler arasında karıştırmaya ihtimaline yol açması halinde kullanımın markaya tecavüz teşkil ettiği kabul edilmelidir. Bu bağlamda başkasına ait markanın bir başkası tarafından ticaret unvanı olarak tescil ettirilmesi ve unvanın farklı bir faaliyet alanında tanıtıcı işaret olarak kullanılması marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilemez”. Yargıtay bu kararda; 556 aylı KHK m.9 ve 61’de tek başına ticaret unvanının tescilinin marka hakkına tecavüz oluşturacağı yönünde bir hüküm bulunmadığı gibi, salt marka ve ticaret unvanı arasındaki benzerliğinde de kılavuz sözcüğün unvandan çıkarılmasını gerektiren bir hükümde bulunmadığını, yine SMK’nın 7/3-e maddesinde de ticaret unvanı ve işletme adının tescili değil, marka ile karıştırılabilecek şekilde kullanımının tecavüz oluşturacağı belirtilmiş olduğunu, ... O nedenle söz konusu hususlarda araştırma yapılmadan karar verilmesinin doğru olmadığını belirtmiş ve kararı bozmuştur. YARGITAY 11. HD, T. 20.04.2021, S. 2020/2025-3873, DÜĞÜN MODA EVİ KARARI: “Davalı, işletme adı olan DÜĞÜN AVM İbaresini işletme adı sınırını aşar şekilde kullanması markasal kullanmadır” (UYAP).

zamanda verdiği bir kararında mal markası ile hizmet markası ayrımı yapıp, faaliyet alanı hizmet arz etmek olan bir teşebbüsün ticaret unvanını unversal kullanmasının da unvanla aynı veya benzer olan önceki markaya tecavüz oluşturabileceğine karar vermiştir.¹⁰² Kanaatimce Yargıtay'ın bu kararı me-haz hüküm ve uygulamalarla uyumlu olmadığı gibi, Kanun Koyucunun iradesine de uygun olmamıştır.¹⁰³

Kanaatimce, bu sorunu doğru çözüme kavuşturabilmek için öncelikle m.7/3'te yer verilen "ticaret anının da kullanım" kavramının kapsamının belirlenmesi, bundan sonra SMK m.7/2'de önlenebileceği belirtilen kullanma modellerinin ve marka, unvan ve işletme adının işlevleri ve nihayet hükmün mehası olan AB marka mevzuatı hükümleri ve uygulamaları dikka-te alınarak sonuca varılmalıdır. Bu bağlamda:

a. Ticaret Alanında Kullanma Kavramı

Marka hakkının ihlali için gerekli olan "ticaret alanında kullanım" şartının benimsenmesinin nedeni, kişisel kullanım ile kazanç amaçlı kullanımın birbirinden ayrılmasını sağlamaktır. Ticaret alanında kullanım, her türlü kullanım olmayıp, sadece mal veya hizmetlerin piyasaya arzı kapsamında yapılan kullanım olarak algılanması gerekir. Şayet kullanım mal veya hizmetlerin piyasaya arzını sağlamıyorsa, ticaret alanında kullanımdan söz edilmemesi gerekir. Zira, mal veya hizmetlerin piyasaya arz edilmesinin muhatabı ilgili tüketici kesimidir. Bu bağlamda, markanın korunmasının söz konusu olduğu durumlarda, ticaret alanında kullanımın marka hukukuna özgü olduğu düşünülmelidir.¹⁰⁴ Belirtmeliyim ki, mal veya hizmetlerin piyasaya arzı kapsamında işaretin kullanılmasını markasal kullanım olarak kabul etmek gerekir. Diğer taraftan SMK m.7/3'te işaretin m.7/2 hükmü uyarınca yasaklanacağı belirtilmiştir. Anılan ikinci fıkrada belirtilen kullanım modellerinin¹⁰⁵ her üçünün de, işaretin markasal kullanılması hallerinden olduğuna kuşku duyulmaması gerekir. Zira belirtilen kullanım modellerinde, işaretin markanın tescilli olduğu mal ve/veya hizmetlerde karıştırma ihtimaline sebep olacak şekilde kullanılmasından bahsedilmiştir. Böyle bir kullanım ise markanın işlevlerini yerine getireceğinden dolayı markasal kullanımdır. Ni-

¹⁰² HGK'nın 08.02.2023 gün ve E. 2021/11-446, K. 2023/61 sayılı Kararı.

¹⁰³ Bkz. ileride, IV-D.3.b.

¹⁰⁴ Aynı yönde bkz. YASAMAN / YASAMAN, s. 1676 vd.; ÇOLAK, s. 652; BİLGE, s. 18.

¹⁰⁵ Bkz. yukarıda, IV-D.2.

tekim Yargıtay'da¹⁰⁶ yakın zamanda marka hukuku bağlamında ticaret alanında kullanımın markasal olduğuna karar vermiştir.

¹⁰⁶ Yargıtay, T. 29.06.2020, S. 2019-1695/3293: "7/3-e maddesinde yer alan «işaretin ticaret unvanı ve işletme adı olarak kullanılması» işaretin markasal kullanılması durumunda uygulanabilecektir. Zira.. Marka hukuku kapsamında işaretin ticaret alanında kullanılması ifadesi ile kastedilen işaretin markasal kullanımıdır".

Somut olayda davacı taraf, unvanlarının kılavuz unsurunu oluşturan ve aynı zamanda tescilli markaları olan ... İbaresini davalının kullanarak markaya tecavüz oluşturduğunu ileri sürerek. Marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespitini, men'ini ... İbarenin davalının unvanından çıkarılmasını ve her türlü kullanımına son verilmesini talep etmiştir. Davalı ise, ... ibaresinin markasal kullanımının söz konusu olmadığını, sadece ticaret unvanı içinde yer aldığını savunmuştur.

İDM'ce, davalı unvanının yasal sınırlar içerisinde kullanıldığı, unvan fonksiyonlarını aşar şekilde kullanıldığını gösterir delil olmadığı gerekçesiyle davalı unvan kullanımının davacıların markasına tecavüz oluşturmadığına karar verilmiştir...

BAM hukuk dairesince ise, SMK'nın 7/3-e maddesi uyarınca, ticaret unvanının sadece unvan biçiminde kullanılması durumunda dahi marka hakkına tecavüz teşkil edeceği, mahkemece davalının ... İbareyi davacıların markalarıyla aynı alanda ticaret unvanı olarak kullanmasının davacıların marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle davacıların istinaf başvurusunun kabulüne, İDM kararının kaldırılmasına ve davanın bu yönden de kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, marka ve ticaret unvanına dayalı açılan marka hakkına tecavüzün tespiti, men'i ve ticaret unvanının terki istemine ilişkindir.

Özel dairece, SMK'nın 29/1-a hükmü ile yapılan yollama gereği m.7/3-e maddesinde yer alan "işaretin ticaret unvanı ve işletme adı olarak kullanılması" hükmü işaretin markasal kullanılması durumunda uygulanabilecektir. Zira m.7/3'te işaretin ticaret alanında kullanılması halinde yasaklanabileceği hükme bağlanmıştır. Marka hukuku kapsamında işaretin ticaret alanında kullanılması ifadesi ile kastedilen işaretin markasal olarak kullanılmasıdır. Diğer taraftan, SMK'nın 7/3-e maddesinin gerekçesinde söz konusu düzenleme ile 2015/2436 sayılı AB Marka Yönergesiyle uyum sağlandığından bahsedilmiş olup, Yönergenin 3. maddesinde yer alan hükmün, yine Yönergenin genel gerekçesi no 19'daki açıklamalara göre değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, ticaret unvanı ancak tescilli bir markaya tescil kapsamındaki mal ve hizmetler yönünden ayırt ediciliği sağlayıcı bir işaret olarak kullanılması halinde, marka hakkına tecavüz oluşturacağı açıklaması karşısında, Kanun Koyucunun amacının ticaret unvanının tescilli marka ile karıştırılmaya yol açacak şekilde kullanılması halinin marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde olmasına rağmen, hatalı gerekçe ile tek başına ticaret unvanının tescil ettirilmiş olmasının marka hakkına tecavüz teşkil edeceği gerekçesiyle davanın kabul edilmesi ... doğru bulunmayarak BAM kararı oy çokluğu ile bozulmuştur.

BAM HD'si, ilk kararında mal veya hizmet markası ayrımı yapmadan, salt unvansal kullanımın markaya tecavüz oluşturacağını belirtmişken, direnme kararında mal ve hizmet markası ayrımı yaparak davalı faaliyet alanının hizmet sunma olması nedeniyle, hizmetlerde salt unvansal kullanımın marka hakkının ihlali olduğu gerekçesiyle kararında direnmiştir.

HGK'da oy çokluğu ile direnme kararının onanmasına karar vermiştir HGK, T. 08.02.2023, E. 2021/11-446, K. 2023/61. (UYAP).

b. Hükmün Mehazı

SMK m.7'nin 2. fıkrasının gerekçesinde, 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 9'uncu maddesi ve Alman Marka Kanunun 14'üncü maddesi dikkate alınarak düzenlenen 7'nci madde ile mezkur hükümlerle uyum sağlanmasının amaçlandığı belirtildikten sonra, 3'üncü fıkrasının gerekçesinde de, özellikle 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifine ve uluslararası uygulamalara uyum sağlamak için 3'üncü fıkranın (e) ve (f) bentlerinin maddeye eklendiği belirtilmiştir. Hal böyle olunca, m.7/3-e hükmünün doğru yorumlanması için öncelikle mehaz hükümler ile uygulamaların incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Bu durumda mehaz hükümler; 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi (2436 sayılı Direktif) m.10/2 ve 3-d hükümleri ile 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü (2424 sayılı Tüzük) m.9/2 ve 3-d hükümleridir.¹⁰⁷ Hemen belirtmeliyim ki, SMK'nın anılan hükmü mehaz hükümlerden aynen alınmıştır.

Mehaz 2436 sayılı Direktif hükmünün gerekçesi, gerekçe bölümünün 18'inci ve 19'uncu paragraflarıdır. Paragraf (par) 18'e göre; marka ile aynı veya benzer olan bir işaretin ancak mal veya hizmetleri ayırt etmek amacıyla ticaret sırasında (alanında) kullanılması, marka ihlali oluşturur. İşaretin başka amaçlarla kullanılması ulusal hukuk hükümlerine tabidir. Paragraf 19'a göre ise, marka ile aynı veya benzer bir işaretin ticaret unvanı veya benzer herhangi bir adlandırma olarak kullanılması, mal veya hizmetleri ayırt etme amacına hizmet ediyorsa marka hakkı ihlaline dahil kabul edilir. Mehaz alınan 2424 sayılı Tüzük hükmünün gerekçesi ise, Tüzüğün gerekçe bölümünün 13'üncü paragrafıdır. Bu

¹⁰⁷ 2436 sayılı Direktif m.10/2 ve 2424 sayılı Tüzük m.9/2: "Herhangi bir işaretin ticari süreçte/ticaret alanında mal veya hizmetlerde üçüncü kişiler tarafından izinsiz kullanılması halinde, tescilli markanın sahibi aşağıdaki eylemlerinin önlenmesini talep etmeye yetkilidir".

a. Marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerle aynı mal veya hizmetlerde kullanılması.

b. Tescilli marka ile aynı veya benzer olan herhangi bir işaretin, markanın tescilli olduğu aynı ve/veya benzer mal ve/veya hizmetlerde, halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirme ihtimali de dahil karıştırma ihtimali oluşturacak şekilde kullanılması (<http://curia.eu.int>).

c. Aynı, benzer veya farklı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olup olmadığı dikkate alınmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve üye devlette bir üye sahip (üye devlette tanınmış) olması nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar sağlayacak veya markanın ayırt edici karakterine veya ününe/itibarına zarar verecek şekilde haklı neden olmaksızın herhangi bir işaretin kullanılması,

2436 sayılı Direktif m.10/3-d ve 2424 sayılı Tüzük M. 9/3-d: "Özellikle aşağıdaki kullanımlar üçüncü fıkra uyarınca/kapsamında yasaklanabilir.

...

d. İşaretin ticaret unvanı veya işletme adı olarak, ya da ticaret unvanının veya işletme adının bir parçası olarak kullanılması"

paragrafa göre de; marka ile aynı veya benzer bir işaretin ticaret unvanı veya ticari bir ad olarak kullanılması sırasında, bu işareten gelen mal veya hizmetler ile aynı işarete unvanında veya işletmesinde yer veren şirket arasında bağlantı kuracak şekilde kullanılmasının, işareti taşıyan mal veya hizmetlerin geldiği kaynak hakkında karıştırmaya sebep olabilecektir. Bu durumda, aynı veya benzer işareti içeren ticaret unvanı veya herhangi bir ticari adın mal veya hizmetleri ayırt etmek amacıyla yönelik olarak kullanılması da AB’de marka hakkının ihlali kapsamında olduğu kabul edilir.¹⁰⁸

Mehaz hükümlerin gerekçelerine göre, marka ile aynı veya benzer bir işareti içeren sonraki tarihli ticaret unvanı veya işletme adı kullanımının marka hakkını ihlal etmesi, yani markaya tecavüz oluşturması ticaret unvanı ve işletme adının marka kapsamındaki mal veya hizmetleri ayırt etmek amacıyla kullanılmasına bağlıdır. Diğer bir ifade ile marka kakına tecavüz oluşturabilmesi, sonraki tarihli ticaret unvanı veya işletme adının markasal kullanılmasına bağlıdır. Nitekim ABAD’da,¹⁰⁹ marka hakkının ihlal edildiğinin kabulü için marka ile aynı ya da benzer işareti içeren ticaret unvanı ve mağaza adının, marka kapsamındaki mal veya hizmetlerin ayırt edilmesi amacıyla kullanılması gerektiğini belirtmektedir. O nedenle salt unvansal ve işletme adı olarak kullanımlar marka ihlali oluşturmaz. Bunun nedeni, mal veya hizmetleri ayırma amacı taşımayan kullanımların markanın fonksiyonlarına zarar vermemesidir.

Burada önemine binaen belirtmeliyim ki, bu hususta AB mevzuatı ve uygulamasın da mal ve hizmet markaları yönünden herhangi bir ayırma gidilmemiştir. Diğer bir ifade ile önceki marka ile aynı veya benzer bir işareti ticaret unvanı ya da diğer bir ticari adın unsuru olarak kullanan şirket veya teşebbüsün faaliyet alanının hizmetlere ilişkin olmasının unvan veya işletme adının kullanılmasının markaya tecavüz oluşturması yönünden mal markalarına göre bir farkı bulunmamaktadır.

¹⁰⁸ <http://curia.eu.int>.

¹⁰⁹ ABAD, C-17/06, CELİNE SARL v. CELİNE SA, 11.2007, Par. 21-22 ve 36: Önceki tarihli markanın sahibi, markasıyla aynı veya benzer olan sonraki tarihli bir şirket adının, ticaret unvanının veya mağaza adının markasal kullanımının önlenmesini talep etme yetkisine sahiptir.

Şirketin, işletmenin veya mağaza adının amacı, mal veya hizmetleri ayırt etmek değildir. Şirket adının amacı şirketi, işletme adı ve mağaza adının amacı ise yürütülen işi belirtmektir.

Bu işaretlerin şirketi, işletmeyi ve mağazayı belirlemekle (tanıtmak) ve dolayısıyla diğerlerinden ayırmakla sınırlı olarak kullanılmaları mal ve/veya hizmetleri birbirinden ayırt etmekle ilgili kullanım olarak değerlendirilemez.

Mal ve/veya hizmetleri ayırmak ilgili olmayan kullanımlar markaya tecavüz oluşturmaz (<http://curia.eu.int/jurips>).

Bu durum karşısında AB hukukunda benimsendiği gibi SMK m.7 hük­münün uygulanması bakımından da, marka ile aynı veya benzer bir işareti ticaret unvanı ya da işletme adında kullanan herhangi bir teşebbüsün unvan veya adını markanın tescilli olduğu mal veya hizmetleri ayırt etme amacına hizmet eder şekilde kullanması marka hakkını ihlal edebilir. Diğer bir ifade ile ticaret unvanı veya işletme adının markasal kullanılması marka hakkını ihlal edebilecek, ancak salt unvansal ve işletme adı olarak kullanılmalrı ise marka hakkını ihlal etmeyecektir. Zira kendi fonksiyonlarının sınırlarını aşmamak kaydıyla marka, unvan ve işletme adı birlikte var olabilir.

V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Marka, ticaret unvanı ve işletme adı arasında işlev farkı bulunmaktadır. O nedenle bu hakların her biri yasal sınırlar içinde kendi işlevlerini yerine getirmek için kullanıldıkları ve dolayısıyla biri diğerinin fonksiyonlarına zarar vermediği sürece, bu hakların aynı anda mevcut olmaları ve birlikte yaşayabilmeleri söz konusu olabilmelidir.

Marka, ticaret unvanı ve işletme adı ihtilafları, bu hakların çatışmasın­dan doğmakta olup ancak birine üstünlük tanınarak ihtilaf çözülebilmektedir. Bununla birlikte ihtilafın çözümü için çatışan hakların eşit görülmesi gerekebilir. İhtilafların sağlıklı çözümü için hem marka hukukunun özellik­leri ve ilkeleri hem de ticaret unvanı ve işletme adının dahil olduğu ticari işletme hukukunun özellik ve ilkeleri önem arz etmektedir.

İltibas için işaretlerin aynı veya benzer olmaları, ticaret unvanı ve işletme adının ait olduğu şirket veya teşebbüsün faaliyet alanlarının markanın tescilli olduğu (markanın kapsamı) mal veya hizmetlerle aynı veya benzer olması, hak sahibinin izninin bulunmaması, işaretin ticaret alanında mal ve hizmetler­de onları ayırt etmek için (markasal) kullanılması şartları aranmalıdır.

SMK m.7/3-e kapsamında markanın korunabilmesi için AB mevzuatı ve uygulamasında olduğu gibi, ticaret unvanı ve işletme adının markasal kulla­nılması şartının iltibas için aranması yönündeki görüşün doğru olduğu düşü­nülmemektedir. Aksini düşünen yazarlardan bazıları, markaya tecavüz oluşturu­labilmesi için yine de, ticaret unvanı ve işletme adının kullanımının marka­nın fonksiyonlarına zarar vermesini aramaktadırlar. Bu durum ise ancak işaretin markasal kullanımı ile ortaya çıkabilir.

Markanın korunması için mal ve hizmet markası ayrımı yapılmasının madde gerekçesi, mehz düzenlemeler ve uygulama karşısında doğru ola­mayacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- ARKAN Sabih, “Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Kullanılması Zorunluluğu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XX, S. 3, Haziran 2000, s. 5-13 (Anılış: Markasal).
- ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 29. Baskı, T. İş Bankası A.Ş. Vakfı, Ankara, 2023 (Anılış: İşletme).
- AYDOĞAN Fatih, “Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukuki Durum-Değişiklik (Madde) Önerisi-İtiraz Yolu ve/veya Alternatif Çözüm yolu Önerisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2013, C. 71, S. 2, s. 27-50.
- BİLGİLİ E. Mehmet, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi**, Y. 2015, C. 1, s. 7-22.
- BOZER Ali / GÖLE Celal, **Ticari İşletme Hukuku**, Sekizinci Bası, T. İş Bankası A.Ş. Vakfı, Ankara, 2023.
- ÇAĞLAR Hayrettin / ÖZDAMAR Mehmet, “Ticaret Unvanının Korunması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2006, C. 14, S. 2, s. 119-150.
- ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- DEĞİRMENCİ M. Kaan, “Türk Patent Enstitüsü Tarafından Hazırlanan Markaların Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Hakkında Görüş”, **Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, Yıl 2, S. 5, Legal, İstanbul, s. 35-81.
- DEMİRKAPI Ertan / ÖZBOYACI Alper / ÇAKIR C. Altuğ: “Marka, Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Birbirlerine Karşı Korunması”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi**, Yıl (Y): 2021, Cilt (C): 7, S. 1, s. 34-67.
- DİRİKAN Hanife, **Tanınmış Markanın Korunması**, Seçkin, Ankara, 2003.
- KOŞAR Nihal, Marka Hukukunda Önceki Tarihli Hakların Etkisi (SMK m.155), Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2022.
- MERDİVAN Fethi: “Sınai Mülkiyet Kanunu Sistem, İlkeler ve 556 Sayılı KHK Dönemindeki Yargıtay Kararlarının Yeni Dönemde Uygulanabilirliği (MARKA)”, **Fikri Mülkiyet Dergisi**, Y. 2020, C. 1, S. 2, s. 19-42.
- ÖZCAN Özcan, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 1985, s. 360.
- SEKMEN Orhan, “Sınai Mülkiyet Kanunu Üzerine Bir İnceleme”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Merih Kemal Omağ’a Armağan**, C. 2, Seçkin, Ankara, Ekim 2017, s. 539-580 (Anılış: İnceleme).
- SEKMEN Orhan, **Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları**, 2. Baskı, Bilge, Ankara, 2016 (Anılış: Hükümsüzlük).
- SULUK Cahit (KARASU Rauf/ NAL Temel), **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

- ÜLGEN Hüseyin / TEOMAN Ömer / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / KAYA Aslan / NOMER ERTAN N. Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- YASAMAN Hamdi / AYOĞLU Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya / MEMİŞ KARTAL Pınar / YÜKSEL Sinan H. / YASAMAN Zeynep, **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi C. I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- YASAMAN Hamdi / AYOĞLU Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya / MEMİŞ KARTAL Pınar / YÜKSEL Sinan H. / YASAMAN Zeynep, **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi C. II**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- YASAMAN Hamdi / AYOĞLU Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya / MEMİŞ KARTAL Pınar / YÜKSEL Sinan H. / YASAMAN Zeynep, **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi C. III**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

MARKA HAKKININ İHLALİ^(*) -İTERNET ÜZERİNDE GERÇEKLEŞEN KULLANIMLAR BAKIMINDAN-

Dr. Zeynep YASAMAN^(**)

Öz: Marka sahibinin ihlal teşkil eden üçüncü kişi kullanımlarını engelleyebilmesi hususu Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) m.29/1'in de atfıyla "Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamı ve İstisnası" başlıklı 7. maddesinde düzenlenmiştir. 7. maddenin 2. fıkrasında marka sahibinin markasının aynısını veya benzerini izinsiz olarak kullanan 3. kişi fiillerini engelleyebilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar düzenlenmiştir. SMK m.7/2'de marka sahibinin engelleyebileceği kullanım halleri, m.7/3'de de marka sahibinin engelleyebileceği kullanım türleri düzenlenmiş ise de "kullanım" kavramı tanımlanmamıştır.

İnternet üzerinde gerçekleştirilen kullanımlar bakımından, bir tarafta ihlal teşkil eden işareti internet üzerine koyan/yükleyen kişi, yani içerik sağlayıcı, diğer tarafta bu içerik sağlayıcıya teknik ortamı sağlayan internet hizmet sağlayıcıları bulunmaktadır. Bu internet hizmet sağlayıcılarından, özellikle yer sağlayıcılarının, ihlal teşkil eden içerikleri barındırmaları söz konusu olabilmekte ise de, prensip olarak, barındırdıkları 3. kişi içerikleri bakımından bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Keza, yer sağlayıcı olarak söz konusu içerikler bakımından salt teknik, otomatik ve pasif bir rolleri söz konusu olduğundan bu içerikler hakkında bilgileri veya herhangi bir kontrolleri bulunmamakta, kullanımı bizzat kendileri gerçekleştirmemektedir. Bu bakımdan, yer sağlayıcılarının ihlale konu kullanımlar bakımından sorumlulukları Marka Hukuku kapsamında değil, 5651 sayılı Kanun kapsamında değerlendirmeye alınmaktadır.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 04.05.2024 - Makale Kabul Tarihi: 06.07.2024.

İlgili eser Türkçe olarak Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cumhuriyetin 100. Yılı Etkinlikleri kapsamında, 28.04.2024 tarihinde Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı tarafından düzenlenen "Cumhuriyet'in 100. Yılında Marka Hukuku Sempozyumu" başlıklı sempozyumda sunulmuştur.

^(**) Marka ve Patent Vekili, Yasaman Hukuk Bürosu, İstanbul - Türkiye,

E-posta: zeynep@yasaman.av.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5806-1824>.

Hal böyle olmakla birlikte, yer sağlayıcılarının bazı hallerde ihlale konu işaretleri “kullanan” olarak kabul edildiği durumlar söz konusu olabilmektedir. Keza her ne kadar bu hizmet sağlayıcıları “yer sağlayıcı” olarak kabul edildiğinden ihlale konu kullanımı gerçekleştiren olarak kabul edilmese ve sorumlulukları Marka Hukuku kapsamında değerlendirilmese de bazı hallerde ihlale konu işareti “kullanan” olarak kabul edilmeleri ve sorumluluklarının bu kapsamda kalması söz konusu olabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Marka Hakkına Tecavüz, Markayı Kullanan, İnternet Hizmet Sağlayıcıları, Yer Sağlayıcılar, Güvenli Liman.

INFRINGEMENT OF TRADEMARK RIGHTS

-USE ON THE INTERNET-

Abstract: The right of trademark owners to prevent third-party infringing uses is regulated, by virtue of Article 29/1 of the Industrial Property Law (IPL), in Article 7 titled “Scope and Exception of Rights Arising from Trademark Registration”. While the conditions that must be met for the trademark owner to prevent third parties from using the same or similar trademark without permission are regulated in Article 7/2 of the IPL, and the types of use that the trademark owner can prevent are regulated in Article 7/3, the concept of “use” is not defined.

In terms of uses made on the Internet, on the one hand, there is the person who places/uploads the infringing mark on the Internet, that is, the content provider, and on the other hand, there are Internet service providers who provide the technical environment to this content provider. Although these internet service providers, especially hosting providers, may host infringing contents, in principle, they have no liability for the third-party content they host. Likewise, since they have a purely technical, automatic, and passive role as hosting providers regarding the content in question, they do not have any knowledge or control over these contents and do not use them for themselves. In this respect, the liability of hosting providers for infringing uses is not assessed within the scope of Trademark Law, but within the scope of the other legislations such as the Law numbered 5651.

However, in some cases, hosting providers may be accepted as “users” of the infringing signs. Although these “hosting providers” are not considered as those who perform the infringing use and their responsibilities are not evaluated within the scope of Trademark Law, in some cases, they may be considered as “users” of the infringing sign and their responsibilities may remain within this scope.

Keywords: Infringement of Trademark Rights, The One Who Makes the Use of the Trademark, Internet Service Providers, Hosting Providers, Safe Harbours.

GİRİŞ

Günlük, sosyal ve iş hayatının internet üzerinde gerçekleşmesinin yaygınlaşması ile internet üzerindeki ihlaller de gerek ihlallerin sayısı gerekse çeşitliliği bakımından çoğalmaktadır. Bir mal veya hizmetin diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayan marka üzerindeki hakkın internet üzerinde çeşitli şekillerde ihlal edilmesi söz konusu olmaktadır. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda (SMK) marka hakkına tecavüz hallerini düzenleyen 29. maddenin atıf yaptığı 7. maddenin 3. fıkrasında marka sahibinin izni olmadan üçüncü kişilerin markayı kullanmalarının yasaklanabileceği haller örneksime yoluyla sayılmıştır.¹ Markanın internet üzerinde ihlali hususunda 7. maddenin 3. fıkrasında bir düzenleme bulunmaktadır. 3. fıkranın (d) bendinde internet ile ilgili olarak bir başkasına ait markanın aynısının veya benzerinin alan adı, yönlendirici kod, anahtar kelime veya benzeri şekilde kullanımı internet üzerindeki kullanımlar olarak düzenlenmiştir. Ancak internet üzerindeki kullanımlar anılan (d) bendinde sayılanlar ile sınırlı değildir. Keza, bu bentte sayılanlar dışında markanın mal veya ambalaj üzerine konulması suretiyle internette satılması, işareti taşıyan malların internette farklı şekillerde reklamlarının yapılması veya internet üzerinden satılan ihlal konusu işareti taşıyan malların depolanması gibi faaliyetlerde de ihlal iddiaları söz konusu olabilmektedir.

İnternet ortamında gerçekleşen ihlallerde, bir tarafta ihlali gerçekleştiren taraf, diğer tarafta bu ihlalin gerçekleşmesi için teknik ortamı sağlayan internet hizmet sağlayıcıları bulunmaktadır. Dolayısı ile internet üzerindeki kullanımlar ile ilgili, bir tarafta internete ihlale konu işareti koyan kişi veya kişiler yani içerik sağlayıcılar, diğer tarafta bu kullanımlara olanak sağlayan erişim sağlayıcı ve yer sağlayıcı gibi internet hizmet sağlayıcıları bulunmaktadır.

İnternet hizmet sağlayıcılarından özellikle yer sağlayıcıları, internet üzerinde yer alan 3. kişilere ait içerikleri barındıran ve erişilebilir kılan hizmet sağlayıcılarıdır. Yer sağlama hizmetinde, salt erişim sağlama veya ön belleğe alma hizmetinden daha fazlası söz konusu olmaktadır.² Zira, faaliyetleri bilgilerin anlık olarak iletimini sağlamak ile sınırlı olan ve ilettikleri bilgile-

¹ YASAMAN Hamdi / AYOĞLU Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya / MEMİŞ KARTAL Pınar / YÜKSEL Sinan / YASAMAN Zeynep, **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi**, C. II, Seçkin, Ankara, 2021, s. 1588 vd.

² SOYSAL Tamer, "İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları", **TBB Dergisi**, S. 61, 2005, s. 318.

rin içeriğini kontrol etme olanakları bulunmayan erişim sağlayıcıların aksine yer sağlayıcılar devamlılık arz eden bir veri/bilgi depolama hizmeti sunmaktadır. Böylelikle, yer sağlayıcının sunucusunda bulunan veri ve bilgiler internet kullanıcıları için erişilebilir kılınmaktadır.³ Yer sağlama hizmeti internet sitesinin içeriğinin yer sağlayıcılığı şeklinde iken, günümüzde Facebook, Twitter, Google, YouTube gibi mecralar⁴ da kullanıcıları tarafından oluşturulmuş içerikleri barındırmakta olduğundan yer sağlayıcı olarak kabul edilmektedir.⁵ Prensip olarak, yer sağlayıcıların barındırdıkları 3. kişi içerikleri bakımından bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Nitekim 5651 sayılı Kanunda da yer sağlayıcının, yer sağladığı içeriği kontrol etme veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığı düzenlenmiştir (m.5/1). Yer sağlayıcılarının yükümlülüğü ihlalden haberdar edilince ihlal teşkil eden içeriği yayından kaldırma yükümlülüğüdür (m.5/2), ancak aksi halde sorumlulukları doğmaktadır.

Bu bağlamda, yer sağlayıcılar internet üzerinde yer alan işareti “kullanan” değil, kullanıma “ortam sağlayan”dır. Bu hizmetler için bir ücret alıyor olmaları veya faaliyetlerinin ticari bir faaliyet kapsamında olması ihlale konu işareti kendilerinin kullandığını göstermemektedir.⁶ Nitekim bu yer sağlayıcıların, prensip olarak, bünyelerinde barındırdıkları 3. kişi içerikleri bakımından herhangi bir rolleri bulunmamaktadır. Nitekim yer sağlayıcıların bilgi ve verileri barındırmak ve bu suretle internet üzerinde erişilebilir kılmak gibi teknik özelliklerine ek olarak, bu bilgi ve veriler ile ilgili olarak pasif bir rol oynamaları gerekmektedir.⁷ Dolayısı ile salt teknik, otomatik ve pasif bir rolleri söz konusu olduğundan içerikler hakkında bilgisi veya herhangi bir kontrolleri bulun-

³ FERAL-SCHUHL Christiane, *Cyberdroit, le Droit à l’Epreuve de l’Internet*, 7e Edition, Dalloz, Paris, 2018, s. 1313.

⁴ Yer sağlayıcıların sınıflandırılması ve bu sınıflandırmada sınırların belirlenmesindeki zorluklar hakkında detaylı bilgi için bkz. YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya, *Dijital Piyasalarda Yer Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu - Marka, Telif Hakkı ve Haksız Rekabet Kapsamında*, Oniki Levha, İstanbul, 2022, s. 50-59.

⁵ MARTINET FARANO Béatrice, “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, TTLF Working Papers, No. 14, 2012, s. 67-68. ABAD, 23 Mart 2010 tarihli Google France kararında yer sağlayıcıların sorumluluğuna dair düzenlemelerin bu operatörler bakımından da uygulanabilmesi için gerekli şartları belirtmiştir. Bkz. CASTETS-RENARD Céline, “Le Renouveau de la Responsabilité Délictuelle des Intermédiaires de l’Internet”, *Recueil Dalloz*, No. 13, 2012, s. 827.

⁶ ABAD, Joined Cases C-236/08 to C-238/08, Google France, 23.03.2010, par. 57.

⁷ CASTETS-RENARD Céline, *Droit de l’Internet: Droit Français et Européen*, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2012, s. 306-307.

mamaktadır.⁸ Bu nedenle de “güvenli liman”⁹ olarak adlandırılan sorumluluk rejimine tabilerdir ve ortam sağladıkları içerik bakımından bir ihlal söz konusu olduğunda, tecavüzün tespiti, durdurulması, önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılması talepleri ile karşı karşıya kalırlar.¹⁰

Hal böyle olmakla birlikte, bazı hallerde yer sağlayıcılarının ihlale konu işaretleri “kullanan” olarak “kabul edildiği” durumlar da söz konusu olabilmektedir. Keza her ne kadar bu hizmet sağlayıcıları “yer sağlayıcı” olarak kabul edildiğinden ihlale konu kullanımı gerçekleştiren olarak kabul edilmese ve sorumlulukları Marka Hukuku kapsamında değerlendirilmese de bazı hallerde ihlale konu işareti “kullanan” olarak kabul edilmeleri ve sorumluluklarının bu kapsamda kalması söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda işbu çalışmada internet üzerinde gerçekleşen kullanımlarda ihlale konu işareti Marka Hukuku kapsamında “kullanan” olarak kabul “edilmeyenler” (I) ile “kullanan” olarak kabul “edilenler” (II) incelenecektir.

I. İNTERNET ÜZERİNDE GERÇEKLEŞEN KULLANIMLARDA İŞARETİ “KULLANAN” OLARAK KABUL EDİLMİYENLER

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihatlarına göre, bir kişinin markayı “kullanan” olarak kabul edilmesi, yani söz konusu ihlal teşkil eden kullanımdan sorumlu olduğunun kabul edilmesi için, kullanım teşkil eden fiil üzerinde *aktif bir davranışının ve doğrudan veya dolaylı kontrolünün* olması gerekmektedir. Zira, sadece kullanım teşkil eden fiil üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak kontrolü bulunan bu kişi söz konusu kullanımı sonlandırabilme imkanına sahiptir.¹¹

Bunun yanında, marka sahibinin markası ile aynı veya benzer bir işaretin üçüncü kişi tarafından SMK m.9/2 anlamında kullanımı, en azından bu üçüncü kişinin işareti *kendi ticari iletişimi için* kullanmasını gerektirmektedir. Bir başka ifade ile, her ne kadar internet yer sağlayıcıları olan online pazar yerleri ortam sağladıkları ve barındırdıkları içerikler bakımından verdikleri hizmetler ekonomik bir kazanç sağlanmasına yönelik olup bu hizmet sağlayıcılarının ticaret alanındaki faaliyetleri teşkil etmekte ise de, ihlale konu işareti kullanan olarak kabul edilebilmeleri için söz konusu işareti ken-

⁸ ABAD, Joined Cases C-236/08 to C-238/08, Google France, 23.03.2010, par. 113-114.

⁹ “Güvenli liman” hakkında detaylı bilgi için bkz. YUSUFOĞLU BİLGİN, s. 84 vd.

¹⁰ Yarg. 11. HD. 2019/618 E. 2019/8167 K. 16.12.2019 T.

¹¹ ABAD, C-179/15, Daimler AG v. Együd Garage, 03.03.2016, par. 41.

di ticari iletişimlerinde kullanmaları gerekmektedir.¹² Bir işaretin işletmenin kendi ticari iletişiminde kullanılması, bu işaretin üçüncü kişilerin gözünde iletişimin ayrılmaz bir parçası olarak ve dolayısı ile teşebbüsün faaliyetinin bir parçası olarak görülmesini gerektirmektedir.¹³

Bu bağlamda yer sağlayıcıların hangi hallerde kullanımına teknik olarak ortam sağladığı işaretleri kendisinin kullanmıyor olduğunun tespiti önem arz etmektedir.

A. Yer Sağlayıcılar: Arama Motorları - Anahtar Kelime Reklamcılığı

Arama motorları kullanıcıların internette aradıklarına en kısa yoldan ulaşmalarını sağlayan sonuç listeleme sayfalarıdır. Bu arama motorlarında, aramayı yapan kullanıcı, arama motorunun kendisine sağladığı arama kısmında kelime veya kelime öbeği ile sisteme sorgu göndermekte, arama motoru da bu sorgu ile ilgili olabilecek sonuçları alaka düzeyine göre filtreleyerek kullanıcının karşısına getirmektedir.¹⁴

Bununla birlikte, arama motorları, arama sonuçlarının üst sıralarında yer almak suretiyle işletmelerin internet sitelerini internet kullanıcılarına daha görünür hale getirebilecekleri online reklamcılık sistemi geliştirmişlerdir. Literatürde genellikle “anahtar kelime reklamcılığı” (*keyword advertising*) olarak adlandırılan bu tür kullanım esasen internet arama motorları/ağları vasıtasıyla yapılan bir reklam türüdür.¹⁵ Örneğin, eski adı ile Google Adwords, yeni adı ile Google Ads’ler, Google’un arama motoru hizmetleri dışında verdiği bir reklam hizmetidir. Bir başka ifade ile Google Ads, reklam verence «anahtar kelime» olarak seçilen kelime veya kelimelerin internet kullanıcısı tarafından aranması sonucu gösterilen reklamlardır.¹⁶

¹² ABAD, Joined Cases C-236/08 to C-238/08, Google France, 23.03.2010, par. 56; Markanın “kendi ticari iletişimi” için kullanılması hakkında bkz. YASAMAN Zeynep, “Online Pazar Yerlerinin İhlale Konu Markayı Kullanmaları - Louboutin v. Amazon Kararı”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yılıhğı**, 2022, s. 655-660.

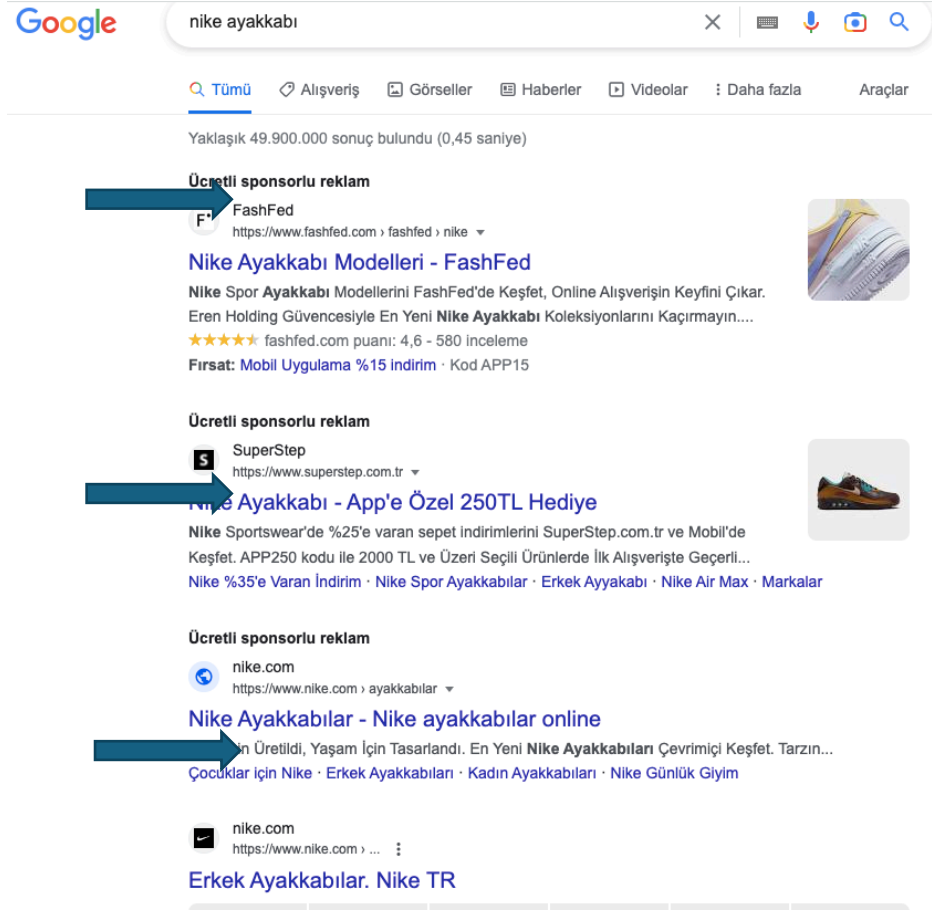
¹³ ABAD, C-324/09, L’Oréal and Others (“eBay”), 12.07.2011, par. 92; C-119/10, Frisdranken Industrie Winters BV v. Red Bull GmbH, 15.12.2011, par. 32.

¹⁴ ALÇELİK Aykut, **Google Adwords, Dikeyksen**, İstanbul, 2016, s. 2.

¹⁵ BOZBEL Savaş, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Oniki Levha, İstanbul, 2015, s. 479; BOZBEL Savaş, “Adwords Reklamlar Karşılaştırmalı Reklam Teşkil Eder mi? Avrupa Adalet Divanı’nın verdiği Kararlar Işığında bir Değerlendirme”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 9, No. 18, 2010/2, s. 106.

¹⁶ Detaylı bilgi için bkz. YASAMAN Zeynep, **Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali**, Oniki Levha, İstanbul, 2020, s. 284 vd.

Örneğin X markalı ayakkabıların üreticisi ve satıcısı olan kişi bu X markası Google’da arandığında internet sitesinin üst sıralarda çıkmasını istiyor ise, Google’dan reklam hizmeti almakta, bunun için “X” kelimesini Google Ads reklamlarda anahtar kelime olarak seçmekte ve bu suretle her “X” markası arandığında ilgili siteye bağlantı reklamının üst sıralarda çıkmasını sağlamaktadır.



Yukarıda yer verildiği üzere “nike ayakkabı” şeklinde bir arama yapıldığında, 3. sırada Nike’ın kendi sitesine bağlantı sağlayan reklamı görülmektedir. Bu şekilde bir bağlantı “ücretli sponsor reklam” başlığı altında yer almaktadır. Bu reklamlar, reklam verence (yani ilgili internet sitesi veya marka sahibince) “anahtar kelime” olarak seçilen kelime veya kelimelerin internet kullanıcısı tarafından aranması sonucu gösterilen reklamlardır. Örnekte de görüldüğü üzere, “nike ayakkabı” şeklinde arama yapıldığında 1 ve

2. sırada Nike dışında başka kişilere ait internet sitelerinin reklam bağlantıları yer almaktadır.¹⁷

Burada bir tarafta **reklam alan** ve reklamı yayınlayan Google yani internet yer sağlayıcısı, bir tarafta da **reklam veren** bulunmaktadır. Bu noktada cevaplanması gereken soru şudur: Bir başkasına ait markanın aynısının veya benzerinin kullanılması suretiyle anahtar kelime kullanımına olanak sağlayan, anahtar kelime reklamcılığı hizmeti veren Google “markayı kullanan” olarak kabul edilebilir mi?

Bu husus ABAD’ın *Google France* kararına konu olmuştur. Karara konu olayda, aralarında ünlü Louis Vuitton marka sahibi de olan kişilerce Fransız mahkemeleri nezdinde Google’a karşı tecavüzün tespiti ve tazminat davası açılmıştır. İlk derece ve istinaf mahkemeleri tarafından Google tecavüzden sorumlu bulunmuş, kararın temyizi üzerine Fransız Temyiz Mahkemesi ABAD’dan ön yorum kararı talep etmiştir. ABAD, her ne kadar Google anahtar kelime reklamcılığı faaliyeti kapsamında ekonomik bir kazanç elde ediyor ve davaya konu kullanımlar ticaret alanında bir kullanım ise de, ihlale konu işaretleri kendi ticari iletişimi için kullanmadığından, söz konusu işareti “kendisinin kullanmadığına”,¹⁸ müşterilerinin kullanımına izin verdiğine, ortam sağladığına karar vermiş ve sadece yer sağlayıcılara özgü sorumluluk rejimine tabi olduğunu belirtmiştir.¹⁹

Türkiye’de de Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin önüne gelen bir olayda, davacı markasının yönlendirici kod olarak izinsiz kullanıldığından bahisle

¹⁷ Bir başkasına ait markanın aynısını veya benzerini anahtar kelime olarak kullanmak suretiyle kendi markasına veya kendi markalı mal veya hizmetlerini barındıran internet sitesine yönlendirme yapmak Türk içtihatlarında “marka hakkına tecavüz” teşkil ettiği kabul edilmekte iken ABAD içtihatları ve buna paralel AB üye ülke içtihatları uyarınca ise bu şekilde bir kullanım otomatik olarak tecavüz teşkil etmemekte, belirli kriterler ışığında yapılan değerlendirmeye göre karar verilmektedir. Bu husus ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. YASAMAN, **Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali**, s. 295 vd.

¹⁸ Diğer taraftan, reklam verenin, bir başkasına ait marka ile aynı veya benzer anahtar kelime seçmesinin amacı ve sonucu bu kişinin satışa sunduğu mal veya hizmetlerin yer aldığı internet sitesine ilişkin reklam bağlantısının görüntülenmesidir. Nitekim anahtar kelime, bu reklamların görüntülenmesini tetikleyen bir araçtır. Bu nedenle reklam veren bu işareti ticari faaliyeti kapsamında ve kendi ticari iletişimi için kullanmaktadır. Dolayısı ile reklam veren, bir başkasına ait marka ile aynı veya benzer işareti kullanan kişidir (ABAD, Joined Cases C-236/08 to C-238/08, Google France, 23.03.2010, par. 51-52).

¹⁹ ABAD, Joined Cases C-236/08 to C-238/08, Google France, 23.03.2010, par. 99. ABAD’ın *Google France* kararından önceki tarihli AB Üye Ülkelerinde verilen aksi yöndeki kararlar için bkz. DREYFUS Nathalie, **Marques et Internet**, Rueil-Malmaison Cedex, Editions Lamy, 2011, s. 307-308.

hem kullanımı gerçekleştiren tarafa hem de bu kullanıma ortam sağlayan Google'a dava açmış olup, ilk derece mahkemesince birleşen dava yönünden davalı Google'ın fiilinin 5651 sayılı yasanın servis sağlayıcılarının sorumsuzluğunu düzenleyen hükümleri kapsamında kaldığı gerekçesiyle davanın husumetten reddine karar verilmiş, karar birleşen dava bakımından temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir.²⁰

Dolayısı ile Google'ın burada Marka Hukuku anlamında bir kullanımı bulunmamakta, sorumluluğu diğer mevzuatlar kapsamında değerlendirilmektedir. Bu mevzuatlar ise karar tarihinde yürürlükte olan AB'de E-Ticaret Yönergesidir. Türkiye'deki karşılığı olarak 5651 sayılı Kanun ile 6563 sayılı Kanunları sayabiliriz. Bu kapsamda ancak ihlalden haberdar olan yer sağlayıcının söz konusu içeriği yayından kaldırması gerekmekte, aksi taktirde sorumluluğu doğmaktadır.

Bu noktada bir hususun üzerinde gerekir; anılan *Google France* kararına konu olayda, Google'un reklam hizmetleri kapsamında reklam içerikleri bakımından bir dahli bulunmamaktadır. Bir başka ifade ile, üçüncü kişi reklam bağlantılarında yer alan başlık, metin gibi hususlarda bu reklam içerikleri reklam verenlerce belirlenmekte, Google'un bu reklamın içeriğinin oluşturulmasında bir dahli bulunmamaktadır. Ancak ileride ortaya çıkacak, örneğin yapay zeka gibi, teknolojiler ile oluşturulan reklam içerikleri bakımından Google'un bir dahlinin olup olmadığı ve dolayısı ile ihlal teşkil eden kullanımları gerçekleştiren olarak kabul edilip edilmeyeceği ileriki yıllarda karşılaşılabileceğimiz sorulardan bir tanesi olarak karşımıza çıkabilecektir. Nitekim şu an beta sürümünde olan Google Ads'lerin yapay zeka ile reklam başlığı veya metni önermesi söz konusu olacaktır.²¹

B. Yer Sağlayıcılar: Online Pazar Yerleri - Malların Sergilenmesi ve Depolanması

Online pazar yerlerinin faaliyetlerinin özü/temeli müşterileri olan 3. kişi satıcıların mallarının sergilenmesi, gösterilmesidir. Bu bağlamda verilen bir hizmet kapsamında, yani müşterilerinin bir başkasına ait marka ile aynı veya benzer işaretleri kendi sitesinde sergilemesine olanak sağlamak şeklinde bir hizmet kapsamında söz konusu işareti kendisi Marka Hukuku anlamında

²⁰ Yarg. 11. HD. 2013/11325 E. 2014/19 K. 06.01.2014 T.

²¹ <https://ads.google.com/home/campaigns/ai-powered-ad-solutions/https://ads.google.com/home/tools/> (erişim tarihi 02.05.2024).

kullanmamaktadır.²² Bu hizmet için belirli bir ücret almaları işareti kullandıkları anlamına gelmemektedir. Burada kullanımı gerçekleştiren kişiler bu online pazar yerinin müşterileri olan 3. kişi satıcılardır.²³ Nitekim, *Google France* kararında da belirtildiği üzere, marka sahibinin markasının aynısının veya benzerinin 3. kişi tarafından kullanımı, bu üçüncü kişinin işareti en azından “kendi ticari iletişimi” için kullanmasını gerektirmektedir.²⁴

Bununla birlikte, bazı online pazar yerleri 3. kişi satıcıların mallarının sergilenmesi dışında bu mallara dair depolama, nakliye, kargolama gibi hizmetler vermektedir. Marka tescilinden doğan hakların kapsamının ve istisnalarının düzenlendiği SMK’nın 7. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendi uyarınca, “işareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla **stoklanması** veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi” işaretin ticaret alanında kullanılması halinde 7. maddenin 2. fıkra hükmü uyarınca marka sahibi tarafından yasaklanabilmektedir. Depolama/stoklama hizmeti verilen bu üçüncü kişi satıcıların mallarının ihlal teşkil eden bir işaret taşıması halinde, depolama hizmeti veren online pazar yeri tarafından ihlal teşkil eden bir eylemin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği sorusu gündeme gelmektedir.

Böyle bir halde pazar yeri operatörünün ihlal teşkil eden bir eylem gerçekleştirmekte olup olmadığı, bu ihlalde “kullanan” olarak kabul edilip edilmediği konusu ABAD’ın Amazon’a karşı açılan *Coty Germany* kararında gündeme gelmiştir.²⁵ İhtilafa konu olay, bir tarafta Coty Germany (Coty) ile diğer tarafta Amazon grup şirketleri (Amazon) arasında olup, üzerinde marka hakkı tükenmemiş parfüm şişelerinin “amazon.de” üzerinde Coty tarafından satış için yetkilendirilmemiş üçüncü kişi tarafından satışı ile ilgili bir davadır. Davacı Coty, parfüm dağıtıcısı olup, parfümler, yağlar, kozmetik ürünlerinde tescilli “Davidoff” AB Markasının lisans sahibidir. Diğer taraftan Amazon, www.amazon.de internet sitesinin “Amazon-Marketplace” bölümünde üçüncü kişi satıcıların mallarını satışa sunmasına olanak sağlamaktadır. Satış halinde, söz konusu mallarla ilgili sözleşme üçüncü kişi satıcılar ile alıcılar arasında akdedilmektedir. Bu üçüncü kişi satıcılar ayrıca

²² ABAD, C-324/09, eBay, 12.07.2011, par. 101.

²³ ABAD, C-324/09, eBay, 12.07.2011, par. 103.

²⁴ ABAD, Joined Cases C-236/08 to C-238/08, Google France, 23.03.2010, par. 56.

²⁵ ABAD, C-567/18, Coty Germany GmbH v. Amazon Services Europe S.a.r.l and others, 02.04.2020.

“*Fulfillment by Amazon*” adlı hizmetten de faydalanabilmektedirler. Bu hizmet kapsamında mallar Amazon grup şirketleri tarafından depolanmakta, gönderimi ise başka hizmet sağlayıcılar tarafından sağlanmaktadır. Bu bağlamda davacı tarafından, Amazon’un söz konusu malları satıcı adına depolamak ve kargolamak suretiyle marka hakkını ihlal ettiğini ileri sürülmüştür. Bu noktada Divan, SMK m.7/3-b’nin karşılığı olan 2017/1001 sayılı Tüzük m.9/3-b anlamında satışa sunma veya piyasaya sürme amacıyla “depolama” olup olmadığını incelemiş ve ön yorum kararı talep eden ulusal mahkemenin belirttiği üzere, Amazon söz konusu malları kendisi satışa sunmaksızın veya piyasaya sürmeksizin sadece depolamakta ve bu malları satışa sunma veya piyasaya sürme amacında değildir. Malların piyasaya sunulması veya sürülmesini amaçlayan üçüncü kişi satıcıdır. Bu bakımdan, davaya konu kullanımın davalı Amazon’un kendi ticari iletişimi için gerçekleştirilmediği tespit edilmiştir.²⁶ Söz konusu davada davalı taraf olan Amazon’un ikmal hizmetlerinin (*fulfillment by Amazon*) depolama hizmeti ile sınırlı olmadığı unutulmamalıdır. Bu bakımdan, anılan karar ile Amazon’un ihlalden haberi olmayan depolama hizmet sağlayıcısı olarak marka hukuku kapsamında sorumlu tutulamayacağı, marka hukuku dışında örneğin E-Ticaret Yönergesi kapsamında sorumluluğunun incelenmesi gerektiği görüşü teyit edilmiştir.²⁷

Bunun yanı sıra, online pazar yerlerinin bir yer sağlayıcı olarak Marka Hukuku kapsamında kapmayıp, yer sağlayıcılara özgü düzenlemeler uyarınca “güvenli liman” kapsamında kalabilmesi için, ABAD içtihatlarında belirtildiği üzere, bu aracı hizmet sağlayıcıların müşterileri tarafından sağlanan verilerin sadece “teknik” ve “otomatik” olarak işlenmesi suretiyle tarafsız bir şekilde hizmet sunması gerekmektedir. Hizmet sağlayıcının bu veriler hakkında bilgi sahibi olmasına veya bunlar üzerinde bir kontrolünün olmasına neden olacak şekilde aktif bir rolünün olması halinde yer sağlayıcılara özgü sorumluluk rejiminden faydalanamayacaktır.²⁸

Bu noktada belirtmek gerekir ki, marka hakkına tecavüz eylemi esasen bir haksız fiil teşkil etmekte olup haksız fiilden dolayı tazminata hükmedilmesi mütecevizin kusurlu davranması şartına bağlıdır. Buna karşın, tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için kusu-

²⁶ ABAD, C-567/18, Coty Germany, 02.04.2020, par. 34-47.

²⁷ GOMMERS Carina / De PAUW Eva, “Online Marketplace Operators Saved from Liability for Trademark Infringement?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 15, No. 5, 2020, s. 315-316.

²⁸ ABAD, C-324/09, eBay, 12.07.2011, par. 113.

run varlığı şart değildir.²⁹ Bu bakımdan, 5651 sayılı Kanun kapsamında yer sağlayıcılara özgü sorumsuzluk koşullarının oluşması halinde, internet hizmet sağlayıcısı tazminat bakımından sorumlu tutulamayacak ve hak sahibi de üçüncü kişilerce hakkının ihlal edilmesi için bu hizmet sağlayıcısının hizmetlerinin kullanıldığı gerekçesiyle, hizmet sağlayıcıdan tazminat talebinde bulunamayacaktır. Ancak, internet hizmet sağlayıcısından, ihlalin sonlandırılması veya önlenmesi talep edilebilecektir.³⁰ Bu hususta İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin 29.04.2024 tarihli bir kararına konu olayda, davacı marka ve tasarım hakkının ihlal edildiğinden bahisle yer sağlayıcı konumunda olan davalıya açtığı davada ilk derece mahkemesince *“davalı ... Tic A.Ş. yer sağlayıcı sıfatı ile sorumluluktan muaf olamayacağı, online pazar yeri sağlayıcısı olarak ihlalden (tecavüz fiilinden) sorumlu olacağı, bu sorumluluğun tecavüz ve haksız rekabetin tespiti, men ve ref'i kapsamında kaldığı, Kanun'un söz konusu eylemler yönünden kusur şartını da aramadığı, bu itibarla söz konusu davalının hem tasarım tecavüzü hem de marka tecavüzü yönünden açılan davanın kabulüne”* dair verilen karar, İstinaf Mahkemesince isabetli bulunarak *“5651 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle yer sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların, tazminat sorumluluğu açısından, yayınlanan içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak marka hakkı sahibi, devam etmekte olan tecavüz ve haksız rekabet eylemleri yönünden, bu eylemlerin tespiti, tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılması davalarını herkese karşı yöneltebilecektir. Buna göre davalı ... Tic A.Ş.'nin yer sağlayıcı sıfatı ile sorumluluktan muaf olamayacağı, online pazar yeri sağlayıcısı olarak tecavüz fiilinden sorumlu olacağı, bu sorumluluğun tecavüz ve haksız rekabetin tespiti, men ve ref'i kapsamında kaldığı, Kanun'un söz konusu eylemler yönünden kusur şartını da aramadığı”* belirtilmek suretiyle istinaf talebinin reddine karar verilmiştir.³¹

²⁹ Yarg. HGK 2013/11-1138 E. 2014/16 K. 15.01.2014 T.

³⁰ ABAD, C-484/14, Mc Fadden, 15.09.2016, par. 74-77.

³¹ İst. BAM 16. HD. 2022/1127 E. 2024/756 T. 29.04.2024 T.; aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD. 2019/618 E. 2019/8167 K. 16.12.2019 T.

II. İNTERNET ÜZERİNDE GERÇEKLEŞEN KULLANIMLARDA İŞARETİ “KULLANAN” OLARAK KABUL EDİLENLER

İnternet üzerindeki içerikler bakımından bir tarafta bu içeriği üreten ve internet ortamına koyan “içerik sağlayıcılar”, bir diğer tarafta bu içerik sağlayıcılara gerekli teknik ortamı sağlayan internet hizmet sağlayıcıları bulunmaktadır. Prensip olarak, ihlale konu işareti “kullanıcı” taraf “içerik sağlayıcı” olup, yer sağlayıcıların “pasif” rollerinin olmadığı bazı hallerde her ne kadar “yer sağlayıcı” adı altında faaliyet göstermekte iseler de bazı faaliyetleri kapsamında ihlale konu işareti “bizzat kullanıcı” olarak kabul edilebilmekte ve tecavüz davalarında tecavüzün men’i, refi ve önlenmesi taleplerine ek olarak tazminat talepleri ile de karşı karşıya kalabilmeleri söz konusu olmaktadır.

A. İçerik Sağlayıcılar

İçerik sağlayıcılar, isminden de anlaşıldığı üzere, internet üzerinden erişilen içerikleri sağlayanlardır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun’da (2. maddesinin 1. bendinin (f) fıkrasında) içerik sağlayıcı “*İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısı ile, içerik sağlayıcısı yer ve servis sağlayıcıdan temin ettiği sayısal ortama, içeriği yükleyen (uploading) kişilerdir.³²

İçerik sağlayıcılar, internet ortamında kullanıma sundukları her türlü içerikten sorumludur (m.4/1). Nitekim örneğin, bir başkasına ait markayı ihlal eden bir işareti taşıyan bir malın satışı için bunu internet üzerine koyan kişi içerik sahibi olup, kullanımı gerçekleştiren kişidir.

Diğer taraftan, içerik sağlayıcıları kural olarak bağlantı sağladıkları başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumlu tutulmaktadır (m.4/2).

Buna göre, 5651 sayılı Kanunun 2/1-f ile 4. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, ürettiği, değiştirdiği ve sağladığı her türlü bilgi ve/veya veriyi, yani bizzat kendisine ait ya da sahiplendiği içeriği internet ortamında kulla-

³² İst. BAM 16 HD. 2020/803 E. 2022/66 K. 29.04.2024 T.

nıma sunan ve bunun için tamamen ya da kısmen sorumlu olan herhangi bir gerçek ya da tüzel kişi, içerik sağlayıcı olarak adlandırılmaktadır.³³ Dolayısı ile, internet ortamında yer alan bilgi ve verilerin neler olması gerektiğini belirleyici iradeye sahip olan ve belirlenen bu içerikten dolayı sorumlu tutulabilen kişiler içerik sağlayıcı olarak tanımlanmaktadır. Keza, Kanun maddesine göre, bizzat kendisi tarafından hazırlanmış ya da üretilmiş olmasa dahi “bilgi sağlama” suretiyle başka bir içerik sağlayıcının ürettiği içeriğe bağlantı veren veya çerçeveleme işlemi ile bağlantı sağlayan kişi de içerik sağlayıcı sayılmaktadır.³⁴

Örneğin İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi’nin 02.03.2023 tarihli kararına konu olayda, hakkının ihlal edildiğini ileri süren davacı hem içerik sağlayıcısına hem de üçüncü kişi içeriğine bağlantı sağlayan internet hizmet sağlayıcısına dava açmış olup, “www...com” adresi altında tesettür ürünlerini elektronik ortamda mesafeli şekilde pazarlayan davacı şirket, davalılardan “...com” üzerinde davacı ürünlere ilişkin çekilmiş fotoğrafların kopyalanarak, izinsiz ürün satış ve tanıtımının yapıldığını iddia etmiştir. Davalılardan biri “...com” alan adını haiz internet sitesinin işleteni olduğunu, internetten ürün satışı yapmak isteyen satıcılarla üyelik sözleşmesi akdederek onlara platformda yer verdiğini ve açık pazar modeli üye modeli ile çalışmakta olduğunu, stok tutmadığını, ürün satmadığını, satış sözleşmelerine taraf olmadığını, yer sağlayıcı olduğunu belirtmiş; diğer davalı da kötü niyetli olmaksızın davaya konu fotoğrafları internette dolaşan anonim, kamuya mal olmuş diğer pek çok fotoğraf gibi olduğu düşüncesiyle internet üzerinden kopyalayarak kendi sanal mağazasında kullandığını belirtmiştir. İstinaf Mahkemesi tarafından da isabetli bulunan ilk derece mahkemesince “5651 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile 6563 sayılı Kanun’un 2/d maddesi uyarınca, başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan aracı yer/hizmet sağlayıcı olduğu, 5651 sayılı Kanun’un 4/2. maddesinde yer alan; “içerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir.” şeklindeki, 6563 sayılı Kanun’un 9/1. maddesinde yer alan; “diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı hususlardan sorumlu değildir.” şeklindeki

³³ GEZDER Ümit, *İçerik Sağlayıcısının ve Yer Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti*, Beta, İstanbul, 2017, s. 29.

³⁴ DEMİRTAŞ Harun, *Hizmet Sağlayıcıları ve Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Yükümlülükleri*, Seçkin, Ankara, 2015, s. 117.

ve TTK'nın 58/4. maddesinde yer alan; “haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, bu maddenin birinci fıkrasındaki davalar hizmet sağlayıcısı aleyhine açılmaz; tedbir kararı verilemez.” şeklindeki yasal düzenlemeler uyarınca, davaya konu internet sitesinin işleticisi konumunda olan davalı hakkında haksız rekabet eyleminin neticesinden sorumlu olmadığına; diğer taraftan ihlale konu içerikleri söz konusu internet sitesine koyan diğer davalı hakkında haksız rekabet eyleminin gerçekleştiğine karar verilmiştir.³⁵

Bazı hallerde yer sağlayıcılar, yer sağlayıcı niteliklerinin yanı sıra içerik sağlayıcı olarak da kabul edilmektedir. Örneğin, üyelerine haber paylaşımı, blog, yorum ve tartışma yapabilecekleri ortam sağlayan bir sosyal network (ağ) servisi prensip olarak yer sağlayıcı olup, bu ortamdaki kullanımları kendisinin gerçekleştirdiği kabul edilmez iken, söz konusu içeriklere yer sağlayıcının bir müdahalesi, aktif bir davranışı söz konusu olur ise, aynı zamanda içerik sahibi olarak ihlale konu kullanımları gerçekleştirdiği kabul edilmektedir. Örneğin, Onedio adlı sosyal içerik platformuna karşı açılan bir davada, söz konusu davalının, davalı şirkete bağlı editörler aracılığıyla içerik üretmesi ya da içerikleri değiştirmesi sebebiyle içerik ve aynı zamanda yer sağlayıcı olduğu kabul edilerek aleyhinde maddi tazminata hükmedilmiştir.³⁶

B. Yer Sağlayıcılar: Online Pazar Yerleri - Anahtar Kelime Kullanımı

Online pazar yeri operatörleri 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da “Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı”lar olarak adlandırılmış ve “*elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcılarının mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkan sağlayan aracı hizmet sağlayıcıları*” olarak tanımlanmıştır.

Bu hizmet sağlayıcıları birer internet yer sağlayıcısı olup, prensip olarak barındırdıkları hukuka aykırı içerikten sorumlu değildir. Keza ihlale konu işaretleri kullanan konumunda değildir.

Ancak, bu hizmet sağlayıcılar bazı faaliyetleri kapsamında yer sağlayıcılık faaliyetleri kapsamı dışına çıkarak ihlale konu markayı “kullanan” ola-

³⁵ İstanbul BAM, 13. HD., 2021/153 E. 2023/353 K. 02.03.2023 T.

³⁶ Yarg. 11. HD. 2022/2165 E. 2023/6582 K. 08.11.2023 T.

rak kabul edilmeleri söz konusu olabilmektedir. Nitekim, bir yer sağlayıcı olan ve dolayısı ile faaliyeti sadece 3. kişi içeriklerini pasif ve otomatik bir şekilde barındırmak olan bir online pazar yerinin Google Ads’lerde reklam vermesi halinde, her ne kadar bu pazar yeri yer sağlayıcı olarak adlandırılrsa da, yer sağlayıcılara özgü “güvenli liman”dan faydalanamamaktadır. Keza bu durumda ihlale konu işareti kullanan olarak kabul edilmektedir.

Örneğin ABAD’ın bir ön yorum kararına da konu olan olayda,³⁷ eBay pazar yerinde 3. kişi satıcılarca satışa sunulan L’Oréal firmasına ait markalar Google reklamlarda anahtar kelime olarak kullanılarak reklam verilmiştir. L’Oréal’in markalarından biri olan “Shu Uemura” ibaresi Google arama motorunda arandığında şu reklam bağlantısı sponsor bağlantılar altında çıkmaktadır: “*Shu Uemura Great deals on Shu uemura Shop on eBay and Save! www.ebay.co.uk*”. Bu bağlantıya tıklanarak eBay’in sitesine girildiğinde “shu uemura için 96 ürün bulundu” ibaresi ekranda belirmektedir. Yine L’Oréal’in markalarından biri olan “Matrix” markası ile ilgili “matrix hair” ibaresi Google arama motorunda arandığında, şu reklam bağlantısı sponsor bağlantılar altında çıkmaktadır: “*Matrix hair Fantastic low prices here Feed your passion on eBay.co.uk! www.ebay.co.uk*”. Bu şekilde bir reklam ile eBay, sadece online pazar yerinde satışa sunulan malların değil, aynı zamanda bu online pazar yerinin de reklamını yapmaktadır. Bu bakımdan eBay’in kendi sitesinde 3. kişi satıcılar tarafından satışa sunulan malların üzerinde yer alan markalar ile aynı veya benzer ibareleri Google reklamlarında anahtar kelime olarak seçip kullanması, eBay’in bir yer sağlayıcı olarak değil, içerik sağlayan “reklam veren” olarak nitelendirilmesine neden olmuş ve bu şekilde eBay’in reklam veren olarak davacı L’Oréal’in markalarını “kullandığı” tespit edilmiştir.³⁸

Bu noktada online pazar yeri operatörlerinin arama motorlarında reklam yapmaları ile ilgili 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile getirilen bir yenilikten bahsetmek gerekmektedir. Buna göre EK Madde 2/1-c uyarınca, “*Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, elektronik*

³⁷ ABAD, C-324/09, L’Oréal v. eBay, 12.07.2011.

³⁸ ABAD, C-324/09, eBay, 12.07.2011, par. 84-85. Anılan tespitten sonra Divan tarafından, marka sahibi davacı L’Oréal’in bu kullanımı engelleyebilmesi için gerçekleşmesi gereken şartların oluşup oluşmadığının, yani marka hakkına ihlalin söz konusu olup olmadığının incelenmesine geçilmiştir. Bunlar söz konusu kullanımın marka sahibinin tescilli markaları ile aynı veya benzer mal veya hizmetlere dair olup olmadığı, söz konusu kullanımın davacı markalarının fonksiyonlarına zarar verip vermediği veya verme tehlikesinin olup olmadığı gibi şartlardır.

ticaret hizmet sağlayıcının yazılı şekilde ya da elektronik ortamda önceden olumlu irade beyanını almadan bunların ETBİS'e kayıtlı alan adlarının ana unsurunu oluşturan tescilli markalarını kullanarak çevrim içi arama motorlarında pazarlama ve tanıtım faaliyetinde bulunamaz". Hükmün gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: «(...) Halihazırda bazı elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarının, herkesçe bilinen bazı markaları marka sahibinin bilgisi ya da onayı olmadan çevrim içi arama motorlarında kullanarak bu platformlarda kendini öne çıkardığı tespit edilmektedir. Bu düzenlemeyle elektronik ticaret pazar yerine olan trafiğin diğer işletmelerin aleyhine olacak şekilde artmasının engellenmesi amaçlanmaktadır". Bu şekilde, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, yani online pazar yeri operatörünün, işletmekte olduğu pazar yerinde bulunan müşterileri olan 3. kişi satıcıların markalarını Google Ads gibi arama motoru reklamcılığında kullanması yasaklanmıştır.

C. Yer Sağlayıcılar: Online Pazar Yerleri - Site İçi Reklamlar

Online pazar yerlerinin bir başkasına ait markayı anahtar kelime olarak kullanarak söz konusu işareti "kullanan" olarak kabul edilmelerinin yanı sıra, bu yer sağlayıcı online pazar yeri operatörleri tarafından site içinde yapılan reklamlar suretiyle de bu operatörlerin ihlale konu markayı "kullan" olarak kabul edilmeleri söz konusu olabilmektedir.

Örneğin yine ABAD'ın önüne gelen bir olayda,³⁹ kırmızı tabanlı kadın topuklu ayakkabıları ile ünlü olan Louboutin, Amazona karşı açtığı markaya tecavüz ve tazminat davasında, Amazon'un sitesinde yayınladığı reklamların Louboutin'in markasını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Davaya konu olayın bir özelliği, Amazon, eBay gibi sadece 3. kişi satıcılara platform sağlamanın ötesinde, internet sitelerinde hem doğrudan kendi adına mal satışında bulunmakta, hem de üçüncü kişi satıcılar için satış platformu sağlamaktadır. Bu şekildeki bir sistemde, aynı kategori mallar için hem Amazon'un hem de Amazon'daki üçüncü kişi satıcıların reklamları birlikte gruplandırılmaktadır.

İhtilafa konu olayda Amazon'un ihlale konu kullanımı şu şekildedir: sitesinde malları yeknesak bir şekilde sunmakta, öyle ki kendi reklamları ile üçüncü kişi reklamlarını aynı zamanda göstermekte ve tüm bu reklamlarda kendi logosunu kullanmakta ve ayrıca 3. kişi satıcıların mallarının tanıtımı ile ilgili reklamlarının gösteriminde destek sağlamakta, bu malların depolanması ve nakliyesi ile ilgili destek sağlama gibi ek hizmetler sunmaktadır.

³⁹ ABAD, Joined Cases C-148/21 and C-184/21, Christian Louboutin v. Amazon, 22.12.2022.

Louboutin, Amazon'un salt bir yer sağlayıcı olarak nitelendirilemeyeceğini ve söz konusu kullanımların Amazon'a isnat edilebilir olduğunu ileri sürmüştür; keza Amazon, davaya konu işaretin kullanımında aktif bir rol oynamış ve ihlal teşkil eden malların reklamları Amazon'un kendi ticari iletişiminin bir parçası olmuştur.

Bu bağlamda Adalet Divanı, ilk olarak bu şekildeki kullanımların Amazon'un kendi ticari iletişimi kapsamında olup olmadığını belirlemiştir. Bunun için bu yeknesak reklamların Amazon'ın ticari iletişiminin ayrılmaz bir parçası olarak ve dolayısı ile Amazon'un faaliyetinin bir parçası olarak görülüp görülmediğine bakmıştır. Bunu yaparken Divan şu soruların cevabını aramıştır: Söz konusu reklam, site operatörü tarafından sunulan hizmetler ile söz konusu işaret arasında bir bağlantı yaratıyor mu? Yani, iyi bilgili ve makul seviyede dikkatli kullanıcının, site operatörünün dava konusu işareti taşıyan malları kendi adına ve hesabına sattığını düşünme ihtimali var mıdır?

Divan anılan soruların cevabını bulmak için, Amazon'un internet sitelerindeki reklamların sunum yöntemi ile site operatörünün sunduğu hizmetlerin niteliği ve kapsamını incelemiştir. Bu şekilde yapılan inceleme sonucunda, Amazon'un kendi ad ve hesabına sattığı ürünlere dair reklamlar ile üçüncü kişi satıcıların satışa sunduğu mallara ilişkin reklamların gösterilmesinde yeknesak bir yöntem kullanması, bütün bu reklamlara kendi logosunu koyması, üçüncü kişi satıcıların mallarına ilişkin kullanıcıların soruları ile ilgilenmesi veya bu malları depolaması, nakliyesi/kargosu ve geri dönen malların yönetimi gibi ek hizmetler sağlaması halinde iyi bilgilendirilmiş ve ortalama seviyedeki tüketiciye aynı malların bu operatör tarafından kendi ad ve namına satıldığına dair izlenim verme ihtimali bulunduğu tespit edilerek, bu kullanıcıların gözünde operatörün hizmetleri ile malların üzerindeki işaretler ve üçüncü kişi satıcıların reklamlarındaki işaretler arasında bir bağlantı yaratma ihtimali bulunduğu sonucuna varılmıştır. Bu şekilde kullanım halinde, ihlale konu işareti Amazon'un kendisinin «kullandığı» kabul edilmekte ve yer sağlayıcılara özgü “güvenli liman” istisnasından faydalanamamaktadır ve böylelikle söz konusu kullanımdan özellikle tazminat talepleri bakımından sorumlu kılınmaktadır.⁴⁰

⁴⁰ Detaylı bilgi için bkz. YASAMAN Zeynep, “Online Pazar Yerlerinin İhlale Konu Markayı Kullanmaları - Louboutin v. Amazon Kararı”, s. 661-670.

Bu noktada yine 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile getirilen bir yenilikten bahsetmek fayda bulunmaktadır. Buna göre, EK Madde 2/1-a uyarınca, **“Aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret pazar yerlerinde kendisinin veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişilerin markasını taşıyan ya da marka kullanım hakkını haiz olduğu malları satışa sunamaz veya bu malların satışına aracılık edemez. Bu malların, farklı elektronik ticaret ortamında satışa sunulması hâlinde bu ortamlar arasında erişim imkânı sunamaz ve birbirinin tanıtımını yapamaz. Bu hüküm, toplam satış hasılatının yarısından fazlasını elektronik ticaret dışındaki satışlardan elde eden kişilerin markasını taşıyan veya marka kullanım hakkını haiz olduğu mallar hakkında uygulanmaz.”** Dolayısı ile, online pazar yeri operatörlerinin bundan böyle kendi markalı mallarını aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret pazar yerlerinde satışa sunması yasaklanmıştır. Hükümün gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: «(...) Bazı elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarının, diğer işletmelerin tedarikçileriyle çalışarak onların markalarına benzer ürünler ürettirdiği ve finansal gücünü kullanarak bu işletmeleri geri plana ittiği gözlenmektedir. Ayrıca, aracı hizmet sağlayıcılar aracılık hizmeti sunduğu işletmelerin satışlarından elde ettiği verileri kullanarak kendi mallarını ön plana çıkarmakta ve bu malların satışının diğer işletmelerin aleyhine olacak şekilde artmasına neden olmaktadır. Bu hükümle, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların satışlarından elde ettiği veriyi, yine bu elektronik ticaret hizmet sağlayıcılarla rekabet ederken kendine avantaj sağlayacak şekilde kullanmasının da önüne geçilmesi hedeflenmektedir.»

SONUÇ

İnternet üzerinde ihlal teşkil eden kullanımları barındıran, bu kullanımlara aracılık eden yer sağlayıcıları prensip olarak söz konusu kullanımları bizzat gerçekleştiren olan kabul edilmemektedir. Bu durumlar örneğin Google’un reklam hizmetlerindeki durumu, online pazar yerlerinin 3. kişi mallarının sergilenmesi veya (ihlalden haberdar olmaksızın ve malları piyasaya sürme amacı içinde olmaksızın) depolanması halleridir. Bu ve bu gibi hallerde yer sağlayıcıların sorumlulukları Marka Hukuku kapsamında değil, 5651 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmektedir. Diğer taraftan örneğin online pazar yerlerinin Google’da reklam vermesi veya site içi reklamlar ve ek hizmetler vermek suretiyle ihlal teşkil eden kullanım üzerinde aktif bir rolleri olduğu sonucunu doğurduğundan ihlale konu işareti “kullanan” ola-

rak kabul edilmeleri ve bu suretle yer sağlayıcılar özgü “güvenli liman” kapsamında kalmayarak Marka Hukuku kapsamında tecavüzün tespiti, men’i ve ref’i taleplerinin yanı sıra tazminat talepleri ile karşı karşıya kalmaları söz konusu olmaktadır. Nitekim bu gibi durumlarda, teknik olarak yer sağlayıcı olarak anılsalar da, yer sağlayıcıları ihlale konu işaret üzerinde aktif bir davranışları söz konusu olmakta ve işareti kendi ticari iletişimleri için kullanmaktadırlar. Bu bağlamda, hali hazırda mevcut bulunan ve ileride ortaya çıkacak yeni yer sağlayıcılar bakımından ihlale konu işaretin bu yer sağlayıcılar tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği noktasında otomatik olarak “güvenli liman” sonucuna varılmaması, verilen hizmetlerin niteliği bakımından detaylı bir inceleme yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ALÇELİK Aykut, **Google Adwords, Dikeyksen**, İstanbul, 2016.
- BOZBEL Savaş, “Adwords Reklamlar Karşılaştırmalı Reklam Teşkil Eder mi? Avrupa Adalet Divanının verdiği Kararlar Işığında bir Değerlendirme”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 9, No. 18, 2010/2, s. 97-113.
- BOZBEL Savaş, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Oniki Levha, İstanbul, 2015.
- CASTETS-RENARD Céline, “Le Renouveau de la Responsabilité Délictuelle des Intermédiaires de l’Internet”, **Recueil Dalloz**, No. 13, 2012, s. 827-833.
- CASTETS-RENARD Céline, **Droit de l’Internet: Droit Français et Européen**, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2012.
- DEMİRTAŞ Harun, **Hizmet Sağlayıcıları ve Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Yükümlülükleri**, Seçkin, Ankara, 2015.
- DREYFUS Nathalie, **Marques et Internet**, Rueil-Malmaison Cedex, Editions Lamy, 2011.
- FERAL-SCHUHL Christiane, **Cyberdroit, le Droit à l’Epreuve de l’Internet**, 7e Edition, Dalloz, Paris, 2018.
- GEZDER Ümit, **İçerik Sağlayıcısının ve Yer Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti**, Beta, İstanbul, 2017.
- GOMMERS Carina / De PAUW Eva, “Online Marketplace Operators Saved from Liability for Trademark Infringement?”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 15, No. 5, 2020.
- MARTINET FARANO Béatrice, “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, TTLF Working Papers, No. 14, 2012, https://www.academia.edu/1971642/Internet_Intermediaries_liability_for_copyright_and_trademark_infringement_reconciling_the_U.S._and_EU_approaches (Erişim Tarihi: 23.07.2024).
- SOYSAL, Tamer, “İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları”, **TBB Dergisi**, S. 61, 2005, s. 304-339.
- YASAMAN Hamdi / AYOĞLU Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya / MEMİŞ KARTAL, Pınar / YÜKSEL, Sinan / YASAMAN, Zeynep, **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi**, C. II, Seçkin, Ankara, 2021.
- YASAMAN Zeynep, “Online Pazar Yerlerinin İhlale Konu Markayı Kullanmaları - Louboutin v. Amazon Kararı”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı**, 2022, s. 645-672.
- YASAMAN Zeynep, **Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali**, Oniki Levha, İstanbul, 2020.
- YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya, **Dijital Piyasalarda Yer Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu - Marka, Telif Hakkı ve Haksız Rekabet Kapsamında**, Oniki Levha, İstanbul, 2022.

HÜKÜMSÜZLÜK DAVALARINDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI^(*)

Prof. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN^(**)

Öz: Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, Türk hukukunda ilk kez Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) md.25/6 ile düzenleme altına alınmıştır. Bu hükme göre, “sessiz kalma yoluyla hak kaybının” söz konusu olması için, önceki marka sahibinin sonraki tescilli kullanıma karşı 5 yıl boyunca sessiz kalması aranırken, SMK ile düzenlenmeyen tecavüz davalarında belirli bir süre bulunmamaktadır. SMK md 25/6 hükmü ile hükümsüzlük davası için sessiz kalma yoluyla hak kaybının düzenlenmesi, artık SMK öncesi dönemde olduğu gibi “dürüstlük kuralına aykırılık” kapsamında bir inceleme yapmaya gerek olmadığını ve SMK’da belirtilen şartların gerçekleşmesiyle beraber, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleştiğini göstermektedir. Oysa tecavüz açısından bir düzenlemenin bulunmaması, “dürüstlük kuralına aykırılık” kapsamında bir inceleme yapılmayacağı anlamına gelmez. Tecavüz davaları bakımından da sessiz kalma yoluyla hak kaybı söz konusu olacaktır ve burada MK md.2 kapsamında bir inceleme yapılacaktır. Kötüniyetli tescile karşı hükümsüzlük davasının hiçbir sınırlandırmaya tabi tutulmaksızın açılacağını belirtmemektedir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybının Kanuna girmesi, MK m.2’nin genel uygulama alanını bertaraf edemez. Bundan dolayı, sonraki tescilli marka kötüniyetli bir şekilde tescil edilmiş olsa da önceki marka sahibi çok uzun süre sessiz kalarak sonraki kötüniyetli tescile göz yummuşsa, artık hükümsüzlük davası açma hakkının MK m.2’ye göre sona erdiğinin kabulü gerekir.

Anahtar Kelimeler: Hükümsüzlük Davasında Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybının Şartları, Tecavüz Davasında Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, Def’i, Kötüniyetli Tescil Halinde Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 05.05.2024 - Makale Kabul Tarihi: 10.07.2024.

İlgili eser Türkçe olarak Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cumhuriyetin 100. Yılı Etkinlikleri kapsamında, 28.04.2024 tarihinde Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı tarafından düzenlenen “Cumhuriyet’in 100. Yılında Marka Hukuku Sempozyumu” başlıklı sempozyumda sunulmuştur.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye, E-posta: fyusufoglu@gsu.edu.tr, Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3711-8769>.

LOSS OF RIGHT DUE TO ACQUIESCENCE IN TRADEMARK INVALIDATION PROCEEDINGS

Abstract: Loss of rights due to acquiescence is regulated for the first time in Turkish law under Article 25/6 of the Industrial Property Law (IPL). According to this provision, in order for the “loss of right due to acquiescence” to be in question, the prior trade mark owner must remain silent for 5 years against the subsequent registered use, while there is no specific period of time in infringement cases, which are not regulated by the IPL. The provision of Article 25/6 of the IPL regulating the loss of right due to acquiescence for invalidation actions shows that there is no longer a need to make an examination within the scope of “breach of good faith” as in the pre-IPL period, and that the loss of right due to acquiescence is realised upon the fulfilment of the conditions specified in the IPL. However, the absence of a regulation in terms of infringement does not mean that there is no examination within the scope of “breach of good faith”. In terms of infringement cases, loss of right due to acquiescence will also be in question, and here, an examination will be made within the scope of Art. 2 of the CC. It does not state that the invalidation action against the malicious registration will be filed without being subject to any limitation. The introduction of loss of right through silence into the Law cannot eliminate the general application area of Art. 2 CC. Therefore, even if the later registered trade mark has been registered in bad faith, if the previous trade mark owner has remained silent for a long time and turned a blind eye to the later bad faith registration, it should be accepted that the right to file an invalidation action has expired according to Article 2 of the CC.

Keywords: Conditions of Loss of Right Due to Acquiescence in Invalidity Action, Loss of Right Due to Acquiescence in Infringement Action, Defence, Loss of Right Due to Acquiescence in Case of Registration Made in Bad Faith.

GİRİŞ

Marka sahibi, markasını üçüncü kişilerin izinsiz tescil ve kullanımlarına karşı korumak için hükümsüzlük ve tecavüz davalarını açabilir. Ancak kendi hakkını korumak isteyen kişinin bu davaları zamanında açması gerekir. Markasının hükümsüz kılınması için dava ile karşı karşıya kalan kişinin bazı savunma imkanları bulunmaktadır. Bunların arasında en önemlilerinden birisi, davayı açan kişinin 5 yıl boyunca tescilli olan markanın kullanımına karşı sessiz kalmasıdır. Eğer SMK md.25/6'daki şartlar gerçekleşmişse, dava açan kişi, dava açma hakkını kaybedecektir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı hükümsüzlük davaları temelinde ileri sürülse de tecavüz davaları bakımından da uygulama alanı bulur. Ancak her iki dava açısından farklılıklar da bulunmaktadır. Aşağıda görüleceği gibi, hükümsüzlük davasını açabilecek kişinin önceki tarihli markası tescilli olmak zorunda değilken, markasının ihlal edildiğini ileri süren kişinin markasının tescilli olması gerekir. Hükümsüzlük davasında sessiz kalma süresi 5 yıl olarak belirlenmişken, tecavüz davası için herhangi bir süre belirlenmemiştir. Hükümsüzlük davasında sonraki marka tescilli olmak zorundayken, tecavüz davasında marka genelde tescilli olmamakla beraber, SMK md.155'in getirdiği düzenleme ile, tescilli markaya karşı da hükümsüzlük davası açılabilir. Davanın açılacak zaman dilimi bakımından da hükümsüzlük ve tecavüz davaları arasında farklar bulunmaktadır. Hükümsüzlük davasında 5 yıllık sessiz kalma süresi, sonraki markanın kullanımı tescilden önce bulunsun da, ancak tescil tarihinden sonra hükümsüzlük davası açılabilir, fakat ancak tescilden sonra davacının sessiz kalmış olması aranır. Oysa tecavüz davasında, sonraki markanın tescilli olması aranmadığı için, sessiz kalma süresi, kullanımın öğrenildiği andan itibaren başlar. Ancak gerek hükümsüzlük, gerek tecavüz davasında, önceki marka sahibinin, sonraki marka sahibinin kullanımını bilmesine rağmen, bu kullanıma karşı uzun süre sessiz kalması gerekir.

Görüldüğü üzere, dava açma hakkına sahip olan bir kişi hakkını savunmak isterse, bazı şartlara uymak zorundadır. Zira bir taraftan önceki hak sahibinin korunmaya değer bir öncelik hakkı varken, diğer taraftan da markasını yıllar önce iyi niyetli bir şekilde tescil ettiren, bu markayı kullanan ve ticarete buna yönelik gerekli yatırımları yapan kişinin de korunmaya değer menfaati bulunabilir. Bir yandan önceki marka hakkı sahibinin hakları, diğer yandan markasını iyi niyetli bir şekilde tescil ettiren ve kullanan kişinin hakları karşı karşıya kalmaktadır. Bu haklar arasındaki dengenin sağlanması için, kanun koyucu her iki taraf bakımından da bazı şartların bulunması gerektiğini belirlemiştir.

Bu çalışmamızda, hükümsüzlük davası temelinde, davalı tarafça dayanılan sessiz kalma yoluyla hak kaybı incelenecek olup, öncelikle kavram, temel ilkeler ve sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunun hukuki niteliği ele alınacaktır. Sonrasında, sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğramanın şartları ele alınacaktır. Devamında sessiz kalma yoluyla hak kaybının ispatlanmasındaki zorluklara değinilecektir. Son olarak da kötünietli sonraki marka tescilleri (ve kullanımları) bakımından izlenmesi gereken yol ve Yargıtay tarafından verilen kararlar incelenecektir. Bu inceleme yapılırken, Modatimkar kararına da değinilecektir. Esasen Modatimkar kararı, ticaret unvanının izinsiz olarak kullanılması karşısında önceki markasına dayanan kişinin sessiz kalıp kalmadığı ile ilgili olsa da yukarıda da belirttiğimiz gibi, sessiz kalmanın sonucu (tecavüz ve hükümsüzlük davalarındaki özellikler haricinde) hükümsüzlük ve tecavüz davalarında aynıdır: davayı açan kişinin marka hakkını davalıya karşı ileri sürememesi.

I. SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI KAVRAMI

A. Hükümsüzlük Davası Açma Hakkının Belli Bir Süre Sonra Düşmesi İstisnai Bir Durumdur

Kişinin dava açma hakkı Anayasa m.36 ile güvence altına alınan hak arama hürriyetinin bir görünümüdür. Dolayısıyla dava açma hakkı anayasal bir haktır. Dava açma hakkının süre ile sınırlandırılabilmesi, üç halde söz konusu olabilmektedir:

- (1) Kanun tarafından belirlenmiş bir zamanaşımı süresi olması,
- (2) Kanun tarafından belirlenen bir süre olması,
- (3) Kişinin MK m.2’de yer alan dürüstlük kuralına aykırı bir davranış sergileyerek dava açma hakkının kaybına yol açması.

Hükümsüzlük davası, belirli bir süreye bağlı olmaksızın açılabilir. Ancak, bazı durumlarda bu davayı belirli bir süre içinde açmamanın hukuka aykırı sonuçlara yol açabileceği unutulmamalıdır. Bu durum özellikle, bir kişinin önceki hak sahibinin markasının veya benzerinin kullanılmasına uzun süre sessiz kalarak karşı çıkmaması durumunda ortaya çıkabilir. 556 sayılı KHK döneminde, sessiz kalma yoluyla hak kaybı açıkça düzenlenmediği için, sessiz kalmanın sonuç doğurması için dürüstlük kuralına göre bir değerlendirme yapılmaktaydı. SMK öncesi dönemde, gösterilmesi gereken davranış biçiminin belirli bir süre içinde gösterilmemesi, bazı hakların kay-

bedilmesine yol açmaktaydı. Bu tür durumlarda, hukuki güvenlik ilkesinin gereği olarak, belirli bir süre geçtikten sonra hükümsüzlük davası açılmasına izin verilmemektedir.

Genel kural, kişinin daima dava açabilme hakkına sahip olduğu yönündedir; ancak belirli şartlar altında ve istisnai durumlarda bu hak kısıtlanabilir. SMK md.25/6'nın kabul edilmesiyle beraber, AB hukukunda olduğu gibi, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için, dürüstlük kuralına aykırılık aranmasına gerek kalmamıştır. Tıpkı AB hukukunda olduğu gibi, sonraki kullanımın bilinmesine rağmen 5 yıl boyunca sessiz kalınması (dürüstlük kuralına aykırı davranış şartı aranmaksızın), marka hakkının devralıya karşı ileri sürülememesine yol açmaktadır.

Hükümsüzlük davasını, bazı şartların gerçekleşmesine bağlı olarak 5 yıl içinde açmayan önceki marka hakkı sahibinin dava açma hakkının düşmesi söz konusu olabilir.

B. Hukuki Düzenlemeler

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı Türk hukukuna ilk kez SMK m.25/6 hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “*Marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötünietli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez*”. Her ne kadar SMK'dan önce sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da MK m.2'nin uygulama alanının bir görünümü olarak, doktrin tarafından kabul edilmekte ve Yargıtay tarafından uygulanmaktaydı.¹

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumu, AB'de Marka Konusunda Kanunların Yeknesaklaştırılmasını öngören Yönerge ve Topluluk Markası Tüzüğü ile düzenlenmiştir. 2015/2436 sayılı Yönergenin 9/1. maddesi ve 2017/1001 sayılı Marka Tüzüğü'nün 61. maddesine göre, önceki bir markanın sahibi, başkası tarafından markasının ya da benzerinin kullanıldığını

¹ YASAMAN Hamdi / AYOĞLU Tolga / MEMİŞ KARTAL Pınar / YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya / YASAMAN Zeynep / YÜKSEL Sinan, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, C. III, Seçkin, Ankara, 2021, s. 2538-2572; TEKİNALP Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat, İstanbul, 2012, § 26, no. 58, 58a; ARKAN Sabih, *Marka Hukuku*, C. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998, s. 161; TEOMAN Ömer, *Yaşayan Ticaret Hukuku*, C. I, *Hukuki Mütalaalar*, Kitap 5, s 47 vd.; Yarg. 11. HD'nin 10.03.1997 tarihli ve 9094/1587 sayılı kararı; Yargıtay HGK, 19.02.1969 tarihli ve 1966/130 sayılı kararı.

bildiği halde, kesintisiz beş yıl boyunca kullanılmasına katlanmışsa, artık bu markanın hükümsüzlüğünü talep edemez ve kullanılmasına karşı çıkamaz; meğerki sonraki tescil kötünietli bir şekilde yapılmış olsun. Görüldüğü üzere, Türk Hukukundaki düzenleme, AB Tüzük ve Yönergesine paralel bir düzenleme getirmektedir. AB düzenlemelerin ilgili maddelerin başlıklarına baktığımızda, Tüzük m.61'in başlığı üst başlık da göz önünde alındığında *hükümsüzlük sebeplerinin sessiz kalma dolayısıyla sınırlandırılması* şeklinde; Yönerge m.9'un başlığı da *hükümsüzlük kararının sessiz kalınması dolayısıyla verilememesi* şeklinde tercüme edilebilir. Madde başlıklarından da anlaşıldığı üzere, bu düzenlemelerin amacı hükümsüzlük davasının açılacağı süreyi belirlemekten ziyade, hangi hallerde önceki marka hakkı sahibinin hükümsüzlük davası açma hakkının sınırlandırıldığını göstermektedir. AB'nin 89/104 sayılı Yönergesinin 9/1 hükmünde, sadece hükümsüzlük davası için değil, aynı zamanda tecavüz davası için de sessiz kalma yoluyla hak kaybı düzenlemişti.² AB'nin 2015/2436 sayılı Yönergesi ve 2017/1001 sayılı Tüzüğü hükümleri ise, sessiz kalma yoluyla hak kaybını sadece hükümsüzlük davası için öngörmüştür.

Türk ve AB düzenlemelerinde yer alan hükümlerin amacı, önceki marka sahibinin, dürüstlük kuralı gereğince sonraki aynı veya benzer markanın tescil ve kullanımına aktif olarak karşı çıkmasıdır.³

C. Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybının Dayandığı Temel İlke

Dürüstlük Kuralına Aykırılık mıdır? Yoksa SMK m.25/6'nın Kabul Edilmesinden Sonra Artık Dürüstlük Kuralına Aykırılık Aranmayacak mıdır?

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, sessiz kalma yoluyla hak kaybı SMK m.25/6 ile kanunen düzenlenmeden önce, Yargıtay ve doktrin tarafından da kabul edilmekteydi. Açık düzenleme olmayan 2017 öncesi dönemde, sessiz kalma yoluyla hak kaybı, MK m.2'ye dayandırılmaktaydı. Nitekim Yargıtay kararlarına baktığımızda da sessiz kalma yoluyla hak kaybının teme-

² 89/104 sayılı Yönerge m.9: "Where, in a Member State, the proprietor of an earlier trade mark as referred to in Article 4 (2) has acquiesced, for a period of five successive years, in the use of a later trade mark registered in that Member State while being aware of such use, he shall no longer be entitled on the basis of the earlier trade mark either to apply for a declaration that the later trade mark is invalid or to oppose the use of the later trade mark in respect of the goods or services for which the later trade mark has been used, unless registration of the later trade mark was applied for in bad faith".

³ BERTRAND André, *La Propriété Intellectuelle*, Dalloz, 1999, s. 419.

linde MK m.2 konumlandırılmıştı. SMK m.25/6 hükmünün kabul edilmesiyle beraber, artık MK m.2'ye başvurmaya gerek kalmaksızın, sadece söz konusu hükümde yer alan şartların gerçekleşmesi yeterli bulunmaktadır.⁴

SMK m.25/6 hükmü ile birlikte, hükümsüzlük davasında davalı tarafından sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunması ileri sürüldüğüne, davacının MK m.2'ye aykırı davrandığının ispatlanması aranmayacaktır. Tıpkı AB hukukunda olduğu gibi, mekanik bir şekilde, sadece davacı tarafın "kullanımı bilmesine rağmen 5 yıl boyunca sessiz kalıp kalmadığının" irdelenmesi yeterli olacaktır.

MK m.2 hükmü İsviçre Borçlar Kanunundan alınmış olup, başlangıç hükümleri arasında yer almaktadır. Ancak diğer AB Ülkelerinin hukuki düzenlemeleri arasında, İsviçre-Türk Hukukunda olduğu gibi dürüstlük kuralı genel bir kural şeklinde düzenlenmemiştir. Genel olarak AB ülkelerinde, Türk hukukundaki MK m.2 gibi temel ve tüm hukuki ilişkilerde uygulanan bir kural bulunmamaktadır.⁵ Dolayısıyla Türk hukuku bakımından SMK m.25/6 hükmünden önce MK m.2'ye dayanılarak sessiz kalma yoluyla markasının ileri sürülmesi hakkı kısıtlanabilirken, AB düzeyinde bu şekilde uygulanacak genel bir kural bulunmadığı için, açık bir düzenleme ihtiyacı hissedilmiştir.

MK m.2'de temelini bulan dürüstlük kuralı, SMK md.25/6'nın uygulanması için gerekli olmamakla beraber, aşağıda inceleneceği ve tarafımızca da savunulduğu gibi, davacının sadece sessiz kalması dışında, adeta davalının davranışlarını onaylaması şeklindeki hak kaybı için göz önünde bulundurulmalıdır.

D. Hukuki Nitelik

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, davanın açılacağı zamanı belirlemekten ziyade, hükümsüzlük sebeplerini ileri sürme hakkının ortadan kalkmasını düzenlemektedir.

⁴ OĞUZ Arzu, "Yargıtay Kararları Işığında Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı", **Yargıtay ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Hakkında Karşılaştırmalı Perspektifler, 16-18 Mayıs Antalya**, Ankara 2023, s. 137-182, s. 152-153; BİLEN ÇATMA Cansu, **Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı**, Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2022, s. 111.

⁵ Bu konuda Alman Medeni Kanunundaki düzenleme tarzının farklı olduğu, bazı eksiklikler taşıdığı ve gereksiz tartışmalara yol açabileceği hakkında bkz. BARLAS Nami, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Y. 1997, C. 55, S. 31, s. 191-208, s. 192 vd.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı davalı taraf açısından bir savunmadır. Bu savunmanın bir itiraz mı, bir def'i mi olduğunun tespit edilmesi gerekir. İtiraz, bir hakkın doğumunu engelleyen veya bir hakkı ortadan kaldıran vakıaların ileri sürülmesidir. Def'i ise, davacının ileri sürdüğü hakkın varlığını kabul etmekle beraber özel bir sebebe dayanarak, ileri sürülen bu hakkı etkisiz kılmaya, sınırlamaya imkân tanıyan savunma aracıdır.⁶

Marka hukukunda gerçekleşen sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin olarak farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre sessiz kalma yoluyla hak kaybı bir itiraz değil, bir def'i olarak kabul edilmelidir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybında hak ortadan kalkmadığı için, MK m.2'ye dayanılarak, varlığına rağmen hakkın artık talep edilemeyeceği belirtilmiştir.⁷ Aynı yöndeki bir başka yazarın görüşüne göre, sessiz kalındığı konusu hâkim tarafından re'sen gözetilmeyecek olup, karşı tarafça ileri sürülmelidir.⁸ Aşağıda açıklanacağı gibi, sessiz kalma yoluyla hak kaybının bir def'i olduğu fikrindeyiz.

Doktrindeki diğer görüşe göre, marka hukuku açısından sessiz kalma yoluyla hak kaybı bir itirazdır.⁹ Dürüstlük kuralının ileri sürülmesi "itiraz" niteliğini taşır. Somut uyuşmazlıkta hâkim dürüstlük kuralının ihlal edildiğini tespit ederse, söz konusu ihlali kendiliğinden korumaz.¹⁰ Genel itibarıyla,

⁶ Def'i ve İtiraz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CANBOLAT Ferhat, "Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları", *EÜHFD*, C. III, S. 1, 2008, s. 260; PEKCANİTEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku: Ders Kitabı*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 295, 296.

⁷ TEKİNALP, § 26, no. 58b, s. 455, ÇOLAK Uğur, *Türk Marka Hukuku*, Onikilevha, İstanbul, 2023, s. 1147, 1148; ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KAYA Arslan / NOMER ERTAN Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, Vedat, İstanbul 2019, s. 536.

⁸ BAHADIR Zeynep, *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali*, Turhan, Ankara, 2018, s. 160, 161.

⁹ SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Seçkin, İstanbul, 2020, s. 18; GÜNEŞ İlhami, *Uygulamalı Marka Hukuku*, Adalet, Ankara, 2018, s. 229; CENGİZ Dilek, *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz: İlgili Mevzuat Danıştay ve Yargıtay Kararları*, Beta, 1995, s. 181; MERDİVAN Fethi, Tescilli Marka Hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanmama Def'i, *769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ed. Prof. Dr. Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK, Aralık 2017, s. 516; YURTOĞLU CAN Mücella, *Marka Hukukunda Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı*, Turhan, Ankara, 2016, s. 83; IŞIK Egemen, *Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı*, Onikilevha, İstanbul, 2017, s. 198, 201 vd.

¹⁰ AKINTÜRK Jale G. / AKİPEK Turgut / ATEŞ Derya, *Kişiler Hukuku*, C. 1, Beta, İstanbul, 2016, s. 193; EDİS Seyfullah, Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği, *Mahmut Koğlu'ya 70. Yaş Armağanı*, 1975, s. 292; ERMAN Hasan, *Medeni Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*, Der, İstanbul, 2016, s. 107; KAVAK Yalçın, *Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması*, Legal, İstanbul, 2019, s. 42-43.

hâkimin baktığı somut uyuşmazlıklarda, her iki tarafın da veya onlardan birinin, dürüstlük kuralına uygun davranıp davranmadığını kendiliğinden araştırması gerektiği kabul edilmektedir.¹¹ Sessiz kalma yoluyla hükümsüzlük davası açma hakkının sona erdiği, davanın muhatabı tarafından itiraz olarak davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, hâkim de dava açma hakkının sona erdiğini re'sen dikkate alır.

Nitekim Yargıtay kararlarına baktığımızda, sessiz kalma yoluyla hak kaybının MK md.2'ye dayandığı ve bir itiraz olarak kabul edildiği görülmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2010/12137 E. 2012/16604 K. sayılı ve 18.10.2012 tarihli kararına göre;

“Ayrıca kötünîyet halinde 5 yıllık hak düşürücü süre uygulanmaz ise de hükümsüzlük davasının açıldığı tarih itibarıyla söz konusu 5 yıllık sürenin geçmesinden sonra uzunca bir süre sessiz kalındığının anlaşılması ve koşulların varlığı halinde MK 2. maddesi uyarınca hükümsüzlük davasını açma dava hakkının yitirilip yitirilmediğinin mahkemece re'sen dikkate alınması mümkün olabilecektir.”

Sessiz kalma yoluyla hak kaybını itiraz olarak değerlendiren görüş genel itibarıyla bu kurumun dürüstlük kuralına dayandırılmasını temel almaktadır. Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, SMK m.25/6 ile getirilen sessiz kalma yoluyla hak kaybını artık MK md.2'ye dayandırmaya gerek yoktur. Ancak MK m.2'ye dayandırılması durumunda dahi, fikrimizce sessiz kalma yoluyla hak kaybı davalı tarafın dayanabileceği bir savunmadır. Davacının marka hakkı tamamen ortadan kalkmamaktadır, sadece somut olayda davalıya bir savunma hakkı tanınmaktadır. Nitekim SMK m.25/6 hükmüne baktığımızda, davacının markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremeyeceği belirtilmiştir. Davacının dava açma hakkı tamamen engellenmemektedir, sadece davacının belli bir kişiye karşı gösterdiği belli bir davranıştan dolayı markasına dayanması engellenmektedir. Fikrimizce sessiz kalma yoluyla davacının markasını davalıya karşı ileri süremeyeceği hususu, davalı tarafından ileri sürülmesi gereken bir savunma olup def'i niteliğindedir. Dolayısıyla doktrindeki birinci görüşe katılmaktayız.

¹¹ Yarg. HGK. 2010/333 E. 2010/406 K. 22.09.2010 tarihli.

II. SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBININ ŞARTLARI

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının söz konusu olabilmesi için, bazı şartların gerçekleşmesi gerekir.¹² SMK m.25/6 ve AB Markası Tüzüğü m.61'e göre, önceki marka hakkı sahibi, sonraki tescilli markanın kullanımına karşı art arda geçen 5 yıl boyunca sessiz kalmışsa ve bu süre boyunca markanın kullanıldığını biliyorsa, sonraki markanın hükümsüzlüğünü artık talep edemez. Meğerki sonraki tarihli marka kötünietli şekilde tescil edilmiş olsun.

Düzenlemelerin amacı, sonraki markanın kullanımı bilmesine rağmen 5 yıl boyunca susan önceki marka sahibinin hükümsüzlük davası hakkının sona erdiğinin açıkça hüküm altına alınmasıdır. Zira uzun süre sonraki kullanıma sessiz kalan önceki tarihli marka ile sonraki tarihli markanın aynı anda var olması söz konusu olacaktır. Artık her iki markanın birlikte varlıklarını sürdürmeleri gerekecektir.¹³

ABAD'ın yerleşik içtihatlarında da belirtildiği gibi, markanın hükümsüzlüğünü talep eden kişinin sessiz kaldığının kabul edilebilmesi için 4 şartın bulunması gerekir.¹⁴

- (1) Hükümsüzlük davası önceki marka sahibi tarafından, sonraki tescilli marka sahibine karşı açılmış olmalıdır.
- (2) Sonraki marka iyi niyetli bir şekilde tescil edilmiş olmalıdır.
- (3) Sonraki tescilli marka kullanılmış olmalıdır.
- (4) Önceki marka sahibi, markanın tescilinden sonraki kullanımından haberdar olmalı ve en az beş yıl boyunca kullanıma karşı sessiz kalmış olmalıdır.¹⁵

Sonraki marka sahibi, yukarıda sayılanları ispat edebilirse, dava açma hakkının düştüğü def'ini ileri sürebilir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, sa-

¹² Bu konuda bkz. DURRANDE Sylviane, **Droit des Marques**, s. 129-130; ÇOLAK, s. 1124 vd.; İŞİK, s. 66 vd.; YURTOĞLU CAN, s. 70 vd.

¹³ CJEU T-133/09, I Marchi Italiani and Basile v. OHMI - Osra, 28.06.2012, par. 32.

¹⁴ CJEU T-134/09, Basile and I Marchi Italiani v. OHMI - Osra, 28.06.2012, par. 30; T-417/12, SFC Jardibric v. OHMI - Aqua Center Europa, 23.10.2013, par. 19; C-482/09, Budějovický Budvar, 22.09.2011, par. 54, 56-58; T-77/15, Tronios Group International v. EUIPO - Sky, 20.04.2016, par. 30 vd.

¹⁵ CJEU T-150/17, Asolo v. EUIPO - Red Bull, 04.10.2018, par. 34-35; T-77/15, Tronios Group International v. EUIPO - Sky, 20.04.2016, par. 33; C-482/09, Budějovický Budvar davasındaki Advocate General Trstenjak'ın görüşü, 03.02.2011, par. 82.

dece yukarıdaki hallerin ispat edilebildiği mal/hizmetler açısından gerçekleş-
tirilecektir. Aşağıda bu dört şart ayrı ayrı incelenecektir.

A. Davayı Önceki Tarihli Marka Sahibi, Sonraki Tescilli Marka Sahibine Karşı Açar

SMK m.25/6 hükmüne baktığımızda, davayı açan kişinin “marka sahibi” olması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda sadece kendi markasına dayanan kişinin açtığı dava söz konusu olduğu zaman, davalı sessiz kalma yoluyla hak kaybı iddiasında bulunabilir. Kendi markasına dayanarak hükümsüzlük davası açan kişi, SMK m.6’daki nispi ret sebeplerine dayanarak dava açmış olabileceği gibi, SMK m.5/1-ç hükmüne göre markasının aynı-
nın veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin başkası adına tescil edildiğine ilişkin olarak da dava açmış olabilir.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının düzenlenme şekline baktığımızda, mutlak ve nispi ret sebepleri arasında bir ayrıma gidilmediği görülmektedir. Ancak doktrinde de haklı olarak ileri sürüldüğü gibi, kamu yararına dayalı olarak açılan hükümsüzlük davalarında sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunun ileri sürülmesi, davanın niteliğine uygun değildir.¹⁶ Bilindiği üzere, mutlak ret sebepleri SMK m.5’te düzenlenmiştir. SMK m.5’in gerekçesine göre, bu maddede daha çok kamu yararı ile ilgili görülen ve TÜRK PATENT tarafından re’sen incelenen ret nedenleri yer almaktadır.

Eğer dava kamu yararı sebebiyle SMK m.5’e göre açılmışsa, artık sonraki marka sahibinin sessiz kaldığı ileri sürülemez. Zira susma fiilini işleyen kişi, kendi markası dolayısıyla dava açmış olmalıdır. Nitekim SMK m.5/2, “*Bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa bu markanın tescili birinci fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemez.*” hükmünü getirerek, hangi hallerde kamu yararına rağmen markanın tescil edilebileceğini belirlemiştir. Keza SMK m.25/4, “*Bir marka, 5’inci maddenin birinci fıkrasının (b), (c) ve (d) bentlerine aykırı olarak tescil edilmiş olup da kullanım sonucunda tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından hükümsüzlük talebinden önce ayırt edici nitelik kazanmışsa hükümsüz kılınamaz.*” hükmünü getirerek, kamu yararı olmasına rağmen hangi hallerde tescilli markanın hükümsüzlüğünün artık istenemeyeceğini belirlemektedir. Kendi önceki hakkına dayanmayan ve sadece kamu yararına iliş-

¹⁶ ÇOLAK, s. 1144, 1145; BAHADIR, s. 161; IŞIK, s. 49; karşı. OĞUZ, s. 153.

kin olarak SMK m.5/1’de yer alan sebeplere dayanarak dava açan kişinin hükümsüzlük talebine karşı, davalı taraf sessiz kalındığını ileri süremez. Belirttiğimiz gibi, SMK m.5/1-ç hükmü kamu yararı temelli olarak kabul edilse de kişi kendi önceki marka hakkına dayandığı için, SMK m.25/6 hükmüne göre sessiz kaldığı iddiası ile karşı karşıya kalabilir.

Önceki marka hakkı sahibinin markasının tescilli bulunması gerekmez. SMK md.6/3 hükmüne göre, tescilsiz marka sahibi de hükümsüzlük davası açabilir. SMK m.25/6 hükmü, önceki marka hakkı sahibinin dava açabileceğini belirtmekle beraber, önceki tarihli markanın tescilli olması gerektiği yönünde bir şart bulunmamaktadır. Nitekim AB uygulamasında, hükümsüzlük davası açan önceki marka sahibinin tescilli markasına dayanması aranmamıştır. *Budweiser* davasında, tescilli, tanınmış ve tescilsiz markalara dayanılarak açılan hükümsüzlük davalarının söz konusu olabileceği, önceki marka hakkı sahibinin mutlaka tescilli markasına dayanmasının gerekmediği belirtilmiştir.¹⁷

SMK md.6/6 hükmüne göre, ticaret unvanı, telif hakkı, fotoğrafı veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkı gibi önceki hakkına dayanan kişinin de hükümsüzlük davası açabileceği belirtilmiştir. Ancak buradaki hükümsüzlük davası açma yetkisi veren hak, önceki marka değil, farklı nitelikteki haktır. Dolayısıyla burada belirtilen farklı nitelikteki hakkına dayanarak hükümsüzlük davası açan kişinin davasına karşı sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının ileri sürülüp sürülmeyeceğinin de incelenmesi gerekir. Fikrimizce, önceki tescilli veya tescilsiz markasına dayanarak hükümsüzlük davası açan kişiye karşı sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunması yapılabilir. yorsa, SMK md.6/6 çerçevesinde açılan hükümsüzlük davasına karşı da sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunması yapılabilir.

Netice olarak hükümsüzlük davasını açacak kişi önceki tescilli veya tescilsiz marka sahibi olabileceği gibi, önceki farklı nitelikteki hakkın da sahibi olabilir. Markaya tecavüz davası açısından, önceki markanın tescilli bulunması zorunludur. Nitekim SMK’daki tecavüz davasını açabilecek kişi, tescilli markanın sahibidir. Tescilli markası olmayan kişinin markaya tecavüz davası açamayacağı bilinmektedir. Zira SMK md.7/1 hükmünde, SMK’nın sağladığı korumanın tescil yoluyla elde edileceği belirtilmiştir. Bu durumda, ancak tescilli marka sahibi SMK hükümlerine göre markaya tecavüz davası açabilir.

¹⁷ CJEU C-482/09, Budějovický Budvar, 22.09.2011, par. 61.

B. Sonraki Marka İyi Niyetli Bir Şekilde Tescil Edilmiş Olmalıdır

SMK m.25/6 hükmüne göre, hükümsüzlük iddiasıyla karşılaşan kişinin karşı tarafın uzun süre sessiz kalarak dava açma hakkını kaybettiği itirazını ileri sürebilmesi için, markasını iyiniyetli bir şekilde tescil ettirmiş olması gerekmektedir. Sadece iyiniyetli bir şekilde ikinci markayı tescil ettiren kişi karşı tarafın sessiz kalmasından yararlanabilir. Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, sonradan tescil edilen marka kötünietli bir şekilde tescil edilmişse, bu durumda hükümsüzlük davası herhangi bir süreye tabi tutulmaz.¹⁸ Ancak tarafımız, Yargıtay kararlarında da kabul edildiği gibi, kötünietli tescil halinde de sessiz kalma yoluyla hak kaybının ileri sürülebileceğini kabul etmektedir. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir. Tescilin kötünietli olarak yapıldığını iddia eden kişi bunu ispat etmelidir. MK m.3/1’de “... *Asıl olan iyiniyetin varlığıdır*” denilmektedir. Buna “iyiniyet karinesi” denilmektedir. İyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanacak kimse iyiniyetli olduğunu kanıtlamak zorunda değildir. Onun iyiniyetli olmadığını ispat etmek, bunu iddia eden tarafa düşmektedir.¹⁹

İyi niyetin hangi anda aranacağının tespiti önemlidir. SMK m.25/6 hükmünde, “marka tescilinin kötünietli olmaması gerektiği” belirtilmiştir. Dolayısıyla markanın tescili sırasında tescile engel durumun bilinmemesi gerekir. Eğer tescil anında tescile engel durum (hükümsüzlük sebepleri) bilinmiyorsa, sonradan bu durumun varlığının öğrenilmesi kişinin tescil sırasında kötünietli olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Nitekim SMK’nın metninde de sonraki kullanımın iyiniyetli olması gerektiği yönünde bir belirleme bulunmamaktadır. Nitekim Roma Hukukundan beri kabul edilen ve Türk Medeni Hukuku’nda hâkim olan “sonradan gelen kötüniet zarar vermez” (*mala fides superveniens non nocet*) prensibi ile, başlangıçtaki iyiniyetin sonradan gelen kötüniet ile zedelenmeyeceği ve kişinin iyiniyetine bağlanan sonuçların doğacağı belirtilmektedir.²⁰ Eğer Kanun iyiniye-

¹⁸ ARKAN, s. 160; DURRANDE Sylviane, La Forclusion Par Tolérance Doit S’analyser Comme une Prescription de L’action en Justice, s. 130; KÖROĞLU Emre, Genel Hatlarıyla Markadan Doğan Hakları Sınırlandıran Sebeplerden “Zamanaşımı”, “Sessiz Kalma Sebebiyle Hak Kaybı” ve “Üçüncü kişilerin Şahsi Bilgilerini Dürüst Bir Şekilde Kullanmaları”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 1899; IŞIK, s. 176 vd.; OĞUZ, s. 155-162.

¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, Onikilevha, İstanbul, 2019, s. 165 vd.; KÖPRÜLÜ Bülent, Medeni Hukuk, İÜ Yayınları, 1984, s. 161-163.

²⁰ OĞUZMAN / BARLAS, s. 261; EDİS Seyfullah, Türk Medenî Hukukunda İyiniyet (Sübjektif Hüsnüniyet), Oğuzoğlu’na Armağan, 1972, s. 154. Nitekim Yarg. HGK. tarafından verilen

tin varlığını belirli bir zaman dilimi süresince aramışsa, iyiniyetin bu zaman dilimi boyunca bulunması gerekir. Ancak bu süre bittikten sonra iyiniyetin kötünüyetle dönüşmüş olması, kişinin iyiniyeti nedeniyle hak kazanımını etkilemez.²¹ İyiniyetin sonradan kötünüyetle dönüşmeyeceği yönünde genel bir kabul bulunmaktadır.

Netice itibarıyla, iyiniyetli bir şekilde, marka ile ilgili tescil engeline vakıf olmadan markasını tescil ettiren bir kişi, sonradan kötünüyetli olarak kabul edilemez ve markanın iyiniyetli bir şekilde tescil edilmiş olmasına bağlanan hukuki sonuçlardan faydalanmaya devam eder.²² Tecavüz davaları bakımından, benzer şekilde, tecavüzle suçlanan kişinin önceki tarihli markayı veya benzerini iyiniyetli bir şekilde kullanması gerekir. Biri diğer ifade ile, gerçekleştirdiği kullanımın önceki marka sahibinin markasını ihlal ettiğini bilmemeli veya bilebilecek durumda olmamalıdır.

Burada iyiniyetli olarak markayı tescil ettiren ve kullanan kişinin yatırımlarının korunması amaçlanmıştır. Zira iyiniyetli bir şekilde markayı tescil ettiren ve ticarete kullanan kişinin yaptığı yatırımlar, hükümsüzlük talep eden kişinin gerekli davranışları göstermemesinden dolayı yok edilmemesi gerekir. Tecavüz davaları açısından sonraki markanın iyi niyetli bir şekilde ve tecavüz olgusunu bilmeden kullanılmış olmalıdır.

C. Marka Ciddi Şekilde Kullanılmış Olmalıdır

Sessiz kalındığının kabul edilebilmesi için, sonraki tescilli markanın ara sıra kullanılması yeterli değildir. Markanın ciddi şekilde kullanılmış olması gerekir. SMK md.9 markanın ciddi kullanımının gereğinden bahsetmekte, maddenin gerekçesinde de ciddi kullanımın nasıl bir kullanım olması gerektiği belirtilmektedir. Ciddi kullanım, markanın tescil edildiği amaç dahilinde, işlevine uygun, yani ticari hayatın içinde, markanın fonksiyonlarının yerine getirilmesi için kullanımıdır. Bu nedenle sırf üçüncü kişilerin markayı hükümsüz kıldırmasını önlemek amacıyla, markanın evraklar veya ilanlar aracılığıyla kullanılması ve benzeri durumlar, ciddi kullanım olarak kabul edilmemiştir.

2002/5-338 E. 2002/386 K. sayılı ve 08.05.2002 tarihli kararlar, sonradan gelen kötünüyetin zarar vermediği ilkesine dayanılarak, iyiniyetin bulunması gereken sürede iyiniyetli olan kişinin, iyiniyete bağlanan sonuçtan faydalanacağına hükmedilmiştir.

²¹ KAVAK, s. 293.

²² BİLGİLİ Fatih, Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Adalet, Ankara, s. 249.

Sembolik nitelikte, yalnızca markanın korunması amaçlanarak yapılan kullanım, ciddi kullanım teşkil etmez. Markanın kullanımının ciddiyetine ilişkin değerlendirme, özellikle, ilgili sektörde marka tarafından korunan mal veya hizmetler için pazar payı oluşturma yahut mevcut pazar payını koruma yönünden doğrulanan kullanımlar, söz konusu mal veya hizmetlerin nitelikleri, pazarın özellikleri, markanın kullanımının kapsamı ve sıklığı göz önünde tutularak yapılmalıdır.²³

Maddede söz konusu olan kullanım, markanın tescil edildiği amaç dahilinde, işlevine uygun, yani ticari hayatın içinde, markanın fonksiyonlarının yerine getirilmesi için kullanımıdır. Sonraki tarihli markanın 5 yıl boyunca kullanım şartı aranmamaktadır. Önemli olan husus, markanın ticaret sırasındaki ciddi şekilde kullanılmasıdır.

D. Önceki Marka Sahibi, Markanın Tescilinden Sonraki Kullanımından Haberdar Olmalı ve En Az Beş Yıl Boyunca Kullanıma Karşı Sessiz Kalmış Olmalıdır

Önceki marka sahibinin 5 yıl boyunca kullanıma sessiz kalmış olması gerekir. Burada dört önemli husus incelenecektir. Önceki marka hakkı sahibi (1) her şeyden önce kullanımı bilmelidir; (2) objektif imkansızlık gibi haklı sebebe dayanmaksızın sessiz kalmış olmalıdır; (3) sessiz kalmanın başlangıç tarihi tespit edilmelidir ve devamında (4) hangi fiillerin sessiz kalma olarak kabul edildiği, hangilerinin kabul edilmediği hususu irdelenmelidir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, marka hakkına tecavüz davasında da uygulama alanı bulan sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumu, bir süre ile sınırlandırılmamıştır. Bundan dolayı, burada her somut olaya göre sürenin MK md.2 kapsamında belirlenmesinin daha uygun olduğu düşüncesindeyiz.²⁴ Nitekim yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, AB'nin 89/104 sayılı Yönergesinin 9/1 hükmünde, sadece hükümsüzlük davası için değil, aynı zamanda tecavüz davası için de sessiz kalma yoluyla hak kaybı düzenlemişti.²⁵

²³ CJEU C-40/01, Ansol BV v. Ajax Brandbeveiliging BV, 11.03.2003. ARKAN, s. 146 vd.; TEKİNALP, § 27, no. 5.

²⁴ Kural olarak tecavüz davalarında da davalı, tecavüz dolayısıyla dava açan davacıya karşı sessiz kalma yoluyla hak kaybını ileri sürebilir. Ancak Yarg. 11. HD'nin 07.11.2023 tarihli ve E. 2022/2507, K. 2023/6504 sayılı kararında Yargıtay, "Tecavüz devam ettiği sürece sessiz kalma yoluyla hak kaybı olmaz" demek suretiyle, önceki kararlarına, doktrine ve sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumuna aykırı bir karar tesis etmiştir.

²⁵ 89/104 sayılı Yönerge m.9: "Where, in a Member State, the proprietor of an earlier trade mark as referred to in Article 4 (2) has acquiesced, for a period of five successive years, in

AB'nin 2015/2436 sayılı Yönergesi ve 2017/1001 sayılı Tüzüğü hükümleri ise, sessiz kalma yoluyla hak kaybını sadece hükümsüzlük davası için öngörmüştür. Bu durumda, tecavüz davaları açısından sessiz kalma süresinin tespitini somut olay adaletine göre yargı kararlarına bırakılmıştır.

1. Markanın Kullanıldığının Bilinmesi ve İspat Sorunu

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının söz konusu olabilmesi için, sadece belli bir sürenin geçmesi yeterli değildir; önceki markanın sahibi, sonraki markanın tescil edildiğini ve kullanıldığını bilmelidir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybının söz konusu olabilmesi için, hükümsüzlük veya kullanımın yasaklanmasını talep eden kişi, kendi marka hakkını ihlal eden markanın varlığından haberdar olmalı ve buna rağmen kullanılmasına karşı çıkmamış olmalıdır. Eğer hükümsüzlük talep eden kişi, böyle bir markanın varlığından veya kullanımından haberdar değilse ve fiili olarak haberdar olması da mümkün olmamışsa, bu durumda artık sessiz kalmasından veya bu kullanıma katlanmasından bahsedilemeyeceğinden, “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” dolayısıyla hakkının sona erdiği söylenemez.

Eğer ilk marka hakkı sahibinin kullanmayı öğrendiği tarih tam olarak tespit edilemezse, öğrendiği tarih olarak kabul edilecek tarihin tespiti dürüstlük ve iyiniyet kuralı çerçevesinde belirlenmelidir. Dava açan kişinin markanın varlığından haberdar olması için, öncelikle markaların kullanılmış olması gerekmektedir.²⁶ Zira markanın kullanılması, markalı malların kamuya sunulmuş olması anlamına gelmektedir. Aynı şekilde, markanın tanıtılması amacıyla yapılan reklamların, dava açan tacirin dikkatinden kaçmaması gerekmektedir. Davacının davalı ile aynı sektörde faaliyet göstermesi, onun tedbirli bir tacir gibi davranmasını da gerektirmektedir. Kullanmanın bilinmesi için, kullanımın tahmin edilmesi değil, bilinmesi aranmaktadır. Sadece tedbirli tacir yükümlülüğüne dayanılarak, reklamı yapılmayan bir ürün ya da hizmetin bilinmesi beklenemeyeceği gibi sadece Türkiye'nin küçük bir bölgesinde sınırlı bir kullanım olması durumunda da bilme olgusunun gerçekleştiği kabul edilemez. Keza markanın tescilli olması, kullanımın da bilindiği anlamına gelmez.

the use of a later trade mark registered in that Member State while being aware of such use, he shall no longer be entitled on the basis of the earlier trade mark either to apply for a declaration that the later trade mark is invalid or to oppose the use of the later trade mark in respect of the goods or services for which the later trade mark has been used, unless registration of the later trade mark was applied for in bad faith”.

²⁶ DURRANDE, Droit des Marques, s. 130 ve burada tartışılan Fransız mahkemesi kararları.

ABAD “bilmenin” mevcut olması için, neredeyse, bilmenin ispat edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. ABAD hiçbir şekilde tedbirli bir tacir olmayı bilmenin delili olarak kabul etmemektedir.²⁷ Sonraki tarihli markanın kullanımının bilinmesi sadece farazi olmamalı ve gerçek verilere dayanmalıdır. Bunun için de susma ve kullanımının hoş görülmesi, bilerek olmalıdır. Bilerek olması, bilinçli bir şekilde susmanın gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir.²⁸

Türk Hukukunda ispat açısından temel ilke MK m.6’da konulmuştur. Bu hükme göre, *Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*. Dolayısıyla kural olarak bir iddiada bulunan kişinin, bu iddiasını ispat etmesi gerekmektedir.

Davalı taraf, davacı tarafın 5 yıllık süre içinde kullanımına sessiz kaldığını def’i olarak ileri sürmelidir. Davalı taraf iki husus ispatlamalıdır: (1) davacının davalı tarafından gerçekleşen kullandığını bildiği, (2) davacının 5 yıl boyunca kullanımı bilmesine rağmen sesiz kaldığı.

²⁷ AB Genel Mahkemesi’nin 20 Nisan 2016 tarihli SkyTec davasına (T-77/15) konu olayda, 2 Mayıs 2001 tarihinde “SkyTec” markası tescil edilmiş; ancak 23 Mart 2007 tarihinde British Sky Broadcasting Group plc (BSkyB) şirketi “SkyTec” markasının kullanılmamasından ötürü iptalini talep etmiştir. Markanın ciddi bir şekilde kullanıldığı ispat edildiği için, markanın iptali talebi reddedilmiştir. BSkyB şirketi 21 Mart 2012 tarihinde, bu sefer markalar arasındaki karıştırılma ihtimaline dayanarak “SkyTec” markasının hükümsüzlüğünü talep etmiştir (“Sky” markası ile “SkyTec” markaları arasında karıştırılma ihtimalinin bulunduğu ileri sürülmüştür). “SkyTec” markasının sahibi, karşı tarafın sessiz kaldığını ileri sürerek itirazda bulunsa da, EUIPO Temyiz Dairesi, hükümsüzlüğü talep edilen markanın sahibinin, hükümsüzlük talep eden şirketin “SkyTec” markasının kullanıldığını bilmesine rağmen 5 yıl boyunca sessiz kaldığını ispatlayamadığını ve AB Marka Tüzüğü m.54/2 ile getirilen istisnanın uygulanmasını gerektiren bir sebebin bulunmadığına hükmederek, itirazı reddetmiştir. Temyiz Dairesi, markalar arasında karıştırılma ihtimalinin bulunduğu ve “SkyTec” markasının hükümsüz sayılması gerektiğine hükmetmiştir. “SkyTec” marka sahibi AB Genel Mahkemesinde dava açarak, davacının sessiz kaldığını ve dolayısıyla hükümsüzlük talebinin reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak Genel Mahkeme, tıpkı EUIPO Temyiz Dairesinin de belirttiği gibi, BSkyB şirketinin sessiz kaldığına ilişkin delilin bulunmadığına hükmetmiştir. AB Genel Mahkemesi, sessiz kalmış olmak için, sessiz kalma ile suçlanan şirketin gerçekten de sessiz kaldığını ispatlanması gerektiğini ve sadece “farazi” olarak bilgi sahibi olduğunun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

²⁸ *Budweiser* kararında da, önceki marka sahibinin, sonraki markanın kullanılmasını önemli bir süre boyunca ‘bilerek müsamaha gösterme/hoşgörme’si, başka bir deyişle ‘kasıtlı olarak/isteyerek’, ‘gerçekleri tamamen bilerek’ izin vermesi gerektiği ifade edilmiştir. 89/104 sayılı Yönergenin 11. gerekçesinde ayrıca, önceki markanın sahibinin menfaatlerinin ‘haksız bir şekilde’ zarar görmemesi gerektiği de belirtilmektedir.

İstanbul BAM'ın, 16. HD., E. 2018/2234 K. 2021/974 T. 29.4.2021 tarihli kararına göre;

“... davalının markasal kullanımının hangi tarihte başladığı tespit edilemediği gibi, **markasal kullanımın eski tarihli olduğu ve kullanımdan davacının haberdar olduğu, buna rağmen sessiz kaldığı, davalı tarafca ispatlanamadığı belirtilmiştir.**”

Ancak bazı hallerde ispat yükünün yer değiştirdiği bilinmektedir. Hayatın normal akışına göre bir durumun gerçekleştiğini ileri süren kişi, iddiasını ispatlamak zorunda değildir. Durumun, hayatın normal akışının aksine gerçekleştiğini ileri süren kişi bunu ispatlamalıdır. Nitekim Yargıtay HGK. 2012/6-1575 E. 2013/732 K. sayılı ve 22.5.2013 tarihli kararı ile bu hususu belirtmiştir. Karara göre;

“Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesi hükmü uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlüdür. Gerek doktrinde, gerek Yargıtay içtihatlarında kabul edildiği üzere ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı durumu iddia eden ya da savunmada bulunan kimseye düşer.”

Verilerin değerlendirilmesi ve hakkaniyet çerçevesinde “bilme” olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği mahkeme tarafından tartılıp değerlendirilmelidir.

Şu hususun da belirtilmesi gerekmektedir; önceki marka hakkı sahibinin bir markanın kullanılmasına sessiz kalması, üçüncü kişiler bakımından hak doğurmaz. Sessiz kalan önceki marka hakkı sahibi, sadece sessiz kaldığı kişiye karşı dava açma hakkını kaybeder. Üçüncü bir kişi, bu sessiz kalmadan hak kazanamaz. Önceki marka hakkı sahibi bu üçüncü kişiye karşı markasının hükümsüzlüğü davasını veya tecavüzün men’i davasını açabilir.²⁹

Önceki marka hakkı sahibinin sadece sessiz kalması, hakkını kaybetmesi için yeterli kabul edilmiştir. Davacının, davalının davranışlarını kabul etme ve onaylama gibi davranışlara girmesine gerek bulunmamaktadır. Sadece kullanımı tolere etmesi, sonucun gerçekleşmesi için yeterlidir. Görüldüğü üzere, burada MK md.2 çerçevesinde bir incelemeye hiç girilmemekte, mekanik bir şekilde kullanımı bilmesine rağmen 5 yıl boyunca bu kullanıma karşı sessiz kalıp kalmadığı değerlendirilmektedir.

²⁹ POLLAUD-DULLIAN Frederic, Droit de la Propriété Industrielle, Montchrestien, 1999, s. 684.

2. Objektif İmkansızlık Gibi Haklı Bir Sebebe Dayanmaksızın Sessiz Kalmış Olmalıdır

Önceki marka hakkı sahibinin davalıya karşı hükümsüzlük (veya tecavüz) davası açtığına iddiasının dinlenebilmesi için, hükümsüzlük davası için 5 yıl içinde, tecavüz davası için MK md.2'ye göre tespit edilecek süre içinde dava açmış olmalıdır.³⁰ Eğer davacı 5 yıllık süre içinde dava açmadıysa, markasını davalıya karşı ileri sürme hakkını kaybeder. Ancak eğer davacı tarafın sessiz kalması, mücbir sebep veya objektif imkansızlık gibi haklı bir sebebe dayanıyorsa, sessizliği hakkını kaybetmesine yol açmaz.

Yarg. HGK'nın E. 2020/11-532, K. 2020/1011, T. 9.12.2020 tarihli kararına göre;

“18. Sessiz kalma yoluyla hak kaybından bahsedilebilmesi için, önceki hak sahibinin ticari ad ve işaretin aynısının veya benzerinin ticaret unvanı olarak tescil ettirildiğini veya başkaları tarafından kullanıldığını bilmesi ve buna rağmen sessiz kalmış olması gereklidir. Buna karşın ticaret unvanlarının ticaret siciline tescil edilmek zorunda olmaları ve tescilin olumlu etkisi nedeniyle tescil ve ilan edilmiş ticaret unvanının bilinmediği ileri sürülemeyecektir. **Bununla birlikte önceki hak sahibinin uzun süre sessiz kalması mücbir sebep ya da objektif imkânsızlık gibi haklı bir nedene dayanıyorsa ve bunun ispatlanması hâlinde sessiz kalma yoluyla hak kaybı söz konusu olmayacaktır.**”

Görüldüğü gibi, eğer sessiz kalan kişinin sessizliği haklı bir sebebe dayanıyorsa, hakkını kaybetmez ve marka hakkını davalıya karşı ileri sürebilir. Haklı sebep sayılması için, bu koşulların marka sahibinin iradesinden ba-

³⁰ Nitekim 5 yıllık sürenin sadece markanın hükümsüzlüğü bakımından öngörüldüğü, ticaret unvanının hükümsüzlüğü bakımından 5 yıllık sürenin söz konusu olmadığı, sürenin MK md.2'ye göre belirleneceği belirtilmiştir. Bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.02.2020 tarihli ve 2017/11-27 E. - 2020/225 K. sayılı kararında şu hususlar belirtilmiştir; “Sessiz kalma yoluyla hak kaybının söz konusu olabilmesi için, önceki hak sahibinin, ticaret unvanının aynısının veya benzerinin kullanılmasına belirli bir süre sessiz kalmış olması gereklidir. Ancak ticaret unvanı yönünden sessiz kalmanın ne kadar süre geçtikten sonra hak kaybına sebep olacağı TTK'da düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile ilk defa marka hukukunda hükümsüzlük davaları yönünden sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. SMK'nun 26/6'ncı maddesi “...” hükmünü haizdir. Buna göre marka hükümsüzlük davalarında sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için beş yıllık sürenin geçmesi gerekmektedir. Ancak ticaret unvanı yönünden mevzuatta bir süre belirlenmesi bulunmadığından TMK'nun 2'nci maddesi de gözetilmek suretiyle, her somut olayın özellikleri dikkate alınarak sürenin belirlenmesi gerekmektedir.”

ğimsız olmalıdır. Ancak marka sahibinin iradesinin dışındaki koşullar haklı sebep olarak değerlendirilecektir. Haklı sebepler, marka sahibinin etki alanı dışında kalan savaş, doğal afet, salgın gibi hallerdir. Mali durumun kötüleşmesi, marka hakkı sahibi şirketin iflas etmesi haklı sebep olarak kabul edilmemiştir.³¹ Mücbir sebep, haklı sebep olarak kabul edilmektedir. Ancak haklı sebep teşkil edebilmesi için, mücbir sebep ve davacının sessiz kalması arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekir.

3. 5 Yıllık Sessiz Kalma Süresinin Başlangıç Tarihinin Belirlenmesi

Sessiz kalmanın sonuç doğurması için, önceki marka sahibinin 5 yıl boyunca sessiz kalmış olması ve hükümsüzlük davası açmamış olması gerekir. Sessiz kalma sonucunda, sonraki markanın kullanımına 5 yıl boyunca sessiz kalınmasının dava açma hakkının kısıtlanması ile sonuçlanabilmesi için, önceki marka sahibinin, sonraki markanın kullanımına bilinçli olarak itiraz etmemesi gerekir. Bu düzenleme ile bir yandan marka sahibinin markasının temel işlevini yerine getirmesi için korunmasındaki menfaati, diğer taraftan ekonominin diğer aktörlerinin mal ve hizmetlerini belirlemek için marka seçme özgürlüğü yönündeki menfaatleri dengelenmeye çalışılmıştır. Bu amacın gerçekleştirilmesi için, önceki tarihli marka sahibinin, markasını korumak için üçüncü kişilerin kullanımlarına karşı gerekli adımları atması gerekir. Gerçekten de yalnızca sonraki markanın kullanıldığının öğrenilmesinden sonra dava açmak ve diğer yollara başvurmak mümkün olmaktadır. Ancak kullanımın öğrenilmesinden sonra, kullanıma itiraz etmesi veya dava açması yoluyla sessiz kalmaması gerekir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı için öngörülen süre bu tarihten itibaren işlemeye başlar.³²

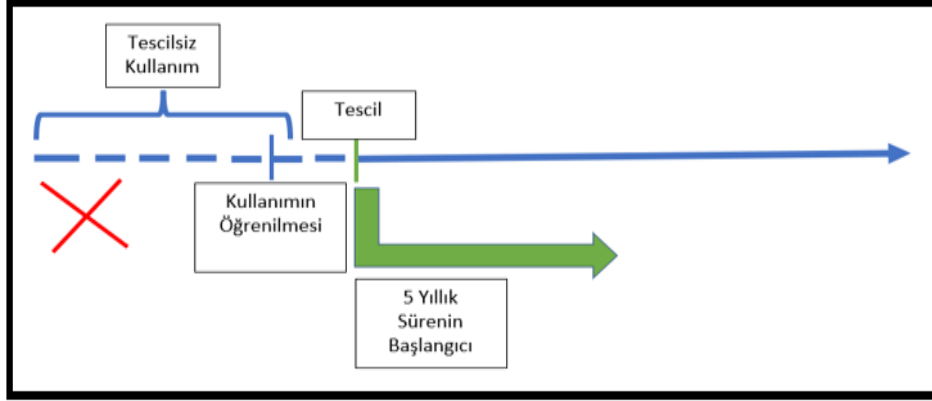
Sessiz kalma süresinin hesaplanabilmesi için öngörülen başlangıç noktası, hükümsüzlüğü talep eden kişinin kullanımı fiilen öğrendiği tarihtir. Aşağıda belirtilen bütün sürelerin tarihleri göz önünde bulundurularak sessiz kalma süresinin başlangıcı tespit edilir:³³

1. Markanın tescilsiz olduğu sürelerdeki sessiz kalma, SMK m.25/6 açısından önemli değildir. Sessiz kalmaya ilişkin sürenin işlemeye başlayacağı en erken tarih, markanın tescil edildiği andır. Eğer marka tescil edildiği anda kullanılıyorsa, tescil anı göz önünde bulundurulur.

³¹ ARKAN, s. 149; GÜNEŞ, s. 177. Keza markanın devredilmesi de haklı sebep olarak kabul edilmemiştir. Bu konuda bkz. ÇOLAK, s. 1257.

³² CJEU T-77/15, Tronios Group International v EUIPO - Sky, 20.04.2016, par. 31.

³³ Çarpı ile işaretlenen alanlar sessiz kalmanın *başlamadığı* döneme işaret etmektedir.

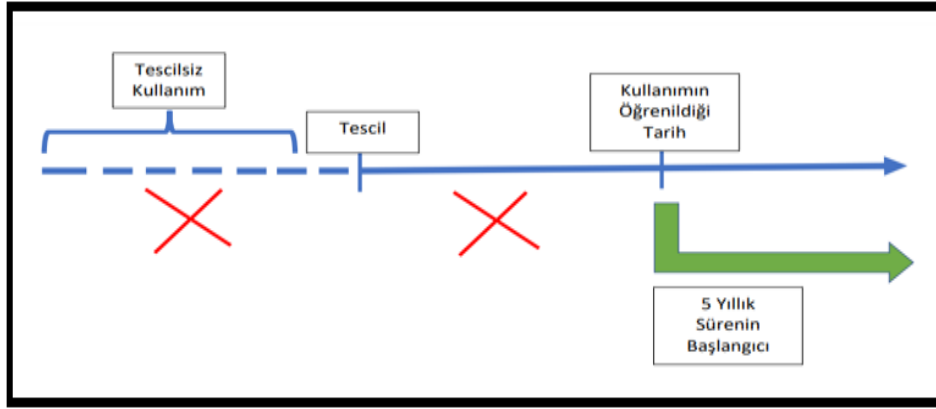


Yarg. 11 HD'nin E. 2015/4127, K. 2015/11886, T. 11.11.2015 tarihli kararında, 20 yıl kullanıldıktan sonra tescil edilen markaya karşı, tescilden itibaren 5 yıl içinde açılan hükümsüzlük davasının görülmesi gerektiğini, 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılan davada, sessiz kalma suretiyle hak kaybının gerçekleşmediğini belirtmiştir.

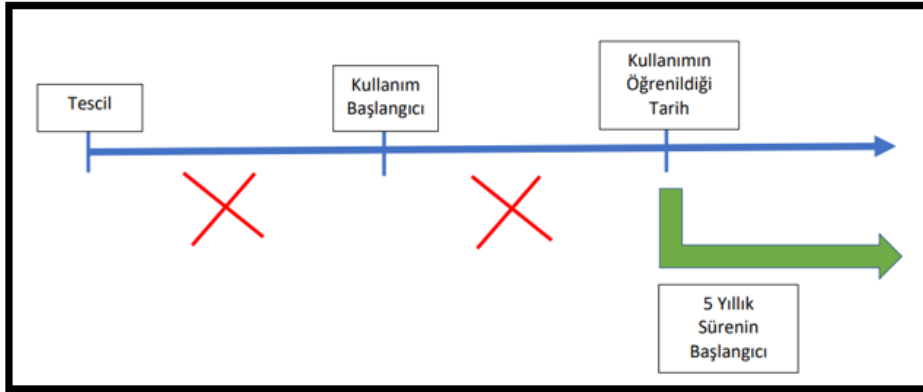
“(1) Dava konusu ... numaralı “...” ibareli marka 03.05.2012 tarihinde, ... numaralı “...” markası ise 03.03.2014 tarihinde sicile tescil edilmiştir. Davacı, 556 Sayılı KHK’nın 8/1-b ve 42/1-b hükümlerine dayalı olarak tescilde öncelik ve iltibas hukuki sebebine dayalı olarak davalı markalarının hükümsüzlüğünü istemiştir. Dairemizin uygulamada kararlılık kazanan içtihatları uyarınca markada öncelik ve teklik ilkesi geçerli olup, kural olarak mükerrer marka tescili mümkün değildir. Yine, 556 Sayılı KHK’nın 8/1-b ve 42/ 1-b bendine dayalı olarak açılacak hükümsüzlük davasının 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılması gerekir. Somut uyuşmazlıkta, yukarıda açıklandığı şekilde hükümsüzlük davası 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde açıldığı halde, mahkemece tarafların tescilden önceki dönemde tescilsiz olarak kullanımlarının devam ettiği uzun bir süre boyunca sessiz kalınmak suretiyle işbu davada hükümsüzlük isteme hakkının da kaybedildiği gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Oysa, hak düşürücü sürede hükümsüzlük davası açıldığına göre, süresinde açılan davanın sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğranıldığından bahisle reddi mümkün değildir. Bu nedenle, uyuşmazlığın esası incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddi doğru görülmemiş, hükmün temyiz eden davacı-karşı davalı yararına bozulması gerekmiştir.”

Bu kararda Yargıtay, sürenin markanın tescili tarihinden itibaren göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir.

2. Tescil tek başına yeterli değildir. Markanın kullanılıyor olması gerekir. Tescil edilmiş, ancak hiç kullanılmamış bir marka için süreler işlemeye başlamaz. Davacının sessiz kaldığının kabul edilebilmesi için, sonraki marka sahibinin dava konusu markayı fiilen kullanması gerekir.



3. Sonraki marka sahibinin kullanımını öğrenme tarihi, sürelerin başlangıcı olarak kabul edilecektir. Yukarıdaki tarihler göz önünde bulundurulduğunda, sonraki marka sahibinin tescilden sonraki kullanımının ilk öğrenildiği tarih, sessiz kalma yoluyla hak kaybının hesaplanmasında başlangıç olarak kabul edilir. Bu tarihten itibaren beş yıllık sürenin geçmesi gerekir.



Tecavüz davaları açısından sessiz kalma süresi de kullanımın öğrenildiği tarihten itibaren başlamalıdır. Kullanım gerçekleşmiş olsa dahi, davacı kullanımı bilmiyorsa, sessiz kalma süresinin işlemeye başlamadığı kabul edilir.

4. Sadece İhtarname Gönderilmesi ve Uygun Sürede Dava Açılmaması, Sessiz Kalma Olarak Kabul Edilmektedir

Kanunen, hükümsüzlük davası açan kişinin iddiasının dinlenmemesi, 5 yıl boyunca kullanıma sessiz kalmış olmasına bağlıdır. Sessiz kalmanın sonlandırılması için, önceki marka sahibinin uygun süre içinde dava açması gerekir.

Sadece ihtarname gönderilmesi, ihtarnameyi gönderenin artık markanın kullanımına katlanmadığı anlamına gelmemektedir. Zira taraflar arasındaki görüşmeler devam ettiği sürece, karşı tarafın kullanıma devam etmesi yüksek bir ihtimaldir. Kullanımın daha fazla devam etmesini istemeyen kişi, bu iradesini dava yoluyla göstermelidir. Nitekim sadece ihtarname göndermenin yeterli görüldüğü durumlarda, önceki marka hakkı sahibi bu hakkını kötüye kullanabilir. Markasının başkaları tarafından kullanılmasını istemeyen kişinin, bu yöndeki iradesini açık bir şekilde ve süresinde kullanması gerekir.

Doktrinde bu konuda görüş birliği olmadığını görmekteyiz. Doktrindeki bir görüşe göre, ihtarname göndermenin yeterli olmadığı, dava açılması gerektiği kabul edilmektedir.³⁴ Doktrindeki diğer görüşe göre ise ihtarname gönderilmesi halinde ihtarnameden sonraki sürenin hesaplanması gerektiği kabul edilmektedir.³⁵ Yukarıda da belirttiğimiz üzere, fikrimizce sadece ihtarname gönderilmesi sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesini önlemez.

Yargıtay'ın, sadece ihtarname gönderilmesinin yeterli olmadığı, sessiz kalma yoluyla hak kaybı sonucuyla karşılaşmak istemeyen kişinin ihtarname göndermekle yetinmemesi gerektiği, süresi içinde dava açması gerektiği yönünde kararlar tesis ettiği görülmektedir.

Yarg. HGK'nın E. 2021/456, K. 2021/776, T. 17.06.2021 tarihli kararına göre,³⁶

³⁴ ÇOLAK, s. 1127; IŞIK, s. 162; ŞAHİN Mehmet, Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk Yüksek Lisans, s. 80-82; OĞUZ, s. 164, 165.

³⁵ YANLI Veliye, İltibas Nedeniyle Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası Açma Hakkının Kaybı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XXI, Ankara, 2005, s. 309, 310; ÇAĞLAR Hayrettin, Marka Hukuku Temel Esaslar, Adalet, Ankara, 2015, s. 159; ARKAN, s. 160, dpn. 18.

³⁶ Paragraf no. 19.

“Ancak dikkat edilmesi gereken husus, uzun süre boyunca, belirli aralıklarla sadece ihtarname gönderen, fakat dava açmayan ve ihtarname dışında unvanın kullanılmaması için herhangi bir girişimde de bulunmayan önceki hak sahibinin sessiz kalmadığını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. O hâlde kullanımın daha fazla devamını istemeyen önceki hak sahibi, bu arzusunun açıklayan bir ihtarname göndermiş ise de makul bir süre içinde bu iradesini dava yoluyla da göstermelidir.”

Yargıtay HGK’nın 2017/11-27 E. 2020/225 K. sayılı ve 26.02.2020 tarihli kararına göre;

“Davacı şirket tarafından davalıya 16.01.2007, 30.11.2007, 15.07.2008, 04.03.2009 tarihli ihtarnameler gönderilmiş, ancak işbu dava 12.05.2010 tarihinde açılmıştır. Bu itibarla uzun süre boyunca, belirli aralıklarla sadece ihtarname gönderen, fakat dava açmayan ve ihtarname dışında unvanın kullanılmaması için herhangi bir girişimde de bulunmayan davacı şirketin sessiz kalmadığını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir. Zira kullanımın daha fazla devamını istemeyen davacı şirket, ihtarnameler göndermiş ise de makul bir süre içinde bu iradesini dava yoluyla da göstermelidir.

... Davacı şirketin hem davalının ticaret unvanının tescilinden itibaren yaklaşık altı yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra ihtarname göndermesi hem de ihtarnamelerin gönderilmesinden sonra makul süre içerisinde dava açmaması nedeniyle ticaret unvanının terkinin davasında sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğradığının kabulü gerekir.”

Yargıtay HGK yukarıdaki kararı ile, yine Yargıtay tarafından 2014 yılında verilen ve sadece ihtarname çeken kişinin sessiz kalmadığını kabul eden kararının etkisi kaldırmıştır.³⁷

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, 2020/155 E. 2020/4405 K. sayılı ve 26.10.2020 tarihli kararına göre;

“... Tarafların 2005 yılına dayanan ticari ilişkileri bulunduğu, davalının markasal kullanımından haberdar olan davacının 7 yıl sessiz kaldıktan sonra 2012 yılında davalıya ihtarname çekerek markasına tecavüz ettiği iddiasını ileri sürdüğü ve 2014 yılında da işbu davayı açtığı, dava-

³⁷ Yarg. 11. HD. 2013/6839 E. 2014/12097 K. 25.06.2014 tarihli.

cının belirtilen süreler boyunca sessiz kalarak hak kaybına uğradığı ilk derece mahkemesi tarafından karar verilmiştir.

... Davacı karşı davalı birleşen davada sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğradıkları şeklindeki tespitin yerinde olmadığını ileri sürmüşse de, aynı sektörde faaliyetlerini sürdüren tarafların 2005 yılından itibaren çeşitli tarihlerde ticari ilişki içinde oldukları, ayrıca davalının 2008 yılında yaptığı “Garden City” isimli projesinde Özyurt ibaresini inşaat hizmetlerinde markasal olarak kullandığı, bu nedenle davacının davalının kullanımlarından haberdar olmadığını ileri sürmesi kabul edilebilir olmadığından bu yönü hedefleyen istinaf itirazlarının yerinde olmadığı...” sonucuna varılmıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2019/681 E. 2019/7447 K. sayılı ve 25.11.2019 tarihli kararına göre;

“Davalının 2003-2004 yıllarından bu yana “HOME TEXTILE EXPORT” ibareli dergiyi aralıksız olarak yayınladığı, davacının Eylül 2014’te ihtarname gönderip, Ağustos 2015 tarihinde işbu davayı açtığı, aynı sektörde yer alan ve ev tekstili sektöründeki işletmelerin sahiplerinin oluşturduğu davacı derneğin davalıya ait dergi yayınından haberdar olmamasının mümkün olmadığı, davacı derneğin, davalıya ait “HOME TEXTILE EXPORT” ibareli dergiden ve markanın bu şekilde kullanıldığından 10 yıla yakın süre ile haberdar olmasına karşın dava açmayıp sessiz kaldığı, böylece davalının bu şekildeki markasal kullanımına karşı sahip olduğu dava hakkını sessiz kalarak kaybettiği...” sonucuna varılmıştır.

Yukarıda verilen Yargıtay kararlarında da görüleceği gibi, ihtarname gönderilmesi, sessiz kalmayı etkileyen bir durum değildir.³⁸ Önemli olan husus, gereken sürede hükümsüzlük davasının açılmasıdır. Uzun süre sessiz kalmak, sessiz kalma yoluyla hak kaybına yol açmaktadır.

ABAD, 18.05.2022 tarihli ve C-466/20 sayılı HEITEC AG v HEITECH Promotion GmbH ve RW kararı ile ihtarname göndermenin tek başına sessiz kalındığı itirazından kurtulmak için yeterli olmadığına hükmetmiştir. Karara konu

³⁸ Yargıtay başka kararlarıyla da sadece ihtarname göndermenin yeterli olmadığını kabul etmiştir. Yargıtay ihtarname gönderdikten sonra 3 yıl 10 ay sessiz kalmayı TMK m 2’ye aykırı bulularak sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşeceği sonucuna varmıştır, Yarg. 11. HD 15.11.2018, E. 2016/12078, K. 2018/7114. Benzer şekilde, Yarg. 11. HD 17.06.2016, E. 2015/9054, K. 2016/6752 no.lu kararı.

dava Almanya’da görülürken, 25 Eylül 2020 tarihinde C-466/20 sayılı başvuru numarasıyla Alman Federal Mahkemesi ABAD’a ön yorum kararı talebiyle başvurmuştur. Bu davada davacı, Nisan 2009’da davalıya bir uyarı mektubu (ihtarname) gönderdikten sonra, Aralık 2012’de Nürnberg-Fürth Bölge Mahkemesi’nde ihtiyati tedbir ve marka hukuku kapsamındaki çeşitli iddialar için talepte bulunmuştur. Ancak dava davalı tarafa Mayıs 2014’e kadar tebliğ edilmemiştir. Bunun nedeni, davacının defalarca dava dilekçesinin orijinallerini sunamaması ve mahkeme masrafları için avans ödememesi olarak tespit edilmiştir.³⁹

ABAD kararı, sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumundaki taraf menfaatlerini incelemekle başlamıştır. Bir yandan önceki marka hakkı sahibi, diğer taraftan markayı veya benzerini kullanan kişilerin menfaatleri değerlendirilirken, marka sahibi dışındaki aktörlerin hukuki güvenlik ve kesinlik çerçevesinde faaliyette bulunmalarının önemine dikkat çekilmiştir. Önceki marka sahipleri, kullanımı öğrenmelerinden sonra, tedbirli davranıp izinsiz kullanımı durdurmak için gerekli adımları atmalıdır. C-482/09, Budějovický Budvar davasında ABAD, dava açmanın veya idari makamlara gerekli başvuruların yapılmasının, marka hakkı sahibinin iradesinin açıkça konulması açısından önemini vurgulamıştır. Heitec davasında ABAD, sadece ihtarname göndermenin 5 yıllık sürenin durdurulması için yeterli olmadığına hükmetmiştir. Sessiz kalınmadığının kabul edilmesi için, önceki marka sahibinin hukuken bağlayıcı yollara başvurması ve iradesini açıkça ortaya koyması gerekir. Aksine bir yorum, marka hakkı sahibinin her 5 yılda bir ihtarname göndermek suretiyle, sessiz kalma yoluyla hak kaybı itirazını engellemesinin kabul edilmesi anlamına gelir.

Heitec kararında ABAD, kural olarak dava açma anının, dava dilekçesinin mahkemeye veya ilgili idari birime verilmesi olduğunu belirttiikten sonra, davacının tebligatın karşı tarafa yapılması için atılması gereken adımları atması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁰ Nitekim ABAD’ın önceki kararlarında da tebligatın davalıya çıkarılması için davacının tedbirli ve dikkatli davranması gerektiği, tebligatın davacının ihmalinden dolayı geciktirilmemesi gerektiği ve ancak zamanında (veya davacının ihmalinden kaynaklanmayan bir geçime bulunması durumunda) tebligatın yapılması durumunda davanın süresi içinde açıldığı kabul edilmiştir.⁴¹

³⁹ ABAD, 18.05.2022 tarihli ve C-466/20 sayılı Heitec kararı.

⁴⁰ C-466/20 sayılı Heitec kararı, paragraf 52, 59, 60.

⁴¹ ABAD 4.05.2017 tarihi ve C-29/16 sayılı HanseYachts kararı, paragraf 29; ABAD 06.10.2015 tarihli ve C-489/14 sayılı kararı, paragraf 32.

Dava açan kişinin, başvurusu ile markanın kullanılmaması konusundaki iradesini açık bir şekilde ortaya koyması ve iradenin karşı tarafa uygun süre içinde tebliğ edilmesi gerekir. Dava açan kişinin ciddi ve açık niyetinin kabul edilmesi için, başvurunun ulusal hukukun gereklerine uygun olarak ve ihmal göstermeksizin yapılması ve karşı tarafa bildirilmesi gerekir. İncelemeye konu olayda davacı, Nisan 2009'da davalıya bir uyarı mektubu (ihtarname) gönderdikten sonra, Aralık 2012'de Nürnberg-Fürth Bölge Mahkemesi'nde ihtiyati tedbir ve marka hukuku kapsamındaki çeşitli iddialar için talepte bulunmuş ve defalarca davalı taraflara kullanımı sonlandırmaları için mahkeme aracılığı ile uyarılarda bulunmuştur. Ancak dava, davalı tarafa Mayıs 2014'e kadar tebliğ edilmemiştir.⁴²

ABAD'a göre, dava dilekçesinin tebliğine ilişkin ulusal hukukun gerekliliklerine uyulmaması ve esas olarak davacıya atfedilebilecek nedenlerden dolayı beş yıllık sessiz kalma süresinin sona ermesine kadar eksikliklerin giderilmemesi halinde, sadece dava dilekçesinin verilmesi de sessiz kalmayı sona erdirmemektedir.⁴³ Netice olarak ABAD, sessiz kalma süresi olarak kabul edilen 5 yıllık süre içinde sadece dava dilekçesinin verilmesini yeterli görmemiş, ayrıca dava dilekçesinin uygun bir şekilde işleme alınması ve tebligatın yapılması için gerekli eksikliklerin tedbirli bir şekilde tamamlanmış olmasını da aramıştır.

Önceki marka hakkı sahibi, kullanımı öğrendiği tarihten itibaren 5 yıllık süre içinde dava açmış ve tedbirli bir şekilde gerekli işlemleri yapmışsa, bu durumda kullanıma sessiz kalmadığı kabul edilmektedir. Ancak ihtiyati tedbir alınması için dilekçe sunmasına rağmen ve mahkeme eliyle de olsa ihtarname göndermesine rağmen, davayı açmamışsa, sessiz kaldığı kabul edilmektedir.

Önceki marka hakkı sahibinin sadece ihtarname göndermesi, sessiz kalmadığı anlamına gelmediği ve davanın da bu süre içinde açılması gerektiği, davacının iradesinin açık ve tereddütsüz şekilde anlaşılması gerektiği sonucuna varmaktayız. Türk hukukuna göre, davanın açılmasından sonra, tebligatın gönderilmesinin geciktirilmesi için davacının bir eylemde bulunmaması halinde, davacının sessiz kalmadığı de hükümsüzlük davasını süresinde açtığını söylenebilir.

⁴² C-466/20, Heitec, paragraf 64, 65.

⁴³ C-466/2, Heitec, paragraf 67, 68.

III. KÖTÜNİYETLİ SONRAKİ MARKA TESCİLLERİ (VEYA KULLANIMLARI) BAKIMINDAN SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI

SMK md.25/6 hükmüyle, iyiniyetli sonraki tarihli tescil ettirenin tescili karşısında 5 yıllık süre içinde dava açılmasının hakkın kötüye kullanımı olmadığı ve önceki marka hakkı sahibinin dava açabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda, iyiniyetli sonraki marka tescilinin hükümsüzlüğü davasının kullanımın öğrenilmesinden itibaren 5 yıl içinde açılması gerektiği, bu süre içinde dava açılmaması halinde, sessiz kalındığı ve dava hakkının sona erdiği kabul edilmelidir.

Fikrimizce madde, 5 yıllık sürenin geçmesine rağmen, önceki marka hakkı sahibinin süresiz bir şekilde dava hakkına kavuştuğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu şekildeki bir kabul MK m.2 çerçevesinde kabul edilemez. Zira bir kişiye tanınan dava hakkının, sessiz kalmasına ve karşı tarafta haklı güven uyandırmasına rağmen süresiz olması hukuk tarafından kabul edilemez. SMK m.25/6, iyiniyetli tescil için, 5 yıl sessiz kalınması halinde dava hakkının düştüğünü düzenlemekle beraber, markasını iyiniyetli bir şekilde tescil ettirmeyen kişinin markasına karşı hükümsüzlük davasının açılma hakkının ilelebet süreceğini ve dava hakkına sahip olan kişinin bütün davranışlarının tolere edilebileceğini düzenlememektedir.

Burada kötüniyetli tescile karşı uzun süre sessiz kalanın Türk Hukukuna göre neden korunmayacağı iki sebebe dayanılarak açıklanacaktır: (1) uzun süre sessiz kalan kişinin makul sürede dava açma hakkını kötüye kullanması ve (2) sessiz kalan kişinin bu sessizliğinin zarar görenin rızası şeklinde yorumlanması.

A. Kötüniyetli Tescile Karşı Uzun Süre Sessiz Kalmak, Hakkın Kötüye Kullanılması Olarak Kabul Edilebilir

SMK m.25/6 hükmünde yer alan şartlara bakıldığında, iyiniyetli bir şekilde tescilli markanın kullanımına karşı 5 yıl sessiz kalan kişinin artık dava açma hakkını kaybettiği belirtilmiştir. Doktrinde tartışılan bir husus, sonraki markanın kötüniyetli bir şekilde tescilli olması halinde, hükümsüzlük davası açan kişinin sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğrayıp uğramayacağıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, SMK m.25/6, sadece iyiniyetli kişiye karşı 5 yıl sessiz kalan kişinin dava açma hakkını kaybettiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu hüküm, 5 yıldan daha kısa süre boyunca sessiz kalmanın,

hükümsüzlük dava açma hakkını sona erdirmeyeceğini düzenlemektedir. Bu hüküm getirilerek, iyiniyetli tescile karşı örneğin 3 yıl boyunca sessiz kalan kişinin dava hakkının sona ermeyeceği, bu sürenin en az 5 yıl olması gerektiğini düzenlemektedir. Ancak bu hükmün mefumu muhalifinden, kötüniyetli tescillere karşı dava açma süresinin hiç bulunmadığı şeklinde yorumlanması Türk Hukukunun temel ilkelerine uygun değildir.

Yargıtay birçok kararında kötüniyetli sonraki tescil halinde, hükümsüzlük davası açma hakkının sessiz kalma yoluyla düşmeyeceğine hükmetmektedir.⁴⁴

Ancak Yargıtay'ın başka bazı kararlarında, kötüniyetli tescillere karşı uzun süre sessiz kalınması durumunda dava açma hakkının düşeceği kabul edilmiştir.

Bu konuda Yargıtay HGK tarafından karara bağlanan Tiger/Tayger kararı önemlidir. Yarg. 11. HD'nin 14.06.2012 gün ve 2010/8788 E.-2012/10516 K. sayılı kararına göre,

- İlke olarak, hak sahibi olan davacı, hareket tarzı ile hakkın ihlaline zımnen müsaade ettiği taktirde, davalının senelerden beri kullandığı ve tanıttığı markanın iptalini talep edemez.
- Hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını çok geciktiren kimsenin M.K.nun 2. maddesinde anlamını bulan dürüstlüğe aykırı davranıp davranmadığının değerlendirilmesi gereklidir. Zira, haklı başka bir gerekçe olmadığı sürece, uzun süre tecavüze sessiz kalarak üçüncü kişiler nezdinde güven yaratan kişilere hükümsüzlük davası açma hakkı tanınması gerekmektedir.

Somut olay bazında Yargıtay

- Söz konusu kararda, davalı karşı -davacının en yeni marka tescil tarihi 23.01.1987 tarihli olduğunu;
- Davacı-karşı davalının Türkiye'de yapmış olduğu 1983 tarihli marka başvurusundan, davalı-karşı davacıya ait marka mesnet gösterilerek TPE tarafından "ayakkabı" emtiası çıkarıldığını;

⁴⁴ Yarg. 11. HD'nin T. 2.11.2020, E. 2020/154, K. 2020/4610 no.lu kararı.

- Buna rağmen davacı-karşı davalının hükümsüzlük davası açmadığını;
- Aradan 23 yıl gibi bir zaman geçtikten sonra davacı-karşı davalının hükümsüzlük davası açmasının MK 2. maddesi ile bağdaşmadığını;
- Her ne kadar 556 Sayılı KHK'nin 42/1-(a) bendi uyarınca kötüniyetli tescil halinde hükümsüzlük davası süreye tabi olmasa da, bu hakkın kullanılmasının sınırının MK md.2 olduğunu;
- Davacı-davalı şirketin ayakkabı emtiası yönünden yaptığı marka tescilinden itibaren 23 yıl gibi bir zaman boyunca bu markaya yatırımlar yapmasına sessiz kalarak davalı şirketin markası üzerinde emek sarf edip, masraf ve yatırımlar yaparak ticari çevrelerde tanıtmak suretiyle kendisine ait yeni bir değer oluşturduktan sonra söz konusu değer yok edilmesi sonucuna yol açacak şekilde davacının tecavüz teşkil ettiğini ileri sürerek hükümsüzlük talep etmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiş ve MK. 2. hükmü uyarınca korunmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir.

Yargıtay 14.06.2012 tarihli kararı ile, kötüniyetli tescile rağmen, bu tescille karşı 23 yıl boyunca dava açmayan davacının sessiz kalma yoluyla hakkını kaybettiği sonucuna varılmıştır. İlk derece mahkemesinin direnmesi üzerine, bu sefer Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu konuda hüküm kurmuştur.

Yargıtay HGK'nın 2013/11-1831 E. 2015/1198 K. sayılı ve 15.04.2015 tarihli kararına göre;

“Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; davacı karşı davalıya ait tanınmış markalar ile benzer olan davalı karşı davacıya ait markaların kötüniyetle tescil edilmesi halinde davacı karşı davalının sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğrayıp uğramadığı, varılacak sonuca göre davalı adına tescilli markalara ilişkin hükümsüzlük isteminin kabul edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle somut olayın özelliğine göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”

Görüldüğü üzere, Yargıtay HGK'nın 15.04.2015 tarihli kararı ile kötüniyetli tescil karşısında yıllarca sessiz kalan tarafın dava açma hakkının sona ereceği yönünde hüküm kurulmuştur. Nitekim söz konusu kararın Türk hukuk ilkelerine uygun olduğunu düşünmekteyiz.

Yarg. 11 HD'nin T. 26.11.2019, E. 2019/369, K. 2019/7529 no.lu kararına göre;

“mahkemenin kullanmama nedeniyle marka iptali davasının yasal dayanağının kalmadığı ve hükümsüzlük davasının reddine ilişkin kararında bir isabetsizlik olmadığı, **davalının marka tescilinin kötü niyetli olduğu kabul edilse dahi marka tescilinden yaklaşık 21 yıl sonra işbu hükümsüzlük davasının açılmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulunduğu, emsal kararlara göre marka tescilinin kötü niyetli olduğu hallerde dahi sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğranmasının mümkün bulunduğu gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esas yönünden reddine karar verilmiştir.**”

Marka hakkına tecavüz halinde de Yargıtay sessiz kalma yoluyla hak kaybının oluşacağı yönünde yerleşik içtihadı bulunmaktadır. Netice itibariyle, gerek tescilin, gerek kullanımın kötüniyetli olması halinde, tescille/kullanıma uzun bir süre sessiz kalarak ve dava açma hakkını kullanmayarak karşı tarafta dava açılmayacağı yönünde güven uyandıran kişinin, yıllar sonra dava açması karşı tarafın iyiniyetli veya kötüniyetli olmasından bağımsız olarak hakkın kötüye kullanımı teşkil eder. Hakkın kötüye kullanılmasının korunmadığı bir hukuk düzeninde, korunmayan kişi hakkın sahibidir. Nitekim MK m.2, hakkın kötüye kullanılması müessesesini, karşı tarafın iyiniyetli veya kötüniyetli olup olmadığına bakmaksızın düzenlenmiştir. Elbette ki menfaatler dengesi tartışılacaktır, ancak bu menfaatler dengesinde, karşı tarafın mutlaka iyiniyetli olması gerektiği şeklinde bir sonuca varılması mümkün değildir.

B. Zarar Görenin Kötüniyetli Tescile Ses Çıkarmaması Yoluyla Oluşan Rızası, Fiilin Hukuka Aykırılığını Kaldırmamakla Beraber, Haksız Fiile Bağlanan Sonuçların Gerçekleşmesini Önleyecek Niteliktedir

Hukuka aykırılığı kaldıran haller, birbiriyle çatışan iki kural ya da menfaatten, birinin daha üstün tutulması esasına dayanmaktadır. Hukuka aykırılığı kaldıran hallerin söz konusu olduğu durumda, normal şartlar altında hukuka aykırı olan fiiller hukuka uygun hale gelmektedir.⁴⁵ Nitekim bu kural

⁴⁵ ANTALYA Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 67; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 623; KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 369; NÖMER Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2012, s. 112; REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2008, s. 144.

BK m.63/2 hükmünde şu şekilde kaleme alınmıştır; *Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.*

Mağdur olduğunu ileri süren kişinin, failin davranışına rıza göstermesi, failin davranışının hukuka aykırı sayılmasına engel teşkil eder. Mağdurun rızasının, ona karşı işlenen fiilin hukuka aykırılığını önleyebilmesi, razı olma işleminin geçerli olmasına bağlıdır.⁴⁶ Rıza, doğrudan doğruya fiile ilişkin olabileceği gibi, olaydaki riskin kabullenmesi şeklinde de karşımıza çıkabilir. Rıza açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir. Bir davranışın “rıza” olarak kabul edilip edilmemesi, güven prensibi çerçevesinde değerlendirilir.⁴⁷

Esasen mağdurun izni, haksız fiil gerçekleşmeden önce verildiği için, fiilin hukuka aykırılığını engeller. Zarar verici davranış gerçekleşikten sonra verilen icazet (sonradan gelen kabul), fiilin haksızlığını ortadan kaldırmaz, sadece doğan tazminat alacağının ibra ile ortadan kalkması sonucunu doğurabilir.⁴⁸ Rızanın her iki terimi de içerecek kadar geniş olduğu kabul edilebilir.⁴⁹ Örtülü rızanın, açık rıza ile aynı sonuca yol açtığı genel olarak kabul edilmektedir.⁵⁰

Fikrimizce uzun bir süre sessiz kalan bir kişi, tescilin kötünietli olması durumunda dahi güven nazariyesi karşısında kullanıma izin vermiş olarak kabul edilmelidir. Ancak her somut olayın kendi şartları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Uzun süre sessiz kalan kişi, aslında sessiz kaldığı süre boyunca zarara katlanmaktadır. Dolayısıyla zararın oluşumunda kendi kusurunun bulunduğu kabul edilmesi gerekir.

İyi niyetli tescil açısından 5 yıl dolmadan kişinin dava açma hakkının sona ermediği, ancak 5 yıldan uzun süre susması, bu kullanıma rıza göster-

⁴⁶ OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Vedat, İstanbul, 2016, s. 22, 23.

⁴⁷ OĞUZMAN / ÖZ, C. II, s. 25, 26.

⁴⁸ OĞUZMAN / ÖZ, s. 26.

⁴⁹ Rıza'nın ne şekilde anlaşılacağı konusunda sadece Medeni Kanun madde md.118'in gerekçesinde bir cümle bulunmaktadır. Gerekçedeki bu cümleye göre, Maddenin ikinci fıkrasında “kanunî mümessillerinin muvafakati” yerine “yasal temsilcilerinin rızası” kavramına yer verilmiştir. Bu yolla yasal temsilcisinin nişanlanmaya rızasının sadece izin şeklinde değil icazet şeklinde de olabileceği kabul edilmiştir.

⁵⁰ OĞUZMAN / ÖZ, s. 122.

diğinin bir işareti olarak kabul edilmiştir. İyiniyetli tescil hakkında bu kabulün varlığı, kötüniyetli tescil açısından her daim dava açılabilceğı sonucuna varmamıza yol açmaz. Hangi hallerde uzun süre sessiz kalmanın dava açma hakkının kaybı olarak değerlendirileceğı, her somut olayın şartları çerçevesinde incelenmelidir. Zarar görenin, zararın doğması yönünde iradesi varsa, bu iradeye hukuki sonuç bağlanmalı ve bu husus sorumluluğun paylaşılmasında dikkate alınmalıdır.⁵¹

Önceki tescili ve kullanımı bilmesine rağmen uzun süre susan bir kişinin susma süresi, tescilin iyiniyetli olup olmamasına göre sonuç doğuracaktır. İyiniyetli tescil karşısında en fazla 5 yıl sessiz kalmasının kabul edilebileceğı, beş yılı aşan sessizlik karşısında, artık dava açamayacağı SMK'da açıkça düzenlenmiştir. Kötüniyetli tescil söz konusu olduğu zaman, sessiz kalma süresinin 5 yıldan daha uzun olması tarafımızca da kabul edilmekle beraber, kötüniyetli tescil karşısında da genel kurala uyulması gerektiğı ve 5 yılı aşan sessiz kalma durumlarında, her somut olayın özellikleri çerçevesinde dava açma hakkının sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zarar görenin göze aldığı risk, aynı zamanda zarar görenin zarara uğrayacağını öngördüğünü de gösterir. Zarar görenin öngördüğü ve buna rağmen göze aldığı risk, zarar görenin kusurunu teşkil eder.⁵²

Yarg. 11. HD'nin Selçuk kararında, tarafların 30 yıl önce görülen bir dava nedeniyle, tacir olan tarafların markanın kullanıldığından haberdar olmadıklarının düşünölemeyeceğı ve birbirlerinin kullanımlarına 30 yıl sessiz kalarak bu kullanımlara zımnem icazet verdikleri, karşılıklı olarak hak kaybına uğradıkları kabul edilmiştir.⁵³ Bu karardan da göröleceğı gibi, 30 yıl boyunca haberdar olunan kullanıma karşı sessiz kalmak "icazet" olarak yorumlanmıştır. Yargıtay'ın bu kararı da uzun süre sessiz kalan kişinin kullanıma rızasının bulunduğu ve artık hükümsüzlük talep edemeyeceğini göstermektedir.

Bundan dolayı, yukarıda aktarılan Yargıtay kararlarının, hukuktaki temel ilkelere uygun olduğunu düşünmekteyiz. Fikrimizce de kötüniyetli tescile karşı beş yılı aşan sessiz kalmalar dolayısıyla dava açma hakkı düşecektir. Ancak bu konuda belli ve kesin bir sürenin öngörölmesi mümkün değıl-

⁵¹ BAYSAL Başak, Zarar Görenin Kusuru, Onikilevha, İstanbul 2012, s. 208-210.

⁵² BAYSAL s. 210.

⁵³ Yarg. 11. HD'nin T. 26.01.2011, E. 2009/7692, K. 2011/808 no.lu karar için bkz. ÇOLAK, s. 883.

dir. Kanun koyucu iyi niyetli tescil için 5 yıllık süreyi öngörmüş olmakla beraber, kötünietli tescil için herhangi bir süreyi öngörmeyerek, genel hükümlerin uygulanmasını yargı kararlarına bırakmıştır.

C. Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı ile Çelişkili Davranış Arasındaki Yoğunluk Farkına İlişkin Modatimkar Kararı ve Gelişimi

Modatimkar kararı ticaret unvanı kullanımına karşı sessiz kalınmış olup olmamasıyla ilgili olarak verilen önemli bir karardır. Bu kararda birçok önemli konuya değinilmiştir. Karardaki kilit noktaları belirtmeden önce, dava konusu olay hakkında bilgi verilmesi uygun olur.

- Modatimkar ticaret unvanlı davacı şirket ticaret siciline 08.01.1987 tarihinde tescil edilmiştir.
- “Modatimkar” ibaresi marka olarak davacı şirket adına 2002/02484 sayı ile tescil edilmiştir.
- Davalı şirketin hâkim ortağı ve yönetici olan Y. Karamolla, aynı zamanda davacı şirketin kurucu ortağı olup belli bir süre şirketin yöneticiliğini yapmış, 2003 yılında ise şirketten ayrılmıştır.
- Modatimkar ticaret unvanlı davalı şirket ticaret siciline 22.03.2007 tarihinde tescil edilmiştir.
- Her iki şirket aynı binada ve aynı sektörde faaliyet göstermektedir.
- Dosya kapsamında bulunan “taahhütname” başlıklı işçi devrine ilişkin belgede; kurum içerisinde bir başka şirketin kurulduğu, işçinin bu yeni şirkette 08.06.2007 tarihinden itibaren çalışmaya devam edeceği, yapılan işin ve işyeri adresinin değişmeyeceği, şirket unvanının ve SGK işyeri numarasının değişmesinin işçinin kazanılmış haklarını ihlal etmeyeceği belirtilmiş, anılan belge her iki şirketin unvanı altında imzalanmıştır.
- Davacı tarafından ticaret unvanının kullanılmasına ilişkin ihtarname 31.03.2008 tarihinde gönderilmiştir.
- Ticaret unvanının terkin ve markaya tecavüz davası 07.05.2008 tarihinde açılmıştır.

Bu dava konusu olayda Yargıtay HGK’nin 6 ay arayla verdiği iki farklı karar bulunmaktadır.

Yargıtay HGK. 2020/532 E. 2020/1011 K. sayılı ve 09.12.2020 tarihli kararı, Bakırköy Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin direnme kararı üzerine verilmiştir. Kararda öncelikle sessiz kalma yoluyla hak kaybı konusunda açıklama yapıldıktan sonra, MK m.2'deki hakkın kötüye kullanılması konusu değerlendirilmiş ve somut olay bakımından sessiz kalma yoluyla hakkın kaybolmamasına rağmen, davacının dava açma hakkını kötüye kullandığı belirtilmiştir.

Kararda, sessiz kalma yoluyla hak kaybında olduğu gibi önceki eylemiyle çelişkili davranma yasağının da temelinde MK'nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı bulunduğu belirtildikten sonra, ikisi arasındaki farka değinilmiştir:

*Sessiz kalma nedeniyle hak kaybında, önceki hak sahibinin ticaret unvanının davalı tarafından kullanıldığından haberdar olmasına rağmen uzun süre olumlu hiçbir davranış sergilemeden sessiz kaldıktan sonra dava açması “dava hakkının kötüye kullanılması” olarak nitelendirilirken; önceki eylemiyle çelişkili davranma yasağında ise önceki hak sahibinin ticaret unvanının davalı tarafından kullanılmasını olumlu davranışıyla zımnen onayladıktan sonra bu onayıyla çelişkili davranarak “dava hakkının kötüye kullanılması” söz konusudur. **Önceki hak sahibinin ticaret unvanının davalı tarafından kullanılmasına olumlu hiçbir davranış sergilemeden sessiz kalmasının davalı nezdinde oluşturduğu güven ile bu kullanımı olumlu bir davranış ile onayan önceki hak sahibinin davalı nezdinde oluşturduğu güvenin yoğunluğu birbirinden farklıdır.***

Yargıtay, oluşan güven açısından, bir fiilin yapılmasına doğrudan izin verilmesi halini, sadece sessiz kalma haline göre daha yoğun olarak kabul etmiştir. Bu kararda, davacı ve davalı şirketlerin işçi devrine ilişkin “taahhütname” başlıklı belgede kurum içerisinde bir başka şirketin kurulduğu, işçinin bu yeni şirkette 08.06.2007 tarihinden itibaren çalışmaya devam edeceği, yapılan işin ve işyeri adresinin değişmeyeceği, şirket unvanının ve SGK işyeri numarasının değişmesinin işçinin kazanılmış haklarını ihlal etmeyeceği belirtilmiş, anılan belge her iki şirketin unvanı altında imzalanmıştır. Yargıtay, “taahhütname” başlıklı belgenin davacı tarafından “modatimkar” ibaresinin kullanılmasına yazılı muvafakat verildiği anlamına gelmeyeceğini; ancak aynı binada ve aynı sektörde faaliyet gösteren ve davalı şirketi kendi bünyesi içindeki bir başka şirket olarak gören davacı şirketin, davalının “modatimkar” ibaresini ticaret unvanında kullanmasını olumlu davranışları ile onayladığının açık olduğunu kabul etmiştir. Bu itibarla taraflar arasındaki ilişki ve yaşanan

süreç gözetildiğinde, davalı şirketin “modatimkar” ibaresini kötüniyetli olarak tescil ettirdiğinden bahsedilemeyeceği belirtilmiştir.

Netice itibarıyla Yargıtay, çelişkili davranış yasağına aykırı davranışı müstakil bir itiraz olarak kabul etmiş ve sessiz kalma yoluyla hak kaybının oluşmadığı durumlarda dahi, önceki davranışıyla çelişkili şekilde davranan kişinin dava açma hakkını kaybedeceğini hüküm altına almıştır. Bu karar, MK m.2’nin sessiz kalma yoluyla hak kaybı dışındaki uygulama alanını belirtmesi açısından çok önemlidir.

Davacı vekili, karar düzeltme yoluna gitmiş ve bunun üzerine Yarg. HGK E. 2021/456, K. 2021/776, T. 17.6.2021 tarihli kararı ile 09.12.2020 tarihli kararına zıt bir karar vermiştir. Yargıtay’ın verdiği bazı önemli belirlemelere aşağıda değinilecektir.

Yargıtay sessiz kalma yoluyla hak kaybı açısından, sürenin sadece hükümsüzlük davası açısından belirtildiğini ve hükümsüzlük haricinde, her somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir;⁵⁴

“Buna göre marka hükümsüzlük davalarında sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için beş yıllık sürenin geçmiş olması gerekmektedir. Ancak ticaret unvanı yönünden mevzuatta bir süre belirlemesi bulunmadığından TMK’nin 2. maddesi de gözetilmek suretiyle her somut olayın özellikleri dikkate alınarak sürenin belirlenmesi gerekmektedir.”

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunun bir itiraz olduğu ve hakim tarafından re’sen göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir;⁵⁵

“Hemen belirtmelidir ki; sessiz kalma nedeniyle dava açılmayacağı yönündeki savunma bir def’i olmayıp itirazdır. Zira sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin dayanağı TMK’nin 2. maddesi olduğuna göre, dava açılması açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve bu durum dava dosyasından ortaya konulabiliyorsa, sessiz kalma yoluyla hak kaybı bir itiraz olarak kabul edilip hâkim tarafından re’sen dikkate alınmalıdır. Keza TMK’nin 2/2. maddesi gereğince bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”

⁵⁴ Yarg. HGK E. 2021/456, K. 2021/776, T. 17.6.2021 tarihli karar, paragraf no. 20.

⁵⁵ Yarg. HGK E. 2021/456, K. 2021/776, T. 17.6.2021 tarihli karar, paragraf no. 21. Ancak yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, fikrimizce sessiz kalma yoluyla hak kaybı, davalı tarafından ileri sürülmesi gereken def’i niteliğindedir.

Karada, davacı şirketin eski ortağı olan kişinin sonrasında davalı şirketi kurması ve davacı şirketin ticaret unvanındaki ayırt edici unsuru alması, kötüniyetli bir davranış olarak kabul edilmiştir.⁵⁶

Yine 2021 tarihli kararında Yargıtay HGK, davacı tarafından gerçekleştirilen davranışların onay olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir;⁵⁷

“Dosya kapsamında bulunan ‘‘taahhütname’’ başlıklı işçi devrine ilişkin belgede; kurum içerisinde bir başka şirketin kurulduğu, işçinin bu yeni şirkette 08.06.2007 tarihinden itibaren çalışmaya devam edeceği, yapılan işin ve işyeri adresinin değişmeyeceği, şirket unvanının ve SGK işyeri numarasının değişmesinin işçinin kazanılmış haklarını ihlal etmeyeceği belirtilmiş, anılan belge her iki şirketin unvanı altında imzalanmıştır. Davacı şirketin muhasebe bölümünden verilen bu belge, ticaret unvanını kullanmaya izin amacıyla düzenlenen bir belge olmayıp belgede ‘‘muvafakat eden’’ olarak imzası bulunan işçinin davalı şirkette sosyal güvenlik haklarının devamı için işçinin nakli sırasında düzenlenen bir belge niteliğindedir. Belgede yer alan ‘‘kurum içinde bir başka şirket’’ ibaresinden ise taraflar arasında organik bağ bulunduğu anlamının çıkarılamayacağı açıktır.”

Yargıtay HGK, 2021 tarihli kararıyla, aşağıdaki hususları belirtmiştir;⁵⁸

- Davalı şirketin ‘‘Modatimkar’’ ibaresini ticaret unvanı olarak tescil ettirmesinin kötü niyetli olduğu,
- Dolayısıyla sessiz kalma nedeniyle hak kaybından bahsedilemeyeceği,
- ‘‘Taahhütname’’ başlıklı işçi devrine ve işçinin haklarının korunmasına ilişkin belgenin ticaret unvanının kullanılmasına yazılı muvafakat verildiği anlamına gelmeyeceği,
- Davacının sessiz kalmadığı konusunda,
 - Davalı şirketin ticaret siciline 22.03.2007 tarihinde tescil edildiği,
 - Davacı tarafından ticaret unvanının kullanılmamasına ilişkin ihtarname 31.03.2008 tarihinde gönderildiği ve

⁵⁶ Yarg. HGK E. 2021/456, K. 2021/776, T. 17.6.2021 tarihli karar, paragraf no. 24, 25.

⁵⁷ Yarg. HGK E. 2021/456, K. 2021/776, T. 17.6.2021 tarihli karar, paragraf no. 26.

⁵⁸ Yarg. HGK E. 2021/456, K. 2021/776, T. 17.6.2021 tarihli karar, paragraf no. 23, 27.

- Davanın 07.05.2008 tarihinde açıldığı
- Davalı şirketin kurulmasından itibaren bir yıl içinde unvanın kullanılmamasına yönelik ihtarname gönderildiği, dava hazırlık süreci ve taraflar arasındaki nizalar gözetildiğinde ihtarnamenin ve davanın makul süre içerisinde açıldığı ve sessiz kalmanın söz konusu olmadığı kabul edilmiştir.

Yargıtay HGK 17.06.2021 tarihli kararında, “sessiz kalma” ve “çelişkili davranış” arasındaki farka açıkça değinmemiş olmakla beraber, davacının davranışlarının davalının eylemlerini onaylama olarak kabul edilemeyeceğini, davalıda haklı bir güven oluşturmadığını, ticaret unvanının tescili tarihinden itibaren 1 yıl içinde ihtarname çektiğini ve yaklaşık 1 ay sonra dava açtığını, sessiz kalma yoluyla hak kaybının oluşmadığını belirtmiştir.

Fikrimizce Yargıtay HGK tarafından verilen 09.12.2020 tarihli kararın en önemli ve çığır açan tespiti “sessiz kalma” ve “çelişkili davranış yasağı” arasındaki farkın belirlenmesidir. Bu tespit Yargıtay HGK tarafından verilen 17.06.2021 tarihli kararla geçersiz kılınmamış; sadece olaylar incelendiğinde, karşı tarafta haklı bir güven oluşturulmadığı ve davanın 1 yıl içinde açıldığını göz önünde bulundurularak, TMK m.2 çerçevesinde davacının davranışının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulunmadığını belirtmiştir.

İnceleme konusu davadaki süreler göz önünde bulundurulduğunda, gerçekten de davacının 1 yıl gibi bir sürede ihtarname gönderdiği ve ihtarnameden yaklaşık 1 ay 7 gün sonra dava açtığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu kadar kısa bir sürede sessiz kalındığının kabul edilmemesi olağandır. Ancak belirttiğimiz gibi, “sessiz kalma” ve “çelişkili davranış” arasındaki yoğunluk farklı değerlendirmesi, Yargıtay HGK tarafından sonraki kararı ile geçersiz kılınmamıştır.

IV. İYİ NİYETLİ SONRAKİ TESCİLİ VE KULLANIMI BİLMESİNE RAĞMEN SADECE SUSMAK YERİNE OLUMLU DAVRANIŞLARDA BULUNMAK SURETİYLE ÇELİŞKİLİ DAVRANAN VE DAVA AÇMAYACAĞI İZLENİMİNİ UYANDIRAN DAVACI, DAVA AÇMA HAKKINI 5 YILDAN DAVA KISA SÜREDE KAYBEDEBİLİR

İyi niyetli tescilli kullanıma karşı önceki marka hakkı sahibi, (1) sessiz kalmış olabilir ve engellemek için herhangi bir girişimde bulunmamış olabilir, bunun dışında (2) iyi niyetli tescilli kullanımı bildiği halde, adeta bu kul-

lanıma onay veriyor da olabilir. İkinci ihtimalde sessiz kalmak için mutlaka 5 yıllık sürenin geçmesini beklemek gerekir mi? Yoksa 5 yıldan daha kısa bir süre için de sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleştiği ileri sürülebilir mi?

Esasen yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, SMK m.25/6'nın kabul edilmesiyle beraber, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için davacının, davalının tescilli kullanımına karşı 5 yıl boyunca sessiz kalmış olması yeterli olarak kabul edilmektedir. Davacının bu 5 yıllık süre içinde davacı ile ticari bir ilişkiye girmesi veya davalının kullanımına izin veriyor izlenimini uyandırmasına gerek bulunmamaktadır. Davacının kullanımı bilmesine rağmen susması, hükümsüzlük sebeplerini davalıya karşı ileri sürememesi için yeterlidir. SMK m.25/6'nın kabul edilmesiyle beraber, artık davacının çelişkili davranışlar sergilediğini göstermeye gerek yoktur.

Yukarıda değindiğimiz ve çığır açan karar olarak nitelendirdiğimiz Yargıtay HGK. 2020/532 E. 2020/1011 K. sayılı ve 09.12.2020 tarihli kararında, sessiz kalma yoluyla hak kaybı ile kullanımı olumlu bir davranış ile onayan davranış arasında yoğunluk farkı olduğu belirtilmiştir:

“Önceki hak sahibinin ticaret unvanının davalı tarafından kullanılmasına olumlu hiçbir davranış sergilemeden sessiz kalmasının davalı nezdinde oluşturduğu güven ile bu kullanımı olumlu bir davranış ile onayan önceki hak sahibinin davalı nezdinde oluşturduğu güvenin yoğunluğu birbirinden farklıdır.”

Fikrimizce Yargıtayın bu kararındaki düşünce, MK m.2'nin uygulanması bakımından son derece önemli olup, eğer davacı taraf sadece sessiz kalmıyorsa ve davalının davranışını onaylar şekilde davranıyorsa, artık davalının kendisini savunması için, yine de 5 yıllık sürenin dolmuş olmasını beklemesine gerek yoktur.

Dürüstlük kuralı,⁵⁹ MK m.2'de yer almaktadır. MK m.2/1'e göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.” Bu kuralda, güven prensibi hakimdir.⁶⁰ Dürüstlük kuralı, toplumdaki dürüst, namuslu ve orta zekalı kişilerin, ahlaka, dürüstlüğe ve karşılıklı güvene uygun olarak sürekli davranışları neticesinde oluşan ve toplum tarafın-

⁵⁹ Dürüstlük kuralı için ayrıca, “doğruluk ve güven kuralları”, “afaki iyiniyet”, “objektif hüsnüniyet”, “dürüstlük ve iyiniyet” terimleri de kullanılmaktadır.

⁶⁰ EDİS, Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği, s. 447.

dan benimsenmiş olan ilkeleri içeren bir kuraldır.⁶¹ Dürüstlük kuralının amacı, kişilerin haklarını kullanırken, borçlarını ifa ederken veya diğer ilişkilerinde dürüst bir kimsenin benzer olaylardaki davranışını sergilemesini sağlamaktır.⁶² Dürüst davranma, kişiye gösterilen güvene uygun olarak davranmadır.⁶³

Hakkın kötüye kullanılması MK m.2/2 hükmünde düzenlenmiştir; “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*”. Bu hükümle, hiçbir hakkın kötüye kullanılamayacağı kuralı getirilmiştir. Eğer kişi haklarını kullanırken dürüstlük kuralına aykırı davrandıysa, MK m.2/2 hükümdeki yasak devreye girer ve kişinin hakkını kötüye kullanması engellenir. Netice olarak haklarını kullanırken dürüstlük kuralına aykırı davranmanın sonucu, hak kötüye kullanılmamış olsaydı sağlanacak hukuki korumadan yararlanılmamasıdır. Hakkını kötüye kullanan kişi açısından yaptırım, kötüye kullanılan hakkın korunmamasıdır.⁶⁴ Dürüstlük kuralına aykırı davranış hukuk tarafından korunmamaktadır. MK m.2’deki hüküm ile temel bir ilke konulmuş ve bütün dürüstlük kuralına aykırı davranışlar için genel bir yaptırım düzenlenmiştir: kötüye kullanılan hakkın korunmaması.

Bir hak uzun süre kullanılmadığı için karşı tarafta bir güven uyandırılmışsa, karşı tarafta uyandırılan güven sebebiyle bu hakkın kullanımına imkân tanımamak gerekir.⁶⁵ Dava açma hakkına sahip bir kişi, uzun süre sessiz kalarak artık dava açmayacağı konusunda karşı tarafa bir güven veriyse, bu davranışıyla çelişecek bir şekilde hareket etmesi ve dava açması hukuk tarafından korunmamaktadır. Önceki davranışı ile çelişkili bir şekilde davranan kişinin hakkının korunmaması gerekmektedir.⁶⁶

Sessiz kalma nedeniyle dava açma hakkı pozitif hukuka ilk defa SMK m.25/6 hükmüyle girmiştir. Ancak SMK’nın yürürlüğe giriş tarihi olan 10.01.2017 tarihinden önce de uzun süre sessiz kalan kişinin dava açma

⁶¹ KAVAK, s. 27; AKINTÜRK / AKİPEK / ATEŞ, s. 179; ERMAN Hasan, Medeni Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 2016, s. 103; ANTALYA Gökhan / TOPUZ Murat, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, Seçkin, İstanbul, 2017, s. 355.

⁶² EDİS, Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği, s. 448.

⁶³ KAVAK, 2019, s. 28; YASAMAN Hamdi, Markaların Hükümsüzlüğü Davalarında Dava Açma Süresi, s. 392, 393.

⁶⁴ KAVAK, s. 101.

⁶⁵ Önceki davranış ile çelişkili davranma yasağı (Venire contra factum proprium) konusunda geniş bilgi için bkz. AKYOL Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Vedat, İstanbul, 2006, s. 52 vd.

⁶⁶ KAVAK, s. 81.

hakkını kaybettiği Yargıtay kararlarıyla kabul edilmekteydi. Sessiz kalma yoluyla hak kaybının oluşması için, hak sahibinin hakkı kullanma yetkisi-nden haberdar olması gerekir. Bir kere karşı tarafta güven uyandıran bir kişi, artık bu davranışıyla çelişir şekilde davranıp dava açarsa, bu davranışı dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak kabul edilir ve bu hakkı korunmaz.⁶⁷ Dava açma hakkını uygun zaman içinde kullanmayan kişi, bu hakkını kullanmayacağını karşı tarafa açık veya örtülü olarak açıklamış olabilir.⁶⁸

Yargıtay'ın kararlarında belirtildiği gibi, sessiz kalma yoluyla hak kaybına yol açacak davranış, kişinin önceki davranışlarıyla çelişkili davranış yasağı teşkil etmesinden kaynaklanabilir. Bir diğer ifade ile, eğer karşı tarafta dava açılmayacağına ilişkin bir güven uyandırılmadıysa (açıkça veya örtülü bir şekilde), artık sessiz kalma yoluyla hak kaybindan bahsedilmesi MK m.2'ye aykırıdır.⁶⁹

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2016/7512 E. 2018/2166 K. sayılı ve 21.03.2018 tarihli kararına göre;

“Hak sahibinin hakkının ihlali karşısında, bu ihlal yönünden uzun süre harekete geçmeyerek ve sessiz kalarak veya bu ihlale icazet anlamında, *o kişiyle bu ihlali bilerek ticari ilişkiye girmek suretiyle müteceviz üzerinde, kendisine karşı bu hak sebebiyle dava açılmayacağı kanaat ve güven oluşturulduktan sonra önceki hakkına dayanarak mütecevize karşı dava açması çelişkili davranış teşkil edecektir. Çelişkili davranış MK m.2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı, kötü niyetli ve yasak bir davranış olup hukuk tarafından himaye görmesi mümkün değildir (venire contra factum proprium)*”.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2016/5038 E. 2018/921 K. sayılı ve 08.02.2018 tarihli kararına göre;

“Davacının, söz konusu eylemleri bilmesine ve eserin yeni basılardan haberdar olmasına rağmen, işbu davanın açılış tarihi olan 2012 yılına kadar sessiz kaldığı, davalılara bir ihtar göndermediği gibi herhangi bir hak talebinde de bulunmadığı, *bu kadar uzun süre sessiz kaldıktan ve karşı tarafta artık dava açmayacağına dair güven oluşturduktan sonra işbu davayı açarak eser sahipliğine dayalı telif haklarını talep etmesi-*

⁶⁷ AKYOL, s. 57, ANTALYA / TOPUZ, s. 405 vd.; KAVAK, s. 83.

⁶⁸ AKYOL, s. 63, KAVAK, s. 86.

⁶⁹ YURTOĞLU CAN, s. 31-43.

nin Türk Medeni Kanunu 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olduğu gözetildiğinde davacının sessiz kalma suretiyle hak kaybına uğradığının kabulüyle davanın reddi yönünde hüküm kurulması gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın kabulü doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2016/3260 E. 2017/5990 K. sayılı ve 01.11.2017 tarihli kararına göre;

“Mahkemece, Dairemizin bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya göre, sessiz kalma yoluyla hak kaybının oluşmadığı, önceki davranışı ile çelişki oluşturup karşı tarafta yarattığı güven sebebiyle çelişkili davranma yasağı uyarınca MK’nin 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılığında oluşmadığı...”

Görüldüğü üzere Yargıtay kararlarına göre, dürüstlük kuralının bir görünüş biçimi olan güven nazariyesi ve çelişkili davranış yasağına aykırı olarak uzun süre dava açmayan kişi, hakkını kötüye kullanmış olup, sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğrar. Bunun sonucunda dava açma hakkını kaybettiği kabul edilir.

Özellikle sonraki tescilli marka sahibinin iyiniyetli olduğu ve önceki marka sahibinin çelişkili davranışlarda bulunması suretiyle davalıda haklı güven uyandırması durumunda, 5 yıllık sürenin aranması adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Fikrimizce MK m.2’ye aykırılığın bulunduğu bu durumda, 5 yıllık sürenin beklenmesi gerekmemektedir. Unutulmaması gereken husus, iyiniyetli bir kişinin hakkının sona erdirildiğidir. İyiniyetli bir şekilde markayı uzun bir süre kullanan, bu marka için gerekli yatırımı yapan bir kişinin bu hakkı korunmaya değerdir.

Davacının sadece sessiz kalması durumunda, davalının “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” savunmasına dayanabilmesi için 5 yıllık sürenin geçmesinin beklenmesi sorun teşkil etmezken; davacı tarafın özellikle olumlu davranışlar göstererek davalı nezdinde haklı güven uyandırması durumunda 5 yıllık sürenin aranması adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. Davacının dava açmadan önce davalıya karşı olumlu davranışlar gösterdikten sonra dava açması halinde, 5 yılın geçmesini beklemek, hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilecek niteliktedir. Eğer davacı, dava açılmasından önce sadece sessiz kalmamışsa, davalıya karşı kullanıma izin verdiği yönünde olumlu davranışlarda bulunmuşsa, sürenin her somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bir davranışta bulunulmayacağına dair kişide haklı bir güven

uyandırılmasına rağmen, hakkın kaybolması için beş yıl beklenmesi Türk hukukundaki temel prensipler ışığında doğru değildir. İsviçre hukukuna bakıldığında sessiz kalma yoluyla hak kaybının kanunda açıkça düzenlenmediği, sessiz kalma yoluyla hak kaybının İsv.BK m.2 çerçevesinde çözüldüğü bilinmektedir. Bu hukukta da önceki marka hakkı sahibinin, markasını ihlal eden işaretin kullanımına uzun süre katlanmış olması gerekmektedir. Süre İsviçre hukukunda da tam olarak belirlenmemiştir. Federal Mahkeme kararlarında bu süre 4-9 yıl arasında değişmektedir.⁷⁰ Somut olaya göre, bir buçuk yıllık bir katlanmanın da sessiz kalma yoluyla hak kaybının vuku bulması için yeterli olduğu İsviçre Federal Mahkemesince kabul edilmiştir.⁷¹

Diğer AB ülkeleri açısından dava açma süresinin beş yıllla sınırlandırılması, haksız sonuçlara yol açmayabilir. Zira bu hukuk sistemlerinde, Türk hukukundaki MK m.2 gibi temel ve tüm hukuki ilişkilerde uygulanan bir kural bulunmamaktadır.⁷² Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, MK m.2’de ifadesini bulan “dürüstlük kuralı” genel bir hukuki norm olup, tüm ilişkilerde göz önünde bulundurulmalıdır. Özellikle markanın hükümsüzlüğü için dava açılmayacağı izlenimi yaratılmışsa, ancak yine de dava açılmışsa, hakkın sona erip ermediği dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Bununla birlikte, olumlu davranış halinde dahi, sürenin çok kısa olarak tutulmaması gerekir. Özellikle benzer markaların söz konusu olduğu durumlarda, ilk marka hakkı sahibine tanınan dava açma hakkının çok fazla kısıtlanmaması gerekmektedir. Zira, markalar arasında karıştırılma ihtimalinin bulunup bulunmadığının tespiti için, ikinci markanın kullanılmasının birinci marka üzerindeki etkisi gözlemlenmelidir. Hakkı ihlal edip etmediğinin tespiti için belli bir sürenin geçmesi gerekir. Bu süre içinde, markaların halk tarafından ne şekilde değerlendirildiğinin, işaretlerin karıştırılıp karıştırılmadığının tespit edilmesi ve bunun sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁷⁰ TF, sic! 2005, s. 883 S100; ATF 76 II 393 (özellikle s. 394); ATF 81 II 284 (özellikle s. 291) Com pass; ATF 85 II 120 (özellikle s. 130) A Study in Scarlet; ATF 100 II 395 (özellikle p. 400) Akademikergemeinschaft; RSPI 1994, s. 206.

⁷¹ TF, sic! 1998, p. 320 Lanceur de drapeau II. Killias, La Mise en Oeuvre de la Protection des Signes Distinctifs, s. 115, no. 389.

⁷² TMK md.2 hükmü İsviçre Borçlar Kanunundan alınmış olup, başlangıç hükümleri arasında yer almaktadır. Bu konuda Alman Medeni Kanunundaki düzenleme tarzının farklı olduğu, bazı eksiklikler taşıdığı ve gereksiz tartışmalara yol açabileceği hakkında bkz. Nami BARLAS, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1997, C. 55, S. 31, s. 191-208, s. 192 vd.

Süre her somut olay içinde değerlendirilmelidir. Bazı durumlar için uzun sayılabilecek bir süre başka bazı durumlar için kısa sayılabilir.

Yargıtayın, bazı kararlarında sessiz kalma yoluyla kaybını MK m.2 kapsamında uyguladığı ve bu hükmü uygularken sınırları belirli bir prensip yerine, menfaatler dengesini ve davacının davranışlarını göz önünde bulundurduğu görülmektedir.

Yarg. 11. HD'nin E. 2016/1082, K. 2018/3855, T. 23.05.2018 tarihli kararında davacı ile davalı arasındaki yakın ilişkiler göz önünde bulundurularak karar verilmiştir;

“... Davalı ... ve ... vekili, davacı ile müvekkilinin kardeş olduklarını, uzun yıllar aynı iş yerinde birlikte çalıştıklarını, saz ve diğer müzik aletlerini yapıp satarak geçindiklerini, dava konusu olan ... isminin davacı ve davalının soy ismi olduğunu, bu isim soy isimleri olduğu için davacı ile beraber marka olarak kullandıklarını, müvekkilinin yurt dışında bulunan dükkanında davacıdan alıp sattığı ... markalı sazların olduğunu, davalının bu sazları satabilmek ve hangi marka olduğunu gösterebilmek için internet sitesinde bazı yerlerde marka ismini kullanmak zorunda kaldığını, davacının bu internet sitelerinden çok önceden haberdar olduğunu, itirazda bulunmadığını, uzun süre sessiz kaldığını, müvekkilinin ... ibaresini Avrupa Topluluk Markası olarak tescil ettirdiğini savunarak davanın reddini istemiştir...

... davalılarca davacıya ait orijinal ürünlerin satışı yapıldığı, YILMAZ ibaresinin tanıtıcı işaret olarak kullanımının uzun süredir devam etmekte olduğu, bu hususun davacı tarafça da bilindiği halde uzun süre sessiz kaldıktan sonra işbu davanın açılmasının MK 2. maddesine aykırılık oluşturduğu savunulmuş olmasına karşın mahkemece bu hususta herhangi bir değerlendirme yapılmamış olması doğru görülmediğinden...”

Fikrimizce, davacı tarafın sadece sessiz kaldığı durumlarda, SMK m.25/6 hükmüne göre 5 yıl boyunca davalının kullanımını tolere etmesi aranmalıyken; davacı tarafın olumlu bazı davranışlarda bulunarak davalıyı yanıltması ve dava açmayacağı izlenimi uyandırması durumunda, süre MK m.2 çerçevesinde değerlendirilmeli ve somut olayın adaletine uygun düştüğü takdirde 5 yıldan daha kısa sürede de hak kaybının gerçekleşebileceği kabul edilmelidir. Bu husus Yargı kararlarıyla şekillenmelidir.

SONUÇ

Hukuk düzeni, markası zarar görme tehlikesi altındaki kişilere çeşitli davalar açma hakkı vermektedir. Markaya tecavüz davası, sonraki markanın hükümsüzlüğünü talep etme davası ve sonraki ticaret unvanının hükümsüzlüğünü talep etme davası önceki marka hakkı sahibine tanınmış haklardır. Markaya tecavüz davasının açılması için, markanın tescilli olması zorunluyken, marka hakkına dayanarak sonraki markanın hükümsüzlüğünü talep etme davası önceki tescilli marka hakkı sahibi tarafından açılabileceği gibi, önceki tescilsiz marka hakkı sahibi tarafından da açılabilir.

Ancak bu hakkın kullanılması imkânının önceki hak sahibine sınırlandırılmaksızın tanınması bazı hâllerde haksız sonuçlar doğurabilmektedir. Zira iyiniyetli olarak markasını tescil ettirmiş ve kullanmaya başlamış olan bir kişinin, para ve emek sarf ederek bu marka (unvan) altında yatırımlar yapması, ancak önceki hak sahibinin bu durumdan haberdar olmasına rağmen uzun süre sessiz kaldıktan sonra dava açması “dava hakkının kötüye kullanılması” olarak nitelendirilebilir.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybında, hak genel olarak sona ermemekte, sadece önceki marka hakkı sahibi, sessiz kaldığı belirli kişiye karşı bu hakkını ileri sürememekte ve bu kişinin kullanımına katlanmak zorunda kalmaktadır. Marka sahibinin marka hakkı devam etmekle beraber, davranışına sessiz kaldığı kişiye karşı dava açtığında bir savunma ile karşılaşmaktadır. Bir hakkını bilerek isteyerek belli bir süre belli bir kişiye karşı kullanmayan önceki marka hakkı sahibinin, bu duruma zımnen icazet verdiği kabul edilmektedir. Davacının marka hakkının sona ermediği ve sadece belirli bir kişiye karşı bu hakkını ileri süremediği düşünüldüğünde, “sessiz kalma” davalı tarafından ileri sürülmesi gereken bir def’i olarak değerlendirilmelidir.

SMK m.25/6 hükmüyle “sessiz kalma yoluyla hak kaybının” söz konusu olması için, önceki marka sahibinin sonraki tescilli kullanıma karşı 5 yıl boyunca sessiz kalması aranırken, SMK ile düzenlenmeyen tecavüz davalarında belirli bir süre bulunmamaktadır. Tecavüz davalarında, sessiz kalma süresi, her somut olay çerçevesinde belirlenmelidir. SMK ile hükümsüzlük açısından “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” kanunlaşmıştır. SMK m.25/6 hükmü, iyiniyetli kişinin tesciline karşı 5 yıl boyunca sessiz kalan önceki marka hakkı sahibinin hükümsüzlük davasının dinlenmeyeceğini düzenlemektedir. Ancak bu hüküm, kötüniyetli tescile karşı hükümsüzlük davasının hiçbir sınırlandırmaya tabi tutulmaksızın açılacağını belirtmemektedir. Nite-

kim sessiz kalma yoluyla hak kaybının Kanuna girmesi, MK m.2'nin genel uygulama alanını bertaraf edemez. Bundan dolayı, sonraki tescilli marka kötüniyetli bir şekilde tescil edilmiş olsa da önceki marka sahibi çok uzun süre sessiz kalarak sonraki kötüniyetli tescile göz yummuşsa, artık hükümsüzlük davası açma hakkının MK m.2'ye göre sona erdiğinin kabulü gerekir. Benzer şekilde, sessiz kalma yoluyla hak kaybının SMK'ya girmesi, iyiniyetli sonraki tescillere ve kullanımlara karşı olumlu bir davranışta bulunan ve dava açmayacağı izlenimi yaratan davacının her halükarda 5 yıllık süre ile adeta korunduğu anlamına gelmemelidir. Davacı tarafın, olumlu bir davranışta bulunup bulunmadığı, çelişkili davranışlarda bulunmak suretiyle davalıyı yanıltıp yanıltmadığı, her somut olayda incelenmeli ve somut olay adaletine göre 5 yıldan daha kısa bir sürede de dava açma hakkını kaybettiği sonucuna varılabilmelidir.

Nitekim Yargıtay HGK'nin 2020/532 E. 2020/1011 K. sayılı ve 09.12.2020 tarihli kararında da belirtildiği gibi, **davacının olumlu hiçbir davranış sergilemeden sessiz kalmasının davalı nezdinde oluşturduğu güven ile bu kullanımı olumlu bir davranış ile onayan önceki hak sahibinin davalı nezdinde oluşturduğu güvenin yoğunluğu birbirinden farklıdır.** Somut olay karşısında, davacının sadece sessiz kalıp kalmadığı değerlendirilmeli ve eğer olumlu bir davranış ile davalı nezdinde güven oluşturduysa, davalı tarafın da savunma iddialarına göre, 5 yıldan daha kısa sürede de davacının hakkını kaybettiği sonucuna varılabilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK Jale G. / AKİPEK Turgut / ATEŞ Derya, **Kişiler Hukuku**, C. 1, Beta, İstanbul, 2016.
- AKYOL Şener, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Vedat, İstanbul, 2006.
- ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II.**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ARKAN Sabih, **Marka Hukuku**, C. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- BAHADIR Zeynep, **Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali**, Turhan, Ankara, 2018.
- BARLAS Nami, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Y. 1997, C. 55, S. 31.
- BERTRAND André, **La Propriété Intellectuelle**, Dalloz, 1999.
- BİLEN ÇATMA Cansu, Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022.
- BİLGİLİ Fatih, **Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması**, Adalet, Ankara, 2006.
- CANBOLAT Ferhat, “Def’i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları”, **EÜHFD**, C. III, S. 1, 2008.
- CENGİZ Dilek, **Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz: İlgili Mevzuat Danıştay ve Yargıtay Kararları**, Beta, 1995.
- ÇAĞLAR Hayrettin, **Marka Hukuku Temel Esaslar**, Adalet, Ankara, 2015.
- ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, Onikilevha, İstanbul, 2023.
- DURRANDE Sylviane, **Droit des Marques**.
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ERMAN Hasan, **Medeni Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku**, Der, İstanbul, 2016.
- GÜNEŞ İlhami, **Uygulamalı Marka Hukuku**, Adalet, Ankara, 2018.
- Hasan ERMAN, **Medeni Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku**, 2016.
- IŞIK Egemen, **Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı**, Onikilevha, İstanbul, 2017.
- KARAHAN Sami, **Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi**, Batider, C. 21, S. 1, 2001.
- KAVAK Yalçın, **Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması**, Legal, İstanbul, 2019.
- KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2017.

- MERDİVAN Fethi, **Tescilli Marka Hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanma Def'i**, 769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ed. Prof. Dr. Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK, Aralık 2017.
- NOMER ERTAN, Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, 2019.
- NOMER Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta, İstanbul, 2012.
- OĞUZ Arzu, “Yargıtay Kararları Işığında Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı”, **Yargıtay ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Hakkında Karşılaştırmalı Perspektifler, 16-18 Mayıs Antalya**, Ankara 2023.
- OĞUZMAN Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, Onikilevha, İstanbul, 2019.
- OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, Vedat, İstanbul 2016.
- PEKCANİTEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku: Ders Kitabı**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- POLLAUD-DULLIAN Frederic, **Droit de la Propriété Industrielle**, Montchrestien, 1999.
- REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta, İstanbul 2008.
- SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin, İstanbul, 2020.
- ŞAHİN Mehmet, **Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı**, Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk Yüksek Lisans.
- TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat, İstanbul, 2012.
- ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KAYA Arslan / NOMER ERTAN Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Bası, Vedat, İstanbul, 2019.
- YANLI Veliye, **İltibas Nedeniyle Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası Açma Hakkının Kaybı**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XXI, Ankara, 2005.
- YASAMAN Hamdi / AYOĞLU Tolga / MEMİŞ KARTAL Pınar / YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya / YASAMAN Zeynep / YÜKSEL Sinan, **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi**, C. III, Seçkin, Ankara, 2021.
- YURTOĞLU CAN Mücella, **Marka Hukukunda Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı**, Ankara 2016.

**Cumhuriyet'in 100. Yılında
Türkiye'nin Anayasal Birikimi**



CUMHURİYET'İN 100.YILINDA TÜRKİYE'NİN ANAYASAL BİRİKİMİ

9 EKİM 2023

Galatasaray Üniversitesi
Aydın Doğan Oditoryumu

1. Oturum 09.30-12.30

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu- Demokrasinin 100 yılı

Prof. Dr. Sibel İncaoğlu- Yargının 100 yılı

Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik- Temel Hak ve Hürriyetlerin 100 yılı

2. Oturum 14.00-17.00

Prof. Dr. Süheyl Batum- Anayasacılığın 100 yılı

Prof. Dr. Şule Özsoy Boyunsuz- Hükümet Sistemlerinin 100 yılı

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu- Cumhuriyetçiliğin 100 yılı

Galatasaray Üniversitesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Kayıt için: anayasalbirikim@gsu.edu.tr

Son Kayıt Tarihi: 8 Ekim 2023



YARGI BAĞIMSIZLIĞI BAKIMINDAN CUMHURİYETİMİZİN 100 YILI^(*)

Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU^(**)

Öz: Cumhuriyetimizin 100 yıllık anayasa serüveninde, hukuk devleti, insan hakları ve demokrasinin korunabilmesi için güvence altına alınması zorunlu olan yargı bağımsızlığı bakımından nasıl bir yolculuk yaptığımızı, hangi noktadan başlayıp nereye vardığımızı anlamak amacıyla bu makale kaleme alınmıştır. Makalede, Cumhuriyet dönemi öncesindeki iki Anayasaya, 1876 ve 1921 Anayasalarına kısaca değinilmiş, ardından Cumhuriyetin üç Anayasası, 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları incelenmiştir. Cumhuriyet Anayasalarında hem askeri müdahaleler sonrası hem de sivil dönemde çeşitli değişiklikler yapılmıştır; bu çerçevede Anayasalar, değişiklikler öncesi ve sonrası biçiminde ayrılarak yargıyla ilgili olan kısımları karşılaştırmalı bir yöntemle ele alınmıştır. Bu inceleme, çıkarılan yasal düzenlemeler, yarattığı uygulama ve bağımsızlık açısından önemli olan bazı Anayasa Mahkemesi kararlarıyla birlikte yapılmıştır. 1961 Anayasası sonrasındaki gelişmeler değerlendirilirken, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hakim olmaya başlayan yargı bağımsızlığına ilişkin temel ilkeleri yansıtan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ile diğer uluslararası belgeler kıyas noktası olarak esas alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yargı Bağımsızlığı, Yargıç Güvencesi, Yargıçların Atanması, Hakimler ve Savcılar Kurulu, Hukuk Devleti.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 19.03.2024 - Makale Kabul Tarihi: 03.04.2024.

İlgili eser Galatasaray Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı tarafından 09.10.2023 tarihinde düzenlenen “Cumhuriyet’in 100. Yılında Türkiye’nin Anayasal Birikimi” isimli Konferansta sunulmuştur.

^(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: sibel.inceoglu@marmara.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7843-2776>.

100 YEARS OF OUR REPUBLIC IN TERMS OF JUDICIAL INDEPENDENCE

Abstract: This article has been committed to paper in order to comprehend what sort of a journey we have made in the 100-year constitutional adventure of our Republic; and where we had started and where we ended up in terms of judicial independence which must be guaranteed in order to protect the rule of law, human rights and democracy. In the article, a brief overview of the two constitutions before the Republican era, the 1876 and 1921 Constitutions, is given, followed by an examination of the three Constitutions of the Republic, the 1924, 1961, and 1982 Constitutions. A number of amendments were made in the Constitutions of the Republic, both in periods of post - military interventions and in civil governments; in this context, the Constitutions were classified as pre and post amendment texts and the sections regarding the judiciary were discussed with a comparative method. This review was made with the enacted legal regulations, the practice they have presented and some judgments of the Constitutional Court that are significant in terms of independence. When evaluating the developments after the 1961 Constitution, the European Convention on Human Rights and the judgements of the European Court of Human Rights reflecting the basic principles concerning judicial independence that have become prevalent since the second half of the 20th century, and other international documents are taken as the main point of comparison.

Keywords: Judicial Independence, Tenure of Judges, Appointment of Judges, Council of Judges and Prosecutors, Rule of Law.

GİRİŞ

Cumhuriyetimizin 100 yıllık anayasa serüveninde, hukuk devleti, insan hakları ve demokrasinin korunabilmesi için güvence altına alınması olmazsa olmaz olan yargı bağımsızlığı bakımından nasıl bir yolculuk yaptığımızı, hangi noktadan başlayıp nereye vardığımızı anlamak amacıyla bu makale kaleme alınmıştır. Cumhuriyet dönemine geçmeden kısaca öncesindeki iki Anayasaya, 1876 ve 1921 Anayasalarına göz atıp, ardından Cumhuriyetin üç Anayasasına, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarına geçilecektir. Cumhuriyet Anayasalarında hem askeri müdahalelerle hem de sivil dönemde yapılan yargıyla ilgili değişiklikler, öncesi ve sonrası biçiminde ayrılarak incelenecektir. Elbette bu inceleme, çıkarılan yasal düzenlemeler, yarattığı uygulama ve bağımsızlık açısından önemli olan bazı Anayasa Mahkemesi kararlarıyla birlikte yapılacaktır. 1961 Anayasası sonrasındaki gelişmeler değerlendirilirken ise, kıyas noktası olarak, yargı bağımsızlığına ilişkin olarak 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hakim olmaya başlayan temel ilkeleri yansıtan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkemesi kararları ile diğer uluslararası belgeler esas alınacaktır.

I. CUMHURİYET ÖNCESİ ANAYASALARIMIZA KISA BİR BAKIŞ

Yargı bağımsızlığı Osmanlı'da 1876 tarihli Kanuni Esasi ile anayasal olarak düzenlenmiştir. Kanuni Esasi'nin 86. maddesi yargı bağımsızlığını şöyle ifade etmekteydi: “*Mahkemeler her türlü müdahelattan azadedir.*” Kanuni Esasinin 81. md'sinde ise bir cürümle mahkum olmadıkça yargıçların azledilmeleri yasaklanmış, yine aynı maddede yükselmeleri, görev yerlerinin değiştirilmesi, emeklilikleri konusunda kanunilik güvencesi getirilmiştir. Kanuni Esasinin 88. md'sinde de yargıçların atanmaları yürütme takdirden çıkarılıp kanunilik güvencesine bağlanmıştır.¹ 1878 yılında kabul edilen “Teşkilatı Mehakim” Geçici Kanunu Anayasadaki 81 ve 88. md'lerdeki güvencelere ek güvenceler de getirmiştir. Bu kanun 8 Mart 1926 tarihli Hakimler Kanunu kabul edilene kadar yürürlükte kalmasına rağmen, uygulamada yargıçlara yeterli güvence sağlayamamıştır.² Yargı bağımsızlığı bakımından önemli olan bu hükümler, - elbette yargıçların tarafsızlığına ilişkin bazı örneklerle³ rastlamak mümkünse de - Abdülhamit'in Anayasayı

¹ TANÖR Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Der yay., İstanbul, 1995, s. 121.

² ÜNAL Şeref, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı*, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu yay., Ankara, 1994, s. 28.

³ SEÇKİN, s. 195 iç ÜNAL, s. 28, dpnt. 89.

askıya alması ile başlayan mutlakiyet döneminde işlevsizleşmiştir. Bu dönemde adliyeler sürekli müdahale ve etkilemeler altında tutulmuş, sadece yargıç ve savcıların seçimlerine değil davaların görülmesine dahi Saray mensupları tarafından karıştırılmıştır.⁴ II. Meşrutiyet döneminde ise, 31 Mart ayaklanmasından sonra İstanbul’da ilan edilen ve 9 yıl süren sıkıyönetim ve askeri mahkemeler İttihat ve Terakkinin baskı aracı olmuş, İttihat ve Terakkinin önce hakim parti sonra fiilen tek partiye dönüşmesiyle uygulamalar aynı şekilde bağımsız bir yargıdan yana olmamıştır.⁵

İki anayasalı bir dönemde karşımıza çıkan 1921 Anayasası ise yargıya sadece 20. md’sinde Nahiye şuralarının ve idare heyetlerinin yetkilerinden söz ederken yer vermiştir; ancak “*kazai*” yani yargısal yetkiden söz ederken bunların neler olduğunu açıklamamış ve içeriğinin belirlenmesini kanuna bırakmıştır. Fakat bu hüküm uygulama alanı bulmamıştır.⁶ Nahiyelerin kazai salahiyyetini nasıl kullanılacağına ilişkin olarak Meclis görüşmeleri sırasında hiç tartışma yapılmaması da oldukça ilginçtir; Nahiyelerin yetkileri tartışılırken, idari ve mali yetkilerinin neler olacağı üzerinde az da olsa tartışma ve açıklama yapılmışken, kazai yetki üzerine herhangi bir yorum yapılmamış ve sadece Karesi mebusu Vehbi bey “*kazai*” salahiyyetin “*malum*” olduğu yönündeki kanaatini belirtmiştir.⁷

1921 Anayasasının, yargı konusundaki suskunluğunu çeşitli nedenlere bağlamak mümkündür. Bu nedenleri şu şekilde özetleyebiliriz: Birincisi, 1876 Anayasası henüz kaldırılmamış olduğundan, oradaki yargıya ilişkin hükümler hala geçerliliğini korumaktaydı⁸ ve 1921 Anayasasını kabul eden Meclisin o tarihte genel bir yargı teşkilatını yeniden ayrıca düzenlemeye en azından henüz öncelikli acil ihtiyaç yoktu; ikincisi, olağanüstü bir dönemde 1921 Anayasasını hazırlayan Meclisin önceliği, halkı arkasına alarak İstiklal Savaşını kazanmaktı, bu nedenle bütün dikkat yasama ve yürütme erklerini bir bütün içinde egemenliğin temsilcisi olan mecliste toplayarak bu mücadeleden başarıyla çıkmaya odaklanmıştı; üçüncüsü, 1921 Anayasasının fikir babası Mustafa Kemal Atatürk, o tarihlerde erkler ayrılığını, monarşilere özgü, hükümdarları parlamento-

⁴ OKANDAN, s. 192-193 iç TANÖR, 1995, s. 136.

⁵ TANÖR, 1995, s. 171, 181.

⁶ TANÖR, 1995, s. 216-217.

⁷ SEVİNÇ Murat/DEMİRKENT Dinçer, **Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası, 1921 Anayasası ve Tutanakları**, İletişim yay., İstanbul, 2017, s. 341-343.

⁸ TUNAYA, Tarık Zafer, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, 3. B., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yay., İstanbul, 1975, s. 334.

lar yanında ayakta tutmak için bulunmuş bir yöntem olarak görmekte⁹ ve meşrutiyetin bir ürünü olarak tanımladığı erkler ayrılığına sıcak bakmamaktaydı, dolayısıyla erkler birliğinden yana tavır almaktaydı.¹⁰ Nitekim Milli Mücadele yıllarında uygulamada kurulan İstiklal Mahkemeleri de bu fikre dayanıyordu, üyeleri Meclis tarafından ve mebuslar arasından seçiliyordu.

Erkler birliği ve meclis hükümeti rejimi fikri çerçevesinde oluşan 1921 Anayasasının hazırlanması sırasında öncelik, halk egemenliğine dayalı bir yönetimle, halkla dayanışma ve birlik içinde kalarak Kurtuluş Savaşını kazanmaktı,¹¹ yeni bir yargısal sistemi olan bir bağımsız ulus devlet kurgulama aşamasına henüz gelinmemiştir.¹² Ancak uygulamada meclis hükümetinden sapmalar olmuştur. Örneğin bazı kamu görevlerinin atanması veya atamanın onaylanmasının Meclis tarafından yapılması yönündeki öneriler reddedilerek, yürütme organına alan açılmıştır; bunlar arasında, muvakkat “Temyiz Heyeti” başkanı, üye ve savcılar da bulunmaktadır, bu yargı üyelerinin Meclisçe tasdik edilmesi veya bu atamalarda Adliye Komisyonunun görüşünün alınması yönündeki öneriler kabul edilmemiş,¹³ yargı üzerinde yürütmenin etkisi eskiden olduğu gibi devam ettirilmiştir. Diğer yandan, meclis tarafından ve içinden seçilen üyelerle kurulan İstiklal Mahkemelerinin yanı sıra, sivil mahkemeler ve divanı harp mahkemeleri de yargılama faaliyetinde bulunmuşlardır, dolayısıyla yargı erkinin de Mecliste olduğu tam olarak söylenememektedir.¹⁴ Ayrıca 1921 Anayasasının hemen öncesinde uygulamada, milli mücadele döneminin gereklerinin zorlamasıyla Heyeti Vekile’nin yargı işlevine müdahale niteliğinde çeşitli tasarruflarda bulunduğu da görülmüştür.¹⁵

⁹ SOYSAL, Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi yay., Ankara, 1969, s. 160-161.

¹⁰ Bkz. ŞİRİN Tolga, **Meclis Hükümeti**, Oniki Levha, İstanbul, 2023, s. 117-129. Mustafa Kemal Atatürk’ün erkler ayrılığını eleştiren Meclis konuşması için bkz. *TBMM Zabıt Ceridesi*, Devre I, C. 14, İçtima 2, 1.12.1337, s. 436-44, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d01/c014/tbmm01014120.pdf> (Erişim: 05.08.2023).

¹¹ Nitekim savaş yıllarında kurulan İstiklal Mahkemelerinin görevi asker kaçakları, casus, bozguncu, düşmanla iş birliği yapan, vatana ihanete giren suçları yargılamak olmuştur. AYBARS Ergun, “İstiklal Mahkemeleri”, *Atatürk Ansiklopedisi*, <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/istiklal-mahkemeleri/?pdf=3562> (Erişim: 05.08.2023).

¹² TANÖR, 1995, s. 217.

¹³ ÖZBUDUN Ergun, **1921 Anayasası**, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırmaları Merkezi, Ankara, 1992, s. 64-65.

¹⁴ AYBARS Ergun, **İstiklal Mahkemeleri**, Bilgi yay., Ankara, 1975, s. 50.

¹⁵ TANÖR, 1995, s. 202.

II. 1924 ANAYASASI DÖNEMİ

Yargı fonksiyonundan söz etmeyen 1921 Anayasasından sonra yürürlüğe giren ve erkler birliği ilkesini kabul eden 1924 Anayasası, 4. maddesinde egemenliğin yalnızca Türk Milletinin tek ve gerçek temsilcisi olan Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından kullanılacağını belirtmiş, 5. maddesinde yasama ve yürütme fonksiyonlarını TBMM’de toplamıştır.

Anayasanın 8. maddesinde ise *“hakk-ı kazâ, millet nâmına, usûlü ve kanun dairesinde müstakîl mehâkim tarafından istimal olunur”* şeklindeki düzenlemeyle, yargı hakkının millet adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. 1924 Anayasasının yasama ve ardından yürütme düzenleyen fasıllarındaki başlıklarda, yasama ve yürütmeden *“vazife”* olarak bahsedilirken, dördüncü faslın başlığı *“kuvvei kazaiye”* olmuştur; diğer bir deyişle yasama ve yürütme görev olarak tanımlanırken, erklerin birleştirilmesi sistemine aykırı düşecek şekilde yargıdan *“kuvvet”* olarak bahsedilmiştir.¹⁶ Yine 5, 6 ve 7. maddelerde yasama ve yürütme için *“sela-hiyet”* yani yetki terimi tercih edilirken yargı için *“hak”* teriminin tercih edilmesi de 1924 Anayasasını yapan iradenin yargıyı ayrı bir konumda gördüğüne işaret eder. O halde yargı konusu, Anayasanın benimsemiş olduğu erkler birliği ilkesinden ayrıldığı noktadır. Anayasanın 54. md’sinin 2. fıkrasında mahkemelerin kararlarını Büyük Millet Meclisinin ve İcra Vekilleri Heyetinin hiçbir suretle değiştiremeyeceklerini, tağyir ve tehir edemeyeceklerini ve hükümlerin yerine getirilmesine mani olamayacaklarının belirtilmesi de bu saptamayı doğrulamaktadır. Okandan şöyle demektedir: *“... Anayasa’nın sekizinci maddesine göre bu fonksiyon millet tarafından seçilme ve binnetice toplumu temsil eyleme gibi bir özellik söz konusu olmadan, bir temsili sıfatı bulunmayan ve fakat sırf yapacağı fonksiyonun niteliği icabı bağımsız olması gereken Kaza organları tarafından, millet namına, usul ve kanun dairesinde görülecektir”*.¹⁷ Ancak 1924 Anayasası, 26. Maddesinde, mahkemelere ait bir işlev olması gereken, kanunları *“tefsir”* (yorumlama) yetkisini, TBMM’ye tanıyarak ve md 52/son’da tüzüklerin kanuna aykırılığı iddia olunduğunda bunun çözüm yerini Şurayı Devlet (Danıştay) değil, TBMM olarak göstererek belirli ölçülerde yargı yetkisini meclis lehine sınırlandırdığı da kuşkusuzdur.

¹⁶ OKANDAN Recai G., “20 Nisan 1340 Anayasamıza Göre ‘Hakkı Kaza’”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1966, C. 32, S. 2-4, s. 414-415.

¹⁷ OKANDAN, 1966, s. 413.

1924 Anayasasının yargı ile ilgili düzenlemelerini incelediğimizde adil yargılanma hakkı ve yargı bağımsızlığına ilişkin çeşitli güvencelerin sıralandığı görülmektedir (md 53-60). Bunlardan birkaçını şöyle sıralayabiliriz: Mahkemelerin kuruluş görev ve yetkileri kanunla gösterilir (m.53); hâkimler, bütün davaların görülmesinde ve hükmünde bağımsızdırlar ve bu işlerine hiçbir türlü karışamaz (md 54); hâkimler, kanunla gösterilen haller ve usuller dışında görevlerinden çıkarılamazlar (m.55). Hâkimlerin nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, nasıl tayin olunacakları ve görevlerinden nasıl çıkarılacakları özel kanunla gösterilir (m.56).

1924 Anayasasında yargı bağımsızlığı ilkesi ve bu doğrultudaki bazı güvencelere yer verilmesine rağmen, bu güvencelerin somutlaştırılması kanuna bırakıldığından, yargı bağımsızlığına aykırı kanunlar çıkması halinde bunları denetleyecek bir anayasa mahkemesi henüz bulunmadığından, gerek tek parti (CHP) döneminde gerek çok partili görünse de seçim sistemi nedeniyle sadece bir tek partinin (DP) Mecliste mutlak hakimiyet sağladığı dönemde, uygulamada yargı bağımsızlığı hayata geçememiştir. Diğer yandan Anayasanın 103. md'sinde "*hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz*" denilmesine rağmen, yargıçlar, kabul edilen Anayasaya aykırı kanunları yaygın denetim yöntemiyle denetleyememişlerdir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1931 yılındaki bir kararında, "*yargı görevinde kaldığı sürece bir yargıç tarafından herhangi bir yasanın Anayasa hükümlerine aykırılığından söz ederek uygulamasından kaçınılamaz*" demektedir.¹⁸ Benzer yaklaşım 1950'lerde, çok partili dönemde de gösterildi, 1924 Anayasası döneminde ne yazık ki anayasaya uygunluk denetimi başlatılamadı.¹⁹ Bunun çok da şaşırtıcı olduğu söylenemez, yargıçların atanması konusunda Ayırma Meclisi gibi içinde en azından yargıçların da olduğu kurullar etkili iken, Yargıtay Başkan ve üyelerinin tamamı doğrudan Adalet Bakanı tarafından atanmaktaydı.²⁰

Anayasa yargısının yokluğunda çok sayıda Anayasaya açıkça aykırı biçimde yargı bağımsızlığını tahrip eden hüküm kabul edildi. Örneğin Anayasanın 55. maddesinde, yargı bağımsızlığının temel unsurunu oluşturan hâkimlerin azlolunamayacağı ilkesine aykırı olarak hâkimlerin yaş haddi

¹⁸ SOYSAL Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek yay., 5. baskı, İstanbul, 1979, s. 45. ONAR, Erdal, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, Ankara, 2003, s. 166-168.

¹⁹ TANÖR, 1995, s. 294-295.

²⁰ Bkz. KUNTER Nurullah, "Türkiye'de Yargı Kuvveti", **Armağan Kanun-u Esasi'nin 100. Yılı**, (Ed. Bahri Savcı), Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 74.

dikkate alınmaksızın “görülen lüzum” üzerine resen emekliye sevk edilebilmeleri hükümlerini içeren kanun çıkarılmıştır. 56. maddede hâkimlerin özlük hakları, görevleri, tayinleri, görevden nasıl çıkarılacakları gibi bağımsızlık bakımından önemli konular yine kanuna bırakılmış ve çıkarılan kanunlar hâkimlerin tayin, terfi, nakil ve disiplin işlerinde büyük ölçüde yürütme organını yetkili kılmıştır. 1924 Anayasası öncesi, Milli Mücadele döneminde savaş suçluları için kurulmasına olanak sağlanan ancak daha sonra devrim mahkemeleri olarak faaliyet gösteren birer olağanüstü mahkemeye dönüşen İstiklal Mahkemeleri 1927’nin Mart ayına kadar devam etmiştir.²¹ Demokrat Partinin 1960’ta kurduğu TBMM Tahkikat Encümeni de verilen yargısal yetkilerle adeta olağanüstü bir mahkemeye dönüştürülmüştür.²²

1924 Anayasası çerçevesinde yargıçlarla ilgili ilk yasal düzenleme 03.03.1926 tarihli 766 sayılı Kanun²³ olmuştur, daha sonra ise bu Kanunu yürürlükten kaldıran 04.07.1934 tarih ve 2556 sayılı Hâkimler Kanunu²⁴ kabul edilmiştir. 2556 sayılı Kanun dördüncü babında, hakimlik teminatı bakımından, çağına kıyasla ileri hükümlere yer vermiştir, ancak çeşitli istisnalarla bu güçlü hükümler zayıflatılmıştır.²⁵ Ayrıca 2556 sayılı Kanunda, hakimlik teminatı, sadece “asli maaşı 60 lira ve daha yukarı” olanlar için tanınmış, bu maaş hakkına erişememiş durumdakiler teminata layık görülmemiştir.²⁶

Hakimler Kanunu hazırlanırken, o yıllarda batı demokrasilerinde mevcut sistemler incelenmiş ve bugün hala devam etmekte olan tartışmalar daha o yıllarda yapıldıktan sonra, belirli bir sistem tercihiyle bugünün yargı sisteminin temelleri atılmıştır. Önce yargıçların halk tarafından seçilmesinin millet egemenliği bakımından gerekli olabileceği dikkate alınmış, ancak siyasi ihtirasların rol oynayabileceği ve bu nedenle tarafsız olunamayabileceği kaygıları ağır basmıştır. İkinci bir olasılık olarak halk tarafından seçilmemiş kurumlara yargıç seçimini bırakmak da tartışılmıştır. Burada da halkla bağları kesilmiş, belirli bir zümreye hasredilmiş bir yargıçlar teşekkülü-

²¹ İstiklal Mahkemeleri Kanununu 1949’a kadar yürürlükte kalsa da 1927’den sonra İstiklal Mahkemesi kurulmamıştır.

²² TANÖR, 1995, s. 292-293.

²³ Resmi Ceride, S. 326, 20/03/1926.

²⁴ Resmi Gazete, S. 2751, 14.07.1934.

²⁵ KAPANİ Münici, **İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali**, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1956, s. 95 vd.

²⁶ KAPANİ, s. 108.

nün ortaya çıkmasından kaygı duyulmuştur. Kanun gerekçesine göre, o tarihlerde devletlerin çoğunda kabul gören tayin sistemi bazı farklarla kabul edilmiştir.²⁷

766 sayılı Kanunla yargıçların mesleğe kabulü, terfileri, yer değiştirmeleri ve disiplin işlerine bakan, bugün ki HSK'nın ilk tohumu olarak görülebilecek, İntihab Encümeni isimli bir kurul kurulmuştur. İntihab Encümeni Adalet Bakanı, Müsteşar, bir Temyiz Mahkemesi Başkanı, üç Temyiz Mahkemesi Üyesi, Personel İşleri Müdürü, Ceza İşleri Müdürü, Hukuk İşleri Müdürü, Teftiş Heyeti Başkanından oluşmaktadır (766 Sayılı Kanun, md 8). Görüldüğü gibi Kurulda ağırlık, Adalet Bakanlığı temsilcilerindedir.

Daha sonra yürürlüğe giren 2556 sayılı Hâkimler Kanununun 4. maddesiyle, yargıçların namzetliğe (adaylığa) kabulü tümüyle Adalet Bakanlığı'na bırakılmıştır; üstelik Bakan, namzetliğe nihayet verme yetkisine de sahiptir (md 6). Kanunda namzetlerin belirlenmesinde diploma derecesinin esas alınacağı belirtilmişse de *“ahlak ve sîretçe hakimliğe yaraşmayacak bir hal ile dile gelmiş olmamak”* gibi oldukça soyut bir koşul da namzetliğe atanma koşulları arasında sayılmıştır. Dolayısıyla Bakanın iradesi belirleyici görünmektedir.²⁸ Kapani'ye göre, yüksek memurlardan oluşan bir komisyonun mütalaasının alınması da bir güvence olarak görünmemektedir; zira komisyon Bakanlık bürokrasisinden oluşmaktadır ve işlevi sadece istişaridir.²⁹

Kanuna göre, adaylar arasından seçilenler muavinlik sınavına kabul edilmektedir (md 6), Ayırma Meclisi adı verilen Kurul, adayın yapılan sınavda aldığı not, ahlaki gidişle ilgili toplanan malumat, namzetlik esnasında gösterdiği kabiliyet derecesi ve mezun olduğu okul diplomasındaki dereceye göre sıralama yapar ve bu sıraya göre muavinlik sınıfında açılacak görevlere *“önce gelen tayin olunur”*, yani atamaları yapılır (md 13-15). Adalet Bakanı, yargıçları atarken Ayırma Meclisinin tespit ettiği sıraya riayetle yükümlüdür, dolayısıyla bu noktada takdir yetkisi yoktur.³⁰ Ayırma Meclisi

²⁷ ÜNAL Şeref, **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu yay., Ankara, 1994, s. 68-70.

²⁸ Belgesay, diploma derecesi yüksek olmasına rağmen, keyfi olarak namzetliğe kabul edilmenin dava nedeni olacağını söylemekle birlikte, Bakan ahlaki bir sebebe dayanırsa, bunun takdiri Bakana ait olduğundan Şurayı Devlete müracaat olunamayacağı kanaatindedir. BELGESAY Mustafa Reşit, “Yeni Hakimler Kanunu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 1, 1935, s. 71-72.

²⁹ KAPANİ, s. 74.

³⁰ BELGESAY, s. 70-71. KAPANİ, s. 77.

olarak adlandırılan Kurul, yürütme organının etkisi altında yapılandırılmıştır. Ayırma Meclisi Yargıtay Birinci Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı, Adliye Vekilince bir yıl için seçilen dört Yargıtay üyesi, Teftiş Kurulu Başkanı, Hukuk, Ceza ve Zat İşleri Müdürlerinden oluşmaktadır (md 50). Görüldüğü üzere Kurul'un oluşumunda Adalet Bakanı ve Bakanlığı etkilidir ve yargı bağımsızlığı ile çeliştiği için o günlerde de eleştirilmiştir.³¹

Kanunun 16. Maddesinde ilginç bir husus da düzenlenmiştir; bu maddenin 1. fıkrasına göre, doktora mezunlarının namzetlikte geçireceği süre bir yıldır, 2. fıkrası ise şu düzenlemeye yer vermektedir: *“Türkiye hukuk fakültelerinden birinden çıkmakla beraber, İngilizce, Almanca, Fransızca, İtalyanca lisanlarından biri ile ders okutulan memleketler hukuk fakültelerinin birinden de çıkanlar bir sene namzetlik yaptıktan sonra on üçüncü madde hükmü dairesinde muavinlik sınıflarına sekizinci maddenin son fıkrasına göre yalnız şifahi imtihanları yapılarak kabul olunurlar”*, diğer bir deyişle yurt dışında Hukuk Fakültesi okuyanların hem staj süreleri kısaltılmış hem de yazılı sınavdan muaf tutulmuşlardır. Bu yaklaşım, 1930'lardaki Türkiye'nin eğitime ve liyakata verdiği önemi, batı dünyasına açıklığını, çağdaşlaşma arzusunu göstermektedir. Ancak, 1940'da artan yargıç ihtiyacını karşılamak amacıyla, 1934'de getirilen namzetlerin *“hakim muavinliğine”* atanabilmeleri için sınavdan geçme şartı tümüyle kaldırılmıştır. Kapani mesleğe giriş sınavının kaldırılması konusunda şöyle demektedir: *“Hakimlerin daha iyi yetişmelerini temine medar olduğu kadar, icra organının tayin hususundaki selahiyetini daraltıcı mahiyette objektif bir kıstas olan bu imtihanın kaldırılmasını esefle karşılamak lazımdır”*.³² Benzer şekilde, 1953'te bir geçici madde eklenerek, bu sefer de iki yıllık staj süresinin, iki yıl süreyle kısmen askıya alınması sağlanmıştır, Adalet Bakanına iki yıl süreyle, bir yıllık staj süresini bitirmiş namzetleri hakim muavinliğine atama yetkisi tanınmıştır.

Yargıçların terfi işlemleri, ilk defa 1329 (1913) tarihli Hükkam ve Memurini Adliye İntihab Nizamnamesiyle düzenlenmiştir. Gerek bu nizamname, gerekse 1924 Anayasası döneminde çıkarılan 766 ve 2556 sayılı Kanunlar terfide kıdem ve ehliyeti birlikte etkili kılmışlardır. Aralarındaki fark ehliyetin tespitine ilişkin olmuştur. 2556 sayılı Kanunda yapılan çeşitli deği-

³¹ GÜR Refik, “Hakimler Kanunu Üzerine Kısa bir Tenkit”, **Hukuk ve İctihadlar Dergisi**, 1949, Y. 4, Ocak-Şubat, S. 19, 1949, s. 1.

³² KAPANI, s. 75.

şiklikler sonunda, terfi için aranan ilk şart meslekte iki yıl geçirmiş olmaktır; ikinci olarak çalışkanlığı, mesleki bilgisi ve ilmi bilgisinin yanı sıra “ahlaki gidişi” biçiminde ifade edilen sübjektif ölçüt de terfi şartları arasındadır, bu ölçüt o tarihten bu yana hala Kanunumuzda yer almaktadır (2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, md 21/c). 1940 senesine kadar, yargıçların ehliyet dereceleri Temyiz Mahkemesi tarafından, kararlarına verilen bozma ve onamaların birbirine nispetine göre tayin edilmekteydi (md 38). Temyiz Mahkemesinin, diğer mahkemeler üzerindeki gücünü³³ azaltmak amacıyla yapılan değişiklikle bu hüküm kaldırılmış, yerine Temyiz Mahkemesi tarafından incelenen her karar için kararı veren yargıca bir not verilmesi usulü kabul edilmiştir. Terfi işlemleri Ayırma Meclisi kararları ile hazırlanan terfi defterindeki sıraya göre Adalet Bakanı tarafından yapılmaktadır. İki ayrı kurula ayrılarak görevini yerine getiren (md 51) Ayırma Meclisinin Yargıtay Başkanı’nın başkanlığında toplanan ilk kurulu hâkimlere ait terfi defterini, Cumhuriyet Başsavcısının başkanlığında toplanan ikinci kurulu ise savcılara ait terfi defterini hazırlamaktadır (md 52).

Ancak bu güvence de getirilen istisnalarla yetersiz bırakılmıştır. Kanuna göre, birinci sınıfa ayrılmış bir yargıcı Temyiz Mahkemesi azalığına terfi ettirmek, başsavcı ve daire reislerini atamak Adalet Bakanının elindedir; Temyiz Mahkemesi birinci reisinin atama yetkisi ise Bakanlar Kuruluna verilmiştir, bu usul yargı bağımsızlığı ile açık uyumsuzluk içindedir.³⁴ Oysa yürürlükten kaldırılan 766 sayılı Kanun, 2556 sayılı bu Kanuna kıyasla yargı bağımsızlığına daha uygun bir atama öngörüyordu; Temyiz Mahkemesi azalığı veya daire reisliği açıldığı zaman, Adalet Bakanı Temyiz Mahkemesi umumi heyeti tarafından gösterilen üç aday arasından seçmek zorundaydı. Diğer yandan başka bir güvence sorunu, Adalet Bakanının atamalarda yargıcın görev yapacağı yeri belirleme yetkisiydi. Bakan, Ayırma Meclisinin hazırladığı defterdeki sıraya göre hareket etmek zorundaysa da yargıcın terfian gideceği yeri belirlemede serbestti, kendisine teklif edilen görevi reddeden yargıç sırasını kaybetmekte ve terfi defterinin en sonuna düşmekteydi; yargıç teklifleri iki defa reddederse de bir daha terfi edememekteydi (md 59).

³³ Örneğin Belgesay, yargıcın tayin ve terfiinde yüksek yargıçların nüfuzu çoğalınca istenilen kıymet ve vasıfta yargıç bulunması ihtimallerinin azalacağı, kooptasyon yaratacağı ve halkın fikirlerine yabancı kalmış yargıçlara dönüşebilecekleri kanaatindedir. BELGESAY, s. 70, 78.

³⁴ KUNTER, Nurullah, “Türkiyede Kaza Kuvveti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1959, C. 25, S. 1-4, s. 52. (Eserlerin ismi olduğu gibi kullanılmıştır, bugün ki dil-bilgisi kurallarıyla uyuşmayan ifadeler aynen korunmuştur).

Yargıçların denetimi ise Bakanlık müfettişlerince yapılmaktaydı. Kanuna göre, yargıçların denetimi Adalet Bakanına aittir; ihtar cezası yine Bakanın doğrudan ya da teklifi üzerine verilebilmektedir. Yargıçları azil salahiyeti ise İnzibat Meclisine verilmiştir. İnzibat Meclisi, Temyiz Mahkemesi ikinci reis ve azasından üç kişi ile Teftiş Heyeti reisi ve Ceza İşleri Umum müdüründen oluşmaktadır (md 94). Çoğunluk yargıçlardadır, ancak temyiz yargıç ve ikinci reisleri arasından seçilen üyelerin de Adalet Bakanı tarafından belirlenmesi bu güvenceyi zayıflatmışsa da kararına karşı itiraz edilen kurulun sadece Temyiz Mahkemesi reislerinden oluşması güçlü olmasa da bir güvence getirmiştir (md 95).

Bu dönemde ne yazık ki Anayasada sabit emeklilik yaşı güvencesi getirilmediği için ve yargıçlar da memur statüsüne tabi olduklarından, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununa göre emekli edilmişlerdir. Tıpkı diğer memurlar gibi Kanunda emeklilik yaşları 65 olarak belirlenmiş, ancak aynı maddedeki istisna sayesinde Adalet Bakanı 60 yaşını dolduranları istediği zaman emekliye sevk edebilmiştir. 1950’li yılların ilk yarısında, Emekli Sandığı Kanununda yapılan çeşitli değişiklikler durumu daha da ağırlaştırmış, yürütme organının emekliye sevk etme yetkisi günden güne genişletilmiştir, önce 30 hizmet yılını tamamlamış olanların “*kurumlarınca lüzum görüldüğünde yaş kaydı aranmaksızın resen*” emekliye sevk edilmeleri olanaklı iken, 09.07.1953’te 6122 sayılı kanunla 30 yıl şartı 25’e indirilmiştir. Dolayısıyla 25 hizmet yılını dolduranlar, hiçbir objektif ölçüte tabi olmaksızın Adalet Bakanı tarafından emekli edilebilmişlerdir. Ayrıca değişiklik getiren 6122 sayılı kanunla resen emekliye sevk kararlarına karşı yargı mercilerine müracaat yolu da kapatılmıştır.³⁵ Üstelik Temyiz Mahkemesi reis ve azaları 21 Haziran 1954 tarihine kadar, bu hükümlerin dışında tutularak güçlü güvenceye sahip kılınırken, bu tarihte Emekli Sandığı Kanununda 6422 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu, onlar da bu hükümlerin uygulama alanı içine sokulmuşlardır.³⁶ 1950’lerde yürütme ve yargı organı arasındaki gerilimin artmasıyla getirilen bu hükümler, uygulamada önce bir çok bidayet mahkemesi yargıcının, sonra da yüksek mahkeme üyelerinin keyfi bir biçimde emekliye sevk edilmelerine neden olmuştur.³⁷

³⁵ Bkz. OKANDAN, s. 426-427.

³⁶ KAPANİ, s. 104-105. KUNTER, 1959, s. 53.

³⁷ ÜNAL, s. 72.

1924 Anayasası döneminde, Hakimler Kanunu, mahkeme ilgası veya kadronun tenkisi yetkilerini Adalet Bakanlığı takdirine bırakmışsa da mahkemenin ilgası veya kadronun tenkisi olsa dahi, yargıcın maaşından mahrum edilemeyeceğini güvence altına almıştır (md 79/a); bununla birlikte vazifesiz kalan yargıcın, kendisine teklif edilen üç tayini de reddetmesi halinde maaşının kesileceğini öngörerek bu güvenceyi yine başka bir hükümle ortadan kaldırmıştır.³⁸

Başka bir sorun da Kanunun 62. maddesindedir; bir yargıcın savcılığa nakledilmesi için rızasını alma koşulunun açıkça yazılmamış olmasından istifade edilerek, uygulamada yargıcın rızası aranmaksızın Adalet Bakanlığınca savcılığa atama yapılabilmektedir, diğer bir deyişle yargıcın bağımsızlığı Adalet Bakanı'nın iradesi ile sınırlı duruma gelmiştir. Benzer bir başka istisna da 72. maddesinde yer almıştır; Adalet Bakanı, yargıcı rızasını aranmaksızın, Bakanlık hizmetinde idari bir göreve atayabilmektedir, Bakanlık hizmetinde bulunduğu müddetçe hakkında diğer memurlara uygulanan genel hükümler uygulanacaktır, bu hüküm de Anayasada yer alan hakimlik teminatıyla çelişmektedir.³⁹ Nitekim 1953 yılında, bazı yargıçların rızaları dışında başka şehirlere savcı olarak atanmaları üzerine, Rize mebusu İzzet Akçal, 62. maddenin yargıcın rızası çerçevesinde tefsir edilmesi teklifini sunmuş ancak Adalet Komisyonu, beşe karşı dokuz oyla teklifi reddetmiştir; 62. md'deki bu sorun ancak 23.01.1956'da düzeltilebilmiştir.⁴⁰ Diğer bir sorun, Kanunun 81. md'sine göre, *"bulundukları yerde kendi kusurları olmaksızın herhangi bir sebeple hakimliğin istilzam eylediği şeref ve bitarafılık dairesinde vazife göremeyeceği ve bulunduğu yerde bekası memuriyetinin nüfuz ve itibarını haleldar edeceği... tahkikat ve vesaikle anlaşılan hakimler, İnzibat Meclisi kararile rızalarına bakılmaksızın başka yere nakil olunurlar"*. Bu madde de yargıcın kendi kusuru olmamasına rağmen muğlak nedenlerle rızası dışında nakledilmesine izin vererek baskı altında tutulmasına neden olmuştur.

Dolayısıyla yukarıda belirtilen hükümler Anayasa ve Kanunun diğer hükümlerinde yer alan güvenceler doğrultusunda yorumlanmadığından, söz konusu güvenceleri fiilen ortadan kaldırmıştır. Diğer yandan bunlara ek olarak uygulamada, yargıçlar belirli bir mahkeme azası olarak değil, belirli bir

³⁸ KUNTER, 1978, s. 65.

³⁹ GÜR, s. 2.

⁴⁰ KAPANİ, s. 112-113, dpnt 64.

şehirle ilişkilendirilerek, örneğin sadece İstanbul yargıcı diye atandıklarından, tamamen idari kararlarla o şehirdeki başka mahkemeye çalıştırılmak üzere yerleri değiştirilebilmiştir. Bununla ilgili olarak Kunter şöyle diyor: “... mahkemedeki davaya bakış tarzından Bakanı memnun edemeyen hakimın Bakan emrile yine İstanbulda bir başka mahkemeye nakledilebilmesi mümkündür. Bu imkanın teminat hükümlerine aykırı bulunduğu aşikardır”.⁴¹ Karafakih de bu keyfi nakil meselesinin yarattığı başka bir soruna daha, ehliyet meselesine dikkat çekmekte ve şöyle demektedir: “Tecrübesiz hakim, bir sahada az çok alışıp mevzuatı tetkik ve içtihat toplamağa başlarken derhal hukuktan cezaya yahut cezadan hukuka nakledilir... Bu itibarla yeni mevzuatı ve içtihatları bilemez”.⁴²

1924 Anayasası döneminde, disiplin konusunda da benzer şekilde yargı bağımsızlığına aykırı durumlar söz konusu olmuştur. Adalet Bakanlığına bütün yargıçlar üzerinde nezaret yetkisi tanınmıştır; Bakan herhangi bir yargıcı kendisine isnat olunan fiiller hakkında cevap vermek üzere nezdine çağırma yetkisine sahiptir (md 83), üstelik Temyiz Mahkemesi üyeleri bundan hariç tutulmamıştır; diğer bir deyişle Bakan, bir tür amir gibi davranabilme olanağına sahiptir.⁴³ Adalet Bakanı, yargıçlıktan gelmiş olsa bile, Adalet Bakanlığının bürokratına dönüşen adliye müfettişleri tarafından teftiş yaptırabilmektedir. Bu teftiş usulü 1961 Anayasası döneminde terk edilmiş, ancak ne yazık ki, 1982 Anayasasının ilk haline tekrar taşınmıştır. Bunlara ek olarak, Bakanın ihtar ve aylık kesme şeklinde doğrudan ceza verme yetkisi de tanınmıştır (md 87-88); Adalet Bakanı İnzibat Meclisi yanında ikinci bir disiplin organı olarak görülmüştür, bu hükümler de Anayasadaki hakimlik teminatları ile çelişmektedir.⁴⁴ Diğer disiplin cezalarının İnzibat Meclisince verilmesi de tam bir güvence sağlayamamıştır, Ayırma Meclisi gibi bu Meclis de Adalet Bakanı ve Bakanlığın etkisi altındadır; İnzibat Meclisi, Adalet Bakanının seçtiği Temyiz ikinci reislerinden 5 kişi ve Bakanlığın bürokratları olan Tef-tiş Heyeti Reisi ve Ceza İşleri Umum Müdüründen oluşmaktadır (md 94).

Özetle, 1924 Anayasası döneminde yargı bağımsızlığının durumunu Karafakih’in 1950 yılında yayımladığı makalesindeki şu sözlerde görebilmek-

⁴¹ KUNTER, 1959, s. 53.

⁴² KARAFAKİH İ. Hakkı, “Adliyemizin Bugünkü Durumu Hakkında Düşünceler”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Y. 24, S. 11, Kasım 1950, s. 627. (Eserlerden doğrudan alıntı yapılırken, bugün ki dilbilgisi kurallarıyla uyumayan ifadeler aynen korunmuştur).

⁴³ KAPANİ, s. 130. KUNTER, 1959, s. 53-54.

⁴⁴ GÜR, s. 2.

teyiz: “O (Adalet Bakanı), hakimleri terfi ettirirken ayırma encümenlerinin kararları ile mukayyet ise de, tayin hususunda serbest, fakat manevi tazyik altındadır. Adalet Bakanları, Büyük Millet Meclisi müzakerelerinden dönüşlerinde ceplerinde milletvekili arkadaşlarının şu veya bu hakimın tayin ve nakline dair esami varakalarile avdet ederler.. Bu yolda hakimleri müteessir eden ne haksız ve yolsuz tayinler duyduk. İnzibat Meclisi kararı ile nakli tekarrür eden hakimlerin İstanbula veya müfettişliğe tayin edildiğini gördük.”⁴⁵

III. 1961 ANAYASASI DÖNEMİ

1961 Anayasasında demokratik hukuk devleti bütün güvenceleriyle oluşturulmak istendiği için, iki meclisli parlamentoya ve Anayasa Mahkemesine sahip bir egemenlik anlayışı kabul edilmiş, erkler ayrılığının esnek olduğu parlamenter rejim öngörülmüş, erkler arasında ise öncelikle yargı güçlendirilmeye çalışılmıştır. 1961 Anayasasında 20 Eylül 1971’de 1488 sayılı Kanun ile yapılan, yargı bağımsızlığını da etkileyecek nitelikteki değişikliklerle ise daha güçlü bir yürütme organına ulaşmak hedeflenmiş, yargı zayıflatılmış ve 1982 Anayasasına gidişin taşları döşenmiştir.

A. 1961 Anayasanın İlk Hali

1961 Anayasasının ilk halinde, 1924 Anayasasının uygulandığı dönemde yargının yürütme organı kontrolüne sokulmasının yarattığı derin hukuk ihlallerinin bir daha yaşanmaması için, yargı erki yeniden düzenlenmiş ve bu bağlamda, mahkemelerin hiçbir etki (özellikle yürütmeden kaynaklanan) altında kalmadan görev yapabilmeleri amaçlanmıştır. Bu doğrultuda, Anayasanın 4. md’sindeki “*Millet, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanır*” hükmüyle sadece yasamanın değil, yürütmenin yanı sıra yargının da egemenliği kullanan organlar arasında olduğu tescil edilmiş ve 7. maddesindeki “*Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır*” şeklindeki düzenlemeyle de yargı erki, yasama ve yürütme erklerinin yanında üçüncü bir erk olarak kabul edilmiştir. Anayasanın 32. md’sinde tabii yargıç ilkesine yer verilerek, olağanüstü mahkeme kurulması yasaklanmıştır.

⁴⁵ KARAFAKİH, s. 630. (Eserden aynen alıntı yapılmıştır, bugün benimsenen dilbilgisi kurallarına uyarlanmamıştır).

Mahkemelerin bağımsızlığı başlığı altında düzenlenen Anayasanın 132. maddesindeki “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve tâlimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dâva hakkında Yasama Meclislerinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz...*” şeklindeki düzenleme ile yargı bağımsızlığı anayasal olarak tanınmıştır. 133. madde uyarınca “*Hâkimler azlolunamaz. Kendileri istemedikçe, Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylıklarından yoksun kılınamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlarla görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar ve meslekte kalmalarının caiz olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.*” Yine Anayasanın 134. maddesi gereğince “*Hâkimlerin nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin veya görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi vs... kanunla düzenlenir. Hâkimler altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler... (Askeri yargıçlar hariç tutulmuştur)*” Bu düzenlemelerle hâkimlik teminatı anayasal güvenceye bağlanmıştır. 1961 Anayasası öncesinde emeklilik bakımından Emekli Sandığı Kanununa tabi kılınmış yargıçlar, ilk kez 1961 Anayasası ile yaş bakımından da anayasal teminata kavuşturulmuştur.

Savcılık teşkilatı hakkındaki düzenleme ise 137. maddededir, madde şöyle der: “*Kanun, Cumhuriyet Savcılarının ve Kanun sözcülerinin özlük işlerinde ve görevlerini yapmalarında teminat sağlayıcı hükümler koyar. Cumhuriyet Başsavcısı, Baş kanun sözcüsü ve Askeri Yargıtay Başsavcısı, yüksek mahkemeler hâkimleri hakkındaki hükümlere tabidir.*” 1961 Anayasasının ilk halinde savcılık teminatı doğrudan düzenlenmemiştir; yargıçların özlük işlerini yürütecek olan Kurul savcıları kapsamamaktadır. Cumhuriyet savcılarının denetimi ve haklarındaki soruşturma bağımsız bir kurula bağlı müfettişlerce değil, Adalet Bakanlığı müfettişleri tarafından yapılabilecektir. Anayasada savcılar ile yargıçlar arasında ayırım yapılmıştır; icra ettikleri fonksiyonların nitelikleri itibarıyla bu iki grup yargı üyesinin tabi olduğu güvence sisteminin ayrı olması doğalsa da bunun savcılarının teminatsız kalmaları sonucunu doğurması halinde, yaratacağı yargı bağımsızlığı sorunları hafife alınamaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi, md 137’nin yasama organına

savcılar için uygun teminat getiren düzenlemeler yapma konusunda yükümlülük getirdiğini belirtmiştir. AYM kararında, cumhuriyet savcılarının yerlerinin değiştirilmesinde Adalet Bakanına sınırsız takdir yetkisi bırakılmasını, atanmalarında Adalet Bakanı ve Başbakanın müşterek kararnamesi ve Cumhurbaşkanı'nın onayının herhangi bir teminata bağlanmamasını Anayasanın 137. md'sine aykırı bulmuş ve Kanunun ilgili hükümlerini iptal etmiştir.⁴⁶ Dolayısıyla Anayasa doğrudan savcılık teminatlarını detaylı olarak düzenlemese de, 1961 Anayasasının yarattığı bağımsız AYM, yasamayı göreve davet etmekte, güvence içeren Kanun çıkarmasını talep etmektedir.

1961 Anayasasının yargı alanında getirdiği en önemli yeniliklerden biri yargıçların bağımsızlığını sağlamak üzere kurulan Yüksek Hâkimler Kuruludur (YHK). Yeni anayasal düzenleme ile yargıçların disiplin, özlük işleri gibi konularda karar verme yetkisi yürütme organın kontrolünden çıkarılarak, anayasal düzenleme ve buna istinaden çıkarılan 22.04.1962 tarihli 45 sayılı Kanunla kurulan Yüksek Hâkimler Kuruluna verilmektedir. Yargıçlar hakkında Kurul tarafından alınan kararlar, artık bir öneri veya danışma niteliğinde değildir, hiçbir makam veya merciin onayına tabi olmadan sonuç doğuran icrası zorunlu kararlardandır.

Anayasanın Yüksek Hakimler Kurulunu düzenleyen, 1971 değişikliği öncesindeki haliyle, 143. maddesi şöyleydi: “*Yüksek Hakimler Kurulu, onsekiz asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Bu üyelerden altısı Yargıtay genel kurulunca, altısı birince sınıfa ayrılmış hakimlerce ve kendi aralarından gizli oyla seçilir. Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu, yüksek mahkemelerde hakimlik etmiş veya bunlara üye olma şartlarını kazanmış kimseler arasından gizli oyla ve üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile üçer üye seçerler. Bu usulle Yargıtay Genel Kurulunca iki, birinci sınıfa ayrılmış hakimler ile Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu tarafından birer yedek üye seçilir. Yüksek Hakimler Kurulu, üye tamsayısının salt çoğunluğu ile kendi içinden Başkanını seçer. Yüksek Hakimler Kurulu üyelerinin görev süresi dört yıldır. Her iki yılda yarısının seçimi yenilenir. Hakimlik görevinde iken seçilmiş olan üyeler ardı ardına iki defa seçilemez... Adalet Bakanı, Yüksek Hakimler Kurulu toplantılarına katılabilir; oylamaya katılamaz.*”

1961 Anayasasının 144. maddesinin ilk hali, “... *Bir hakimin, her ne sebeple olursa olsun, meslekten çıkarılması hakkındaki karar, genel kurulun*

⁴⁶ AYM, E. 1966/31, K. 1967/45, K.T. 18.12.1967.

salt çoğunluğuyla alınır. Adalet Bakanı, gerekli gördüğü hallerde, bir hakim hakkında disiplin kovuşturması açılması için Yüksek Hakimler kuruluna başvurabilir... Hakimlerin denetimi, belli konular için Yüksek Hakimler Kurulunca görevlendirilecek üst derecedeki hakimler eliyle yapılır” biçiminde kaleme alınmıştır. Adalet bakanının yetkisi sadece disiplin soruşturması açılmasını talep etmekle sınırlıdır, disiplin soruşturmasını yürütme ya da yürütecek kişiyi belirleme ya da ceza verme veya disiplin soruşturmasının açılmasını engelleme yetkileri yoktur.

Anayasanın yukarıda belirtilen hükümleri çağının ilerisindedir; hem birinci sınıfa ayrılmış yargıçlara hem üst derece yargı üyelerine kendi içlerinden üye seçme olanağı vererek ve Kuruldaki üyeliklerin nitelikli çoğunluğunu oluşturmalarını sağlayarak, savcılar yargıçlar üzerinde karar verilen bir Kurula dahil etmeyerek, yürütme organına Kurulun oluşumuna doğrudan etki etme imkanı vermeyerek oldukça çoğulcu ve bağımsız bir yargı üst kurulu yapılanması öngörmüştür. Aslında 20. yüzyılın dördüncü çeyreğinde ve 21. yüzyılda bağımsız bir yargı için uluslararası belgelerde⁴⁷ ve İnsan Hakla-

⁴⁷ Opinion No. 24 (2021) Consultative Council of European Judges (Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu), on the Evolution of the Councils of the Judiciary and their Role in independent and Impartial Judicial System, CCJE(2021)11, 05.11.2021 para. 27-49. <https://rm.coe.int/opinion-no-24-2021-of-the-ccje/1680a47604>; Opinion No. 18 (2015) Consultative Council of European Judges (Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu), The Position of the Judiciary and its Relation With the Other Powers of State in a Modern Democracy, CCJE(2015)4, 16.10.2015; Consultative Council of European Judges (Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu), Magna Carta of Judges, CCJE(2010)3 Final, 17.11.2010, <https://rm.coe.int/2010-ccje-magna-carta-anglais/168063e431>; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec(2010)12 Tavsiye Kararı, Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to Member States on Judges: Independence, Efficiency and Responsibilities, 17.11.2010, <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1707137&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383#>; Opinion No. 10 (2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) (Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society, 21-23 November 2007, para. 15-20 http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp; Opinion No. 3 (2002) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) (Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu) to the Attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Principles and Rules Governing Judges' Professional Conduct in Particular Ethics, Incompatible Behaviour and Impartiality, 19.11.2002, ccje/doc/2002/ccje(2002)op n° 3e, para. 69, 71, 72, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp; European Charter on the Statute for Judges and Explanatory Memorandum (Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı), 8-10 July 1998, www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/legalprofessionals/judges/instruments_and_documents/charte_%20eng.pdf; European Commission for Democracy Through Law (Venedik Komisyonu), "Judicial Appointments", CDL-JD(2007)001, 14.03.2007, para. 26-42, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JD\(2007\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JD(2007)001-e) (Erişim: 10.09.2023).

rı Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatlarında⁴⁸ önerilen üst kurul yapısı ve işleyişi⁴⁹ 1961 Anayasasında önemli ölçüde yerine getirilmiştir.

Bu yapı 1971 askeri müdahalesiyle gerçekleştirilen değişiklikler ve ardından gelen 1980 darbesi sonucu yapılan Anayasayla adım adım geriye götürülmüştür. Bazı ufak iyileştirme girişimleri olsa da gerçekten yargı bağımsızlığını sağlayıcı bu yapıya bir daha ulaşılammıştır. Örneğin, o dönemde Adalet Bakanı müsteşarının Kurulda olmaması, Kurulun “kendi içinden başkanını seçeceği” yönündeki hüküm, Adalet Bakanına toplantılara katılsa bile oylamalara katılma yetkisinin verilmemesi yargının yürütmeye karşı bağımsızlığı bakımından çok önemli güvencelerdir. Venedik Komisyonu 49 yıl sonra Adalet Bakanının Kurulda bulunmasına karşı olmadığını ancak Türkiye’deki 2010 Anayasa değişikliği ile korunan Bakan yetkilerinin yargı bağımsızlığını zedeleme noktasına varabileceğine dikkat çekmiştir. Ayrıca Komisyon, müsteşarın Kuruldan çıkarılması yönünde Türkiye’ye tavsiyede bulunmuştur.⁵⁰ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 2023’te verdiği bir kararda, Moldova’daki Yüksek Yargı Kurulunda Adalet Bakanının tabii üye olarak bulunmasını, başsavcının Kurulda yer almasını, diğer unsurlarla birlikte Sözleşmenin 6. md’inde yer alan bağımsız mahkeme ilkesine aykırı bulmuştur.⁵¹

Bir yargıcın ardı ardına Yüksek Hakimler Kurulu üyesi olarak seçilemeyeceği, her iki yılda bir üyelerinin yarısının yenilenmesi gibi kurallar da 1961 Anayasasının, Kurul üyelerinin bağımsız davranabilmeleri bakımından, getirdiği çok önemli diğer unsurlardır ki bu kurallar yine Venedik Komisyonu tarafından 2010’da Türkiye’ye tavsiye edilmiştir.⁵² Disiplin konusunda da 61 Anayasasında Adalet Bakanının yetkisinin sadece disiplin so-

⁴⁸ Örneğin Bkz. *Catana v. Moldova*, Appl. No. 43237/13, 21.02.2023, para. 68, 75-85. *Denisov v. Ukraine*, Appl. No. 76639/11, 25.09.2018, para. 68-69.

⁴⁹ Bkz. İNCEOĞLU Sibel, “Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler”, *TBB Dergisi*, 2011, S. 95, 2011, s. 237 vd.

⁵⁰ European Commission For Democracy Through Law, (Venedik Komisyonu), Interim Opinion on the Draft Law on The High Council For Judges and Procecutors of Turkey, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 41-48, 83.

⁵¹ *Catana* kararında İHAM, yargıçlar hakkında karar veren disiplin kurullarında yargıçların kendi seçtikleri üyelerin önemli sayıda bulunması gereğinin altını çizmiş; Parlaementonun hukuk profesörleri arasından Kurula üye seçerken uyguladığı usulün adil ve şeffaflığı hakkında ki kuşkuğunu belirtmiş; Moldova’daki Yüksek Yargı Kurulunda Adalet Bakanının tabii üye olarak bulunmasını, başsavcının Kurulda yer almasını bağımsız mahkeme ilkesine aykırı bulmuştur. *Catana v. Moldova*, para. 68, 75-85.

⁵² Venedik Komisyonu. Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 38.

ruşturması açılmasını talep etmekle sınırlı tutulması da, bugünün çağdaş demokrasileriyle son derece uyumludur.⁵³

Özetle, Yüksek Hakimler Kurulunun çoğulcu yapısına ilişkin hükümler, kendi içinden Başkanını seçer hükmü, bir yargıcın ardı ardına Yüksek Hakimler Kurulu üyesi seçilemeyeceği, her iki yılda bir üyelerinin yarısının yenileneceği, Adalet Bakanının Kuruldaki oylamaya katılamayacağı gibi uluslararası belgelerde bugün önerilen güvenceler bugünden yaklaşık 60 yıl önce hukukumuzda girmiş, ancak 1971'den itibaren adım adım geri alınmış ve kaldırılan güvencelerin önemli bir kısmı bir daha hiçbir biçimde geri gelmemiştir. Yürütmenin yargı üzerindeki hakimiyeti, 12 Mart askeri müdahalesinden itibaren adım adım güçlenmiş ve bir daha kaldırılamamıştır. Ayrıca 61 Anayasası döneminde yargıçlar, daire kararlarına karşı genel kurula sadece itiraz etme değil Danıştaya iptal davası açabilme hakkına da sahipken, bu hak bugün bile tam olarak güvence altına alınamamıştır ve İHAM önünde ihlal kararları verilmesine neden olmaya devam etmektedir.⁵⁴ Bugün hala 61 Anayasasının getirdiği seviyeye erişilememiş olması Türkiye için son derece hazindir.

B. 12 Mart Rejimi Anayasa Değişiklikleri Sonrası

Türk Silahlı Kuvvetleri'nin 12 Mart 1971 muhtırası ile Demirel Hükümeti istifaya zorlanarak, ordu desteğinde bir partiler üstü geçici yönetim kurulmasıyla Anayasa değişikliği gündeme gelmiştir. 1961 Anayasası, 1971-1973 ara rejim döneminde önemli değişikliklere uğramıştır.⁵⁵

İlk olarak 20 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun ile Anayasanın 137. Maddesi değişmiş, savcılık teşkilatında yeni bir düzenlemeye gidilmiş ve Yüksek Savcılar Kurulu (YSK) oluşturulmuştur. Madde uyarınca, “*Cumhuriyet savcıları, idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır. Cumhuriyet savcılarının Yargıtay üyeliğine seçilmeleri dışında kalan bütün özlük işleri ve disiplin cezaları ile meslekten çıkarılmaları hakkında karar verme yetkisi Yüksek Savcılar Kurulundur. Bu kurulun kararları kesin olup bunlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz ... Yüksek Savcılar Kurulu, Ada-*

⁵³ Bkz. İNCEOĞLU, 2011, s. 252.

⁵⁴ *Kayasu c. Turquie*, Appl. No. 64119/00 et 76292/01, 13.11.2008, para. 117-121. *Eminağaoğlu v. Turkey*, Appl. No. 76521/12, 09.03.2021, para. 97 vd. *Bilgen v. Turkey*, Appl. No. 1571/07, 09.03.2021, para. 96 vd.

⁵⁵ Askeri müdahale sonrası yargıyla ilgili yapılan değişikliklerin detaylı bir biçimde karşılaştırması için bkz. SOYSAL, 1979, s. 186-193.

let Bakanının başkanlığında Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulunca seçilen üç asıl ve iki yedek üye ile Adalet Başkanlığı Müsteşarı ve Özlük İşleri Genel Müdüründen kuruludur...”

Kurulun içinde yürütme organı (3) yer alsa da yargı kökenliler (4) çoğunluktadır; cumhuriyet savcılarının Yargıtay üyeliğine seçilmeleri dışında kalan bütün özlük işleri, disiplin cezaları ve meslekten çıkarılmaları hakkındaki kararlar ayrı bir Kurul olan YSK'ya bırakılmıştır. Bakan olmadığı zamanlarda Kurula Cumhuriyet Başsavcısı başkanlık etmektedir. Cumhuriyet savcılarının denetimi ve haklarındaki soruşturma, Adalet Bakanlığı müfettişleri veya üst dereceli cumhuriyet savcıları eliyle yapılmaktadır. Cumhuriyet Başsavcısı yüksek mahkeme yargıçları hakkındaki hükümlere tabidir. Bu değişiklik ile, savcılar için de Yüksek Hakimler Kurulu kadar yürütmeden bağımsız olmasa da bir anayasal üst kurul oluşturulmuştur. Anayasa Mahkemesi, yasa koyucu tarafından yasal düzenleme yapılarak cumhuriyet savcılarının güvencelerinin sağlanması gerektiğinin altını çizmekte olduğundan, Anayasada böyle bir Kurul düzenlenmesini Soysal olumlu bir gelişme olarak görmemiştir. Soysal, Kanundaki güvencesizliğin Anayasaya taşındığını ima ederek şöyle yorumlamıştır: “*Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra, Anayasaya uygun yapmak yerine, bu kez de, yapılmak istenen yasalara uygun bir Anayasa yapılmak yoluna gidildi*”.⁵⁶

Anayasa değişikliği ile Yüksek Savcılar Kurulunun kararlarına karşı yargı yolunun kapatılması yönünde hüküm getirilmesi savcılık teminatını daha da zayıflatmıştır. Değişiklik ile Adalet Bakanına, gecikmesinde sakınca olan hallerde ilk Kurul toplantısında sunulmak üzere cumhuriyet savcılarını geçici olarak görevlendirebilme, savcının rızasını almak şartıyla da Bakanlık merkez teşkilatında geçici veya süreli çalışmak üzere atama yapabilme yetkileri de tanınmıştır. Bu tür geçici görevlendirmelerin ya da atamaların, hizmet gereklerinin dışında kötüye kullanılarak, baskı aracı olarak kullanılması mümkündür. Bu nedenle Anayasa, Bakanın geçici görevlendirme kararını ilk toplantıda Kurulun onayına sunmasını aramıştır. Ancak Adalet Bakanının Bakanlık merkez kuruluşuna atama yetkisi, böyle bir Kurul onayı aranmadığı için, oldukça sorunludur, yürütmenin, kararlarını beğendiği yargı üyesini ödüllendirmek amaçlı kullanmasına, mükafat yöntemiyle savcılar üzerinde yönlendirme yapmasına olanak vermektedir. Adalet Bakanının merkez kuruluşlarında görevlendirme yetkisi, ne yazık ki bugün daha da

⁵⁶ SOYSAL, 1979, s. 192.

genişlemiştir; sadece savcılar için değil yargıçlar için de geçerli bir ödüllendirme yöntemine dönüştürülmüştür (1982 Anayasası md 159/12).⁵⁷

Anayasanın 143. maddesi ise artık şu şekildedir: “*Yüksek Hâkimler Kurulu, onbir asıl ve üç yedek üyeden kuruludur. Üyeler, Yargıtay Genel Kurulunca, kendi üyeleri arasından ve üye tamsayısının salt çoğunluğu ile gizli oyla seçilir. Yüksek Hâkimler Kurulu, üye tamsayısının salt çoğunluğu ile, kendi içinden Başkanını ve bölüm başkanlarını seçer. Yüksek Hâkimler Kurulu üyelerinin görev süresi dört yıldır. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler. Yüksek Hâkimler Kurulu üyeleri, görevleri süresince başka bir iş ve görev alamazlar. Yüksek Hâkimler Kurulunun kuruluşu, çalışma usulleri, bölümleri ve bu bölümlerin görevleriyle, toplantı ve karar yeter sayıları, Başkan ve üyelerinin aylık ve ödenekleri kanunla düzenlenir. Adalet Bakanı, gerekli gördüğü hallerde Yüksek Hâkimler Kurulu toplantılarına başkanlık eder.*”

Söz konusu değişiklikle Yüksek Hâkimler Kurulu üyelerinin, sadece Yargıtay Genel Kurulu tarafından seçilmesi öngörülmüş ve Kurul üyelerinin sayısı yirmi üçten on dörde indirilmiştir. Değişiklik sonrası görev süresi sona eren Kurul üyeleri yeniden seçilebilecektir. Her iki yılda yarısının yenileneceği hükmü kaldırılmıştır. Ayrıca Adalet Bakanı da Kurul toplantılarına katılabilmekle beraber oy kullanma hakkına sahip değil iken, yeni düzenlemeyle gerekli gördüğü hallerde Kurul toplantılarına başkanlık ederek oy kullanabilme hakkına da sahip olmuştur. Böylece Yüksek Hâkimler Kurulunun kendi başkanını ve bölüm başkanlarını kendi üyeleri arasından, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile seçeceğine ilişkin 2. fıkrası işlevsiz hale getirilmiştir.

1971 Anayasa değişikliği sonrası 144. madde ise şu şekli almıştır: “*Yüksek Hakimler Kurulu, adliye mahkemeleri hakimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz. ... Bir hakimin her ne sebeple olursa olsun, meslekten çıkarılması hakkındaki karar Yüksek Hakimler Kurulu Genel Kurulunun salt çoğunluğu ile alınır. Adalet Bakanı gerekli gördüğü hallerde, bir hakim hakkında disiplin kovuşturması açılmasını Yüksek Hakimler Kurulundan isteyebilir. Bir mahkemenin veya bir hakimin kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi, Yüksek Hakimler Kurulunun uygun görmesine bağlıdır. Hâkimlerin denetimi ve haklarındaki soruşturma, Yüksek Hâkimler Kuruluna bağlı ve sürekli olarak görevli müfettiş hâkimler eliyle yapılır...*”

⁵⁷ Bkz. İNCEOĞLU Sibel, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri**, Beta yay., İstanbul, 2008, s. 266-273. İNCEOĞLU, 2011, s. 262-263.

Bu değişiklikler sonucu 1961 Anayasasının ilk halinde yer alan YHK'daki çoğulcu yapı tahrip edilmiştir; yeni düzenleme birinci sınıfa ayrılmış yargıçlara kendi içlerinden üye seçme olanağı vermemekte Kurulun yapısını sadece Yargıtayın belirlemesine olanak sağlamaktadır. Yürütme organına Kurulun toplantılarına hem gündemi belirleyerek hem de oy kullanarak etki etme imkanı verilmiş, Kurul üyelerinin yeniden seçilmesinin yolu açılarak, yeniden seçilmek için "kendisini tekrar seçecek olanlara hoş görünme" eğilimi taşımasına izin verilmiştir. Daha da önemlisi YHK kararları aleyhine yargı yolu tıpkı Yüksek Savcılar Kurulu kararları gibi kapatılmıştır.

Ancak 1977'de 1961 Anayasasının ilk halindeki güçlü güvencelere sahip olan Anayasa Mahkemesi (AYM) üyeleri, itiraz yoluyla önlerine gelen bu son değişiklikleri, bir Anayasa değişikliği olmasına rağmen, değiştirilme yasağı olan Anayasa maddelerine aykırı görerek iptal etmekten çekinmemişlerdir.⁵⁸ Aslında Anayasa değişikliklerinin Anayasaya uygunluğunun özgürlükçü bir bakış açısıyla, Anayasanın *telosuna* uygun biçimde denetleme örneklerinden en önemlisi sunulmuştur. YHK ve YSK'nın kararlarını yargı denetimine kapatan Anayasa değişiklikleri, Anayasanın 1. md'siyle birlikte değiştirilmez olduğu kabul edilen 2. md'sindeki insan hakları ilkesine, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine de atıf yapılmak suretiyle, aykırı bulunmakla kalınmamış, hukuk devleti ve hukuk devletinin bir parçası olan eşitliğe de aykırı bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi şöyle demektedir: "*Hâkimi yargı yoluna başvurma hakkından yoksun olan bir devlette, bireylerin hukuksal güvenceye sahip olduğu savunulamaz. Şikâyetle uğrayan veya denetim nedeniyle hakkında soruşturma açılan hâkim, Yüksek Hâkimler Kurulu kararıyla meslekten çıkarılabilecek, fakat hâkim, bu karara karşı yargı yerine başvuramayacaktır. Bunun hukukla bağdaşır bir yönü yoktur. Bu nedenlerle Yüksek Hâkimler Kurulunun kararlarına karşı yargı yerine başvurulamaması Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine ters düşer... Bütün kamu görevlilerine ve bu arada Yargıtay ve Danıştay hâkimlerine Özlük haklarıyla ilgili olarak uygulanan idarî işlemlerden dolayı yargı yoluna başvurma hakkı tanındığı halde, adliye mahkemeleri hâkimlerine bu hak tanınmamaktadır. Bu durumun eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı herhangi bir kuşkuya yer vermeyecek derecede açıktır.*"

⁵⁸ AYM'nin Yüksek Hakimler Kuruluna ilişkin kararı: E. 1976/43, K. 1977/4, 27.01.1977. Yüksek Savcılar Kuruluna ilişkin karar: E. 1977/82, K. 1977/117, 27.09.1977.

AYM'nin 1977'de yazdığı bu gerekçeye benzer bir gerekçe, 1982 Anayasasıyla tekrar yargı denetimine kapatılan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) kararları nedeniyle, 2021 yılında İHAM'ın *Bilgen ve Eminağaoğlu* kararlarında yer almıştır. İHAM bu kararlarında, erkler ayrılığı ve yargının bağımsızlığının korunması gereğinin artan önemine, yargıçların yargısal özerkliklerinin yersiz iç ve dış etkilerden korunmasına vurgu yapmaktadır.⁵⁹ İHAM *Gumenyuk* kararında, çıkarılan yasal düzenleme ya da anayasa değişikliği ile, yargının yeniden organizasyonu ya da reformu için yapılmış olsa bile, yargıçların statülerine, kariyerlerine müdahale edilmesi ve buna karşı güvence getirilmemesi ve bu yolla mahkemeye erişimlerinin ortadan kaldırılmasının kamunun yargının işleyişine güven duymasını tehlikeye atacağını ve Sözleşmenin 6. md'sinde yer alan adil yargılanma hakkına aykırılık yaratacağını belirtmektedir.⁶⁰ Türk Anayasa Mahkemesi, belirtilen İHAM kararlarından 44 yıl önce, yargıçların özlük hakları, statüleriyle ilgili kararlara karşı yargı denetiminin türev kurucu iktidar tarafından dahi kapatılmasını Anayasanın üzerinde şekillendiği temel ilkelere aykırı bulmaktaydı.

AYM, benzer bir kararı askeri yargıyla ilgili olarak da vermiştir. 12 Mart rejimi sırasında yapılan Anayasa değişiklikleriyle, Silahlı Kuvvetlerin elindeki devlet mallarının olağan yollarla ve aleni bir şekilde denetlenmesinden vazgeçilerek sivil denetimden kaçılmaya çalışılmış ve askeri yargı sivil yargı aleyhine genişletilmiştir.⁶¹ 15 Mart 1973'te Anayasanın “askeri yargı”yı düzenleyen 138. md'sinde değişiklik yapılmış ve askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması koşulunun savaş halinde aranmayacağı ilkesi getirilmiştir. Diğer bir deyişle savaş halinde, üyelerin çoğunluğunun bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerine sahip olmayan subaylardan oluşmasına olanak sağlanmıştır. Barış zamanındaki sıkıyönetim mahkemelerinde de “savaş hali hükümlerinin” uygulandığı düşünülecek olursa, bu Anayasa değişikliğinin yargı bağımsızlığını ne kadar zedeleyici bir nitelik taşıdığı ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi 1975 tarihli kararında, “*Ancak, savaş halinde bu şart aranmaz*” biçimindeki ifadeyi Anayasanın Cumhuriyetin insan hak ve hürriyetlerine dayalı olduğunu belirten Başlangıç bölümüyle 2. md'sinde gösterilen insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayalı bir hukuk devleti olma niteliğine

⁵⁹ *Bilgen v. Turkey*, para. 96. *Eminağaoğlu v. Turkey*, Appl. No 76521/12, 09.03.2021, para. 103 vd.

⁶⁰ *Gumenyuk and others v. Ukraine*, Appl. No. 11423/19, 22.11.2021, para. 73-76.

⁶¹ TANÖR Bülent, “12 Mart Rejimi Anayasa Değişiklikleri”, *Armağan Kanun-u Esasi'nin 100. Yılı*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 433.

aykırı bulmuştur.⁶² Benzer yaklaşım, yıllar sonra ilk olarak 1994'deki İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun sıkıyönetim mahkemelerindeki subay üyeye ilişkin olarak *Mitap ve Müftüoğlu v. Türkiye*⁶³ kararında, daha sonra da yine sıkıyönetim mahkemesine ilişkin olarak 2001'de *Ari v. Türkiye*⁶⁴ davasında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından benimsenmiş ve çok sayıda ihlal kararı verilmiştir.

AYM o dönemde Anayasanın bekçisi olma rolünü başarıyla yerine getirmiştir. AYM, bu tür, anayasa değişikliğini anayasanın değişmez maddelerine uygunluk bakımından denetlediği kararlar nedeniyle zaman zaman “*jüristokrasi*” veya “*yargı vesayeti*” ya da “*yargıçlar hükümeti*” oluşturmakla eleştirilmişse de özgürlüklerin güvencesi olma rolü jüristokrasi olarak değerlendirilemez; Anayasanın gereğini üstelik özgürlükçü yönünün gereğini yerine getirmek sınırları aşan bir aktivizm de değildir. AYM'nin aslında “*askeri vesayeti*” koruması için kurulduğunu savunanlar da olmuştur;⁶⁵ oysa YSK - YHK değişiklikleri ve askeri yargıyla ilgili değişiklik bir askeri müdahale sonucu gerçekleşmiş Anayasa değişiklikleridir, üstelik askeri yargıyla ilgili olan değişiklik, askerin gücünü artıran niteliktedir, buna rağmen AYM iptal etme cesaretini gösterebilmiştir. Anayasa yargısının varlık nedenini “*merkezdeki devlet elitlerinin hegemonyasını*” yani “*Kemalizmi korumak*” amacına bağlayanlar dahi olmuşsa da⁶⁶ AYM'nin 1961 dönemi verdiği bu ve benzeri kararlar söz konusu tespiti doğrulamamaktadır. Tersine bu konudaki bazı ampirik çalışmalar, iddia edildiği gibi merkezdeki devlet elitinin yönlendirdiği bir anayasa yargısından söz etmenin mümkün olmadığını göstermektedir.⁶⁷ Anayasa yargısının aktif olması, hak ve özgürlükler ile demokratik ilkelere hizmet ediyorsa, demokrasinin güçlenmesi bakımından son derece olumlu bir katkı sunar.⁶⁸

⁶² AYM, E. 1973/19, K. 1975/87, K.T. 15.04.1975.

⁶³ *Mitap and Müftüoğlu v. Turkey*, (kabul edilebilirlik) Appl no. 15530/89, 08.12.1994.

⁶⁴ *Ari v. Turkey*, Appl. No. 29281/95, 25.09.2001, para. 47-48.

⁶⁵ ERDEM Fazıl H./COŞKUN Vahap, “Askeri Yargı ve Askeri Vesayet”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, C. 14, S. 20-21, s. 96.

⁶⁶ Örneğin bkz. ÖZBUDUN, Ergun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Y. 2007, C. 62, S. 3, s. 259-261.

⁶⁷ Bu iddiaları ortaya koyanlar ve onlara yönelik eleştiriler için bkz. HAZAMA Yasushi, “Hegemonic Preservation or Horizontal Accountability: Constitutional Review in Turkey”, **International Political Science Review**, Vol. 33, Issue 4, 2011, s. 423 vd.; ALPBAZ Mustafa Mert, “Kemalist Otoriterlik, Anayasa Yargısı ve Askeri Mahkemeler”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Y. 2019, C. 74, No. 3 s. 896 vd.

⁶⁸ HAZAMA, s. 422.

IV. 1982 ANAYASASI DÖNEMİ

A. 1982 Anayasasının İlk Hali

Anayasanın 9. maddesinde de “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır” denilmektedir. 1982 Anayasasının 37. maddesinde, 1971 değişikliği ile (md 31) “*tabii hakim*” yerine getirilen “*kanuni hakim*” güvencesi devam etmiştir. Yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili 138. madde-deki düzenlemede, yargı yetkisinin mahkemelerce bağımsız şekilde kullanılabilmesi için ayrıntılı bir düzenlemeye gidilmiştir. Maddeye göre, “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*”.

Yargıçların diğer erkler karşısında bağımsız kalabilmelerinin en önemli güvencelerinden biri “*hâkimlik teminatı*”dır. 1982 Anayasasındaki hâkimlik teminatını düzenleyen 139. maddede, 1961 Anayasasından farklı olarak hâkimlik teminatına bir de savcılık teminatı eklenerek, aylık, ödenek ve özlük hakları, azledilememeleri, emeklilikte anayasal yaş güvenceleri bakımından yargıçlarla eşitlenmişlerdir. Anayasanın 140. maddesinde de benzer bir yaklaşımla yargıçlık ve savcılık güvenceleri birlikte düzenlenmiştir.

Savcılara ilişkin olarak yukarıda belirtilen bazı olumlu yönlerin bulunması, 1982 Anayasasının yargının bağımsızlığı bakımından 1961 Anayasası ile kıyaslandığında çok ciddi bir geri gidişi işaret ettiği gerçeğini değiştirmemektedir.⁶⁹ Örneğin 1961 Anayasası döneminde sadece savcıların idari yönden Adalet Bakanlığına bağlılığı (1961 AY md 137/1) söz konusu iken, bu durum yargıçlara da teşmil edilmiştir (1982 AY md 140/6). Hâkim ve savcılarının denetimini düzenleyen 144. maddeye göre “*hakim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hakimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; gö-*

⁶⁹ İki Anayasanın detaylı bir karşılaştırması için bkz. TANÖR Bülent, **İki Anayasa 1961-1982**, XII Levha, 4. B, İstanbul, 2012, s. 105-108.

revlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevlerindeki icaplara uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır. Adalet Bakanı soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle yaptırabilir.” Yargıçların görevlerini idari ve yargısal olarak ayırmak çoğu kez çok kolay değildir, yargıcın idari olarak nitelendirilen işlemleri de yargılama göreviyle yakından bağlantılı olan işlemler olduğundan Anayasada bu şekilde yargıçlar üzerinde, sadece idari nitelikteki genelgelere ilişkin de olsa, Adalet Bakanlığı denetimine yer vermek, yargı bağımsızlığı bakımından ciddi bir risk barındırmıştır.⁷⁰ 2010’da yerinde bir biçimde bu hüküm değiştirilmiştir.

1961 Anayasasından farklı olarak, 1982 Anayasasıyla yargıç ve savcılarının denetim yolunun açılması birleştirilerek Adalet Bakanına verilmiştir; Adalet Bakanı 1961 Anayasası döneminde disiplin kovuşturması için sadece Kurula başvurma yetkisine sahipken, diğer bir deyişle yargıç hakkında kovuşturma açılıp açılmayacağına karar veren Kurul iken, artık değildir. Üstelik, soruşturma ve inceleme 1961 Anayasası döneminde Kurula bağlı yargıç ve müfettişlerce yapılırken, şimdi, bu yetki Adalet Bakanlığına bağlı müfettişlere geçmiştir.⁷¹

1961 Anayasasında Yüksek Hâkimler Kurulu ve 1971 sonrası Yüksek Savcılar Kurulu adıyla oluşturulan ve yargıç ve savcılarının mesleğe alınmaları, tayinleri, özlük işlerinin yürütülmesi, idari denetimlerinin yapılması gibi konularda sorumlu ve yetkili olan Kurullar, 1982 Anayasasında tek bir kurula dönüştürülmüş ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) adıyla 159. maddesinde düzenlenmiştir. Bunun iyi bir tercih olduğu söylenemez, savcılığın işlevi ile yargıcın işlevi tamamen farklıdır. Savcılık Adalet Bakanlığıyla ve kolluk güçleriyle yakın temasta iken yargıçların davaların tarafı olabilecek bu tür makamlarla arasına mesafe koyması etik bir yükümlülüğüdür;⁷² bireylerin adil yargılanma hakları bakımından, birisi iddiayı ortaya koyan diğeri ise davayı hükme bağlayan bu iki makamın bu kadar iç içe geçirilmesi topluma güven telkin eden bir görüntü de sunmayacaktır.

⁷⁰ CENTEL Nur, **Hakimin Tarafsızlığı**, Kazancı yay. İstanbul, 1996, s. 12.

⁷¹ Bu konuda ortaya çıkan sakıncalar hakkında bkz. İNCEOĞLU Sibel, “Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 72, 2007, 2007, s. 64-70. İNCEOĞLU, 2008, s. 329. vd.

⁷² İNCEOĞLU, 2008, s. 95, 111, 241.

1982 Anayasasının 2010 değişikliği öncesinde, yargı bağımsızlığı yönünden büyük önem taşıyan 159. maddesinin belirlediği bu yeni Kurul, 1961 Anayasasının öngördüğü yapıdan oldukça farklıdır. Artık Adalet Bakanı gerekli gördüğünde Kurula başkanlık eder hükmü yerine, HSYK'nın başkanının Adalet Bakanı olduğu hükmü gelmiştir; Adalet Bakanı ile müsteşarı Kurulun doğal üyesidir. 1924 AY döneminde İntihab Encümeninde yer alan, daha sonra 1961'de kalkan, 1971'de sadece Savcılar Kurulu'nda yer verilen "Bakan müsteşarının kurulda yer alma" usulüne 1982'de maalesef geri dönmüştür. Diğer üyelerin Yargıtay ve Danıştay Genel Kurullarının aday gösterdiği asıl ve yedek üyelerin içinden Cumhurbaşkanı tarafından seçilecekleri öngörülmüştür. Kurulun üye sayısı azaltılmış ve Cumhurbaşkanı HSYK'nın Danıştay ve Yargıtaydan gelecek yargı kökenli beş üyesinin seçiminde kilit noktaya getirilmiştir.⁷³ Buna ek olarak, 1961 döneminde bütün üyeleri Anayasa Mahkemesi tarafından seçilen (1961 AY md 140/3) Danıştay'ın 1/4 üyesinin seçimi Cumhurbaşkanı tarafından bırakılmıştır (1982 AY md 155/3). Yüksek Hakimler Kurulunun 1961 Anayasasının ilk halinde yer alan, ancak 1971 değişikliğiyle kaldırılan, derece mahkemelerinden üye seçme usulüne yine yer verilmemiştir. Ayrıca binasının dahi bulunmaması, kendisine ait bütçesinin, sekreteryası ve personelinin olmayıp, bunların Adalet Bakanlığı'na bağlı olması, Teftiş Kurulunun Adalet Bakanlığına bağlı olarak çalışması, kararlarının gizli olması gibi kanundan ve uygulamadan doğan diğer sorunlara ek olarak, 1982 Anayasasının 159. md'sindeki düzenleme, HSYK kararlarını tümüyle yargı denetiminin dışında tutmuştur. Bu durum yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkesine tamamen aykırıdır.⁷⁴

1961 Anayasası ile kısmen yargı bağımsızlığı sağlanmaya çalışılmışsa da 1982 Anayasası ile tekrar geriye dönüş yaşanmıştır. 2010 yılında yargıyı bağımsız ve tarafsız hale getirme iddiası ile Anayasa değişikliği yapılmıştır.

B. 2010 Anayasa Değişiklikleri Sonrası

1982 Anayasasının siyasi iktidara yargıç ve savcı alımındaki etkisini artırması için alan açması sayesinde, 2010 Anayasa değişikliği öncesi, Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) üyesi yargı camiasında giderek artmıştır; 2010

⁷³ Soysal, üyelerin, yargı organlarınca gösterilecek adaylar arasından Cumhurbaşkanı'nınca seçilmesini, yargıyı yürütmeye bağlamanın bir belirtisi olarak değil, devlet sistemi içinde yargıya verilen yerin yüceliğini gösteren bir düzenleme olarak yorumlamıştır. SOYSAL Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek yay., gözden geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul, 1987, s. 249.

⁷⁴ Bkz. İNCEOĞLU, 2008, s. 319 vd. İNCEOĞLU, 2007, s. 54-74.

Anayasa değişikliği ile Bakanlık bürokrasisi ve FETÖ'nün HSYK üyelerini belirleme yolu açılmış, yeni yargıç savcı alımlarıyla bu hakimiyet daha da güçlenmiştir. Bu durum bizi 2016 darbe girişimine kadar götürmüş ve 2017 Anayasa değişiklikleri ile yargının daha da güçlü bir şekilde yürütme tarafından kontrol edilmesinin yolu açılmıştır.

Yargı içindeki bu gizli örgüt hakimiyetinin oluşumuna baktığımızda, ana nedenin, yargıç ve savcılarının mesleğe kabullerindeki süreçlerin liyakattan ve nesnellikten uzak keyfi ve siyasi saiklerle yürütülmesi olduğu görülebilmektedir. Yargıçlık ve savcılık mesleğine kabul edilebilmek için önce adaylık statüsüne kabul edilmek gerekmektedir. Bu aşamada iki sınav yapılmaktadır, bunlardan biri yazılı diğeri sözlüdür. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 9. maddesinde 2005'de yapılan değişiklik, mülakat yöntemini kabul etmiş ve Adalet Bakanlığına sınav ve mülakatla ilgili hususları yönetmelikle düzenleme yetkisini tanımış, mülakatın *Adalet Bakanlığı personeline* yapılmasına olanak sağlamıştır. Bu düzenleme ne yazık ki Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemiştir, Anayasa Mahkemesi şaşkınlık verici bir yorumla adaylığa atanmayla mesleğe atanmanın farklı olduğundan yola çıkarak, birincisinin Adalet Bakanlığı kontrolüne bırakılmasını yargı bağımsızlığına aykırı görmemiştir.⁷⁵

Ardından 01.12.2007'de Hakimler ve Savcılar Kanununa ek bir madde (md 9/A) getirilerek yazılı yarışmanın hangi içerikte olacağı ve mülakatın nasıl bir kurul tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre yedi üyeli mülakat kurulunun beş üyesi Adalet Bakanlığı bünyesinde çalışan üst düzey bürokratlardır. Yapılan sözlü sınav ne yazık ki öznel değerlendirmelere müsaittir. Yürütmenin etkin olduğu böyle bir kurulun yargıç ve savcı adaylarının belirlenmesinde nesnel bir görüntü sunmasının hayli güç olduğu açıktır. Nitekim Venedik Komisyonunun Mart 2011 raporunda gerek sınav konularının yetersizliği gerek mülakatta değerlendirilecek bazı konuların (genel ve fiziki görünüm, davranış ve tepkilerin mesleğe uygunluğu gibi) sübjektifliği gerekse de mülakat kurulunun yapısının sakıncaları üzerinde durulmuştu.⁷⁶

⁷⁵ E. 2005/47, K. 2007/14, K.T. 07.02.2007.

⁷⁶ European Commission For Democracy Through Law, (Venedik Komisyonu), Interim Opinion on the Draft Law on Judges and Prosecutors of Turkey, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 35, 38.

Böyle bir ortamda, 12 Eylül 2010'da HSYK'nın yapısı ve işleyişi değiştirilmiştir. Bu düzenleme HSYK'nın üye sayısını artırmakla kalmamış (22 asıl 12 yedek), yargı kökenli üyelerin doğrudan seçilmesini sağlamış, sadece yüksek mahkemelerden (Yargıtay ve Danıştay) üye seçilmesi yerine birinci sınıfa ayrılmış adli ve idari yargı yargıç ve savcılar arasında da üye seçilmesine olanak vermiştir. Müfettişler HSYK'ya bağlanmıştır. Sadece meslekten ihraç kararlarıyla sınırlı da olsa HSYK kararı tekrar denetime açılmıştır. İlk bakışta, belirli yönleriyle uluslararası belgelere uyumlu bir değişim gibi görünse de, HSYK üyesi seçiminde TBMM'nin rolü yerine Cumhurbaşkanının rolünün ön plana çıkarılması, HSYK kararlarının tamamının yargısal denetime açılmaması, HSYK üyesi seçiminde Adalet Bakanlığında çalışmakta olan ancak yargıç savcı sınıfından kabul edilen bürokratların aday olmasına ve oy kullanmasına izin verilmesi, özellikle yargıç ve savcılarının mesleğe giriş öncesi adaylığa kabul süreçlerinin HSYK kontrolünde değil yürütme kontrolünde sürdürülmeye devam edilmesi gibi kurumsal bağımsızlığa yönelik anayasal ve yasal düzenlemelerdeki güvencelerin eksik bırakılmasının yanı sıra, disiplin cezası gerektiren fiillerin muğlaklığı, disiplin süreçlerindeki adil yargılanma haklarının eksikliği, yargıcın yerinin kolaylıkla değiştirilebilmesi, hem coğrafi hem de görevli olduğu il ve mahkeme bakımından yer güvencesi ile yargıç ve savcının kariyerinde ilerlemeye ilişkin usul ve ölçütlerde eksiklik gibi yargıç ve savcılar için bireysel güvencelere yönelik iyileştirmelerin ihmal edilmesi pratikte bambaşka bir sonuç çıkmasına neden olmuştur. Bütün bunlara, yargıç ve savcılar arasında HSYK'ya seçilecek üyelerin seçim usulüne ilişkin Anayasa değişikliğini AYM'nin Anayasanın değişmez maddesine aykırı görerek iptal etmesi⁷⁷ ve yaratılan politik ortam da eklenince durum daha da vahim hale gelmiştir.

2010 değişikliği ile Anayasanın değiştirilen 159. md'sinin “*Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üyenin, birinci sınıf adli ve idari yargı hâkim ve savcılar arasında seçilecek Kurul üyeliği için her hâkim ve savcının; ancak bir aday için oy kullanacağı seçimlerde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilir.*” biçimindeki 5. fıkrasında yer alan “*ancak bir aday için*” ibaresi Anayasanın değişmez maddesinde yer alan demokrasi ve hukuk devleti ilkelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. HSYK'ya seçilecek yargı kökenli üyelerin seçim usulünü iptal eden bu AYM kararı, 1961 Anayasası

⁷⁷ E. 2010/49, K. 2010/87, K.T. 07.07.2010.

dönemindeki iptal kararlarının tersine, Anayasa değişikliğinin kurumsal bağımsızlık açısından, kağıt üzerinde yer alan az sayıdaki olumlu yanlarından birini ortadan kaldırmış; en azından HSYK içinde yetersiz de olsa kısmen çoğulcu bir yapı ortaya çıkabilme imkanını tümüyle yok etmiştir. İptal sonucu ortaya çıkan usul, Venedik Komisyonunun da belirttiği gibi sadece çoğunluk görüşünün HSYK’da temsil edilmesi sonucunu doğurmuştur.⁷⁸ Dolayısıyla 61 dönemi Anayasa Mahkemesinin yaklaşımından farklı olarak, 1982 Anayasası dönemin AYM’si, anayasalcılığın *telos*’undan uzaklaşmıştır.

2010 Anayasa değişikliği sonrası yapılan HSYK’ya üye seçimlerinde, yargı içinde güçlü bir biçimde örgütlü olan gurubun, o gün ki adıyla Gülen Cemaati bugün ki adıyla FETÖ olduğu gün yüzüne çıkmıştır. HSYK seçimlerini Adalet Bakanlığı bürokrasiyle⁷⁹ birlikte bu örgüt yönlendirmiştir, sonuç olarak 2010 değişikliği yargı içinde bu grubun yerini sağlamlaştırmaktan öteye geçememiş, yargı tamamen araçsallaştırılmıştır. Uzun yıllar FETÖ terör örgütünün yargı içinde ve özellikle Bakanlık bürokrasisinde böylesine örgütlenmesine nasıl olup da göz yumulduğu ise ayrı ve çok ciddi bir sorudur. Bugün olduğu gibi o zaman da yargıç ve savcı alımında Adalet Bakanlığının tam yetkili olduğu gözönüne alınınca, bu konuda 2010 yılı öncesinde Adalet Bakanı olarak rol alan ve o Bakanları atayan bütün siyasilerin, özellikle de 2000’lerin ilk on yılının Adalet Bakanları ve Bakanlık bürokrasisinin hesap vermemiş olması çok şaşırtıcıdır.

Ardından 2016 darbe girişimi olmuş, ertesinde 4.000’den fazla yargı üyesi meslekten çıkarılarak FETÖ örgütü tasfiye edilmiştir. Darbe girişimi sonrası Kanunda yapılan değişikliklerle, önce yazılıda en az 70 puan alma şartı kaldırılmış ve ehliyet bir tarafa bırakılarak ihraç edilen sayının (4.195) oldukça üstünde (5.850) alım yapıldıktan sonra tekrar 70’e çıkarılmıştır. Bu süreçte alınan 6.000’e yakın yargıç ve savcı, sadece üç ay gibi kısa süreye “sıkıştırılmış eğitimler!” olarak göreve başlatılmışlardır. Alelacele, niteliğe bakılmadan yeni siyasi iktidarın kontrolünde alınan yargıç ve savcılar bir kısmı iktidarı paylaşan siyasi partilerle yakın ilişki içindeki avukatlar olmuştur. Bu kez de yargı 1961 Anayasasından bu yana hiç olmadığı kadar siyasi

⁷⁸ Venedik Komisyonu, Opinion No 600/2010, para. 37-38.

⁷⁹ Bakanlık bürokrasisinin, seçimler sırasında yargı üyeleri üzerinde nasıl etkili olduklarını görmek için bkz. **ERTEKİN** Orhan Gazi, **Yargı Meselesi Hallolundu!**, Epos yay., Ankara 2011.

iktidarın yörüngesine girmiştir. 2022 yılı verilerine göre, mevcut yargıç sayısı 15.321, savcı sayısı 7.416'dır, toplamda 22.820 (14.411'i erkek, 8.326'sı kadın) yargıç ve savcı bulunmaktadır. İhraçlardan önce bu toplam sayı 15.374 idi; diğer bir deyişle ihraçlardan sonra geriye kalan yargıç savcı toplam sayısından daha fazla sayıda alım darbe girişimi sonrasında son 6 yılda yapılmıştır.⁸⁰ Ayrıca daha önceleri, Adalet Bakanlığına bağlı olarak 1985 yılında kurulan Hakim Savcı Adayları Eğitim Merkezince⁸¹ yargıç ve savcı adaylarına verilen eğitim, 2003'te AB'ye uyum sürecinde kurulan ve kısmen özerkliği olan Türkiye Adalet Akademisi (TAA) tarafından verilmekteyken bu da darbe girişimi sonrası değiştirilmiştir. FETÖ örgütü Akademi içinde de hakimiyet kazandığından, önce TAA OHAL KHK'si⁸² ile kapatılmış, eğitim görevi, Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığına verilmiş, ardından tekrar yine kararname ile Akademi kurulmuştur. 2019 Mayıs ayında yeni TAA kurulana kadar, söz konusu yeni adaylar Adalet Bakanlığının mutlak kontrolü altında eğitimden geçirilmiş, Adalet Bakanlığının yaptığı sınavdan sonra mesleğe atanmışlardır. Dolayısıyla nesnellik ve bağımsızlığın yanı sıra, ciddi bir ehliyet ve liyakat sorunu yaşandığını kabul etmek gerekir.

C. 2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrası

1. Yapısal Sorunlar

2017 Anayasa değişiklikleri ile yargıç ve savcılarının üst kurulunun yapısı tekrar değiştirilmiştir; eski HSYK'ya son verilmiş (Geçici md 21), yeniden bir yargı üst kurulu kurulmuş, HSK'da iktidarı paylaşan siyasi partilerin tamamıyla hakimiyetini sağlayacak başka bir model kurgulanmıştır.

Aslında “*Anayasa değişikliği vasıtası ile mevcut üst kurul üyelerinin görevlerine son verme*” eyleminin kendisi, değişikliğin getirdiği yeni kurumsal yapının niteliği ve içeriğinden bağımsız olarak, kendi başına yargı bağımsızlığına aykırıdır. Nitekim İHAM'a göre, yargı üst kurullarının yerine getirdiği fonksiyon, mahkemelerin bağımsızlığını ve kamunun yargıya güvenini doğrudan etkilediği için, bu tür kurulların yapısal reformu amacıyla çıkarılmış dahi olsa bir kanunla üst kurul üyelerinin görevlerine olağan görev süresin-

⁸⁰ Bkz. https://www.hsk.gov.tr/istatistikler_1445 (Erişim: 03.09.2023).

⁸¹ 06.06.1985 tarih, 3221 Sayılı Hakim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, 15.06.1985 tarih, 18785 sayılı RG.

⁸² 9 Temmuz 2018 tarihli 703 sayılı KHK.

den önce son verilmesi, görev süresi sona erdirilen üyenin buna karşı mahkemeye başvurusunun önünü fiilen kapattığı için Sözleşmeye aykırıdır. İHAM'a göre ülkeler reform yapma amacı taşıyalar bile bunu araçsallaştırmamalıdır. Yüksek yargı kurulları sadece yürütmeden değil yasamadan da bağımsız olmak zorundadır.⁸³

Türkiye'de ne yazık ki yargı reformundan çok yargının rekonstrüksiyonu geleneği yerleşmiştir. 2010 değişikliklerinde olduğu gibi 2017 değişikliği de yargıda iyileştirme değil yargının yeni gelen siyasi anlayış doğrultusunda yeniden inşası amacına hizmet etmiştir. 2017 Anayasa değişikliğiyle, yargının FETÖ'den temizlenmesi fırsat bilinip HSK üyelerinin yargı üyelerince seçilmesindeki seçim usulü çoğulcu hale getirileceğine ya da FETÖ'nün örgütlenmesine olanak sağlayan nesnellikten ve liyakatten uzak yargıç savcı alımına son verileceğine, yargı organının kendi içinden ve kendisi tarafından üye seçme usulü tamamen kaldırılmış, yargıç savcı alım usulü eskisine kıyasla daha da siyasileştirilmiştir.

Şu an yürürlükte olan anayasanın 159. md'sine göre, HSK'nın bütün üyeleri yürütme ve yasama organı tarafından belirlenmektedir.⁸⁴ Bu durum yargıyı yine politize hale getirmiştir. Mayıs 2019'da Adalet Bakanlığınca yayımlanan Yargı Reformu Strateji Belgesinde 2017 değişikliği ile parlamentonun da üye seçmesinin bağımsızlığı güçlendirdiği belirtilmiştir. Strateji Belgesinde yargıç ve savcıların üye seçmesinin siyasi polirazisyon yarattığı ve çalışma barışını olumsuz etkilediği iddia edilmektedir. Oysa tam tersine 2017 değişikliği ile Cumhurbaşkanının ve onun siyasi partisinin ya da kendisini destekleyen ittifakın HSK'ya üye seçimindeki rolü daha da güçlendiğinden siyasileşmeye daha fazla zemin hazırlanmıştır. Diğer yandan Adalet Bakanının⁸⁵ ve Adalet Bakanı müsteşarının kurulun tabii üyesi olarak kalması 2010 değişikliğinde de bugün de ısrarla korunmaktadır. Uluslararası

⁸³ *Grzeda v. Poland* (Grand Chamber), Appl. No. 43572/18, 15.03.2022, para. 305-307, 323, 326, 345-350.

⁸⁴ Cumhurbaşkanı doğrudan 4 üye, TBMM 7 üye seçer, adalet bakanı ve müsteşar doğal üyedir.

⁸⁵ 2010 değişikliği ile Adalet Bakanının yetkileri önemli ölçüde azaltılmakla birlikte yargı bağımsızlığına tehdit olmayacak düzeye inmemiştir. Adalet Bakanı Genel Sekreterin belirlenmesinde, Kurul gündeminin oluşturulmasında, disiplin soruşturmasının yapılmasına izin verip vermeme konusunda hala yetkilidir, üstelik 2014'te HSK Kanunda yapılan değişiklikle toplantı günlerini de tek başına Başkan belirlemektedir, daha önce Kurul kendisi her yılın Ocak ayında o yılki toplantı günlerini belirlemekteydi, Başkan ancak olağanüstü toplantıya çağırabilmekteydi (md 29). Adalet Bakanı dairelerin işleyişinde herhangi bir role sahip olmamasına rağmen Genel Kurulda bulunarak daire kararlarına karşı itiraz aşamasında Kurulu etkileme pozisyonundadır.

belgeler, yürütme organından çok yasama organı tarafından ancak nitelikli çoğunlukla ve sınırlı sayıda üye seçilmesine, yargıç ve savcıların kendi aralarından seçecekleri üye sayısının çoğunluğu oluşturmaya işaret etmektedir. Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, bu tür yargı kurullarının herhangi bir partiye bağlılıktan uzak, yürütme organının ve yasama organındaki çoğunluğun baskısından bağımsız olması gerektiğinin altını kuvvetle çizmektedir.⁸⁶

Cumhurbaşkanlığı rejimi yürürlüğe girdikten sonra Adalet Bakanını ve Adalet Bakanlığı müsteşarını da Cumhurbaşkanı belirlediğinden, yeniden inşa edilen HSK'nın 13 üyesinden 6'sını cumhurbaşkanı, 7'sini TBMM belirlemektedir. Cumhurbaşkanının doğrudan seçtiği üye sayısı kağıt üstünde 2017 değişikliği öncesiyle aynı kalmış gibi görünse de toplam HSK üye sayısı on üçe düşürüldüğü için doğrudan seçtiği dört üyenin ağırlığı artmış, yürütmenin iki kanadı tek elde toplandığı için Adalet Bakanı ve müsteşarını da kendisi atamak suretiyle yarıya yakın üyeyi belirler konuma gelmiştir. Üstelik Cumhurbaşkanı artık bir siyasi parti başkanı olabilmektedir, tarafsız değil, siyasi bir kişiliktir. Oysa devlet başkanının siyasi bir güç olup olmadığı bu tür kurullara atama yapması bakımından çok belirleyicidir, geleneksel parlamenter rejimlerde, yetkisiz ve tarafsız kabul edildiği için devlet başkanına yargıçların atanmasında rol verilirken, özellikle yarı-başkanlık ve başkanlık rejimleri için bu uygun bir yöntem olarak görülmemektedir.⁸⁷ Üstelik Cumhurbaşkanı ve milletvekili seçimleri aynı gün yapıldığından, Meclis tarafından seçilecek diğer yedi üye içinde Cumhurbaşkanının lideri olduğu siyasi partinin önerdiği bir ismin de olması kuvvetle muhtemeldir. Çünkü TBMM'nin HSK üyesini nitelikli çoğunlukla seçeceği belirtilmekle birlikte, birinci oylamada 2/3, ikinci oylamada 3/5 sağlanamadığında, üçüncü turda en çok oy almış adaylar arasında ad çekme usulüyle üye belirlenmektedir. Ayrıca Cumhurbaşkanı 1982 Anayasasının ilk halinde Yargıtay ve Danıştay Genel Kurullarınca kendisine gösterilen adaylar arasından üye seçtiği için yargı bağımsızlığı bakımından daha az problemli görülürken⁸⁸ şimdi doğrudan seçim yaptığı için son derece vahim bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu

⁸⁶ Örneğin Avrupa Konseyinin 2010 tarihli Tavsiye kararı bu tür yargı kurullarında çoğulcu bir yapının olması gerektiğinin altını çizmektedir. Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu 10 numaralı Görüşünde HSK gibi yargı kurullarının üyelerinin nitelikli çoğunluğunun yargıç olması ve kendi meslektaşları tarafından seçilmesi gerektiğini belirtmektedir. Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu Opinion No. 10 (2007), para. 15-20.

⁸⁷ Venedik Komisyonu, "Judicial Appointments", para. 13.

⁸⁸ Bkz. Venedik Komisyonu, "Judicial Appointments", para. 13.

şartlar altında, adeta 1924 Anayasası dönemine, diğer bir deyişle neredeyse 100 yıl öncesinin tek parti dönemine yakınlaşmış, yani adeta başladığımız yere geri dönmüş görünmekteyiz.

Türkiye’deki bu yeni tasarımda Cumhurbaşkanı ve TBMM tarafından HSK’ya seçilecek olan üyelerin önemli bir kısmının adli (3) ve idari (1) yargıç ve savcılar (toplam 4 üye) ya da Danıştay (1) ve Yargıtay (3) üyeleri (toplam 4 üye) arasından, yani yargı üyeleri arasından seçilecek olması da yargının siyasallaşmasına daha da fazla zemin hazırlar niteliktedir. 2010 Anayasa değişikliğinde TBMM’nin üye seçme rolü yoktu, Cumhurbaşkanı’nın rolü ise sadece hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından HSYK’ya üç üye seçmeyle sınırlıydı, yani Cumhurbaşkanının yargıç veya savcılar arasından üye belirleme rolü yoktu. Nitekim uluslararası belgelerde, yasama organlarının sınırlı sayıda üye seçmelerine yer verilmekle birlikte, yargıçların siyasilerle yakınlaşma riski taşıdığından, yasama tarafından seçilecek üyelerin yargıç veya savcı sınıfından veya yüksek yargı üyeleri arasından olmasından kaçınılması önemle tavsiye edilmektedir. Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin 24 No.lu görüşünde açıkça, “*Kurulun yargıç üyelerinin parlamento tarafından seçilmesinden veya yürütme erki tarafından belirlenmesinden kaçınılmalıdır*” denmektedir.⁸⁹ Benzer yaklaşım, Venedik Komisyonu tarafından da dile getirilmiştir; Venedik Komisyonu şöyle der: “... aday hakkındaki siyasi değerlendirmelerin nesnel değerlendirmelere göre ağır basması dışlanamayacağından, olağan yargıçların Parlamentonun oyuna sunulması uygun bir yöntem değildir”.⁹⁰

2019 tarihli Strateji Belgesinde ise yargıçların kendi aralarından üye seçmesinin siyasi polarizasyon yarattığına değinilirken Cumhurbaşkanı ve TBMM’nin seçim yapması, üstelik de yargıçlar arasından seçim yapması nedeniyle ortaya çıkabilecek esas vahim siyasallaşma görmezden gelinmiştir. Strateji Belgesinde 2017 Anayasa değişikliğinin getirdiği TBMM’nin HSK’ya üye seçme usulünün “*demokratik meşruiyeti*” güçlendirdiği iddia edilmektedir.⁹¹ Oysa, yargının meşruiyeti, halkın kurucu iradesinden alınan yetkiyle yani anayasaya ve yasaya dayanarak kurulmasına, anayasal ve yasal çerçevede işleyişine, demokrasi ile hak ve özgürlüklerin güvencesi olmasına

⁸⁹ Opinion No. 24 (2021) Consultative Council of European Judges, para. 31.

⁹⁰ Venedik Komisyonu, “Judicial Appointments”, para. 11.

⁹¹ Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi, Mayıs 2019, s. 32-33. https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf (Erişim: 20.09.2020).

dayanmaktadır. Nitekim Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi, Parlamento oyuyla veya daha düşük bir derecede olsa da, yürütme tarafından seçilmenin fazladan bir demokratik meşruiyet vereceği yönündeki görüşün tartışılabilceğini, ancak bu tür atama yöntemlerinin siyasallaşma ve diğer erklerle bağımlılık riski taşıdığına dikkat çekmektedir. Bu risk çok önemlidir, zira Avrupa Yargıçları Danışma Konseyine göre, sadece bağımsız bir yargı toplumdaki bireylerin, özellikle de kırılgan ve popüler olmayan, yani azınlıkta kalanların haklarını etkili bir biçimde yerine getirebilir; yargının bağımsızlığı, insan hakları ve demokrasinin yargı tarafından güvence altına alınabilmesi için temel bir koşuldur. Bu nedenle yargının “kuruluş meşruiyeti” kadar belki ondan da çok “işleyiş meşruiyetine” önem verilir.⁹² Yargı, yasama ve yürütmeye karşı değil topluma karşı sorumludur, bu şekilde işleyiş meşruiyetini korur. Bu nedenle yargı toplum denetimine açık olmak ve işleyiş toplumu ikna edici olmak zorundadır; bunun doğal sonucu olarak yargılamalar aleni yapılır, kararlar gerekçeli olmak zorundadır ve alenidir. Yine topluma karşı sorumlu olmasının bir gereği olarak, yargı, hukuk denetimine de açıktır; dolayısıyla kararları itiraz ve temyize tabidir. Yargıçların topluma karşı hesap verebilirliğini sağlamak için yüksek davranış kuralları benimsenmiştir, yargı üyelerinin disiplin, hukuk ve ceza sorumlulukları vardır, teftiş ve performans değerlendirmelerine tabidirler.⁹³

2017 değişikliğinin diğer bir özelliği, TBMM’nin, Kurulun yedi üyesinin üçünü yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından seçmesidir. Bu tür uygulamalar Kurul içinde çoğulculuğu sağlamak, korporatizmin yaratacağı bazı sakıncaları⁹⁴ önlemek için uluslararası belgelerde de kabul görmektedir. Türkiye’deki uygulamada şu anda HSK içinde sadece 1 öğretim üyesi bulunurken 3 üye siyasi partilerle ya da kamu idareleriyle ilişkili avukatlık geçmişi olanlar arasından belirlenmiştir. Avrupa Yargıçları Danışma Kurulunun 10 ve 3 numaralı Görüşüne göre çoğulculuğu sağlamak, korporatizm riskini ve meslek içi dayanışmayı önlemek için yargı mensupları dışından da üyelerin

⁹² İşleyiş meşruiyetine ilişkin değerlendirmeler için bkz. ÇELİK Burak, **Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Yapısal Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, XII Levha, İstanbul 2012, s. 148-155.

⁹³ Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 18 (2015), para. 10, 12 vd.

⁹⁴ Yargı üst kurullarının sadece yargıçların kendi aralarından seçtiği üyelerden oluşması, toplumdan kopma, dışı kapanma kendi içinde kayırmacılığa neden olma gibi riskler gerekçesiyle eleştirilmektedir. Korporatizm tartışmaları için bkz. ÇELİK, s. 71-88.

HSK içinde bulunması benimsenebilir;⁹⁵ ancak bu kişiler yasama, yürütme veya idarenin mensupları olmamalıdır.⁹⁶ Ne yazık ki şu andaki Türkiye uygulaması, aşağıda açıklanacağı gibi, iktidar partileriyle ya da idari kurumlarla iç içe geçmiş kişilerin Kurula üye yapılmasına dönüşmüştür.⁹⁷

2017 sonrası md 159'daki hükme göre, TBMM'nin belirlediği üyelerin nitelikli çoğunlukla seçilmesi gerekmektedir. Fakat ilk iki oylamada (ilkinde 2/3, ikincisinde 3/5) bu çoğunluk sağlanamadığı takdirde, en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulüyle seçimin tamamlanması, yani bir tür kura yöntemine benzeyen ilginç bir usulle seçimin sonlandırılması benimsenmiştir; diğer bir deyişle uzlaşma koşulundan vaz geçilmiştir. Oysa yukarıda da belirtildiği gibi, seçilecek üst kurul üyelerinin tarafsızlık ve bağımsızlığını ve Kurulun çoğulculuğunu sağlamak amacıyla, uluslararası belgelerde nitelikli çoğunluğa, yani uzlaşmaya özel önem verilmektedir.⁹⁸

HSK üyelerinin bağımsız davranabilmeleri bakımından önemli güvencelerden bir diğeri HSK üyeliğine yeniden seçilmenin yasaklanmasıdır. Bu şekilde bir yasak getirilerek, Kurula seçilen üyelerin görevleri sona erdiğinde yeniden seçilebilmek umuduyla, görevdeyken kendini seçenlere tavizler vermesi engellenir ve tarafsız davranmalarına olanak sağlanır. Nitekim 1961 Anayasasının ilk halinde, son derece yerinde bir biçimde, YHK üyelerinin yeniden seçilmesi yasaklanmıştı. 1971'de bu yasak ortadan kaldırılarak yeniden seçilmeleri mümkün kılındı, bu durum 1982 Anayasasının ilk halinde, 2010 ve 2017 değişikliklerinde de ısrarla korundu.⁹⁹ Şu anda HSK'nın 3 üyesi ikinci kez seçilmiştir.¹⁰⁰

Yargı üst kurullarında çoğulcu bir yapı ortaya çıkarmak için sadece kurul üyelerini seçen kaynakların çeşitliliğine değil, üyelerin içinden geldikleri kaynakların da çeşitliliğine önem verilir. Bu son kaynak çeşitliliği, hem üyelerin yargı içinde kariyerlerini yaptıkları çeşitli görevlerin farklılıklarını temsil etmelerini sağlar, hem de birbirlerini dengeleyerek şeffaflık ve bağımsızlığı güvence altına alır. Diğer bir deyişle bu tür kurulların oluşumu

⁹⁵ Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 10 (2007) para. 19.

⁹⁶ Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 3 (2002) para. 69, 71, 72.

⁹⁷ Bkz. dpnt 101.

⁹⁸ Venedik Komisyonu, Opinion No 600/2010, para. 32-35.

⁹⁹ Venedik Komisyonunun Eylül 2010'da hazırladığı raporda bu unsur eleştirilen noktalardan biridir. Venedik Komisyonu. Opinion No 600/2010, para. 38.

¹⁰⁰ Bkz. dpnt. 101.

bakımından kaynak çeşitliliğinin ayrıntılı olarak anayasal olarak düzenlenmesinin bir anlamı vardır. Ancak Türkiye’de anayasal olarak düzenlenmiş olan kaynak çeşitliliği siyasi iktidarlar tarafından aşılması gereken bir engelmış gibi görülmekte, Anayasa hükümleri hüllerle aşılmaktadır. Örneğin 2017 sonrası kurulan HSK’da üyeler, kağıt üstünde, “Yargıtay ve Danıştay üyeleri, birinci sınıfa ayrılmış adli yargıç ve savcılar, birinci sınıfa ayrılmış idari yargıç ve savcılar, öğretim üyeleri ve avukatlar” biçiminde sayılarıyla birlikte belirlenmiş gibi görünüyorsa da pratikte 13 üyenin önemli bir kısmının kariyerini (5 üye) büyük ölçüde cumhuriyet savcılığında yaptığı, diğer önemli bir kısmının da (HSK Başkanı Adalet Bakanı ile birlikte 4 üye) avukatlık kariyerine sahip olduğu ve siyasetle iç içe oldukları görülmektedir;¹⁰¹ sadece üç üye kürsü yargıçlığı kariyerine sahiptir, bunlardan biri cezadandır, diğeri ise idari yargıdandır ve hukuk mezunu değildir, bir diğeri de Ceza Mahkemesi yargıçlığından gelmiş olmakla birlikte, Adalet Bakanı yardımcısı sıfatıyla Kurulda yer almaktadır. İlginç olan bir diğer konu, Kurulda hukuk mahkemelerinden kürsü yargıçlığı kariyerine sahip üyenin bulunmamasıdır. Cumhuriyet savcılarının Anayasa md 144¹⁰² ve 159/9¹⁰³ çerçevesinde Adalet Bakanlığı ve HSK’nın daha fazla etkisi altında olduğu düşünüldüğünde, ayrıca cumhuriyet savcılarının soruşturmalarına, cumhuriyet başsav-

¹⁰¹ Şu andaki HSK başkanı ve Adalet Bakanının (Yılmaz Tunç) kariyeri avukatlıktır. Cumhurbaşkanı tarafından ikinci kez seçilen Başkan vekili (Mehmet Akif Ekinci) kariyerini büyük ölçüde cumhuriyet savcısı olarak yapmıştır. Cumhurbaşkanının seçtiği üyelerden biri (Halil Koç) idari yargıdandır (siyasal mezunudur), bir diğeri (İbrahim Kolcu) Ağır Ceza Mah ve BAM yargıcı olmuştur, bir başkası (Ömer Faruk Yıldırım) savcılık kariyerinden gelmektedir. Adalet Bakan yardımcısı da (Akın Gürlek) Ağır Ceza Mahkemesi başkanlığından sonra Adalet Bakan yardımcılığına atanmıştır.

TBMM tarafından seçilenlerden biri (Cumhur Şahin) öğretim üyeliğinden HSK üyeliğine geçmişse de, diğeri (Sinan Esen) ağırlıklı olarak savcılık geçmişine sahip, bir başkası (Aysel Demirel-ilkinde Cumhurbaşkanı tarafından seçildikten sonra ikinci kez seçilmeden önce Danıştay üyesi yapılmış ardından TBMM tarafından seçilmiştir) ağırlıklı olarak avukatlık kariyerine sahip, bir diğeri (Ömür Topaç- ilkinde ilk derece yargıçlar ve savcılar tarafından seçildikten sonra önce Yargıtay üyesi yapılmış sonra TBMM tarafından seçilmiştir) ağırlıklı olarak savcı geçmişine sahip, bir başkası (Bilal Temel) avukatlık geçmişine sahip ve son iki sene Adalet Bakanlığında görev yapmış, bir diğeri (Havvanur Yurtsever) avukatlık kariyerinin yanı sıra belediye meclislerinde ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığında çeşitli görevlerde bulunmuş, son üye ise (Ergün Şahin) savcılık ve Adalet Bakanlığı kariyeri yapmış kişilerdir. Bkz. <https://www.hsk.gov.tr> (Erişim: 26.10.2023).

¹⁰² AY md 144, savcıların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetleneneğini belirtmektedir.

¹⁰³ Anayasanın 159/9 hükmü ise Kurul müfettişlerine “yargıç ve savcıların görevlerini kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (yargıçlar için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapip yapmadıklarını denetleme” görevini vermektedir.

cısının müdahale yetkisinin 2021'deki bir yasal değişiklik¹⁰⁴ ile hukukileştirildiği dikkate alındığında yargıçlara göre daha az bağımsız oldukları bir gerçektir. Uygulamada ortaya çıkan bu HSK yapılanması, iki şeyi ortaya koymaktadır; birincisi HSK üyeleri yürütmeye yakın ilişki içindeki kişilerden seçilmektedir, ikincisi ise Anayasanın 159. md'sinde belirtilen kaynak çeşitliliğinin anlamı uygulamada kalmamıştır, Anayasal hüküm dolanılarak uygulanmaz hale getirilmiştir. Toplam 13 üyeli HSK'nın sadece iki üyesinin kadın olduğunu da üzülererek belirtmek gerekir. Oysa 2022 verilerine göre, özellikle tüm kadroların %67'sini oluşturan yargıçlar içinde kadın oranı (%46) yarıya yakındır.¹⁰⁵

2. Bireysel Güvencelere Yönelik Sorunlar

Elbette yargının bağımsız olup olmadığını anlamak için sadece HSK yapısına bakmak hata olur. Yargıç ve savcılarının ilk kez mesleğe atanma süreçlerinin tarafsızlığı ve liyakate dayalı olması, yargı üyesinin görev süresi ve süresince görevden alınamaması, emir talimat verilememesi, kariyerinde ilerlemesinin güvence altında olması da temel unsurlardır.

Mesleğe giriş süreçleri açısından bakacak olursak eskiden olduğu gibi bugün de çok ciddi sorunlar devam etmektedir. Türkiye'de, mevcut düzenlemelere göre, yargıç veya savcının mesleğe kabul edilebilmesi için yargıç veya savcı adaylığına (1 Ocak 2023'te yürürlüğe giren 23.6.2022'de yapılan değişikliğe göre, "yargıç ve savcı yardımcılığına") atanması gerekmektedir. 17.10.2019 tarihli Kanunla,¹⁰⁶ yargıç adaylığı sınavına girmeden önce hukuk mesleklerine giriş sınavında veya idari yargı ön sınavında (70 alarak) başarılı olma şartı getirilmiştir. Yeni hukuk fakülteleri açmadan önce ihtiyaç ve nitelik hesaba katılmadığı için, son yıllarda aşırı derecede yükselen fakülte sayısı, niteliğin düşmesine de neden olmuştur; bu sınavın nitelikli hukukçuları ayırt edeceği varsayılmaktadır. Sınav, çoktan seçmeli bir biçimde, Adalet Bakanlığı ile yapılacak protokole göre Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından yapılacaktır. Soruların niteliği ve sınavın gü-

¹⁰⁴ 5235 Sayılı Adli Yargı ile Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 18. ve 40. md.'lerinde yapılan 17.6.2021 tarihli değişiklikler. Md. 18: "Cumhuriyet başsavcısı, Cumhuriyet savcılarının soruşturmayı sonlandıran kararları arasında oluşabilecek farklılıkların giderilmesi ile bu kararların kanuna uygunluğunun denetlenmesi hususlarında görevli ve yetkilidir."

¹⁰⁵ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/22092022112522-09-2022-hakim-savci-durumlaripdf.pdf> (Erişim: 24.10.2023).

¹⁰⁶ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa ek yapılmıştır (ek md 41).

venliği önemli unsurlar olacaktır. ÖSYM geçmişte hem FETÖ döneminde hem de sonrasında güvenlik konusunda çok ciddi açıklar vermiştir. Gerekli önlemlerin alınacağı umut edilmektedir.

2019'un Şubat ayında Kanunda yapılan değişikliklerle şöyle bir süreç izlenmektedir: yazılı sınavında en az 70 puan alanların, Adalet Bakanlığının belirlediği kadro ihtiyacının iki katı kadarı mülakata alınmaktadır; mülakat %30 etkilidir. Mülakat kurulunda yürütmenin hakimiyeti güçlenerek devam etmektedir.¹⁰⁷ Kurulun mülakatta değerlendireceği konular da son derece soyuttur; 2802 sayılı Kanunda şöyle sayılmıştır: a) Muhakeme gücünü b) Bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneği, c) Genel ve fizikî görünümünün, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu ve liyakati,^[1] d) Yetenek ve kültürü, e) Çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığı. Diğer yandan, üç yıllık yargıç ve savcı yardımcılığı dönemindeki eğitimi veren ve sınavları yapan hocalar da Bakanlıkça ya da Cumhurbaşkanı tarafından atanan TAA başkanınca belirlenmektedir. Dolayısıyla yargıç veya savcı olarak atanabilmek için; ilk önce yargıç ve savcı yardımcılığına atanabilme amacıyla yapılan yazılı sınavdan sonra, yürütme organının kontrolündeki mülakatı geçebilmek, ardından yine yürütme kontrolünde bir eğitim almak ve yürütmenin belirlediği kişilerce hazırlanan yazılı ve sözlü sınavı da başarıyla vermek gerekmektedir.¹⁰⁸

Yargı üyelerinin görev süresi boyunca görevden alınamama güvencesi bakımından da ciddi eksiklikler bulunmaktadır. Kural olarak elbette, yargıç ve savcılar demokratik bir ülkede hukuk önünde hesap verir olmak zorundadırlar.¹⁰⁹ Ancak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye kararına göre disiplin yaptırımı gerektiren fiiller mümkün olduğunca somut bir biçimde

¹⁰⁷ 2017 öncesi TAA şimdikiye oranla daha özerkti ve yedi üyeli mülakat kurulunda iki üyeye temsil ediliyordu, yeni değişiklikler sonucu artık TAA'nın tek üyesi kurulda bulunmaktadır ve özerkliği tamamen sona ermiştir, ayrıca HSK Genel sekreteri de kurulda yer alacaktır, ancak Genel Sekreter, HSK üyeleri tarafından gösterilen üç aday arasından Adalet Bakanı tarafından seçilmektedir. Diğer beş üye doğrudan yürütme organı tarafından seçilmektedir.

¹⁰⁸ Yazılı sınavı TAA başkanının seçtiği hocalar hazırlamaktadır. Yazılıda en az 70 puan alanlar sözlüye girebilmektedir. Yazılıyı yapacak kurul TAA başkanı tarafından ders veren hocalar arasından belirlenmektedir. Sözlü sınav kurulu TAA başkanı başkanlığında Teftiş Kurulu Başkanı ve Personel Genel Müdürü ile ilgili Bakan yardımcısına ders verenler arasından seçilen iki asıl bir yedek üyeden oluşur. Dolayısıyla sözlü sınavda da esas olarak Bakanlığın belirlediği isimler yetkilidir. Eğitim sonunda yapılan sınavda yazılı sınav puanının %60'ı ile sözlü sınav puanının %40'ının toplamı en az 70 puan olmak zorundadır. (2802 sayılı Kanun md 10).

¹⁰⁹ Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 5.3.

tanımlanmalıdır¹¹⁰ ve yargıç hakkında disiplin cezası gerektirecek bir itham veya şikayet, uygun bir usul çerçevesinde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki adil yargılanma hakkına uygun bir biçimde süratle ve adil bir şekilde çözümlenmelidir; disiplin kararlarına, geçici olarak görevden alma veya göreve son vermeye ilişkin kararlara karşı bağımsız bir yargısal organa başvuru yolu açık olmalıdır.¹¹¹

Oysa 2802 sayılı Kanunda yer alan disiplin yaptırımı gerektiren fiillerin soyutluğu tam olarak giderilememiştir. 1982 Anayasasının ilk uygulamasında gizli olan HSK kararlarının aleni hale getirilmesi, fiillere belirli bir somutluk kazandırmak bakımından önemliyse de kararların tamamının değil sadece seçme kararların yayımlanıyor olması bu duruma gölge düşürmektedir. İkinci olarak, bazı sınırlı iyileştirmeler yapıldıysa da disiplin usulünde adil yargılanma hakkı çerçevesindeki bazı sorunlar devam etmektedir.¹¹² Soruşturma ve inceleme ilgili dairenin teklifi ve HSK başkanının oluru diğer bir deyişle Adalet Bakanının oluru ile yapılabilir. Adalet Bakanının olur vermesi bu süreci siyasileştirmektedir. 1982 Anayasasında yapılan değişiklikler, HSK kararlarına karşı, meslekten çıkarma hariç, etkili bir yargı yolu getirmemiştir. 2010 Anayasa değişikliği itiraz yolunu benimsemiş; 2017 de bunu sürdürmüştür. Fakat itiraz hakkının etkili olabilmesi için itirazı karara bağlayacak kurulun yasama ve yürütmeden tamamen bağımsız olmasının yanı sıra, ilk kararı veren kuruldan da bağımsız olması gerekir. Oysa 2017 değişikliği ile Daire sayısı üçten ikiye indirilerek, daha önce de mevcut olan sorun derinleştirilmiştir. İtiraz makamı olan Genel Kurulda hem soruşturma ve inceleme için teklifte bulunan Daire (1. Daire) üyelerinin hem de kararı veren Dairenin (2. Daire) üyelerinin bulunması kaçınılmazdır. Bu durum, İHAS md 13'e aykırıdır.¹¹³ İHAM son dönem kararlarında, disiplin cezası verilen yargıcın başvurabileceği yargı yolunun bulunmamasını mahkemeye erişim hakkı bakımından ihlal olarak görmektedir.¹¹⁴

¹¹⁰ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararının VI. 2.

¹¹¹ BM “Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler”, İlke 17, 18, 19, 20; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke VI/3; Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 5.1; Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 59-60; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 69.

¹¹² HSK’nın yargıçlar üzerindeki denetim yetkisi aşırı geniştir ve yargısal faaliyete yargı bağımsızlığına aykırı bir biçimde etki etmeye müsaittir. Venedik Komisyonu, Opinion No 600/2010, para. 52-56.

¹¹³ *Kayasu c. Turquie*, 13.11.2008, para. 117-121.

¹¹⁴ *Eminağaoğlu v. Turkey*, para. 57-58.

Yargıya yapılan müdahale biçimlerinden en yaygını, yargıç ve savcılarının, başka bir yerdeki göreve iradesi dışında atanabilmesidir; yargıç veya savcının iradesi hilafına yapılan atamalar bir baskı unsurudur.¹¹⁵ Sorun, sadece yargıca coğrafi güvence sağlanmaması meselesi değildir, diğer bir deyişle yargıcın bir bölge ya da bir şehirden başka bir bölge veya şehre keyfi bir biçimde atanmasıyla sınırlı değildir. Sorun, yargıcın elindeki dava dosyasının ya da savcının elindeki soruşturma dosyasının elinden alınması ve istenen kararları verebilecek başka bir yargıca veya savcıya verilmesidir. Bu sorun geçmişte olduğu gibi bugün de devam etmektedir, ne 2010 ne de 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra HSK'nın uygulamaları değişmiştir. Üstelik HSK'nın bu tür atama kararlarına karşı yargı yolu da bulunmamaktadır. Oysa mahkemede görev yapan bir yargıcın, ilke olarak, başka bir yargısal makama veya başka bir mahkemedeki göreve, yükseltilme yoluyla da olsa, özgür iradesi olmadan atanamaması gerekir;¹¹⁶ yargıcın iradesi dışında yapılan yer değiştirmelere karşı işlemin hukukiliğini denetletmek amacıyla mahkemeye başvurma hakkı muhakkak bulunmalıdır.¹¹⁷ Nitekim bu eksiklik, İHAM önünde *Bilgen* davasında, adil yargılanma hakkı (mahkemeye erişim) bakımından Türkiye aleyhine ihlal kararı verilmesine neden olmuştur.¹¹⁸

SONUÇ

Cumhuriyet öncesi döneme baktığımızda, 1876 Anayasasının yargı bağımsızlığına yer vermesine rağmen ne Sultan Abdülhamit döneminde ne de İttihat ve Terakkinin hakim olduğu dönemde yargıya müdahale edilmediği söylenemez. 1921 Anayasası ise yargıyı düzenlememiştir, sadece Nahiyele-
rin kazai yetkisinden söz edilse de uygulamaya geçmemiştir; iki Anayasalı bu dönemde öncelikli mesele yargı değil, İstiklal Savaşını ulusal birlik içinde kazanmaktır.

Yargı konusu, 1924 Anayasasının benimsemiş olduğu erkler birliği ilkesinden kısmen ayrıldığı noktadır. 1924 Anayasasının yargı ile ilgili düzen-

¹¹⁵ Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, para. 48.

¹¹⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 52. Karar sadece iki nedenle bir yargıcın kendi onayı dışında görev yerinin değiştirilebileceğinden söz etmektedir: (a) bir disiplin cezası verilmesi, (b) yargı sisteminin organizasyonunda reform yapılması.

¹¹⁷ Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, bağımsız bir makama başvurma hakkından söz eder, para. 3.4, 1.4.

¹¹⁸ *Bilgen v. Turkey*, para. 96-97.

lemelerini incelediğimizde adil yargılanma hakkı ve yargı bağımsızlığına ilişkin çeşitli güvencelerin sıralandığı görülmektedir. Bu güvencelerin kanunla düzenleneceği belirtildiğinden ve söz konusu güvencelere aykırı kanunlar çıkması halinde bunları denetleyecek bir anayasa mahkemesi henüz bulunmadığından, uygulamada yargı bağımsızlığı hayata geçememiştir. Ancak şunun altını çizmek gerekir; Hakimler Kanunu hazırlanırken, kurucu babaların aydınlanmacı yaklaşımları Kanuna sirayet etmiştir; örneğin yargıçların liyakat ve ehliyetlerine çok önem verildiği görülmektedir, mahkeme sistemi bakımından ise o yıllarda batı demokrasilerinde mevcut sistemlerin incelendiğine ve bugün hala devam etmekte olan tartışmaların daha o yıllarda yapıldığına, bu tartışmaların ışığında belirli bir sistem tercihinde bulunulup bugünün yargı mimarisinin temellerinin atıldığına tanık olunmaktadır. Ancak anayasa yargısının yokluğunda Anayasaya açıkça aykırı hükümlere de yer verilmiştir. Önce İntihab Encümeni, sonra Ayırma Meclisi isimli kurulların varlığı, ehliyet ve liyakat bakımından bir anlam ifade etse de oluşumlarındaki yürütme hakimiyeti nedeniyle, bağımsızlık bakımından yeterli güvence sağlayamamıştır. Çok partili dönemde siyasi gerginliğin çok artması yargı bağımsızlığına yönelik zedeleyici hüküm ve uygulamaları daha da artırmıştır.

1961 Anayasasının getirdiği yargı sistemi ise özellikle ilk haliyle, çağının ilerisindedir; Yüksek Hakimler Kurulu oluşturarak yargıçların özlük işlerini bağımsız bir üst kurula vermiştir. Hem birinci sınıfa ayrılmış yargıçlara hem üst derece yargı üyelerine kendi içlerinden YHK'ya üye seçme olanağı vererek ve Kuruldaki üyeliklerin nitelikli çoğunluğunu oluşturmalarını sağlayarak, savcılar yargıçlar üzerinde karar verilen bir Kurula dahil etmeyerek, yürütme organına Kurulun oluşumuna doğrudan etki etme imkanı vermeyerek oldukça çoğulcu ve bağımsız bir yargı üst kurulu yapılanması öngörmüş, yargıçlar üzerinde etkili olabilecek her türlü işlemin yürütülmesi ve işleyiş bakımından da diğer erkler karşısında oldukça güvenceli hükümler getirmiştir. 20. yüzyılın dördüncü çeyreğinde ve 21. yüzyılda bağımsız bir yargı için uluslararası belgelerde ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarında önerilen üst kurul yapısı ve işleyişi 1961 Anayasasında önemli ölçüde yerine getirilmiştir. Uluslararası belgelerde bugün önerilen güvenceler bugünden yaklaşık 60 yıl önce hukukumuza girmiş, ancak 1971'den itibaren adım adım geri alınmıştır; kaldırılan bu güvencelerin bir kısmı bir daha hiçbir biçimde geri gelmemiştir. Yürütmenin yargı üzerindeki hakimiyeti, 12 Mart askeri müdahalesinden itibaren adım adım güçlenmiş ve bir daha kaldırıla-

mamıştır. Ancak bağımsızlık güvencesi güçlü olan AYM, her şeye rağmen 12 Mart askeri rejiminde yapılan değişikliklerin bazılarını, iptal etme cesaretini gösterebilmiştir.

1971 değişiklikleri ile başlayan geriye gidiş, 1982 Anayasası ile daha da derinleşmiştir. 2010 yılında yargıyı bağımsız ve tarafsız hale getirme iddiası ile Anayasa değişiklikleri yapılmıştır. Fakat bu değişiklikler de yargıyı bağımsız ve tarafsız hale getirememiştir. Nitekim Venedik Komisyonunun 2011 yılının Mart ayında yayımladığı raporda, öngörülen değişiklikler doğru yolda atılmış bir adım olarak görülmüş, ancak “*ana felsefenin değişmediği*” vurgulanmış, çok yerinde bir tespitle “*yargının idare ve denetimini politikleştirme geleneğinin üstesinden gelinmediği*” belirtilmiş, yargı bağımsızlığı bakımından “*risklerin ciddi*” olduğu açıklanmıştır.¹¹⁹ 2010’da yapılan Anayasa değişiklikleri, uygulamada, yargı teşkilatını Bakanlık bürokrasisine ve FETÖ’ye teslim etmekten öteye geçememiştir. Bu sonucun ortaya çıkmasında esas etkili olan siyasi iktidar ve bürokrasinin hala sorumluluklarına gidilmemiş olduğunun da altını çizmek gerekir. 2016 darbe girişimi sonrası yapılanlar ve 2017 Anayasa değişiklikleri ile ise 1961 Anayasasından bu yana tarihimizin en bağımlı yargısı oluşturulmuştur. Diğer bir deyişle, 2010 Anayasa değişikliği ile başlayan süreçte, 2016 darbe girişimi ertesindeki yargı içindeki tasfiyeler ve ardından yapılan 2017 Anayasa değişiklikleri ile yargıda restorasyon değil, rekonstrüksiyon yapılmıştır. Başka bir deyişle yargı yeniden inşa edilmiştir. 21. Yüzyılda yargının bağımsızlığı yolunda ileriye doğru, yani yargının hak ve özgürlüklerin güvencesi olma rolüne doğru bir yaklaşma, bir gidiş beklenmekteyken süreç tersine dönmüş; 100 yıl önce 1924 Anayasası döneminde şahitlik ettiğimiz parti devleti yönetim modeline yaklaşma eğilimi tezahür etmiştir.

¹¹⁹ Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, para 5-9, 18, 101.

KAYNAKÇA

- ALPBAZ Mustafa Mert, “Kemalist Otoriterlik, Anayasa Yargısı ve Askeri Mahkemeler”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Y. 2019, C. 74, No. 3, 895-929.
- AYBARS Ergun, “İstiklal Mahkemeleri”, **Atatürk Ansiklopedisi**, <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/istiklal-mahkemeleri/?pdf=3562> (Erişim: 05.08.2023).
- AYBARS Ergun, **İstiklal Mahkemeleri**, Bilgi yay., Ankara, 1975.
- BELGESAY, Mustafa Reşit, “Yeni Hakimler Kanunu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 1, 1935, 67-78.
- CENTEL Nur, **Hakimin Tarafsızlığı**, Kazancı yay. İstanbul, 1996.
- ÇELİK Burak, **Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, XII Levha, İstanbul 2012.
- ERDEM Fazıl H./COŞKUN Vahap, “Askeri Yargı ve Askeri Vesayet”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, C. 14, S. 20-21, 87-136.
- ERTEKİN Orhan Gazi, **Yargı Meselesi Hallolundu!**, Epos yay., Ankara 2011.
- GÜR Refik, “Hakimler Kanunu Üzerine Kısa bir Tenkit”, **Hukuk ve İçtihadlar Dergisi**, 1949, Y. 4, Ocak-Şubat, S. 19, 1-2.
- HAZAMA Yasushi, “Hegemonic Preservation or Horizontal Accountability: Constitutional Review in Turkey”, **International Political Science Review**, Vol. 33, Issue 4, 2011, 421-440.
- İNCEOĞLU Sibel, “Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıya Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 72, 2007, 55-74.
- İNCEOĞLU Sibel, “Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler”, **TBB Dergisi**, 2011, S. 95, 235-268.
- İNCEOĞLU Sibel, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri**, Beta yay., İstanbul, 2008.
- KAPANI Münci, **İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali**, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1956.
- KARAFAKİH İ. Hakkı, “Adliyemizin Bugünkü Durumu Hakkında Düşünceler”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Y. 24, S. 11, Kasım 1950, 625-631.
- KUNTER Nurullah, “Türkiye’de Yargı Kuvveti”, **Armağan Kanun-u Esasi’nin 100. Yılı**, (Ed. Bahri Savcı), Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- KUNTER Nurullah, “Türkiyede Kaza Kuvveti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1959, C. 25, S. 1-4, 43-54.
- OKANDAN Recai G., “20 Nisan 1340 Anayasamıza Göre ‘Hakkı Kaza’”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1966, C. 32, S. 2-4, 411-428.
- ONAR Erdal, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, Ankara, 2003.

- ÖZBUDUN Ergun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Y. 2007, C. 62, S. 3, 257-268.
- ÖZBUDUN Ergun, **1921 Anayasası**, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırmaları Merkezi, Ankara, 1992.
- SEVİNÇ Murat/DEMİRKENT Dinçer, **Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası, 1921 Anayasası ve Tutanakları**, İletişim yay., İstanbul, 2017.
- SOYSAL Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek yay., 5. baskı, İstanbul, 1979.
- SOYSAL Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek yay., gözden geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul, 1987.
- SOYSAL Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi yay., Ankara, 1969.
- ŞİRİN Tolga, **Meclis Hükümeti**, Oniki Levha, İstanbul, 2023.
- TANÖR Bülent, “12 Mart Rejimi Anayasa Değişiklikleri”, **Armağan Kanun-u Esi’si’nin 100. Yılı**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- TANÖR Bülent, **İki Anayasa 1961-1982**, XII Levha, 4. B, İstanbul, 2012.
- TANÖR Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Der yay., İstanbul, 1995.
- TUNAYA Tarık Zafer, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, 3. B., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yay., İstanbul, 1975.
- ÜNAL Şeref, **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu yay., Ankara, 1994.

**Celal Bayar'dan
Süleyman Demirel'e
Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı
(1950-2000)**



CELAL BAYAR'DAN SÜLEYMAN DEMİREL'E TÜRKİYE'DE CUMHURBAŞKANLIĞI 1950-2000

Prof. Dr. Rıdvan AKIN
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi



25 Ekim 2023 Çarşamba



15.00



Aydın Doğan Oditoryumu

**Galatasaray
Üniversitesi**

**Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD
Atatürk Araştırma Merkezi
Tarih Bilimleri Araştırma Merkezi**

TÜRK SİYASİ TARİHİNDE BÜLENT ECEVİT VE KURDUĞU HÜKÜMETLER^(*)

Prof. Dr. Rıdvan AKIN^(**)

Öz: Bülent Ecevit siyasi tarihimizin önemli simalarından biridir. Cumhuriyet eliti bir ailenin çocuğu olarak 1925 yılında İstanbul'da doğdu. Babası Adli Tıp profesörü Fahri Ecevit iki dönem milletvekilliği de yapmıştı. Annesi ise Osmanlı bağları olan bir aileye mensup ressam Nazlı Hanımdır. 1952'de askerden terhis olduktan sonra Ankara'da Ulus, Yeni Ulus ve Halkçı gazetelerinde çalışmıştır. 1957'de genç yaşta milletvekili seçilmiştir. Ecevit, 1961 Kurucu Meclisi'nde CHP'yi temsil eden üyelerden biridir. İnönü kabinelerinde Çalışma Bakanlığı yapmıştır. Bülent Ecevit, 1965 seçimleri sonrasında başlayan Ortanın Solu hareketinin önderi ve Cumhuriyet Halk Partisi'nin üçüncü genel başkanıdır. Ecevit'in kurduğu hükümetler genelde başarısızlıkla sona ermiştir. 1974'te kurduğu ilk hükümetinde Ecevit, koalisyonu tek başına iktidara gelme umuduyla bozmuş, hedefini gerçekleştirememiştir. Bu hamlesine sağ partiler "Milliyetçi Cephe" ile yanıt vermişlerdi. 5 Haziran 1977 seçimlerinden sonra kurduğu azınlık hükümeti ise güvenoyu alamamış, düşürülmüştür. Ecevit'in en başarısız olduğu iki hükümeti 1978'de kurduğu büyük koalisyon ile 1999 seçimleri sonrasında kurduğu son koalisyonudur. CHP'ye genel başkan seçildiği 1972'den 2002'ye kadar geçen 30 yıl içinde inişli çıkışlı bir siyasi kariyeri olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Cumhuriyet Halk Partisi, Ortanın Solu, Kurucu Meclis, Koalisyon Hükümetleri, Azınlık Hükümeti, Süleyman Demirel.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmemiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 17.08.2024 - Makale Kabul Tarihi: 27.08.2024.

İlgili eser Türkçe olarak Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cumhuriyetin 100. Yılı Etkinlikleri kapsamında, 25.10.2023 tarihinde Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı tarafından düzenlenen "Celal Bayar'dan Süleyman Demirel'e Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı 1950-2000" başlıklı konferansta sunulmuştur.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: rakin@gsu.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0406-3896>.

BULENT ECEVIT AND THE GOVERNMENTS HE ESTABLISHED IN TURKISH POLITICAL HISTORY

Abstract: Bülent Ecevit is one of the significant figures in the political history of Turkey. He was born in 1925 in Istanbul as a child of a Republican elite family. His father, Fahri Ecevit, was a professor of forensic medicine and also served two terms as a member of parliament. His mother, Nazlı, was a painter from a family with Ottoman ties. After being discharged from the military in 1952, he worked at the newspapers called Ulus, Yeni Ulus, and Halkçı in Ankara. In 1957, he was elected as a member of parliament at a young age. Ecevit was one of the representatives of the Republican People's Party (CHP) in the 1961 Constituent Assembly. He served as Minister of Labor in İnönü's cabinets. Bülent Ecevit became the leader of the "Left of the Center" movement that began after the 1965 elections and was the third chairman of the CHP. The governments Ecevit formed generally ended in failure. In his first government formed in 1974, Ecevit broke up the coalition with hopes of achieving a single-party rule but was unable to realize this goal. The right-wing parties responded to this move by forming the "Nationalist Front". The minority government he formed after the June 5, 1977 elections failed to receive a vote of confidence and was dismissed. Ecevit's two most unsuccessful governments were the grand coalition he formed in 1978 and the final coalition he formed after the 1999 elections. Over the 30 years from his election as chairman of the CHP in 1972 until 2002, Ecevit experienced a tumultuous political career marked by both rises and falls.

Keywords: Republican People's Party (CHP), Left of Center, Constituent Assembly, Coalition Governments, Minority Government, Süleyman Demirel.

I. ECEVİT'İN KİMLİĞİ VE SİYASETE GİRİŞİ

Bülent Ecevit Türk siyasi tarihinin önemli simalarından biridir. vit'in siyasi kimliğini, sınıfsal kökenlerinde, eğitiminde ve duyarlı yaradılışında aramak yanlış olmayacaktır. Ecevit cumhuriyet eliti bir ailenin çocuğu olarak 1925 yılında İstanbul'da doğdu. Babası Adli Tıp profesörü Fahri Ecevit iki dönem milletvekilliği de yapmıştır. Annesi ise Osmanlı bağları olan bir aileye mensup ressam Nazlı Hanımdır. Bülent Ecevit, Robert Kolej mezunudur. Ankara Üniversitesi'nde, Londra ve ABD'de hukuk, siyasi bilimler, diplomasi, dil ve edebiyat alanında kısmi eğitim almıştır. Ecevit'in bitirdiği bir lisans programı yoktur. 1946-1950 yılları arasında Londra Büyükelçiliği basın ataşeliğinde katip olarak görev yapmıştır. 1952'de yedek subay olarak askerden terhis olduktan sonra Ankara'da Ulus, Yeni Ulus ve Halkçı gazetelerinde çalışmıştır. Metin Toker'in İnönü'ye tavsiyesiyle 1957'de genç yaşta milletvekili seçilmiştir.¹

Ecevit, 1961 Kurucu Meclisi'nde CHP'yi temsil eden 49 üyeden biridir. 1961 seçimlerinden sonra İnönü kabinelerinde Çalışma Bakanlığı yapmış, toplu sözleşme ve grev hakkının yasalaştırılmasında öncü bir rol oynamıştır.² TBMM'ye seçildiği pek çok dönemde, Zonguldak milletvekili olması, maden işçilerinin Ecevit'e 60'ların nostaljisi ile bağlı olmalarıyla alakalıdır.³ CHP'ye genel başkan seçildiği 1972'den 2002'ye kadar geçen 30 yıl içinde inişli çıkışlı bir siyasi kariyeri olmuştur.

II. ORTANIN SOLU VE İKTİDAR OLMA UMUDU

1965 seçimlerinden sonra CHP'de “Ortanın Solu” tartışmasını başlatan Bülent Ecevit'tir. Bu tartışma partide bölünmeye yol açmışsa da sonunda Ecevit'i parti genel başkanlığına taşımıştır. 1972 Kurultayı'nda CHP'de önderlik değişikliği yaşanmıştır. Ecevit mevcut genel başkana karşı aday olmuş ve kazanmış tek siyasi liderdir. Bu Türk siyasi tarihinde örneğine pek

¹ AKŞİN Sina, “Sol Akımlar: Demokratik Sol; Bülent Ecevit”, **Türkiye Tarihi V, Bugünkü Türkiye: 1980-2003**, Cem Yayınevi, İstanbul, 1997, ss. 276-279.; ÇETİN Atilla, “Mustafa Bülent Ecevit”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, Ek-1 Cilt, 2. Baskı, Ankara, 2020, ss. 389-390.

² YAŞLI Fatih, “**Halkçı Ecevit**”: Ecevit, **Ortanın Solu, CHP (1960-1980)**, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020, s. 43.

³ “Ecevit'in Ölümü Zonguldak'ı Yasa Boğdu”, *Hürriyet Gazetesi*, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ecevitin-olumu-zonguldaki-yasa-bogdu-5382238> (Erişim Tarihi: 15.04.2024).

rastlanmayan bir durumdur. Üstelik bu büyük başarıyı “İkinci Adam: İsmet İnönü” ye karşı gerçekleştirmiştir.⁴

Ecevit’in düşünce dünyasını anlayabilmek için 1960’ların iyi bilinmesi gerekir. 60’lar Türkiye’sinde iktidar sağdadır. Karşısındaki muhalif güçlerin çekim merkezinin parlamento dışında -genel oyun sonuçlarına karşı- kesimler olduğunu söylemek mümkündür.

12 Mart muhtırasına kadar bu yıllar, parlamentoya girmeyi başaran Türkiye İşçi Partisi’nin sosyalist söylemi ve *Üçüncü Dünyacı* akımlar dikkate alınarak anlaşılabilir. Bu yıllarda Ecevit, Atatürk’ün partisinin bürokratik devletçi çizgisini terk ederek halkçı ve sol bir parti olması halinde iktidara gelebileceğini düşünüyor, partisinin kadrolarını halka tepeden bakan elitistler olarak görüyordu. Bu anlayışın değişmesi gerektiğini düşünüyordu. Ona göre her ne kadar Ortanın Soluna başlangıçta destek olduysa da, İnönü de seçkinli-devletçi cephenin doğal bir üyesiydi.

Ecevit, 1966’dan 1972’e kadar kendilerini sola kapalı Atatürkçüler olarak tanımlayan Turhan Feyzioğlu ve Kemal Satır ekiplerini partiden tasfiye etti. Kendi etrafında enerjik bir kadro kurdu.⁵ Atatürk ve İnönü’den sonra Ecevit gibi genç bir sima Cumhuriyet Halk Partisi’ne genel başkan olmuştu. Ecevit’in partinin önderi olması uzun muhalefet yıllarından sonra iktidar heyecanı yarattı. 12 Mart ara rejiminin getirdiği travma Ecevit’in bir kitle hareketi yaratmasına önemli katkı sağladı.

Bu döneme ilişkin söz edilmesi gereken önemli nokta ise, 1950’lerde Demokrat Parti, daha sonra Adalet Partisi’nde temsil edilen hakim sınıflar arasında ayrışmaların başlamasıydı. MSP ve Demokratik Parti’nin doğuşu nedeni buydu.⁶ MHP ise, hızlı kapitalistleşmeye karşı reaksiyoner taşra muhafazakarlığını temsil ediyordu.

70’lerde Ecevit’in içinden iktidar çıkarması gereken dengeleri şöyle tanımlamak mümkündür: Türkiye toplumu kırsallıktan kentleşmeye doğru evrilmeye başlamıştı. Bu çarpık bir kentleşmeydi ve birçok iç gerilim taşıyordu.

⁴ BORA Tanıl, *Cereyanlar: Türkiye’de Siyasi İdeolojiler*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 581.

⁵ KEMAL Mehmed, *Ara Rejim Kara Rejim: 12 Mart Yazıları*, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1979, s. 173.

⁶ ÖZKIRAZ Ahmet, DOĞAN Abdülvahit, “Demokratik Parti ve Döneminde Türk Siyasal Kültürü”, *Muhafazakar Düşünce Dergisi*, C. 7, S. 27, Ankara, 2011, ss. 181-187.

Hızlı toplumsal mobilizasyon, köy kültürünü kent varoşlarında sürdüren beklentileri yüksek, Batı'daki sosyal demokrat partilerin tabanı ile alakası olmayan bir yeni sınıf yaratmıştı. Ecevit'e göre bu kesimler "*Türkiye'ye özgü solun*" tabanını oluşturabilirlerdi. İşte Ecevit'in sosyal demokrasi yerine demokratik sol ifadesinde ısrar etmesinin temel nedeni budur.⁷

1973 seçimlerinden 12 Eylül 1980'e kadar Ecevit önderliğindeki CHP, kent yoksullarına, rüşeym halindeki işçi sınıfına, ulusal pazara entegre olmaya çalışan köylülüğün dinamik kesimlerine umut veren bir halkçılık götürmeye çalıştı. Bunda kısmen başarılı oldu da. 1973 seçimlerinden CHP'nin birinci parti olarak çıkmasını temel sebebi budur. Aslında parti 1969 seçimlerinden sadece %5 daha fazla oy almıştı. Demirel'in Adalet Partisi hemen arkasından ikinci partiydi.⁸

III. ECEVİT'İN BAŞBAKANLIKLARI

Bülent Ecevit'in başbakanlıkları iki döneme ayrılır. 12 Eylül öncesinde CHP genel başkanı olarak kurduğu hükümetlerin sayısı üçtür. Bu hükümetlerden ikisi koalisyon biri güvensizlik oyuyla düşürülen azınlık hükümetidir.⁹

Ecevit, 1999-2002 yılları arasında iki kez daha başbakanlık yapmıştır. Bunların birincisinde -ülkeyi seçime götürmek üzere- diğer partilerin desteği ile azınlık hükümeti kurmuştur. İkinci başbakanlığının yolunu açan ise 1999 seçimlerinden Demokratik Sol Parti'nin birinci parti olarak çıkması olmuştur. Ecevit, bu seçimlerin ikinci sürpriz partisi MHP ve ANAP ile koalisyon yapmıştır. Ecevit, bu iki siyasi parti ile 2002 seçimlerine kadar ülkeyi yönetmiştir.¹⁰

A. Ecevit'in İlk Hükümeti: MSP ile Koalisyon

Ecevit, 1973 seçimlerinde CHP'yi birinci parti yapmayı başardı. Bu gerçekte ne seçimi kazanmak ne de iktidara gelmek anlamına gelmiyordu.

⁷ ODABAŞI Levent, HOCAOĞLU Kerem, "Umudumuz Bülent Ecevit", **Türkiye'nin 1970'li Yılları**, Hazırlayan: Mete Kaan Kaynar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020, ss. 367-372.

⁸ ERGÜL Teoman, **Sosyal Demokraside Ayrışma Yılları**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 2000, s. 21.

⁹ KARATAŞ Murat, "12 Eylül 1980 sonrasında merkez sağın temsilinde bir aktör Turgut Özal ve Anavatan Partisi", **Türk Demokrasi Tarihi, Liderler, Partiler ve Seçimler**, Efe Akademi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 56.

¹⁰ TUNCER Erol, **Osmanlı'dan Günümüze Seçimler: 1876-1999**, Tesay, Ankara, 2002, s. 264.

CHP'nin aldığı %33.3 oya karşılık sağ partiler, seçmenin tabanının 2/3'sini oluşturuyorlardı.¹¹ Bu kazanmışlık illüzyonu 1977'de de tekrarlanacaktı. İki seçimde de önderlik ettiği parti birinci parti olmuştu ama tek başına hükümet kurabilecek bir ekseriyete ulaşamamıştı.

1974'te Ecevit'e başbakanlık yolunu açan, 1969 sonrası burjuvazinin partisi Adalet Partisi'nde temsil edilen iki taşra fraksiyonunun Süleyman Demirel bloğundan kopmasıydı. Bu önemli gelişme Milli Selamet Partisi ve Demokratik Parti'nin kurulması ile sonuçlandı. Bu da sağda pastanın bölünmesi demekti. Aritmetik olarak bu partiler bir araya gelse, hükümeti kolayca kurabilirlerdi. Ama siyaset çoğu zaman aritmetik toplam değildir.

Ecevit'in önünü açan, Bozbeyli ve Erbakan'ın Demirel ile olan meselelerinden dolayı bir koalisyona o tarih itibarıyla girmelerinin imkansız olmasıydı. CHP-MSP koalisyonunun öteki nedenine gelince, her iki parti de ülke yönetimine gelmek için -kendilerince nedenlerle- çok istekliydi. CHP kadroları Ortanın Solu ile ciddi bir heyecan yaratmış, 1969 seçimleri sonrasında partide ortaya çıkan ataleti üzerlerinden atmışlardı. Ecevit halkçılığı CHP'de iktidara gelme heyecanı yaratmıştı.

Ecevit'in MSP ile yaptığı koalisyonun dayandığı argümanlar üzerinde düşünülmelidir. Ecevit'in koalisyonu meşrulaştırdığı düşünce zemini *İkinci Cumhuriyetçi* yaklaşıma yakındır.¹² Ecevit, Kemalizm'in laiklik anlayışını yumuşatarak mütedeyyinleri rejime kazanma düşüncesindeydi.

Ecevit bu kesimlerin rejime kazanılması gibi kendince demokratça bir tutum takınmışsa da onların rejime entegre olmak gibi bir niyetleri olmadığı görüldü. Bu kesimin iktidara yerleşmek dışında bir saiki olmadığı son 50 yılın gelişmelerine bakılınca anlaşılacaktır.

Ecevit'in aldandığı ilk yön, MSP'nin laik cumhuriyet içinde ehlileştirelebileceğini sanmasıydı. MSP'nin bazı tutumları genetik kodlarına işaret eder mahiyettedir. Örneğin İçişleri Bakanı Oğuzhan Asiltürk'ün müstehcen bulunduğu "*Güzel İstanbul*" heykelini kaldırtması,¹³ cumhuriyetin 50. Yılı münasebetiyle çıkarılan genel affa -Demokrat Parti'nin 1950 affında yaptığı

¹¹ SEZEN Saim, *Seçim ve Demokrasi*, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1994, s. 259.

¹² KOLOĞLU Orhan, *Ecevit ile CHP: Bir Aşk ve Nefret Öyküsü*, Buke Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 202.

¹³ ŞİRİN Tolga, *Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı II*, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 223.

gibi- solcuları dışarıda bırakacak şekilde oy vermeleri, Af kanunu müzakere-lerinde CHP'yi dışlayarak sağın diğer partileri ile ittifak yapmaları ciddi karineler olmuştur.¹⁴ MSP, ilk iktidar deneyiminde Kıbrıs Barış Harekatı'nı Türkiye'nin uluslararası anlaşmalardan doğan garantörlük hakkını kullanması olarak görmemiştir. *Milli Görüşçüler* adaya müdahaleyi Kıbrıs'ın yeniden fethi olarak algılamıştır.

Başbakan yardımcısı Necmettin Erbakan'ın uluslararası bir anlaşma ile kurulmuş, Birleşmiş Milletler üyesi bağımsız bir devlet olan Kıbrıs Cumhuriyeti'ni fethedilebileceğini sanması önemli bir ideolojik turnusoldür.¹⁵ Bütün bunlar, MSP kurmaylarının zihin dünyalarının kendisini dindarlar lehine revize etmeyi taahhüt eden seküler CHP ile, açık rejim koşullarında ülke yönetimini paylaşamayacaklarını gösteriyordu.

Ecevit haşhaş ekimi yasağını kaldırarak, milliyetçi bir meydan okumayla ABD'yi zaten karşısına almıştı.¹⁶ Buna Kıbrıs Harekatı eklendiğinde, ABD yöneticileri, Demirel gibi rahat çalışabilecekleri bir başbakanla karşı karşıya olmadıklarını anladılar.

1974 sonbaharında Ecevit koalisyonu bozarak, erken seçime gidebileceğini sandı. Bu ancak bir hayaldi. Ecevit'in ilk büyük yanlışı bu oldu. Fetihçi partnerinden ayrılınca, diğer sağ partilerin yeni bir hükümet kuramayacağı, TBMM'nin erken seçim kararı almak zorunda kalacağını sanmıştı. Hesabı yanlış çıktı.

Ecevit'in erken seçim hamlesinden seçim değil, altı aylık bir hükümet bunalımından sonra "Türkiye sağ" hükümet kurarak çıktı. Demokratik Parti'den ayrılan dokuz milletvekilinin verdiği güvenoyu ile Demirel, Birinci Milliyetçi Cephe hükümetini kurmuş oldu.¹⁷ Böylece Ecevit, tek bir şeyi başarmış oldu: Sağ CHP'ye karşı birleştirmek. Milliyetçi Cephe'nin kuruluşu, Adalet Partisi'nin himayesi altında, MSP ve MHP'nin iktidara gelmesi demektir. Ecevit'in artan karizması, aslında popülist-milliyetçi temalara dayanıyordu. Kamuoyu açısından Kıbrıs müdahalesi, uluslararası anlaşmalar-

¹⁴ YURTSEVER Haluk, *Yükseliş ve Düşüş: Türkiye Solu, 1960-1980*, Yordam Kitap, İstanbul, 2008, s. 193.

¹⁵ TEZİÇ Erdoğan, *100 Soruda Siyasi Partiler*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1976, s. 340.

¹⁶ YAŞLI Fatih, *Anti Komünizm, Ülkücü Hareket, Türkeş, Türkiye ve Soğuk Savaş*, Yordam Kitap, İstanbul, 2019, s. 261.

¹⁷ AKŞİN Sina, *Kısa Türkiye Tarihi*, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008, s. 271.

dan doğan bir hakkın kullanılması değil, ezeli düşman Rumlar ve Yunanistan üzerinde zafer kazanılmasıydı.

Ecevit popülizmi, dışarıda NATO duvarına çarptı. İçerde ise, bölünmüş sağın sola karşı kenetlenmesine imkan sağladı. Üstelik Demirel, CHP karşıtı bloğa Turhan Feyzioğlu'nun CGP'sini de katmayı başarmıştı.¹⁸ Özetle, Ecevit'in birinci başbakanlığı islamcılarının ve ülkücülerin devlete adım atması sonucunu verdi.

Ecevit'in birinci başbakanlığı döneminden akıllarda kalan Kıbrıs Harekati'na karar veren, ara rejim döneminde yasaklanan haşhaş ekimini serbest bırakarak ABD'ye kafa tutan, bu nedenle ambargo uygulanan başbakan imajıdır.¹⁹ Bülent Ecevit'in bu dönemdeki politikası, Latin Amerika'da benzerlerine rastlanan üçüncü dünyacı, milliyetçi sol popülizmdir. Demirel'in Salvador Allende'yi hatırlatan “*Allende Büllende*” sözünün nedeni budur.²⁰

Bu nedenle Ecevit, ulusal ve uluslararası statükonun egemenleri tarafından abluka altına alınacaktı. Türkiye ekonomisinin dayandığı hassas dengelerin 1974 petrol şoku ile bozulması, ABD ambargosu, düzeni değiştirmek iddiasındaki “Ortanın Solunu” daha işin başında tökezletti. Ecevit'in parlamentoyu erken seçime zorlama planı suya düşünce, iktidar 1977 seçimlerine kadar Milliyetçi cephe partilerinin eline geçti.

Ecevit'in kurduğu ilk koalisyona ilişkin vurgulanması gereken ikinci husus, MSP'nin laiklik karşıtlığının gittikçe belirgin hale gelmesiydi. Ne ilginçtir ki bürokratik elitizmi terk ederek attığı ilk adım cumhuriyet devriminin en önemli ilkesi olan “laiklikten şikayetçi” İslamcılarla koalisyon yapmak olmuştu.

B. 1977 Seçimleri ve Ecevit Azınlık Hükümeti

Milliyetçi Cephe Hükümeti, 1975-1977 arasında toplumu derin bir ayrışmaya sürükledi. MHP ve MSP, büyük ortak AP aleyhine yoğun bir kadrolaşma siyaseti güttüler. Bu süreç, Turhan Feyzioğlu'nun hoşnutsuz bakışları altında cereyan etti.

¹⁸ MUMCU Uğur, **Büyüklerimiz**, 35. Baskı, Umag Vakfı, Ankara, 2019, s. 62.

¹⁹ ÖZDEMİR Celal Oral, “Yetmişli Yıllarda Halkçı ve Haktan Siyaset”, **Türkiye'nin 1970'li Yılları**, Hazırlayan: Mete Kaan Kaynar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020, s. 338.

²⁰ AYDIN Suavi, TAŞKIN Yüksel, **1960'lerden Günümüze Türkiye Tarihi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020, s. 155.

İki yıllık M.C. iktidarından sonra, 1977 seçimlerinden şöyle bir sonuç çıktı: Adalet Partisi, MSP ve DP'yi gerileterek sağda merkez olduğunu kanıtlarken, MHP antikomünizm temelinde ülkücü yan kuruluşların gölgesinde solun karşısındaki en güçlü seçenek rolünü oynamaya başlamıştı. Parlamento'ya 1969'da bir milletvekili sokan MHP, 1973'te üç 1977'de 16 milletvekilliği kazanarak sayısal olarak MSP'nin gerisinde kalsa da (MSP 24 milletvekili kazanmıştı) ondan daha güçlü bir parti olduğu imajını vermeye başlamıştı.²¹

Milliyetçi Cephe Hükümeti'nin çok parçalı yapısı ve kritik sayısal desteğe dayanması Ecevit'in "Karaoğlan, umudumuz Ecevit" rüzgarını devam ettirmesi sonucunu verdi. Siyasal şiddet olaylarının yükselişi ve ekonomik sıkıntılar, özellikle yeni kentli seçmenin siyasi tarihimize ilk defa olarak sol bir partiye teveccüh göstermesine yol açtı.

Toplumsal sağ-sol temelinde güçlü bir şekilde ayrışması CHP'nin bir çekim merkezi olmasını sağlamıştı. Parti 1977 seçimlerinde %41.4 oy oranına ulaşmıştı. Günümüz Türkiye'sinin siyasal yelpazesi dikkate alınırsa bu inanılmaz bir başarı sayılmalıdır.²²

1977 seçimlerinde Bülent Ecevit, CHP tarihinde ilk kez olmak üzere, kırsal Türkiye'yi ve sosyo-ekonomik beklentileri yüksek yeni kentli yığınları arkasına takmayı başardı. Bu seçimler, sosyal demokrasinin iktidarı alma sınırına dayandığı tek dalga oldu.

Ecevit 1977 seçimlerine kadar Türk-İş ve DİSK konfederasyonlarıyla iyi ilişkiler kurarak işçi sınıfına, düzen değişikliğine dayalı özgürlükçü söylemiyle kentli aydın sınıflara hitap ederek, sol bir kitle desteği yaratmayı başardı. Bu kitlenin ortak yönü Milliyetçi Cephe partilerini iktidardan düşürmekti. Bu ölçekte sol bir ittifak günümüze kadar sadece Ecevit tarafından başarılmıştır.

Bunun sonucu 1977 seçimlerinde görülecekti. CHP seçimlerden 213 milletvekilliği ile birinci parti olarak çıktı.²³ Ama bu iktidar olmaya yetecek bir parlamento çoğunluğu değildi. Ecevit'i iktidarın sınırında bırakan şey, sol bir siyasi partiyi destekleyecek sınıfların nicelik ve nitelik olarak zayıflığıydı. CHP'nin 1977'de iktidarın sınırından dönmesinin gerçek nedeni buydu.

²¹ TURHAN Mehmet, *Siyasal Elitler*, Gündoğan Yayınları, Ankara, 2000, s. 220.

²² TANJU Sadun, *Tepedeki Dört Adam*, Gelişim Yayınları, İstanbul, 1978, s. 213.

²³ DURU Orhan, *Ecevit'in Çilesi*, Afa Yayınları, İstanbul, 1995, s. 41.

1977 seçim sonuçları Türkiye'nin siyasal dinamikleri açısından önemli bir eşiğe işaret eder. O tarihten bu yana ülkemiz sosyal demokrat yeni bir yükselişe şahit olmamıştır. Hele 12 Eylül'den sonra hiç. 12 Eylül Marksist sol kadar, sosyal demokrasiyi de biçmiştir.

C. İkinci Başbakanlık: Güvenoyu Alamayacağı Belli Hükümeti Kurmak

Netice itibarıyla 5 Haziran 1977 gecesi merkez sol seçmen, genel başkanlarının parti genel merkezinin balkonundan “iktidara geldik” mesajına rağmen iktidara ulaşamadığını ertesi gün anladı. CHP sadece 213 milletvekili kazanabilmişti. Ecevit bu sonuçla, milyonlarca seçmenine gereksiz bir heyecan yaşatmış oldu.

Ecevit'in 1977'de önüne gelen başbakanlık fırsatı 1973'tekinden farklıdır. Öncelikle vurgulanmalıdır ki CHP, bu seçimlerde 1957'deki kadar iktidara gelme iştiağı içinde görünmüştür. Bu kez Ecevit, seçim meydanlarından devşirdiği rüzgarı iktidara dönüştürememiştir.

Büyük burjuvazinin AP-CHP koalisyonu önerisi Demirel tarafından reddedilince, Ecevit, siyaset mantığına uymayan bir kararla azınlık hükümeti kurmayı denedi. Burada işaret edilmesi gereken iki nokta vardır. Ecevit, aritmetik olarak güvenoyu alamayacağı belli olan bir hükümeti kurarak TBMM'nin önüne çıkabilmiştir ki, bu aslında ne kadar hissi işler yapabileceğini göstermekteydi. İkinci husus ise, Cumhurbaşkanı Korutürk'ün güvenoyu alamayacağı belli olan bir hükümeti onaylayarak göreve başlatmasıydı. Korutürk, -belki de- Ecevit'e şansını deneme fırsatı vermiş oldu. Demirel'in bu dönemde Cumhurbaşkanı Korutürk ve Ecevit'e, “hükümetin başı, Çankaya Hükümeti” ifadeleriyle yüklendiği hatırlardadır.²⁴

Ecevit, güvenoyu alamayacak bir hükümeti kurarak kendi tabanında -bir kez daha- büyük bir beklenti yarattı. Bu da siyaset mantığına aykırı bir tutum oldu. Kurduğu hükümet 217'ye karşı 229 oyla düşürüldü.²⁵ Bu bir siyaset adamı için hiç de iyi bir puan değildi. Türkiye seçmenlerinin neredeyse yarısını beklenti içine sokmuş olan Ecevit sonuçta *sağın* bir kez daha birleşmesini sağlamış oldu.

²⁴ DONAT Yavuz, *Sandıktan İhtilale, 1977-1980*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1987, s. 27.

²⁵ AKAR Atilla, *Öteki DSP - Ecevitlerin Gayri Resmi Öyküsü*, Metis Yayınları, İstanbul, 2002, s. 15.

D. 12 Eylül Öncesinde Ecevit'in Kurduğu Son Hükümet: III. Ecevit Hükümeti

Ecevit'in azınlık hükümeti kurma girişimi başarısızlıkla sonuçlanınca, iktidar bir kez daha sağa geçti. Ecevit'e verilen 229 red oyu, İkinci Milliyetçi Cephe'nin tabanını oluşturdu.²⁶ Bu kez hükümette Turhan Feyzioğlu'nun CGP'si yoktu. Herhalde Erbakan'ın koalisyondaki varlığı Feyzioğlu'nun hükümete katılmasına engel olmuştu.

Böylece merkez sola iktidar umudu veren 1977 yazı sonra ermiş, Demirel'in başbakanlığı altında korporatist MHP'nin ve İslamcı MSP'nin ortak olduğu bir koalisyonla kışa girilmişti. Bu Türkiye'nin yarısını karşısına almış bir hükümet demekti. Neticede Adalet Partisinin CHP ile koalisyon yaparak, sağın radikal kanatlarını dışarda bırakacak bir hükümet kurulamayınca, bu durumdan müşteki bazı AP'li milletvekilleri 41. Hükümet aleyhine verilen gensoruyu desteklediler. Böylece Demirel başkanlığındaki II. M.C. hükümeti düşürülmüş oldu.²⁷

Demirel hükümetinin düşürülerek, yerine Ecevit hükümetinin kurulmasının arkasında Türk sağının tüketemediği konulardan biri olan "Güneş Motel" görüşmeleri vardır. Olayın aslında iki dinamiği olduğu ileri sürülebilir. Bunlardan birincisi, kendi seçmen kitlesini iktidar olmanın eşliğinde bekleten Ecevit'in hükümet kurma istekliliği, öbürü ise, gerçekten MHP ve MSP'nin hükümette olmalarından rahatsız olan Adalet Partili milletvekillerinin varlığı. Eğer Ecevit, bu milletvekillerinin tamamına bakanlık görevi vermemiş olsaydı, Güneş Motel görüşmeleri siyasal etik yönünden töhmet altında kalmazdı.²⁸

Hükümette Ecevit'in ısrarı ile müstafi AP'li milletvekilleri Enver Akova, Ali Rıza Septioğlu, Mustafa Kılıç, Mete Tan, Güneş Öngüt, Tuncay Mataracı, Orhan Alp, Ahmet Karaaslan, Hilmi İşgüzar, CGP'den genel başkan Turhan Feyzioğlu ve Salih Yıldız ile Demokratik Parti Konya milletvekili Dr. Faruk Sükan görev alındılar. İlginç olan Turhan Feyzioğlu'nun 1966'den beri muarız olduğu Ecevit'in kurduğu hükümete katılmış olmasıydı.²⁹

²⁶ DURSUNOĞLU İsmail, "Çok Partili Hayattan 1980'e Demokratik Süreç", **Türkiye'de Demokrasi, Süreç, Yapı, Tartışmalar**, Editör: İsmail Dursunoğlu, Efe Akademi Yayınları, İstanbul, 2021, s. 57.

²⁷ KABACALI Alpay, **1977 Yılında Sağcı Basın Ne Dedi?**, Derinlik Yayınları, İstanbul, 1977, s. 155.

²⁸ COŞKUN Süleyman, **Türkiye'de Politika: 1920-1995**, Cem Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 108.

²⁹ KARAVELİOĞLU Kamil, **Bir Devrim İki Darbe: 27 Mayıs, 12 Mart, 12 Eylül**, Gürer Yayınları, İstanbul, 2007, s. 278.

Bu dörtlü koalisyondun bir kanadını oluşturan eski AP'li milletvekilleri ile yapılan koalisyon görüşmelerinde bence siyasi bir şaibe yoktu. Sorun Ecevit'in ısrarla bu AP'lileri bakan yapma konusundaki istekliliğinden doğdu. Hükümetini sayısal olarak güvenceye almak için bulduğu bu formül sonraki dönemlerde hiçbir zaman aşamayacağı bir töhmetin altında kalması-na neden oldu.

Ecevit'in 12 Eylül öncesi kurduğu üçüncü hükümet bu şekilde oluştu. 35 kişiden oluşan kabine -muhtemelen cumhuriyet tarihinin en büyük kabinesi- Korutürk'ün huzuruna çıktığında resmin kadrajına sığmakta zorluk çekilecekti. 42. Hükümet böyle kuruldu.

1978 başında göreve başlayan III. Ecevit hükümeti diğerleri gibi başarısız oldu. Ecevit'in bu kalabalık ve zayıf hükümeti 16 Mart 1978 katliamı ve benzeri pek çok siyasi cinayet karşısında çaresiz kaldı.³⁰ Hükümet iç güvenlik sorunlarını halledemediği gibi, özellikle MHP tabanının güçlü olduğu Anadolu şehirlerinde terör daha da büyüdü. Kahramanmaraş, Çorum olayları yüzlerce yurttaşın ölümüne neden oldu. Ecevit, 1978 Aralık'ında meydana gelen olaylardan sonra sıkıyönetim ilan etmek zorunda kaldı.³¹

Bu hükümet döneminde ılımlı sol ve liberal görüşlü birçok aydına saldırılar oldu. Abdi İpekçi, Prof. Dr. Cavit Orhan Tütengil, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay, Ord. Prof. Bedri Karafakioğlu, Doç. Dr. Bedrettin Cömert, Doç. Dr. Necdet Bulut öldürüldüler. Server Tanilli ağır yaralandı. Bu cinayetler çoğunlukla ülkücü kesime fatura edildi. Bazı sağ kesim seçkinleri de sol örgütler tarafından üstlenilen cinayetlere kurban gittiler.³²

Ecevit hükümeti tırmanan terörü engelleyemediği gibi, tersine şiddet olayları artmaya devam etti. Bu tam bir başarısızlıktı. Hükümet, ne iktidara doğrudan bağlı emniyet teşkilatı ne de sıkıyönetimin ilanından sonra TSK ile iç güvenliği tesis edemedi. Hatta sıkıyönetim komutanları adeta hükümetin emrinde olmadıklarını ima eden mesajlar verdiler. Ecevit, "*sıkıyönetim eşgüdüm toplantıları*" adı altında askeri otoriteyi denetim altına almaya

³⁰ APAYDIN Orhan, **Kim Öldürüyor? Niçin Öldürüyor?**, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1978, s. 90.

³¹ MÜFTÜOĞLU Oğuzhan, **1960'lerden 1980'e Türkiye Gerçeği**, Patika Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 365.

³² SANDALCI Emil Galip, **Akla Kara: Türkler Nasıl Ölü?**, Su Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 243.

çalışsa da, bu girişiminden bir sonuç alamadı.³³ TSK yüksek komuta kademesinin Ecevit hükümetine kamu güvenliği konusunda destek olduğu söylenemez. TSK sanki hükümetten özerk bir otorite gibi davranmaya devam etti.

Örneğin, İçişleri Bakanının talebine rağmen İstanbul sıkıyönetim komutanı Necdet Üruğ, İpekçi Cinayeti zanlısı Mehmet Ali Ağca için gözaltı süresinin uzatılması talebini reddetti.³⁴ Yani hükümetin talebi, sıkıyönetim komutanı tarafından kabul edilmedi. İktidar bu konuda yeni bir inisiyatif geliştiremedi.

Özetle Ecevit'in "sıkıyönetim yönetimi" başarısızlığa uğratıldı. TSK komuta kademesi siyasi otoritenin fiilen emri altına girmedi. Bildiğini okumaya, sıkıyönetim mevzuatından yakınmaya devam etti. Sıkıyönetim Kanunu'nda değişiklik yapılarak daha otoriter yetkiler talep etti. Ordu aynı tutumunu Demirel azınlık hükümeti zamanında da sürdürecektir, iktidardan özerk tavır 12 Eylül 1980'e kadar devam edecektir.

Bu arada Ecevit'in samimiyetle hükümeti tahkim etmek için bakanlar kurulunda görev verdiği bazı eski AP'li bakanların isimleri suistimallere karıştı. Bunlar içinde Tuncay Mataracı ve Hilmi İşgüzar 12 Eylül'den sonra Yüce Divan'da mahkum oldular.³⁵

IV. 1979 ARA SEÇİMLERİ VE ECEVİT'İN İSTİFASI

Bütün Ecevit hükümetlerinin ortak özelliği olan ekonomik süreçlere hakim olamama durumu bu dönemin de çarpıcı yönlerinden biri oldu. Şiddet olayları, yüksek enflasyon, yokluklar, karaborsa, adı "dağlara taşlara yazılan" Ecevit'e bağlanan "umutları" suya düşürdü.

Döviz rezervlerinin erimesi, ithalata bağlı sanayiye durma noktasına getirdi. Ecevit'in ekonomik ve siyasi süreçlere hakim olamaması, MİT, emniyet teşkilatı ve askeri otoriteyi hakiki manada "yönetemez" oluşu, ekonomik sorunlar karşısında ezilmesi, yükselen grev dalgaları ülkeyi yönetemediği algısına yol açtı.

³³ EVREN Kenan, **Kenan Evren'in Anıları**, C. 1, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1990, s. 236.

³⁴ AYDIN, TAŞKIN, s. 301.

³⁵ ALTUN Şafak, **Rüşvetten Özelleştirmeye Yolsuzluğun 100 Yıllık Tarihi**, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2004, s. 209.

14 Ekim 1979'da yapılan ara milletvekilliği ve kısmi senato seçimi, CHP'nin büyük ölçüde oy kaybettiğini gösteriyordu. Boşalan milletvekilliklerinin tamamını ana muhalefet partisi Adalet Partisi kazandı. 1/3 senato yenileme seçimlerinin de galibi yine Demirel'di. AP oy oranını %46'ya çıkarırken, CHP %29'a düştü. Senato seçimleri C grubu illerde yapıldı ve Adalet Partisi 33 senatörlük, CHP 12 senatörlük kazandı.³⁶

Bunun üzerine Ecevit başbakanlıktan istifa etti. İstifa, Ecevit'in büyük umutlarla kurduğu üçüncü hükümetinde başarısızlığını kabul etmesi anlamına geliyordu. Başbakanlıktan çekilen Ecevit yerine, Cumhurbaşkanı Korkutürk, Demirel'i hükümeti kurmakla görevlendirdi. Demirel CHP'nin dışardan destek önerisini reddederek, eski koalisyon ortakları MSP ve MHP'nin oylarıyla azınlık hükümeti kurdu.³⁷

V. DEMİREL AZINLIK HÜKÜMETİ: 12 EYLÜL'E KADAR

Ara seçimlerdeki başarı, Adalet Partisi'ni bir kez daha iktidara getirdi. Ne ilginçtir ki 12 Eylül'e kadar azınlık hükümeti ile görevde kalan Demirel, Ecevit'in yönetemediği ekonomiyi aldığı önemlerle düzlüğe çıkaran siyaset adamı konumuna getirdi.

12 Eylül 1980'de parlamento kapatılıp, görevden uzaklaştırılmasına rağmen, Milli Güvenlik Konseyi yönetimi, Turgut Özal'ın yürürlüğe koyduğu politikaları -24 Ocak kararlarını- devam ettirdiler. Hatta Özal, Bülent Ulusu hükümetinde ekonomiden sorumlu bakan olarak atandı.³⁸

A. 12 Eylül'den Sonra Tutumu ve DSP Israrının Gerçek Nedeni

12 Eylül döneminde Ecevit, Demirel'in "sütne gerisine çekilme" politikasının tersine Milli Güvenlik Konseyi'ne boyun eğmeyen bir siyasetçi portresi çizmeye çalıştı. Sıkıyönetim komutanlığı bildirilerine uymadığı gerekçesiyle yargılandı, mahkum oldu. Demirel'in temkinli siyasetinin tersine cuntaya karşı demokrasi mücadelesi veren eski başbakan profili çizmeye

³⁶ ARCA YÜREK Cüneyt, **Bir Özgürlük Tutkunu: Bülent Ecevit**, Detay Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 147.

³⁷ KOCA Bayram, "Yetmişli Yıllarda Merkez Sağ: Milliyetçilik ve Anti-Komünizm", **Türkiye'nin 1970'li Yılları**, Hazırlayan: Mete Kaan Kaynar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020, s. 390.

³⁸ ÇOLAŞAN Emin, **12 Eylül: Özal Ekonomisinin Perde Arkası**, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1984, s. 254.

çalıştı. Ecevit, Demirel'in kendi kadrosunu ayakta tutma stratejisi yerine CHP'nin bütün kadrolarıyla ilişkisini kesti.

Ecevit'in tuhaf görülebilecek bu tutumunda iki neden görülebilir: Birincisi, politikaya kendisinin soktuğu, milletvekili ve bakan yaptığı Deniz Baykal ve benzeri hiziplerin önderliğini törpüleyici yaklaşımlarıdır. Bu nedenle, önderliğini tartışmasız kabul eden sınırlı sayıda kadro ile yoluna devam etmek istedi. Aslına bakılırsa bu, Ecevit'in yeniden başlatacağı harekette, “tek adam olma” isteğini de gösteriyordu.

Kendisinin vurguladığı ikinci ayrılık nedeni ideolojiktir. Terk ettiği eski kadrolarıyla solculuk anlayışında farklılık iddiası bence gerçeği yansıtmıyordu. Bu iddiası pek az CHP'li için geçerli olabilirdi. Asıl mesele, o artık kendisini bir *prima enter paris* konumuna indirmek isteyen hizipleri yanında görmek istemiyordu. Kırımca Ecevit'in rahatsız olduğu şey, CHP içinde bazı hizipler -başta Baykal olmak üzere- tarafından kuşatılmış olma hissiydi. Kayıtsız koşulsuz kendisini destekleyen bir parti örgütü yaratmak düşüncesindeydi. Bunu gerçekleştirdi de. Bu kesim vefatından sonra da varlığını sürdüren Ecevitçilerdir. Ecevit'in, Demokratik Sol Parti'yi örgütlemesinin temel saiki buydu.

Demirel'in sağda “bir bilen” olarak tanımlanmasına karşılık Ecevit “bir bölen”di. Gerçekten de Erdoğan'ın 1994'teki belediye başkanlığının sadece %25 oyla gerçekleşmiş olması, bu seçimde SHP, CHP ve DSP'nin ayrı ayrı aday gösterilmesinin sonucuydu. Bu seçimde ANAP İlhan Kesiciyi, DYP Bedrettin Dalan'ı, SHP Zülfü Livaneli'yi, DSP Necdet Özkan'ı, CHP Ertuğrul Günay'ı aday göstermişti.³⁹

Bu suçlamalara rağmen DSP, SHP ve CHP aleyhine istikrarlı bir şekilde büyüdü. İki önemli etmen, CHP seçmenini eski genel başkan Ecevit'in DSP'sine yöneltti. Bunlardan birincisi, Kürt meselesi ve HEP'in SHP listesinden Meclis'e girdikten sonra takındığı tavidir. Bu tavır parti tabanında tepkiye neden oldu. Buna bir de SHP'li belediyelerin başarısız olduğu algısı eklenmelidir. Bu konuda özellikle 1989'da İBB Başkanı seçilen Prof. Dr. Nurettin Sözen'le ilgili suçlamalar hatırlanmalıdır.

1991'de barajı %10.5 ile geçen Demokratik Sol Parti, 7 milletvekili ile Meclis'te yerini aldı. Bu sonuç adaletsiz seçim sisteminin en uç örneklerin-

³⁹ BAKŞIK Şeref, **CHP ile Bir Ömür**, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 2009, s. 501.

den biri oldu.⁴⁰ 1991-1995 arasında, Özal'ın ölümü, Demirel'in cumhurbaşkanı seçilmesi, Erdal İnönü'nün siyasetten çekilmesi, eski CHP kadroları içinde solda önderlik mücadelesi başladı. Bu mücadele, SHP- CHP birleşme süreci ve Deniz Baykal'ın CHP'ye genel başkan olduğu tarihe kadar gelgitlerle devam etti. Bu arada 1991'de kurulan DYP-SHP koalisyonu, her iki partinin genel başkan değişiklikleri ile (Tansu Çiller, Murat Karayalçın, Hikmet Çetin, Deniz Baykal) gittikçe zayıflayarak 1995'e kadar görevde kaldı. Merkez sol seçmenin, 1995 seçimlerinde Ecevit'e yönelmesini sebebi, CHP'nin mecliste ve mahalli idarelerde göz doldurmayan performansıyla.

B. Ecevit Mesut Yılmaz Hükümeti'nde Başbakan Yardımcısı

1995 seçimlerinde Refah Partisi, merkez sağın demagojik rekabetinden ve DSP-CHP arasındaki bölünmeden yararlanarak birinci parti olmayı başardı. Refah Partisi, Çiller-Yılmaz rekabetinden ve Çiller'in Yüce Divan'a sevk edilme endişesinden yararlanarak iktidara geldi. Sonuçta RP ve onu iktidara taşıyan DYP'nin dışarda tutulduğu alternatif koalisyon Mesut Yılmaz başkanlığında kuruldu. Bu koalisyonda Ecevit'in DSP'si ve Demokrat Türkiye Partisi de vardı. Bu hükümet siyasi tarihimizde ANASOL-D hükümeti olarak anılacaktır.

Bu koalisyon, Mesut Yılmaz'ın ANAP'ı ile 1960'lardan beri Demirel'in yanında siyaset yapmış, İsmet Sezgin, Hüsamettin Cindoruk gibi eski kuşak Adalet Partililerinin DTP'si ve Ecevit'in DSP'sinin temsil edildiği bir hükümet olacaktı.⁴¹ Ecevit faktörü nedeniyle, CHP bu hükümette yer almadı. Zaten Baykal, bu hükümete girmeyerek bir sonraki seçimde avantaj elde etmeyi düşünmüş olabilir. CHP'nin dışardan verdiği destekle Mesut Yılmaz hükümeti güvenoyu aldı. Kendisinden beklenen sistem, partilerinin çözemediği sorunları çözeceğini vaat eden İslamcılığın karşı devrim dalgasına dönüşmesini engellemekti. Bunda başarılı olunamadığı ileride görülecektir. Bülent Ecevit bu hükümette başbakan yardımcılığına getirilerek, 12 lül'den sonra iktidarın bir kanadı olmayı başarmış oldu.

O tarih itibarıyla, siyasal güçler arası denge şöyle tanımlanabilir: İslamcılık pasifize edilmiş, parlamentodaki gücü iyice gerilemiş, kişisel hesaplarla bir karşı devrim partisini iktidara taşıma günahı olan Çiller ve DYP bir kenara atılmıştı.

⁴⁰ KOLOĞLU Orhan, **Kim Bu? Ecevit**, Boyut Kitapları, İstanbul, 2001, s. 674.

⁴¹ BİLA Hikmet, **CHP: 1919-2009**, Doğan Kitap, İstanbul, 2008, s. 351.

Bununla birlikte Yılmaz hükümeti vasat icraatlarıyla pek göz dolduramayan, cihet-i askeriye'nin desteğiyle kerhen görevde bir hükümet görüntüsü veriyordu. 1999'un başına gelindiğinde, ANASOL-D zayıf olan desteğini istifalarla daha da yitirdi. 1995'te teşekkül eden parlamento ve partilerin seçmen nezdinde desteğini yenilemeye ihtiyacı vardı.

1999 başında, erken seçimin kaçınılmaz olduğu iyice berraklaşmıştı. Ancak ülkeyi kimin seçime götüreceği belirsizdi. Parlamento aritmetiği partiler arasında tam bir güvensizlik ortamını gösteriyordu. ANAP ve DYP'nin bir seçim hükümeti kurmaları eşyanın tabiatına aykırıydı. Bu iki partiden birinin hükümet kurarak ülkeyi seçime götürmeleri ise imkansızdı.

Parlamentonun beşinci partisi CHP'nin herhangi bir seçenek içinde yer alması Baykal'ın hesaplarına uygun değildi. Baykal, her kombinezonun dışında kalarak, ilk seçimde DSP'yi geride bırakarak, solun birinci partisi olmanın hesabını yapıyordu. Dolayısıyla böyle bir ortamda seçim hükümetinin emanet edilebileceği tek aday kalıyordu: Bülent Ecevit.

C. Ecevit Seçim Hükümetinin Başbakanı: 1999

Böylece, Ecevit hiçbir siyasi partinin diğerine güvenmediği bir ortamda, Türkiye'nin tek güvenilir başbakan adayı oluyordu. 1977'de %42 oya rağmen kurduğu azınlık hükümetine güvenoyu alamayan Ecevit, 22 yıl sonra %14.5 oy ile ve TBMM'in 4. Partisinin genel başkanı olarak Türk siyasi tarihinin en yüksek güvenoylarından birini alarak göreve başladı. Ecevit'in bu suni güvenoyu sayısını abartılı bir duygusallıkla karşıladığı hatırlardadır.⁴²

Türk siyasetinin Ecevit'e verdiği görev, ülkeyi sandığa götürmekten ibaretti. Ecevit ülkeyi seçime götürdü. Eğer bu arada Abdullah Öcalan, yakalanıp Türkiye'ye getirilmemiş olsaydı, 1999 seçimlerinde başka bir sonuç ortaya çıkabilirdi. 1984'ten beri devam eden Kürt ayrılıkçılığı hareketi liderinin derdest edilip yargı önüne çıkarılması, Bülent Ecevit'e desteği arttırdı.⁴³

Ecevit 1974'de Kıbrıs Harekatı dolayısıyla böyle bir kamuoyu desteğine ulaşmıştı. Temelde popülist-milliyetçi hislere dayanan bu yükseliş, Ecevit'e o zaman da tek başına iktidar getirmemişti. 1999'da seçimlerden birinci

⁴² AKIN Rıdvan, **Gazi'den Günümüze Cumhurbaşkanlığı: 1923-2007**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009, s. 165.

⁴³ AKAR Rıdvan, DÜNDAR Can, **Ecevit ve Gizli Arşivi**, İmge Kitabevi, Ankara, 2008, s. 466.

parti olarak çıkmayı başardı. DSP, %22 civarında bir oy oranına ulaştı. Milliyetçi dalganın yükselişine paralel olarak radikal sağ MHP’de büyük başarı göstererek TBMM’ye büyük bir grupla girmiş oldu.⁴⁴

D. Ecevit’in Son Başbakanlığı: 1999-2002

ANAP ve DYP’nin güç kaybetmeye devam ettiği yeni konjonktürde Ecevit’e beşinci kez başbakanlık koltuğunu getirecek olan şartlar böyle doğdu. Siyasi dengeler, Ecevit’in MHP ve ANAP ile hükümet kurmasını zorunlu kılıyordu.

MHP ile yaşanan “geçmişin özeleştirisi krizi” hafif atlatıldı.⁴⁵ Üçüncü ortak ANAP ise hükümette kalma avantajını devam ettirmek istiyordu. Bu kez Ecevit başbakan olmuş, eski ortak Mesut Yılmaz ve MHP’nin yeni genel başkanı Devlet Bahçeli başbakan yardımcılığına getirilmişti.

Ecevit’in bu sonuncu başbakanlığı esas itibarıyla, Öcalan’ı yakalama karizmasına dayanmıştı. MHP’nin yükselişi de Devlet Bahçeli’nin özel siyasi yetenekleri nedeniyle değil uzun süredir Türk gururunu inciten Kürtçü ayrılıkçılığın hesabının görülmesi psikolojisine dayanıyordu. Sonuçta, DSP ve MHP bu milliyetçi coşkudan en çok yararlanan partiler oldular.

Ecevit’in siyasi kariyerinin 3.5 yıllık bu son aşamasında ülkenin ekonomik krize sürüklenmesi en önemli gelişme oldu. Bunun dışında, rel’in cumhurbaşkanlığı süresini uzatmak için yaptığı anayasa değişikliği girişiminin başarısızlığa uğraması ve Anayasa Mahkemesi Başkanı Ahmet Necdet Sezer’in Ecevit’in önerisi ile cumhurbaşkanı seçilmesi hatırlardadır.⁴⁶

Başbakan Ecevit arkasında sayısal desteğe rağmen Demirel’in süresini uzatacak anayasa değişikliğini gerçekleştiremedi. Büyük bir heyecanla cumhurbaşkanlığı makamına seçtiği Sezer ile de çatıştı. Her iki sonuç da Ecevit için hayal kırıklığı oldu.

2001 Şubatı’nda yapılan MGK toplantısında, izahı güç olan anayasa kitapçığı fırlatma krizi, zaten kararsız dengede duran ekonomiyi baş aşağı

⁴⁴ BORA Tanıl, CAN Kemal, **Devlet ve Kuzgun: 1990’lardan 2000’lere MHP**, İletişim Yayınları, 2004, s. 122.

⁴⁵ AKIN, s. 167.

⁴⁶ ÖZBUDUN Ergun, **Anayasa Hukuku**, Anadolu Üniversitesi AÖF Yayını, Eskişehir, 2003, s. 176.

etti.⁴⁷ Siyaset alanındaki bir değişkenin nasıl yıkıcı ekonomik sonuçlar yaratabileceği anlaşılmış oldu. 1994'ten beri palyatif önlemlerle ertelenen kriz, ülkenin ekonomik verilerinin hızla kötüleşmesine yol açtı.

Ecevit, 1974 ve 1978'de olduğu üzere, bir kez daha ekonomik bunalımın içine düşmüş oldu. Belki de bu sonuncusunun nedeni kendi iktisadi vizyonsuzluğuymuştu. Neticede 12 Mart döneminde Dünya Bankası'ndan Atilla Karaosmanoğlu'nun⁴⁸ getirildiği gibi, bu kez de Kemal Derviş davet edildi. Ecevit Derviş'i aile çevresinden de tanıyordu. Derviş, ekonomiden sorumlu bakan olarak kabinede görevlendirildi.⁴⁹ Derviş, uluslararası finans kapitalin komiseri edası ile serbest piyasa enstrümanlarının hepsini kullanarak ekonomiyi disipline etmeye çalıştı. Bu ekonomi politik paradigma ile zaten bu yapılabilirdi. 24 Ocak 1980'de Özal'ın yürürlüğe koyduğu paketteki benzer önlemlerdi bunlar. Bu arada ana akım medyanın Derviş'e adeta mesih muamelesi yaptığını hatırlamak gerekir.⁵⁰

Derviş'in reçetesi aslında çok basitti: Kapitalizm açısından verimli olmadığı düşünülen KİT'lerin özelleştirilmesi, Özal'dan beri devam etmekte olan kapitalistleşmenin uluslararası sermaye ile tam entegrasyon sağlanacak düzeye erişilmesi. Sonuçta, Türkiye ekonomisi uluslararası finans kapitalin beklentilerine uygun bir şekilde yeniden dizayn edilmiş oldu. Kapitalizm içi önlemler -buna her zaman acı reçete denir- stabilizasyona yol açarken, AKP iktidarına altyapıyı sağlamış oldu.

E. Ecevit'in Hastalığı ve DSP'nin Dağılması

2001 ekonomik bunalımının üzerine eklenen önemli bir gelişme vit'in sağlığının ciddi şekilde bozulmasıydı. Bu durum kendi partisi içinde ayrışmalara neden oldu. Kemal Derviş'in ekonomiyi düzeltmek için getirilmesinden bir yıl sonra DSP parçalandı. İsmail Cem önderliğinde kurulan Yeni Türkiye Partisi'nin yelkenlerinin kısa sürede sönmesi, Kemal Derviş'in bu partiyi bir süre destekledikten sonra ani bir kararla CHP'ye geçmesi, İktidar alternatif olarak sunulan YTP'nin ortada kalması ile sonuçlandı.

⁴⁷ ÖNGİDER Seyfi, *Çankaya'nın Bütün Adamları*, Aykırı Yayınları, İstanbul, 2006, s. 183.

⁴⁸ MURADOĞLU Abdullah, *Reformun Dervişleri*, Bakış Kitaplığı, İstanbul, 2001, s. 9.

⁴⁹ KAPLAN Sefa, *Kemal Derviş: Bir Kurtarıcı Öyküsü*, Siyah Beyaz - Metis Güncel, İstanbul, 2001, s. 63.

⁵⁰ SAVRAN Sungur, *Üçüncü Büyük Depresyon: Kapitalizmin Alacakaranlığı*, Yordam Kitap, İstanbul, 2013, s. 295.

2002’de Devlet Bahçeli’nin erken seçim çağrısı, 1950’lerden beri devam eden siyasi dengelerini değiştirdi.⁵¹ 1999 parlamentosunun bütün partileri meclis dışı kaldılar. Ecevit, 1978-79’daki hükümetinden daha büyük bir başarısızlıkla iktidardan düştü. 1994’ten beri, sağda doğan boşluğa aday olan AKP, 12 Eylül’ün sağladığı seçim mevzuatıyla %34.3 oyla tek başına iktidara geldi. Ecevit, İslamcılığın iktidara gelmesinden önceki son hükümetin başbakanı oldu.⁵²

VI. ECEVİT’İN DÜŞÜNCELERİ ÜZERİNE

Ecevit, ortanın solu söylemiyle elitizmden uzak bir halkçılık doğrultusu benimsemişti. Bu geniş halk kesimlerinde bir sinerji yaratmıştı. 1973 ve 1977 seçim sonuçları bunu kanıtlamaktadır.

Ecevit’in solculuğunun içeriğini irdelemek gerekirse, bu elbette sosyalist düşünce değildi. Ama üretim ve bölüşüm ilişkilerini değiştirmek gibi bir iddiası vardı. Bu nedenle “Ne ezen ne ezilen insanca hakça bir düzen, bu düzen değişmeli” gibi ifadeler egemen güçleri tedirgin ediyordu. Ecevit’in sermaye sınıfı ile karşı karşıya gelmesi bu koşullarda gayet normaldi. Türkiye burjuvazisi Ecevit solculuğuna karşı, Demirel’in serbest piyasacılığını destekliyordu.⁵³

Partisinin adını da taşıyan “Demokratik Sol”u bir çeşit Anadolu sosyal demokrasisi olarak tanımlamaya çalışmış, içeriğini tam olarak açıklayamamıştır. Bu nedenle, “*Ecevit halkçılığının*” içeriği muğlaktır.⁵⁴

Ecevit’in laiklik konusundaki görüşleri de ikirciklidir. Örneğin Ecevit, Osmanlı millet sisteminin getirdiği dinsel özerkliği laiklikle karıştırıyordu. Ecevit Tanzimat ile sağlanan düzeni bir çeşit “laiklik” olarak düşünüyordu ki bu doğru değildi.⁵⁵ Klasik Osmanlı’da “milletler” gayrimüslimlerdi. Ve statüleri “zımmi” olarak tanımlanıyordu.

⁵¹ CENGİZ Oğuzhan, **Devlet Bahçeli**, Bilge Oğuz Yayınları, İstanbul, 2014, s. 227.

⁵² ONUR Hüdavendigar, **Türk Sağı Kronolojisi**, Sam Yayınları, İstanbul, 2009, s. 192.

⁵³ YÜCEKÖK Ahmet Naki, **Erzurum, Gerede, Diyarbakır, Elazığ Olayları**, Anka Yayınları, Ankara, 1975, s. 274.

⁵⁴ BORA, s. 574-587.

⁵⁵ “Ecevit: Osmanlı laikliğe yakındı sarayda çok laik bir düzen vardı”, Hürriyet Gazetesi, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ecevit-osmanli-laikliklige-yakindi-sarayda-cok-laik-bir-duzen-vardi-38753785> (Erişim Tarihi: 15.04.2024).

Şerif Mardin 1960’larda Anadolu halkının inancını görüldüğü üzere “volk islam” olarak yorumlamıştı. Bu görüşe göre İslamiyet Anadolu’da tarihi ve toplumsal dönüşümler sonucu yumuşak bir ideoloji haline gelmişti.⁵⁶ Ecevit de Şerif Mardin gibi düşünüyordu. Oysaki Anadolu’daki temel inanç Sünni İslam’dır. Anadolu’nun köylerinde, kasabalarında, küçük kentlerinde ideolojik hegemonya Sünni İslam üzerine inşa edilmiştir.

Sünni İslam, Osmanlı devlet teşkilatı içinde ilmiye üzerinden devletin içinde konumlandığından laikliğe esas teşkil edemez. Cumhuriyet devriminden bu yana süren din-devlet çatışmasının temelinde bu yatmaktadır.

Ecevit’in laikliği savunma zemini de çoğunlukla yerinde olmamış, ters tepmiştir: Merve Kavakçı⁵⁷ örneğinde olduğu üzere. Danıştay saldırısından sonra laikliğin tehdit altında bulunduğunu düşünen Ecevit, saldırıda hayatını kaybeden Danıştay üyesi Mustafa Yücel Özbilgin’in cenazesine ağır sağlık sorunlarına rağmen katılmıştı.⁵⁸ Bu tarih itibarıyla kendisi çoktan iktidardan düşmüş bulunuyordu ve AKP iktidardaydı.

VII. ECEVİT HÜKÜMETLERİ ÜZERİNE GENEL BİR DEĞERLENDİRME

Bülent Ecevit, 1965 seçimleri sonrasında başlayan Ortanın Solu Hareketi’nin önderi ve Cumhuriyet Halk Partisi’nin üçüncü genel başkanıdır. Bununla birlikte, Ecevit’in Demirel ölçüsünde etkili olmuş bir siyasetçi olduğu ileri sürülemez.

Ecevit’in kurduğu hükümetler genelde başarısızlıkla sona ermiştir. 1974’te kurduğu ilk hükümetinde Ecevit, koalisyonu tek başına iktidara gelme umuduyla bozmuş, hedefini gerçekleştirememiştir. Bu hamlesine sağ partiler “Milliyetçi Cephe” ile yanıt vermişlerdi. 5 Haziran 1977 seçimlerinden sonra kurduğu azınlık hükümeti ise güvenoyu alamamış, düşürülmüştür. Ecevit’in en başarısız olduğu iki hükümeti 1978’de kurduğu büyük koalisyon ile 1999 seçimleri sonrasında kurduğu son koalisyondur.

⁵⁶ TİMUR Taner, **İslam, Laiklik ve Aydınlanma Savaşı**, Yordam Kitap, İstanbul, 2019, s. 77.

⁵⁷ BEYAZ Zekeriya, **İslam ve Giyim Kuşam: Başörtüsü Sorununa Dini Çözüm**, Sancak Yayınları, İstanbul, 1999, s. 160.

⁵⁸ Ecevit, törende fenalaşmış, beyin kanaması geçirdiği anlaşılarak tedavi altına alınmış, uzun süreli bir komadan sonra vefat etmiştir (ECZACIBAŞI Şakir, **Çağrışimler, Tanıklıklar, Dostluklar**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 684).

Kurduğu hükümetlerin başarısızlık nedenleri irdelenmek gerekirse, 12 Eylül öncesindekiler sağlam desteğe dayanmamaktaydılar. En önemli zayıflık noktası buydu. Bu nedenle Ecevit hükümetlerinin daima “sağ payandalar”ı vardı. Ecevit’in son dönemdeki partisi DSP’nin seçmen nezdindeki desteğinin en fazla 1/5 civarında olduğu unutulmamalıdır.

12 Eylül öncesinde Ecevit’in önündeki en büyük engel, burjuvazinin Ecevit’in sosyo-ekonomik söyleminden tedirgin olmasıydı. Hatırlanacağı gibi büyük sermaye çevreleri Ecevit’e hep Adalet Partisi ile hükümet kurmasını telkin etmişlerdi.

1978’de, büyük koalisyon kurarken abartılı fedakarlıkta bulunmuş, bu da hükümetin kuruluşuna destek veren bazı milletvekilleri tarafından zayıflık olarak görülmüş ve istismar edilmiştir. Ecevit’in 12 Eylül öncesinde kurduğu son hükümet tam bir siyasal çöküntüyle sona ermiştir. Beşinci hükümeti de benzer şekilde, özellikle ekonomik nedenlerle dağılma noktasına gelmişti.

Bu durumun elbette konjonktürel nedenleri vardı. Ancak bir o kadar daha önemli olan, Ecevit’in ekonomi vizyonunun sınırlı olmasıydı. Ecevit’in ekonomi anlayışı Kemal Derviş’i getirme biçiminde saklıdır. Ekonominin, ekonomi-politik olduğunu gerçeğini anlamamıştır.

Hiç kuşkusuz Bülent Ecevit halkçı bir siyaset adamı idi. Modernleşmeci devlet karşısında konumlandığı ve halkçılığına mesnet yaptığı sivil toplum faraziyesi fazlasıyla hissiydi. Ortanın solu yaklaşımının temeline koyduğu harç aslında İkinci Cumhuriyetçilerin Kemalizm eleştirisi ve sivil toplum anlayışına çok yakındı.⁵⁹

Ecevit’in başarısızlığının gerçek nedeni *Türkiye sağ siyasetinin* toplumun derinliklerinden yükselen karmaşık bir yapı olduğunu görememiş, hegemonya güçlerinin, ekonomik, politik ve ideolojik kökenlerini doğru teşhis edememiş olmasıydı. Bu nedenle, büyük umutlarla kurduğu her hükümet, Türkiye’yi kuşatan güçlerin duvarına çarparak iktidardan düşmüştür.

Kurmuş olduğu hükümetlerin yapısı *düzen değişikliği* söyleminin havada kalmasına yol açmıştır. Kanımca Ecevit -tek başına iktidara gelebilmiş olsaydı bile- tasavvur ettiği toplumsal değişiklikleri hayata geçirmesi oldukça

⁵⁹ AĞTAŞ Özkan, “Ortanın Solu: İsmet İnönü’den Bülent Ecevit’e”, **Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce**, C. 8, İletişim Yayınları, 2007, ss. 194-221.

zordu. Elbette ki mülkiyet, üretim ve bölüşüm ilişkilerine yönelik dönüştürücü hedefleri vardı. Ancak dayandığı toplumsal zeminle söylemi örtüşmüyordu. Hükümetlerinin hızla gözden düşmesinin sebebi buydu.

Bunun yanı sıra Ecevit'in devlet aygıtının görünmeyen yönlerinden çok geç haberdar olduğunu anlıyoruz. Kendisiyle yapılan iki mülakatta ileri sürdüğü görüşler yeterli uyanıklığa sahip olmadığını gösteriyor. İki örnek vermek gerekirse, bunlardan birisi, 1978'de Özel Harp Dairesi'nin varlığından haberdar edilmiş olmasına rağmen örgütün gerçek mahiyetini kavrayamamış olmasıdır. İkincisi ise, son başbakanlığı döneminde, "ABD'nin Öcalan'ı neden verdiğini anlamadım" sözleridir. Bu sözler, Ecevit'in devlet aygıtı hakkındaki bilgi, sezgi ve kavrayışının yüzeysel olduğunu göstermektedir. Kanımca, Ecevit'in kurduğu hükümetlerin başarısız olmasının ana nedenlerinden biri de budur.

Ama bunların hiçbiri onun samimiyetle halkçı bir siyaset adamı olduğu gerçeğini değiştirmez. Ecevit ile ilgili vurgulanması gereken önemli bir nokta; halkçılığının anti-elitist bir söyleme dayanmasına rağmen kendisinin her bakımdan bir cumhuriyet eliti olmasıdır.

KAYNAKÇA

- AĞTAŞ Özkan, “Ortanın Solu: İsmet İnönü’den Bülent Ecevit’e”, **Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce**, C. 8, İletişim Yayınları, 2007.
- AKAR Atilla, **Öteki DSP - Ecevitlerin Gayri Resmi Öyküsü**, Metis Yayınları, İstanbul, 2002.
- AKAR Rıdvan, DÜNDAR Can, **Ecevit ve Gizli Arşivi**, İmge Kitabevi, Ankara, 2008.
- AKIN Rıdvan, **Gazi’den Günümüze Cumhurbaşkanlığı: 1923-2007**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009.
- AKŞİN Sina, “Sol Akımlar: Demokratik Sol; Bülent Ecevit”, **Türkiye Tarihi V, Bugünkü Türkiye: 1980-2003**, Cem Yayınevi, İstanbul, 1997.
- AKŞİN Sina, **Kısa Türkiye Tarihi**, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008.
- ALTUN Şafak, **Rüşvetten Özelleştirmeye Yolsuzluğun 100 Yıllık Tarihi**, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2004.
- APAYDIN Orhan, **Kim Öldürüyor? Niçin Öldürüyor?**, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1978.
- ARCAYÜREK Cüneyt, **Bir Özgürlük Tutkunu: Bülent Ecevit**, Detay Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- AYDIN Suavi, TAŞKIN Yüksel, **1960’lardan Günümüze Türkiye Tarihi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020.
- BAKŞIK Şeref, **CHP ile Bir Ömür**, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 2009.
- BEYAZ Zekeriya, **İslam ve Giyim Kuşam: Başörtüsü Sorununa Dini Çözüm**, Sancak Yayınları, İstanbul, 1999.
- BİLA Hikmet, **CHP: 1919-2009**, Doğan Kitap, İstanbul, 2008.
- BORA Tanıl, CAN Kemal, **Devlet ve Kuzgun: 1990’lardan 2000’lere MHP**, İletişim Yayınları, 2004.
- BORA Tanıl, **Cereyanlar: Türkiye’de Siyasi İdeolojiler**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017.
- CENGİZ Oğuzhan, **Devlet Bahçeli**, Bilge Oğuz Yayınları, İstanbul, 2014.
- COŞKUN Süleyman, **Türkiye’de Politika: 1920-1995**, Cem Yayınevi, İstanbul, 1995.
- ÇETİN Atilla, “Mustafa Bülent Ecevit”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, Ek-1 Cilt, 2. Baskı, Ankara, 2020.
- ÇÖLAŞAN Emin, **12 Eylül: Özal Ekonomisinin Perde Arkası**, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1984.
- DONAT Yavuz, **Sandıktan İhtilale, 1977-1980**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1987.
- DURSUNOĞLU İsmail, “Çok Partili Hayattan 1980’e Demokratik Süreç”, **Türkiye’de Demokrasi, Süreç, Yapı, Tartışmalar**, Editör: İsmail Dursunoğlu, Efe Akademi Yayınları, İstanbul, 2021.
- DURU Orhan, **Ecevit’in Çilesi**, Afa Yayınları, İstanbul, 1995.

- ECZACIBAŞI Şakir, **Çağrışimler, Tanıklıklar, Dostluklar**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2010.
- ERGÜL Teoman, **Sosyal Demokraside Ayrışma Yılları**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 2000.
- EVREN Kenan, **Kenan Evren'in Anıları**, C. 1, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1990.
- KABACALI Alpay, **1977 Yılında Sağcı Basın Ne Dedi?**, Derinlik Yayınları, İstanbul, 1977.
- KAPLAN Sefa, **Kemal Derviş: Bir Kurtarıcı Öyküsü**, Siyah Beyaz - Metis Güncel, İstanbul, 2001.
- KARATAŞ Murat, "12 Eylül 1980 sonrasında merkez sağın temsilinde bir aktör Turgut Özal ve Anavatan Partisi", **Türk Demokrasi Tarihi, Liderler, Partiler ve Seçimler**, Efe Akademi Yayınları, İstanbul, 2001.
- KARAVELİOĞLU Kamil, **Bir Devrim İki Darbe: 27 Mayıs, 12 Mart, 12 Eylül**, Gürer Yayınları, İstanbul, 2007.
- KEMAL Mehmed, **Ara Rejim Kara Rejim: 12 Mart Yazıları**, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1979.
- KOCA Bayram, "Yetmişli Yıllarda Merkez Sağ: Milliyetçilik ve Anti-Komünizm", **Türkiye'nin 1970'li Yılları**, Hazırlayan: Mete Kaan Kaynar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020.
- KOLOĞLU Orhan, **Ecevit ile CHP: Bir Aşk ve Nefret Öyküsü**, Büke Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- KOLOĞLU Orhan, **Kim Bu? Ecevit**, Boyut Kitapları, İstanbul, 2001.
- MUMCU Uğur, **Büyüklerimiz**, 35. Baskı, Umag Vakfı, Ankara, 2019, s. 62.
- MURADOĞLU Abdullah, **Reformun Dervişleri**, Bakış Kitaplığı, İstanbul, 2001.
- MÜFTÜOĞLU Oğuzhan, **1960'lardan 1980'e Türkiye Gerçeği**, Patika Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- ODABAŞI Levent, HOCAOĞLU Kerem, "Umudumuz Bülent Ecevit", **Türkiye'nin 1970'li Yılları**, Hazırlayan: Mete Kaan Kaynar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020.
- ONUR Hüdavendigar, **Türk Sağı Kronolojisi**, Sam Yayınları, İstanbul, 2009.
- ÖNGİDER Seyfi, **Çankaya'nın Bütün Adamları**, Aykırı Yayınları, İstanbul, 2006.
- ÖZBUDUN Ergun, **Anayasa Hukuku**, Anadolu Üniversitesi AÖF Yayını, Eskişehir, 2003.
- ÖZDEMİR Celal Oral, "Yetmişli Yıllarda Halkçı ve Haktan Siyaset", **Türkiye'nin 1970'li Yılları**, Hazırlayan: Mete Kaan Kaynar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020.
- ÖZKİRAZ Ahmet, DOĞAN Abdülvahit, "Demokratik Parti ve Döneminde Türk Siyasal Kültürü", **Muhafazakar Düşünce Dergisi**, C. 7, S. 27, Ankara, 2011.
- SANDALCI Emil Galip, **Akla Kara: Türkler Nasıl Öler?**, Su Yayınevi, İstanbul, 2010.
- SAVRAN Sungur, **Üçüncü Büyük Depresyon: Kapitalizmin Alacakaranlığı**, Yordam Kitap, İstanbul, 2013.

- SEZEN Saim, **Seçim ve Demokrasi**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1994.
- ŞİRİN Tolga, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı II**, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2021.
- TANJU Sadun, **Tepedeki Dört Adam**, Gelişim Yayınları, İstanbul, 1978.
- TEZİÇ Erdoğan, **100 Soruda Siyasi Partiler**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1976.
- TİMUR Taner, **İslam, Laiklik ve Aydınlanma Savaşı**, Yordam Kitap, İstanbul, 2019.
- TUNCER Erol, **Osmanlı’dan Günümüze Seçimler: 1876-1999**, Tesay, Ankara, 2002.
- TURHAN Mehmet, **Siyasal Elitler**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 2000.
- YAŞLI Fatih, **Anti Komünizm, Ülkücü Hareket, Türkes, Türkiye ve Soğuk Savaş**, Yordam Kitap, İstanbul, 2019.
- YAŞLI Fatih, **“Halkçı Ecevit”: Ecevit, Ortanın Solu, CHP (1960-1980)**, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020.
- YURTSEVER Haluk, **Yükseliş ve Düşüş: Türkiye Solu, 1960-1980**, Yordam Kitap, İstanbul, 2008.
- YÜCEKÖK Ahmet Naki, **Erzurum, Gerede, Diyarbakır, Elazığ Olayları**, Anka Yayınları, Ankara, 1975.

İnternet Kaynakları

- “Ecevit: Osmanlı laikliğe yakındı sarayda çok laik bir düzen vardı”, Hürriyet Gazetesi, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ecevit-osmanli-laikliklige-yakindi-sarayda-cok-laik-bir-duzen-var-di-38753785> (Erişim Tarihi: 15.04.2024).
- “Ecevit’in Ölümü Zonguldak’ı Yasa Boğdu”, Hürriyet Gazetesi, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ecevitin-olumu-zonguldaki-yasa-bogdu-5382238> (Erişim Tarihi: 15.04.2024).

**Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi
Açısından
Cumhuriyet'in 100. Yılı**

1923-2023

HUKUK FELSEFESİ
VE HUKUK SOSYOLOJİSİ AÇISINDAN
CUMHURİYETİN 100.YILI



18 ARALIK - 10:00 - 12:30



GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ AYDIN DOĞAN ODİTORYUMU

Medeni Kanunun Dönüşümü

*Oturum Başkanı: Prof. Dr. Zeynep
Üskül Engin*

Medeni Kanun'un dünü, bugünü, geleceği
- Prof. Dr. Baki İlkay Engin

Mecelle'den Medeni Kanun'a geçiş
- Ar. Gör. Bengisu Mert

Cumhuriyetin 100. yılında kadın-erkek eşitliği
ve İstanbul Sözleşmesi
- Ar. Gör. Dolunay Çörek Akyıldız

Hukuk Felsefesi Açısından

Cumhuriyetin Temel Değerleri

*Oturum Başkanı: Prof. Dr. Zeynep
Üskül Engin*

Hukuk devleti
- Doç. Dr. Ülker Yükselbaba

Cumhuriyetin yurttaşı, hakların öznesi insan
- Doç. Dr. Şule Şahin Ceylan

İki cumhuriyet üzerine bir karşılaştırma:
Almanya ve Türkiye
- Doç Dr. Birden Güngören Bulgan



TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN YÜZÜNCÜ YILI

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi
Anabilim Dalı

CUMHURİYET'İN YÜZÜNCÜ YILINDA TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ, ŞİDDET VE İSTANBUL SÖZLEŞMESİ^(*)

Arş. Gör. **Dolunay ÇÖREK AKYILDIZ^(**)**

Öz: Cumhuriyetimizin kuruluş felsefesinde eşitlik ilkesi önemli bir yer tutmaktadır. Kuruluş yıllarından itibaren eşitliğin gerçekleştirilmesi için birçok hukuki ve sosyal düzenleme yapılmıştır. Kadının erkek karşısındaki konumunun değişmesi, kamusal alanda kendine yer edinebilmesine, temel haklarının yanında sosyal, ekonomik ve kültürel haklarının gerçekleştirilmesine bağlıdır. Tüm bunlarla birlikte kadının güçlenmesi ve birey olmasının önünde bir engel olarak erkekten ona doğru yönelen şiddet gerçeği vardır. Şiddet ortadan kaldırılmadan ise, kadının tam anlamıyla hak ettiği yaşama sahip olması mümkün değildir. İstanbul Sözleşmesi'nin ülkemiz tarafından kabulü bu yolda atılmış, Cumhuriyet tarihimiz açısından en önemli adımlardan biri olmuştur. Sözleşmeyle birlikte kadına karşı şiddetin boyutları hukuken tanınmış, “toplumsal cinsiyet eşitliği” kavramı daha çok konuşulmuş, tartışılmıştır. Ancak kabul edilmesinden yaklaşık sekiz sene sonra 20 Mart 2021 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı sonucunda sözleşmenin feshedilmesine karar verilmiştir. 1 Temmuz 2021 tarihinde ise resmen sözleşmeden çekilme gerçekleşmiştir. Elbette bu çekilmenin kadına karşı şiddet ve toplumsal cinsiyet eşitliği bakımından sonuçları olmuştur. Çalışmanın amacı, İstanbul Sözleşmesi'nin sağladığı korumanın eşitlik ilkesi ve şiddetin ortadan kaldırılması açısından önemini ortaya koymaktır. Öncelikle sözleşme

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 08.03.2024 - Makale Kabul Tarihi: 08.05.2024.

Bu eser, Bakü Kızlar Üniversitesi Beşinci Uluslararası Dünya Kadın Konferansı'nda (*International World Women Conference V*) sunulan “İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilme Süreci- The Process of Withdrawal From the Istanbul Convention” başlıklı tebliğin ve aynı adlı yayının değiştirilmiş şekline dayanmaktadır. Ayrıca, “Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Açısından Cumhuriyet'in 100. Yılı” başlıklı konferansta tebliğ olarak sunulmuştur. Konferansın düzenlenmesinde emeği geçen sayın hocam Prof. Dr. Zeynep Üskül Engin'e ve sevgili çalışma arkadaşım Arş. Gör. Bengisu Mert'e teşekkürlerimi sunarım.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü ve Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: dcorek@gsu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-1974-7297>.

kabul edilmeden önce kadınların toplumsal mücadelesi aktarılmıştır. Daha sonra, sözleşmenin ilgili maddelerine yer vererek ülkemizdeki kazanımlarına yer verilmiştir. Son olarak ise sözleşmeden çekilme ve bu konu etrafında dönen hukuki tartışmalar değerlendirilmiştir. İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye'de sadece cinsiyeti sebebiyle şiddet gören her bireye koruma sağladığı bir gerçektir. Buna rağmen sözleşmeden niçin çekilme kararının verildiği ve Cumhuriyet'in yüzüncü yılında sözleşmede niçin ısrar etmemiz gerektiği aydınlatılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İstanbul Sözleşmesi, Şiddet, Toplumsal Cinsiyet, Eşitlik İlkesi, Kadın.

GENDER EQUALITY, VIOLENCE AND THE ISTANBUL CONVENTION IN THE CENTENARY OF THE REPUBLIC

Abstract: The principle of equality holds a significant place in the founding philosophy of our Republic. Since its establishment, numerous social and legal regulations have been enacted to achieve equality. The transformation of a woman's position vis-à-vis men depends on her ability to establish herself in the public sphere and the realization of her social, economic, and cultural rights alongside her fundamental rights. However, alongside these efforts towards empowerment, there exists the harsh reality of violence directed towards women by men, hindering their full realization as individuals. The acceptance of the Istanbul Convention by our country marked one of the most crucial steps in the history of our Republic towards this end. With the Convention, the dimensions of violence against women were legally recognized, and the concept of "gender equality" became more widely discussed and debated. However, approximately eight years after its acceptance, a decision was made to terminate the Convention, as announced in the Official Gazette on March 20, 2021, through Presidential Decree No. 3718. On July 1, 2021, the withdrawal from the Convention was officially realized. The aim of this study is to highlight the significance of the protection provided by the Istanbul Convention in terms of the principles of equality and the elimination of violence. Firstly, the social struggle of women before the acceptance of the Convention is portrayed. Subsequently, the achievements of the Convention in our country are discussed by referencing its relevant articles. Finally, the withdrawal from the Convention and the legal debates surrounding this issue are evaluated. It should be clarified why the decision to withdraw from the convention was made and why we should insist on the contract in the centenary of the Republic.

Keywords: Istanbul Convention, Violence, Gender, Principle of Equality, Woman.

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti, kadın erkek eşitliği yolunda dünyanın birçok ülkesine göre önemli adımlar atmıştır. Henüz kadın-erkek eşitliğine dair birçok uluslararası antlaşma yürürlükte değilken, yeni kurulan cumhuriyet birçok kazanımı elde etmiştir. Eşitlik ilkesi cumhuriyetimizin temel değerlerinden biridir. Cumhuriyet tarihimizde bu değeri gerçekleştiren birçok uygulama sayılabilir.¹ 1924 Anayasasında hem kız hem de erkek çocukları için eğitim zorunlu tutulmuştur. 1926 yılında Medeni Kanun kabul edilmiştir. 1930 yılından itibaren çıkarılan bir dizi yasa ile önce belediye seçimlerine katılma, sonra köylerde muhtar olma ve ihtiyar meclislerine seçilme hakkı tanınan kadınların milletvekili seçme ve seçilme hakları, 5 Aralık 1934'te Anayasa ve Seçim Kanunu'nda yapılan yasa değişikliği ile tanınmıştır. 5 Şubat 1937 tarihinde Anayasada yapılan bir değişiklikle, demokrasinin ve kadın haklarının güvencesi olan laiklik ilkesine yer verilmiştir.² Sonraki yıllarda, özellikle Türkiye'nin kadın haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeleri onaylamasını takiben, zamanın ihtiyacına uygun eşitlik ve demokratikleşme adımları atılmıştır. 1960-70'li yıllarda uluslararası alanda eşitlik ve demokrasi yolunda atılan kararlı adımlar, Birleşmiş Milletler tarafından 1979 yılında kabul edilen “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” (CEDAW) dünyada ve ülkemizde kadın erkek eşitliğinin yaşama geçirilmesinin itici güçleri olmuştur.³

Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, bilinen adıyla İstanbul Sözleşmesi ise, 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzaya açılmış ve 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeyi 45 farklı ülke daha imzalamıştır ve Avrupa Konseyi'nin desteğiyle uygulanması sağlanmaktadır.⁴

2011 yılından önce eşitlik adına yapılan hak mücadeleleri sayesinde ve sözleşmenin imzalanması ve ardından uygulamaya konmasıyla kazanımlar elde edilebilmiştir. Sözleşmenin kabulünden önceki kadın-erkek eşitliği adına verilen toplumsal mücadeleleri anlamak bu bakımdan çok önemli olup,

¹ MOROĞLU Nazan, “Cumhuriyetimizin 100 Yılında Eşitlik, Demokrasi ve Kadının İnsan Hakları”, <https://nazanmoroglu.com/cumhuriyetimizin-100-yilinda-esitlik-demokrasi-ve-kadinin-insan-haklari/>, (Erişim Tarihi: 26.04.2024).

² A.g.e.

³ A.g.e.

⁴ ÇAMURCU Meryem Hazal, “İstanbul Sözleşmesi: Türkiye’de İç Hukuka Etkisi ve Toplum Tepkisi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 79, S. 4, 2021, s. 78.

ilk başlıkta bu hususa değinilecektir. Ardından sırasıyla İstanbul Sözleşmesi'yle Cumhuriyet'in temel değerleri arasındaki bağlantı irdelenecek, sözleşmenin ülkemizdeki kazanımları ve uygulaması ifade edilecektir. Son olarak ülkemizin İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme süreci anlatılacaktır. Sözleşmenin şu an yürürlükte olmamasının kadın-erkek eşitliği açısından nasıl bir kayıp olduğu ise sonuç kısmında tartışılacaktır.

I. İSTANBUL SÖZLEŞMESİ'NDEN ÖNCE TOPLUMSAL MÜCADELE

2000'li yıllar Türkiye'de kadınların ve toplumsal cinsiyet ayrımcılığına uğramış tüm bireylerin verdikleri mücadeleler sonucunda bazı kazanımlara sahip olmaya başladıkları bir zaman süreci olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla 2000'li yılların ortamını anlamak için tarihte biraz geriye gitmek doğru olacaktır. 1960'lı yılların sonlarına doğru dünyada yükselen ikinci dalga feminizm hareketleri ülkemizde asıl karşılığını 1980'li yıllarda göstermiştir. Bu aralıkta kadınlar özel-kamusal alan ayrımına, şiddete, ayrımcılığa karşı politik itirazlarını somut eylemleriyle sokaklarda göstermeye başlamışlardır.⁵ 1987 yılında kadınlar “Dayağa Karşı Dayanışma Kampanyası” bahsedilen itirazlara örnek gösterilebilir. Bu kampanyanın sebebi, Hâkim Mustafa Durmuş'un şiddete maruz kaldığı için boşanma talebinde bulunan bir kadının bu talebini reddetme gerekçeleri yüzünden ortaya çıkmıştır. Hâkimin karardaki “... Anadolu'da çok dikkatimi çeken bir söz var, karının sırtını sopasız karnını sıpasız bırakmamak gerek derler...” ifadesi kadınların yürüyüşler düzenlemelerine ve birçok tepki göstermelerine neden olmuştur.⁶ Bu kampanyanın sonucunda “Bağır! Herkes duysun” isimli kitap 1988 yılında basılmıştır. Şiddete uğrayan kadınlar için sığınak çalışmalarına hız verilmiş, 1989 yılında Ankara'da Kadın Dayanışma Derneği, 1990 yılında ise Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı kurulmuştur.⁷

1990'lı yıllar aynı zamanda kadın araştırmalarına hız verilen, üniversitelerde kadın araştırma merkezlerinin kurulduğu bir dönemdir. Birçok disip- linden kadın araştırmacılar, kadın sorunlarını yeniden ele alarak incelemele-

⁵ TURAN Meryem / GÜLBAHAR Hülya / ÇAKIR Serpil, **Türkiye'de Kadın Hareketinin Yüzyılı Ajandası 17** Kadın Eserleri Kütüphanesi ve Bilgi Merkezi Vakfı, 2000, s. 104.

⁶ KARAKUŞ Filiz, “6 Kasım 1987: Kitap Fuarı'nda Dayağa Karşı Dayanışma standı”, **Çatlak Zemin**, <https://catlakzemin.com/6-kasim-1987-kitap-fuarinda-dayaga-karsi-dayanisma-standi/>, (Erişim tarihi: 02/04/224).

⁷ MORALIOĞLU, Aylin, “80'li Yıllarda Kadın Hareketi ve Kampanyalar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 25, S. 99, 2012, ss. 291-96.

rini gerçekleştirmişlerdir.⁸ Bu çalışmalarla daha da güçlenen kadın örgütlenmeleri, ilerleyen dönemlerde hukuki kazanımların öncüsü ve itici gücü olacaklardır. Bunun en somut örneği 2002 yılında devrim niteliğinde olan Türk Medeni Kanunu'nun kabul edilmesidir. 1993 yılında kadın örgütleri tam yüz bin imza toplayarak Türk Kanun-u Medenisi'nde kadın-erkek eşitliğine aykırı olan maddelerin değişmesi talebinde bulunmuşlardır.⁹ Kadınlar için evlilik yaşının 15'ten 17'ye çıkarılması, evlilik içinde edinilen malların paylaşılması, oturulacak evin seçiminde söz hakkının sadece erkeğe ait olmaması, kadının erkeğin soyadının yanında kendi soyadını da kullanabilmesi, aile konutu kavramı gibi kadınlar lehine olan birçok yeni değişiklik kabul edilmiştir.¹⁰

Medeni Kanun'un yanı sıra bir diğer önemli hukuki kazanım da 2004 yılında Yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesidir. Bu kanunla birlikte evli-bekâr kadın ayrımı ortadan kalkmış, 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nda bulunan ırza geçme sonucunda evlenme, evlenme vaadiyle kızlık bozma, karı-koca arasındaki kötü muamelenin şikayete bağlı olması gibi ayrımcılık içeren suç maddeleri yeni kanunda kapsama alınmamıştır.¹¹ Hukuki kazanımların elde edildiği zaman diliminde devlet düzeyinde kadınlara ait bakanlıklar ve genel müdürlükler de kurulmuştur. Tüketici olmayan tüm bu örnekler, Cumhuriyet kadını modelinin oluşmasında son derece mühimdir.

II. İSTANBUL SÖZLEŞMESİ'NİN CUMHURİYETİN TEMEL DEĞERLERİ AÇISINDAN ÖNEMİ

Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve İstanbul'da imzaya açıldığı için İstanbul Sözleşmesi olarak da bilinen uluslararası bir insan hakları sözleşmesidir. 11 Mayıs 2011 tarihinde Türkiye sözleşmeyi ilk defa imzalayan ve onaylayan ülke olmuştur. 1 Ağustos 2014 tarihinde ise sözleşme ülkemizde yürürlüğe girmiştir. İstanbul Söz-

⁸ TURAN / GÜLBAHAR / ÇAKIR, *Türkiye'de Kadın Hareketinin Yüzyılı Ajandası*, s. 116.

⁹ A.g.e.

¹⁰ SAYINTA Demet, "1 Ocak 2002 Yeni Medeni Kanun Yürürlüğe Girdi", <https://aramizda.org.tr/1-ocak-2002-yeni-medeni-kanun-yururluge-girdi/>, (Erişim tarihi: 10/04/2024).

¹¹ CENTEL Nur, "Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın", *Polis Dergisi*, S. 44, 2005, ss. 6-11. <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf>, (Erişim tarihi: 20/04/2024).

leşmesi birçok farklı yönüyle uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve diğer uluslararası belgelerden ayrılmaktadır. Sözleşmenin imzalandığı 2011 yılına gelinceye dek dünyadaki birçok ülkede ve ülkemizde kadına karşı şiddetle ciddi ve ısrarlı bir mücadele devam etmiştir. 1990'lı yıllarda ise hem ulusal hem de uluslararası düzeyde hukuki kazanımlar elde edilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda İstanbul Sözleşmesi'nden önce BM 1975-1985 tarihini "Kadının On Yılı" ilan etmiş, kadına karşı şiddete ilişkin birtakım uluslararası normlar belirlenmiştir.¹² 1979 yılında *Kadınlara Yönelik Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi* (CEDAW) hazırlanmış, 1993 yılında *Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi* (DEVAW) ilan edilmiştir.¹³ Bu metinlerde kadına yönelik şiddet tanımlanmış, kadına yönelik şiddetin özel bir şiddet biçimi olarak insan hakkı ihlali oluşturduğu belirtilmiştir. Ayrıca 1995 yılında Pekin Deklarasyonu kabul edilmiştir. 2000 yılında yapılan Pekin+5 BM özel oturumunun sonuç bildirgesi ve eylem kararlarında Türkiye'nin önemli bir etkisi olmuştur: Türkiye heyeti "namus suçları" ve "zorla evlendirme" terimlerinin kadına karşı şiddet kapsamında yer alması gerektiği görüşünü belirtmiş ve ilk defa bu terimler uluslararası bir belgede yerini almıştır.¹⁴

İstanbul Sözleşmesi'ni yukarıdaki belgelerden farklı kılan hususlardan biri, bu sözleşmede kadına yönelik şiddetin yanında, aile içi şiddet ve kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet kavramlarının da tanımlanmış olmasıdır.¹⁵ Ayrıca bu sözleşmenin şiddeti önlemede, mağdurları korumada ve diğer konularda devletlere birtakım yükümlülükler yüklemesi ve denetim organının olması The Group of Independent Experts on Action Against Violence Against Women and Domestic Violence (GREVIO) uluslararası bağlayıcılık unsurunu oluşturmakta ve alanında ilk olma özelliğini sağlamaktadır.¹⁶

¹² ARIKOĞULU ÜNDÜCÜ Cemile, "TBMM'de Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelenin Tarihi", *Alternatif Politika, Toplumsal Cinsiyet Özel Sayısı*, S. 2, 2016, s. 9.

¹³ ÖZKAN Gizem, "Kadına Yönelik Şiddet - Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2017, ss. 533-64.

¹⁴ ANIL Ela / İLKKARACAN Pınar, *Pekin+5: Birleşmiş Milletlerde Kadının İnsan Hakları ve Türkiye'nin Taahhütleri (Kadının İnsan Hakları Projesi-KİHP)*, Yeni Çözümler Vakfı İrtibat Bürosu, 2001.

¹⁵ HAZAL ÇAMURCU, "İstanbul Sözleşmesi: Türkiye'de İç Hukuka Etkisi ve Toplumun Tepkisi", ss. 91-92.

¹⁶ A.g.e.

Yukarıda hakkında kısaca bilgi verilen İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti için anlamı büyüktür. Ülkemizin sözleşmenin imzalanmasında, onayında ve sözleşmenin imzalanmasına kadar geline süreçte ortaya koyduğu çabada bu durum görülebilir. Cumhuriyet'in ilk yıllarında kadın-erkek eşitliğini her alanda uygulama gayesi, İstanbul Sözleşmesi'nde somutlaşmıştır. Kadınlarla erkekler arasında tarihten gelen eşit olmayan güç ilişkileri olduğu kabul edilmiştir.¹⁷ Kadın ve kız çocukları arasındaki ayrım kalkmış, erkekten kadına yönelen her türlü şiddet açıkça tanımlanarak kadın ve kız çocuklarına uygulanan şiddetin üstünün örtülmesi engellenmiştir. Hem kadınların hem de erkeklerin cinsel yönelim, sağlık durumu, etnik kimlik, din açısından eşit muamele görmeleri gerektiğinin ve sözleşmeye taraf devletlerin bunu garanti etmeyi kabul ettiğinin altı çizilmiştir.¹⁸ Cumhuriyet tarihi, bir bakımdan kadınların hak mücadelesinin ve adalet arayışının tarihidir. Adaletsizliğe uğrayan her kadının yasal merciler önünde korunması ve resmi görevlilerin toplumsal cinsiyet algılarının kırılmasında İstanbul Sözleşmesi'ni uygulamaya çalışan kadın ve erkek hukuk aktörlerinin rolü yadsınamaz. Sözleşme, eşitliğin kadının güçlenmesine bağlı olduğu varsayımından hareket ederek, sadece resmi kurumları değil, kadının kamusal alanda içinde bulunabileceği tüm örgütlenmelerin işbirliğine dikkat çekmektedir.¹⁹ Ne var ki, imzalanmasından tam on yıl sonra birtakım sebepler gerekçe gösterilerek 20 Mart 2021 tarihinde hukukiliği tartışmalı bir prosedür ile Türkiye sözleşmeden çekilme kararı almıştır. Kararın kadına karşı şiddetle mücadeleyi ne yönde etkilediği ve cumhuriyetin kazanımlarına vereceği zarar araştırılmalı ve sorgulanmalıdır.

III. İSTANBUL SÖZLEŞMESİ'NİN CUMHURİYETİMİZDEKİ KAZANIMLARI VE UYGULAMASI

2000'li yıllarda kadınların mücadelesiyle birçok kazanım elde edilmişken İstanbul Sözleşmesi'nin 2011 yılında onaylanması sadece kadınları değil, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet mağduru olan tüm bireyleri uluslararası koruma altına almıştır. Özellikle sözleşmenin giriş bölümünde erkeklerin de aile içi şiddetin mağduru olabilecekleri vurgulanmıştır. Bu durumun belki de en acı örneklerini çocuk gelinlerin yanında çocuk damatların da olduğu ül-

¹⁷ Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi), <https://rm.coe.int/1680462545>, (Erişim tarihi: 20/04/2024).

¹⁸ A.g.e.

¹⁹ A.g.e.

kemiz yaşamıştır ve yaşamaya devam etmektedir. Nitekim sözleşmede çocuklar da aile içi şiddete tanık birer şiddet mağduru olarak tanınmaktadır.²⁰

Sözleşme taraf devletleri her türlü şiddet ve ayrımcılığı önleyecek gerekli yasal ve diğer tedbirleri almaya zorladığı için sözleşmenin kabulünün ardından ülkemizde birtakım ulusal kanun hükümleri de kabul edilmiştir. Bunlardan en önemlisi 8 Mart 2012 yılında kabul edilen 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'dur.²¹ Bu kanundan önce 1998 yılında 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun yürürlüğe girmiştir, ancak kanun kadını değil aileyi öncelikli görmüş ve buna göre düzenlemeler içermiştir. 6284 Sayılı kanun ise özel olarak kadın ve kadının uğradığı şiddetle ilgili koruyucu ve önleyici tedbirler, ilgili merkez ve kurumların koordinasyonu gibi hükümleri içermektedir. Kanun aslında İstanbul Sözleşmesi'nin etkin biçimde uygulanmasını sağlamakta ve kolaylaştırıcı bir işlev görmektedir. 18 Ocak 2013 tarihinde de Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği kabul edilmiştir.²²

Yasal tedbir ve düzenlemeler haricinde sözleşmenin belki de en önemli kazanımlarından biri ırk, din, göçmenlik gibi kimlik özelliklerinin yanı sıra "cinsel yönelim" açısından da herhangi bir ayırım yapmanın yasaklanmasıdır. Sözleşmenin dördüncü maddesinde belirtilen²³ bu durumdan dolayı açık bir şekilde yazmasa da LGBTİ+ bireyler açısından da koruyuculuk kabul edilmektedir.²⁴ Söz konusu amaç toplumsal cinsiyet duyarlılığını sağlamak ve eril tahakküme karşı durmak ise, İstanbul Sözleşmesi açısından LGBTİ+ bireylerin hakları ile ayrımcılığa uğrayan kadınların ve diğer bireylerin hakları bütüncül biçimde korunmalıdır.

²⁰ A.g.e.

²¹ ÖZTÜRK Necla, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2017, s. 5.

²² A.g.e.

²³ Madde 4 - Temel haklar, eşitlik ve ayrımcılık yapılmaması: "... Taraflar bu Sözleşme hükümlerinin, özellikle de mağdurların haklarını korumaya yönelik tedbirlerin, cinsiyet, toplumsal cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka tür görüş, ulusal veya sosyal köken, bir ulusal azınlıkla bağlantılı olma, mülk, doğum, cinsel yönelim, toplumsal cinsiyet kimliği, sağlık durumu, engellilik, medeni hal, göçmen veya mülteci statüsü veya başka bir statü gibi, herhangi bir temele dayalı olarak ayrımcılık yapılmaksızın uygulanmasını temin edeceklerdir." Bkz. İstanbul Sözleşmesi, <https://rm.coe.int/1680462545>, (Erişim tarihi: 20/04/2024).

²⁴ ÇAMURCU, "İstanbul Sözleşmesi", s. 83.

İstanbul Sözleşmesi'nin üzerinde durduğu dört ayağı (*four pillars*) olduğu belirtilmektedir: Önleme (*prevention*), koruma (*protection*), kovuşturma (*prosecution*) ve eşgüdümlü politikalar (*co-ordinated policies*).²⁵ Bu bağlamda, şiddet daha oluşmadan önce farkındalık oluşturmak, kız çocuklarının ve kadınların eğitimini sağlamak, toplumsal cinsiyete dayalı kalıp yargılarla mücadele etmek ve şiddetin önlenmesinde erkeklere birtakım roller yüklemek önleme kapsamında yapılması gerekenlerdir. Şiddet gerçekleştirildikten sonra ise sözleşme, korumanın en yüksek düzeyde sağlanması gerektiğini belirtmektedir. Mağdurların hakları konusunda bilgilendirilmesi, 7/24 aktif olan bir ücretsiz iletişim hattının oluşturulması, şiddetin yetkili birimlere bildirilmesi gibi eylemler sayılmaktadır. Kovuşturma ve soruşturmanın ise kesinlikle etkin olması, bu süreçte çocukların ve şiddet mağdurlarının haklarının korunması beklenmektedir.²⁶ Eşgüdümlü politikalar olarak, devletin sivil toplum kuruluşları ile entegre çalışması, şiddeti önleme amacıyla fonların oluşturulması, verilerin tarafsız biçimde toplanması ve analizi gerekmektedir. Tüketici olmayan bu eylemlerin çok boyutlu olduğu ve şiddeti önlemede her kuruluşa ve bireye ciddi sorumluluklar düştüğü anlaşılmaktadır.

Türkiye'de, İstanbul Sözleşmesi kabul edildikten sonra, bütüncül politikalar prensibi gereğince ulusal hukuki düzenlemelerle birlikte yukarıda bahsedilen önleme, koruma, kovuşturma ve eşgüdümlü politika hedeflerinin gerçekleştirilmesi için çalışmalar başlatılmıştır. Çünkü 6284 Sayılı Kanun ve ilgili yönetmeliğin bu dört hedefi kısmen kapsadığı söylenebilir.²⁷ Bu sebeple de daha fazla kadın sığınma evi açmak, Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri (ŞÖNİM) isimli kuruluşların etkinliğini arttırmak, gelişen teknolojiyen yararlanılarak çeşitli uygulamalar geliştirmek, toplumsal cinsiyet farkındalığı eğitimleri düzenlemek öncelikli amaçlar haline gelmiştir. Bunların bir kısmında sivil toplum kuruluşları aktif görev alsa da devlet kurumlarının ne yazık ki daha geride ve yetersiz kaldığı birçok örgüt ve dernek tarafından ifade edilmektedir.²⁸ Sığınma evi politikalarının kadın ve çocukların bütün-

²⁵ "Council Of Europe Convention On Preventing And Combating Violence Against Women And Domestic Violence" (Koninklijke Brill NV), https://doi.org/10.1163/2210-7975_HRD-9953-2014005, (Erişim tarihi: 20/04/2024).

²⁶ A.g.e.

²⁷ ÖZTÜRK Fundanur, "İstanbul Sözleşmesi'nden çıkmak neyi değiştirdi, kadına şiddetle mücadelede iç hukuk yeterli mi?", BBC News Türkçe, 2021, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-56578226>, (Erişim tarihi: 22/04/2024).

²⁸ A.g.e.

cül ve bağımsız bir hayat kurmasına engel olması örnek olarak verilebilir. Ayrıca şiddet olayı yaşandıktan yargılama safhasına gelene kadarki süreçte kolluk görevlilerin kadınlara karşı tutumu toplumsal cinsiyet önyargılarına dayanmaktadır.²⁹ Hukuk mesleğini icra eden hâkim-savcı- avukatların uluslararası belgelerden bihaber olarak yaşanan olayları takip etme ve çözmeye çalışmaları İstanbul Sözleşmesi'nin uygulanmasındaki birtakım eksikliklere ayna tutmaktadır.³⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nezdinde görülen Opuz v. Türkiye davası³¹ ve bu davaya benzer çok sayıda dava, sayılan olumsuzlukların somut hukuki örneği olarak da karşımıza çıkmıştır.

IV. İSTANBUL SÖZLEŞMESİ'NDEN ÇEKİLME VE BU SÜRECİN OLUMSUZ ETKİLERİ

İstanbul Sözleşmesi kabul edildikten sonra çeşitli eleştiri ve itirazlara konu olmuştur. Bu eleştiri ve itirazların incelenmesi sözleşmeden niçin çekilme kararı alındığına dair gerekçelerin bir kısmını ortaya koymaktadır. Ayrıca çekilme kararının kendisinin de hukuki niteliği ve hukuki yerindeliği bahsedilen gerekçelerden farklı olarak incelenmelidir. Dikkat edilmesi gereken, özellikle kadın haklarını ilgilendiren İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme kararının siyasi yönü ile hukuki yönünü ayırt edebilmektir. Her ne kadar bu konuda “özel olan politiktir” şiarı ile hukuk ve politika arasında bir bağlan-tının olduğu kabul edilse de, yapılan tartışmalar açısından meselenin hukuki yönünün ayrıca vurgulanması önem taşımaktadır.

20 Mart 2021 tarihinde saat 02.00'da yayınlanan 31429 Sayılı Resmi Gazete'de, İstanbul Sözleşmesi'nin feshedilmesi hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararı ilan edilmiştir.³² Bu karar hukuken 9 Sayılı Milletlerarası Andlaş-

²⁹ UYGUR Gülriz, **Hukukta Adaletsizliği Görmek**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2020, ss. 141-200.

³⁰ **A.g.e.**

³¹ Bu davada başvuran Nahide Opuz, eşi tarafından defalarca şiddet görmüş, tehdit edilmiş ve ölümle burun buruna gelmiştir. Ancak delil yetersizliği sebebiyle başlatılan birçok soruşturma kovuşturma aşamasına geçememiştir. AİHM kararında Türkiye'de aile içi şiddet olaylarında yargısal sistemin genel edilgenliği ve çoğunlukla kadınları etkileyen saldırılarda bulunanlarca yararlanılan cezadan bağışıklıktan bahsederek kadınlara karşı ayrımcılığı teyit etmiştir. Davanın ayrıntıları için bkz. Opuz v. Turkey, Başvuru Numarası: 33401/02, Karar Tarihi: 09/09/2009, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-92945%22%7D>, (Erişim tarihi: 23/04/2024).

³² “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Karar”, Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/>.

maların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3'üncü maddesine dayandırılmıştır. İlgili madde şu şekildedir: “*Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyeti'ni bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirileri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye, Cumhurbaşkanı kararı ile olur.*”³³ 20 Mart 2021 tarihine gelene kadar sözleşme hakkında yapılan birçok tartışmadan sonra alınan bu karar özellikle feminist çevreler olmak üzere birçok kesimin tepkisiyle karşılaşırken, diğer yandan bazı çevreleri de memnun etmiştir. Kararın ilanından sonra ise bu işleme ilişkin siyasi yerindeliğin yanı sıra usulen hukuki geçerlilik hakkında da birtakım görüşler ileri sürülmüştür.

Öncelikle değinilen hususlardan biri gerçekleştirilen hukuki işlemin “fesih” değil “çekilme” kavramıyla nitelenmesi gerektiğidir. İstanbul Sözleşmesi çok taraflı olduğu için teknik olarak fesih kavramının kullanılmasının hatalı olduğu düşünülmektedir.³⁴ Sözleşme, taraf olan diğer ülkeler bakımından geçerliliğini koruduğu için ülkemiz bakımından ancak hukuken çekilme söz konusu olabilir. Nitekim aynı hata İstanbul Sözleşmesi'nin 80. maddesinde de görülmektedir: Taraf devletlerin her birine sözleşmeyi fesih yetkisi tanınmıştır.³⁵

Hukuki itirazların önemli dayanaklarından biri de cumhurbaşkanı kararı ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırma yapılamayacağını ifade eden Anayasa'nın 104'üncü maddesidir. Çünkü cumhurbaşkanlığı kararı cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanıyorsa anılan 9 Sayılı cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasaya uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir.³⁶ Anayasanın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir:

³³ ŞİRİN Tolga / ORCAN Necdet Umut, “Uluslararası Sözleşmelerden Çekilmenin Anayasal Esasları ve Başlıca Tartışmalar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 13, S. 50, 2022, s. 261.

³⁴ GÖZLER Kemal, “Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı?” *İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Üzerine Eleştiriler*, 2021, <http://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm>, (Erişim tarihi: 22/04/2024).

³⁵ (İstanbul Sözleşmesi), <https://rm.coe.int/1680462545>, (Erişim tarihi: 20/04/2024).

³⁶ Gözler, “Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı?”.

*“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir”.*³⁷

Bu durumda uluslararası andlaşmaları onaylama yetkisini Cumhurbaşkanına veren kararname anayasaya aykırı olmaktadır. Çünkü uluslararası andlaşmaları onaylanması yürütmeye değil yasama alanına ilişkin bir sorundur. Onaylamayı uygun bulma kanununu çıkartmaya yetkisi olan makam da Türkiye Büyük Millet Meclisi’dir.³⁸ Aslında tartışmanın ana odak noktası, iç hukukumuz bakımından uluslararası sözleşmelerin onaylanıp yürürlüğe girmesi ile ilgili anayasada açık hükümler bulunmasına rağmen çekilme konusunda “anayasal sessizlik”in bulunmasıdır.³⁹ Bununla birlikte baskın görüş, İstanbul Sözleşmesi açısından bu metnin yürürlüğe girmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin çıkardığı bir onaylamayı uygun bulma kanununa dayanıyorsa, sona erdirilmesi bakımından da yetkide ve usulde paralellik ilkesi gereği kanun olmaksızın sadece cumhurbaşkanı kararı ile çekilmenin hukuken mümkün olmadığı yönündedir.⁴⁰

İlerleyen süreçte İstanbul Sözleşmesi’nden çekilmeye ilişkin cumhurbaşkanı kararına karşı Danıştay’da, 19/03/2021 tarih ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararının iptali ve yürütülmesinin durdurulması ile bu kararın dayanağı olan 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirme*” ibaresinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmesi istemli

³⁷ A.g.e.

³⁸ A.g.e.

³⁹ Anayasal sessizlik kavramı ve kavramın ayrıntıları ilgili eserde kullanılmıştır, bkz. ŞİRİN / ORCAN, “Uluslararası Sözleşmelerden Çekilmenin Anayasal Esasları ve Başlıca Tartışmalar”, s. 265.

⁴⁰ A.g.e., GÖZLER, “Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı?”.

bir iptal davası açılmıştır. Danıştay 10. Dairesi, 29 Haziran 2021’de yürütmenin durdurulması istemini oy çokluğuyla reddetmiş, bu karara yapılan temyiz başvurusunun da 18 Kasım 2021’de Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından reddine karar verilmiştir.⁴¹ Türkiye Kadın Dernekleri Federasyonu Başkanı Canan Güllü, karara tepki göstererek bundan sonraki aşamanın Anayasa Mahkemesi ve oradan da sonuç alamazlarsa AİHM olacağını ifade etmiştir.⁴² Kararda muhalefet şerhi düşen iki Danıştay üyesi, Anayasa m.90/5 gereğince temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bu durumun da yine Anayasa m.104/17’de belirtildiği gibi çekilmenin yürütmeye ilişkin olmadığı için cumhurbaşkanı kararı ile düzenlenemeyeceği yönünde görüş bildirmiştir.⁴³ Danıştay kararı ve sonrasında hükümet, iç hukukumuzda kabul edilen 6284 Sayılı kanunun şiddeti önlemede yeterli olduğu ve İstanbul Sözleşmesi’nin ek bir koruma getirmediği şeklinde açıklamalar yapmıştır. Ancak anılan kanunun birinci maddesinde İstanbul Sözleşmesi’ne dayanıldığı yazmakta, sözleşmenin kapsamının kanundan daha geniş olduğu bilinmektedir.⁴⁴ Bugün gelinen aşamada devam eden süreç, 19 Temmuz 2022’de Danıştay 10’uncu Dairesi’nin Sözleşme’den çekilme kararına karşı açılan davaları, Danıştay savcıları ve tetkik hâkiminin çekilme kararının hukuksuz olduğu ve iptalinin gerektiği yönünde görüş bildirmesine rağmen, 2’ye karşı 3 oyla reddetmesiyle sonuçlanmıştır. Ardından, Türk Tabipleri Birliği (TTB), Danıştay 10. Dairesi’nin kararı ile ilgili 30 Ağustos 2022 günü Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’na temyiz başvurusunda bulunmuştur. Ancak Kurul, TTB’nin temyiz başvurusunu oyçokluğu ile reddetmiş ve Danıştay 10. Dairesi’nin kararını onamıştır.⁴⁵

⁴¹ YÜCE Müzeyyen, “Danıştay İstanbul Sözleşmesi davalarını reddetti: Şimdi ne olacak?”, <https://www.gazeteduvar.com.tr/danistay-istanbul-sozlesmesi-davalarini-reddetti-simdi-ne-olacak-haber-1573962>, (Erişim tarihi: 25/04/2024).

⁴² “İstanbul Sözleşmesi’nden çekilme kararı onandı”, <https://www.dw.com/tr/i%CC%87istanbul-s%C3%B6zle%C5%9Fmesinden-%C3%A7ekilme-karar%C4%B1-onand%C4%B1/a-64266241>, (Erişim tarihi: 25/04/2024).

⁴³ TÜRME Rıza, “İstanbul Sözleşmesi: Danıştay kararı ve sonrası”, T24, <https://t24.com.tr/yazarlar/riza-turmen/istanbul-sozlesmesi-danistay-karari-ve-sonrasi,36106>, (Erişim tarihi: 25/04/2024).

⁴⁴ A.g.e.

⁴⁵ Süreç hakkında daha fazla bilgi ve ilgili karar için bakınız: Türk Tabipleri Birliği, “İstanbul Sözleşmesi’nin İptalinin Reddine İlişkin Danıştay Kararı Hakkında TTB’nin Yaptığı Temyiz Başvurusu Oyçokluğu ile Reddedildi”, https://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=46ef2304-d871-11ed-8b9f-aeda398f23fe (Erişim Tarihi: 25/04/2024).

SONUÇ

Kadınların tarih boyunca özellikle özel alanda erkeklere oranla daha fazla şiddete maruz kalması, erkeklerin kadınlar üzerindeki tahakkümlerini sürdürmek istemelerinden kaynaklanır. Savaşlar ve sanayi devrimi gibi bazı ekonomik ve sosyal olayların sonucunda kadınlar lehine dikkat çekici gelişmeler ortaya çıkmıştır. Arka arkaya farklı ülkelerde ortaya çıkan feminist akımlar, baskı altında kalan diğer gruplarla dayanışma içinde olmuşlardır. Bu gelişmeler eninde sonunda hukuk alanında da kendini göstermeye başlamıştır. İstanbul Sözleşmesi belki de en önemlilerindendir. Kadına yönelik şiddeti önlemek konusunda en kapsamlı ve bağlayıcılığı olan ilk uluslararası belgedir. Hem kadınları, hem aile içinde varsa şiddet gören erkeklere, hem de baskı altında olan bir diğer grup LGBTİ+ çatısında toplananların şiddet, ayrımcılık görmesi karşısında koruyan bir metin hazırlanmıştır. Bu metnin insan hakları ve Cumhuriyet tarihinde kadın-erkek eşitliğini sağlamak açısından ilerici olduğunu belirtmek doğru olur. İmzalandığı ve onaylandığı tarihte Türkiye'nin İstanbul şehrinde gerçekleşmesinden gurur duyulan bir hukuki gelişme iken eleştiri oklarının hedefi haline gelmiştir.

Sözleşme imzalandığında hiçbir çekince konulmamasına ve sözleşmeye uygun hukuki düzenlemeler yapılmasına karşın, özellikle muhafazakâr çevreler sözleşmeye karşı seslerini yükseltmeye başlamışlardır. Siyasi pazarlıklara da konu olduğu anlaşılan aykırı sesler baskın gelince, bir gece yarısı Türkiye sözleşmeden Cumhurbaşkanlığı Kararı'yla çekildiğini ilan etmiş bulunmaktadır. Bundan sonraki süreçte kadın cinayetlerinin arttığı tespit edilmiş, kadınlar daha korumasız hale gelmiştir. Ancak sözleşmenin yürürlükte olduğu süre zarfında iddia edildiği gibi Türkiye'de aile kurumunun zayıfladığını ve LGBTİ+ topluluğunun arttığına ilişkin bir veri bulunmamaktadır. Kadının, erkeğin, çocuğun şiddete maruz kalmasını önlemek için yapılacak her türlü sosyal, ekonomik, fiziki ve hukuki düzenlemenin yanında olmanın doğru olacağı düşünülmelidir. Ülkemizde yürürlükte bulunan 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un birinci maddesinin ikinci fıkrasının a bendinde, kanunun uygulanmasında İstanbul Sözleşmesi'nin esas alındığı yazmaktadır.⁴⁶ Ancak sözleşmeden çekildikten sonra bu

⁴⁶ Madde (2): “Bu Kanunun uygulanmasında ve gereken hizmetlerin sunulmasında aşağıdaki temel ilkelere uyulur: a) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemeler esas alınır.” Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6284.pdf>, (Erişim tarihi: 23/04/2024).

kanun da dayanaksız kalmıştır ve bu durumun şiddete uğrayan bireyler açısından hukuken sakıncalı olduğu bilinmelidir.

İstanbul Sözleşmesi'nde ısrar edilmelidir. “*Sözleşme zaten uygulanmıyordu, o yüzden çıkmak çok da bir şey değiştirmez.*” görüşünün yanlış ve yanıltıcı olduğu bilinmelidir. Uygulamadaki sorunlara rağmen kadınlar için sözleşme hayati öneme sahiptir. Çünkü kadına yönelik şiddetle mücadelede devletin sorumluluklarını hatırlatmakta, mücadelenin başarıya ulaşması için atılması gereken adımları tarif etmektedir.⁴⁷ Kadın- erkek eşitliğinin sağlanması için mücadelede etkin rol alan kadın örgütlerinin ve şiddetten uzaklaşma mücadelesi verirken haklarına erişmeye çalışan kadınların kullanabilecekleri önemli bir referans oluşturmaktadır. İstanbul Sözleşmesi'nde, devletin her alanda toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlama, şiddeti önleme, kadınları şiddete karşı koruma ve failleri cezalandırma gibi yükümlülükleri belirlendiği için ısrar edilmelidir. Bunun yanında sözleşmede, şiddetin kaynağı olan toplumsal cinsiyet eşitsizliği ile mücadele merkeze alındığı için, ülke çapında kadına yönelik şiddetle mücadelede kurumlar arasında gerekli koordinasyon kurulduğu için ısrar edilmelidir.⁴⁸ Son olarak Cumhuriyet'in yüzüncü yılında Atatürk'ün şu sözü hatırlanmalıdır.

“Ey kahraman Türk kadını! Sen yerde sürüklenmeye değil, omuzlar üzerinde göklere yükselmeye layıksın.”

⁴⁷ “Neden İstanbul Sözleşmesi'nde İsrar Etmeliyiz?” <https://morcati.org.tr/istanbul-sozlesmesi/neden-istanbul-sozlesmesindeisrarediyoruz/#:~:text=%C4%B0stanbul%20S%C3%B6zleşme%20Sözleşmesi'nde%20devlete%20her,y%C3%BCK%C3%BCml%C3%BCl%C3%BCKl erini%20verdi%C4%9Fi%20i%C3%A7in%20%C4%B1srar%20ediyoruz.,> (Erişim tarihi: 23/04/2024).

⁴⁸ A.g.e.

KAYNAKÇA

- ANIL Ela / İLKKARACAN Pınar, **Pekin+5: Birleşmiş Milletlerde Kadının İnsan Hakları ve Türkiye'nin Taahhütleri (Kadının İnsan Hakları Projesi-KİHP)**, Yeni Çözümler Vakfı İrtibat Bürosu, 2001.
- ARIKOĞULU ÜNDÜCÜ Cemile, "TBMM'de Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelenin Tarihi", **Alternatif Politika Toplumsal Cinsiyet Özel Sayısı**, S. 2, 2016, ss. 1-21.
- CENTEL Nur, "Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın", **Polis Dergisi**, S. 44, 2005, ss. 1-16, <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf>, (Erişim tarihi: 20/04/2024).
- "Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence" (Koninklijke Brill NV), https://doi.org/10.1163/2210-7975_HRD-9953-2014005, (Erişim tarihi: 20/04/2024).
- ÇAMURCU Meryem Hazal, "İstanbul Sözleşmesi: Türkiye'de İç Hukuka Etkisi ve Toplumun Tepkisi", **Ankara Barosu Dergisi**, C. 79, S. 4, 2021, ss. 63-106.
- GÖZLER Kemal, "Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı?" **İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı Üzerine Eleştiriler**, 2021, <http://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm>, (Erişim tarihi: 22/04/2024).
- <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6284.pdf>, (Erişim tarihi: 23/04/2024).
- İstanbul Sözleşmesi, <https://rm.coe.int/1680462545>, (Erişim tarihi: 20/04/2024).
- "İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme kararı onandı", <https://www.dw.com/tr/i%CC%87stanbul-s%C3%B6zle%C5%9Fmesinden-%C3%A7ekilme-karar%C4%B1-onand%C4%B1/a-64266241>, (Erişim tarihi: 25/04/2024).
- "Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Karar", Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/>
- Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi), <https://rm.coe.int/1680462545>, (Erişim tarihi: 20/04/2024).
- KARAKUŞ Filiz, "6 Kasım 1987: Kitap Fuarı'nda Dayığa Karşı Dayanışma standı", **Çatlak Zemin**, <https://catlakzemin.com/6-kasim-1987-kitap-fuarinda-dayaga-karsi-dayanisma-standi/>, (Erişim tarihi: 02/04/224).
- MORALIOĞLU Aylin, "80'li Yıllarda Kadın Hareketi ve Kampanyalar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 25, S. 99, 2012, ss. 291-96.
- MOROĞLU Nazan, "Cumhuriyetimizin 100 Yılında Eşitlik, Demokrasi ve Kadının İnsan Hakları", <https://nazanmoroglu.com/cumhuriyetimizin-100-yilinda-esitlik-demokrasi-ve-kadının-insan-haklari/>, (Erişim Tarihi: 26.04.2024).
- "Neden İstanbul Sözleşmesi'nde İsrar Etmeliyiz?" <https://morcati.org.tr/istanbul-sozlesmesi/neden-istanbulsozlesmesindeisrarediyoruz/#:~:text=%C4%B0stanbul%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi'nde%2C%20devlete%20her,y%C3%BCK%C3%BCml%C3%BCl%C3%BCklerini%20verdi%C4%9Fi%20i%C3%A7in%20%C4%B1srar%20ediyoruz>, (Erişim tarihi: 23/04/2024).

- Opuz v. Turkey, Başvuru Numarası: 33401/02, Karar Tarihi: 09/09/2009, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-92945%22%7D>, (Erişim tarihi: 23/04/2024).
- ÖZKAN Gizem, “Kadına Yönelik Şiddet - Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2017, ss. 533-64.
- ÖZTÜRK Fundanur, “İstanbul Sözleşmesi’nden çıkmak neyi değiştirdi, kadına şiddetle mücadelede iç hukuk yeterli mi?”, BBC News Türkçe, 2021, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-56578226>, (Erişim tarihi: 22/04/2024).
- ÖZTÜRK Necla, “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2017, ss. 1-32.
- SAYINTA Demet, “1 Ocak 2002 Yeni Medeni Kanun Yürürlüğe Girdi”, <https://aramizda.org.tr/1-ocak-2002-yeni-medeni-kanun-yururluge-girdi/>, (Erişim tarihi: 10/04/2024).
- ŞİRİN Tolga / ORCAN Necdet Umut, “Uluslararası Sözleşmelerden Çekilmenin Anayasal Esasları ve Başlıca Tartışmalar”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 13, S. 50, 2022, ss. 241-78.
- TURAN Meryem / GÜLBAHAR Hülya / ÇAKIR Serpil, **Türkiye’de Kadın Hareketinin Yüzyılı Ajandası 17**, Kadın Eserleri Kütüphanesi ve Bilgi Merkezi Vakfı, 2000.
- TÜRMEN Rıza, “İstanbul Sözleşmesi: Danıştay kararı ve sonrası”, T24, <https://t24.com.tr/yazarlar/riza-turmen/istanbul-sozlesmesi-danistay-karari-ve-sonrasi,36106>, (Erişim tarihi: 25/04/2024).
- UYGUR Gülriz, **Hukukta Adaletsizliği Görmek**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2020.
- YÜCE Müzeyyen, “Danıştay İstanbul Sözleşmesi davalarını reddetti: Şimdi ne olacak?”, <https://www.gazeteduvar.com.tr/danistay-istanbul-sozlesmesi-davalarini-reddetti-simdi-ne-olacak-haber-1573962>, (Erişim tarihi: 25/04/2024).

İKİ CUMHURİYETİN DÖNÜŞÜMÜ ÜZERİNE BİR KARŞILAŞTIRMA: ALMANYA VE TÜRKİYE^(*)

Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN^(**)

Öz: Bu çalışmada Almanya ve Türkiye’de cumhuriyet kavramının zaman içerisinde nasıl dönüştüğünü tarihsel arka planlarını da ele alarak aktarmak amaçlanmıştır. I. Dünya Savaşı’ndan yenilgi ile çıkan iki monarşinin cumhuriyete dönüşmesi karşılaştırılmaktadır. Weimar Cumhuriyeti’nin daha başından itibaren çok partili siyasi hayata geçmesi ve Türkiye Cumhuriyeti’nde bunun daha geç gerçekleşmesinin her iki cumhuriyet üzerindeki etkileri tartışılacaktır. Bu çerçevede cumhuriyetlerin dönüşümü, farklı cumhuriyet denemeleri irdelenerek Cumhuriyetlere gelen darbelerle oluşan kesintiler analiz edilecektir. Nihayet meselenin cumhuriyetin nitelikleri üzerinde yoğunlaştığı gözetilerek her iki ülkenin süreç içerisinde cumhuriyeti nasıl nitelendirdikleri incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Cumhuriyet, Weimar Cumhuriyeti, Siyasi Partiler, Cumhuriyetin Nitelikleri.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 17.04.2024- Makale Kabul Tarihi: 23.05.2024.

İlgili eser Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cumhuriyetin 100. Yılı Etkinlikleri kapsamında, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı tarafından düzenlenen “*Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Açısından Cumhuriyetin 100. Yılı*” başlıklı sempozyumda sunulmuştur.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: bgungoren@gsu.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-4756-3666>.

A COMPARISON OF THE TRANSFORMATION OF TWO REPUBLICS: GERMANY AND TURKEY

Abstract: In this article, it is aimed to convey how the concept of republic has transformed in Germany and Turkey over time, taking into account their historical backgrounds. The transformation of two monarchies that emerged from World War I with defeat into republics is compared. The effects of the Weimar Republic's transition to multi-party political life from the very beginning and the later realisation of this in the Republic of Turkey on both republics will be discussed. In this framework, the transformation of republics, different republican experiments will be analysed and the interruptions caused by coups d'Etats will be analysed. Finally, considering that the issue centres on the qualities of the republic, how both countries have characterised the republic in the process will be examined.

Keywords: Republic, Weimar Republic, Political Parties, The Qualities of the Republic.

GİRİŞ

Bu çalışmada sadece Almanya ve Türkiye'nin bugünkü cumhuriyet algısı değil, her iki cumhuriyetin kendi içerisindeki dönüşümüne yer verilmek istenmektedir. Her iki cumhuriyet I. Dünya Savaşı'nda yenik düşen monarşilerin sonrasında ortaya çıkmıştır. Hatta Weimar cumhuriyeti olarak anılmasının nedeni de tıpkı İstanbul yerine Ankara'nın seçilmesi gibi Berlin yerine Weimar gibi daha küçük bir şehir seçilmesinden kaynaklanmaktaydı.¹ Weimar, Goethe ve Schiller'in ünlendiği şehir olarak ön plana çıkmaktaydı. Weimar Cumhuriyeti 1919'da kurulan Almanya'nın ilk cumhuriyeti olma özelliğini taşımaktadır. Osmanlı'dan itibaren kurulan ilişkiler² Weimar döneminde güçlenmiş, 3 Mart 1924'te Ankara'da Dostluk Anlaşması imzalanmıştır. 1924'te kurulan olumlu ilişkilerin Hitler döneminde daha temkinli ilişkilere geçildiği söylenebilir.³

Weimar ve Ankara'da ortaya çıkan ilk cumhuriyetlerin arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Önce Weimar Cumhuriyeti ele alınarak Weimar dönemindeki çok partili yapı incelenecektir. Daha sonra Ankara'da kurulan cumhuriyete ilişkin bazı bilgiler aktarılacaktır. Osmanlı'da parlamenter bir gelenek ve siyasi partiler oluşmuşsa da Cumhuriyetin ilk yılları ve tek partinin ağırlıkta olduğu dönem ele alınacaktır. İkinci bölümde Weimar Cumhuriyeti'nde çok partili ve Türkiye'de tek partili yapının yeni kurulan cumhuriyetlere etkisi incelenecektir. Üçüncü bölümde cumhuriyete ilişkin kesintiler ve Weimar cumhuriyeti Hitler iktidarı ile sona erdikten sonra kurulan cumhuriyetlerin yapısı kısaca ele alınacaktır. Türkiye'de ikinci, üçüncü hatta dördüncü cumhuriyet tartışmaları üzerinde durulacaktır. Son olarak Almanya ve Türkiye örneğinden hareketle cumhuriyetlerin nasıl nitelendirildiği meselesi Anayasaları incelenerek değerlendirilecektir.

¹ TENBROCK Robert Hermann, **Geschichte Deutschlands**, Max Huber Verlag, München, 1965, s. 253.

² Osmanlı döneminde Alman etkisi için bkz. ORTAYLI İlber, **Osmanlı İmparatorluğu'nda Alman Nüfuzu**, Kronik Kitap, İstanbul, 2018.

³ Hitler döneminin başlarında iyi ilişkiler kurulmuş olsa da daha sonra temkinli bir süreç girilmiş. Özellikle 1961'de Türkiye'den Almanya'ya işçi göçü ile çok daha güçlü bağların kurulduğu iki ülkenin ticari ve siyasi ilişkileri önemli olsa da konumuzun kapsamı dışındadır.

I. KAYBEDENLERİN KURDUĞU CUMHURİYETLER: WEİMAR/ANKARA

A. Weimar Cumhuriyeti Nasıl Kuruldu?

Weimar Cumhuriyeti Almanya'nın ilk cumhuriyeti olma özelliğini taşımaktadır. Birçok partinin temsil edildiği bir parlamento beraberinde siyasi istikrarsızlıklar da getirebiliyordu. I. Dünya Savaşı'nın sonunda 1918'de Hindenburg ve Ludendorff çatışmalarına son verilmesini ve parlamenter monarşinin tesisini talep etmişlerdir.⁴ Ancak II. Wilhelm Hollanda'ya kaçmış ve cumhuriyetin kuruluşunun zemini hazırlanmıştır. Hatta henüz resmi ilga gerçekleşmediği için Friedrich Ebert imparatorluk başbakanı Bade tarafından görevi devralmıştır. Başbakan Scheidemann, 9 Kasım 1918'de, Reichstag'ın merdiveninden artık bir cumhuriyet olacağını ilan etmiştir. Sosyal demokratların başını çeken Friedrich Ebert ve anayasanın hazırlanmasında Hugo Preuss dönemin önemli isimleridir.⁵ Preuss, Almanya'nın yeni anayasasının cumhuriyetçi olacağını 1919'da bir röportajda dile getirir.⁶ Ayrıca Alman cumhurbaşkanının Fransız ve Amerikan cumhurbaşkanlarına benzer ama ikisinin ortasında bir pozisyonu olduğunu söylemektedir.⁷ Almanya'da SPD 1869'lardan itibaren var olan bir partidir ve bir nevi iktidarı devralan parti niteliğinde olmuştur.⁸

Versay Antlaşması ile güçsüzleşen Almanya, Fransa ile uzlaşmanın yollarını aramaktaydı. Wesel, Versay Antlaşması'nın çok katı olduğundan söz etmektedir. Yüksek miktardaki tazminatlar Alman ekonomisinin güçlenmesini engellemekte ve siyasi ortamı huzursuz etmekteydi.⁹ 1923'te enflasyonun çok yükselmesinden sonra bir ölçüde normalleşen ekonomi, 1929'daki dünya ekonomik krizinden sonra tekrar büyük işsizliklerle karşılaşmaktaydı.¹⁰ 1923'te Weimar Cumhuriyeti'ni olumsuz etkileyen hiperenflasyon çoğu zayıf sanayi şirketlerini yok olmaya zorladı ve geriye kalanlar 1924'ten itibaren

⁴ TENBROCK, s. 251.

⁵ TENBROCK, s. 253.

⁶ Dİ FABRİO Udo, *Die Weimarer Verfassung. Aufbruch und Scheitern*, C.H. Beck, München, 2018 s. 71.

⁷ Dİ FABRİO, s. 71.

⁸ YILMAZ Nihat, "Weimar Dönemi ve Öncesinde Meydana Gelen Siyasi Çekişmeler ve Ekonomik Krizlerin Alman Sosyal Demokrat Partisi Bağlamında Genel Bir Değerlendirmesi", *Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: XV, Sayı: 1, 2013, s. 79.

⁹ WESEL Uwe, *Geschichte des Rechts in Europa*, C.H. Beck, 2010, s. 540.

¹⁰ WESEL, s. 542.

ulaşılabılır olan Amerikan yatırımını donanım ve modernizasyon için kullandılar.¹¹ 1925'te Weimar Cumhuriyeti'nin ilk cumhurbaşkanı Friedrich Ebert¹² öldükten sonra, onun yerine Wilhelm Marx değil de, aslında Weimar cumhuriyetinin karşıtı sayılabilecek Hindenburg seçilmiştir.¹³ Aslında Hindenburg'un Weimar cumhuriyeti karşıtları tarafından desteklendiği iddiası da gündemdedir.

Almanya'nın ilk cumhuriyeti birçokları tarafından en ilerici demokrasi olarak görülen bir anayasa üzerine kuruluydu ancak Müller'e göre Weimar aynı zamanda "demokratlardan yoksun bir demokrasiydi" ve anayasanın en demokratik hükümleri sonunda demokrasinin düşmanları tarafından kötüye kullanılmıştır.¹⁴ Weimar Anayasası'nda çok partili yapısına rağmen "demokratik" ifadesi yer almamaktadır.¹⁵ Almanya'nın ilk cumhuriyeti Türkiye Cumhuriyeti'nden dört yıl önce 1919'da kurulduysa da, cumhuriyet 1933'te Hitler'in iktidara gelişiyle son buldu.

B. Ankara Hükümeti

Türkiye'de Almanya'dakinden farklı olarak 1. Dünya Savaşı yenilgisinden sonra işgal süreci gerçekleşmiş ve İstiklal Savaşı cumhuriyetin kuruluşunu bu süreci yürüten ve bağımsızlık mücadelesi veren kadrolarla gerçekleştirmiştir. Bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşu Almanya'ya göre biraz daha geçtir. Ankara Hükümeti ve İstanbul Hükümeti arasında bir süre yaşanan gerilim, ulusal kurtuluş mücadelesinden kaynaklanan bir destekle Ankara'da kurulan Meclis'in zaferi ile sonuçlanmıştır. Weimar gibi Ankara'nın seçilme nedeni hem başkentin işgal altında oluşu, hem de İstanbul'un saltanat ile özdeşleşmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca stratejik olarak bulundukları konum da önemlidir. 1923'te Atatürk Reis-i Cumhur olarak ilan edilse de, 1922'de saltanatın kaldırılmasından sonra hilafet bir süre daha devam etmiştir. Ancak 3-4 Mart 1924 tarihine kadar devam eden hilafet çok kısa bir süre de olsa Cumhuriyet ile bir arada var olmuştur. Sultan Vahdettin 15 Kasım 1922'de ülkeden ayrılmış ve 3-4 Mart 1924'te hila-

¹¹ LEE Stephen J., *Avrupa Tarihinden Kesitler*, Dost Yayınları, Ankara, 2004, s. 226.

¹² Ebert, 1913'te ölen Bebel'in ardıdır (MANN Golo, *Deutsche Geschichte des 19. Und 20. Jahrhunderts*, S. Fischer, Frankfurt am Main, 1992s. 534).

¹³ TENBROCK, s. 263.

¹⁴ MÜLLER Jan-Werner, *Anayasal Yurtseverlik*, Dost Yayınları, Ankara, 2012, s. 28.

¹⁵ GUSY Christoph, *100 Jahre Weimarer Verfassung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, s. 13.

fetin kaldırılması ile hanedan ülke dışına çıkarılmıştır.¹⁶ Böylelikle saltanatın tekrar canlanması tehlikesi bertaraf edilmiştir.¹⁷

Mazhar Müfid (Kansu) Atatürk'ün kendisine cumhuriyet fikrini¹⁸ 1919 yazında söylediğini belirtir.¹⁹ 1923 Taslağı'nın Cumhuriyet'in öngörüldüğü ilk maddesindeki "halk devleti" vurgusu ilgi çekicidir. Buna göre "Türkiye - cumhuriyet usulü ile idare olunur- bir halk devletidir".²⁰ Mustafa Kemal'in "Türkiye Halk Hükümeti" terimini kullandığı ve kurulacak partinin de "Halk Fırkası" adını taşıyacağı unutulmamalıdır.²¹

1923 Meclisi'nde uzun tartışmalardan sonra cumhuriyet rejimine evet demişlerdir.²² Meclisteki tartışmaları sonlandıran en yaşlı üye Abdurrahman Şeref'in "Doğmakta olan çocuğun adını koymaktan mı korkuyoruz? Kim ne derse desin bunun adı Cumhuriyettir" sözünün etkisinin güçlü olduğu ifade edilmektedir.²³ 29 Ekim 1923'te TBMM rejiminden Türkiye Cumhuriyeti rejimine geçilmiştir.²⁴ Gerek çıkan ayaklanmalar gerekse başarısız demokrasi denemeleri (Terrakiperver Cumhuriyet Fırkası ve Serbest Cumhuriyet Fırkası) laik bir cumhuriyet rejiminin oturması için çok zaman geçmesi gerektiğini göstermektedir.²⁵ Cumhuriyet ve demokrasi ilişkisi²⁶ konusu çok önemli olmakla birlikte bu çalışmada cumhuriyet ve siyasi partiler ilişkisi üzerinde durulacaktır. Kılıçbay, cumhuriyeti tanımlarken "Partiler varsa cumhuriyet vardır yoksa yoktur" sözünü Maurras'tan alıntılar.²⁷

¹⁶ ORTAYLI İlber, **Teşkilat ve İdare Tarihi**, Kronik Kitap, İstanbul, 2021, s. 151.

¹⁷ Hanedanın yaşadığı zorluklar ile ilgili olarak bkz. BARDAKÇI Murat, **Son Osmanlılar**, Turkuvaz Kitap, 2021.

¹⁸ Atatürk ve Cumhuriyet fikri için bkz. ERDOĞRU M. Akif, "Mustafa Kemal Atatürk ve Cumhuriyet Fikri", **Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi**, sayı: 43, 1999, ss. 219-228.

¹⁹ ORTAYLI İlber, **Gazi Mustafa Kemal Atatürk**, Kronik Kitap, İstanbul, 2018, s. 285.

²⁰ ÇELİK Demirhan Burak, **Kurucu İktidar-Hükümet Sistemi-Vatandaşlık ve İdari Yapılanma Tartışması Çerçeve'sinde 1924 Anayasa Yapım Süreci**, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 80.

²¹ ÇELİK, s. 80.

²² ORTAYLI, 2018, s. 289.

²³ BERKES Niyazi, **Türkiye'de Çağdaşlaşma**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1973, s. 430.

²⁴ AKIN Rıdvan, **Türkiye'nin Siyasal Gelişmeleri (1876-1923)**, Nora, 2022, s. 283.

²⁵ ORTAYLI, 2018, s. 289.

²⁶ İngiltere gibi örnekler cumhuriyet olmadan da demokrasinin var olabileceğini bize göstermektedir (GÖZLER, "Cumhuriyet ve Monarşi", **Türkiye Günlüğü**, Sayı 53, Kasım-Aralık 1998, s. 27-34; www.anayasa.gen.tr/cumhuriyet.htm; 1.5.2004); Cumhuriyet demokrasi ilişkisi için bkz. REYHANİ Nebil, "Demokrasinin Endeksi Var Da Cumhuriyetin Neden Yok?", **Cumhuriyet Fikri**, Der. Güçlü Ateşoğlu & Kurtul Gülenç, Ayrıntı Yayınları, 2023, ss. 19-31.

²⁷ KILIÇBAY Mehmet Ali, **Cumhuriyet ya da Birey Olmak**, İmge Yayınları, İstanbul, 1991, s. 16.

II. ÇOK PARTİLİ SİSTEME GEÇİŞ SÜRECİ

Cumhuriyet kapsamında çok partililik meselesine bir bölüm ayırma gerekliliği Weimar Cumhuriyeti'nin partiler arası çatışma nedeniyle son erdiği iddiası ve yine kurucu partiden farklı bir partinin iktidarı ele geçirdikten sonra onu ortadan kaldırması nedeniyledir.

A. Weimar'da Çok Partili Sistem

Weimar cumhuriyeti mutlak çoğunluğu elde edemeyen partiler nedeniyle bir “siyasi parti devleti” olmuştu.²⁸ Gay, Cumhuriyetin 9 Kasım 1918'de sosyalist Philip Scheidemann tarafından Karl Liebknecht'in Sovyet Cumhuriyeti önlemesine yönelik olduğunu belirtir.²⁹ Yani Cumhuriyetin sadece monarşistlere değil aynı zamanda Spartakistlere karşı da yöneldiği görülmektedir.

1918 boyunca Alman silahlı kuvvetlerinde tekrarlanan isyanlar, 1918'de Kiel'de donanma kışlasında patlak veren isyan, kuzey kesimlerden Berlin'e yayınlan denizci, asker ve işçi konseylerinin oluşumunu tetiklemiştir.³⁰ Ocak 1919'da Berlin'de “Spartakist Günler” olarak tanımlanan bir isyan çıkmıştır. Rosa Luxemburg ve Karl Liebknecht, 15 Ocak 1919'da Bavyera Başbakanı da 21 Şubat'ta öldürülmüştür. 1919 Nisan ayında Bavyeralı solcular bir ay sürecek bir Sovyet Cumhuriyeti kurmuşlardır.³¹ Daha sonra Bavyera Sovyet Cumhuriyeti³² ile en ufak bir bağı olduğu tespit edilen herkes sert bir şekilde cezalandırılmıştır.³³

1920'de gerçekleştirilen Berlin'deki genel bir grev, sağcı bir gazeteci olan Wolfgang Kapp liderliğindeki darbe girişimini durdurmuştur.³⁴ 1920'deki Kapp darbesi General Lüttwitz'in, Kapp'ı “Vaterlandspartei”ni kurucusunu başbakan ilan etmesi ile büyük bir tehlike atlattır.³⁵ Kapp, 1917'de Amiral Tirpitz ile birlikte “Anayurt Partisi”ni (Vaterlandspartei)

²⁸ TENBROCK, s. 254-255.

²⁹ GAY Peter, *Weimar Kültürü*, İletişim yayınları, İstanbul, 2001, s. 30.

³⁰ RENTON David, *Faşizm Tarihi ve Teorisi*, çev. Meral Kasap Harzem, Nora Yayınları, İstanbul, 2021. s. 24.

³¹ RENTON, s. 25.

³² Bu cumhuriyet *Raeterepublik* olarak anılmaktadır.

³³ GAY, s. 40.

³⁴ RENTON, s. 25.

³⁵ TENBROCK, s. 256.

kurmuşlardır.³⁶ Freikorps aralarında Rosa Luxemburg ve Karl Liebknecht gibi önde gelen komünistlerin öldürülmesinden sorumlu tutulmaktaydı ve Kapp darbesi girişimi sırasında neredeyse iktidarı ele geçireceklerdir.³⁷ Darbe girişimi işçilerin ve çalışanların grevi ile başarısızlığa uğramıştır.³⁸ Eğer Kapp darbesi gerçekleşseydi, Heller ve Radbruch gibi iktidar ve işçiler arasında uzlaşma sağlamaya çalışan dönemin ünlü hukukçularının idam edilmesi planlanmaktaydı.³⁹ Bu girişimi Alman Komünist Partisi'nin de katıldığı bağımsız sosyalistler ve sosyal demokrat solun genel greve götürüp yönettiği işçi sınıfı ve halk güçleri başarısızlığa uğratmışlardır.⁴⁰ Kapp darbesinden sonra şansölye Brauer yerini sosyal demokrat Müller'e bırakır.⁴¹ Kapp darbesi ilk ciddi karşıdevrim hamlesidir.

Radikal ölçüde farklı görüşlerin temsili Weimar Cumhuriyeti'nin altından geçen fay hattına benzetiliyordu.⁴² Schmitt, partilerin totaliterleşmesinden bahsetmektedir. Yani sağ ve sol arasında güçlü bir ayrışma söz konusuydu.

SPD Weimar döneminde siyasi partilerin en güçlüsü olarak, net bir ideolojik görüş ve yerleşik bir örgütlenme tabanına sahipti.⁴³ Komünist parti USPD'den 1920'de ayrılmış ve parlamenter demokrasiye özünde karşı bir duruş sergilemiştir. Alman Demokrat Parti (DDP) ilerici toplumsal siyasete inanıyor, daha merkezi bir devlet ve Versay Antlaşması'nın revize edilmesi talepleriyle cumhuriyeti destekliyordu.⁴⁴ Alman Nasyonal Halkçı Parti (DNVP) önce monarşi yanlısı iken daha sonra muhafazakar Hristiyanlar ve sosyalizm karşıtı iş adamlarını bünyesinde toplamaktaydı. DAP (Alman İşçi Partisi) işçi sınıfına yanlış tanımlanmış bir sosyalizm sunarak, Yahudi karşıtlığı ve sosyalizm ile birleştirilmiş bir milliyetçilik vadediyordu.⁴⁵ Hitler'in

³⁶ MÜLLER/STAFF, **Der soziale Rechtsstaat**, Nomos Verlag, Baden Baden, 1984, s. 45.

³⁷ RENTON, s. 29.

³⁸ SCHLUCHTER Wolfgang, "Hermann Heller. Ein wissenschaftliches und politisches Portrait", MÜLLER Christoph / STAFF, s. 46.

³⁹ SCHLUCHTER, s. 48.

⁴⁰ POULANTZAS, **Faşizm ve Diktatörlük**, (çev. Ahmet İnsel), İletişim Yayınları, İstanbul, 2004, s. 200.

⁴¹ GAY, s. 194.

⁴² Colin STORER, **Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi**, (çev. Sedef Özge), İletişim Yayınları, 2015, s. 83.

⁴³ STORER, s. 85.

⁴⁴ STORER, s. 85.

⁴⁵ STORER, s. 90.

etkisiyle parti başına Nasyonal Sosyalist ibaresini eklemiştir.⁴⁶ Hindenburg seçildikten sonra aslında bu partinin kapatılması için hukuki bir zemin olsa da, kapatma yönünde bir iradenin olmadığını söylemektedir.⁴⁷

Almanya’da birinci cumhuriyetin Hitler iktidarı ile son bulduğunu söylenebilmek. Ancak anayasa hemen yürürlükten kalkmasa da kararnameler nedeniyle uygulanamaz hale gelmiştir. Weimar döneminde var olan Anayasa’nın hemen yürürlükten kaldırılmadığını ve Nasyonal Sosyalizm’de devletin kararnamelerle yönetildiğini görmekteyiz. Bu açıdan Fraenkel’in *İkili Devlet* eserinde norm devlet ve önem devleti olarak ortaya koyduğu tespitler önemlidir.⁴⁸ Olağanüstü hal yetkileri ile 1923’te Ebert cumhuriyeti kurtarıırken 1932/33’te yine aynı yetkiye dayanarak cumhuriyet ortadan kaldırılmıştır.⁴⁹

Birinci Cumhuriyet, “Yahudi cumhuriyeti”, “Ebert cumhuriyeti”, hatta “Hindenburg Cumhuriyeti” olarak adlandırılmıştır. Yahudi cumhuriyeti nitelendirmesi ceza davalarına konu olmuştur.⁵⁰ Daha önceleri ilk cumhuriyetin korunamadığı için saldırıya açık olduğu ve hatta “intihar” ettiği tezi yerine Hindenburg’un yetkilerini aştığı ve anayasanın içini boşalttığı tezleri daha çok konuşulmaya başlanmıştır.⁵¹

B. Türkiye Cumhuriyeti’nde Çok Partili Sürece Geçiş Denemesi

Türkiye’de ise çok partili sisteme geçiş için 1923’ten 1946’ya kadar beklemek gerekecekti. 21 Temmuz 1946’da seçimler gerçekleşmiştir. Arada Serbest Cumhuriyet Fırkası kurulmuş olsa da seçimlere bağımsız adaylar ile girmişlerdir.⁵² Yani Almanya’nın ilk cumhuriyetinde çok partili gerilimler nedeniyle gerçekleşen çatışmalar, Türkiye Cumhuriyeti’nde daha sonraları karşımıza çıkar. Kazım Karabekir, Rauf Bey ve Ali Fuat Paşa, Mustafa Kemal’in parti kurma fikrini sıcak karşılamamışlardır.⁵³

⁴⁶ Tunaya, Weimar cumhuriyetindeki partileri sağdan sola doğru sıralar: 1-Milli Alman Halk Partisi, Hitlerci Nasyonal Sosyalist Parti, Alman İktisat Partisi. 2-Merkez Katolik Partisi (zentrum). 3-Demokratlar, Sosyal Demokrat Parti, Komünistler (TUNAYA Tarık Zafer, **Türkiye’de Siyasi Partiler**, Arba Yayınları, İstanbul, s. 40).

⁴⁷ DI FABRIO, s. 137.

⁴⁸ FRAENKEL, 2020.

⁴⁹ GUSY, s. 207.

⁵⁰ GUSY, s. 218.

⁵¹ GUSY, s. 207.

⁵² AKIN Rıdvan, **Türkiye’nin Siyasal Gelişmeleri (1923-2018)**, Nora Yayınları, İstanbul, 2022. s. 146-149.

⁵³ ÇELİK, s. 52.

Halk Fırkası'nın doğumu Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti'nin sonunu bildiren bir beyanname ile ilan edilmiştir.⁵⁴ Fırkanın eski İttihat ve Terakki Cemiyeti⁵⁵ ile ilgisi olmadığı bizzat Atatürk tarafından dile getirilmiştir.⁵⁶ Aslında Osmanlı'da 1908'de İkinci Meşrutiyet ilanıyla "parlamentar saltanat" inkılap etmiştir.⁵⁷ İttihat ve Terakki ve ona karşı gelişen Hürriyet ve İhtilaf, döneme damgasını vuran siyasi partilerdi.⁵⁸

Halk Fırkası, Cumhuriyetten sonra Cumhuriyet Halk Fırkası adını alacaktır.⁵⁹ Cumhuriyet Halk Partisi 1923-1946 yılına kadar üç muhalefet ile karşılaşmıştır. Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası Hareketi (1924), Serbest Cumhuriyet Fırkası (1930) ve Türkiye Cumhuriyet Amele ve Çiftçi Partisi (1930) ki bunun kurulmasına izin verilmemiştir.⁶⁰ Terakkiperver Halk Fırkası, Halk Fırkası'ndan ayrılan Kazım Karabekir ve Ali Fuad Paşa gibi isimlerin kurduğu bir partidir. 1927'de Halk Partisi'nin ikinci Büyük Kurultay'ında okunan Nutuk'ta özellikle Terakkiperver kurucuları ile polemikler vardır.⁶¹ CHP'nin bu dönemi için Türkiye Cumhuriyeti'nin bir parti devleti olduğu ifade edilmiştir.⁶² Duverger, CHP'nin gerek felsefesi gerek yapısı bakımından totaliter değil; çağdaşlaşmayı, batıllaşmayı gerçekleştiren özünde pragmatik bir tek parti olduğu kanaatindedir.⁶³ Bu partinin en önemli özelliğinin demokratik ideolojisi olduğunu ifade etmektedir.⁶⁴ Akın'ın da ifade ettiği gibi onun muhalifleri Türkiye'nin "demokrat" güçleri değildi. Daha çok eski rejimin uzantılarıydı.⁶⁵

Weimar Cumhuriyeti'nden farklı olarak cumhuriyetin ilk yıllarında hatta 1946'ya kadar çok partili sisteme geçiş denemesinin başarısız olduğunu

⁵⁴ TUNAYA, s. 559.

⁵⁵ İttihat ve Terakki üyelerinin bir kısmının Terakkiperver Fırkaya bir kısmının da Cumhuriyet Halk Fırkasında olduğu unutulmamalıdır (ORTAYLI / ERDİNÇ, s. 95; ORTALI, 2012, s. 117).

⁵⁶ TUNAYA, s. 562.

⁵⁷ TUNAYA, s. 75.

⁵⁸ Devletçiliğin cumhuriyet Halk Fırkası içinde bile eleştirildiği ifade edilmektedir (KÜÇÜKÖMER İdris, **Düzenin Yabancılaşması**, Bağlam, 1991 s. 99).

⁵⁹ AKIN, s. 23.

⁶⁰ TUNAYA, s. 559.

⁶¹ AKIN, s. 25.

⁶² TUNAYA, s. 570.

⁶³ TUNÇAY, s. 25.

⁶⁴ DUVERGER Maurice, **Siyasi Partiler**, (çev. Ergun Özbudun), Bilgi Yayınevi, 1974, s. 359; DUVERGER Maurice, **Les Partis Politiques**, Librairie Armand Colin, Paris, s. 374.

⁶⁵ AKIN, s. 47.

ve engellendiğini görebilmekteyiz. Bu çalışmada Türkiye’deki cumhuriyetin ilk dönemi 1946’ya kadar olan tek parti döneminin Weimar Cumhuriyeti’nin çok partili sistemden farkına değinilmek istenmiş; bu nedenle ayrıntılarıyla çok partili yapı ele alınmamıştır.

III. CUMHURİYETE İLİŞKİN KESİNTİLER

A. Almanya’da Birinci Cumhuriyetten Sonraki Cumhuriyetler

Hitler’in iktidara gelişine hem ekonomik süreç hem de çok partili sürecin istikrarsızlığının neden olduğu söylenmektedir. Di Fabio dönemin siyasi partilerini üçe ayırır: anayasaya sadık, anayasaya düşman ve revizyonist.⁶⁶ Hitler’in iktidarını “sağdan bir devrim” ya da bir restorasyon olarak görmek mümkün mü? Sol kesimin tasviye edildiği, Yahudi kökenli vatandaşların vatandaşlıklarının ve yaşamlarının elinden alındığı bu dönemde “Nürnberg Yasaları” ile Radbruch’un “yasal haksızlık” olarak nitelendirdiği bir safha görülmektedir.⁶⁷ Bu dönem 3. Reich (Das Dritte Reich) olarak da nitelendirilmektedir.

Almanya’da ikinci cumhuriyet 1949’da İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra tesis ediliyor ama burada iki farklı cumhuriyet karşımıza çıkıyor. Biri A.B.D. diğeri S.S.C.B. etkisinde kurulan bu devletlerin her ikisi de kendisinin cumhuriyet olarak nitelendiriyor. Hatta anti demokratik olmakla eleştirilen DDR (Deutsche Demokratische Republik) kendisini demokratik olarak nitelendirmektedir. Alman Demokratik Cumhuriyeti ve Federal Almanya’nın (Bundesrepublik Deutschland) birinde demokratik nitelendirmesi varken diğeri federal olarak nitelendirildiği söylenebilir.

Bonn Anayasası (1949) Weimar Anayasa’sının hatalarını tekrarlama-mak için özen gösterir.⁶⁸ Hem cumhurbaşkanının yetkilerinin sınırlandırılması, hem de parlamentonun yıkıcı hale gelmemesi için gerekli önlemler alır. Ayrıca 1951’den itibaren Anayasa Mahkemesi’ne anayasa şikayeti hakkı tanır.⁶⁹ Fritz René Allemann’ın 1956’da “Bonn, Weimar değil” sözü sık-

⁶⁶ Di FABRİO, s. 136.

⁶⁷ Bu dönem için bkz. **Nazi Almanyası’nda Hukuk. İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması**, Ed. STEINWEISS/RACHLIN Robert D., (çev. Kıvılcım Turanlı), Zoe Kitap, İstanbul, 2. Basım, 2021.

⁶⁸ Di FABRİO, s. 17.

⁶⁹ Di FABRİO, s. 17.

lıkla alıntılanır. Ancak yine de Weimar’da yaşananlardan alınacak dersler çoktur ya da günümüz ile bağlantıları kurulmaktadır. Örneğin, Weimar dönemindeki DNVP’nin (Deutschnationale Volkspartei) bugünkü AfD’ye (Almanya İçin Alternatif) benzetilmesi ya da Macron’un başkanlığının Weimar dönemi başkanlık sistemine benzetilmesi gibi.⁷⁰

1990’da iki Almanya’nın birleşmesi de birbirine paralel yaşayan iki cumhuriyetin üçüncü bir cumhuriyete evrilmesi olarak da görülebilir. Çünkü başkent Bonn’dan Berlin’e taşınmış ve cumhuriyet tarihinde yeni bir evreye geçilmiştir. Isensee, Anayasa’da 23. ve 146. Madde’deki değişikliğe ve DDR’in nasıl Almanya’ya dahil olduğuna ilişkin anayasal perspektiften bir analiz yapmaktadır.⁷¹ Bu açıdan ilkinde “Weimar Cumhuriyeti”, ikincisine “Bonn Cumhuriyeti”, üçüncüsüne ise “Berlin Cumhuriyeti” de denmektedir.⁷² Ancak Bonn Cumhuriyeti devam ederken Doğu Berlin’in öncesinde de başkent olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle Almanya açısından üç hatta dört farklı cumhuriyetten bahsedilebilir.

B. Türkiye’de İkinci, Üçüncü, Hatta Dördüncü Cumhuriyet Tartışmaları

Türkiye Cumhuriyeti’nde demokratikleşmeyi kesintiye uğratan darbeler olduğunu söyleyebiliriz. Aslında Cumhuriyet, Almanya’daki gibi fiilen ortadan kalkmamış olsa da dönüşmüştür. Küçükömer, ikinci cumhuriyetin dış ortamda nasyonal sosyalizmin yenilgisinin ardından, iç ortamda da CHP’ye karşı tepkilerin artması ile gerçekleştiğinden bahsetmektedir.⁷³ Buna göre ikinci cumhuriyetle birinci cumhuriyetin eğitim, politika, ekonomi alanlarında getirdiklerinin demokratik olarak değiştirilmesi olayı, cumhuriyetle daha demokratik bir yapılanmaya evrilmektedir.⁷⁴ Küçükömer’e göre 1950’lerin sonunda ikinci cumhuriyet sona ermekte ve üçüncü cumhuriyet kurulmaktadır. 12 Mart olayının bu değişimi hızlandırdığını ifade eden Küçükömer, bürokrasi-halk çelişkisinin bu olayda tekrar ortaya çıktığından bahseder.⁷⁵

⁷⁰ Dİ FABRİO, s. 256.

⁷¹ ISENSEE Joseph, “Verfassungsrechtliche Wege zur deutschen Einheit”, *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Heft 2/90, s. 321.

⁷² <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/26524/berliner-republik/> (22.3.2024).

⁷³ KÜÇÜKÖMER İdris, *İdris Küçükömer’le Türkiye Üstüne Tartışmalar*, Bağlam Yayınları, 1994, s. 109.

⁷⁴ KÜÇÜKÖMER İdris, **1994 b**, s. 109.

⁷⁵ KÜÇÜKÖMER İdris, **1994 b**, s. 109.

27 Mayıs darbesiyle İkinci Cumhuriyet kavramı kullanılmaya başlanmıştır.⁷⁶ Ateş, 27 Mayıs sonrasında Anayasa Komisyonu'nda Ankara Hukuk ve Siyasal Bilgiler'den olan hocaların bu ismi verdiği; ancak İstanbul'daki Anayasa Komisyonu'nda Sıddık Sami Onar, Tarık Zafer Tunaya, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Nail Kubalı gibi isimlerin bu nitelendirmeye karşı çıkmışlardır.⁷⁷ Giritli'nin de eserinde dile getirdiği gibi ikinci cumhuriyetin çok partili ve demokratik yaşama geçiş umudu taşıdığı görülmektedir.⁷⁸ Bu ifade, darbeye meşruiyet kazandırmak amacıyla askerler tarafından da kullanılmış ve Cumhurbaşkanı Cemal Gürsel 1961 yılını İkinci Cumhuriyet'in kuruluş yılı olduğunu belirtmiştir. Gürsel 24 Haziran 1960'ta Milli Birlik Açılış Konuşmasında "Hür Basın, kurulacak ikinci cumhuriyetin başlıca mesnetlerinden biridir"⁷⁹ demiştir. Bu dönemde cumhuriyete ilişkin algıda bir farklılaşma görülmektedir.⁸⁰

27 Mayıs Darbesi ve 1961 Anayasası ile başlayan dönem Fransız geleneğine de benzetilerek İkinci Cumhuriyet olarak da değerlendirilmiştir. İkinci Cumhuriyet birçok açıdan analiz edilmiş ve ekonomik bir değişim talebi olduğu gibi neo-Osmanlıcılık gibi akımlarla da ilişkilendirilmiştir.⁸¹ Küçükömer'in, cumhuriyet devriminin halkın egemenliğine değil, bürokrasiye dayandığını ve Kemalist cumhuriyetin otoriter ve jakoben bir özellik taşıdığını ileri sürdüğü tezleri 1990'lı yıllarda İkinci Cumhuriyetçilere ilham vermiştir.⁸² Bu çalışmada bu tartışmaların ayrıntısına girilmeyecektir, ancak İkinci Cumhuriyet kavramıyla bir dönüşümün hedeflendiği gösterilmek istenmiştir. İkinci Cumhuriyet kavramı farklı dönemlerde tekrar gündeme gelmiştir.

Zafer Toprak ise laiklik ilkesini göz önünde bulundurarak Atatürk'ün Fransa'nın üçüncü cumhuriyetini kurduğunu iddia etmektedir.⁸³ Bugün için

⁷⁶ Bkz. KALPAKÇIOĞLU Özdemir, *İkinci Cumhuriyetin Üç Başbakanı ve Olaylar*, Nüve Matbaası, Ankara, 1968.

⁷⁷ SEVER Metin / DİZDAR Cem, *2. Cumhuriyet Tartışmaları*, Başak Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1993, s. 158.

⁷⁸ GİRİTLİ İsmet, *27 Mayıs'tan İkinci Cumhuriyete*, Gençlik Yayınları, İstanbul, 1961, s. 110.

⁷⁹ <https://www.politikyol.com/cumhuriyetin-numaralandirilmesi-fikri-kimden-cikmisti/> (Erişim Tarihi: 24.4.2024).

⁸⁰ BEKATA Hıfzı Oğuz, *Birinci Cumhuriyet Biterken*, Çığır Yayınları, Ankara, 1960.

⁸¹ Bkz. SEVER Metin / DİZDAR Cem, *2. Cumhuriyet Tartışmaları*, Başak Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1993.

⁸² <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/ikinci-cumhuriyet-tartismasi-uzerine-306274> (Erişim Tarihi: 24.4.2024).

⁸³ <https://acikradyo.com.tr/arsiv-icerigi/zafer-toprak-ataturk-fransanin-3-cumhuriyetini-kurdu> (Erişim Tarihi: 22.4.2024).

üçüncü bir cumhuriyete geçildiğinden söz edenler bulunmaktadır.⁸⁴ Tanıl Bora 1982'den sonraki döneme 3. Cumhuriyet ve 2017 referandumuyla 4. bir cumhuriyete geçildiğinden bahsetmektedir.⁸⁵ 3. Cumhuriyetin hangi tarihten itibaren başlatıldığına ilişkin birçok farklı tarih ortaya atılmaktadır.⁸⁶ Kuyaş, her anayasa ile yeni bir cumhuriyete geçildiğinden bahsetmektedir.⁸⁷ Bu sınıflandırma Fransa'dan devralınsa da bizdeki dinamiklerin farklı olduğu görülmektedir. Kaçınıcı cumhuriyette olduğumuz tartışmalı olsa da cumhuriyete ilişkin algıda bir dönüşüm olduğu görülmektedir.

IV. ANAYASALARDA CUMHURİYET KAVRAMI NASIL NİTELENDİRİLDİ?

Bu bölümde anayasaların sadece cumhuriyeti nasıl nitelendirdikleri ele alınacaktır. Tabii cumhuriyetin dar ve geniş yorumu üzerine de düşünmek gereklidir; çünkü cumhuriyeti sadece devlet başkanını seçimle belirlendiği bir yönetim biçimi olarak görmek günümüz cumhuriyetine verdiğimiz anlam açısından eksik kalacaktır.⁸⁸ Philip Petit özgürlük açısından cumhuriyeti değerlendirmiştir. Negatif ve pozitif özgürlük tanımlarının ötesinde “tahakkümsüzlük olarak özgürlük” kavramını ortaya atar. Cumhuriyete verilen anlamın hep aynı olduğu yanılığından da kurtulmamız gerekmektedir.⁸⁹

Cumhuriyet demokrasi ilişkisi ayrı bir makalenin konusu olabilecek bir konudur, çünkü demokratik olmayan birçok cumhuriyet bulunmaktadır. İran İslam Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti, Kuzey Kore Cumhuriyeti ya da SSCB -bunların hepsi kendilerini cumhuriyet olarak tanımlamaktadır.⁹⁰ O zaman esas mesele cumhuriyetin içeriğinin nasıl tanımlandığıdır. Bu da bizi cumhuriyetin nitelikleri üzerine düşünmeye götürür.

⁸⁴ YAYLA, s. 73-80.

⁸⁵ <https://birikimdergisi.com/haftalik/11387/dorduncu-cumhuriyet-ve-cumhur> (Erişim tarihi: 29.02.2024).

⁸⁶ <https://www.politikyol.com/12-eylul-1980-ve-2010-ikinci-ve-ucuncu-cumhuriyetin-ilani/>

⁸⁷ [https://kiraathane.com.tr/evden-haberler/ne-kadar-anayasa-o-kadar-cumhuriyet-\(Erişim Tarihi: 22.03.2024\).](https://kiraathane.com.tr/evden-haberler/ne-kadar-anayasa-o-kadar-cumhuriyet-(Erişim Tarihi: 22.03.2024).)

⁸⁸ KARTAL Filiz, “Philip Petit’in Cumhuriyetçi Özgürlük Anlayışı”, **Res Publica**, Ed. ÖZ-TÜRK Armağan, Doğu Batı Yayınları, İstanbul, 2013, s. 340.

⁸⁹ AKAL Cemal Bali, **Spinoza ve Sürekli Demokrasi**, Dost Kitabevi Yayınları, 2023, s. 177.

⁹⁰ KOÇAK, s. 14.

A. Alman Anayasalarında Cumhuriyet Kavramı

1919 Weimar ya da Reich Anayasası'nda temel haklar ikinci bölüm iken, 1949'da ilk bölüm haline gelmiştir. Weimar Anayasası'nda da 2. Madde'de sadece cumhuriyetten bahsedip onun niteliklerine değinilmemektedir.⁹¹ Weimar Anayasası 1919'dan 1933'e kadar yürürlükte kalmıştır. Weimar Cumhuriyeti'nin Anayasası (Verfassung des Deutschen Reiches) birinci maddesine göre Alman Reich'ı bir cumhuriyettir. Devlet iktidarı halktan gelir.⁹²

Almanya'da Weimar Cumhuriyeti'nden sonra iki ikinci cumhuriyet vardır. Bunlardan biri Doğu (DDR), diğeri Batı Almanya'dır (BRD). 1949 DDR Anayasası kendisini cumhuriyet olarak tanımlamaktadır. 1949 Anayasası'nda birinci maddede Almanya'nın bölünmez demokratik bir cumhuriyet olduğu ve bu cumhuriyetin halkın tamamının gelişimi için önemli olan meselelere karar verdiği belirtilir. 1968'de Doğu Alman Cumhuriyeti kendisini sosyalist bir devlet olarak nitelendirmektedir.⁹³ 1974 Anayasası ise Alman demokratik cumhuriyeti işçi ve köylülerin sosyalist devleti ifadesini kullanmaktadır.

1933'te Nasyonal Sosyalizmle merkezi devlete geçildiyse de 1949'da Batı Almanya'da tekrar federal sistem tanınmaktadır. 1949'da kabul edilen Anayasa ile Almanya'nın federal devlet olduğu 20. Madde'de belirtilmiştir. 20. Maddeye göre Federal Almanya Cumhuriyeti demokratik ve sosyal bir federal devlettir. 1949 Anayasasının ilk maddesi insan onuruna ilişkindir. Buna göre 1949'daki anayasanın temel dayandığı unsurların demokrasi, sosyal ve federal devlet olduğunu görebilmekteyiz. Bu niteliklerin 1990'da her iki Almanya'nın birleşmesinden sonra da 1949 Anayasası'nda devam ettiğini görmekteyiz.⁹⁴

B. Türkiye Anayasalarında Cumhuriyetin Nitelikleri

1924'te henüz niteliklerine kavuşmamış olsa da Türkiye devleti cumhuriyetçi olarak tanımlanmaktadır. Aynı zamanda “milliyetçi, halkçı, devletçi, laik

⁹¹ Weimar Anayasası tam sekiz kez değişiklik geçirmiştir (GUSY, s. 282).

⁹² **Artikel 1.** Das Deutsche Reich ist eine Republik. Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.

⁹³ 1968 Anayasası 1. Madde “(1) Die Deutsche Demokratische Republik ist ein sozialistischer Staat deutscher Nation. Sie ist die politische Organisation der Werktätigen in Stadt und Land, die gemeinsam unter Führung der Arbeiterklasse und ihrer marxistisch-leninistischen Partei den Sozialismus verwirklichen. Die Hauptstadt der Deutschen Demokratischen Republik ist Berlin. [...]”

⁹⁴ Uygun, temel ilkelerin değiştirilmesi konusunda Almanya'nın federal sistemin değişmezliğini vurgularken Türkiye'de üniter sistemin kaldırılmasını bir partinin amaçlayamayacağını belirtmektedir (UYGUN Oktay, **Devlet Teorisi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 647).

ve inkılapçıdır” ifadesi vardır. Bir yandan da “devletin dini islamdır” ifadesi yer almaktadır. 3 Mart 1924’te TBMM, eğitim ve öğretimi Milli Eğitim Bakanlığı’nın denetiminde birleştirmiş ve halifeliği kaldırarak Osmanlı Hanedanı’nın yurtdışına çıkarılmasını kararlaştırmıştır.⁹⁵ Ancak 1928’de tüm dinlere eşit olma gerekçesi ile “devletin dini İslam’dır” ibaresi kaldırılmıştır. Böylelikle Türkiye’de laik devlet ancak 1928 yılında gerçekleşmiş, bunun niteliklerde belirtilmesi ise 1937’de bir değişiklik ile anayasada yer almıştır.⁹⁶ Buna göre “Türkiye Cumhuriyeti Cumhuriyetçi, Halkçı, Devletçi, Laik ve İnkılapçıdır”. 1961 Anayasası cumhuriyetin niteliklerine yer verecektir. Buna göre “Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti”dir.

1961’de belirtilen nitelikler 1937’yi temel almakla birlikte çok daha ayrıntılı ifade edilmiştir. 1982 Anayasası’nda “Madde 2 - Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” ifadesini yer almaktadır. 1982’de millî ifadesinin değiştirildiğini, yerine Atatürk Milliyetçiliği⁹⁸ ifadesinin getirildiğini görüyoruz.⁹⁹

Nitelikler temelde aynı kalsa da demokratik, laik ve sosyal devlet vurgusunu yine görmekteyiz. Laiklik, normatif yönü bakımından Anayasa’nın ikinci maddesinde devletin temel niteliği olarak değişmezlik teminatı olarak korunan bir maddedir.¹⁰⁰ Laiklik için Fransa ile karşılaştırma yapmak daha

⁹⁵ GİRİTLİ, s. 101.

⁹⁶ 1787 ABD Anayasası’nın da laiklik deyimini kullanmadan “Kongre bir devlet dini kuran yasa çıkaramaz” hükmü ile laikliği ve laik devlet esasını 1791’de bir değişiklik ile gerçekleştirdiğini görüyoruz.”

⁹⁷ Cumhuriyet’in niteliklerinden hukuk devletine ilişkin olarak bkz. ÖZENÇ Berke, “Türkiye Cumhuriyeti’nin Temel Bir Niteliği Olarak Hukuk Devleti”, **Cumhuriyet’in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, ss. 347-395.

⁹⁸ TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK Sultan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Milliyetçilik”, **Cumhuriyet’in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, ss. 253-347.

⁹⁹ Sancar maddedeki kavramları uyumlulaştırılması zor ve muğlak olarak nitelendirir (SANCAR Mithat, “Devlet Aklı” **Kıskacında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000, s. 70).

¹⁰⁰ KANADOĞLU Osman Korkut / GÜMÜŞ Canberk, “Cumhuriyet’in 100. Yılında Laiklik”, **Cumhuriyet’in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, s. 190; Laikliğin aşınmasına ilişkin olarak bkz. ŞİRİN Tolga, “Devrim kanunları: Laikliğin Koruyucu Kirişlerinin Hal-i Pürmeali”, **Cumhuriyet’in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, ss. 35-105.

yerinde olur,¹⁰¹ çünkü Alman Anayasası'nda laiklikle ilgili niteliklerde bir ifadeye rastlanmamaktadır. Dahlab kararına vurgu yapan Sağlam, Federal Alman Cumhuriyeti'nde laik devlet anlayışından farklı ve dinsel çoğulculuğu esas alan bir nötralite esasının benimsendiğini belirtmektedir.¹⁰² Fransa'da 5. Cumhuriyetin Anayasası: 1. maddesinde de laiklik vurgusu mevcuttur.¹⁰³ Laiklik 1946 yılından itibaren Fransız Anayasası'nda mevcuttur.¹⁰⁴ Ayrıca bölünmezlik, demokratik ve sosyallik vurgusu da vardır".¹⁰⁵

SONUÇ

Almanya ve Türkiye'nin her ikisi de Birinci Dünya Savaşı'ndan yenilgiyle çıktıktan sonra Monarşilerini tasfiye etmiş ve Cumhuriyet yönetimine geçmişlerdir. Cumhuriyeti sadece Monarşi karşıtlığı olarak görmek çok dar bir yorumdur, ancak onu sadece demokrasi ile özdeşleştirmek de ayrı bir yanılgıdır. Bu açıdan temel mesele cumhuriyetin nasıl nitelendirildiğidir. Bu da bizi farklı ülkelerin cumhuriyet algılarının ve cumhuriyete bakış açıları'nın birbirinden nasıl farklı olabileceğini gösterir. Bu çalışmada Almanya ve Türkiye örneğinden hareket edilmiştir. Bir diğer dikkat çeken husus, ülkelerin bile cumhuriyet algısının sabit olmadığı ve zaman içerisinde değiştiği gerçeğidir. Almanya biri sosyalist diğeri federal iki cumhuriyeti de yaşamıştır. Bu nedenle Weimar Cumhuriyeti'ndeki cumhuriyet algısı ile Bonn ve Berlin'inki birbirinden farklıdır. Almanya'da Weimar birinci, Bonn ikinci ve aslında duvarın yıkılması ile üçüncü cumhuriyete geçildiğini görüyoruz. DDR'i sayarsak buna dört de diyebiliriz ya da ikisini paralel iki cumhuriyet olarak kabul edebiliriz.

¹⁰¹ Bugünkü anayasamızda 5. Cumhuriyet'in izleri olabilir (TANÖR, s. 23).

¹⁰² SAĞLAM Fazıl, *Sekseninci Yılında Türkiye Cumhuriyeti*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 31 Ekim-1 Kasım 2003, s. 40.

¹⁰³ Fransa ve Amerika tipi laikliğin karşılaştırması için bkz. DEMİRLİ Aynur, "Türkiye'de Laiklik: "Oradaydık ve şimdi buradayız", *Cumhuriyet'in Yüzüncü Yılına Kadın Hukukçuların Armağanı: Kamu Hukukunun Temel Sorunları ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarına Bir Katkı*, On İki Levha Yayınları, 2023, s. 7.

¹⁰⁴ Jean MORANGE, « Vicdan Özgürlüğü ve Laiklik », Laiklik ve Demokrasi, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İmge Yayınları, 2001, s. 133.

¹⁰⁵ "La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales."

Türkiye’de ise yine benzer bir şekilde tarihsel arka plandan hareket edilmiş ve ilk cumhuriyet ile çok partili sisteme geçişten sonraki cumhuriyet algısının farklılığına değinilmeye çalışılmıştır. Özellikle 1961’den sonra ikinci cumhuriyet benzetmesi yapılması ve bugün üçüncü hatta dördüncü bir cumhuriyetten söz edilmesi boşuna değildir. Bu cumhuriyete ilişkin algının, onun nasıl nitelendirildiğine ilişkin dönüşümün bir işaretidir.

Burada dikkat edilecek husus nitelendirme meselesidir. Çünkü nasıl İran bir İslam Cumhuriyetiye ya da Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği ve Doğu Almanya da kendilerini cumhuriyet olarak tanımladıysa, asıl dikkat edilmesi gereken o devletin anayasada nasıl tanımlandığıdır. Bu noktada incelenmesi gereken cumhuriyeti nitelendiren Anayasalardır. Almanya ve Türkiye’de anayasalarda nitelikler konusunda bir dönüşüm olduğu ve her iki ülkenin cumhuriyet bakımından hassasiyetlerinin farklı noktalarda olduğu görülebilmektedir. Bugün açısından baktığımızda her iki cumhuriyetin ortak niteliği olarak demokrasi ve sosyal hukuk devleti kavramlarını görebilmekteyiz. Tabii önemli farklılıklar da mevcuttur. Türkiye Cumhuriyeti’nde Fransa’dakine benzer bir laiklik anlayışı varken, Almanya’da federal yapı vurgulanan bir husustur.

Bu çalışmada cumhuriyete ilişkin perspektifler ve bakış açılarının ne kadar farklı olduğuna dikkat çekilerek, iki örnek üzerinden bu cumhuriyetlerin niteliklerinin tarihsel hassasiyetlerinden bağımsız olmadığı ortaya konulmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKAL Cemal Bali, **Sürekli Demokrasi**, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2023.
- AKIN Rıdvan, **Türkiye'nin Siyasal Gelişmeleri (1876-1923)**, Nora Yayınları, İstanbul, 2022.
- AKIN Rıdvan, **Türkiye'nin Siyasal Gelişmeleri (1923-2018)**, Nora Yayınları, İstanbul, 2022.
- BEKATA Hıfzı Oğuz, **Birinci Cumhuriyet Biterken**, Çığır Yayınları, Ankara, 1960.
- BERKES Niyazi, **Türkiye'de Çağdaşlaşma**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1973.
- ÇELİK Demirhan Burak, **Kurucu İktidar-Hükümet Sistemi-Vatandaşlık ve İdari Yapılanma Tartışması Çerçevesinde 1924 Anayasa Yapım Süreci**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- DEMİRLİ Aynur, "Türkiye'de Laiklik: "Oradaydık ve Şimdi Buradayız", **Cumhuriyet'in Yüzüncü Yılına Kadın Hukukçuların Armağanı: Kamu Hukukunun Temel Sorunları ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarına Bir Katkı**, On İki Levha Yayınları, 2023, ss. 21-39.
- DI FABRIO Udo, **Die Weimarer Verfassung, Aufbruch und Scheitern**, C.H. Beck, München, 2018.
- DUVERGER Maurice, **Siyasi Partiler**, (çev. Ergun Özbudun), Bilgi Yayınevi, 1974.
- FRAENKEL Ernst, **İkili Devlet. Diktatörlük Teorisine Bir Katkı**, (çev. Tanıl Bora), İletişim Yayınları, İstanbul, 2020.
- GAY Peter, **Weimar Kültürü**, (çev. Eren Buğlalılar), İletişim Yayınları, İstanbul, 2001.
- GİRİTLİ İsmet, **75 Yıllık Demokratik ve Laik Cumhuriyetin Oluşumu ve Gelişim Süreci**, Cem Ofset, 1998.
- GİRİTLİ İsmet, **27 Mayıs'tan İkinci Cumhuriyete**, Gençlik Yayınları, İstanbul, 1961.
- GÖZLER Kemal, "Cumhuriyet ve Monarşi", **Türkiye Günlüğü**, Sayı 53, Kasım-Aralık 1998, ss. 27-34. www.anayasa.gen.tr/cumhuriyet.htm; 1.5.2004.
- GUSY Christoph, **100 Jahre Weimarer Verfassung**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.
- GUSY Christophe, "Les idées démocratiques dans la république de Weimar", **Les juristes de Gauche sous la république de Weimar**, Editions Kimé, Paris, 2002.
- ISENSE Joseph, "Verfassungsrechtliche Wege zur deutschen Einheit", **Zeitschrift für Parlamentsfragen**, Heft 2/90, ss. 309-332.
- KANADOĞLU Osman Korkut / GÜMÜŞ Canberk, "Cumhuriyet'in 100. Yılında Laiklik", **Cumhuriyet'in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, ss. 189-253.
- KARTAL Filiz, "Philip Petit'nin Cumhuriyetçi Özgürlük Anlayışı", **Res Publica**, Ed. ÖZTÜRK Armağan, Doğu Batı Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 339-366.
- KILIÇBAY Mehmet Ali, **Cumhuriyet ya da Birey Olmak**, İmge Yayınları, İstanbul, 1994.

- KOÇAK Cemil, **Tek Parti. Cumhuriyet ve Şefler**, Timaş Yayınları, İstanbul, 2016.
- KÜÇÜKÖMER İdris, **İdris Küçükömer’le Türkiye Üstüne Tartışmalar**, Bağlam Yayınları, 1994.
- MANN Golo, **Deutsche Geschichte des 19. Und 20. Jahrhunderts**, S. Fischer, Frankfurt am Main, 1992.
- MORANGE Jean, “Vicdan Özgürlüğü ve Laiklik”, **Laiklik ve Demokrasi**, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İmge Yayınları, 2001, ss. 129-141.
- MÜLLER Jan-Werner, **Anayasal Yurtseverlik**, (çev. Emre Zeybekoğlu) Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2012.
- MÜLLER/STAFF Ilse, **Der soziale Rechtsstaat**, Nomos Verlag, Baden Baden, 1984.
- LEE Stephen J., **Avrupa Tarihinden Kesitler**, (çev. Ertürk Demirel), Dost Yayınları, Ankara, 2004.
- ORTALI İlber, **1923 Cumhuriyet’in İlk Yüzyılı 2023**, Timaş Yayınları, İstanbul, 2012.
- ORTAYLI İlber / ERDİNÇ Erol Şadi, **İttihat ve Terakki**, İnkılap Yayınları, İstanbul, 2016.
- ORTAYLI İlber, **Gazi Mustafa Kemal Atatürk**, Kronik Kitap, İstanbul, 2018.
- ORTAYLI İlber, **Teşkilat ve İdare Tarihi**, Kronik Kitap, İstanbul, 2021.
- ÖZENÇ Berke, “Türkiye Cumhuriyeti’nin Temel Bir Niteliği Olarak Hukuk Devleti”, **Cumhuriyet’in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, ss. 347-395.
- POULANTZAS Nicos, **Faşizm ve Diktatörlük**, (çev. Ahmet İnsel), İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.
- RENTON David, **Faşizm Tarihi ve Teorisi**, çev. Meral Kasap Harzem Nora Yayınları, İstanbul, 2021.
- REYHANİ Nebil, “Demokrasinin Endeksi Var Da Cumhuriyetin Neden Yok?”, **Cumhuriyet Fikri**, Der. Güçlü Ateşoğlu & Kurtul Gülenç, Ayrıntı Yayınları, 2023.
- SAĞLAM Fazıl, **Sekseninci Yılında Türkiye Cumhuriyeti**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 31 Ekim-1 Kasım 2003.
- SANCAR Mithat, **“Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000.
- SEVER, Metin / DİZDAR, Cem, **2. Cumhuriyet Tartışmaları**, Başak Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1993.
- SCHLUCHTER Wolfgang, “Hermann Heller. Ein wissenschaftliches und politisches Portrait”, MÜLLER Christoph/ STAFF Ilse, **Der soziale Rechtsstaat**, Nomos Verlag, Baden Baden, 1984, ss. 45-63.
- STORER Colin, **Weimar Cumhuriyeti’nin Kısa Tarihi**, (çev. Sedef Özge), İletişim Yayınları, 2015.

- ŞİRİN Tolga, “Devrim kanunları: Laikliğin Koruyucu Kirişlerinin Hal-i Pürmeali”, **Cumhuriyet’in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, ss. 35-105.
- TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK Sultan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Milliyetçilik”, **Cumhuriyet’in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, ss. 253-347.
- TANÖR Bülent, “Laiklik, Cumhuriyet ve Demokrasi”, **Laiklik ve Demokrasi**, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İmge Yayınları, 2001, ss. 23-34.
- TENBROCK Robert-Hermann Tenbrock, **Geschichte Deutschlands**, Max Huber Verlag, München, 1965.
- TUNAYA Tark Zafer, **Türkiye’de Siyasi Partiler**, Arba Yayınları, İstanbul, 1995.
- TUNÇAY Mete, **Türkiye Cumhuriyeti’nde Tek Parti Yönetimi’nin Kurulması**, Yurt Yayınları.
- UYGUN Oktay, **Devlet Teorisi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- WESEL Uwe, **Geschichte des Rechts in Europa**, C.H. Beck, München, 2010.
- YAYLA Atilla, “Üçüncü Cumhuriyet”, **Liberal Düşünce**, Sayı: 75, 2014, s. 73-80.
- YILMAZ Nihat, “Weimar Dönemi ve Öncesinde Meydana Gelen Siyasi Çekişmeler ve Ekonomik Krizlerin Alman Sosyal Demokrat Partisi Bağlamında Genel Bir Değerlendirmesi”, **Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt: XV, Sayı: 1, 2013, ss. 72-87.

İnternet Kaynakları

- <https://acikradyo.com.tr/arsiv-icerigi/zafer-toprak-ataturk-fransanin-3-cumhuriyetini-kurdu> (Erişim Tarihi: 22.4.2024).
- <https://birikimdergisi.com/haftalik/11387/dorduncu-cumhuriyet-ve-cumhur> (Erişim Tarihi: 29.02.2024).
- <https://birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-115-kasim-1998/2309/hukuk-devleti-cumhuriyetin-temel-niteliklerinden-biri-mi/6366> (Erişim Tarihi: 23. 3. 2024).
- <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/26524/berliner-republik/> (Erişim Tarihi: 23.3.2024).
- <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/ikinci-cumhuriyet-tartismasi-uzerine-306274> (Erişim Tarihi: 24.4.2024).
- <https://www.politikyol.com/cumhuriyetin-numaralandirilmasi-fikri-kimden-cikmisti/> (Erişim Tarihi: 24.4.2024).
- <https://www.politikyol.com/12-eylul-1980-ve-2010-ikinci-ve-ucuncu-cumhuriyetin-ilani/>.
- <https://kiraathane.com.tr/evden-haberler/ne-kadar-anayasa-o-kadar-cumhuriyet-> (Erişim Tarihi: 22.03.2024).

MECELLE-İ AHKAM-I ADLİYYE VE TÜRK MEDENİ KANUNU IŞIĞINDA TOPLUMSAL DÖNÜŞÜM^(*)

Prof. Dr. Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN^(**)

Arş. Gör. Bengisu MERT^(***)

Öz: Osmanlı İmparatorluğu boyunca hem şeri hukuk hem de örfi hukuk uygulanmış, imparatorluğun son dönemlerinde hızlanan yaşam, artan ticaret ilişkileri ve Avrupa ülkelerindeki kodifikasyon hareketlerinin artması nedeniyle bir medeni kanun ihtiyacı doğmuştur. Bu amaçla ortaya çıkan Mecelle klasik bir medeni kanunun içeriğinden yoksundur, bünyesinde usul kurallarını barındırmakla beraber aile ve miras hukukuna ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. Daha sonra bu eksiklik giderilmeye çalışılmış ve aile hukukuna ilişkin hükümler tamamlanmak istenmiş, bu amaçla da 1917 tarihinde Hukuk-ı Aile Kararnamesi çıkarılmıştır. Bu kararname de yaklaşık iki yıl kadar kısa bir süre yürürlükte kalmıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla demokratikleşme yolunda yeni hedefler barındıran laik bir hukuk sistemi benimsenmiştir. Bu nedenle dini temellere dayanan bir medeni kanunun yürürlükte kalması imkansızlaşmıştır. Kısa va-

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 17.04.2024 - Makale Kabul Tarihi: 17.05.2024.

İlgili eser "Transformation Sociale A La Lumiere De Medjelle Et Code Civil Turc" başlığı ile Fransızca olarak Galatasaray Üniversitesi Bilimsel Araştırmalar Komitesi desteği ile (proje kodu: SBA-2023-1159) Tunus'ta sunulmuş ve bildiri olarak basılmıştır (in: 6th International Symposium on Human, Social and Sustainable Development Research, 2-6 May 2023, Volume 7, p. 1717-1733). Ayrıca Türkçe olarak "Mecelle'den Medeni Kanun'a" başlığı ile Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cumhuriyetin 100. Yılı Etkinlikleri kapsamında, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı tarafından düzenlenen "Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Açısından Cumhuriyetin 100. Yılı" başlıklı sempozyumda sunulmuştur.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: zuskul@gsu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0221-3731>.

^(***) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: bmert@gsu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0007-3816-7753>.

dede bir çözüm bulma gereği ortaya çıktığından resepsiyon yoluna gidilmiş ve İsviçre Medeni kanunu bütünüyle kabul edilmiştir. Türk Medeni Kanunu, Mecelle'nin aksine İslam hukukuna uygunluk kriteri gözetilerek oluşturulmuş bir kanun değildir. Laik bir temeli olan bu kanun, özellikle aile hukukuna ilişkin düzenlemeleriyle hem Müslüman ve Müslüman olmayan azınlıklar arasındaki farkı ortadan kaldırarak hukuki birliği sağlamış hem de aileyi kamusal bir alan olarak ele alarak dönüşüme açmıştır. Bir sosyal mühendislik olarak nitelendirilebilecek Türk Medeni Kanunu ile Türkiye'de sosyolojik bir değişimin gerçekleştirildiği doğru olmakla beraber bu kanuna direnen ve kendi kültürünü devam ettiren grupların var olduğu ise unutulmamalıdır. İlgili çalışmada literatür taraması ile Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde yapılan medeni kanun alanındaki kodifikasyonların ve Türkiye Cumhuriyeti döneminde resepsiyon yoluyla kabul edilen Türk Medeni Kanunu'nun etkileri ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler: Mecelle, Türk Medeni Kanunu, Aile Hukuku, Resepsiyon, Kodifikasyon.

SOCIAL TRANSFORMATION IN THE LIGHT OF MECELLE-I AHKAM-I ADLIYYE AND TURKISH CIVIL CODE

Abstract: During period of Ottoman Empire, both Sharia law and customary law were applied, and in the last periods of the empire, the need for a civil code arose due to the acceleration of life, increasing trade relations and the increase in codification movements in European countries. Mecelle, which was created for these reasons, lacked the content of a classical civil code; because although it includes procedural rules, it does not contain the provisions on family and inheritance law. Later, this deficiency was tried to be overcome and the provisions on family law were intended to be completed by the Decree on Family Law (*Hukuk-ı Aile Kararnamesi*) in 1917. This decree remained in force for a short period of approximately two years. When Republic of Turkey was founded, a secular legal system was adopted with new goals of democratization. Therefore, it became impossible to keep in force a civil code based on religious foundations. Since it was necessary to find a solution in the short term, reception was preferred, and Swiss Civil Code was adopted completely. Unlike Mecelle, Turkish Civil Code was not drafted with the criterion of compliance with Islamic law. This code, which has a secular basis, both ensured legal unity by eliminating the difference between Muslim and non-Muslim minorities and opened the family to transformation by treating it as a public domain, especially with its regulations on family law. While a sociological change has been realized in Turkey with Turkish Civil Code, which can be characterized as social engineering, it must be noted that some groups have resisted this law and maintained their own culture. In this study, the effects of the codifications in the field of civil law made in the late Ottoman Empire and Turkish Civil Code adopted through reception in Republic of Turkey are examined through a literature review.

Keywords: Mecelle, Turkish Civil Code, Family Law, Reception, Codification.

GİRİŞ

18. ve 19. yüzyıllarda, özellikle Fransız Devrimi sonrasında “aydınlanma ve modernleşme fikri” Avrupa geneline yayılmıştır. Modern devlet anlayışının şu ya da bu şekilde büyük imparatorlukların yapılarını ciddi düzeyde etkilediği görülmektedir. Bu, topyekun ve kayıtsız bir batılılaşma anlamına gelmemektedir, yapılan çabaların Osmanlı İmparatorluğu’nu çöküş sürecinden çıkarma amacını taşıdığı söylenebilir. Bu nedenle modernleşme çabalarına karşı gelecek tepkiler hesap edilerek bazı konularda çekinceli davranıldığı, eski değerlerin korunduğu, Osmanlı kimliğinin kaybedilmediği vurgulanmaktadır.¹

Değişim ve dönüşüm süreci, esasen devlete ve devletin gücüne ilişkin bir sorundur: yapılan tüm değişiklikler devlet merkezlidir.² Bu süreçte önce Batı’da daha sonra Osmanlı İmparatorluğu’nda rasyonel, yazılı kanunlar yapılmaya başlanmıştır. Ülke içerisindeki yetkili organlar yaşamın belirli bir alanını kapsayan düzenlemeler yapmış ve bunlar “code” (kanunname) olarak adlandırılmıştır. 1804’te Fransa’da yürürlüğe giren *Code Civil* ve 1900’de yürürlüğe giren Alman Medeni Kanun’u (BGB) bu kodlara örnektir. Bu düzenlemeler ile toplumdaki ilişkilerin düzenlenmesine ilişkin akıma kodifikasyon akımı denir. İngiltere kendine has tarihsel gelişimi sebebiyle kodifikasyon akımının dışında kalmıştır. Osmanlı ise Avrupa ile ilişkileri arttıktan sonra bu akıma dahil olmuş, Arazi Kanunu, Mecelle, Ceza Kanunnamesi ve 1876 Kanun-ı Esasi gibi belirli kodifikasyon hareketlerinde bulunmuştur.³

Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye (“**Mecelle**”), İslam hukuku alanındaki ilk medeni kanun denemesi olması sebebiyle özel bir önem arz etmektedir. Bu metin öncesinde yapılan hukuk çalışmaları, İslam hukukunun her alanına ilişkin genel bilgi içeren hukuk külliyatlarıdır. Mecelle, yalnızca medeni hukuk alanını kapsadığından ve padişah tarafından onaylanıp yürürlüğe girdiğinden diğer hukuk çalışmalarından ayrılarak kanun niteliğini kazanmıştır.⁴ Bu medeni kanunda daha ilahi bir kaynağa sahip olan aile hukuku, şa-

¹ ZAPTCIOĞLU Dilek, “Yeterince Otantik Değilsiniz Padişahım” **Modernlik, Dindarlık, Özgürlük**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s. 158.

² İNALCIK Halil / SEYİTOTANOĞLU Mehmet, **Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu**, 8. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, s. 212.

³ AYBAY AYDIN / AYBAN Rona / PEHLİVAN Ali, **Hukuka Giriş**, 14. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2018, s. 94-95.

⁴ KAŞIKÇI Osman, **Osmanlı ve İslam Hukukunda Mecelle**, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, N. 16, İstanbul, 1997, s. 27.

hıslar hukuku ise yer almamıştır. Bu alanların düzenlenmesi Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile olmuştur ancak bu kararname kanun birliği sağlasa bile hukuk birliği sağlamamıştır. Dolayısıyla Osmanlı'da laik bir hukuki sistem bulunmadığından medeni hukuk alanında tam olarak hukuk birliği yoktur. Bu birlik ancak Cumhuriyet'in ilanından sonra İsviçre Medeni Kanunu'nun resepsiyonu ile mümkün olmuştur.

Türk Medeni Kanun'u yalnız hukuk birliğini sağlamamış aynı zamanda aileyi kamusal bir kurum olarak ele almıştır. Türkiye topraklarında yaşayan ve farklı dinlere mensup olan herkes için evlenme ve boşanmayı aynılaştırmıştır. Bunun yanında bireye de ayrıca bir değer vermektedir.⁵ Medeni Kanun birçok yanıyla toplumsal bir dönüşüm yaratmıştır. Yine de geleneksel bazı uygulamalar devam etmiştir.

Bu çalışmada da Mecelle'nin kodifikasyonundan başlayarak günümüze tarihsel bir bakış atılmıştır. Mecelle'yi doğuran etmenler, eksiklikleri ve uygulamaları sonrasında Medeni Kanun'un çıktığı koşullar incelenmiştir. Son olarak da toplumsal ve hukuki olarak günümüz değerlendirilmiştir.

I. OSMANLI İMPARATORLUĞU'NDA İSLAM HUKUKUNUN KODİFİKASYONU

Tanzimat dönemi ile Osmanlı İmparatorluğu içerisinde hukuk ile toplumu dönüştürme çabaları görülmektedir. Osmanlı İmparatorluğu giderek güç kaybetmektedir. Bu sebeple merkezi otoriteyi güçlendirmek istemiş, özellikle askeri ve idari alanlarda Avrupa'yı örnek almaya başlamıştır.⁶ Bu değişim yalnızca askeri ve idari alanla kalmamış toplumsal alanları da etkilemiştir. Avrupalı devletler ile imzalanan anlaşmalar Osmanlı'daki ticari hayatı değiştirmiştir. 1838 yılında imzalanan Baltalimanı Sözleşmesi ile İngiltere için gümrük oranları indirilmesi, bunun bir sonucu olarak da Osmanlı İmparatorluğu'nun İngiltere için açık bir pazar haline gelmesi bu hususa dair önemli bir örnektir.⁷ Artan ve değişen ticaret ilişkileri Osmanlı İmparatorluğu'nu ekonomik olarak zayıflatmıştır. Avrupalı devletler aynı zamanda Osmanlı İmparatorluğu içerisinde bulunan gayrimüslim azınlıklar aracılığıyla Osmanlı İmparatorluğu'nun iç işlerine müdahale etmeyi arzula-

⁵ ÜSKÜL ENGİN Zeynep Özlem, *Türkiye'de Evlenmenin Evrimi*, Beşir Kitapevi, İstanbul, 2008, s. 65.

⁶ GÜRİZ Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 18. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2017, s. 147-148.

⁷ AYDIN M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 420.

maktadırlar. Bu dönemde Osmanlı İmparatorluğu bir yandan Batı'ya uyum sağlamaya çabalamış, buna yönelik kanunlaştırma ve resepsiyon yapmış, diğer yandan kimliğini korumaya çalışmıştır.⁸ Tanzimat hareketi hem Batılılar hem de Tanzimat öncüleri tarafından kanun egemenliği kurma ve yönetimi düzenleme olarak anlaşılmaktadır. Ancak bu hareket, 19. yüzyıl Osmanlı toplumunun yaşam tarzını ve dünya görüşünün bilinçli olarak devam ettirmiştir.⁹

A. İslam Hukuku'nda İlk Kodifikasyon Olarak Mecelle

Osmanlı İmparatorluğu özellikle hilafetin Osmanlı'ya geçişinden sonra tamamiyle teokratik bir yapı kazanmıştır. İslam Kamu Hukuku kullarına uygun olarak devlet ile din birliği mer'i olmuş ve hükümdar halifelik sıfatıyla tüm müslümanların başı, hükümdarı sayılmıştır.¹⁰ Osmanlı İmparatorluğu'nda hukuk şer'i hukuk ve örfi hukuk üzerinden ilerlemektedir. Şer'i hukuk, din kurallarını yorumlayan imamların içtihatlarıdır. Örfi hukuk ise Osmanlı'da padişahın kanunlarıyla oluşur.¹¹ Şer'i hukuk konularında İslam hukuku esastır. İdare ve maliye konularında örfi hukuk dediğimiz padişahın fermanları uygulanmaktadır. Tanzimat sonrası yaşananlar neticesinde 1839 yılından itibaren bu sisteme batı tipi kanunlar eklenmiştir.¹² Batı'dan alınan kanunların Osmanlı İmparatorluğu'ndaki ilk örneği olan Ticaret-i Kanunname, Fransız Ticaret Kanunu baz alınarak hazırlanmıştır.¹³ Mecelle ise Batı'dan alınmamış İslam hukukunun kodifikasyonu şeklinde ortaya çıkmıştır. İlk olarak bu kodifikasyona yol açan sebepler ve kodifikasyon süreci, ardından Mecelle'nin içeriği ve kaynağı, son olarak da etkisi ve önemi açıklanacaktır.

⁸ GÜRİZ, s. 148.

⁹ ORTAYLI İlber, **İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı**, 1. Bası, Hil Yayın, İstanbul, 1983, s. 170-171.

¹⁰ ÖZEK Çetin, **Türkiye'de Laiklik**, Baha Matbaası, İstanbul, 1962, s. 12.

¹¹ AYDIN M. Akif, **Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet**, 1. Basım, Klasik Yayınları, İstanbul, 2014, s. 18.

¹² AYDIN, 2014, s. 148.

¹³ AYDIN, 2009, s. 42; Yalnız ticaret kanunu değil aynı zamanda Ceza Kanunnamesi (1858), Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi (1861), Ticaret-i Bahariye Kanunnamesi (1863), Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu (1879), Usul-ı Muhakemat-ı Hukukiyye Kanunu (1879) Batılı Devletler'den esinlenerek alınmış kanunlardır. (AYDIN, 2009, s. 432-434).

1. Mecelle'yi Doğuran Sebepler

Ticaret ilişkileri yalnızca Batı tipi kanunların oluşmasını değil, aynı zamanda Osmanlı'daki yargı sisteminin de farklılaşmasını beraberinde getirmiştir. Tanzimat döneminde hem ilk derece hem de temyiz merci sayılabilecek mahkemeler kurulmuştur.¹⁴ Şeriye mahkemelerinin yetersiz kalması sebebiyle 1850 yılından itibaren Avrupa ile ticari ilişkileri kolaylaştırmayı hedefleyen ticaret mahkemeleri¹⁵ ve Fransız sistemine uygun nizamiye mahkemeleri de sisteme dahil edilmiştir.¹⁶ Bunun yanında kapitülasyonlar sebebiyle bazı konularda yargı yetkisine sahip konsolosluk mahkemeleri, gayrimüslim azınlıkların dini ve kişisel hususlardaki davalarına bakmakta yetkili olan azınlık (cemaat) mahkemeleri bulunmaktadır.¹⁷ Sonuç olarak, Osmanlı İmparatorluğunda ilk derece mahkemelerinin sayısı beşe yükselmiştir: nizamiye mahkemeleri, ticaret mahkemeleri, şeriye mahkemeleri, cemaat mahkemeleri, konsolosluk mahkemeleri.¹⁸

Bu yaşanan gelişmeler Osmanlı'da hukuki bir düalizm yaratmıştır ve yargılamalarda somut bazı problemler gün yüzüne çıkmıştır. Gayrimüslimlerin taraf olduğu ticari davalar ticaret mahkemelerinde görülmektedir. Ticaret mahkemeleri yargılamalarında Fransa'dan alınan ticaret kanununu kullanmaktadır. Ticari davalarda esasa ilişkin hususun bu kanunda düzenlenmemiş medeni hukuka alanına ilişkin olması (kefalet, vekalet, rehin gibi hususlar)¹⁹ çok temel sorunlara yol açmaktadır. İlk olarak, medeni hukuka dair uyumsuzluğun hangi hukuka dayanarak çözüleceği tartışma konusu olmuştur. Medeni hukuk alanında Batı'dan resmi olarak alınan herhangi bir kanun bulunmadığından Batılı kanunlara dayanılarak karar verilememektedir.²⁰

¹⁴ AYDIN, 2009, s. 424-428.

¹⁵ ONAR Sıddık Sami, "La Codification d'une Partie du Droit Musulman Dans l'Empire Ottoman (Le Médjellé)", *Annales de Faculté d'Istanbul*, C. 3, S. 4, 1954, ss. 90-128, s. 93; AYDIN, 2009, s. 421.

¹⁶ AYDIN, 2009, s. 421.

¹⁷ GÜRİZ, s. 149.

¹⁸ AYDIN, 2009, s. 428.

¹⁹ CİN Halil / AKGÜNDÜZ Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, 2. Cilt, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1989, s. 156; AYDIN Mehmet Akif, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye", 2003, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mecelle-i-ahkam-i-adliyye>, (Erişim Tarihi: 30.03.2023); **Sadeleştirilmiş Mecelle**, Sadeleştirilenler: İbrahim Ural / Salih Özcan, Fey Vakfı, İstanbul, 1995, s. 11.

²⁰ KAŞIKÇI, s. 35; Batılı kanunların Osmanlı İmparatorluğu'ndaki uyumsuzluklarda referans alınmaması gerektiği, bu yasaların padişah iradesi ile yürürlüğe konmadığı dolayısıyla hukuk kaynağı olamayacağı Mecelle Esbab-ı Mucibe Mazbatasında dile getirilmiştir (Sadeleştirilmiş Mecelle, s. 12).

Mahkemelerdeki hakimler sayı olarak azdır ve nitelik olarak sorunları şer'i hükümlere dayanarak çözmekten acizlerdir.²¹ Nitekim nizamiye ve ticaret mahkemelerinde hem yabancı üyeler bulunmaktadır hem de hukuk tahsili olmayan hakimler atanmaktadır.²² Davanın daha sağlıklı sonuçlanabilmesi için en baştan şeriye mahkemelerine gidildiği durumda ise ulaşılabilecek sonuç ticaret mahkemelerinden farklı olmaktadır.²³ Gayrimüslimler ve yabancılar ticaret mahkemeleri ilgili uyuşmazlığı çözemese de şeriye mahkemelerine gitmek istememektedirler.²⁴ Benzer sorunlar nizamiye mahkemelerinde de yaşanmaktadır.²⁵ Belirtmek gerekir ki, şeriye mahkemelerinde de hukuki davaların sonuçlandırılmasında tatmin edici çıktılar elde edilememektedir. Şeriye mahkemeleri sosyo-ekonomik gelişmeleri yakalayamamıştır.²⁶ Batı bu dönemde Osmanlı'yı geri bırakan sebeplerin başında fıkıh ile ilgili hükümlerin olduğunu bile iddia etmektedir.²⁷

Şer'i hukukta birçok farklı görüşün bulunmasının yarattığı karışıklık²⁸ ve İslam hukukuna temel teşkil eden kaynakların Arapça olması dönemin hakimlerinin hukuk yaratmada yetersiz kalmasına yol açmıştır.²⁹ Dönemin eğitim şartları gözetildiğinde de daha basit dili olan ve farklı görüşler arasında hakimlerin kaybolmasını engelleyen bir kanuna ihtiyaç hissedilmektedir.³⁰ Tanzimat döneminde hukukçu ihtiyacını karşılamak için 1854 yılında Muallimhane-i

²¹ KAŞIKÇI, s. 47-49.

²² AYDIN, 2009, s. 422; CİN / AKGÜNDÜZ, s. 156.

²³ ONAR, s. 96; KAŞIKÇI, s. 51.

²⁴ OSMANOĞLU KARAHASANOĞLU Cihan, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", **OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi**, C. 29, S. 29, 2011, ss. 93-124, s. 94-95; Şeriye mahkemelerinde müslüman Osmanlı vatandaşları aleyhine gayrimüslim azınlıkların; gayrimüslim azınlıklar aleyhine yabancıların tanıklığı kabul edilmemektedir. Bkz. MARDİN Ebül'ula, **Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996, s. 47.

²⁵ ONAR, s. 96; CİN / AKGÜNDÜZ, s. 156.

²⁶ OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s. 95; Eski Hanefi uygulamasında bir ev satın alınacaksa bu evin bir odasının görülmesi yeterlidir. Evlerde her oda birbiri ile benzer şekilde yapıldığından her odanın ayrıca gösterilmesi gerekli değildir ancak değişen şartlar sonucunda Mecelle komisyonu her odanın gösterilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir. (Sadeleştirilmiş Mecelle, s. 13); Ayrıca Mecelle'nin 39.maddesinde "Zamanın değişmesiyle hükümler de değişir." diyerek çağın şartlarıyla beraber hukukun da dönüşüm geçirmesi gerektiği vurgulanmıştır. (Sadeleştirilmiş Mecelle, s. 29).

²⁷ KAŞIKÇI, s. 56.

²⁸ CİN / AKGÜNDÜZ, s. 157; KAŞIKÇI, s. 56-57.

²⁹ AYDIN, 2009, s. 422.

³⁰ Sadeleştirilmiş Mecelle, s. 14.

Nüvvab (Kadı Vekilleri Okulu) adında bir hukuk mektebi kurulmuş ve 1869'da Galatasaray Mekteb-i Sultanisi'nde bir hukuk şubesi açılmıştır. Ancak bu kurumlar oluşan acil ihtiyaca hızlıca cevap verebilecek kurumlar değildir.³¹

Tüm bu sebepler incelendiğinde hukuktaki düalizmi ortadan kaldırmak³² ve hakimlerin dayanacağı kolay anlaşılır bir hukuk metni oluşturmak³³ dönemin hukuki koşulları çerçevesinde zorunlu hale gelmiştir. Bu sebeple Mecelle'de dönemine göre basit bir dil kullanılmıştır.³⁴

2. Mecelle'nin Kodifikasyon Süreci

1855 yılında milli bir medeni kanun fikri güçlenince "Metn-i Metin" adında bir eser ortaya koymak amacıyla Meclis-i Tanzimat bünyesinde "cemiyet-i ilmiye" kurulmuş ancak komisyon dağılmıştır. Sonrasında Ali Paşa tarafından Fransız Medeni kanunun alınması fikri padişaha sunulmuştur. Aynı dönemde Ali Paşa *Code Civil*'in Türkçeye çevrilmesi için talimatlar vermiş, Fransız Medeni Kanunu'nda Osmanlı'ya uygun olmayan maddelerin tespit edilmesi için çalışmalar yapmıştır. Fransa'nın, özellikle Fransız Büyükelçisi De Bourrée'nin etkisi olduğu iddiası da bulunmaktadır.³⁵ Fransa'nın baskıları bu dönemde oldukça yoğun hissedilmektedir, özellikle Batıcı devlet adamları ile çok daha tutucu, Ortadoks Sünni-Hanefi denilebilecek bir duruşa sahip olan Ahmet Cevdet Paşa³⁶ arasında tartışmalar yaşanmıştır.³⁷ Yine de milli bir medeni kanun fikrinin kabul edilmesi ile Mecelle Cemiyeti kurulmuş ve başkanlığına Ahmet Cevdet Paşa getirilmiştir.³⁸ Hanefi fıkıh ekolü esas alınarak Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin hazırlanması kararlaştırılmıştır.³⁹

³¹ AYDIN, 2003; KAŞIKÇI, s. 56-58 ve s. 48-49.

³² VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, "Les Facteurs de Codification Dans L'Empire Ottoman", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, C. 11, S. 16-17, 1961, ss. 21-39, s. 27.

³³ OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s. 95; AYOUB Samy, "The Mecelle, Sharia, and the Ottoman State: Fashioning and Refashioning of Islamic Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries", *Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association*, V. 2, N. 1, 2015, ss. 121-146, s. 129.

³⁴ KAŞIKÇI, s. 39.

³⁵ Fransa "Code Civil"i kabul ettirerek kültürel ve siyasi bir prestij kazanma arzusundadır. (AYDIN, 2003; AYDIN, 2009, s. 422-423; CİN / AKGÜNDÜZ, s. 157).

³⁶ ORTAYLI, 1983, s. 173.

³⁷ MARDİN, s. 59-63.

³⁸ AYDIN, 2009, s. 431; CİN / AKGÜNDÜZ, s. 156-157; AYDIN, 2003; AKGÜNDÜZ, s. 28-29.

³⁹ MARDİN, s. 61-65.

Mecelle hazırlanırken kanunun tümünün hazırlanması beklenmeden kitaplar hazırlandıkça padişah iradesi ile yürürlüğe sokulmuştur.⁴⁰ Yürürlüğe konan kitapların birer kopyası uygulanmak üzere nizamiye mahkemelerine ve şeriye mahkemelerine gönderilmiştir.⁴¹

Üçüncü kitabın yürürlüğe girmesinden sonra 1870 yılında Ahmet Cevdet Paşa, Divan-ı Ahkam-ı Adliyye Nezareti'nden alınmış, Mecelle Cemiyeti şeyhülislamığa bağlanmıştır. Ahmet Cevdet Paşa azledilmeden önce dördüncü kitap olan "Kitab'ül Havale" bitirilmiş, sadarete iletilmiştir. "Kitab'ül Rehin" ise büyük ölçüde tamamlanmıştır. Ahmet Cevdet Paşa'nın komisyondan ayrılması sırasında Kitab'ül Rehin'de rehnedilen malın zayi olması durumunda ne gibi sonuçlar doğacağına ilişkin çok önemli bir madde unutulmuş ve sonradan bu eksiklik Ahmet Cevdet Paşa tarafından 1108. madde ile dolaylı olarak doldurulmuştur. Ahmet Cevdet Paşa'nın yokluğunda çıkarılan "Kitab'ül Vedia"nın eksiklikleri sebebiyle çok eleştirilmesi sonucu Ahmet Cevdet Paşa tekrar Cemiyet'in başına getirilmiştir.⁴² Ahmet Cevdet Paşa'nın görevden alınmasında Fransız Büyükelçisi De Bourrée'nin muhalefedinin etkisi olduğu bilinmektedir. Ayrıca dönemin Batıcı devlet adamı olan Ali Paşa ile Cevdet Paşa muhafazakar görüşleri sebebiyle anlaşamamaktadır. Ahmet Cevdet Paşa'nın Hanefi fıkıh içerisinde İmam Züfer'in azınlık görüşüne yer vermesi sonrasında şeyhülislamla karşı karşıya gelmesi ise görevden alınmasını tetikleyen asıl sebep olmuştur.⁴³

3. Mecellenin İçeriği ve Kaynağı

Mecelle bir giriş, 16 kitap ve 1851 maddeden oluşmaktadır. Mukaddime (Başlangıç) kısmında yer alan 100 madde genel hükümler niteliğindedir, hakimlere yol gösterici nitelik taşımaktadır.⁴⁴ İlk kitabı 1869 yılında, on altıncı kitabı ise 1876 yılında yürürlüğe gitmiştir.⁴⁵

Mecelle, kelime anlamı olarak birtakım meseleleri derleyen kitap anlamına gelmektedir. Osmanlı İmparatorluğu'nda özel hukuk fıkıh çerçevesin-

⁴⁰ OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s. 96.

⁴¹ OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s. 98; AYOUB, s. 130.

⁴² AYDIN, 2003.

⁴³ AYDIN, 2003.; MARDİN, s. 78-83.

⁴⁴ ONAR, s. 104 ve s. 107.

⁴⁵ Kitapların yürürlüğe girmesine dair daha ayrıntılı bilgi için Bkz. OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s. 97-102.

de gelişmektedir, Mecelle de aslında var olan fıkıh görüşlerinin derlendiği bir kitaptır.⁴⁶ Hanefi fıkıh ekolün dışına çıkılmamış, başka mezheplerden (Hanbeli, Şafii, Maliki) yararlanılmamıştır. Devrin şartlarının radikal bir değişikliğe uygun olmamasının bunda etkisi vardır.⁴⁷ Mecelle bu sebeple esas bakımından İslam hukuku içerisinde yer almaktadır, ancak şekil itibarıyla örfi hukuk kapsamında değerlendirilebilir. Osmanlı'da ülü'l emr'in⁴⁸ sınırlı yasama yetkisi içerisinde şer'i hükümleri kanun hükmü haline getirmek ve içtihatlar arasında tercih yapmak da vardır.⁴⁹ Dini kaynaklı bir yasa olsa da Osmanlı vatandaşı olan herkese ayırım gözetilmeden uygulanmaktadır, İslam hukuku kaynaklı hükümler kodifiye edilmiştir, şeklen bir laikleştirme görülmektedir.⁵⁰

Mecelle'nin tam anlamıyla laik bir medeni kanun niteliği yoktur. Mecelle'nin çıkarıldığı dönemde nizamiye mahkemelerinin işleyişine dair usul kurallarının bulunmaması Mecelle içerisine usul hukukunun da dahil edilmesine yol açmıştır.⁵¹ Ayrıca Mecelle içerisinde kişiler hukuku, aile hukuku ve eşya hukukunun büyük bir kısmı düzenlenmemiştir.⁵² Aile, miras ve şahıs hukukunun din farkı gözetilmemesinin herkes için ortak olması ise daha çok modern devlette görülen bir olgudur.⁵³ Mecelle'nin çıkarılma gerekçeleri incelendiğinde ticari ilişkilerde Müslüman ve gayrimüslim vatandaşlar arasındaki, bu kişilerle de yabancılar arasındaki hukuki uyumsuzlukların büyük rol oynadığı görülmektedir. Aile hukuku, bu hususların dışında kalmaktadır. Mecelle'nin din fark etmeksizin Osmanlı'daki her vatandaşa uygulanacağı unutulmamalıdır. Aile hukukunun çok daha ilahi bir kaynağa sahip olduğu ve konsolosluk mahkemeleri, cemaat mahkemeleri ve şeriye mahkemelerinin yetkisinde bulunduğu da gözetilirse Mecelle'de aile hukukunun düzen-

⁴⁶ CİN / AKGÜNDÜZ, s. 154-155; ONAR, s. 99.

⁴⁷ AYDIN, 2003; ONAR, s. 103.

⁴⁸ Ülü'l emr TDV İslam Ansiklopedisi'nde "başta devlet başkanı olmak üzere toplumun üst yöneticilerini, toplumsal sorumluluk ve otorite sahibi kimseleri içine alan kapsamlı bir tabir" olarak tanımlanmıştır. TÜRCAN Talip, "Ülü'l Emr", TDV İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ulul-emr>, (Erişim Tarihi: 03.04.2023).

⁴⁹ KAŞIKÇI, s. 24.

⁵⁰ Hıfzı Veldet'in Mecelle Hakkında Mütalaası'ndan aktaran MARDİN, s. 191.

⁵¹ OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s. 104 ve s. 117; CİN / AKGÜNDÜZ, s. 160.

⁵² OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami; **Medeni Hukuk**, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 25: Eşya hukuku alanında Mecelle dışında farklı kanunlar yapılmıştır. 1858'de çıkarılan Arazi Kanunu buna örnektir.

⁵³ OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s. 106.

lenmemesi şaşırtıcı değildir.⁵⁴ Ayrıca Mecelle'nin mazbatasının en başında medeni kanunun fıkıhtaki karşılığının mu'amelat olduğu ve aile hukukunu içermediği yazmaktadır.⁵⁵

Dönemin koşulları değerlendirildiğinde, Tanzimat Dönemi'nde yaşanan özgürleşmenin ve Batı etkisinin, özellikle Batı yanlısı çevrelerde etkisi olduğu yadsınamaz ancak tanzimat dönemindeki genel aile profili hala gelenekseldir ve bu fikirler Anadolu'ya yayılmış değildir. Kaybedilen topraklar sebebiyle göçler yaşanmakta, sanayileşme gerçekleşmemekte, tarım ilkel yöntemlerle yapılmaktadır ve eğitim seviyesi yüksek değildir. Dolayısıyla toplumsal bir değişim için talep de bulunmamaktadır.⁵⁶ Nitekim Davidson ve Velidedeoğlu, aile hukukunun Mecelle'de yer almamasının yalnızca Mecelle'ye özel olmadığını, Fransız Medeni Kanun kabul edilseydi bile büyük ihtimalle aile hukukuna ilişkin hususların dahil edilemeyeceğini dile getirmektedirler.⁵⁷

Mecelle'nin içeriği dışında sistematigi ve kaynağı da tartışılmıştır. Encyclopaedia of Islam, Mecelle'nin Batı yasalarında olduğu gibi kitaplara, bölümlere ve maddelere ayrılmasıyla Batı etkisinde oluşturulduğunu ifade etmektedir.⁵⁸ Ancak Mecelle, İslam hukukunun klasik literatüründe olduğu gibi meselecî metoda bağlı olarak düzenlenmiştir, ayrıca İslam hukukunun genel yaklaşımına benzer şekilde ahlakiliği ekonomik yarara öncelemiştir.⁵⁹ Mecelle'nin özellikle benzeştirildiği *Code Civil* ile arasındaki benzerlik, Osman Kaşıkçı'ya göre hukukun tabii ilkelerinin bulunmasından ve bu sebeple bazı hükümlerin benzeşmesinden kaynaklanmaktadır. Doğrudan genel prensiplerden yola çıkarak Mecelle'nin *Code Civil*'den etkilendiği söylenemez.⁶⁰ Akgündüz de Kaşıkçı'ya katılmakta ve Mecelle'nin kaynağının kendi mazbatasında da yazdığı üzere Hanefî hukuka dayandığını savunmaktadır.⁶¹ Ayrıca, Batı'daki liberalleşmenin Osmanlı İmparatorluğu'nu etkilediğini, bu

⁵⁴ KAŞIKÇI, s. 35-36; CİN / AKGÜNDÜZ, s. 160-161; ONAR, s. 106-107.

⁵⁵ Sadeleştirilmiş Mecelle, s. 11; AKGÜNDÜZ Ahmet, **Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (Mecelle Tadilleri ve Gereklileriyle Birlikte)**, 1. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2013, s. 47.

⁵⁶ ÜSKÜL ENGİN, s. 40-41.

⁵⁷ Aktaran OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s. 105-106.

⁵⁸ Aktaran AYOUB, s. 126.

⁵⁹ AYDIN, 2003; ONAR, s. 67.

⁶⁰ KAŞIKÇI, s. 64-65.

⁶¹ AKGÜNDÜZ, s. 31.

sebeple dönemin ruhuna uygun bir şekilde Osmanlı İmparatorluğu'nda Mecelle ile ilerici ve devrimci bir adım atıldığı da ifade edilmektedir.⁶² Bu görüşe karşı olarsa Mecelle'nin doğumunun pratik gerekçelere dayanması sebebiyle Batı'daki kanunlaştırmalardaki gibi felsefi ve hukuki bir dönüşüme dayandırılmayacağı düşünülmektedir.⁶³

Kaynağının ne olduğu tartışması, Mecelle'nin İslam hukukunda yapılan ilk kodifikasyon olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Her koşulda Mecelle hem Türk hukuk tarihi için hem de İslam hukuk tarihi açısından önemli bir atılımdır. Osmanlı'nın dağılışıdan sonra da birçok ülkede uygulanmış ve birçok kanunu etkilemiştir.

4. Mecelle'nin Etkisi ve Önemi

Her şeyden önce Mecelle olmasaydı, muhtemelen Medeni Kanun'da olmayabilirdi. Ahmet Cevdet Paşa'nın yabancı bir kanunname yerine dönemin Osmanlı İmparatorluğu'na uygun bir kanunname çalışması yapması, sömürgeleştirme hedeflerine set çekmiştir. O dönemde bir ülkeye eğitim ve yargı yoluyla, dilini ve kültürünü zorla kabul ettirmeye çalışan birçok ülkenin varlığı görülmektedir.

Mecelle Mısır ve Arap yarımadası hariç tüm Osmanlı'da uygulanmıştır. II. Meşrutiyet'in ilanından sonra dönemin ihtiyaçlarına cevap vermediği gerekçesiyle eleştirel sesler yükselmiştir. Bu sebeple 1916 yılında yasanın tadili için tekrar Kanun-i Medeni Komisyonu oluşturulmuştur. Bu komisyon sonrasında üç alt komisyona ayrılmıştır. Hukuk-ı Aile Komisyonu da Mecelle içerisinde yer almayan aile hukukunu kanunlaştırmak için yapılandırılmıştır. Komisyon çalışmaları neticesinde 1917 yılında Hukuk-ı Aile Kararnamesi çıkarılmıştır.⁶⁴ Bu kararname Osmanlı İmparatorluğu'nda I. Dünya Savaşı sonrasında kaldırılmış ancak Suriye, Lübnan, Ürdün, Filistin gibi devletlerde uzun süre uygulanmıştır.⁶⁵

1920, 1921 ve 1923'te Türkiye topraklarında yapılan Mecelle'yi tadil etme çabaları ise başarısız olmuştur. Şeriattan ayrılmak olarak algılanabile-

⁶² GÜR A. Refik, **Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle**, 3. Baskı, Sebil Yayınevi, İstanbul, 1993, s. 94-97 ve s. 196.

⁶³ AKGÜNDÜZ, s. 25-28.

⁶⁴ KAŞIKÇI, s. 376-377.

⁶⁵ AYDIN M. Akif, **Osmanlı Aile Hukuku**, 1. Basım, Klasik Yayınları, İstanbul, 2017, s. 201-202.

ceğinden gelecek tepkilerden çekinilmiş ve Mecelle ancak 1926 yılında devrimci bir hareketle yürürlükten kaldırılabilmiştir.⁶⁶

Mecelle Osmanlı İmparatorluğu'nun yıkılışından sonra da bazı ülkelerin hukuklarındaki yerini korumuştur. Lübnan'da mülkiyet hukuku bakımından 1930, diğer hükümler açısından 1934, Suriye'de mülkiyet hukuku bakımından 1930, diğer hükümler bakımından 1949, Irak'ta 1951, Ürdün'de 1977, Arnavutluk'ta 1928, Bosna Hersek'te 1945, Kıbrıs'ta 1960 yılına kadar Mecelle'nin uygulandığı bilinmektedir. İsrail Devleti de çeşitli hükümlerin yerini alacak kanunlar hazırlayana kadar -yaklaşık 1970'li yıllar- Mecelle'yi yürürlükte bırakmıştır.⁶⁷ Malezya'nın bir eyaleti olan Johore'da Mecelle Malaycaya çevrilmiş ve bir süre yürürlükte kalmıştır.⁶⁸

Uygulanmasının dışında Mecelle'nin akademik çalışmaları etkilediği de hakkında yazılan Arapça şerhlerin fazlalığından anlaşılmaktadır.⁶⁹ Rumca ve Arapçaya resmen tercüme edilmiş ve birçok dile de bilimsel amaçlarla çevrilmiştir.⁷⁰ Ayrıca Arap Birliği Medeni Hukuk Projesi'ne ilham olmuştur.⁷¹

Bu yönüyle Mecelle birçok ülkenin hukukuna etkide bulunmuş ve özellikle Osmanlı devleti içerisinde laikleşmenin tohumlarını atmıştır. Osmanlı tarihinde Mecelle'nin eksik bıraktığı bir alan olan aile hukukunun düzenlendiği Hukuk-ı Aile Kararnamesi de bu kapsamda dikkate değerdir.

B. Hukuk-ı Aile Kararnamesi

Osmanlı'da aile hukuku büyük çoğunlukla şer'i hükümler çerçevesinde ilerlemektedir ve örfi düzenlemeler oldukça sınırlıdır. Evlenme hususunda Müslümanlar İslam hukuku esaslarına göre, gayrimüslimler ise kendi dinlerinin gereklerine uyarak kaydedilmektedir.⁷² Osmanlı'da evlenmeye ilişkin şer'i hükümlerin kapsamında kalmayan uygulamalar oldukça sınırlıdır. Yal-

⁶⁶ ONAR, s. 90-91.

⁶⁷ AYDIN, 2003.

⁶⁸ JAFFAR Zainudin, "The Development of Islamic Legal Thoughts in Twentieth Century Malaysia: An Assessment of Crosscultural Links With Special Reference to the Ottoman's Majallat al-Ahktim al-'Adliyyah", *Journal Syariah*, V. 8, N. 1, 2000, ss. 83-100, s. 92-93.

⁶⁹ KAŞIKÇI, s. 33.

⁷⁰ AKGÜNDÜZ, s. 32.

⁷¹ FILALI Ali, "Le Projet de Code Civil Arabe Unifié: Entre Modernité et Authenticité", *Annales de l'Université d'Alger*, V. 30, N. 3, ss. 137-191, s. 141.

⁷² ÜSKÜL ENGİN, s. 28.

nızca kadından izinname alınması veya bazı dönemlerde evlenmeyi kolaylaştırıcı önlemler gibi örfi uygulamalar bulunmaktadır.⁷³ Dolayısıyla bir hukuk birliği söz konusu değildir, her cemaat kendi dininin gereklerini yerine getirmektedir. Aynı zamanda mahkemelerde de birlik yoktur. Osmanlı vatan-daşı olan gayrimüslimler kendi cemaatlerinin mahkemelerinde yargılanabildikleri gibi, talep etmeleri halinde şeriye mahkemelerine de başvurabilmektedirler. Tanzimat sonrası kurulan nizamiye mahkemeleri ise aile ve şahıs davalarına bakmaya yetkili değildir. Hüküm verdikleri takdirde verdikleri hüküm bozulmaktadır.⁷⁴

Özellikle 19. yüzyılın sonlarına doğru şehirleşmenin artması ile geleneksel aile yapısı sarsılmaya başlamıştır. Üst-orta sınıftaki kadınlar, Tanzimat döneminde toplumsal hayata girmeye başlamışlardır. Özgürleşme dalgası özellikle eğitim alanında bu kadınların taleplerde bulunmasını beraberinde getirmiştir.⁷⁵ Bununla birlikte Balkan Savaşları, Birinci Dünya Savaşı gibi çok fazla savaşın meydana gelmesi kadının kamusal alanda daha görünür olmasını sağlamıştır.⁷⁶ Bu sebeplerle kadının aile içerisindeki yeri de tartışılmıştır. İlk olarak, bazı ferman ve tenbihler aracılığıyla geleneksel evlilik düzenlenmeye çalışılmıştır.⁷⁷ Sistematik aile hukuku çalışmaları ise daha geç bir tarihte ortaya çıkmıştır.

1916 yılında kurulan Mahmud Esad Efendi başkanlığındaki Hukuk-ı Aile Komisyonu tarafından 25 Ekim 1917 tarihinde Hukuk-ı Aile Kararnamesi çıkarılmıştır. Bu kanun iki bölüm ve 157 maddeden oluşmaktadır. Mecelle-den farklı olarak Hanefi mezhebinin dışında diğer Sünni İslam mezheplerinin görüşlerini de barındırmaktadır. Buna ek olarak toplumsal yapıyı korumak amacıyla Yahudi ve Hristiyanların kendi hukuklarına ilişkin düzenlemelere ayrıca yer verilmiştir.⁷⁸ Bu sebeple, Hukuk-ı Aile-i Kararnamesi her ne kadar bir kanun birliğini sağlamaya çalışsa da tam olarak bir hukuk birli-

⁷³ ÜSKÜL ENGİN, s. 32-34, 1841 yılında evlenmeye ilişkin bazı konuları düzenleyen ferman, 1859'da izinnamelelerden alınacak vergiler, 1913'te izinname alınmadan yapılan nikahlara ilişkin ceza hukuku alanında düzenlemeler yapılmıştır. daha ayrıntılı bilgi için Bkz. ÜSKÜL ENGİN, s. 44-47.

⁷⁴ EKİNCİ Ekrem Buğra, **Osmanlı Mahkemeleri Tanzimat ve Sonrası (Tanzimat ve Sonrası)**, 2. Baskı, Artı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 390-391.

⁷⁵ ORTAYLI, 1983, s. 182-183.

⁷⁶ AYDIN, 2009, s. 421.

⁷⁷ ORTAYLI, 1983, s. 183.

⁷⁸ AYDIN, 2009, 432; ÜSKÜL ENGİN, s. 50-51.

ğinden söz etmek mümkün değildir.⁷⁹ Ancak yaratılan bir yargı birliği söz konusudur. Cemaat Mahkemeleri'nin yargılama yetkisi bu kanun ile son bulmuş ve yetki şeriye mahkemelerine verilmiştir. Bu cemaatlerin ruhani liderleri ise kendi yargı yetkilerinin devamı için hem Osmanlı Devleti'ne hem de Batılı devletlere başvuruda bulunmuşlardır.⁸⁰

Hukuk-ı Aile Kararnamesi yalnızca evlenme ve boşanmayı düzenlediğinden eksiktir⁸¹ ancak Osmanlı İmparatorluğu'nda aile hukukuna dair yenilikçi adımların atıldığı bir kanunname olarak değerlendirilebilir. İlk olarak, kararnamede İslam hukukunda ortaklaşmış bir ehliyet teorisi bulunmamasına rağmen küçüklerin ve akıl hastalarının evlenmelerine sınır getirilmiştir. Tam ehliyetli sayılmak için erkeklerde 18, kadınlarda 17 yaş belirlenmiştir (madde 4). Daha küçük yaşta evlilikler için hakim izni gerekmektedir. Kadının evlenmesi için ayrıca veli iznine ihtiyaç vardır. Bunun yanında erkek çocuklar için 12, kız çocukları için ise 9 yaş altındakiler ise evlendirilemezler (madde7).⁸² Ayrıca başka bir yenilik, mezhepler arasında bir görüş birliği bulunmamasına rağmen kocanın tek eşle evli kalma koşulunun kadın tarafından ileri sürülebilmesidir. Bu hükme rağmen eşi evlenirse kendisi veya ikinci eşin boş olacağını belirtme hakkına sahiptir. Bu düzenlemenin çok eşliliği ortadan kaldıracığı iddia edilmiş ve muhafazakar çevreler tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Her ne kadar çok eşliliği tam olarak ortadan kaldırmasa da bu düzenlemenin Türk Medeni Kanunu tarafından getirilen tek eşliliğe bir adım olduğu kabul edilebilir.⁸³

Evlilikler bu kararname ile denetim altına alınmak istenmiştir. Kanunnamede evlenme akdinin ilan edileceği, kadının veya erkeğin ikametgahının bulunduğu adresteki hakimin veya yetkili temsilcinin nikah akdinde hazır bulunacağı, akdi düzenleyeceği ve tescil edeceği yazmaktadır. Ancak bu düzenlemeye rağmen taraflar kurallara uymadan evlendiği takdirde evlilikler geçersiz sayılmamıştır. Ceza hukukunda buna ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Kurallara uymayan koca, varsa tarafların vekilleri, hakim veya

⁷⁹ OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s. 107.

⁸⁰ AYDIN, 2009, s. 428; AYDIN, 2014, s. 198-199.

⁸¹ ÜSKÜL ENGİN, s. 50.

⁸² AYDIN, 2017, s. 176-177.

⁸³ ÜSKÜL ENGİN, s. 52-53; Osmanlı'da gayri müslimler kendi dinleri izin vermediğinden çok eşli evlilikler meydana getirmemektedirler. Müslümanlar için ise kayıtlara bakıldığında genel kanı çok eşliliğin yaygın olmadığı yönündedir. Ancak özellikle yönetici tabakada cariyelerin yaygın olarak bulunduğu bilinmektedir. (ÜSKÜL ENGİN, s. 36-38).

temsilcisi ve yetkisi olmadan nikah kıyan imamlar hakkında hapis cezası öngörülmüştür ancak bu süre altı ayı geçmemektedir. Yani ceza bulunsa bile evlilikler geçerlidir. Osmanlı İmparatorluğu'nda evlilik iki kişinin serbest iradelerine bırakılmış, devlet tarafından büyük sınırlama yapılmamıştır. Herhangi bir kayda değer zorlamanın bulunmaması Türkiye Cumhuriyeti'nde evlilik kurumu düzenlenmek istendiğinde insanların alışkanlıklarını değiştirmeyi zorlaştırmıştır.⁸⁴ Bu kanunname özellikle diğer mezhep görüşlerine yer verilmesinden dolayı muhafazakar çevreler ve yargı yetkisi ellerinden alınan cemaatler tarafından sertlikle eleştirilmiştir. Dolayısıyla kısa ömürlü olmuş ve 1919'da yürürlükten kaldırılmıştır. Osmanlı'nın Birinci Dünya Savaşı'nı kaybetmesi gayrimüslimlerin Batılı devletler ile olan etkileşimlerini de kuvvetlendirmiştir. Bu sebeple, Kararname'nin İtilaf Devletleri Yüksek Komiserliğinin etkisiyle kaldırıldığı da iddia edilmektedir. Ancak Fransız mandasındaki Suriye'de bu kararnamenin yürürlükte kalmış olması bu iddiayı çürütebilir.⁸⁵

Osmanlı İmparatorluğu'nda hem maddi hukukta hem de usul hukukunda bir birlik sağlanamaması bize Tanzimat dönemindeki çalışmaların tamamen başarılı olunamadığını göstermektedir. Nitekim Tanzimat döneminde eski ve yeni beraber var olmaktadır, hukuktaki düalizm giderilememiştir. Bu durumun temel sebebi tanzimatta laiklik ilkesinin benimsenmemiş olmasıdır.⁸⁶ Hukuk birliği ancak Türkiye Cumhuriyeti'nde laikliğin kabulü ile gerçekleştirilebilmiştir.

II. TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NDE TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GEÇİŞ

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuyla birçok radikal değişim yaşanmıştır. İnkılaplar genel olarak değerlendirilse merkezîyetçi, kuvvetli ve vatandaş haklarını güvence altına alan bir devlet ideali görülür. Laiklik de bu vatandaşlığı yerleştirme amacına yöneliktir.⁸⁷ Laiklik, Türkiye'de hukuk alanında iki türlü gelişim göstermiştir: Bunlardan biri anayasa hukukunda izlerini göstermeye başlaması, diğeri ise toplum düzenini kuran (örneğin Medeni Kanun) hukuk normlarının anayasadaki laiklik kuralına uygun olarak düzen-

⁸⁴ ÜSKÜL ENGİN, s. 54.

⁸⁵ AYDIN, 2017, s. 197-200.

⁸⁶ GÜRİZ, s. 149.

⁸⁷ ORTAYLI İlber, **Mustafa Kemal Atatürk**, Kronik Kitap, İstanbul, 2018, s. 299.

lenmesidir. Böylece hukuk sistemi laikleştirilmiş, din ve devlet işleri birbirinden ayrılmış, inanç alanı kişinin bireysel alanına bırakılmıştır.⁸⁸ Resepsiyon sonucunda kabul edilen kanunlar, Osmanlı Devleti'ndeki şer'i düzene ve kurumlara son vermiştir. Yargıda birliğin sağlanmasında 1924 yılında şer'i mahkemelerin ortadan kaldırılması etkili olmuş ve yargı laik bir nitelik kazanmıştır. Ardından da sekülerleşme yolunda en büyük adım olan 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu'nun kabulü, hukuk alanındaki en etkili reform olarak anılmaktadır.⁸⁹ Bu nedenle bir akültürasyondan söz edilemez. Türkiye'deki bu kanuni değişiklik diğer ülkelerden farklı olarak, Türkiye Cumhuriyeti'nin kendi rızası ile gerçekleştirilmiştir.⁹⁰ Belki de bu sebeple, Osmanlı İmparatorluğu'ndan ayrılan diğer Müslüman ülkelere bakıldığında bazılarında Türkiye'den farklı bir sonuçla karşılaşılır, şeriatın etkisi devam etmektedir.⁹¹ Bazı değişiklikler olsa da hukuktaki laikleştirmelerin tam olarak gerçekleştirilmediği, din kaynaklı kanunların devam ettiği, dinsel hukuk düzeninin varlığı gözlemlenebilir.⁹²

Cumhuriyet öncesinde 1923 ve 1924 yıllarında medeni kanun çalışmaları için iki komisyon kurulmuş ancak başarısız oldukları için resepsiyon düşünülmüştür. İsviçre Medeni Kanun'u bu sebeple Türkiye'nin toplumsal yapısı ışığında gerekli değişiklikler yapılarak kabul edilmiştir.⁹³ Dönemin ileri gelenleri hızlı bir şekilde gerekli düzenlemeleri yapmayı ve toplumu değiştirmeyi

⁸⁸ ÖZEK, s. 16.

⁸⁹ VURAL DİNÇKOL Bihterin, *Atatürk Devrimi*, Der Yayınları, İstanbul, 2001, s. 177; ÇAĞAPTAY Soner, *Türkiye'de İslam, Laiklik ve Milliyetçilik Türk Kimdir?*, (Çev. Özgür Bircan), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 86.

⁹⁰ GÜRZUMAR Osman Berat, "İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkiye'de İktisabı", (der. Lale Sirmen / Çiğdem Kırcı / Vedat Buz), *Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2007s. 18.

⁹¹ VELİDEDEOĞLU, 1959, s. 49.

⁹² ÖZSUNAY Ergun, "Yabancı Hukukun Benimsenmesi Yoluyla Bir Çağdaşlaşma Modeli: Kemalist Hukuk Devrimi Üzerine Gözlemler ve Değerlendirmeler", *Atatürk'ün Hukuk Devrimi*, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, 1983, s. 39. Örnek olarak Fas'ta 2004 ve Cezayir'de 2005 yılında yapılan değişiklikler gösterilebilir. Bu konuda daha fazla bilgi için Bkz. LAROCHE-GISSEROT Florence, "Le Nouveau Code Marocain de la Famille: Innovation ou Archaïsme", *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, C. LXXXII, 2005, ss. 335-355; SAİDİ Kamel, "La Réforme du Droit Algérien de la Famille: Pérennité et Rénovation", *Revue Internationale de Droit Comparé*, V. 56, N. 1, 2006, ss. 121-152.

⁹³ VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, "De Certains Problèmes Provenant de la Réception du Code Civil Suisse en Turquie", *Annales de la Faculté du Droit d'Istanbul*, C. 5, S. 6, 1956, ss. 93-98, s. 110.

arzulamaktadırlar.⁹⁴ İmparatorluktan ulus-devlete geçilirken Batılı devletlerin sahip oldukları düzene ilişkin kanunlar Türkiye Cumhuriyeti'nde görülmemektedir. Nitekim ulus, devletin kuruluşunda ve yasamada aktif değildir.⁹⁵ Yeni bir düzen arayışında olan Türkiye Cumhuriyeti'nde İsviçre Medeni Kanun'u hukuk devrimi gerçekleştirmek amacıyla bir bütün olarak kabul edilmiştir.⁹⁶ Bu hukuk devrimine karşı olan muhalefet, İsviçre Medeni Kanunu'nun toplumdaki gelenek ve göreneklere aykırı olduğunu iddia etmiştir. Devrimci düşüncede olanlar ise uygar toplumların gereksinimlerin aynı olduğuna inanmaktadırlar.⁹⁷ İsviçre için muhafazakar sayılabilecek bu kanun Türkiye için bir devrim niteliği taşımaktadır. Liberal ve bireyci, aynı zamanda toplumsal değerlere yer veren, laik ve demokratik bir kanundur. Bu özellikle rin yeni cumhuriyetle uyumlu olduğu savunulmuştur.⁹⁸

Medeni Kanun, toplumsal bir dönüşüm hedeflemektedir. Gelenek ve göreneklerin devamından ziyade toplumdaki alışkanlıkları değiştirme amacı gütmektedir.⁹⁹ Bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti'nde modernleşme ve batılaşma yolunda atılan en önemli adım olarak değerlendirilmektedir. Bu modernleşme yeni bir kültür yaratma ve kalkınma olarak belirlenmiştir.¹⁰⁰ Modernleşme ve kadınların durumu arasında var olan bağ düşünülürse Cumhuriyetin ilk yıllarında buna bir önem gösterildiği, hatta “devlet feminizmi”nin¹⁰¹ var olduğu söylenebilir.

⁹⁴ Nitekim, dönemin adalet bakanı Mahmut Esat Bozkurt'un Medeni Kanun'un görüşülmesi sırasında T.B.M.M.'de şu sözleri söylediği belirtilmektedir: “Arkadaşlar, bu kanunlar inkılâbın anlam ve kavramları tespit edeceklerdir. Bu itibarladır ki, bir an evvel tasdikleriyle yayınlanması, Türk milleti için hayati bir zarurettir. Bunlar bir an evvel tatbikat sahasına girmedikçe, kararınızda vücuda TAŞKIRAN Tezer, **Cumhuriyetin 50. Yılında Türk Kadın Hakları**, Başbakanlık Kültür Müsteşarlığı Cumhuriyetin 50. Yıldönümü Yayınları, N. 5, Ankara, 1973, s. 116.

⁹⁵ AKAD Mehmet, “Türk Hukuk Tarihi Üzerine”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2006, ss. 3-18, s. 13.

⁹⁶ SEROZAN Rona, “Cumhuriyet ve Medeni Kanun”, Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1999, ss. 745-756, s. 750.

⁹⁷ GÖLE Nilüfer, **Modern Mahrem**, Metis Yayınları, İstanbul, 2004, s. 105.

⁹⁸ OĞUZMAN / BARLAS, s. 23.

⁹⁹ GÖLE, s. 105.

¹⁰⁰ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için Bkz. ÇETİN Halis, “Gelenek ve Değişim Arasında Kriz: Türk Modernleşmesi”, **Doğu-Batı Düşünce Dergisi**, Doğu Batı Yayınları, Y. 7, S. 25, 2003, ss. 11-40, s. 25.

¹⁰¹ GÜRKAN Ülker, “Türk Devleti ve Kadına Yönelik Hukuk Politikası”, **20. Yüzyılın Sonunda Kadınlar ve Gelecek**, Ed. Oya Çitci, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1997, s. 13.

Modernleşme yalnızca hukuku değil, ekonomiyi, siyaseti, inanç sistemi ve kültürü kapsar. Bunun temelini de sanayileşmiş, rasyonel davranan, laik bir toplum atar.¹⁰² Türkiye Cumhuriyeti'nde Osmanlı'da başarısız olmuş olan laik hukuk sistemi istenmiştir. İsviçre Medeni Kanun'u Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin yapamadığını yapmış ve medeni kanunu dinlerden ayırmıştır. Bu sebeple bu resepsiyon yalnızca bir kanun olarak görülemez, “o kanunu yaratmış olan uygarlık ve kültür bütününe hedef olarak seçildiği açıkça ortaya çıkmaktadır”.¹⁰³ Türk Medeni Kanunu bir sosyal mühendislik başlangıcı olmuştur. Medeni Kanun gerekçesinde de Mecelle'nin ve din kaynaklı hukukun yeni rejimle bağdaşmayacağı, dini dogmaların ilerlemeye engel oldukları, uygar toplumların medeni kanunları arasında büyük farklar bulunmadığı ve Türk insanının çağa uyum sağlaması gerektiği yazmaktadır.¹⁰⁴ Dolayısıyla bu gerekçe Medeni Kanun'un bir devlet gerekçesi olduğunu ve hukukun sosyolojik etkisinin önemsendiğini göstermektedir.¹⁰⁵

A. Medeni Kanun'un Sosyolojik Etkisi

Toplumsal yapı aileyle güçlü bir bağa sahiptir. Dolayısıyla radikal toplumsal değişimler, ailenin de yapısını değiştirir ve aileyi kamusal bir alana açarak düzenler.¹⁰⁶ Aileye ilişkin köklü değişiklikler, borçlar ve ticaret hukuku alanında yapılanlardan toplumda çok daha fazla fark yaratır.¹⁰⁷ Türk Medeni Kanunu İslam hukukunda kabul edilen erkekler için geçerli çok eşli evliliği, erkekler için kolay boşanmayı sona erdirmiş ve evliliği denetim altına alarak bir törenle yapılmasını düzenlemiştir.¹⁰⁸ Bu yolla geçmiş hukukun izlerini silmeyi ve aile yapısını değiştirerek batıya yaklaşmayı amaçla-

¹⁰² ARSLAN Ali, **Elit Sosyolojisi**, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2007, s. 119.

¹⁰³ CAN Cahit, **Hukuk Sosyolojisi ve Tarihi Açısından Resepsiyon**, Basılı Olmayan Doçentlik Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1982, s. 186.

¹⁰⁴ KILIÇOĞLU Ahmet, “Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik”, Cevdet Yavuz'a Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, 2016, s. 229. Ayrıca Bkz. KALAN İlknur, **Kadın ve Adalet**, Kaynak Yayınları, İstanbul, 1998, s. 67.

¹⁰⁵ CAN, s. 186.

¹⁰⁶ TOPRAK Zafer, “II. Meşrutiyet Döneminde Devlet, Aile ve Feminizm”, **Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi**, C. 1, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, Ankara, 1992, s. 228.

¹⁰⁷ OKAY Sami, “De Quelques Problèmes Résultant de la Réception en Turquie”, **Annales de la Faculté d'Istanbul**, C. 5, S. 6, 1956, ss. 175-181, s. 175.

¹⁰⁸ JAECHKE Gotthard, “Türk Hukukunda Evlenme Akdinin Şekilleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 18, S. 3-4, 1952, ss. 1128-1154, s. 1147-1148.

mıştır. Medeni Kanun bunun yanında hukuk birliğini sağlamıştır. Osmanlı'da olduğu gibi farklı dinden olan kişilerin ayrı hukuklara sahip olmasının önüne geçilmiş ve evlilik herkes için aynılaştırılmıştır. Ortak bir hukuk sisteminin varlığı hedeflenmiştir.¹⁰⁹

Medeni Kanun herkes için uygulanacak önemli değişikliklere sahiptir. Evliliğe yaş sınırı getirilmiş; kızlar için 15, erkekler için 17 sınır olarak belirlenmiştir (Önceki MK m.124). Dini nikahların hükmü kaldırılmıştır. Evliliğin geçerli olması için resmi nikah kıymaya yetkili kişinin huzurunda iki tarafın katılımıyla bir tören yapılması şart olmuştur. Osmanlı döneminde olduğu gibi yalnızca bir akit ile evlilik tamamlanmamaktadır. Bu sayede kadınların kocasının ve babasının vesayetinden kurtulduğu söylenebilir. Kadınların özgürleşmesi söz konusudur.¹¹⁰

Medeni Kanun dönemi içerisinde değerlendirildiğinde genel olarak kadının durumunu iyileştirmiş ve kadını erkeğe yakın bir konuma getirmiştir.¹¹¹ Zaman geçtikçe kadın-erkek eşitliğini tam olarak sağlamadığından eleştirilmiştir (evlenmedeki yaş farklılığı, aile reisinin erkek olması, evli kadının çalışabilmek için kocasının iznine ihtiyaç duyması, çocukların eğitiminde son sözün babada olması gibi). Bu durum daha sonradan Batıya yaklaşılabilmek için Medeni Kanun'da değişiklikler yapılmasına ön ayak olmuştur.¹¹²

B. Medeni Kanun'a Toplumsal Direnç

Ailenin oluşumunda ekonomi, eğitim, hukuk, nüfus gibi birçok etmen rol oynamaktadır.¹¹³ Bunun yanında toplum evlenmeye ilişkin kurallara uyulmasını bekler. Bu kurallar hukuk kurallarıyla çatışsa bile toplumlar

¹⁰⁹ YILMAZ İhsan, **Dynamic Legal Pluralism and the Reconsruction of Unofficial Muslim Laws in England, Turkey and Pakistan**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Londra, Londra Üniversitesi Oryantal ve Afrika Araştırmaları Bölümü, 1999, s. 85.

¹¹⁰ EDİZ Zerrin, **Atatürk ve Kadın Hakları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi Enstitüsü, 1988, s. 144.

¹¹¹ CANSEL Erol, "Medenî Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk)", **Medenî Kanun'un 50. Yılı**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1977, s. 38.

¹¹² İsviçre MK'unun kadın-erkek eşitliğini sağlamamış olması nedeniyle ataerkil özellikler taşıdığı ileri sürülerek eleştirildiği de bir gerçektir. SEROZAN, s. 751. Ayrıca Bkz. TEKELİ Şirin, "Türk Kadının Siyasal Hayattaki Yeri", **Türk Toplumunda Kadın**, der. Nermin Abadan-Unat, Türk Sosyal Bilimler Derneği, Çağ Matbaası, İstanbul, 1979, s. 398.

¹¹³ TİMUR Serim, **Türkiye'de Aile Yapısı**, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1972, s. 56-62.

kendi değerlerini korumayı tercih edebilirler. Aile kapalı bir kurumdur, zor değişir. Aile içinde yaşanan çatışmalar da ilk olarak aile içi dinamiklerle çözülmeye çalışır. Dolayısıyla, son çare olarak mahkemeye başvurulmaktadır.¹¹⁴

Medeni Kanun resmiyette birçok değişiklik getirmektedir. Ancak toplumsal olarak bu kanunla uyumsuz uygulamaların devam ettiği de gerçektir. Aile gibi muhafazakar bir kurum değiştirilmeye çalışıldığında direnç görülür. Türkiye’de bu dirençle karşılaşılrsa bile halkın sağladığı bir uyum da söz konusudur. Direncin var olmasının temel sebebi de toplumda kanuna aykırı geleneklerin var olmasıdır. Bu tarz bir dönüşümün gerçekleştirilebilmesi için birçok alanda değişiklik yapılmalıdır. Örneğin eğitim çok önemlidir. Birçok insan -özellikle kadınlar- kanunun kendilerine tanıdığı hak ve yetkilerden habersizdirler.¹¹⁵ Eğitimsizlik, ataerkil kodlar, kör inançlar ve gelenekler hukukun uygulanmasını da etkilemektedir. Hatta bazı durumlarda hukuki sorun doğrudan bu geleneklerden kaynaklanıyor olabilir (küçük yaşta evlenmede olduğu gibi).

Gelenekler toplumsal bir olgu olarak var olurlar. Tekil bir bilinçten ziyade toplumdaki bireylere kendini dayatabilen kurallardır. Karşı konulmak istendiğinde toplum baskısıyla karşılaşılır. Bu baskıdan kaçmak ve topluma uyum sağlamak için uygulanan bu kurallar, zamanla tekil olaylardan ayrılarak istikrar kazanan bir uygulama haline gelir.¹¹⁶ Ayrıca hem aile hem de toplum içerisinde bu kuralların yüzyıllar boyu eğitimi verilerek bu kurallara otorite kazandırılmaktadır.¹¹⁷ Türkiye’de yaşanan durum da buna benzer olduğundan kanunlara aykırı uygulamalar kendilerini devam ettirebilmektedirler. Eğer toplum içerisinde hukuka aykırı bu kurallar belli bir iktidar tarafından destekleniyor ve aksi durumda yaptırım söz konusu oluyorsa sosyolojik olarak bir hukuk kuralından bahsedilebilir.¹¹⁸

¹¹⁴ ROULAND Norbert, *L’Anthropologie Juridique*, Les Presses Universitaires De France (PUF), Paris, 1990, s. 71.

¹¹⁵ GÜRKAN Ülker, “Hukuk Devletinde Kadın Hakları ve Türkiye’deki Uygulaması”, *HfSA*, C. 3, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1996, s. 173.

¹¹⁶ DURKHEIM Emile, *Sosyolojik Metodun Kuralları*, (çev. Enver Aytekin), Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1994, s. 39-40.

¹¹⁷ DURKHEIM, s. 44.

¹¹⁸ ÖZCAN M. Tevfik, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, Özne Yayınları, İstanbul, 1998, s. 37.

Hukuk sistemi dışında kalan bu uygulamaların görüldüğü bölgelerin ortak özellikleri ataerkil aile yapısının bulunması, kırsal alanlarda sıklıkla görülmesi,¹¹⁹ insana özellikle kadına birey olarak değer verilmemesi, eğitim düzeyinin düşük olması, dini baskıların bulunması, ekonomik olarak eşit bir refah düzeyi olmamasıdır.

Türkiye köyden kente göç özellikle 1950'li yıllarda çok artmıştır. Bunun bir sonucu olarak gecekondulaşma gerçekleşmiştir. Bu ailelerin bir değişim yaşayacağı ve modernleşeceği düşünülse de modern aile yapısı bu bölgelerde görülmeyebilmektedir.¹²⁰ Köyden kente göçenler, köyde edindikleri alışkanlıkları ve ilişkileri devam ettirmişlerdir. Değişimi tetikleyecek modern kurumların ve şehir hayatına dair düzenlemelerin yokluğu buna yol açmıştır.¹²¹

Bu sorunların çözülebilmesi için derin ve kapsamlı çalışmalar yapılmalıdır. Her ne kadar geleneklerin dayattıkları hukuk sistemi tarafından tanınmasa da toplumda vardır. Bu uygulamaların neden var olduğu araştırılmalıdır. Toplumsal uygulamalar yalnızca evlilikle sınırlı değildir. Kız çocukları eğitimden daha çok yoksun bırakılmaktadır, miras paylaşılırken daha az miras bırakılmak istenmekte, bu yapılamıyorsa verimsiz arazilerin bırakılması söz konusu olmaktadır. Hem eğitim olarak hem de ekonomik anlamda kadınlar çok daha dezavantajlı bir hayata mahkum edilmektedirler. Medeni Kanun'un kabulünden itibaren neredeyse 100 yıl geçmiş olmasına rağmen hala bazı bireyler bu kanunun uygulamasının dışında kalmaktadırlar.

SONUÇ

Türkiye'de laik hukukun gelişimi uzun bir serüvene sahiptir. Mecelle ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile adımları atılmış olan laiklik ancak Türkiye Cumhuriyeti'nde ulaşılabilmiştir. Yargı birliğinin ve laikliğin kendini en zor kabul ettirebildiği aile hukuku da dikkate değerdir. Tabii ki Mecelle'nin çıkarılmasının birçok sebebi vardır. Batılılaşma, dünyada olan rasyonelleşme dalgası, çağın gereklilikleri tetikleyicidir. Ancak medeni kanunun birçok

¹¹⁹ TUGAÇ Ahmet, *Kırsal Topluluklarda Değişmeler*, Türkiye Coğrafi ve Sosyal Araştırmalar'dan Ayrı Bası, İstanbul, 1974, s. 314.

¹²⁰ TÜRKDOĞAN Orhan, "Sosyolojide Yöntem ve Kuramlar. Sosyal Araştırmalarda Metodolojik Yaklaşım", *Sosyolojide Son Gelişmeler ve Türkiye'deki Etkileri*, (der. Mahmut Tezcan/Nilgün Çelebi), Unesco Türkiye Milli Komisyonu, Ankara, 1993, s. 24.

¹²¹ KIRAY Mübeccel, *Toplumsal Yapı Toplumsal Değişme*, Bağlam Yayınları, İstanbul, 1999, s. 367.

alanını kapsayan Mecelle’de aile, şahıs ve miras atlanmıştır. Mecelle’de başkalarının kutsalına dokunmamak için boş bir alan olarak bırakılan aile, Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nde ise her cemaat için ayrı düzenlemelere konu olmuştur. Bu noktada hukuk birliği, herkesin aynı haklara sahip olması ancak devrimci bir hareket olan Türk Medeni Kanunu’nun kabulü ile gerçekleşmiştir.

Türk Medeni Kanunu öncesinde değiştirilememiş olan aileye ilişkin iki temel değişime yol açmıştır. İlk olarak, Müslümanlar ve olmayanlar arasındaki farkı ortadan kaldırmıştır. Bu yolla her birey kimliğinden bağımsız olarak aynı haklara sahip görülmüştür. İkinci olarak, kadınlara Osmanlı’ya kıyasla önemli haklar getirmiştir ve tam olamasa da kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelmiştir. Tüm bunlar yeni kurulan Cumhuriyet’in modern devlet ve modern aile hedefi içerisinde gerçekleştirilmiştir. Bir sosyal mühendislik amaçlanmıştır.

Hukuk toplumu dönüştürmek için bir araç olabilir ancak toplumun da kendi içerisinde dinamikleri olduğu, bazı uygulamaların yalnızca hukukla ortadan kaldırılamayacağı unutulmamalıdır. Özellikle kadınların Medeni Kanun ile birçok hakka kavuştukları ve özgürleştikleri gerçektir. Yine de bu durum topluma bakıldığında herkesi kapsamamaktadır. Günümüzde hala özellikle Türkiye’nin kırsal kesimlerinde geleneklerin hakimiyeti gözlemlenmektedir. Bir hukuk devrimiyle bu uygulamaları kaldırmak kolay değildir. Bu hukukun amacına ulaşabilmesi için etkili bir hukuk sistemi, sürekli ve istikrarlı biçimde kanunların uygulanması, mahkemelerin kararlarının, istikrarlı resmi görevlilerin uygulamalarının ülkenin her yerine ulaşması gerekir. Buna ek olarak, toplumdaki insanların eğitim seviyesinin artırılması, üretim ilişkilerinin geliştirilmesi, medyanın iyi kullanılması, internete ulaşımın herkes için sağlanması, doğal afetlere önlem alınması, terörün sona erdirilmesi Türkiye için zorunludur. Toplumsal dönüşüm ancak bu değişimler olursa mümkündür.

KAYNAKÇA

- AKAD Mehmet, “Türk Hukuk Tarihi Üzerine”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2006, ss. 3-18.
- AKGÜNDÜZ Ahmet, **Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (Mecelle Tadilleri ve Gerekçeleriyle Birlikte)**, 1. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2013.
- ARSLAN Ali, **Elit Sosyolojisi**, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2007.
- AYBAY Aydın / AYBAY Rona / PEHLİVAN Ali, **Hukuka Giriş**, 14. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2018.
- AYDIN M. Akif, **Osmanlı Aile Hukuku**, 1. Basım, Klasik Yayınları, İstanbul, 2017.
- AYDIN, M. Akif, **Osmanlı Devleti’nde Hukuk ve Adalet**, 1. Basım, Klasik Yayınları, İstanbul, 2014.
- AYDIN M. Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- AYDIN Mehmet Akif, “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye”, 2003, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mecelle-i-ahkam-i-adliyye>, (Erişim Tarihi: 30.03.2023).
- AYOUB Samy, “The Mecelle, Sharia, and the Ottoman State: Fashioning and Refashioning of Islamic Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries”, **Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association**, V. 2, N. 1, 2015, ss. 121-146.
- CAN Cahit, **Hukuk Sosyolojisi ve Tarihi Açısından Resepsiyon**, Basılı Olmayan Doçentlik Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1982.
- CANSEL Erol, “Medenî Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk)”, **Medenî Kanun’un 50. Yılı**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1977.
- CİN Halil / AKGÜNDÜZ Ahmet, **Türk Hukuk Tarihi**, 2. Cilt, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1989.
- ÇAĞAPTAY Soner, **Türkiye’de İslam, Laiklik ve Milliyetçilik Türk Kimdir?**, (Çev. Özgür Bircan), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.
- ÇETİN Halis, “Gelenek ve Değişim Arasında Kriz: Türk Modernleşmesi”, **Doğu-Batı Düşünce Dergisi**, Doğu Batı Yayınları, Y. 7, S. 25, 2003, ss. 11-40.
- DURKHEIM Emile, **Sosyolojik Metodun Kuralları**, (çev. Enver Aytekin), Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1994.
- EDİZ Zerrin, **Atatürk ve Kadın Hakları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi Enstitüsü, 1988.
- EKİNCİ Ekrem Buğra, **Osmanlı Mahkemeleri Tanzimat ve Sonrası (Tanzimat ve Sonrası)**, 2. Baskı, Artı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017.
- FILALI Ali, “Le Projet de Code Civil Arabe Unifié: Entre Modernité et Authenticité”, **Annales de l’Université d’Alger**, V. 30, N. 3, ss. 137-191.
- GÖLE Nilüfer, **Modern Mahrem**, Metis Yayınları, İstanbul, 2004.
- GÜR A. Refik, **Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle**, 3. Baskı, Sebil Yayınevi, İstanbul, 1993.

- GÜRİZ Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, 18. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2017.
- GÜRKAN Ülker, “Türk Devleti ve Kadına Yönelik Hukuk Politikası”, **20. Yüzyılın Sonunda Kadınlar ve Gelecek**, Ed. Oya Çitci, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1997.
- GÜRKAN Ülker, “Hukuk Devletinde Kadın Hakları ve Türkiye’deki Uygulaması”, **HFSA**, C. 3, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1996.
- GÜRZUMAR Osman Berat, “İsviçre Medeni Kanunu’nun Türkiye’de İktisabı”, (der. Lale Sirmen / Çiğdem Kırca / Vedat Buz), **Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2007.
- İNALCIK Halil / SEYİTOTANOĞLU Mehmet, **Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu**, 8. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019.
- JAFFAR Zainudin, “The Development of Islamic Legal Thoughts in Twentieth Century Malaysia: An Assessment of Crosscultural Links With Special Reference to the Ottoman’s Majallat al-Ahkım al-’Adliyyah”, **Journal Syariah**, V. 8, N. 1, 2000, ss. 83-100.
- JAESCHKE Gotthard; “Türk Hukukunda Evlenme Akdinin Şekilleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 18, S. 3-4, 1952, ss. 1128-1154.
- KALAN İlknur, **Kadın ve Adalet**, Kaynak Yayınları, İstanbul, 1998.
- KAŞIKÇI Osman, **Osmanlı ve İslam Hukukunda Mecelle**, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, N. 16, İstanbul, 1997.
- KILIÇOĞLU Ahmet, “Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik”, Cevdet Yavuz’a Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, 2016, ss. 1717-1757.
- KIRAY Mübeccel, **Toplumsal Yapı Toplumsal Değişme**, Bağlam Yayınları, İstanbul, 1999.
- LAROCHE-GISSEROT Florence, “Le Nouveau Code Marocain de la Famille: Innovation ou Archaisme”, **Revue de Droit International et de Droit Comparé**, C. LXXXII, 2005, ss. 335-355.
- MARDİN Ebul’ula, **Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996.
- OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami; **Medeni Hukuk**, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- OKAY Sami, “De Quelques Problèmes Résultant de la Réception en Turquie”, **Annales de la Faculté d’İstanbul**, C. 5, S. 6, 1956, ss. 175-181.
- ONAR, Sıddık Sami; “La Codification d’une Partie du Droit Musulman Dans l’Empire Ottoman (Le Médjellé)”, **Annales de Faculté d’İstanbul**, C. 3, S. 4, 1954, ss. 90-128.
- ORTAYLI İlber, **İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı**, 1. Bası, Hil Yayın, İstanbul, 1983.

- ORTAYLI İlber, **Mustafa Kemal Atatürk**, Kronik Kitap, İstanbul, 2018.
- OSMANOĞLU KARAHASANOĞLU Cihan, “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi”, **OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi**, C. 29, S. 29, 2011, ss. 93-124.
- ÖZCAN M. Tefik, **İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol**, Özne Yayınları, İstanbul, 1998.
- ÖZEK Çetin, **Türkiye’de Laiklik**, Baha Matbaası, İstanbul, 1962.
- ÖZSUNAY Ergun, “Yabancı Hukukun Benimsenmesi Yoluyla Bir Çağdaşlaşma Modeli: Kemalist Hukuk Devrimi Üzerine Gözlemler ve Değerlendirmeler”, **Atatürk’ün Hukuk Devrimi**, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, 1983.
- ROULAND Norbert, **L’Anthropologie Juridique**, Les Presses Universitaires De France (PUF), Paris, 1990.
- Sadeleştirilmiş Mecelle**, Sadeleştirilenler: İbrahim Ural / Salih Özcan, Fey Vakfı, İstanbul, 1995.
- SAİDİ Kamel, “La Réforme du Droit Algérien de la Famille: Pérennité et Rénovation”, **Revue Internationale de Droit Comparé**, V. 56, N. 1, 2006, ss. 121-152.
- TAŞKIRAN Tezer, **Cumhuriyetin 50. Yılında Türk Kadın Hakları**, Başbakanlık Kültür Müsteşarlığı Cumhuriyetin 50. Yıldönümü Yayınları, N. 5, Ankara, 1973.
- TEKELİ Şirin, “Türk Kadının Siyasal Hayattaki Yeri”, **Türk Toplumunda Kadın**, der. Nermin Abadan-Unat, Türk Sosyal Bilimler Derneği, Çağ Matbaası, İstanbul, 1979.
- TİMUR Serim, **Türkiye’de Aile Yapısı**, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1972.
- TOPRAK Zafer, “II. Meşrutiyet Döneminde Devlet, Aile ve Feminizm”, **Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi**, C. 1, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, Ankara, 1992.
- TUGAÇ Ahmet, **Kırsal Topluluklarda Değişmeler**, Türkiye Coğrafi ve Sosyal Araştırmalar’dan Ayrı Bası, İstanbul, 1974.
- TÜRCAN Talip, “Ülül Emr”, TDV İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ulul-emr>, (Erişim Tarihi: 03.04.2023).
- TÜRKDOĞAN Orhan, “Sosyolojide Yöntem ve Kuramlar. Sosyal Araştırmalarda Metodolojik Yaklaşım”, **Sosyolojide Son Gelişmeler ve Türkiye’deki Etkileri**, (der. Mahmut Tezcan/ Nilgün Çelebi), Unesco Türkiye Milli Komisyonu, Ankara, 1993.
- SEROZAN Rona, “**Cumhuriyet ve Medeni Kanun**”, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1999, ss. 745-756.
- ÜSKÜL ENGİN Zeynep Özlem, **Türkiye’de Evlenmenin Evrimi**, Beşir Kitapevi, İstanbul, 2008.
- VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, “De Certains Problèmes Provenant de la Réception du Code Civil Suisse en Turquie”, **Annales de la Faculté du Droit d’Istanbul**, C. 5, S. 6, 1956, ss. 93-98.

- VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, “Les Facteurs de Codification Dans L’Empire Ottoman”, **Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul**, C. 11, S. 16-17, 1961, ss. 21-39.
- VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, “Le Mouvement de Codification Dans Les Pays Musulmans- Ses Rapports Avec Les Mouvements Juridiques Occidentaux”, **Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul**, C. 9, S. 9-11, 1959, ss. 1-55.
- VURAL DİNÇKOL Bihterin, **Atatürk Devrimi**, Der Yayınları, İstanbul, 2001.
- YILMAZ İhsan, **Dynamic Legal Pluralism and the Reconsruction of Unofficial Muslim Laws in England, Turkey and Pakistan**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Londra, Londra Üniversitesi Oryantal ve Afrika Araştırmaları Bölümü, 1999.
- ZAPTCIOĞLU Dilek, “Yeterince Otantik Değilsiniz Padişahım” **Modernlik, Din-darlık, Özgürlük**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.