

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

MARKA HUKUKUNDA
SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI

Yüksek Lisans Tezi

EGEMEN IŞIK

İstanbul, 2016

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

MARKA HUKUKUNDA
SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI

Yüksek Lisans Tezi

EGEMEN IŞIK

Danışman: YRD. DOÇ. DR. AYŞEGÜL SEZGİN HUYSAL

İstanbul, 2016



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi Egemen Işık'nın MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 02.06.2016 tarih ve 2016-20/15 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi ...21.../...06.../...2016

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Öğretim Üyesi Adı Soyadı	İmzası
1. Tez Danışmanı Yrd. Doç. Dr. AYŞEGÜL SEZGİN HUYSAL	
2. Jüri Üyesi Prof. Dr. SERAP HELVACI	
3. Jüri Üyesi Doç. Dr. FULYA ERLÜLE	

ÖZET

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybı, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının bir görünümüdür. Özel hukukun tamamında uygulanabilir olan sessiz kalma yoluyla hak kaybı, marka hukuku alanına ait bazı davalar bakımından önemli rol oynadığından ve bunun içtihat ile öğreti tarafından geliştirilmesinin ardından marka hukuku ile özdeşleşmiştir.

Üç bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının tanımı, gelişimi ve hukuki düzenlemelere konu edilmesine yer verilmiştir. Bu bölümde çalışmayı ilgilendirdiği ölçüde marka hakkına değinilmiş, daha çok sessiz kalma yoluyla hak kaybının teorik altyapısı ele alınmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme koşulları incelenmiştir. Bu koşulların her biri ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının niteliği ve hukuki sonuçları değerlendirilmiştir.

ABSTRACT

Loss of right by way of remaining silent in trademark law is a view of good faith and prohibition of abuse of rights. Following its development by precedents and doctrine, loss of right by way of remaining silent which is applicable to the fullest extent of private law is identified with trademark law on the ground that it plays a crucial role in terms of some cases regarding trademark law.

Definition, development and subjection to regulations of the loss of right by way of remaining silent in trademark law is included in the first section of this study which is comprised of three sections in total. In this section, trademark rights are mentioned to the extent that it regards this study and in particular, the theory of loss of right by way of remaining silent is addressed.

In the second section of the study, conditions of the loss of right by way of remaining silent in trademark law are examined. Such conditions are discussed in detail.

In the third section of the study, characteristics and legal consequences of the loss of right by way of remaining silent in trademark law are evaluated.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBININ TANIMI, GELİŞİMİ VE HUKUKİ DÜZENLEMELERE KONU EDİLMESİ

I. MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBINA GENEL BAKIŞ	4
A. HUKUKİ DÜZENLEME	5
1. AB Hukuku	5
2. Alman Hukuku	6
3. Türk Hukuku	6
B. GENEL HÜKÜMLERE GÖRE HAK KAYBI	9
C. TÜRK HUKUKUNDA GELİŞİMİ	12
II. SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBININ TANIMI	15
A. GENEL OLARAK	15
B. MARKA HUKUKUNDAN DOĞAN HAK: MARKA HAKKI	20
1. Marka Hakkının Hukuki Niteliği	20
a. Konusuna Göre Marka Hakkı	21
aa. Malvarlığı Hakları-Kişi Varlığı Hakları Ayrımı Yönünden	21
bb. Marka Hakkının Mülkiyet Hakkı ile İlişkisi	23
aaa. Özel Hukuk Bakımından	23
bbb. Kamu Hukuku Bakımından	26
ccc. Değerlendirme	29
b. İleri Sürülebileceği Çevreye Göre Marka Hakkı	30
2. Marka Hakkının İçeriği	31
C. KURUMA KONU OLAN HAK	32
1. Hakkın Niteliği	32
2. Hakkın Sahibi	33

3. Hakkın Kazanılması.....	35
4. Hakkın Kullanılması	35
a. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Rolü.....	35
b. Çelişkili Davranış Yasağının Rolü.....	44

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBININ GERÇEKLEŞME KOŞULLARI

I. MARKA HAKKININ İHLAL EDİLMESİ.....	49
A. MARKA HAKKI İHLALİ KAVRAMI	49
B. MARKA HAKKI İHLALİNİN SÜRESİ	53
C. MARKA HAKKI İHLALİNİN KAPSAMI	56
II. DAVA HAKKININ BULUNMASI.....	57
A. MARKA HAKKINA TECAVÜZ FİİLLERİNİN DURDURULMASI DAVASI YÖNÜNDEN	58
B. MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ DAVASI YÖNÜNDEN	61
1. Zarar Gören Kişiler.....	64
2. Cumhuriyet Savcıları	65
3. İlgili Resmi Makamlar	66
III. HAK İHLALİNİN BİLİNMESİ	67
A. HABERDAR OLMANIN ANLAMI	68
B. HABERDAR OLMA ZAMANININ TESPİTİ	72
C. HABERDAR OLMANIN İSPATI	73
IV. BELİRLİ BİR SÜRE SESSİZ KALINMASI.....	74
A. SESSİZ KALMA KAVRAMI, SESSİZ KALMANIN ZAMANI VE BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	74
1. Sessiz Kalma Kavramı.....	74
a. Genel Olarak.....	74
b. Dar Anlamda Sessiz Kalma ve Geniş Anlamda Sessiz Kalma.....	76
c. Dava Dışı Hukuki Araçların Sessiz Kalma Kavramındaki Rolü	80
2. Sessiz Kalmanın Zamanı	82
3. Sessiz Kalmanın Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması	82

a. Feragat	82
b. Hakkın Etkisizleşmesi	85
c. Af	89
C. SESSİZ KALMANIN BELİRLİ BİR SÜRE GERÇEKLEŞMESİ	90
1. Sürenin Hukuki Niteliği	90
a. Zamanaşımı Süresi Görüşü	91
b. Hak Düşürücü Süre Görüşü	92
c. İstisnai Süre Görüşü	94
d. Değerlendirme	94
2. Sürenin Uzunluğu	97
3. Sürenin Başlaması ve Sona Ermesi	102
V. KÖTÜ NİYETLİ OLMAMA	103
A. KÖTÜ NİYET KAVRAMI	104
B. KÖTÜ NİYETİN ARANACAĞI ZAMAN	109
C. KÖTÜ NİYETİN İSPATI	115

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBININ HÜKÜMLERİ

I. KURUMUN İLERİ SÜRÜLMESİ BAKIMINDAN NİTELİĞİ	118
A. İTİRAZ GÖRÜŞÜ	119
B. DEF'İ GÖRÜŞÜ	120
C. DEĞERLENDİRME	121
II. KURUMUN HÜKÜMSÜZLÜK DAVASINA KONU OLMASI HALİNDE HÜKÜMSÜZLÜK HALLERİ BAKIMINDAN NİTELİĞİ	122
A. MUTLAK RET NEDENLERİ BAKIMINDAN	123
B. NİSPİ RET NEDENLERİ BAKIMINDAN	125
C. DİĞER HÜKÜMSÜZLÜK HALLERİ BAKIMINDAN	127
D. DEĞERLENDİRME	128
III. KURUMUN DOĞURDUĞU SONUÇLAR	130
A. HAKKIN KAYBEDİLMESİ	130

1. Genel Olarak	130
2. Hakkın Sadece Belirli Mal veya Hizmete İlişkin Olarak Kaybedilmesi	133
3. Hakkın Sadece Hak İhlalinde Bulunana Karşı Kaybedilmesi	134
B. HAK İHLALİNİN SONA ERMESİ.....	136
SONUÇ	138
KAYNAKÇA.....	142



KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
Art.	Artikel
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
bkz.	bakınız
C.	Cilt
CJEU	Court of Justice of the European Union
CoğrİKHK	555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname
dpn.	Dipnot
E.	Esas
EDTKHK	5147 sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun
Einl.	Einleitung
EndTKHK	554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname
ff.	und folgende
FSHHM	Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

GÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	Herausgeber
İÜHFİM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz) vom 25. Oktober 1994
MarkKHK	556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
N.	Note
NJWE-WettbR	NJW-Entscheidungsdienst zum Wettbewerbsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PatKHK	551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RG	Resmi Gazete
Rn.	Randnote
s.	Sayfa/Seite
S.	Sayı
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
T.	Tarih

TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TD	Ticaret Dairesi
TFM	Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TPE	Türk Patent Enstitüsü
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909
vd.	ve devamı
Vorb.	Vorbemerkung
WZG	Warenzeichengesetz vom 5. Mai 1936
Y.	Yıl
Yarg.	Yargıtay
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZR	Blätter für Züricherische Rechtsprechung

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusunu oluşturan “sessiz kalma yoluyla hak kaybı”, özel hukuka ait bir kurumdur. Kurumun hukuki dayanağı, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Bu şemsiyenin altında çelişkili davranış yasağı (*venire contra factum proprium*) ve buna bağlı “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” kurumu yer alır. Özel hukuka, özellikle de medeni hukuka ilişkin bir kurum olmakla birlikte, hem AB hukuku ve Alman hukukunda, hem de Türk hukukunda bu kurum, marka hukuku ile özdeşleşmiştir.

Türk hukukunda bu kurum ilk defa marka hukuku alanında öğretisi ve içtihadı konu olmuş ve “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” olarak adlandırılmıştır. Alman hukukunda “*Verwirkung*” olarak adlandırılan kurum, dilimize Türk hukuk öğretisince “*hak düşümü*”, “*hakkın etkisizleşmesi*” ve “*hak kaybı*” olarak aktarılmıştır. Türk marka hukukunda yer alan “sessiz kalma” ifadesi, Alman hukukunda kullanılmamıştır. Aslında bu ifadenin kurumun bir unsuru olduğu, bu sebeple isim kısmında bulunmasının gereksiz olduğu söylenebilir.

Çalışmamızda Türk marka hukuku öğretisinde yer alan “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” kullanımını tercih edilmiştir. Çalışmamız pekala “marka hukukunda hak kaybı” veya “marka hukukunda hakkın etkisizleşmesi” şeklinde de isimlendirilebilirdi. Tüm bu kullanımların aynı anlama geldiği ifade edilmelidir.

Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması ve markanın hükümsüzlüğü davalarına ilişkin MarkKHK tarafından bir dava açma süresi öngörülmemiştir. Bu davaları açabilecek kişiler, kanunen bir süre kısıtlamasıyla karşı karşıya kalmadıklarından uzun bir süre sonra dahi dava açabilmeleri mümkündür. Böyle bir durum, kimi zaman adil olmayan sonuçlar doğurabilir.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumu, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması ve markanın hükümsüzlüğü davalarının bir süreye bağlı olmaksızın açılabilmesinin yaratacağı adil olmayan sonuçları önleme ve bu sayede taraflar arasında bir menfaat dengesi kurmayı amaçlar. Bu davalar bakımından bir dava açma süresinin

mevcut olmaması, sessiz kalma yoluyla hak kaybının ortaya çıkışının temel sebebini oluşturur.

Türk hukukunda, çalışmamızın konusunu oluşturan marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybına dair pozitif bir düzenleme bulunmamaktadır. Özel hukuk anlamında kuruma dair pozitif bir düzenlemeye ise gerek yoktur. Türk hukukunda TMK m. 2 ve Alman hukukunda BGB § 242 hükümlerinin varlığı, bunun sebebidir. Marka hukuku anlamında ise, Türk hukukunun aksine karşılaştırmalı hukukta kurumun pozitif bir düzenlemeye kavuşturulduğu görülmektedir. 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi, 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü ve MarkenG’de (Alman Markalar Kanunu) “marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybı” hüküm altına alınmıştır.

Türk hukukunda bugüne dek sözü edilen kuruma dair pozitif bir düzenleme olmasa da kurumun Yargıtay içtihatlarıyla ilerleme kaydettiği görülmektedir. Kanun koyucu hiçbir şekilde bu konuda bir düzenleme yapma gereği duymamıştır. Ancak sessiz kalma yoluyla hak kaybının öneminden ötürü bunun uygulanmasına Yargıtay sessiz kalmamış ve yıllardan beri kurumun uygulanması sağlanmıştır. Kurumun dayanak noktası TMK m. 2 olduğundan, bu konuda marka hukuku anlamında bir düzenleme olmasa da dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ışığında uygulanabilirlik sağlanmıştır.

Türk kanun koyucusu bu duruma artık sessiz kalmayarak kuruma dair pozitif bir düzenleme yapma hazırlıklarına başlamıştır. Türkiye Cumhuriyeti Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’na hazırlanan ve 06.04.2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na arz edilen “Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı”nda sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin bir düzenlemenin bulunduğu görülmektedir. Tasarı metnindeki düzenleme, karşılaştırmalı hukukla uyumlu, onunla örtüşen bir düzenlemedir.

Sözü edilen tasarının kanunlaşmasıyla yıllardan beri hukukumuzda uygulanan kurum, marka hukukunda pozitif bir dayanak noktasına kavuşacaktır. Böylelikle bu anlamda Alman hukukuna benzer bir yapının var olacağından söz edilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda marka hukuku anlamında bir düzenlemenin

varlığı, genel hükümlere göre hak kaybının uygulanmasını engellemez. MarkenG § 21 uyarınca hak kaybı ile BGB § 242 uyarınca hak kaybı, bazı noktalarda birbirinden farklı olduğundan, hangisinin uygulanacağı sorusu akla gelebilir. Alman kanun koyucusunun açık düzenlemesiyle her ikisinin bir arada uygulanabilmesi mümkündür.

Türk hukukunda bugüne dek TMK m. 2 uyarınca kurum uygulanmış olsa da bazı noktalarda karşılaştırmalı hukuktaki özel hükümlere ait ölçütlerin esas alındığı ve bu bağlamda bir uygulamanın gerçekleştirildiği, başka bir ifadeyle genel hükümlere göre hak kaybı ile marka hukukuna göre hak kaybının karma bir şekilde uygulandığı söylenebilir. Sözü edilen tasarının kanunlaşmasıyla birlikte Alman hukukundaki durum oluşacaktır. Yani, hem marka hukuku anlamında bir düzenleme söz konusu olacak, hem de buna dayanak olan genel hükümler varlığını koruyacaktır.

Çalışmamızın konusu, marka hukuku anlamında hak kaybı ile sınırlandırılmıştır. Başka bir deyişle, genel hükümlere göre hak kaybına dair koşullar ayrıca ele alınmamış, yeri geldiğinde söz edilmekle yetinilmiştir. Bu sınırlandırmanın sebebi, bugüne dek ağırlıklı olarak genel hükümlere göre hak kaybı uygulamasının mevcut olmasına rağmen, tasarının kanunlaşmasıyla marka hukukuna göre hak kaybı uygulamasının başlayacak olmasıdır. Bu sebeple çalışmamızda böyle bir sınırlandırma tercihi bulunulmuştur. Daha özel bir ifadeyle, sessiz kalma yoluyla hak kaybı, Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nın 25. maddesinin altıncı fıkrası, MarkenG'nin 21. maddesi, AB Marka Direktifi'nin 9. maddesi ve AB Marka Tüzüğü'nün 54. maddesi ışığında ele alınmıştır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının gelişimi ve tanımı ele alınmıştır. Bu bölümde daha çok kurumun teorik altyapısına değinilmiş, hangi noktadan hareketle böyle bir kurumun ortaya çıktığı açıklanmıştır. İkinci bölümde, marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme koşulları ele alınmıştır. Hangi koşulların gerçekleşmesi halinde marka hukukunda bu kurumun işlerlik kazanacağı, karşılaştırmalı hukuk ışığında açıklanmıştır. Üçüncü bölümde ise, marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının hükümleri incelenmiştir. Burada kurumun ortaya çıkardığı sonuçları ve süjeler üzerindeki etkileri değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBININ TANIMI, GELİŞİMİ VE HUKUKİ DÜZENLEMELERE KONU EDİLMESİ

I. MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBINA GENEL BAKIŞ

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, yalnız marka hukukuna özgü olmayıp hukuki dayanak noktası itibariyle özel hukuka ilişkin bir kurumdur¹; ancak bu yönde gelişmiş içtihatlar ve öğretinin katkılarıyla, fikri mülkiyet hukuku ile özdeşleşmiş ve özel hukukun bu dalını akla getiren bir kurum olmuştur. Ancak belirtmekte fayda vardır ki, sessiz kalma yoluyla hak kaybı dendiğinde, fikri mülkiyet hukuku alanında da özellikle marka hukuku akla gelir.

Marka hukukunda, bazı durumlarda kendisinden beklenen davranışı göstermeyen hak sahibinin hak kaybına uğraması durumu “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” olarak ifade edilmektedir². Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması veya markanın hükümsüzlüğü talebiyle dava açma hakkının kaybedilmesi olarak marka hukukunda yansımaları bulan kurum, dayanağını dürüstlük kuralında bulmaktadır³. Zira, dava hakkının bu davaların açılmasına ilişkin MarkKHK’da bir süre kısıtlaması getirilmemiş olsa da dürüstlük kuralı uyarınca makul bir süre içerisinde kullanılması gerekmektedir⁴. Belirli bir süre sessiz kaldıktan sonra dava açan hak sahibinin bu davranışı, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir⁵.

¹ OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, Medeni Hukuk - Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2015, N. 882 dph. 452.

² YASAMAN Hamdi/ALTAY Sıtkı Anlam/AYOĞLU Tolga/YUSUFOĞLU Fülürya/YÜKSEL Sinan, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C. 2, İstanbul 2004, s. 856.

³ KARAHAN Sami/SULUK Cahit/SARAÇ Tahir/NAL Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2015, s. 22.

⁴ ÇOLAK Uğur, Türk Marka Hukuku, İstanbul 2016, s. 785; MERAN Necati, Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2015, s. 479.

⁵ KAYA Arslan, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 316; KARAHAN Sami, “Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2001, s. 298; KARAN Hakan/KILIÇ Mehmet, Markaların

A. HUKUKİ DÜZENLEME

1. AB Hukuku

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybı, AB mevzuatında hüküm altına alınmıştır. Kuruma ilişkin hükümler 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nde düzenlenmiştir.

2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nin 9. maddesine⁶ ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 54. maddesine⁷ göre, önceki marka sahibi olarak ifade edilen hak sahibi, başkası tarafından markasının kullanıldığından haberdar olarak bu duruma üst üste beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki markaya ilişkin tescil kötü niyetli olmadıkça artık markanın hükümsüzlüğünü talep etmesi ve kullanımına itiraz etmesi mümkün değildir. Anılan her iki AB düzenlemesi de “katlanma nedeniyle hükümsüzlük talebinin önlenmesi”⁸ kenar başlığına sahip olup aynı hükmü içerir. Kenar başlığından da anlaşılacağı üzere, söz konusu hükümler hangi hallerde hak kaybının oluşacağını

Korunması – 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, § 42.4.3; **BOZBEL** Savaş, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2015, s. 553; **MERAN**, s. 480.

⁶ 2008/95 sayılı eski AB Marka Direktifi'nin 9. maddesinin birinci fıkrasının Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Bakanlığı tarafından yapılan çevirisi şöyledir: “Bir üye devlette 4 (2). maddede belirtildiği şekilde önceki bir marka sahibinin üst üste beş yıllık bir süreyle, o kullanımdan haberdar olarak o üye devlette sonraki bir markanın kullanımına rıza göstermesi halinde, sonraki marka tescil başvurusu kötü niyetle yapılmadıkça, önceki marka sahibi önceki markayı esas alarak sonraki markanın hükümsüz olduğu beyanı için ya da sonraki markanın kullanıldığı mallar veya hizmetler ile ilgili olarak kullanımına itiraz etme yetkisine sahip değildir” (**KARAHAN Sami/PEKDİNÇER Remzi Tamer/GİRAY Rabia Eda/BAŞ Kadir**, Marka Hukuku Mevzuatı, Ankara 2016, s. 372).

⁷ 207/2009 sayılı eski AB Marka Tüzüğü'nün 54. maddesinin birinci fıkrasının **BAŞ** tarafından yapılan çevirisi şöyledir: “Topluluk markası sahibi, aralıksız beş yıl boyunca sonraki bir Topluluk markasının Toplulukta kullanımından haberdar olmasına rağmen buna sessiz kalmışsa, artık sonraki markanın hükümsüz kılınması için başvuruda bulunamaz veya sonraki markanın kullanıldığı mal veya hizmetlere ilişkin olarak sonraki markanın kullanımına itiraz edemez; meğerki, sonraki Topluluk markasının tescili için kötüniyetli olarak başvuru yapılmış olsun” (**KARAHAN/PEKDİNÇER/GİRAY/BAŞ**, s. 323).

⁸ 2008/95 sayılı eski AB Marka Direktifi ve 207/2009 sayılı eski AB Marka Tüzüğü'nün orijinal halinde kenar başlığı olarak “*Limitation in consequence of acquiescence*” ifadesi kullanılmaktaydı. **YASAMAN/YUSUFOĞLU** bu ifadeyi “sükut sonucu sınırlandırma” olarak Türkçeleştirmiştir (**YASAMAN/YUSUFOĞLU**, C. 2, s. 856). Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Bakanlığı tarafından yapılan çeviride ise “zımni muvafakat sonucu sınırlandırma” kenar başlığı kullanılmıştır (**KARAHAN/PEKDİNÇER/GİRAY/BAŞ**, s. 372). Eski AB Marka Tüzüğü'nün 54. maddesinin kenar başlığına ilişkin **BAŞ** tarafından yapılan çeviride ise “sessiz kalma suretiyle sınırlandırma” kullanımı tercih edilmiştir (**KARAHAN/PEKDİNÇER/GİRAY/BAŞ**, s. 323). Oysa 2015/2436 sayılı yeni AB Marka Direktifi ve 2015/2424 sayılı yeni AB Marka Tüzüğü'nün orijinal metninde kenar başlığı olarak “*Preclusion of a declaration of invalidity due to acquiescence*” ifadesi kullanılmaktadır.

göstererek sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunun içeriğini belirlemeyi amaçlamıştır⁹.

2. Alman Hukuku

Sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki bir diğer düzenleme, MarkenG’de (Alman Markalar Kanunu) yer almaktadır. MarkenG § 21 hükmüne göre, marka hakkı sahibi, başkası tarafından markasının kullanıldığından haberdar olmasına rağmen üst üste beş yıl boyunca bu kullanıma katlanmışsa, sonraki markaya ilişkin tescil kötü niyetli olmadıkça artık sonraki markanın kullanımına itiraz edemeyecektir. Görüldüğü gibi, MarkenG’deki hüküm, AB hukukundaki hüküm ile paralellik gösterir¹⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, eski Alman Markalar Kanunu olan 5 Mayıs 1936 tarihli WZG, bu yönde bir düzenleme içermemekteydi¹¹. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, ilk kez MarkenG ile Alman hukukunda pozitif bir düzenlemeye kavuşmuştur.

3. Türk Hukuku

Türk marka hukuku mevzuatında sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Sessiz kalma yoluyla hak kaybına dair marka hukukunu düzenleyen 556 sayılı MarkKHK’da düzenleme bulunmadığı gibi, fikri mülkiyet hukukunun sahasında yer alan 551 sayılı PatKHK, 554 sayılı EndTKHK, 555 sayılı CoğrİKHK ve 5147 sayılı EDTKHK’da da benzer bir düzenleme yer almaz.

Bu kurumun mevzuatımızda düzenlenmemiş olması, kurumun içeriğini belirleme ve buna bağlı olarak hangi ölçütler dikkate alınarak uygulanacağı noktasında birtakım tereddütlere yer verir. Kurumun güçlü bir dayanak noktasının olması, hükmün varlığına gereksinme olmadığı yönünde bir düşünceye sevk edebilir. Zira, kurumun esasını özel hukukun, hatta evrensel hukukun temel ilkelerinden olan dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Kuruma ilişkin hüküm bulunmasa da, söz konusu eksikliği dürüstlük kuralının gidereceği kuşkusuzdur.

⁹ YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 856.

¹⁰ INGERL Reinhard/ROHNKE Christian, Markengesetz Kommentar, 3. Auflage, München 2010, § 21 Rn. 3.

¹¹ FEZER Karl-Heinz, Markenrecht, 4. Auflage, München 2009, § 21 Rn. 1.

Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere bakıldığında, kurumun çerçevesinin çizildiği, bu yönde birtakım ölçütlerin ortaya konulduğu görülür. Bu bağlamda, anılan hukuki düzenlemelerde sessiz kalınmasının hak sahibinin hak iddia edebilme imkanını ortadan kaldıracığı belirtilmiştir. Bu da hak ihlaline karşı kendisinden beklenen davranışı göstermemesi halinde hak sahibinin söz konusu hak ihlaline karşı çıkamayacağı sonucunu doğurur¹².

Gerek AB Marka Direktifi ile AB Marka Tüzüğü, gerek MarkenG, marka hakkı sahibinin sessiz kalmasını somut bir sonuca bağlamıştır. Birtakım taleplerin ileri sürülmesinde gerek zamansal gerek davranışsal olarak hak sahibinin tamamen bir serbesti içinde olmadığı, hak ihlaline karşı çıkma noktasında sessiz kalmasının üzerinde hiçbir tesir doğurmaması ve elinde bulundurduğu hakların sonsuza kadar devam etmesi gibi bir durumun mümkün kılınmadığı hüküm altına alınmıştır. Burada hak sahibinden hak ihlaline karşı beklenen davranışın gösterilmesi umulmaktadır¹³. Aksi halde, anılan düzenlemeler, hak sahibinin menfaatlerini gözetme ve onu sınırsız ve sonsuz bir koruma çemberiyle sarmak yerine, hak sahibinin sessiz kalmasına duyduğu güvenle birtakım davranışlarda bulunan, dürüstlük kuralına uygun davranan kişinin de bu koruma çemberi içine girmesini ve artık hak sahibinin o çemberin dışına çıkarak kendisine sağlanan korumadan faydalanamamasını öngörmektedir. Bunun somut sonucu, hak sahibi ile hak ihlalde bulunan kişinin rollerinin değişmesine, dürüstlük kuralının marka hukukunda yansımaları bulmasına tanık olmaktır. Hak sahibinin sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğraması, bunun marka hukukundaki en somut yansımalarından biri olarak gözler önüne serilmektedir.

Kanun koyucunun sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin bir hükme ne MarkKHK öncesi dönemde ne de MarkKHK döneminde yer vermiş olmasının bilinçli bir tercih olduğu düşünülebilir. Zira, marka hukuku mevzuatımız büyük ölçüde AB Marka Direktifi ve AB Marka Tüzüğü'ne dayanır¹⁴. Kaldı ki AB düzenlemelerinde bu konuda açık bir hüküm mevcuttur. Pek çok mevzuatımızın AB mevzuatına uyum sağlayacak şekilde dönüştürülmesine tanık olmuşken, kanun koyucunun bu tavrının

¹² YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 857; ÇOLAK, s. 785.

¹³ YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 856.

¹⁴ ÇOLAK, s. 3.

bilinçli olmadığı yönündeki bir yorumun isabetli olmadığı ileri sürülebilir¹⁵. Konuyla ilgili pozitif bir düzenlemenin kurumun varoluşuna bir etki yapmaması ve aslında kurumun TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı odağında ilerlemesi, kanun koyucunun böyle bir tavır geliştirmesinin sebebi olabilir.

TMK'nın 2. maddesindeki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, özel hukukun her alanında hakimiyet sürer¹⁶. Zaten bu ilkelerin TMK'da vücut bulmuş olması, sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunun özel hiçbir hüküm olmaksızın da varlığını teminat altına alır. Bu durum da şüphesiz marka hukukunda kanun koyucunun biçimlendirdiği tavrı anlamamıza ışık tutar.

Özetle, kanun koyucunun bu tavrının sebebini kurumun ilkeler ışığında ilerlemesi ve daha da önemlisi ilkelerin zaten özel hukukun her alanına tesir eden TMK'da hüküm altına alınmasıdır.

Kanun koyucunun bugüne dek bu konuyu görmezden gelmesi, marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybını deyim yerindeyse TMK m. 2 ile kaderine terk etmesi, bizce isabetli değildir. Zira, Alman marka hukukunda da sessiz kalma yoluyla hak kaybının temeli, Alman Medeni Kanunu'ndaki dürüstlük kuralına ilişkin BGB § 242 hükmü olmasına rağmen, Alman kanun koyucusu bu konuda bir düzenleme yapmaktan kaçınmamış ve MarkenG § 21 hükmünde bu konuyu düzenlemiştir¹⁷. Dolayısıyla, TMK m. 2'nin varlığı, marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmamasının gerekçesi olamaz.

Bakanlar Kurulu'nun 14.03.2016 tarihli kararı ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunduğu "Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı", yönelttiğimiz eleştirilere cevap verir niteliktedir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, söz konusu tasarı, sadece marka hukukunu değil, tüm sınai mülkiyet hukukunun kanunlaştırılmasına

¹⁵ YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 864; YASAMAN Hamdi, "Markaların Hükümsüzlüğü Davalarında Dava Açma Süresi", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, C. I, GÜHFD 2010/1, İstanbul 2010, s. 394.

¹⁶ MANSEL Heinz-Peter, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Buch 2, 16. Auflage, München 2015, BGB § 242 Rn. 10-11; SCHULZE Reiner, Schulze Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 8. Auflage, Baden-Baden 2014, BGB § 242 Rn. 4; BAUMANN Max, Zürcher Kommentar, Einleitung Art. 1-7 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1998, Art. 2 N. 29; KÖPRÜLÜ Bülent, Medeni Hukuk, Genel Prensipler - Kişinin Hukuku, İstanbul 1979, s. 134; ANTALYA/TOPUZ, s. 358.

¹⁷ FEZER, § 21 Rn. 1.

yöneliktir. Bu tasarının birinci kitabını marka hukuku oluşturur. Tasarının genel gerekçesinde yer alan şu ifadeler, eleştirilerimize yönelik olduğundan önemlidir: “*Sınai mülkiyet haklarının kanunla düzenlenme ihtiyacı yanında, uluslararası sözleşmeler ve AB mevzuatıyla uyumun artırılması ve daha nitelikli ve etkin işleyen çağdaş bir sınai mülkiyet sistemine geçişin sağlanması için mevcut sistemin revize edilmesi gereği ortaya çıkmıştır*”. Görüldüğü gibi, tasarıda AB mevzuatıyla uyumun artırılmasına vurgu yapılmıştır.

Tasarıdaki önemli konulardan biri, şüphesiz, marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmasının öngörülmesidir. Tasarının “Hükümsüzlük halleri ve hükümsüzlük talebi” kenar başlığına sahip olan 25. maddesinin altıncı fıkrası, sessiz kalma yoluyla hak kaybını düzenlemektedir: “*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 kötünietli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez*”. Söz konusu hüküm, AB mevzuatı (aynı zamanda MarkenG) ile paralellik gösterir. Nitekim bu husus madde gerekçesinde de belirtilmiştir: “*Maddenin altıncı fıkrasında 2015/2424 sayılı AB Tüzüğüne paralel olarak sessiz kalma nedeniyle hak kaybı hususu düzenlenmiştir*”.

AB mevzuatı ve MarkenG’nin aksine tasarıda sessiz kalma yoluyla hak kaybı ayrı bir maddede düzenlenmemiştir. “Hükümsüzlük halleri ve hükümsüzlük talebi” kenar başlığına sahip maddenin bir fıkrası olarak düzenleme yolunun tercih edildiği görülmektedir. Yıllardır var olan bu kuruma tasarıda yer verilmesi olumlu bir gelişmedir. Böylelikle kurumun uygulaması daha kolay bir hal alacak, tereddüt yaşanan noktalar asgari düzeye inecektir.

B. GENEL HÜKÜMLERE GÖRE HAK KAYBI

Alman hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının marka hukuku anlamında uygulanabilmesinin yanında, bir de genel hükümlere göre uygulanabilmesi mümkündür. Bunun dayanağı, MarkenG’nin 21. maddesinin dördüncü fıkrasıdır. Buna göre, marka

hukuku anlamında sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin hükümlerin varlığı¹⁸, genel hükümlere göre hak kaybı ilkelerinin uygulanmasını etkilemez. Her ne kadar marka hukukunda eskiye dayanan bir geleneği olan ve büyük önem taşıyan bir kurum olsa da aslında sessiz kalma yoluyla hak kaybı bir medeni hukuk kurumudur. Bu bağlamdaki genel hükümler, MarkenG'nin özel hükümlerinin yanında uygulanabilir. Genel hükümlere ilişkin hak kaybı kurumu, MarkenG § 21 hükmüyle bir arada uygulanabilir niteliktedir. Nitekim MarkenG § 21 hükmü, Alman Medeni Kanunu'ndaki dürüstlük kuralına ilişkin BGB § 242 hükmünden türetilen bir normdur ve esasen hükümler arasında bir çelişki de bulunmaz¹⁹. Bu da, kümülatif bir uygulamanın mümkün olmasını sağlayan bir durumdur.

Genel hükümler dendiğine göre, bununla medeni hukukun kastedildiği şüphesizdir. Daha da özelleştirmek gerekirse, bununla kastedilen BGB § 242 hükmüdür. Başka bir deyişle, genel hükümlere göre hak kaybı kurumunun yasal dayanağı, Alman Medeni Kanunu'ndaki dürüstlük kuralına ilişkin BGB § 242 hükmüdür²⁰.

Kümülatif bir uygulamanın benimsenmesinin amacı, MarkenG § 21 hükmünün dışında kalan hallerde BGB § 242 hükmüne dayanan uygulama ile hak ihlalinde bulunana başkaca bir imkan daha tanımaktır. Başka bir deyişle, genel hükümlere göre hak kaybı, marka hukukuna göre hak kaybının kapsamına girmeyen ihtimalleri çözümlenmeye yarar²¹. Bu yönüyle, bunların birbirinden bağımsız olduğu görülür²².

Bunlar birbirinden bağımsız olduğuna göre, yapılması gereken marka hukukuna göre hak kaybı ile genel hükümlere göre hak kaybı arasındaki farklara değinmektir. Bu iki durumun hangi hallerde birbirinden ayrıştığını belirlemek gerekir. İki kurum arasında temel olarak üç fark bulunmaktadır:

Birincisi, marka hukukuna göre hak kaybı, belirli bir süre koşuluna bağlanmıştır. Bu süre, MarkenG § 21'de kesintisiz beş yıldır. Bu süre, esnekliğe sahip

¹⁸ MarkenG'nin 21. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrası, özel hukuka ait bir kurum olan sessiz kalma yoluyla hak kaybının marka hukukundaki özel düzenlemeleridir.

¹⁹ FEZER, § 21 Rn. 22.

²⁰ INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 22; DÖRRE Tanja, Beck'scher Online-Kommentar Markenrecht (Hrsg. KUR Annette/v. BOMHARD Verena/ALBRECHT Friedrich), 5. Edition, München 2016, § 21 Rn. 15.

²¹ BİLGİLİ Fatih, Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara 2006, s. 197-198.

²² FEZER, § 21 Rn. 23.

olmayan bir süredir. Somut olayın şartlarına göre değişmez. Oysa genel hükümlere göre hak kaybı, belirli bir süre koşuluna bağlanmamıştır. Hak kaybının oluşması için gereken süre her olayda farklılık gösterebilir²³. Genel hükümlere göre hak kaybı, sabit süreye bağlı olamayan, esnek bir yapıya sahiptir²⁴.

İkinci fark, genel hükümlere göre hak kaybı için gereken hak ihlalinde bulunanın kullanımı, marka hukukuna göre hak kaybındaki gibi katı değildir. Markanın belli bir ölçüde kullanımı yeterlidir²⁵. Münhasır bir hal almayan ancak korunmaya değer bir kullanımın varlığı, genel hükümlere göre hak kaybı için yeterli görülmüştür²⁶.

Üçüncü ve son fark, marka hukukuna göre hak kaybı için hak sahibinin hak ihlalini bilmesi ve buna sessiz kalması gerekir. Oysa genel hükümlere göre hak kaybı, hak sahibinin kusurundan ve bu yüzden hak ihlalini bilmesinden bağımsız olarak gerçekleşir²⁷. Bu bağlamda, marka hukukunda hak kaybı için hak ihlalinin bilinmesi ile kastedilen müspet vukuftur²⁸. Oysa genel hükümlere göre hak kaybının gerçekleşmesi için hak sahibinin objektif olarak bakıldığında haberdar olabilecek durumda bulunması yeterlidir²⁹. Başka bir deyişle, genel hükümlere göre hak kaybında, müspet vukuf gerekli değildir. Hak sahibinin hak kaybına uğraması için ihlali bilebilecek durumda olması yeterlidir³⁰.

BGB § 242'nin esnek yapısı sayesinde her olayda hak kaybına ilişkin koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği ayrı ayrı değerlendirilecektir. Hak sahibi ile hak ihlalinde bulunan arasında bu bağlamda bir menfaat değerlendirmesi yapılacak ve hangisinin korunmaya değer olduğu her olayın kendi özelliklerine göre ele alınacaktır³¹. Özellikle süre bakımından söz konusu olan esneklik önemli bir durumdur. Bazı

²³ **BİLGİLİ**, s. 198.

²⁴ **FEZER**, § 21 Rn. 22; **DÖRRE**, § 21 Rn. 15.

²⁵ **BİLGİLİ**, s. 202.

²⁶ **FEZER**, § 21 Rn. 23.

²⁷ **FEZER**, § 21 Rn. 23.

²⁸ **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 10.

²⁹ **HEINRICHS** Helmut, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage, München 2005, BGB § 242 N. 94 ve 101; **PEDRAZZINI** Mario M., Die Verwirkung im schweizerischen Kennzeichnungsrecht, GRUR Int. 1984, s. 504 ff. (**YANLI**, s. 299 naklen).

³⁰ **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 35.

³¹ **BİLGİLİ**, s. 202.

olaylarda üç yıllık sürenin hak kaybı oluşturmaması gerektiğine kanaat getirebilmek mümkün olurken bazı olaylarda ise tam aksi bir kanaat oluşturabilmek mümkündür.

Türk hukukunda bugüne dek genel hükümlere göre hak kaybının uygulandığını söyleyebilmek mümkündür. Zira, marka hukukunda hak kaybına ilişkin özel bir düzenleme hukukumuzda bulunmaz. Böyle bir düzenleme bulunmadığından TMK m. 2 bağlamında hak kaybı kurumunun var olduğunu söyleyebiliriz³². Ancak, Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda yer alan düzenlemenin kanunlaşması halinde, artık marka hukukuna göre hak kaybına ilişkin bir düzenleme yer alacaktır. Böylelikle, Alman hukukundaki gibi bir durum Türk hukukunda da var olacaktır.

Bu kurumun hukukumuzdaki uygulamasında birtakım çelişkiler olduğu görülür. Her ne kadar bugüne dek var olan uygulamanın genel hükümlere göre yapıldığını söylemiş olsak da, kimi zaman marka hukukuna göre hak kaybına ilişkin ölçütlerin de dikkate alındığını ve uygulandığını söyleyebiliriz. Aslında bir anlamda, genel hükümlere göre hak kaybı ile marka hukukuna göre hak kaybının karma bir şeklinin hukukumuzda yer aldığını söyleyebiliriz.

C. TÜRK HUKUKUNDA GELİŞİMİ

Mevzuatımızda yer almasa da dürüstlük kuralı ışığında bu kurumun marka hukukunda doğduğu ve halen aynı şekilde süregeldiği söylenebilir. Dürüstlük kuralının özel hukukun her alanında uygulanabilir olması, bu kurumun doğumunu kaçınılmaz kılmıştır.

Kanun koyucunun “sessiz” kalması, bu kurumun tanımını ve özelliklerini ortaya koymada, Yargıtay'a ve öğretiyeye önemli bir görev biçmiştir. Yargıtay'ın meydana getirdiği içtihat, öğretiyeye tarafından işlenmiş ve “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” olarak anılan kurum hukukumuzda var olmuştur. Kuruma ilişkin tanım ve özelliklere, konuyu aydınlatacak açıklamalara geçmeden önce, başlangıç noktası olan

³² “Uzun süreli sessiz kalma suretiyle hak kaybı, gerek TTK'da ve gerekse 556 sayılı KHK'da düzenlenmiş değildir. Bu durum Dairemiz uygulaması ile hukukumuzda yerleşmiş olup, yasal dayanağı da TMK'nın 2. maddesidir” Yarg. 11. HD. E. 2014/4099, K. 2015/1628, T. 10.02.2015 (Kazancı).

Yargıtay kararına değinmemiz gerekir. Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 30.04.1968 tarihli kararı, "marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybı"nın miladıdır:

*"Mahkeme kararında da belirtildiği gibi, her ne kadar davadaki ihmal, hakkı düşürmezse de hak sahibi olan davacı, hareket tarzı ile hakkın ihlaline zımnen müsaade ettiği takdirde davalının senelerden beri hüsnüniyetle kullandığı ve tanıttığı markasının iptalini dava edemez. Bu şekildeki dava bir hakkın sırf gayri izrar eden suiistimali olup kanun himaye etmez"*³³.

Yargıtay Ticaret Dairesi'nin "sessiz kalma yoluyla hak kaybı"nın miladı olarak kabul edilen bu kararında, özellikle *"Mahkeme kararında da belirtildiği gibi, her ne kadar davadaki ihmal, hakkı düşürmezse de hak sahibi olan davacı, hareket tarzı ile hakkın ihlaline zımnen müsaade ettiği takdirde davalının senelerden beri hüsnüniyetle kullandığı ve tanıttığı markasının iptalini dava edemez. Bu şekildeki dava bir hakkın sırf gayri izrar eden suiistimali olup kanun himaye etmez"* ifadeleri kuruma biçim vermektedir. Şöyle ki, davacı olan hak sahibinin kendisinden beklenen davranışı göstermemesinin hak kaybına yol açması olarak belirttiğimiz bu durumu Yargıtay, söz konusu içtihadıyla açık bir şekilde ortaya koymuştur. Ayrıca, sessiz kaldıktan sonra dava açan hak sahibinin bu davranışının hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebileceğine ilgili kararın dayanak oluşturduğu görülmektedir. 743 sayılı TMK'nın 2. maddesinde yer alan *"Bir hakkın sırf gayri izrar eden suiistimalini kanun himaye etmez"* hükmüne kararda atıfta bulunulması ve bu şekilde açılmış bir davanın bu hükümle bağdaştırıldığına açıkça belirtilmesi, "hakkın kötüye kullanılması"nın varlığını ortaya koyar.

Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 30.04.1968 tarihli bu karardan on ay sonra, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu "sessiz kalma yoluyla hak kaybı" kurumunun doğmasına katkı sağlayacak bir karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.02.1969 tarihli bu kararı şöyledir:

"Hukuka aykırı davranış devam ettiği sürece zamanaşımı süresi yürümeye başlamaz. Ancak hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son

³³ Yarg. TD. E. 3837, K. 2562, T. 30.04.1968 (ERİŞ Gönen, Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, Ankara 1987, s. 370 vd.).

verilmesine ilişkin talebin kullanılması MK. 2. maddesi anlamında dürüstlük kurallarına aykırı düşecek kadar geciktirilmemelidir.

(...)

*Hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını çok geciktiren kimsenin Medeni Kanunun 2'nci maddesinde anlamını bulan dürüstlüğe aykırı davranıp davranmadığı ayrı bir sorundur. Başkasının hakkına iyiniyetle el atan kimse büyük masraflara girişerek yeni malvarlığı değerleri meydana getirmiş olabilir. Aradan çok uzun süre geçtikten sonra açmış olduğu hakkın sınırları dışına çıkılarak yarattığı malvarlığı değerlerinin yok olması veya sökülüp bozulması sonucuna yol açmak hakkaniyete aykırı görülebilirse bu takdirde el atanın gayretiyle elde ettiği bu durumdan istifadeye kalkışmak isteyen hak sahibinin bu hakkı Medeni Kanunun 2'nci maddesine göre himaye görmeyebilir (...)*³⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun söz konusu kararının “*Hukuka aykırı davranış devam ettiği sürece zamanaşımı süresi yürümeye başlamaz. Ancak hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılması MK. 2. maddesi anlamında dürüstlük kurallarına aykırı düşecek kadar geciktirilmemelidir*” ifadeleri, dava hakkının dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması gerektiğini vurgulamaktadır. Kararın bu bölümü, kuruma dayanak olan ilkeyi ve kanun maddesini açıkça ortaya koymaktadır.

İlgili kararda yer alan “*Hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını çok geciktiren kimsenin Medeni Kanunun 2'nci maddesinde anlamını bulan dürüstlüğe aykırı davranıp davranmadığı ayrı bir sorundur. Başkasının hakkına iyiniyetle el atan kimse büyük masraflara girişerek yeni malvarlığı değerleri meydana getirmiş olabilir. Aradan çok uzun süre geçtikten sonra açmış olduğu hakkın sınırları dışına çıkılarak yarattığı malvarlığı değerlerinin yok olması veya sökülüp bozulması sonucuna yol açmak hakkaniyete aykırı görülebilirse bu takdirde el atanın gayretiyle elde ettiği bu durumdan istifadeye kalkışmak isteyen hak sahibinin bu hakkı Medeni Kanunun 2'nci*

³⁴ Yarg. HGK. E. 1966/T-485, K. 130, T. 19.02.1969 (ERMAN Sahir/ELBİR Halid K./TUNCER Erdoğan, Türk İçtihatlar Külliyesi, C. I, İstanbul 1970, s. 189-191).

maddesine göre himaye görmeyebilir” ifadeleri, Yargıtay Ticaret Dairesi’nin kararıyla paralellik göstermektedir. Belirtmek gerekir ki, tıpkı Yargıtay Ticaret Dairesi gibi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da dürüstlük kuralına ve bu ilkeyi barındıran kanun maddesine atıfta bulunarak, hak sahibinin kendisinden beklenen davranışı göstermeyip sessiz kalmasının ardından daha sonra hak iddiasında bulunmasının hakkın kötüye kullanılması durumu teşkil edeceğini ve bu hareket tarzının korunmayacağını vurgulamaktadır.

Yargıtay Ticaret Dairesi’nin 30.04.1968 tarihli kararı ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 19.02.1969 tarihli kararı, “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” kurumunun temelini atmış, ardından gelen pek çok yüksek mahkeme kararı³⁵ aynı doğrultuda belirilmiş ve yüksek mahkemenin bu konuda tavrını açık bir şekilde ortaya koymuştur³⁶. Bu da, öğretinin kurumu işleyebilmesine olanak tanıyan önemli bir destek noktası olmuştur, zira Yargıtay genel çerçeveyi çizerek öğretinin kuruma ilişkin tanım ve özellikleri açıklamasına olanak tanımıştır.

II. SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBININ TANIMI

A. GENEL OLARAK

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumuna ilişkin mevzuatımızda herhangi bir düzenleme olmadığından kuruma ilişkin tanım da bulunmamaktadır. Kurumu hüküm altına alan AB düzenlemeleri ve MarkenG’de de herhangi bir tanım yer almamaktadır. AB düzenlemeleri ve MarkenG, sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin hüküm barındırıyor olsa da herhangi bir tanımlama faaliyetine girişmemiş, yalnızca kuruma ilişkin ölçütleri ortaya koymuştur.

³⁵ Yarg. 11. HD. E. 2013/10213, K. 2014/62, T. 06.01.2014 (Kazancı); Yarg. 11. HD. E. 2010/12998, K. 2012/4052, T. 16.03.2012 (Kazancı); Yarg. 11. HD. E. 2009/12563, K. 2011/4986, T. 25.04.2011 (Kazancı); Yarg. 11. HD. E. 2004/14023, K. 2006/456, T. 24.01.2006 (Kazancı); Yarg. 11. HD. E. 1999/8169, K. 2000/1726, T. 02.03.2000 (Kazancı).

³⁶ Yargıtay 11. HD., 1987 yılında sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunu dışlayan bir karara imza atmıştır. Buna göre, 03.04.1987 tarihli, 1852/1933 sayılı kararında “*Davacı tarafın uzun süre davalının davranışı karşısında suskun kalmasının daha sonra hukuka başvurmasını engellemesi*” gerektiği belirtilmiştir (BATTAL Ahmet, “Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVIII, 22 Haziran 2001, Ankara 2001, s. 39).

Hukukumuzla bu kurumu tanıttıran Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda konuya ilişkin bir tanıma yer vermemiştir. Yüksek Mahkemenin tanımlama yoluna gitmemesi, öğretinin bu konuda çizilen çerçeve ekseninde bir tanımlama yapmasına yol açmıştır. Öğretide bazı yazarlar kurumun tanımını yapmıştır.

TEKİNALP'e göre, “*Sessiz kalarak hak kaybı, markası üzerindeki hakkına tecavüz edilmesine rağmen sahibinin MarkKHK ile diğer mevzuatta bulunan hakları kullanmaması, ihlallere karşı sessiz kalarak markasını koruma hakkını yitirmesi demektir*”³⁷.

Marka hukukunda “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” kurumu, **YASAMAN/YUSUFOĞLU** tarafından “*Önceki hak sahibi, MK 2 uyarınca belli bir davranışta bulunması gerekirken sessiz kalması sonucu, iyi niyetli bir şekilde markayı daha sonra tescil ettiren kişiye karşı hükümsüzlük davası açma hakkını veya sonraki tarihli markanın kullanımını men etme hakkını kaybetmesine “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” denilmektedir*” şeklinde tanımlanmıştır³⁸.

KARAHAN, TMK'nın 2. maddesinden kaynaklanan ve genel kabul görmüş bir ilke olan “sessiz kalma nedeniyle hakkın kaybı ilkesi”³⁹ne göre, hukuka aykırılık halinden haberdar olmasına rağmen uygun bir süre dava açmayarak kendi isteğiyle sessiz kalan ve bu hareketi TMK'nın 2. maddesi uyarınca zımni icazet ve aksine hareket edilmesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilen durumlarda, dava hakkının hiçbir zaman sınırlanması olmaksızın sınırsız olarak tanınmasının hukuki güvenlik ve iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağından, dava hakkının zamanaşımına uğradığı ve artık hükümsüzlük davasının açılmayacağını ileri sürmüştür⁴⁰.

BOZBEL'e göre, “*sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesi, marka hakkına tecavüz (ve hükümsüzlük) davasının, marka sahibinin, nispi ret sebeplerine dayalı*

³⁷ **TEKİNALP** Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, § 26 N. 58.

³⁸ **YASAMAN/YUSUFOĞLU**, C. 2, s. 856.

³⁹ **KARAHAN**, “sessiz kalma nedeniyle hakkın kaybı” ifadesini tercih etmiştir. Ayrıca, **KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL** söz konusu kurumu fikri mülkiyet hukukuna ait temel ilkeler arasında değerlendirmiştir (**KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL**, s. 21 vd.). Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı ise, kuruma ilişkin hükmü özel bir madde olarak düzenlemediğinden bir kenar başlığı belirleme durumunda kalmasa da madde gerekçesinde “sessiz kalma nedeniyle hak kaybı” ifadesini tercih etmiştir.

⁴⁰ **KARAHAN** Sami, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002, s. 147-148.

olarak hakkına tecavüz ya da markanın hükümsüzlüğünü doğuran fiil ya da durumdan haberdar olmasına karşın, uzun süre sessiz kalmış olması halinde hükümsüzlük ya da tecavüz davasının reddedileceğini kabul eder”⁴¹.

Öğretideki yazarlardan bazıları⁴² konuyu markanın hükümsüzlüğü bahsinde ele alırken, bazıları⁴³ ise marka hakkına tecavüz bahsinde ele almıştır. Bu durum sebebiyle kurumun yalnızca markanın hükümsüzlüğü veya yalnızca marka hakkına tecavüze özgü olduğu yanılıgısına düşülmemelidir⁴⁴.

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybını en kısa şekliyle şöyle tanımlayabiliriz: Marka hakkının ihlal edilmesine karşı sessiz kalma yoluyla dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenen davranışı göstermeyen hak sahibinin, hak ihlaline sebebiyet vermekle birlikte kötü niyetli olmayan kişiye karşı marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması veya markanın hükümsüzlüğü davaları için dava hakkı yönünden hak kaybına uğraması durumuna “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” denilmektedir.

Kuruma ilişkin bu tanımımızı detaylandırmak gerekirse, marka hakkı ihlal edilen hak sahibinin, bu durum karşısında iki farklı davranış biçimi gösterebileceği söylenebilir. Bunlardan ilki, aktif bir davranış olan, hak ihlaline karşı çıkmaktır. İkincisi ise, hak ihlaline karşı pasif kalarak herhangi bir harekette bulunmamak, diğer bir ifadeyle sessiz kalmaktır. Bu iki harekette dilediğini tercih edebilecek olan hak sahibi, tercihte bulunurken tercihinin yol açacağı hukuki sonuçları da kabul eder. Zira, hukuk düzeni, hak sahibinin aktif veya pasif davranış biçimlerinden dilediğini seçmesine imkan tanımakla beraber bu tercihin sonuçlarının öngörülebilir olması sebebiyle meydana gelen sonuçlara katlanılması zorunluluğunu beraberinde getirir⁴⁵.

⁴¹ **BOZBEL**, s. 553.

⁴² **ARKAN**, C. 2, s. 160 vd.; **YASAMAN/YUSUFOĞLU**, C. 2, s. 856 vd.; **KAYA**, s. 342 vd.; **KARAN/KILIÇ**, § 42.4.1 vd.; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 145 vd.

⁴³ **TEKİNALP**, § 26 N. 58 vd.; **YASAMAN/AYOĞLU**, C. 2, s. 1025 vd.; **BOZBEL**, s. 553 vd.

⁴⁴ Nitekim **YASAMAN** tarafından sessiz kalma yoluyla hak kaybı, markanın hükümsüzlüğü başlığında olduğu gibi marka hakkına tecavüz bahsinde de ele alınmıştır. Bu kurumun markanın hükümsüzlüğü davaları bakımından önemli olduğu, aynı zamanda marka hakkına tecavüz hallerinde de uygulanabileceği belirtilmektedir (**YASAMAN/AYOĞLU**, C. 2, s. 1025-1026). Kuşkusuz kurumun TMK m. 2 odağında ilerlemesi, bunun doğal bir sonucudur.

⁴⁵ **AKYOL Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006, s. 58.

Yalnız marka hukukunda değil, marka hukukunu da kapsayan özel hukukta haklarının ihlal edilmesi durumunda hak sahibi, uğradığı ihlal karşısında hukuk düzeninin öngördüğü korumadan istifade etmek üzere hukuki çarelere başvurarak koruma talebinde bulunabilir ve söz konusu ihlalin sonlandırılmasını, ihlalin bir zarara sebebiyet vermesi halinde bu zararın giderilmesini isteyebilir. Nitekim hak, hukuken korunan bir menfaat olmanın da ötesinde sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi sağlar⁴⁶. Hak sahibinin bu yetkisini kullanması, aktif bir davranış biçimi olarak karşımıza çıkar⁴⁷.

Bu davranış biçiminin çerçevesini dürüstlük kuralı çizer, zira TMK'nın "Dürüst davranma" kenar başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrası "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*" hükmüyle hakkın kullanılmasının sınırsız bir biçimde olmadığını, hakların kullanılması noktasındaki sınırı dürüstlük kuralının belirlediğini vurgulamaktadır. Hükmün amacı, hakların sınırsız ve arzu edildiği biçimde değil, başkalarının haklarıyla dengeli bir şekilde kullanılmasını sağlamaktır⁴⁸.

TMK'nın 2. maddesinin ikinci fıkrasındaki "*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*" hükmüyle hak sahibini koruyan hukuk düzeni, bu korumayı yaparken hakkın kötüye kullanılması halinde artık bir koruma kalkanı ile hak sahibini sarmayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Hak sahibinin hukuk düzeninin korumasından yararlanabilmesi için haklarını kullanırken "dürüst davranma" şeklinde iki kelime ile özetleyebileceğimiz, ancak çok daha geniş bir anlam taşıyan bir davranış

⁴⁶ OĞUZMAN/BARLAS, N. 460; AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut/ATEŞ KARAMAN Derya, Türk Medeni Hukuku - Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. 1, İstanbul 2014, s. 163; İMRE Zahit, Medeni Hukuka Giriş - Temel Kavramlar, Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, İstanbul 1980, s. 239; DURAL Mustafa/SARI Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015, N. 921; SEROZAN Rona, Medeni Hukuk - Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2015, Genel Bölüm, II § 1 N. 7; HELVACI Serap/ERLÜLE Fulya, Medeni Hukuk - Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 2014, s. 21; ANTALYA/TOPUZ, s. 85.

⁴⁷ Hak sahibinin aktif bir davranış biçimi göstermesi ile kastedilen "hakkın kullanılması"dır. "*Hakkın kullanılması, kişilerin hukuken korunan menfaat ve yetkilerden fiilen yararlanmak üzere harekete geçmeleri demektir*" (AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 163).

⁴⁸ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 169-170; AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 6; ANTALYA/TOPUZ, s. 372; ŞENER Esat, İçtihatlı - Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Ankara 1998, s. 70; ALTAŞ Hüseyin, Medeni Hukuk - Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Ankara 2014, s. 274.

biçimini yansıması zorunludur. Aksi halde, kanunun kendisinden beklediği davranış biçimini göstermeyen hak sahibi, hukuk düzeni tarafından korunmaz⁴⁹.

Şunu da belirtmemiz gerekir ki, hak ihlaline uğrayan kişiden, bu ihlal karşısında muhakkak hak talebinde bulunması beklenemez. Hak sahibi, hak ihlali karşısında hukuki koruma talep edip etmemekte özgürdür. 6100 sayılı HMK'nın 24. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz*" hükmüyle, kanunun açıkça öngörmediği haller dışında hak sahibinin hakkını talep etmeye zorlanamayacağı açıkça belirtilmiştir⁵⁰.

Hak ihlaline karşı pasif bir davranış sergileyebilme seçimine sahip olan, bu konuda aktif bir davranışta bulunması kanun tarafından kendisine açıkça emredilmedikçe hak sahibi, ihlale karşı hareketsiz kalma iradesini gösterebilir. Bu hareketsiz kalma halini "sessiz kalma" olarak da ifade edebilmek mümkündür. Söz konusu ihlal karşısında hareketsiz kalmak, diğer bir deyişle aktif olarak ihlale karşı çıkmamak, "sessiz kalma" anlamına gelir.

Sessiz kalma yolunu seçen hak sahibi, kuşkusuz bu seçiminin ortaya çıkaracağı sonuçlara katlanmak zorundadır. Zira, hukuk düzeni yalnızca hak sahibini gözetmez, diğer sùjeleri de himaye eder ve onlara birtakım imkanlar tanır. Nitekim hak ihlaline sebebiyet veren, ancak kötü niyetli olmayan kişi, hak sahibinin sessiz kalması neticesinde bu davranış biçiminden istifade eden konumundadır. Hukuk düzeni, bir anlamda hak sahibinin sessiz kalmasını cezalandırır ve dürüstlük kuralına uygun davranan kişiyi hak ihlaline yol açmış olsa bile ödüllendirir.

⁴⁹ "*Haklar iyiniyet kuralı içinde kullanılmazsa kanunen korunmaz*" Yarg. 2. HD. K. 8861/8844, T. 31.10.1984 (ŞENER, s. 74). Karardaki "iyiniyet kuralı" ifadesiyle "dürüstlük kuralı" kastedilmektedir. Nitekim VELİDEDEOĞLU, ilgili karara referans teşkil eden 743 sayılı Türk Medeni Kanun'un 2. maddesindeki "*Herkes haklarını istimalde ve borçlarını ifada hüsünüyet kaidelerine riayetle mükelleftir*" hükmünde yer alan "hüsünüyet"ten maksadın "*bir hakkı kullanırken veya bir borcu yerine getirirken doğrulukla hareket etmek, hakkını iyiye kullanmak, gerek hakkın kullanılmasında ve gerek borcun ifasında doğrulukla iş görmek*" olduğunu belirtmiştir (VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C. I, Umumi Esaslar, İstanbul 1968, s. 324-325).

⁵⁰ YILMAZ Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 273; Yarg. HGK. E. 2013/11-1830, K. 2014/31, T. 22.01.2014 (Kazancı); Yarg. 3. HD. E. 2013/8522, K. 2013/10252, T. 17.06.2013 (Kazancı); Yarg. HGK. E. 1981/8-943, K. 1984/342, T. 28.03.1984 (Kazancı).

Hak sahibinin sessiz kalması sonucu, hukuk düzenince deyim yerindeyse cezalandırılması, hak ihlaline yol açan, kötü niyetli olmayan kişiye karşı dava hakkı yönünden hak kaybına uğraması biçiminde karşımıza çıkar. Kendisinden beklenen davranış biçimini göstermeyen hak sahibi, artık hukuk düzeni tarafından korunmaz ve dürüstlük kuralına uygun davranan kişiye karşı hak iddiasında bulunamaz.

Burada dikkat edilmesi gereken en önemli noktalardan biri, “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” kurumunu açıklarken, kuruma konu olan hakkın tespitini doğru yapabilmektir. Bir hak karmaşasına sebebiyet vermek, kurumun doğru anlaşılmasına sebep olabilir. Şöyle ki, ihlal edilen hak ile kayba uğrayan hak arasındaki ayrıma dikkat edilmelidir. Tanımımızda da açıkça belirttiğimiz üzere, ihlal edilen hak veya diğer bir deyişle ihlale konu olan hak “marka hakkı” iken, kayba uğrayan hak “dava hakkı”dır. En kısa haliyle, hak sahibinin marka hukukundan doğan haklarının ihlal edildiğini ve dava hakkı yönünden hak kaybına uğradığını söyleyebilmek mümkündür.

Hak sahibinin marka hukukundan doğan haklarının neler olduğu ve nasıl ihlal edildiği konusu, çalışmamızın konusu dışında kalsa da bu konuya ana hatlarıyla değinmekte yarar vardır.

B. MARKA HUKUKUNDAN DOĞAN HAK: MARKA HAKKI

Çalışmamızın ana konusunu oluşturmasa da kurumun daha iyi anlaşılabilmesi için marka hakkına kurumu ilgilendirdiği ölçüde ve ana hatlarıyla değinmemiz gerekmektedir.

1. Marka Hakkının Hukuki Niteliği

Marka hakkının hukuki niteliğini isabetli bir şekilde ele alabilmek için hakları sınıflandırırken kullanılan ölçütlerden yararlanmak gerekmektedir. Biz, bu ölçütlerden yararlanarak marka hakkının hukuki niteliğine temas edeceğiz.

İlk olarak, hakları sınıflandırırken pek çok ölçütün yer aldığını söylememiz gerekir. Haklar, pek çok bakımdan sınıflandırılabilir. Bunları saymaya ve ele almaya ihtiyaç yoktur. Marka hakkını ilgilendirmesi bakımından, “konusuna göre” ve “ileri

sürülebileceği çevreye göre” yapılan sınıflandırma ölçütlerinden yararlanmayı yeterli görmekteyiz.

a. Konusuna Göre Marka Hakkı

aa. Malvarlığı Hakları-Kişi Varlığı Hakları Ayrımı Yönünden

Haklar, para ile ölçülebilen değeri bulunup bulunmaması açısından “malvarlığı hakları” ve “kişi varlığı hakları” olmak üzere ikiye ayrılır⁵¹.

Marka hakkını bu bağlamda nitelendirmek gerekirse, para ile ölçülebilen ve ekonomik değere sahip bir hak olduğunu söyleyebiliriz⁵². Başka bir deyişle marka hakkı, “malvarlığı hakları” arasında yer alır.

Öğretide marka hakkının kişilik hakkının konusunu oluşturduğuna ilişkin ileri sürülen görüşler, **ARSEVEN** tarafından derlenmiştir. Yazar, marka üzerindeki hakkın kişilik hakkı olduğuna ilişkin görüşlere eserinde yer vermiştir⁵³.

ANTALYA/TOPUZ ise, marka hakkının konusu bakımından hangi sınıfa dahil olacağına ilişkin farklı bir görüş ileri sürülmüştür⁵⁴. Buna göre, marka sahibinin, marka üzerinde hem maddi nitelik taşıyan ve para ile ölçülebilen yetkileri, hem de manevi nitelik taşıyan ve para ile ölçülemeyen yetkileri bulunur. Maddi yetkiler malvarlığı kapsamına, manevi yetkiler kişi varlığı kapsamına girer. Bu da, marka hakkını keskin bir biçimde malvarlığı hakkı veya kişi varlığı hakkı olarak nitelendirmenin mümkün olmadığı sonucunu ortaya çıkarır. Bu niteliğe sahip olan,

⁵¹ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **OĞUZMAN/BARLAS**, N. 473 vd.; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 90 vd.

⁵² **POROY** Reha/**YASAMAN** Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, N. 436; **YASAMAN** Hamdi/**ALTAY** Sıtkı Anlam/**AYOĞLU** Tolga/**YUSUFOĞLU** Fülürya/**YÜKSEL** Sinan, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C. 1, İstanbul 2004, s. 175; **KAYA**, s. 34; **BOZBEL**, s. 347; **KARAN/KILIÇ**, § 6.2; **ÇOLAK**, s. 9; **ÖZARMAĞAN** Müge, Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul 2008, s. 10; “(...) marka hakkı (...) taşıdığı ekonomik değerden ötürü şirket malvarlığına dahildir” Yarg. 11. HD. E. 2001/844, K. 2001/3429, T. 09.04.2001 (Kazancı).

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ARSEVEN** Haydar, Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul 1951, s. 25.

⁵⁴ **ANTALYA/TOPUZ**, s. 91.

başka bir deyişle, her iki sınıfa da dahil olması bakımından çift yönlü olarak ifade edilen haklara “karma nitelikli haklar” denir⁵⁵.

Bunun aksini ileri süren bir görüş ise karma nitelikli hakları reddetmektedir. Buna göre, bir hak ya malvarlığı hakkıdır ya da kişi varlığı hakkıdır. Bir hak, hem malvarlığı hakkı hem de kişi varlığı hakkı olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla malvarlığı hakkı olduğu yolunda görüş birliğinin bulunduğu marka hakkının kişi varlığı hakkı olarak kabul edilebilmesine olanak yoktur⁵⁶.

OKTAY-ÖZDEMİR tarafından ileri sürülen başka bir görüşe göre, marka hakkının da dahil olduğu sınai hakların kişiye bağlılığı zayıftır. Ancak bu, onun üzerinde manevi hak olmadığı anlamına gelmez. Fikir ve sanat eserlerindeki gibi yoğun olmasa da sınai haklar üzerinde manevi haklar bulunur⁵⁷. **SEROZAN** ise bunun tam aksini düşünmektedir. Yazara göre, marka hakkında hak sahibinin şahsına bağlı manevi karakterde haklara rastlanmaz⁵⁸.

Marka hakkı üzerinde manevi karaktere sahip hakların var olduğu kabul edilse bile bu yönüyle sözü edilen hakkın kişi varlığı hakları arasına sokmak mümkün değildir⁵⁹. Zira, kişi varlığı hakları, malvarlığından ziyade kişinin manevi dünyasıyla, diğer bir ifadeyle doğrudan kişiyle ilgili olan bir haktır⁶⁰. Özellikle öğretilerde ileri sürülen marka üzerindeki hakkın kişilik hakkı olduğuna ilişkin görüş pek çok açıdan isabetsizdir. Şöyle ki, kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlıdır⁶¹. Oysa marka hakkı, sahibinden bağımsız bir şekilde varlığını sürdürebilen bir haktır⁶².

⁵⁵ Yazar, karma nitelikli haklara örnek olarak fikir ve sanat eseri üzerindeki hak, patent hakkı, ticaret unvanı ve marka üzerindeki hakları göstermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ANTALYA/TOPUZ**, s. 91.

⁵⁶ **ARSEVEN** Haydar, “Alameti Farika Hakkının Mahiyeti, Gayri Kanuni Rekabetle Münasebeti ve Doğumu”, İHFM, C. 16, S. 3-4, Y. 1950, s. 845.

⁵⁷ **OKTAY-ÖZDEMİR** Saibe, “Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 574.

⁵⁸ **SEROZAN**, Genel Bölüm, II § 4 N. 3c. Aynı yönde bkz. **GEMALMAZ** Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009, s. 328.

⁵⁹ **OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 577.

⁶⁰ **HELVACI** Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra I / İMK md. 28a fıkra I), İstanbul 2001, s. 41 vd.; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 132.

⁶¹ **AEBI-MÜLLER** Regina E., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2012, Art. 28 N. 8; **HELVACI**, s. 47.

⁶² **OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 577.

Kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğundan devredilemez ve mirasçılara geçmez⁶³. Ancak marka, MarkKHK’da açıkça belirtildiği üzere devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, lisans sözleşmesine konu olabilir ve rehin edilebilir⁶⁴. Ayrıca, MarkKHK’nın 19. maddesi uyarınca, haczedilebilir. Görüldüğü gibi, marka hakkı, kişilik hakkının özüyle bağdaşmayan hukuki işlemlere konu olabilme kabiliyetine sahiptir.

Sonuç olarak, bugünkü modern anlayışa göre, marka üzerindeki hak, kişilik hakkı olarak değerlendirilemez⁶⁵. Marka hakkının konusuna göre “malvarlığı hakları” arasında yer aldığına göre, başka bir konuyu ele almak gerekir. O da, marka hakkının, “malvarlığı hakları” arasında yer alan bir hak olan mülkiyet hakkının konusunu oluşturup oluşturmadığıdır.

bb. Marka Hakkının Mülkiyet Hakkı ile İlişkisi

aaa. Özel Hukuk Bakımından

Bilindiği üzere mülkiyet hakkı, sahibine bir eşya üzerinde en geniş yetkiyi tanıyan -kullanma, yararlanma ve tasarruf etme- aynı bir haktır (TMK m. 683)⁶⁶. Ayrıca, Anayasa’nın 35. maddesinde temel hak olarak ifadesini bulmuş ve anayasal güvence altına alınmıştır. Bu sebeple, marka hakkına ilişkin bu yönde yapılacak bir değerlendirme, gerek Anayasa’nın gerek TMK’nın mülkiyet hakkına ilişkin hükümlerinin marka hakkı için uygulanmasına yol açar. Bu da, hem kamu hukuku, hem özel hukuk bağlamında birçok sonuca sebebiyet verecektir⁶⁷.

⁶³ **AEBI-MÜLLER**, Art. 28 N. 8; **HELVACI**, s. 48; **ERLÜLE** Fulya, Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2015, s. 88.

⁶⁴ **KAYA**, s. 44. “Tescilli bir marka, başkasına devir edilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, kullanma hakkı lisans konusu olabilir, rehin edilebilir” (MarkKHK m. 15).

⁶⁵ **INGERL/ROHNKE**, § 14 Rn. 11.

⁶⁶ **EREN** Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2014, s. 21; **SİRMEN** A. Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2015, s. 229.

⁶⁷ Bunlar, kamu hukuku bağlamında, anayasal bir güvence ve buna bağlanan sonuçlar; özel hukuk bağlamında ise, TMK’nın mülkiyet hakkına ilişkin hükümlerine tabi değildir.

Mülkiyet hakkı, “eşya” üzerinde sağlanan en geniş yetkiyi ifade eder⁶⁸. Dolayısıyla, mülkiyet hakkının konusunu eşya, başka bir deyişle maddi varlıklar oluşturur⁶⁹. Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda maddi varlıktan yoksun bir eşyadan bahsedebilmek mümkün değildir⁷⁰. Bu sebeple, maddi varlık ile eşyanın aynı anlamda kullanıldığı söylenebilir⁷¹. Maddi bir varlık taşımayan hukuki değerler, eşya olarak nitelendirilemediği için mülkiyet hakkının konusunu oluşturmaz⁷².

Marka hakkının mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için markanın eşya olarak nitelendirilebilmesi gerekir. Başka bir deyişle, markanın eşya olduğunu söyleyemedikçe, marka hakkının mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğundan söz edilemez.

Marka, maddi varlığa sahip olmayan bir malvarlığı unsurudur⁷³. Maddi bir varlığa sahip olmaması sebebiyle, marka için eşya nitelendirmesi yapabilmek mümkün değildir⁷⁴. Bu niteliğinden ötürü, diğer bir ifadeyle markanın maddi varlığı olmayan bir varlık olarak değerlendirildiği göz önüne alındığında, markanın mülkiyet hakkına konu olduğundan söz edilemeyecektir⁷⁵. Marka hakkının da içinde bulunduğu fikri mülkiyet hakkı⁷⁶ maddi olmayan varlıklar üzerinde kurulabilen bir haktır⁷⁷. Oysa mülkiyet hakkı,

⁶⁸ **SEROZAN** Rona, “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, C. I, İstanbul 1982, s. 245; **KOCABAŞ** Gediz, Sözleşmeden Doğan Geçit Hakkı (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2011, s. 4.

⁶⁹ **EREN**, s. 52; **SEROZAN**, Mülkiyet, s. 246; **SİRMEN**, s. 245.

⁷⁰ **SİRMEN**, s. 5; **AKSOY DURSUN** Sanem, Eşya Kavramı, İstanbul 2012, s. 7-8.

⁷¹ **DÖRNER** Heinrich, Schulze Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 8. Auflage, Baden-Baden 2014, BGB § 90 Rn. 2.

⁷² **EREN**, s. 52; **AKSOY DURSUN**, s. 7-8.

⁷³ **FEZER**, Einl. C Rn. 8, Vorbem. zu den §§ 27-31 Rn. 2; **SEROZAN**, Genel Bölüm, II § 4 N. 3; **KAYA**, s. 34; **OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 575; **BOZBEL**, s. 347; **KARAN/KILIÇ**, § 6.2; **ÇOLAK**, s. 9.

⁷⁴ **YASAMAN**, C. 1, s. 174; **TEKİNALP**, § 1 N. 65; “(...) *gayri maddi mallar üzerindeki marka hakkı* (...)” Yarg. 11. HD. E. 2001/844, K. 2001/3429, T. 09.04.2001 (Kazancı).

⁷⁵ **SEROZAN**, Mülkiyet, s. 245; **TEKİNALP**, § 1 N. 65; **KAYA**, s. 37.

⁷⁶ Mülkiyet hakkının konusu olmamasına rağmen “fikri mülkiyet hakkı” kavramında yer alan “mülkiyet” sözcüğünün kullanılmasının kafa karışıklığı yaratmaması gerektiği **KILIÇOĞLU** tarafından, sebebi ise **TEKİNALP** tarafından “*fikri ürün üzerindeki mutlak hakkın özel inhisari niteliğini belirtmek*” olarak ifade edilmiştir (**TEKİNALP**, § 1 N. 12; **KILIÇOĞLU** Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, s. 2). Ayrıca, **GEMALMAZ**’a göre “fikri mülkiyet” kavramı, fikri hakların klasik anlamda mülkiyet hakkı olduğu yönündeki **LOCKE**’un emek anlayışına dayanan teoriden kaynaklanmaktadır (**GEMALMAZ**, s. 287). Ancak yazar, **LOCKE**’un klasik anlamda mülkiyet anlayışını geliştirdiği eserinde “fikri mülkiyet” kavramına değinilmediğini, fikri mülkiyet teorisinin **LOCKE**’un emek anlayışını entelektüel alana uyarlayan başkaca düşünülerin geliştirdiğine dikkat çekmiştir (**GEMALMAZ**, s. 287 dpn. 944). **EREN** ise, “fikri mülkiyet” veya “sınai mülkiyet” ifadelerindeki mülkiyet kavramının medeni hukuk anlamında teknik bir mülkiyet kavramı olmadığı

daima eşyanın söz konusu olduğu, başka bir deyişle maddi varlıklar üzerinde kurulması mümkün olan bir haktır⁷⁸.

Markanın eşya olarak nitelendirilememesinin sebebi, eşya kavramına Türk hukukunda yüklenen anlamdır. Her ne kadar TMK’da eşya kavramına ilişkin açık bir ifade bulunmasa da Alman Medeni Kanunu’nun eşya kavramını açıklayan maddesinde (BGB § 90), sadece maddi varlıkların eşya kavramı kapsamında olduğu açıkça ifade edilmiştir. Buradan BGB’nin hakkın konusu bakımından maddi ve maddi olmayan varlık ayrımını yaptığı görülmektedir⁷⁹. Buradan hareketle, fikri mülkiyet hakkının konusunu oluşturan unsurların maddi varlıktan yoksun olduğu ve dolayısıyla BGB § 90 kapsamında olmadıkları söylenebilir⁸⁰. Tıpkı alacak hakkı gibi, fikri mülkiyet hakkı da kuşkusuz maddi bir varlığa sahip değildir⁸¹. İlave etmek gerekir ki, markanın ayırt edicilik fonksiyonunun⁸², ona somut nesne özelliği katması söz konusu olamaz⁸³.

Özetle, marka, maddi bir varlığa sahip olmadığından, mülkiyet hakkının konusunu oluşturmaz. Dolayısıyla, marka hakkı için mülkiyet hakkı demek doğru olmayacaktır. Yargıtay da markanın maddi bir varlığa sahip olmadığı ve eşya niteliğine sahip olmadığı görüşündedir⁸⁴.

Mülkiyet hakkının tipik özelliklerden biri de hiç şüphesiz süreyle sınırlı olmamasıdır. Markaya sağlanan koruma, MarkKHK’nın 40. maddesinde açıkça belirtildiği üzere başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Onar yıllık dönemler halinde bu sürenin yenilenebileceği aynı maddenin ikinci cümlesinde hüküm altına alınmış olsa da,

düşüncesindedir. Yazara göre, buradaki mülkiyet ifadesi, bu hakların herkese karşı ileri sürülebilir, mutlak hak olduklarını vurgulama anlamını taşır (EREN, s. 53).

⁷⁷ KILIÇOĞLU, s. 1-2.

⁷⁸ EREN, s. 52; KILIÇOĞLU, s. 3, OKTAY-ÖZDEMİR, s. 576; Türk hukukunda sadece maddi varlıkların “eşya” olabildiği yönünde bkz. TEKİNALP, § 1 N. 12.

⁷⁹ STRESEMANN Christina, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 7. Auflage, München 2015, BGB § 90 Rn. 1.

⁸⁰ MüKoBGB/STRESEMANN, BGB § 90 Rn. 4-7.

⁸¹ JAUERNIG/MANSEL, Vorbem. zu den §§ 90-103 Rn. 1; HK-BGB/DÖRNER, BGB § 90 Rn. 1.

⁸² Markanın sahip olduğu ayırt etme işlevi, bir mal veya hizmetin başka mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlar (FEZER, Einl. Rn. 3). Nitekim markanın ayırt etme işlevi, MarkenG’nin ilgili maddesinde (MarkenG § 3) açıkça belirtilmiştir (INGERL/ROHNKE, Einl. Rn. 72).

⁸³ ÖZARMAĞAN, s. 11; GÜLPINAR Mert Kaan, 556 Sayılı MarkKHK Hükümleri Çerçevesinde Marka Hakkının Tüketilmesi İlkesi, İstanbul 2014, s. 40.

⁸⁴ “(...) marka ve ayırt edici ad ve işaretler maddi bir varlığa sahip bulunmamaktadır. Bu nedenle yani bir eşya niteliğini haiz olmadığından zilyetliğe de konu olamazlar” Yarg. 11. HD. E. 1999/8623, K. 2000/2232, T. 09.03.2000 (Kazancı).

mülkiyet hakkı bünyesinde herhangi bir süre sınırlaması barındırmaz⁸⁵. Bu da göstermektedir ki, mülkiyet hakkı süreyle kısıtlanmamışken marka hakkının belli bir süre ile sınırlandırılması bu açıdan büyük bir farklılık doğurmakta ve iki hakkı birbirinden ayıştırmaktadır⁸⁶.

bbb. Kamu Hukuku Bakımından

Mülkiyet hakkı, özel hukuk bağlamında değerlendirildiğinde belirtildiği gibi markanın buna dahil olmadığı fikri öğretilerde ve yargı kararlarında ağırlık kazanmışsa da mülkiyet hakkının kamu hukukunun bir dalı olan anayasa hukuku bağlamında daha geniş bir anlama sahip olduğu yönünde bir görüş ileri sürülmüştür⁸⁷. Buna göre, mülkiyet hakkı özel hukuktaki dar anlamı ile ele alındığında, konusunun sadece maddi bir varlığı olan, para ile ölçülebilen bir değere sahip eşyalar olduğu görülmekte; kamu hukukundaki geniş anlamı ile ele alındığında, konusunu ekonomik değere sahip tüm hakları kapsayacak şekilde alacak hakları ve fikri hakların da oluşturduğu kabul edilmektedir. Böylelikle mülkiyet hakkının anlamı ikili bir ayrıma uğratılmıştır. TMK'nın 683. maddesindeki mülkiyet hakkıyla Anayasa'nın 35. maddesindeki mülkiyet hakkı birbirinden farklı olup TMK'da yer alan mülkiyet hakkının sadece eşyayı kapsadığı, Anayasa'da ifadesini bulan mülkiyet hakkının yalnızca eşyayı değil, eşyanın yanı sıra fikri mülkiyet hakkını ve ekonomik değeri olan tüm varlıkları kapsadığı görüşü belirtilmiştir⁸⁸. Burada ifade edilmek istenen, fikri mülkiyet hakkının özel hukuk anlamında mülkiyet hakkı olarak nitelendirilemeye de kamu hukuku anlamında mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmesi gerektiğidir. Zira, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, eğer fikri mülkiyet hakkının mülkiyet hakkı kapsamında olduğu kabul edilirse, bunun sonuçları yalnız özel hukuk alanında değil, kamu hukuku alanında da görülecektir. Anayasa'nın 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin hükmün fikri mülkiyet hakkı için de uygulanabilir olması ve buna bağlı olarak doğrudan

⁸⁵ GÜLPINAR, s. 38. Aynı durum patent hakkı için de geçerlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SEZGİN HUYSAL Ayşegül, İlaç Patenti, İstanbul 2010, s. 169 vd.

⁸⁶ KILIÇOĞLU, s. 4; ÖZARMAĞAN, s. 11.

⁸⁷ ERTAŞ Şeref, "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu", Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, AÜHF, Ankara 2007, s. 136. Konunun anayasa hukuku boyutu için bkz. BOYAR Oya, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması, İstanbul 2004 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 1 vd.

⁸⁸ ERTAŞ, s. 142.

Anayasa şemsiyesi altına girmek, fikri mülkiyet hakkına anayasal bir güvence sağlamak gibi kamu hukukuna ilişkin pek çok önemli imkanı beraberinde getirecektir.

1961 Anayasası döneminde patent hakkına ilişkin olarak verilmiş olan Anayasa Mahkemesi'nin E. 1967/10, K. 1967/49, 28.12.1967 tarihli kararında⁸⁹ bu konu tartışılmış, fikri mülkiyet hakkının Anayasa'nın mülkiyet hakkına ilişkin maddesi⁹⁰ kapsamında olmadığı yönünde karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının özel hukuk anlamından daha geniş bir anlama sahip olmadığını, tüm malvarlığı haklarının mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceğini, mülkiyet hakkının konusunu maddi varlıkların oluşturduğunu, gayrimaddi varlıkların bu kapsamda olmasının mümkün olmadığını, patent hakkının malvarlığına dahil olmakla birlikte mülkiyet hakkı olarak kabulünün söz konusu olamayacağını belirtmiştir⁹¹. Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının geniş yorumuna izin vermemiş, özel hukuktaki mülkiyet hakkı anlayışını benimsemiştir. Bunun sonucu olarak, kanun koyucu fikri mülkiyet hakkını dilerse tamamen ortadan kaldırabilir; ancak anayasal güvenceye sahip olan eşya üzerinde kurulabilen mülkiyet hakkına böyle bir müdahale gerçekleştiremez⁹².

⁸⁹ RG Tarih-Sayı: 30.01.1969-13114.

⁹⁰ Mülkiyet hakkı 1961 Anayasası'nın 36. maddesinde şu şekilde düzenlenmişti: "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*". Görüldüğü gibi, ilgili hüküm 1982 Anayasası'nın 35. Maddesindeki mülkiyet hakkı düzenlemesi ile birebir aynıdır.

⁹¹ "*Bu sebeple Anayasa'nın metni ve bu metni kabul eden Meclisin açık olan ereği karşısında, Anayasa'daki mülkiyet hakkı teriminin, niteliği ve kapsamı bakımından, Medenî Kanunumuzdakinden daha geniş düşünüldüğü ve kişinin bütün malî haklarını içine aldığı sonucuna varılması mümkün değildir. Anayasa'daki (Mülkiyet hakkı) kavramının mamelek kavramı ile eşit anlamda olduğunu kabul etmek ve çeşitli hakları ihtiva eden bir küll olarak görmek müsbet hukuk kurallarımıza uygun bir görüş olmaz. Medenî Kanunumuza göre, mülkiyet hakkının konusunu maddî şeyler teşkil etmekte, mamelek içindeki diğer haklar mülkiyet hakkı sayılmamakta ve kanunlarda bunlardan, haklar ve alacaklar diye bahsedilmektedir. Hattâ maddî eşya üzerinde kurulan ve bu itibarla mülkiyet hakkını etkileyen ve böylece Anayasa'nın 36. maddesinin kapsamı içinde bulunan bir kısım haklar bile doğrudan doğruya "mülkiyet" hakkı sayılmayarak, "mülkiyetin gayri aynî haklar" adı ile nitelendirilmektedir. Nazarî hukuk alanında da mülkiyet hakkı, konusu maddî şey ve mal olan bir eşya hakkı olup, medenî hakların ayırımında, mameleke giren aynî haklardan birisini teşkil etmekle, ihtira hakkı ise, mameleke girmekle birlikte aynî hakların ve böylece mülkiyet hakkının dışında kalmaktadır. Özet olarak, Anayasa'nın 36. maddesinin açık metni, maddede yer alan "mülkiyet hakkı" teriminin bütün mamelek haklarını kapsadığı yolunda yorumlanmasına ve ihtira hakkının da bir mülkiyet hakkı olduğunun kabulüne elverişli değildir"* AYM E. 1967/10, K. 1967/49, T. 28.12.1967.

⁹² ERTAŞ, s. 143.

Anayasa Mahkemesi, bu içtihadına karşın E. 2004/3, K. 2008/47, 31.01.2008 tarihli kararında⁹³ tamamen farklı bir tutum takınmış ve içtihadını değiştirmiştir. Buna göre Yüksek Mahkeme, oluşturduğu içtihadının tamamen aksi yönde bir karar tesis etmiş, marka hakkının ve buna bağlı olarak fikri mülkiyet hakkının Anayasa'nın 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkı kapsamında olduğunu kabul etmiştir. Böylelikle Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu bu kararla fikri mülkiyet hakkını geniş anlamda değerlendirdiği ve anayasal güvenceye kavuşturduğunu söyleyebilmek mümkündür⁹⁴.

Markanın mülkiyet hakkının konusu olup olmadığına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin en güncel kararlarında da 2008 yılındaki içtihadın sürdürüldüğü görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin E. 2015/49, K. 2015/46, 13.05.2015 tarihli kararında⁹⁵, aynı yönde karar verilmekle kalmamış, aynı zamanda 2008 yılındaki kararlar aynı ifadelerle yer verilmiştir. Buna göre, *"Mülkiyet hakkının konusunu, maddî ve gayrimaddî mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar maddî mallar kapsamında iken, fikrî ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddî mallar kapsamında bulunmaktadır. Bir markanın sahibine sağladığı haklar ise "marka hakkı" olarak adlandırılmakta ve marka hakkı, fikrî ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır"*. Anayasa Mahkemesi'nin 2008 yılındaki kararı ile 2015 yılındaki kararında yer alan bu ifadelerde, ilk olarak, mülkiyet hakkının konusunu maddi ve gayrimaddi malların oluşturduğu, fikri ve sınai mülkiyet haklarının gayrimaddi haklar kapsamında bulunduğu belirtilmiştir. İkinci olarak, marka hakkının, fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer aldığı vurgulanmış, nihayet, marka hakkının mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğu hüküm altına alınmıştır.

Yine Anayasa Mahkemesi, önceki kararlarıyla birebir örtüşen yeni bir karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin E. 2015/33, K. 2015/50, 27.05.2015 tarihli

⁹³ RG Tarih-Sayı: 20.03.2008-26822.

⁹⁴ *"Mülkiyet hakkının konusunu, maddî ve gayrimaddî mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddî mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddî mallar kapsamında yer almaktadır. (...) Bir markanın sahibine sağladığı haklar, "marka hakkı" olarak adlandırılmakta ve fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle marka hakkı üzerinde yapılacak sınırlandırmalarda, Anayasanın "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesinin esas alınması gerekmekte ve marka hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi mümkün bulunmaktadır"* AYM E. 2004/3, K. 2008/47, T. 31.01.2008.

⁹⁵ RG Tarih-Sayı: 15.05.2015-29356.

kararında⁹⁶, marka hakkının mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğu benzer cümlelerle ifade edilmiştir. Burada asıl önemli olan, kararın şu kısmıdır: *“Anayasa’nın ikinci kısmının “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkündür değildir”*. Her iki kararda da ifadesini bulan bu durum ile markanın mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğu, mülkiyet hakkına ilişkin bir düzenlemenin kanun hükmünde kararname ile değil, ancak kanun ile yapılabileceği vurgulanmak istenmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi, oldukça güncel olan bu iki kararında da yer vermiş olduğu *“Dolayısıyla, (...) mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkıyla ilgili olduğundan kural, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptali gerekir”* ifadelerinden yola çıkarak, MarkKHK’nın hangi maddesiyle ilgili olursa olsun önüne gelen her iptal başvurusunu aynı gerekçe ile iptal edebilecektir. Zira, marka hakkının mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğu yönündeki ifade, belirttiğimiz gibi hem kamu hukuku hem özel hukuk açısından oldukça önemli sonuçlara gebe dir. Bu da şüphesiz, kanun hükmünde kararnamenin tümünün iptali ve kanun koyucunun marka hakkını kanunla düzenlemesi ihtimalini ortaya çıkaracaktır.

ccc. Değerlendirme

Kanaatimizce, fikri mülkiyet hakkı ve onun bir türü olan marka hakkı, özel hukuk anlamında değerlendirildiğinde kesinlikle mülkiyet hakkı olarak nitelendirilemez. Öğretide ağırlık kazanan görüşün isabetli olarak belirttiği gibi, marka hakkının TMK kapsamında mülkiyet hakkı olarak değerlendirilebilmesi markanın ve marka hakkının kendine özgü nitelikleri itibariyle mümkün değildir. Burada değerlendirilmesi ve üzerinde tartışılması gereken, marka hakkının özel hukuk anlamında mülkiyet hakkının konusunu oluşturup oluşturmayacağı değil; kamu hukuku anlamındaki yeridir. Her ne kadar bu konu esas itibariyle kamu hukukunun sahasına girse ve bizim çalışmamızın dışında kalsa da, şunları ifade etmek isteriz: Marka hakkının Anayasa’nın 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkı kapsamına girdiğinin kabul edilmesi, marka hakkına anayasal bir güvence sağlar. Bu da şüphesiz, marka hakkını ayrıcalıklı bir konuma sokar. Bizce böyle bir yorum tarzı isabetlidir. Belirtmek

⁹⁶ RG Tarih-Sayı: 02.06.2015-29374.

gerekir ki, özel hukuk hükümleri ile korumanın yanında anayasal bir korumanın da söz konusu olması gerekliliği şüphesizdir⁹⁷. Ayrıca, yalnızca eşya üzerinde sahip olunan mülkiyet hakkının yanı sıra, büyük emeklerle ortaya çıkarılan fikri mülkiyet hakkının Anayasa'nın koruması altında olması, Anayasa'nın bu hükmü getirme amacıyla da bağdaşır⁹⁸. **EREN**'in isabetle belirttiği gibi, Anayasa'nın 35. maddesindeki mülkiyet hakkından, özel malvarlığı haklarının tamamının anlaşılması gerekir ve Anayasa güvencesine taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyetin yanı sıra fikri mülkiyet hakları da dahil olmalıdır⁹⁹. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bugün bu görüşü benimsemektedir.

b. İleri Sürülebileceği Çevreye Göre Marka Hakkı

Hakların sınıflandırılmasında kullanılan bir diğer ölçüt olan ileri sürülebileceği çevre açısından yapılacak sınıflandırmada, marka hakkının konumunun nerede olduğu sorusu akla gelebilir. Bu konuda öğretilerde görüş birliği mevcuttur. Buna göre, marka hakkı, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır¹⁰⁰. Bunun hukuki dayanağı da MarkKHK'nın 9. maddesidir. Bu maddeye göre, marka hakkı sahibi, markasının izinsiz kullanılmasını önleme yetkisine sahiptir¹⁰¹. Herkesin marka hakkını ihlal edebileceği düşünüldüğünde, marka hakkı sahibi, önleme yetkisini ihlalde bulunan herkese karşı ileri sürebileceğinden, marka hakkının mutlak hak olarak ifade edilebilmesi şüphesizdir.

⁹⁷ **FEZER**, Einl. C Rn. 8 ff.

⁹⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin E. 1967/10, K. 1967/49, T. 28.12.1967 sayılı kararında yer alan karşıoy yazısında bu durum çok isabetli bir şekilde belirtilmiştir: “Mülkiyet güvencesinin ilk tanındığı çağlarda mülkiyet hakkı, bir kişinin toplum içinde olabildiğince bağımsız bir varlık sürdürmesini ve kendi sorumu altında kendi yaşayışına biçim vermesini sağlayan ve insan yaşayışını düzenleyici bir etken niteliğinde idi. Demek ki yabancı anayasalardan eski Anayasamıza ve oradan da bugünkü Anayasamıza geçen mülkiyet güvencesi ile Anayasalarımız, kişinin toplum içinde olabildiğince bağımsız bir varlık sürdürmesini ve kendi sorumu altında kendi yaşayışına biçim vermesini sağlayan ve onun yaşayışının düzenlenmesinde temel bir etken, temel bir neden niteliğinde bulunan bir durumu korumayı istemiş ve bunun için bu türlü bir hüküm öngörülmesi bulunmaktadır. Demek ki Anayasa'ya bu hükmün konulmasıyla korumasından yararlandırmaktır”.

⁹⁹ **EREN**, s. 11.

¹⁰⁰ **POROY Reha/TEKİNALP Ünal**, “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Ankara 1990, s. 336; **TEKİNALP**, § 1 N. 70; **YASAMAN**, C. 1, s. 176; **KAYA**, s. 39; **BOZBEL**, s. 347; **KARAN/KILIÇ**, § 6.2; **ÇOLAK**, s. 9; “(...) marka hakkı mutlak haklardan olup (...)” Yarg. 11. HD. E. 2001/844, K. 2001/3429, T. 09.04.2001 (Kazancı). Fikri mülkiyet haklarının mutlak hak olduğu yönünde bkz. **ANTALYA/TOPUZ**, s. 142.

¹⁰¹ Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 2.

2. Marka Hakkının İÇeriği

Marka hakkı, marka sahibine aittir. MarkKHK'nın "Marka hakkının elde edilmesi" kenar başlıklı 6. maddesine göre, marka hakkı tescil yoluyla elde edilir. Bu, marka hakkının aslen kazanılmasıdır. Bundan başka, mirasın geçmesi veya hukuki bir işlemle marka hakkının devren kazanılmasından söz edebilmek mümkündür¹⁰².

Marka hakkı, sahibine birtakım yetkiler verir¹⁰³. Bu yetkileri, olumlu yetkiler ve olumsuz yetkiler olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Marka hakkına sahip olan kişiye ait olan bu yetkilerin marka hakkının olumlu içeriğini ve marka hakkının olumsuz içeriğini oluşturduğu söylenebilir¹⁰⁴.

Marka hakkı sahibinin sahip olduğu olumlu yetkiler, fiili ve hukuki tasarrufları kapsar. Fiili tasarruflardan en önemlisi, markanın kullanılmasıdır. Hukuki tasarruflara, marka hakkının başkasına devredilmesi, lisans verilmesi, rehin edilebilmesi gibi tasarruflar örnek verilebilir. Marka hakkı sahibinin sahip olduğu olumsuz yetkiler ise, marka hakkının üçüncü kişilere karşı korunmasını sağlayan koruyucu ve yasaklayıcı yetkililerdir¹⁰⁵.

Belirtmek gerekir ki, marka hakkı sahibi, tüm bu yetkilere münhasıran sahiptir. Buna "münhasır yetki" denir. Nitekim MarkKHK'nın 9. maddesinde "*Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir*" hükmüyle, marka hakkı sahibinin bu münhasır yetkisi vurgulanmıştır. MarkenG'nin 14. maddesinde de marka hakkı sahibinin münhasır yetkisi hüküm altına alınmıştır. Sonuç olarak, marka hakkı, sahibine markayı kullanma başta olmak üzere birtakım fiili ve hukuki tasarruflarda bulunma ile markanın üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesini önleme konusunda münhasır yetki verir¹⁰⁶.

Marka hakkı sahibine ait olan olumsuz yetkilerin MarkKHK'nın 9. maddesinde hüküm altına alındığı görülmektedir. Hak sahibinin münhasır yetkisinin sınırı kanun

¹⁰² TEKİNALP, § 23 N. 1.

¹⁰³ KAYA, s. 34.

¹⁰⁴ TEKİNALP, § 23 N. 1; KAYA, s. 40.

¹⁰⁵ KAYA, s. 40.

¹⁰⁶ INGERL/ROHNKE, § 14 Rn. 2.

koyucu tarafından bu hüküm ile çizilmiştir¹⁰⁷. Bu hükümden doğan olumsuz yetkiye “markanın haksız ve/veya izinsiz kullanımının önlenmesini talep yetkisi” de denilmektedir¹⁰⁸. Ayrıca, önemle belirtmekte fayda vardır ki, hak sahibinin izni olmaksızın, markayı bu hükümde belirtilen biçimlerde kullanmak marka hakkına tecavüz sayılır. Bu durum, MarkKHK’nın 61. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Başka bir deyişle, üçüncü kişilerin ilgili hükme aykırı davranışları, marka hakkına tecavüz fiili anlamına gelir.

MarkKHK’nın 9. maddesine aykırı fiiller, herkes tarafından gerçekleştirilebilecek olan fiillerdir. Bu sebepten ötürü, marka hakkının ileri sürülebileceği çevre bakımından mutlak hak niteliğinde olduğunu belirtmiştik. Marka hakkı sahibi, olumsuz yetkisine dayanarak bu ihlalleri önleyecek taleplerde bulunabilir.

C. KURUMA KONU OLAN HAK

1. Hakkın Niteliği

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının omurgasını “dava hakkı” oluşturmaktadır. Marka hakkı ihlal edilen hak sahibinin bu ihlale karşı dava hakkını kullanması ve bu dava hakkının kaderinin mahkemede tartışılması, sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumuna varlık kazandırmıştır.

Çalışmamıza ismini veren bu kurumda sözü geçen “hak kaybı” ile ifade edilmek istenen, dava hakkıdır¹⁰⁹. Hak sahibi, marka hakkı üzerinde herhangi bir hak kaybına uğramamakta, yalnızca dava hakkı bakımından bir hak kaybı durumu yaşamaktadır. Kurumu anlayabilmek için dava ve dava hakkının ne olduğuna değinmemiz gerekecek olursa, şunları söylemekle başlayabiliriz:

Dava, maddi hukuktan doğan bir hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan kimsenin buna karşı mahkemeden hukuki koruma talep etmesidir¹¹⁰. Bu hukuki koruma

¹⁰⁷ KAYA, s. 40.

¹⁰⁸ KAYA, s. 40; BOZBEL, s. 460; KARAN/KILIÇ, § 9.3.

¹⁰⁹ YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 859; YANLI, s. 314; BOZBEL, s. 554; KARAHAN, Zamanaşımı, s. 298; BATTAL, s. 28 vd.; ÇOLAK, s. 785.

¹¹⁰ KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 2001, s. 871; PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 411;

talebi, başka bir deyişle mahkemeyi harekete geçirme imkanı dava hakkının konusunu oluşturur¹¹¹. Diğer bir ifadeyle dava hakkı, hak ihlali durumunda hak sahibinin yargı makamlarına başvurarak koruma talebini içeren yetkidir¹¹². Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, dava hakkı, “hak arama hürriyeti” çerçevesinde Anayasa tarafından güvence altına alınmış bir haktır.

Dava, dava hakkı ve dava teorisine ilişkin öğretilerde pek çok farklı görüş mevcuttur¹¹³. Ancak, çalışmamızın konusu itibarıyla biz kuruma konu olan hakkın dava hakkı olduğunu belirtmekle yetinecek, gerektirdiği ölçüde kurumla ayırtmamaya özen göstererek dava hakkına değineceğiz.

2. Hakkın Sahibi

Dava hakkının var olabilmesi için, öğretilerde “esas hak”¹¹⁴, “asıl hak”¹¹⁵, “sübjektif hak”¹¹⁶ veya öznel hak¹¹⁷ gibi çeşitli isimlerle ifade edilen, maddi hukuk alanına ait bir hakkın varlığı şarttır¹¹⁸. Esas hak henüz doğmamışsa dava hakkından da söz edilmesi mümkün olmayacaktır¹¹⁹. Esas hakkın ihlali neticesinde hak sahibinin mahkemeden talep edeceği hukuki koruma, dava hakkını gündeme getirir¹²⁰. Zira,

ALANGOYA Yavuz/**YILDIRIM** M. Kamil/**DEREN-YILDIRIM** Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011, s. 201.

¹¹¹ **POSTACIOĞLU** İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975 (Medeni Usul Hukuku), s. 179; **POSTACIOĞLU** İlhan, “Dava Teorisi Üzerine Bazı Mülâhazalar”, Prof. Dr. Tahir Taner’e Armağan, İstanbul 1956, s. 737.

¹¹² **POSTACIOĞLU** İlhan/**ALTAY** Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 181. “*Bir hakkın mahkemeler aracılığıyla ileri sürülmesi, talep edilmesi yetkisine dava hakkı (dava açma hakkı) denir*” Yarg. 9. HD. E. 2014/783, K. 2014/6028, T. 26.02.2014 (Legalbank); “*Genel olarak dava hakkı, gerçek ve tüzel kişilerin bir hakkın inkarı veya ihlali halinde Devlet gücüne başvurarak o hakkın korunmasını (hükme bağlanmasını) istemeleridir*” Yarg. 14. HD. E. 2004/8511, K. 2004/8659, T. 13.12.2004 (Kazancı).

¹¹³ Dava hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **POSTACIOĞLU**, Medeni Usul Hukuku, s. 179 vd.; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 181 vd.; **POSTACIOĞLU**, Dava Teorisi, s. 737 vd.; **TULUAY** Metin, “Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi”, DÜHFD, C. 1, Y. 1983, S. 1, Diyarbakır 1983, s. 101 vd.

¹¹⁴ **AKYOL ASLAN** Leyla, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011, s. 98 vd.

¹¹⁵ **OĞUZMAN/BARLAS**, N. 977.

¹¹⁶ **TÜZÜNER** Özlem, ““Dava Hakkı” Unsuru Olarak “Hak” (“Droit” comme élément du “droit d’action”)”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2007, S. 2, s. 498.

¹¹⁷ **SEROZAN**, Genel Bölüm, II § 1 N. 6.

¹¹⁸ Biz çalışmamızda “esas hak” kullanımını tercih etmekteyiz.

¹¹⁹ **KARSLI** Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 454.

¹²⁰ **BİLGE** Necip/**ÖNEN** Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 384.

maddi hukuk alanına ait hak bünyesinde dava hakkını barındırır¹²¹. Önemle belirtmek gerekir ki, dava hakkı, esas haktan ayrı bir hak değildir¹²². Bu da, dava hakkının sahibini belirleme konusuna ışık tutar.

Dava hakkı bağımsız bir hak olmadığından esas hakkın sahibi, dava hakkının sahibidir¹²³. Bu sebeptendir ki, esas hakka sahip olmayan kimsenin dava hakkına sahip olmasından söz edilemez.

Marka hukukunda esas hak, marka hakkıdır¹²⁴. Marka hakkına sahip olan kimse, esas hakkın beraberinde getirdiği dava hakkının da sahibidir. Marka hakkının ihlali halinde hak sahibi, dava hakkını kullanarak hak ihlalinin bertaraf edilmesi için mahkemeden hukuki koruma talep edebilecektir.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunu ilgilendiren marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması ve markanın hükümsüzlüğü davalarında kimlerin dava hakkı sahibi olduğu MarkKHK’da düzenlenmiştir. Buna göre, markanın hükümsüzlüğünü, ilgili mahkemeden, zarar gören kişiler, Cumhuriyet savcıları veya ilgili resmi makamlar isteyebilir (MarkKHK m. 43). Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, mahkemeden, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması talebinde bulunabilir (MarkKHK m. 62). Mevzuatta da açıkça belirtildiği gibi, kurumu ilgilendiren davalar yönünden kimlerin dava hakkına sahip olduğu açıktır¹²⁵.

¹²¹ **BİLGE/ÖNEN**, s. 384.

¹²² **KURU**, C. I, s. 872; **BİLGE/ÖNEN**, s. 386; **KARSLI**, s. 454; Hak ile dava hakkı arasındaki ilişkinin parça-bütün ilişkisi olduğu yönünde bkz. **POSTACIOĞLU**, Medeni Usul Hukuku, s. 180; “*Dava hakkı asıl haktan (örneğin davada alacak hakkı talep ediliyorsa alacak hakkından) ayrı bir hak değildir*” Yarg. 9. HD. E. 2014/783, K. 2014/6028, T. 26.02.2014 (Legalbank).

¹²³ **KURU**, C. I, s. 872; **POSTACIOĞLU**, Medeni Usul Hukuku, s. 181; “*Bir subjektif hakkı dava etme yetkisi (dava hakkı) kural olarak o hakkın sahibine aittir.*” Yarg. HGK. E. 2013/14-370, K. 2014/43, T. 29.01.2014 (Legalbank); Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD. E. 2015/166, K. 2015/777, T. 17.02.2015 (Legalbank); Yarg. 10. HD. E. 2014/8878, K. 2014/15383, T. 23.06.2014 (Legalbank); Yarg. 9. HD. E. 2014/783, K. 2014/6028, T. 26.02.2014 (Legalbank); Yarg. 19. HD. E. 1998/2467, K. 1998/6114, T. 15.10.1998 (Legalbank); Yarg. 21. HD. E. 2012/22439, K. 2014/346, T. 16.01.2014 (Legalbank); Yarg. HGK. E. 2013/13-439, K. 2013/1595, T. 27.11.2013 (Legalbank); Yarg. 3. HD. E. 2013/12397, K. 2013/13045, T. 23.09.2013 (Legalbank); Yarg. 14. HD. E. 2012/13340, K. 2012/14471, T. 17.12.2012 (Legalbank); Yarg. 1. HD. E. 2012/721; K. 2012/758; T. 02.02.2012 (Legalbank).

¹²⁴ **FEZER**, § 14 Rn. 11.

¹²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, II.

3. Hakkın Kazanılması

Dava hakkının kazanılması esas hakkın kazanılmasına bağlıdır. Esas hakka sahip olan herkes kendiliğinden dava hakkına sahip olur¹²⁶. Öğretinin de isabetli olarak belirttiği üzere, dava hakkı esas hakkın yaptırımıdır¹²⁷. Dolayısıyla dava hakkının kazanılması için özel olarak bir harekette bulunulması gerekmez.

Dava hakkının esas hakla olan sıkı ilişkisi, hatta kimi zaman esas haktan daha önde oluşunun kökleri Roma hukukuna dayanmaktadır. Roma hukukunda, davanın esas hakkın beraberinde gelmesi sebebiyle hakların ayrımı da dava odaklı yapılmaktaydı¹²⁸. Bu da dava hakkının kazanılmasında esas hakkın öneminin Roma hukukunun tavrından ileri geldiği ve bunun modern hukuka etki ettiğini görmemizi sağlamaktadır.

4. Hakkın Kullanılması

Sessiz kalma yoluyla hak kaybını konu alan pozitif düzenlemelerde ortaya konulan ölçütler, kurumun dayanak noktası hakkında aydınlatıcı bir işleve sahip değildir. Bu pozitif düzenlemelerin hangi ilkeler esas alınarak yapıldığını belirtmek için hakkın kullanılması konusuna değinmek gerekir. Böylelikle, hukukumuzda bu kurumun pozitif düzenlemesi olmamasına rağmen bugüne dek hangi ilkeler ışığında ilerlediği, Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'ndaki düzenlemenin hangi ekseninde yapıldığı açıklığa kavuşturulacaktır.

a. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Rolü

Marka hakkı ihlal edilen hak sahibi, bu ihlal karşısında daha önce de belirttiğimiz üzere, aktif bir davranış biçimi olarak dava açma yolunu tercih edebilir. Hak ihlali karşısında dava hakkının kullanılması, marka hakkı sahibinin muhtemel bir davranışıdır. Zira, dava hakkı, marka hakkının ihlaline karşı mahkemeden hukuki koruma talebi içerir ve bu Anayasa'nın güvencesi altındadır.

¹²⁶ YEĞENGİL Rasih, "Dava ve Müdafaa Hakkının Sui İstimali ve Bundan Mütevellit Hukuki Mesuliyet", Ankara Barosu Dergisi, 1944/8, s. 5.

¹²⁷ POSTACIOĞLU, s. 180; BİLGE/ÖNEN, s. 384; TÜZÜNER, s. 498. Davanın esas hakkın yargılama hukukundaki uzantısı olduğu yönünde bkz. KARSLI, s. 454.

¹²⁸ UMUR Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s. 149.

Özel hukukun tamamına hakim olan TMK'nın 2. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır”¹²⁹. Bu hükümde açıkça ifade edildiği üzere, hak sahibi haklarını kullanırken dürüstlük kuralına uymak zorundadır.

TMK'nın 2. maddesinin ikinci fıkrasında, “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” hükmüyle, hak sahibinin haklarını kullanırken dürüstlük kuralına uymaması halinde bunun “hakkın kötüye kullanılması” olacağı ve hukuk düzeni tarafından korunmayacağı belirtilmiştir. Kanun koyucu, özel hukukta hakların nasıl kullanılacağı ve bu kullanıma aykırılık halinde bunun sonucunun ne olacağını açıkça ifade etmiştir.

Öğretide TMK'nın 2. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrası arasındaki ilişki konusunda görüş ayrılığı mevcuttur. Öğretideki bazı yazarlara göre, maddenin ikinci fıkrası, maddenin ilk fıkrasının olumsuz halini teşkil etmekte, bir hakkın kullanılmasında dürüstlük kuralına aykırılık, aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği gibi her hakkın kötüye kullanılması durumu da dürüstlük kuralına aykırılık anlamına gelmektedir. Buna göre, maddenin ilk fıkrası amir bir hüküm olup ikinci fıkrası da bu amir hükme aykırılığı yasaklamaktadır¹³⁰.

Buna karşın bazı yazarlar, TMK'nın 2. maddesinin ikinci fıkrasındaki hakkın kötüye kullanılması yasağının aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan dürüstlük kuralı ile birbirinden farklı kurumlar olduğunu¹³¹, her dürüstlük kuralına aykırılığın hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmediğini ve hakkın kötüye kullanılması yasağının ayrıca kanunu düzeltme işlevinin bulunduğunu ileri sürmekte, dürüstlük kuralı ile

¹²⁹ “İsviçre-Türk Medeni Yasaları, dürüstlük kurallarına başlangıç maddelerinde yer vererek bunları bütün özel hukuku kapsayacak biçimde düzenlemişlerdir” (GİRİTLİOĞLU Necla, Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı İle Sınırlandırılması (Yayınlanmamış Profesörlük Takdim Tezi), İstanbul 1989, s. 7).

¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, N. 850; KÖPRÜLÜ, s. 142; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 177.

¹³¹ SEROZAN'a göre TMK'nın 2. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrası “sanki iki ayrı dünyaya ait”tir (SEROZAN, Genel Bölüm, II § 9 N. 9a).

hakkın kötüye kullanılması yasağının diğer yazarların aksine bir madalyonun iki yüzü olmadığı görüşündedirler¹³².

Belirtmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanılması yasağı, dürüstlük kuralından ayrı düşünülemez. Diğer bir deyişle, hakkın kötüye kullanılması yasağı, dürüstlük kuralının bir uzantısıdır. Bu da, dürüstlük kuralından söz ederken akla mutlaka hakkın kötüye kullanılması yasağının da gelmesi gerekliliğini doğurur. Dürüstlük kuralı ifadesi genel bir çerçevedir ve bu çerçeve şüphesiz hakkın kötüye kullanılması yasağını da kapsar.

Dürüstlük kuralı, ifade ettiği anlam itibarıyla özel hukukun tamamına hakim olmanın da ötesinde hukukun tümünde, diğer bir deyişle kamu hukukunu da kapsayacak şekilde dikkate alınması gereken temel bir ilkedir¹³³. Özel hukukun yanı sıra kamu hukukundan doğan hakların kullanılmasının da çerçevesini dürüstlük kuralı belirlemektedir¹³⁴. Yargıtay da pek çok kararında dürüstlük kuralının hukukun evrensel ve genel ilkesi olduğunu vurgulamıştır¹³⁵. Nitekim dürüstlük kuralından ayrı olarak düşünülmesi mümkün olmayan hakkın kötüye kullanılması da Yargıtay tarafından hukukun her alanında uygulanabilir bir ilke olarak kabul edilmiştir¹³⁶.

Hukukun tamamında dikkate alınması gerektiğinin bir diğer göstergesi olarak dürüstlük kuralının, TMK'nın 2. maddesiyle kanunda karşılığını bulmuş ve böylece özel

¹³² Ayrıntılı bilgi için bkz. **EDİS** Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993, s. 329; **GİRİTLİOĞLU**, s. 48; **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 23; **DURAL/SARI**, N. 1220; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 359; **ERMAN** Hasan, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 2014, s. 109; **ALTAŞ**, s. 291.

¹³³ **SCHUBERT** Claudia, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 7. Auflage, München 2016, BGB § 242 Rn. 2; **OĞUZMAN/BARLAS**, N. 856; **EDİS**, s. 302; **İMRE**, s. 289; **UYAR** Talih, "Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük (Objektif İyiniyet)" Kuralı (MK.2/I) ve "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı" (MK.2/II)", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 440; **ALTAŞ**, s. 263; "Dürüstlük kuralı" ve onu tamamlayan "hakkın kötüye kullanılması yasağı" bir genel hukuk ilkesi olarak, hukukun hemen her alanında kendisini gösteren (...)" (**BARLAS** Nami, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi", İÜHFİM, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, C. LV, S. 3, İstanbul 1997, s. 191).

¹³⁴ MüKoBGB/**SCHUBERT**, BGB § 242 Rn. 2; **JAUERNIG/MANSEL**, BGB § 242 Rn. 11; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 163; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 358.

¹³⁵ "Hukukun evrensel ve genel ilkelerinden olan "dürüstlük ilkesi" (Türk Medeni Kanunu m.2) (...)" Yarg. HGK. E. 2012/19-670, K. 2013/171, T. 16.01.2013 (Kazancı); "Dürüstlük kuralı, MK'nun "Başlangıç Hükümleri" arasında, hukukun her alanında kendini gösteren bir ilke olarak düzenlenmiştir" Yarg. HGK. E. 2011/11-59, K. 2011/271, T. 04.05.2011 (Kazancı).

¹³⁶ "(...) hukukun tüm alanlarında, uygulama niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması (...)" Yarg. HGK. E. 2010/19-559, K. 2010/546, T. 03.11.2010 (Kazancı).

hukukun tamamına etki edebilme yeteneği kazanmış olmasına rağmen medeni usul hukuku mevzuatında da düzenlenmiş olması gösterilebilir. Kanun koyucu, medeni usul hukukunda dürüstlük kuralını vurgulamak amacıyla HMK'nın 29. maddesinin birinci fıkrasında “*Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar*” hükmüne yer vermiştir¹³⁷. Bu hükme yer verilmemiş olsaydı da TMK'nın 2. maddesi medeni usul hukukunda uygulama alanı bulacağından, tarafların yaptıkları her hareket ve işlemde dürüstlük kuralına uymaları gerekecekti¹³⁸. Ancak kanun koyucu, özel bir görünüm olarak medeni usul hukukunda bu kurala yer vermek istemiştir¹³⁹.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumuna konu olan dava hakkının nasıl kullanılacağına dayanağı, özel hukukun tamamına etki ettiği için hem TMK m. 2 hem de medeni usul hukukunu ilgilendiren bir hak olması sebebiyle HMK m. 29'dur. Hak sahibi dava hakkını her iki hüküm ışığında dürüstlük kuralına uygun kullanmak zorundadır.

Dava hakkı her ne kadar Anayasa ile güvence altına alınmış, hak arama hürriyeti çerçevesinde değerlendirilen ve maddi hukuka hayat veren bir niteliğe sahip olsa da sınırsız bir şekilde kullanılması mümkün olmayan bir haktır¹⁴⁰. Zira, hiçbir hak yalnızca sahibi odağında düşünülemez. Hak sahibinin yanı sıra pek çok süje de

¹³⁷ 6100 sayılı HMK yürürlüğe girmeden önce yürürlükteki 1086 sayılı HUMK'ta böyle bir hüküm bulunmadığı ve buna karşın TMK m. 2 hükmünün uygulanacağı yönünde bkz. **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 14-15.

¹³⁸ MüKoBGB/SCHUBERT, BGB § 242 Rn. 109. İsviçre Federal Mahkemesi'nin dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ilkelerinin yalnız medeni hukukta değil, medeni usul hukukunda da geçerli olduğu yönünde kararı için bkz. BGE 132 I 249.

¹³⁹ **YILMAZ**, s. 323; “*Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünü içeren 29'uncu maddede, 4721 sayılı Kanununun 2'nci maddesinde yer alan dürüst davranma kuralı yinelenerek, tarafların dürüstlük kuralına uygun davranmak zorunda oldukları, davanın dayanağı olan vakalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlü olduklarına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir*” Yarg. HGK. E. 2012/10-1152, K. 2013/284, T. 27.02.2013 (Legalbank).

¹⁴⁰ **KURU** Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015, s. 91. “*(...) her hak gibi dava hakkı da sınırsız değildir*” Yarg. HGK. E. 2002/4-913, K. 2002/1009, T. 20.11.2002 (Kazancı); “*Anayasanın 31. maddesinde, "Hak Arama Hürriyeti" olarak tanımlanan ve "yargı mercileri önünde hak arama, ihbar ve şikayet ve dava açma" özgürlüklerini de kapsayan haklar buna örnek olarak gösterilebilir. Hiç kuşku etmemek gerekir ki, sözü edilen bütün bu hak ve özgürlükler asla sınırsız değildir*” Yarg. HGK. E. 1981/4-56, K. 1982/348, T. 09.04.1982 (Kazancı); “*Bilindiği gibi, Anayasa'nın 31. maddesi (hak arama hürriyetini) düzenlemiştir. Ancak, Anayasa teminatı altında bulunan her hak ve özgürlük gibi, bu özgürlük de sınırsız değildir. Özellikle diğer kişilerin aleyhine ve kötüye kullanılamaz*” Yarg. 4. HD. E. 1978/2086, K. 1978/13877, T. 08.12.1978 (Kazancı).

bulunmakta, bu süjelerin de menfaatleri gzetilmelidir¹⁴¹. Aksi halde, sınırsız bir Şekilde kullanım olanağı verilen her hak, tamiri mümkün olmayan yaraların açılması ihtimalini dođurur¹⁴².

Dava hakkını da kapsayacak Şekilde hakların kullanılmasına ilişkin bireyi ve toplumu esas alan iki anlayış vardır. Bireyi esas alan anlayışa göre, hukuk kurallarına uygun olmak kaydıyla hak sahibi haklarını dilediği gibi kullanabilir¹⁴³. Bu, daha çok norm odaklı olup normların izin verdiği her Şeyi mümkün kılan, dolayısıyla ‘‘hakkın kötüye kullanılması’’ gibi bir kavramın var olmasına izin vermeyen bir anlayıŐtır¹⁴⁴. Zira, eğer bir hak normla tanınmıŐsa, bu hakkın serbestçe kullanılması hukuk kuralınca mümkün kılındığından hakkın sınırını sadece hukuk kuralı oluşturacak, hakkın kötüye kullanılması gibi bir halden de söz edilemeyecektir. Bu anlayışa karşı, hakların kullanılmasında sosyal işlevi birincil tutan, birey ile toplum arasında dengeyi gözeten anlayışa göre, oluŐturulmaya çalıŐılan dengeyi bozan kullanım, hakkın kötüye kullanılmasıdır¹⁴⁵. Unutulmamalıdır ki, hakların bireylere verilme amacı yalnız bireysel menfaatlere hizmet etmek ve bireylere geniş bir özgürlük alanı sağlamak değil, sosyal menfaatleri de gözeterek bireylerin bir araya gelerek oluŐturdukları toplumun ve böylelikle toplumdaki diğer bireylerin faydasına hareket etmelerini sađlamaktır¹⁴⁶.

Hakların kullanılmasının sınırını ise dürüstlük kuralı izer¹⁴⁷. Buna yalnız maddi hukuktan doğan haklar değil, dava hakkı da dahil olduğundan, dava hakkının kullanılmasının sınırı dürüstlük kuralıyla belirlenir¹⁴⁸. Burada istenilen, hakkın kullanımının amaca ve hakkaniyete uygun, tüm süjelerin menfaat dengesi

¹⁴¹ Sjelerin menfaatlerinin mahkeme tarafından gözetilmesi gerektiğinin yanı sıra hak sahibinin diğer tarafın menfaatlerini gözetmek zorunda olduğu yönünde bkz. **YEĞENGİL**, s. 8.

¹⁴² Roma hukukunda ‘‘Summum jus summa infuria’’ (Mutlak hak mutlak haksızlığı doğurur) düŐüncesi mevcuttur (**SAYMEN** Ferit Hakkı, Hakkın Suiistimalinin Müeyyidesi, İHFM, C. XI, S. 1-2, s. 312 vd.).

¹⁴³ **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 178; **ARSLAN** Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 32.

¹⁴⁴ Bir hakkın ya var ya da yok olduğu, varsa sahibi tarafından sınırsız Şekilde kullanılabilceği, yoksa kullanılması söz konusu olan bir hakkın olmadığı Şeklindeki görüşün artık terkedildiği yönünde bkz. **KÖPRÜLÜ**, s. 142.

¹⁴⁵ **EDİS**, s. 324; **KÖPRÜLÜ**, s. 133; **ARSLAN**, s. 32.

¹⁴⁶ **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 179.

¹⁴⁷ **GULDENER** Max (eviren: Tahir ağa), Hukuk Muhakemeleri Usulünde Afaki Hsnniyet Esası, AHFD 1946/III/2-4, s. 648.

¹⁴⁸ **YEĞENGİL**, davanın bir hakka konu olması sebebiyle hakkın kötüye kullanılmasına dair hükümlerin dava hakkına da uygulanmasının zorunlu olduğu görüŐündedir (**YEĞENGİL**, s. 6). Yazarın ‘‘davanın bir hakka konu olması’’ ile kastettiği, davanın sübjektif hakka konu olmasıdır

doğrultusunda olmasını sağlamaktır¹⁴⁹. Özel hukuka ilişkin tüm hakların kanun koyucunun bu hakkı tanımadaki amaca uygun kullanılması gerekmekte, amaca aykırı kullanımın ise hukuk düzeni tarafından himaye edilmemesi durumu ortaya çıkmaktadır¹⁵⁰. Böylelikle, hakkın amacına uygun şekilde kullanılmasıyla kendiliğinden tüm sùjeler arasındaki denge kurulmuş olacaktır. Dürüstlük kuralının burada sınırları belirleyen bir fonksiyona sahip olması, kuralın ne kadar önemli olduğunu da göstermektedir. Anayasa ile güvence altına alınmış olan bir hak bile dürüstlük kuralına uygun olduğu ölçüde kullanılabilir¹⁵¹.

Hak sahibinin hak kaybına uğramaması için dürüstlük kuralına uygun bir şekilde dava hakkını kullanması gerektiğine göre, akla dava hakkının ne şekilde kullanımının dürüstlük kuralına uygun olacağı sorusu gelebilir. Marka hakkı sahibi, hak ihlaline karşı dava hakkını ne şekilde kullanırsa hak kaybına uğramayacağı sorusunun cevabı önemlidir.

Dava hakkı pek çok farklı şekilde kullanılabilir ve bunların kimisi dürüstlük kuralına uygun, kimisi ise hakkın kötüye kullanılması olarak karşımıza çıkar. Hangi hallerin hakkın kötüye kullanımını oluşturduğu kanun tarafından düzenlenmemiş, buna dair bir emare belirtilmemiştir. Esasen buna ilişkin bir düzenleme yapmak da mümkün değildir, zira önceden herhangi bir somut uyuşmazlığı bütünüyle ele almadan bu tespiti yapabilmek mümkün olmadığı gibi yüzlerce farklı ihtimali tek tek düzenlemenin doğuracağı sakıncalar göz önünde bulundurularak zaten genel bir kural ile bu soruna çözüm bulunmak amaçlanmıştır¹⁵². Her somut olay kendi içerisinde bu genel kural ekseninde değerlendirilerek bir sonuca varılmış ve bu kaçınılmaz olarak pek çok farklı kötüye kullanım halinin ortaya çıkışını sağlamıştır. Dava hakkının kötüye kullanıldığı

¹⁴⁹ OĞUZMAN/BARLAS, N. 861; DURAL/SARI, N. 1267; UYAR, s. 442; ERMAN, s. 109.

¹⁵⁰ ERMAN, s. 109; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 168.

¹⁵¹ ARSLAN, s. 71; “(...) hak arama özgürlüğünün, tüm özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız olmadığı, diğer bir anlatımla kişi, istediği biçim ve koşulda ve salt başkasını zararlandırmak için bu hakkı kullanamayacağı, aksi halde bu hakkı kötüye kullanmış sayılacağı kabul edilerek, Anayasa ve yasaların öngördüğü güvenceden yararlanamayacaktır” Yarg. 4. HD. E. 2003/15591, K. 2004/5092, T. 19.04.2004 (Kazancı).

¹⁵² DURAL/SARI, N. 1255.

hallere bakıldığında, bunların bu sebeple çok farklı biçimlerde olduğu görülmektedir¹⁵³. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunu ilgilendiren hakkın kullanımı ise, süre bakımından değerlendirilmeli ve tartışılmalıdır. Zira, kuruma esas teşkil eden kötüye kullanım hali esas itibariyle uzun bir süre sonra hakkın kullanılması biçimindedir. Hak ihlaline karşı sessiz kalan ve bu sessiz kalmanın ardından dava hakkını kullanan hak sahibi, bu kullanım tarzı mahkemece dürüstlük kuralına aykırı görülmüşse hak kaybına uğramaktadır. Bu da şüphesiz kuruma esas olan kötüye kullanım halinin “süre” bağlamında değerlendirilmesi gerekliliğini doğurmaktadır.

Tüm bu açıklamaların ışığında, marka hakkı ihlal edilen hak sahibinin marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması veya markanın hükümsüzlüğü talebiyle dava açması, başka bir deyişle dava hakkını kullanması, MarkKHK’nın dava açma süresine ilişkin bir hal hariç özel bir düzenleme getirmemesi sebebiyle dava hakkının sınırsız bir biçimde kullanılmak istenmesine karşın dürüstlük kuralının çizdiği sınır çerçevesinde mümkün olmaktadır.

Markanın hükümsüzlüğü veya marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulmasına ilişkin davalarda MarkKHK’nın süreye ilişkin bir hal hariç özel bir düzenleme öngörmemektedir. Kanun koyucu ilgili davalar bakımından yalnız bir durum için dava açılmasını süreye bağlamıştır. Bu da, markanın hükümsüzlüğüne ilişkin açılacak davada MarkKHK’nın 42. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde hüküm altına alınan durumdur. Buna göre, MarkKHK’nın 7. maddesinde sayılan haller -ki bunlar marka tescilinde mutlak ret nedenleridir- hükümsüzlük halleri olarak belirtilmiş, bu hallere ilişkin hükümsüzlük davası açılması halinde mahkemece hükümsüzlük kararı verileceği ifade edilmiştir. İlgili hükümde bunun yanı sıra, “*Ancak, 7 nci maddenin (1) bendinde belirtilen tanınmış markalarla ilgili davanın tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açılması gerekir. Markanın tescilinde kötü niyet varsa iptal davası süreye bağlı değildir*” ifadesi yer almaktadır. Görüldüğü gibi, MarkKHK’nın 7. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde belirtilen tanınmış markalara ilişkin hükümsüzlük davasının belirtilen sürede açılması gerekmektedir.

¹⁵³ Karşı tarafı yargılama masraflarına sokmak kastıyla veya mevcut olmadığını bildiği alacağa dayanarak dava açmak, hükmü geciktirmek için kanun yollarına başvurmak gibi dava hakkının kötüye kullanılması örnekleri sayılabilir (YEĞENGİL, s. 8).

MarkKHK'nın tanınmış markalar bakımından açılacak hükümsüzlük davalarında böyle bir dava açma süresi mevcutsa da, Anayasa Mahkemesi'nin E. 2015/33, K. 2015/50, 27.05.2015 tarihli kararıyla¹⁵⁴ bu durum ortadan kalkmıştır. Anayasa Mahkemesi, MarkKHK'nın 7. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Dolayısıyla MarkKHK'nın 42. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan hükme dayanak teşkil eden bent iptal edildiğinden, markanın hükümsüzlüğünde dava açma süresi bakımından artık hiçbir süre kısıtlaması kalmamıştır. Böylelikle marka hakkı sahibinin, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması veya markanın hükümsüzlüğü talebiyle dava hakkını kullanması için MarkKHK'nın süre bakımından bir düzenleme getirmemesi, sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunun ortaya çıkışının en önemli teorik sebebinin oluşturur.

Kuruma ilişkin yaptığımız tanımda da ifade ettiğimiz gibi, hak sahibinin ihlale karşı dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenen davranışı göstermesi gerekmektedir. Bu da dava hakkının dürüstlük kuralına uygun şekilde makul bir sürede kullanılmasıdır¹⁵⁵. Dava hakkının kötüye kullanımı hukuk düzenince korunmadığından¹⁵⁶, hak sahibi ihlal karşısında etkin bir sonuç almak istiyorsa, daha geniş bir anlatımla hak kaybına uğramak istemiyorsa dava hakkını uzunca bir sessizliğin ardından değil, makul bir süre içinde kullanmalıdır.

¹⁵⁴ RG Tarih-Sayı: 02.06.2015-29374.

¹⁵⁵ Yargıtay'ın aksi yönde vermiş olduğu kararında "Yasanın verdiği bir hakkı kullanmak hakkın suistimali olarak nitelendirilemez. Davacının uzun süre bu hakkını kullanmamış olması hakkından vazgeçtiği anlamına da gelmez. (...) dava açma hakkı Anayasa ile teminat altında olup, bu hakkın salt geç kullanılması hakkın kötüye kullanıldığı anlamında kabul edilemez" şeklinde yer alan ifadelere katılabilmemiz mümkün değildir. Bu kararın karşı oy yazısı kanaatimizce oldukça isabetlidir: "Gerek hukuk öğretisinde ve gerekse Yargıtay uygulamasında hakkın kullanılmasında gecikmenin hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebileceği kabul edilmesine rağmen; çoğunluk gerekçesinde "dava açma hakkı Anayasa ile teminat altında olup geç kullanılması hakkın kötüye kullanılması anlamında kabul edilemez görüşü" hukuk öğretisi ve uygulama ile çelişki yaratmıştır. Dava hakkı da her hak gibi sınırsız değildir; subjektif bir hakkın kullanılması MK'nun 2. maddesinin öngördüğü doğruluk ve güven kurallarının denetimi altındadır. Hakkın geç kullanılmasının "kötüye kullanma" olarak nitelendirmek için başlı başına "geç kullanma olgusu" yeterli değildir; ortaya çıkan çelişkinin, özellikle hakkın kullanılmasında "herhangi bir korunmaya değer yararın bulunmaması" ile güçlendirilmiş olması gerekir. (...) Tüm olgular değerlendirildiğinde; davacının, kendisine hiç bir yararı olmadığını izlenimini güçlü olarak veren böyle bir hakkı işin başında açık izne rağmen 15 yıl sonra en azından doğruluk ve güven kurallarına aykırı olarak ileri sürmesi (çelişkili davranış) hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilmelidir" Yarg. HGK. E. 1993/18-486, K. 1993/696, T. 03.11.1993 (Legalbank).

¹⁵⁶ "Dava hakkının kötüye kullanılmaması gerekir" Yarg. 9. HD. E. 2014/783, K. 2014/6028, T. 26.02.2014 (Legalbank).

Dava hakkının bir süreyle sınırlandırıldığı durumlarda dahi, dava hakkını uzun süre kullanmayıp sürenin dolmasına az bir zaman kala dava açan hak sahibinin dava hakkını kötüye kullandığı Yargıtay tarafından pek çok kez kabul edilmiştir¹⁵⁷. Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması veya markanın hükümsüzlüğüne ilişkin davaların herhangi bir süre ile sınırlandırılmadığı göz önünde bulunduğu, bu durumun marka hukukunda da aynı gerekçelerle yansımaları bulunduğunu söylenebilir¹⁵⁸.

Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması veya markanın hükümsüzlüğü davalarının, sözgelimi yirmi yıl sonra dahi açılmasında kanunen bir engel yoktur. Ancak, bu durum şüphesiz somut olayın şartlarının da göz önüne alınmasıyla, dürüstlük kuralı bağlamında değerlendirilmesi gereken bir konudur. Zira, yirmi yıl boyunca hak ihlalden haberdar olan hak sahibi, dava hakkını kullanmamakla artık bu hakkını kullanmayacağı yolunda karşı tarafta haklı bir güven uyandırır. Bu güvene bağlı olarak hareket eden hak ihlalinde bulunanın, yirmi yıl sonra bir dava ile karşılaşması, her ne kadar MarkKHK bakımından bir engel teşkil etmese de ve buna karşı ileri sürebileceği MarkKHK'dan doğan bir savunma imkanı bulunmasa da, hakkın kötüye kullanıldığı yönündeki bir savunmanın ve konunun bu yönüyle mahkemece tartışılması gerektiğinin, adil ve hakkaniyete uygun olacağını söylemek mümkündür¹⁵⁹.

Dava hakkını uzun bir süre kullanmayıp daha sonra kullanmayı tercih eden hak sahibinin, karşı tarafta uyandırılan güvene aykırı bir davranışta bulunması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Her ne kadar hak sahibinin tutarlı bir şekilde hareket etmesi hukuk düzenince zorunlu kılınmamış olsa da davranışı ile karşı tarafta haklı bir güven uyandırdıktan sonra bu güvene aykırı, başka bir deyişle çelişkili hareket eden hak sahibinin bu davranışı hakkın kötüye kullanılması sayılabilir¹⁶⁰.

¹⁵⁷ “Dava dışı irade bildiri ile bir aylık hak düşürücü süre içinde şufa hakkını kullanma yolunu seçen davacıların sonradan on yıl olan dava açma süresine çok az bir zaman kala (...) dava açmaları hakkın kötüye kullanılmasıdır. Kişi haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymakla yükümlüdür” Yarg. 6. HD. E. 2002/7648, K. 2003/305, T. 21.01.2003 (Kazancı).

¹⁵⁸ **TEKİNALP**, § 26 N. 58.

¹⁵⁹ **BATTAL**, s. 34.

¹⁶⁰ **OĞUZMAN/BARLAS**, N. 889.

b. Çelişkili Davranış Yasağının Rolü

Hak sahibinin davranışlarında tutarlı olması hukuk düzeni tarafından zorunlu kılınmamışken, tutarlı olmayan davranışların hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilmesi ve korunmamasının başka bir tutarsızlık yaratıp yaratmayacağı sorusu akla gelebilir. Gerçekten de hukukumuzda bir kimseyi önceki davranışı ile tutarlı davranmaya zorlayan, diğer bir deyişle çelişkili davranışı yasaklayan genel bir hukuk kuralı veya uyulması zorunlu genel bir ilke mevcut değildir¹⁶¹. Zira, kural olarak, bir kimsenin tutarlı veya tutarsız davranması başkalarını ilgilendiren ve yaptırıma bağlanması gereken bir mesele değildir. O halde, bu yönde bir kural veya ilke bulunmaması gayet olağan bir durumdur. Ancak, ne zaman ki çelişkili tutumlar bu tutumu sergileyenin hakimiyet alanından çıkıp başkalarında haklı bir güven uyandırır ve bu güvene bağlı olarak karşı tarafı etkilemeye başlar, o zaman bambaşka bir durumdan söz etmek gerekir. Buna göre, hak sahibi sergilediği davranışlarla başkaları nezdinde haklı bir güvene sebebiyet vermişse, artık buna aykırı davranamaz, bir anlamda önceki davranışlarıyla bağlı duruma gelir ve önceki eylemi ile çelişkili davranışı hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir¹⁶². Öğretide bu durum “çelişkili davranış yasağı (*venire contra factum proprium*)” olarak ifade edilmektedir.

Kanun koyucunun hem çelişkili davranışa yaptırım bağlamayıp hem de hak sahibinin tutarlı olmayan davranışlarının hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilmesinin bir çelişki yaratıyor gibi görünmesine rağmen, bu düşünceyi iki gerekçe ile bertaraf etmek mümkündür: Birincisi, çelişkili davranış yasağı ahlaka ve kanuna aykırılık gibi yalnız başına yasaklanmış genel ve bağımsız bir yasak değildir; ikincisi, çelişkili davranış yasağı, bu davranışın karşı tarafta uyandırılmış haklı güvene aykırı olması ve onun durumunu eskisinden daha kötü duruma getirmesi şartıyla mümkündür¹⁶³.

¹⁶¹ GİRİTLİOĞLU, s. 86; EDİS, s. 342; AKYOL Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007 (Çelişki Yasağı), s. 1; DURAL/SARI, N. 1262; ALTAŞ, s. 303.

¹⁶² DURAL/SARI, N. 1263; ERMAN, s. 112; ALTAŞ, s. 303-304.

¹⁶³ AKYOL, Çelişki Yasağı, s. 1.

Çelişkili davranış yasağı, niteliği itibariyle dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının bir görünümüdür¹⁶⁴. Hak sahibinin karşı tarafta oluşturduğu haklı güvene aykırı hareket etmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz, zira TMK m. 2 gereği hakların dürüstlük kuralına uygun kullanılması zorunluluk arz eder. Karşı tarafta haklı bir güven yarattıktan sonra hakkın bu güvene aykırı olacak kullanım tarzı hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir¹⁶⁵. Yargıtay da çelişkili davranış yasağının dayanağının TMK m. 2 olduğu ve bunun korunmayacağı görüşündedir¹⁶⁶.

Çelişkili davranış yasağı tıpkı dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi hem içerik hem uygulama bakımından oldukça geniş bir alana sahiptir. Çelişkili davranış yasağına aykırılık oluşturan pek çok duruma rastlamak mümkündür¹⁶⁷. Bunlardan biri, hakkın kullanılmasında gecikme veya uygun olmayan bir zamanda ileri sürülmesidir¹⁶⁸. Bu durum, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilir. Hak sahibinin hakkını kullanmayacağı yönünde muhatapta güven uyandırmasının ardından hakkını kullanması da yine hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilecektir¹⁶⁹.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybına konu olan dava hakkı, geniş anlamda dürüstlük kuralı, dar anlamda çelişkili davranış yasağı bağlamında değerlendirildiğinde, dava hakkını kullanmayacağı yönünde açıkça veya davranışlarıyla karşı tarafta haklı bir güven uyandırdıktan sonra dava açan hak sahibinin çelişkili davrandığından söz

¹⁶⁴ “*Venire contra factum proprium (çelişkili davranış) yasağı kuşkusuz, geniş anlamda dürüstlük kuralının bir parçası, bu sebeple ve niteliği gereği hakkın kötüye kullanılmasının bir özel gerçekleşme biçimidir*” (AKYOL, Çelişki Yasağı, s. 5). Ayrıca AKYOL, önceki davranışı ile çelişen kişinin eğer bir hakkını kullanırken veya borcunu yerine getirirken dürüstlük kuralına aykırı davranmış olması halinde, MK m. 2/1’i ihlal ettiğini; karşı tarafta uyandırılmış güveni ihlal etmişse bunun hakkın kötüye kullanılması (MK m. 2/2) olduğunu belirtmektedir (AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 63). Kanaatimizce bu ayırımın sebebi, MK m. 2’nin her iki fıkrası arasındaki ilişkinin değerlendirilmesinde yapılan yorumdur. MK m. 2’nin her iki fıkrası arasında bir bütünlük olduğu görüşünü taşıdığımızdan böyle bir ayırımın doğru olmadığını düşünmekteyiz.

¹⁶⁵ EDİS, s. 343.

¹⁶⁶ “*Türk Medeni Kanunu (TMK) ’nun 2. maddesi kapsamındaki çelişkili davranış yasağını oluşturur ki, böyle bir davranış hukuken korunamaz*” Yarg. HGK. E. 2013/12-2174, K. 2014/233, T. 05.03.2014 (Legalbank).

¹⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. GİRİTLİOĞLU, s. 86 vd.; AKYOL, Çelişki Yasağı, s. 1 vd.; AKYOL Şener, “*Venire Contra Factum Proprium (Önceki Eylem ile Çelişkili Davranış Yasağı)*”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 77 vd.

¹⁶⁸ EDİS, s. 45-46; ERMAN, s. 112.

¹⁶⁹ AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 63; DURAL/SARI, N. 1263.

edilerek hakkın kötüye kullanılması savunmasıyla karşılaşabileceği söylenebilir¹⁷⁰. Zira, dava hakkını kullanmayacağını ortaya koyan hak sahibi artık bununla bağlıdır ve bundan vazgeçmesi halinde önceki eylemiyle çelişkili davranarak dürüstlük kuralına aykırı hareket etmiş olur¹⁷¹. Bu durum, İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarında da açıkça vurgulanmıştır: Önceki eylem ile çelişkili davranış yasağı, hukuk yargılamasında geçerli olan bir ilkedir¹⁷².

Burada dikkat edilmesi ve önemle vurgulanması gereken nokta şudur: Hak sahibinin uzun bir süre sessiz kaldıktan sonra dava açması, çelişkili bir durum yaratmakla beraber bu çelişkili eylemin başlı başına dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyip bunun karşı tarafta uyandırılmış güvene aykırı ve yalnız güven duymuş şahısla sınırlı olarak yaptırıma tabi olduğu dikkatten kaçmamalıdır¹⁷³. Bu tamamen çelişkili davranış yasağının niteliğinden kaynaklanan bir durumdur.

Kuşkusuz burada amaçlanan, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması ve markanın hükümsüzlüğüne ilişkin davalarda kanun koyucu tarafından herhangi bir süre kısıtlaması getirilmemiş olması sebebiyle hak sahibinin dilediği zaman dava açabilme özgürlüğünün başkalarının durumunu kötüleştirmesine engel olmaktır. Dava hakkının süre ile kısıtlanmadığı bu tip durumlarda, hak sahibi tarafından gecikerek veya uygun olmayan bir zamanda kullanılmasıyla yöneltildiği kişinin durumunu ağırlaştırması mümkündür. Zira, sessiz kalan hak sahibinin bu davranışı dava açmayacağı, diğer bir deyişle dava hakkını kullanmayacağı yönünde muhatapta güven uyandırabilir. Bu güvene bağlı olarak da hak ihlalinde bulunan, marka üzerinde birtakım yatırımlar yapabilir. Marka için yatırım yapan ve emek sarf edenin bu çabalarının ardından hak sahibinin dava açması ve hak talebinde bulunması dürüstlük kuralına uygun bir davranış olarak değerlendirilmemekte, hak ihlalinde bulunsa da muhatabı haksızlığa uğratmaktadır¹⁷⁴.

¹⁷⁰ **AKYOL**, Venire Contra Factum Proprium, s. 77; **OĞUZMAN/BARLAS**, N. 890.

¹⁷¹ **YASAMAN** Hamdi, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Birlikçi Raporları, C. III, İstanbul 2008, s. 123; **AKYOL**, Venire Contra Factum Proprium, s. 77.

¹⁷² BGE 116 II 379; BGE 138 III 374; BGE 125 III 443; BGE 108 II 77.

¹⁷³ **AKYOL**, Venire Contra Factum Proprium, s. 79.

¹⁷⁴ **YASAMAN**, Dava Açma Süresi, s. 393.

Tüm bu açıklamaların ardından belirtmek gerekir ki, diğer tüm davalarda olduğu gibi marka hukukundan doğan davalarda da hak sahibinin dava hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanması gerekmektedir. MarkKHK'nın marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması ve markanın hükümsüzlüğüne ilişkin davalarda herhangi bir süre kısıtlaması getirmemiş olması, hak sahibince dava hakkının istenilen zamanda kullanılabileceği yanılgısına düşürmemelidir.



İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBININ GERÇEKLEŞME KOŞULLARI

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için birtakım koşulların bir arada bulunması gerekmektedir. Eğer bu koşullardan birinde dahi eksiklik bulunursa, sessiz kalma yoluyla hak kaybı gerçekleşmez ve böylelikle marka hakkı sahibinin hak kaybına uğraması söz konusu olmaz¹⁷⁵.

Kuruma ait gerçekleşme koşullarını tespit ederken MarkKHK'ya dayanak oluşturan AB Marka Direktifi'nin 9. maddesi ile AB Marka Tüzüğü'nün 54. maddesine bakılmalıdır. Bunun yanında, MarkenG § 21 hükmü koşulların belirlenmesinde yol gösterici olacaktır. Bundan başka, Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda var olan ve kanunlaşması halinde Türk hukukuna sessiz kalma yoluyla hak kaybını kazandıracak olan hüküm de bu koşulların belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Tüm bunları dikkate alarak söylemeliyiz ki, marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için şu koşulların bir arada bulunması gerekmektedir:

- (i) Marka hakkına yönelik bir hak ihlali olmalıdır.
- (ii) Hak sahibinin hak ihlaline karşı dava hakkı bulunmalıdır.
- (iii) Hak sahibi, hak ihlalini bilmelidir.
- (iv) Hak sahibi, hak ihlaline karşı belirli bir süre sessiz kalmış olmalıdır.
- (v) Hak ihlalinde bulunan kötü niyetli olmamalıdır.

Bu beş koşulu, hak sahibi bakımından gerçekleşmesi gereken koşullar ve hak ihlalinde bulunan bakımından gerçekleşmesi gereken koşullar olmak üzere iki şekilde kategorize etmek mümkündür. Dolayısıyla hak sahibi ile hak ihlalinde bulunanın birlikte eylemleri ile sessiz kalma yoluyla hak kaybı gerçekleşir. Yalnız birine ait eylemler kurumun gerçekleşmesini sağlamaz. Bir anlamda hak sahibinin kendi kaderini

¹⁷⁵ **BERLIT** Wolfgang, Markenrecht, 7. Auflage, München 2008, Rn. 282.

kendisinin tayin ettiği, hak kaybına uğramak istemiyorsa ne yapması gerektiği açık olan bir hukuki kurumdan söz ettiğimizi belirtmeliyiz.

Kurumun gerçekleşebilmesi için bu koşulların varlığından başkaca koşullara ihtiyaç yoktur¹⁷⁶. Bunun sebebi ise, hukuki güvenliği sağlayabilmek içindir. Bu koşullar gerçekleşmiş olsa bile başkaca koşulların varlığını aramak öngörülebilirliği ortadan kaldırır. Başkaca koşul ile kastedilen durumlara örnek olarak, haklı bir güvenin yaratılıp yaratılmayacağı gösterilebilir. Böyle bir güvenin yaratılması, kurumun gerçekleşmesi için zorunlu değildir. Sayılan koşulların bir arada bulunması, kurumun hukuki sonuçlarının doğumunu sağlamak için yeterlidir¹⁷⁷.

I. MARKA HAKKININ İHLAL EDİLMESİ

Mutlak hak niteliğinde olan marka hakkı, herkes tarafından ihlal edilebilir bir haktır¹⁷⁸. Marka hakkı ihlaline karşı hak sahibi marka hakkından doğan olumsuz yetkilerini kullanabilir. Bu yetkilerin sınırı ise, “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” kurumudur¹⁷⁹.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme koşullarından birincisi, marka hakkının ihlal edilmesidir¹⁸⁰. Üçüncü bir kişi, hak sahibine ait marka hakkını ihlal etmediği müddetçe, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi mümkün olmaz. O halde, marka hakkı ihlali kavramı, ne kadar sürmesi gerektiği ve kapsamı incelenmelidir.

A. MARKA HAKKI İHLALİ KAVRAMI

Marka hakkının ihlal edilmesi, bir malvarlığı hakkı olan ve hak sahibinin malvarlığında bulunan marka hakkının üçüncü bir kişi tarafından hukuka aykırı biçimde kullanılmasıdır¹⁸¹. Bu durumda üçüncü kişi, bir başkasının markasını hak sahibinin

¹⁷⁶ **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 15.

¹⁷⁷ **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 15.

¹⁷⁸ **NOYAN** Erdal, Marka Hukuku, Ankara 2009, s. 576.

¹⁷⁹ **KAYA**, s. 41.

¹⁸⁰ **FEZER**, § 21 Rn. 11; **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 9; **DÖRRE**, § 21 Rn. 7; **BERLIT**, Rn. 282.

¹⁸¹ **KAYA**, s. 260.

çıklarına aykırı şekilde kullanmaktadır. Böyle bir kullanım hukuk düzeni tarafından korunmaz ve marka hakkına tecavüz oluşturur.

Marka hakkının ihlaline ilişkin MarkKHK'nın 61. maddesinde marka hakkına tecavüz sayılan fiiller hüküm altına alınmıştır¹⁸². Bu maddede sayılan fiillerden birinin gerçekleşmiş olması durumunda marka hakkına tecavüzden bahsedilir. Hak sahibinin marka hukukundan doğan korumadan yararlanabilmesi, başka bir deyişle hakkının ihlaline karşı MarkKHK'nın sağladığı özel koruma imkanını devreye sokabilmesi için bu fiillerden birinin varlığı gerekir.

Marka hakkına tecavüze ilişkin ilgili hükümdeki fiiller, sınırlı sayı ilkesine göre belirlenmiştir¹⁸³. O halde, bu fiiller dışında kalan fiillerin marka hakkına tecavüz oluşturması söz konusu olmaz. Sayılan fiillerden birinin gerçekleşmesi durumunda hak sahibinin MarkKHK'nın sağladığı korumadan yararlanabilmesi ve bu mevzuat kapsamındaki davaları açabilmesi için markasının tescilli olması gerekir¹⁸⁴. Hak sahibine ait marka tescilli değilse, marka hakkına tecavüzden doğan davaların açılabilmesi mümkün olmaz. Elbette bu durumda hak sahibinin hukuki imkanlardan tamamen yoksun olduğu söylenemez. Her ne kadar MarkKHK'nın korumasından, bu mevzuattaki özel korumadan yararlanmak mümkün olmasa da TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri kapsamında bir koruma talebinde bulunabilmek mümkündür¹⁸⁵. Bunun sebebi ise, marka hakkına tecavüzün aslında bir haksız fiil olmasıdır¹⁸⁶.

Üçüncü kişi, hak sahibinin marka hakkını ihlal ederken bazen söz konusu markaya ilişkin bir tescilde de bulunabilir. Her ne kadar başkasının markasına yönelik

¹⁸² "Aşağıda sayılan fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:

- a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 9 uncu maddede belirtilen biçimlerde kullanmak.
- b) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.
- c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmamak.
- d) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek" (MarkKHK m. 61).

¹⁸³ TEKİNALP, § 30 N. 8; KARAN/KILIÇ, § 61.1.1.

¹⁸⁴ ARKAN, C. 2, s. 225; TEKİNALP, § 30 N. 10; KAYA, s. 263.

¹⁸⁵ ARKAN, C. 2, s. 225; TEKİNALP, § 30 N. 10.

¹⁸⁶ TEKİNALP, § 30 N. 5; KAYA, s. 260; KARAN/KILIÇ, § 61.1.1.

bir tescilde bulunmak, bir mutlak ret nedeni veya nispi ret nedeni olabileceksede TPE'nin ihmali veya itirazın olmaması sebebiyle böyle bir tescil gerçekleşmiş olabilir. Böylece hak ihlalinde bulunan kişi, hem markaya tecavüz fiillerinden birini gerçekleştirmekte hem de markanın hükümsüzlüğü hallerinden birine sebebiyet vermektedir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, elbette marka hakkına yönelik ihlalin gerçekleşebilmesi için hak ihlalinde bulunanın o markaya ilişkin bir tescilde bulunması şart değildir. Böyle bir tescil bulunmamasına rağmen, marka hakkına tecavüz durumu söz konusu olabilir. Pek çok zaman, hem markanın hükümsüzlüğü hallerinden birinin varlığı hem de marka hakkına tecavüz bir arada olur. Böyle bir durumda ise, hak sahibi hem markanın hükümsüzlüğüne, hem de marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulmasına yönelik bir dava açabilir.

Dikkat edilmesi gereken, sadece markanın hükümsüzlüğü hallerinden biri varsa durumun ne olacağıdır. Başka bir ifadeyle, marka hakkına tecavüz söz konusu olmayıp markanın hükümsüzlüğüne ilişkin bir durumun varlığı halinde, marka hakkının ihlal edilmesinden söz edilip edilemeyeceği ve sessiz kalma yoluyla hak kaybının markanın hükümsüzlüğü davası bakımından bu durumda işlerlik kazanıp kazanamayacağı tartışılmalıdır.

Üçüncü bir kişi, başkasına ait bir markanın konu olduğu, MarkKHK'nın ilgili maddelerine aykırı şekilde bir tescilin başrolü olabilir. Bu durum elbette bir hükümsüzlük sebebidir ve hak sahibinin hükümsüzlük davası açarak üçüncü kişi adına tescili hükümsüz kılması mümkündür. Böyle bir tescil gerçekleştikten sonra, söz konusu üçüncü kişi tescile konu olan markayı kullanmaya başlarsa, hükümsüzlük sebebine bir de marka hakkına tecavüz fiili eklenmiş olur. Bu, sık karşılaşılan bir durumdur. Ender rastlanılan ve tartışılmasına vurgu yaptığımız, böyle bir tescilin ardından, üçüncü kişinin bu markayı kullanmama halidir. Başka bir ifadeyle, üçüncü kişi, tescili gerçekleştirdikten sonra markayı hiçbir şekilde kullanmayabilir. Böylelikle marka hakkına tecavüzden de söz edilemez. Hak sahibi, sadece hükümsüzlük sebebi yaratan bir tescilin söz konusu olduğu, ancak marka hakkına tecavüzün olmadığı bu ihtimalde, herhangi bir süreye tabi olmayan hükümsüzlük davasını uzun bir süre sessiz kaldıktan

sonra açarsa, üçüncü kişinin sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunması bulunup bulunamayacağı sorunu çözüme kavuşturulmalıdır.

AB hukuku ve Alman hukukuna baktığımızda, bu soruna ilişkin ipuçlarına rastlamak mümkündür. Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybını hüküm altına alan 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nin 9. maddesi ile 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 54. maddesi açıkça "kullanım"dan söz etmiştir. Aynı şekilde MarkenG'nin 21. maddesi de markanın kullanılmasından bahsetmiştir.

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybını düzenleyen pozitif düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, marka hakkının ihlali ancak markanın kullanımıyla mümkün olur¹⁸⁷. Üçüncü kişi, hak sahibine ait olan marka hakkını bir kullanım olmaksızın ihlal edemez. Böylece, hak sahibinin hükümsüzlük davası açabilmesine olanak tanıyan, üçüncü kişi tarafından tescil edilmiş, ancak kullanılmayan bir marka, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme koşulunun sağlanmasına imkan vermez. Eğer bu marka, tescilin yanı sıra kullanılmış da olsaydı, o zaman bunun sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunun konusunu oluşturmaya elverişli olduğunu söyleyebilirdik.

Tescilin yeterli olmayıp mutlaka kullanımın da aranmasının sebebi, sessiz kalma yoluyla hak kaybının netice itibarıyla bir güven kurumu olmasıdır¹⁸⁸. Üçüncü kişi markayı kullanmadığında, kendisine karşı açılan bir hükümsüzlük davasında hak sahibinin dava hakkını kullanmayacağı yönünde haklı bir güven yarattığını, bu güven sebebiyle marka üzerinde birtakım yatırımlar yaptığını ve bu sebeple hak sahibi karşısında korunması gerektiğini ileri sürmesi mümkün olmaz. Zira, kurumun amacı, belirli bir süre sessiz kalımdan sonra açılan davada, uyandırılan haklı güven neticesinde üçüncü kişiyi korumaktır. Eğer ortada bir kullanım yoksa haklı güvenin oluşması için uygun zemin de yoktur. Bu sebeple, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için üçüncü kişi tarafından tescil edilen marka gerçekten kullanılıyor olmalıdır¹⁸⁹.

¹⁸⁷ DÖRRE, § 21 Rn. 5.

¹⁸⁸ INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 9.

¹⁸⁹ INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 9.

Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda sessiz kalma yoluyla hak kaybını konu alan maddeye bakıldığında, “*Marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını (...)*” ifadesinden de anlaşılacağı gibi, açıkça markanın kullanılmasından bahsedildiği görülür. Karşılaştırmalı hukuktakine uygun bir biçimde, kullanım durumunun kurumun gerçekleşme koşulu olarak arandığı söylenebilir.

B. MARKA HAKKI İHLALİNİN SÜRESİ

Hak ihlalinde bulunan kişi, markayı belirli bir süre boyunca kesintisiz olarak kullanmalıdır¹⁹⁰. Hak ihlalinde bulunan kişinin markaya yönelik kullanımının belirli bir süre olması, *sessiz kalma koşulu* ile doğrudan bağlantılıdır. Zira, bu kullanım belirli bir süre olmalıdır ki hak sahibinin sessiz kalması da belirli bir süre olabilsin. Eğer marka hakkına yönelik ihlal belirli bir süre gerçekleşmezse, hak sahibinin de bu ihlale sessiz kalması imkan dahilinde olmaz.

Marka hakkı ihlalinin süresi ile sessiz kalma süresi arasındaki ilişkiyi şu şekilde somutlaştırabiliriz: Üçüncü kişi, başkasına ait markayı kullanmaya başladığında, bu kullanımdan hak sahibinin haberi olmadıkça, sessiz kalma süresi başlamayacaktır. Ancak, kullanıma ilişkin süre başlar. Zira, marka hakkı ihlaline ilişkin süre, hukuka aykırı kullanım ile başlar¹⁹¹. Sözgelimi, hak ihlali bir yıl sürdükten sonra, hak sahibinin hak ihlalini öğrenmesi halinde, sessiz kalma süresi o an başlar. Beş yıl boyunca hak sahibi sessiz kalırsa, bu sessiz kalma süresi boyunca markanın kullanımı da devam ettiğine göre, markanın kullanımının altı yıl boyunca, sessiz kalma süresinin beş yıl boyunca sürdüğü söylenebilir. Gerekli sürelerin Alman hukukundaki gibi beş yıl olması gerektiği yönünde bir yargıda bulunulursa, her iki sürenin de bunu sağladığı görülür. O halde, süreler farklılık arz etse de, belirlenen süreyi sağladıkları ve her iki durumun (ihlal ve sessiz kalma) aynı zaman diliminde örtüştüğü ve beraber devam ettiği açıktır.

Marka hakkının ihlal edilmesine ilişkin sürenin uzunluğu, sessiz kalma süresi ile ilişkili olduğuna göre, sessiz kalma süresine dair yaptığımız açıklamalar saklı

¹⁹⁰ FEZER, § 21 Rn. 11; DÖRRE, § 21 Rn. 7; FERNÁNDEZ-NÓVOA Carlos, Die Verwirkung durch Duldung im System der Gemeinschaftsmarke, GRUR Int. 1996, s. 444.

¹⁹¹ DÖRRE, § 21 Rn. 8.

kalmak kaydıyla, beş yıl olarak kabul edilmelidir¹⁹². Alman hukukunda bu süre, sessiz kalma süresi ile aynı şekilde beş yıl olarak kabul edilmektedir¹⁹³. Kaldı ki, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleştiği bir kurguda, kullanım süresinin sessiz kalma süresinden daha kısa olma ihtimali mümkün değildir. Sözgelimi, marka hakkının beş yıl boyunca ihlal edildiğini, ancak bundan hak sahibinin haberdar olmadığı varsayımında, hak sahibinin haberdar olması ile birlikte sessiz kalma süresi başlar. Kullanım süresinin, sessiz kalma süresinden daha kısa olabilmesi için, sessiz kalma süresinin başlamasıyla onun işlememesi, durması gerekir. Aksi halde, beraber işleyecekler ve böylece hiçbir zaman sessiz kalma süresinden kısa olamayacaktır. Sessiz kalma süresini geçmemesi, onun gerisinde kalabilmesi için durması gerektiğine göre, kullanım süresinin bir başka önemli özelliğinden ötürü buna imkan olmadığı açıklanmalıdır. O da şüphesiz, marka hakkı ihlalinin kesintisiz olması gerektiğidir.

Beş yıllık süre boyunca marka hakkı ihlali kesintisiz olmalıdır¹⁹⁴. Kesintinin olması durumunda, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için gerekli olan marka hakkının ihlali koşulu yerine gelmez. Aranan, beş yıl boyunca markanın ihlal edilmesidir. Hak ihlalinde bulunan, bu süre boyunca kesintisiz bir biçimde hak sahibine ait markayı kullanmalıdır. Şüphesiz, kullanım süresinin beş yıl ve kesintisiz biçimde devam etmesi, ihlalin ağırlığını ortaya koyar. Basit bir ihlal ve buna bağlı olarak basit bir sessiz kalma, bu kurumun ortaya çıkabilmesi için yeterli olmaz. İhlalin ağırlığı, sessiz kalma yoluyla hak kaybının sonucunun bu denli ağır olmasının sebebidir. Hukuk düzeninin, beş yıl boyunca kesintisiz olarak marka hakkının ihlal edilmesine sessiz kalan kişiyi korumamasında bu ağır koşulların varlığı etkilidir.

Marka hakkının ihlalinin kesintisiz olması gerekliliğinin bir başka sonucu da, beş yıllık kullanım süresinin uzun bir zaman dilimine yayılmış parça halindeki sürelerin birleştirilerek oluşturulamamasıdır. Buna göre, uzun bir zaman diliminde, kullanım kesintilerinden doğan münferit kullanım zaman dilimlerini birleştirerek beş yıllık bir

¹⁹² Sessiz kalma süresine ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, IV, C, 2.

¹⁹³ **FEZER**, § 21 Rn. 11; **HACKER** Franz, Markengesetz Kommentar (Hrsg. **STRÖBELE** Paul/**HACKER** Franz), 8. Auflage, Köln 2006, § 21 Rn. 11; **DÖRRE**, § 21 Rn. 7; **FERNÁNDEZ-NÓVOA**, s. 444.

¹⁹⁴ **FEZER**, § 21 Rn. 12; **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 13; **HACKER**, § 21 Rn. 11; **LANGÉ** Paul, Marken- und Kennzeichenrecht, München 2006, Rn. 3025; **DÖRRE**, § 21 Rn. 7; **FERNÁNDEZ-NÓVOA**, s. 442.

ihlal süresi oluşturmak mümkün değildir¹⁹⁵. Sözgelimi, üçüncü kişi markayı iki yıl kullandıktan sonra, kullanıma dört yıl ara verip aynı markayı üç yıl daha kullanırsa, ilk kullanım süresi olan iki yıl ile ikinci kullanım süresi olan üç yılın toplanmasıyla beş yıllık süre elde edilse de, bu şekilde ihlal süresine ilişkin koşulun yerine geldiği kabul edilemez. Söz konusu varsayımda, toplam dokuz yıllık bir zaman diliminde, beş yıllık bir marka hakkı ihlali bulunmaktadır. Ancak, kullanıma ilişkin dört yıllık bir kesinti meydana geldiğinden, uzun zaman diliminin sonunda beş yıllık ihlal süresine ulaşılabilsede ihlale ilişkin münferit zaman dilimlerinin bir araya getirilmesine imkan yoktur.

Hak ihlalinde bulunanın markaya yönelik kullanımı kesintiye uğradığında, beş yıllık süre yeniden başlar¹⁹⁶. Kullanımın kesintisiz olması esas olduğuna göre, kesinti hali, o ana dek geçen süreyi dikkate almamayı gerektirir. Kesintinin ardından kullanım yeniden başlarsa, beş yıllık sürenin de yeniden işlemeye başladığını, önceki sürenin dikkate alınmayacağını söyleyebiliriz. Önemle belirtmek gerekir ki, kısa süreli kesintiler, sürenin yeniden başlamasına yol açmaz¹⁹⁷. Bunlar, mazur görülebilir kesintilerdir. Sözgelimi, hak ihlalinde bulunanın markayı iki hafta kullanmaması, kısa süreli ve mazur görülebilir bir kesintidir. O halde, ihlal süresinin yalnız kısa süreli olmayan bir kesintinin söz konusu olması halinde yeniden başlayabileceğini söylemek doğru olur¹⁹⁸.

Kısa süreli kesintinin ölçüsünün ne olduğu sorusu akla gelebilir. Bu durum somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Sözgelimi, iki haftalık bir kesintinin kısa süreli bir kesinti olduğunu söyledik. Pekala üç aylık bir kesintinin de kısa süreli bir kesinti olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Şöyle ki, hak ihlalinde bulunan, markayı yalnız yılın belirli dönemlerinde kullanmıyorsa, o halde bu kesintilerin de uzunluğuna bakılmaksızın “kısa süreli kesinti” olarak nitelendirilmesi gerekir. Sözgelimi, hak ihlalinde bulunan, markayı yaz mevsimi hariç yılın her mevsimi kullanıyor olabilir. Üç aylık bir kesintinin iki haftalık kesintiyle kıyaslandığında ilk bakışta uzun sayılabilecek bir kesinti olduğu söylenebilse de böyle bir kesintiyi uzun

¹⁹⁵ FEZER, § 21 Rn. 12.

¹⁹⁶ FEZER, § 21 Rn. 12; INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 13; HACKER, § 21 Rn. 11.

¹⁹⁷ FEZER, § 21 Rn. 12.

¹⁹⁸ HACKER, § 21 Rn. 11.

kabul etmek, sürenin yeniden başlamasına neden olur. Bu da hak sahibinin haklarını ciddi ölçüde ihlal eder. Niteliği gereği hak ihlalinde bulunan yalnız yaz mevsiminde faaliyet göstermiyor ve markayı kullanmıyorsa, kalan zamanlarda kullanımı kesintisiz devam ediyorsa, sözü edilen kesintinin kısa süreli olarak değerlendirilmesi daha doğru olur.

Marka hakkı ihlaline ilişkin beş yıllık süre, esnek olmayan, katı bir süredir¹⁹⁹. Başka bir ifadeyle, bu süre, tavize elverişli bir süre değildir. Bu sebeptendir ki, somut olayın özelliklerine göre bu sürenin kısalabilmesi veya uzayabilmesi mümkün değildir²⁰⁰. Dolayısıyla, hangi marka veya hangi kişiler olursa olsun, ancak beş yıllık bir kullanımın ardından sessiz kalma yoluyla hak kaybının varlığı değerlendirilebilir.

C. MARKA HAKKI İHLALİNİN KAPSAMI

Marka hakkının ihlal edilmesine ilişkin önemli bir diğer nokta ise, markaya dair kullanımın mal veya hizmete ilişkin olması gerektiğidir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı oluşturacak bir kullanım, markanın hak ihlalinde bulunan tarafından yalnızca tescil edilen mal ve hizmetler için kullanılmasıyla söz konusu olur. Hak ihlalinde bulunan kişinin, tescil edilen mal ve hizmetler dışında bir kullanımı, hak sahibinin hak kaybına uğraması için yeterli değildir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybına konu olan bir kullanımdan söz edilebilmesi için sözgelimi, hak sahibinin 29. sınıfta tescilli olan markasının yine aynı sınıfa ilişkin bir ihlali söz konusu olmalıdır. Eğer hak ihlalinde bulunan, hak sahibine ait markayı 29. sınıfta tescil ettirmesine rağmen, markayı bu mal veya hizmetler için değil de başka bir sınıf kapsamındaki mal veya hizmetler için kullanmışsa, bunun hak kaybı oluşturan bir kullanım olduğundan söz edilemez²⁰¹.

Bu durumu bir örnekle şu şekilde açıklayabiliriz: Hak sahibine ait marka, 29. sınıfta tescillidir. Daha sonra başka bir kişi, aynı markayı 29. sınıfta tescil ettirir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme koşulu olarak bir hak ihlalinden, kullanımdan söz edilebilmesi için hak ihlalinde bulunan kişinin bu markayı 29. sınıf kapsamındaki ürünlerde kullanması gerekir. Sözgelimi, üçüncü kişi bu markayı sözü edilen sınıfta

¹⁹⁹ HACKER, § 21 Rn. 11; DÖRRE, § 21 Rn. 7.

²⁰⁰ HACKER, § 21 Rn. 11; DÖRRE, § 21 Rn. 7.

²⁰¹ FEZER, § 21 Rn. 8.

tescil ettirmesine rağmen, başka bir mal veya hizmet için kullanıyorsa, bu sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için yeterli bir kullanım değildir.

Bu bağlamda, kullanım için iki engel getirildiğinden söz edilebilir. Birincisi, sessiz kalma yoluyla hak kaybı, yalnızca hak ihlalinde bulunanın tescil ettirdiği sınıfın kapsadığı mal ve hizmetler için söz konusu olabilir. Bunun dışındaki bir kullanım, kurumun konusu dışında kalır. İkincisi, tescil kaydının bulunduğu mal ve hizmetler bakımından markanın gerçekten de kullanılıyor olması gerekir²⁰².

Anlaşılacağı üzere, kurumun ortaya çıkması için öncelikle marka hakkının ihlal edilmesi gerekmektedir. Eğer ortada herhangi bir ihlal yoksa kurumdan söz edebilmek mümkün olmayacaktır. Zira, kuruma konu olan dava hakkının ortaya çıkması için öncelikle hak sahibinin marka hakkı ihlal edilmelidir ki hak sahibi bu ihlale karşı hukuki koruma talebinde bulunabilsin. Nitekim kurumun temelini oluşturan dava hakkının kötüye kullanılması, ancak dava açılması halinde söz konusu olur²⁰³. O halde, marka hakkı ihlal edilmediği sürece bir dava hakkından da söz edilemeyecektir. Kullanılmayan bir hakkın kötüye kullanılması, hukukumuzda mümkün değildir²⁰⁴. Bu da şüphesiz, kullanılmayan bir hakkın kötüye kullanılmasının mümkün olamaması ve kurumun gündeme gelememesi demektir.

II. DAVA HAKKININ BULUNMASI

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybı, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması ve markanın hükümsüzlüğü davalarında söz konusu olabildiğine göre, kurumun ikinci gerçekleşme koşulu, hak sahibinin bu davaları açabilme imkanının

²⁰² INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 9.

²⁰³ KURU, C. I, s. 882.

²⁰⁴ “Usulün 79. maddesine göre hiç kimse kendi yararına bir dava açmaya zorlanamayacağına göre, dava hakkının kullanılmaması şeklindeki menfi tutum (hakkın kötüye kullanılması) tarzında yorumlanamaz” Yarg. 2. HD. E. 1972/984, K. 1972/1710, T. 21.03.1972 (OLGAÇ Senai, Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu, İstanbul 1976, s. 7); “Kadının kendi yararına doğan boşanma sebeplerine dayanarak dava açmamış olması MK’nun 2 nci maddesinde yer alan hakkını kötüye kullanma şeklinde mütalaa olunamaz. Diğer bir ifade ile kullanılmayan haklarda hakkın suiistimalinden bahsedilemez” Yarg. 2. HD. E. 1971/1081, K. 1971/1366, T. 01.03.1971 (OLGAÇ, s. 7-8).

bulunmasıdır²⁰⁵. Başka bir deyişle, hak sahibi, ilgili davalar yönünden dava hakkına sahip olmalıdır.

Markanın hükümsüzlüğü davasında, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davası bakımından hak sahibinin yanı sıra başkalarına da dava hakkı tanındığından, dava hakkının bulunması koşulu bakımından her iki davayı ayrı ayrı incelememiz gerekmektedir.

A. MARKA HAKKINA TECAVÜZ FİİLLERİNİN DURDURULMASI DAVASI YÖNÜNDEN

Marka hakkına tecavüz fiilleri, MarkKHK'nın 61. maddesinde sayılmıştır. Söz konusu tecavüz fiillerine karşı marka hakkı sahibinin sahip olduğu imkanlar ise MarkKHK'nın 62. maddesinde yer alır. Buna göre, marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, mahkemeden MarkKHK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde hüküm altına alınmış “marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması” talebinde bulunabilir. Bu talebin içeriğini devam etmekte olan marka hakkına tecavüzün durdurulması oluşturur²⁰⁶. Görüldüğü gibi marka hakkı sahibi, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davası ile marka hakkı ihlaline karşı mahkemeden hukuki koruma talep eder. Söz konusu hak ihlalinin süregelen bir fiil şeklinde olduğu ve bunun durdurulmasının talep edildiği dikkatten kaçmamalıdır.

Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davası, devam etmekte olan bir tecavüze karşı açılacak bir dava olduğuna göre, marka hakkına yönelik tecavüz fiilleri başlamadan önce tecavüz tehlikesi söz konusu ise, buna yönelik hukuki bir korumanın mevcut olup olmadığı sorusu akla gelebilir. MarkKHK, açıkça “durdurma davası”nı düzenlemiş olmakla birlikte, “önleme davası”na ilişkin bir hüküm içermez. Buna karşın, fikri mülkiyet hukuku sahasında yer alan başkaca mevzuatlarda “önleme davası”na açıkça rastlanır. Şöyle ki, EndTKHK'nın 49. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde “tasarımdan doğan haklara tecavüz fiillerinin durdurulması ve önlenmesi talebi”, CoğrİKHK'nın 25. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde “coğrafi işaretten doğan haklara tecavüz fiillerinin durdurulması ve önlenmesi talebi” şeklinde, “önleme

²⁰⁵ BOZBEL, s. 554; KARAHAN, Zamanaşımı, s. 302.

²⁰⁶ YASAMAN/YÜKSEL, C. 2, s. 1121; MERAN, s. 517.

davası” hüküm altına alınmıştır. Marka hukukunda önleme davasına açıkça yer verilmemesinin kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmadığı ileri sürülmektedir²⁰⁷. Aynı şekilde, her ne kadar yalnız durdurma davasından söz edilip önleme davasına dair bir ifade yer almasa da ilgili hükmün önleme davasını kapsadığı kabul edilmektedir²⁰⁸. Kaldı ki Yargıtay da öğretideki bu görüşlere katılmaktadır²⁰⁹. Nitekim Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı’nın 149. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde “muhtemel tecavüzün önlenmesi”, (c) bendinde “tecavüz fiillerinin durdurulması” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, tasarıda durdurma ve önleme davaları ayrı ayrı düzenlendiğinden, tasarının kanunlaşmasıyla mevcut tereddüt son bulacaktır.

Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davası, öğretideki baskın görüşe göre eda davası niteliğindedir²¹⁰. Eda davası davacının davalıdan bir şeyi verme, yapma veya yapmama şeklindeki taleplerinden oluşan bir davadır. Bu dava, ilgili hükümde belirtildiği üzere marka hakkı sahibi tarafından açılabilir. Söz konusu davanın davalısı ise, marka hakkına tecavüz fiilinde bulunan kimsedir.

Kanun koyucu, marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde süreye ilişkin bir hüküm getirmiştir. İlgili hüküm olan MarkKHK’nın 70. maddesine göre, “*Marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, zamanaşımı süresi için, Borçlar Kanunu’nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır*”. Marka hakkına tecavüz, esas itibariyle bir haksız fiil olduğuna göre, TBK m. 72 hükmünün burada uygulanabileceğini söyleyebiliriz²¹¹. Buna göre, marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davalarında tazminat istemi, TBK m. 72 uyarınca, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

²⁰⁷ **KARAN/KILIÇ**, § 62.2.2.

²⁰⁸ **TEKİNALP**, § 30 N. 22; **KAYA**, s. 283-284; **KARAN/KILIÇ**, § 62.2.2; **ÇOLAK**, s. 660.

²⁰⁹ “Her ne kadar 556 sayılı KHK.’de önleme (men) davasından söz edilmemiş olsa da bir tecavüz tehlikesinin varlığı halinde, anılan hükümlerin önleme talebini de içerdiği, hem Dairemizce hem de öğretide duraksamasız olarak kabul edilmektedir” Yarg. 11. HD. E. 2008/13593, K. 2010/5070, T. 10.05.2010 (Kazancı). Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD. E. 2014/17110, K. 2015/2679, T. 27.02.2015 (Kazancı).

²¹⁰ **TEKİNALP**, § 30 N. 22; **YASAMAN/YÜKSEL**, C. 2, s. 1121; **KARAN/KILIÇ**, § 62.2.1; **ÇOLAK**, s. 661; **MERAN**, s. 517; “Durdurma davası (...) bir eda davasıdır” Yarg. HGK. E. 2013/11-1521, K. 2015/852, T. 25.02.2015 (Kazancı).

²¹¹ **KAYA**, s. 313; **DİRİKKAN** Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s. 312.

Dikkat edilmesi gereken önemli nokta, TBK'ya atıf yapmak suretiyle öngörülen zamanaşımı süresinin, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulmasına ilişkin dava bakımından uygulama alanı bulmamasıdır²¹². Zira, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması talebi ancak devam eden bir tecavüze karşı mümkün olur. Buna bağlı olarak, marka hakkına tecavüz devam ettikçe de zamanaşımı süresinin işlemeyeceği, davanın bir süreye bağlı olmaksızın açılabilmesi sonucuna varılmaktadır²¹³. Nitekim Yargıtay'ın da vermiş olduğu bir kararda, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davası ile ilgili “*Tecavüz devam ettiği sürece, anılan talep için zamanaşımı söz konusu olmayacaktır*” ifadesi, bunu destekler niteliktedir²¹⁴.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi, herhangi bir süreye bağlı olmayan marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davası bakımından mümkündür. Bu davanın açılmasına ilişkin bir sürenin var olmamasının, kurumun doğumuna sebep olan temel durum olduğunu belirtmiştik. O halde, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davası bakımından hak sahibinin dava hakkının bulunması, kurumun gerçekleşme koşullarından biridir.

Kurumun adından da anlaşılacağı üzere, kurumun bünyesinde “hak kaybı” durumu söz konusu olduğuna göre, bir hak kaybının ortaya çıkabilmesi için önce o hakkın varlığı gerekir. Kuruma konu olan hak, dava hakkı olduğundan, kurumun gerçekleşmesinin bir koşulu hiç kuşkusuz hak sahibinin marka hakkına tecavüz fiillerine karşı dava açabilme olanağının bulunmasıdır. Bu davayı açabilme olanağının bulunması için, MarkKHK'nın 61. maddesinde yer alan tecavüz fiillerinden birinin bulunması, diğer bir deyişle marka hakkı ihlalinin var olması gerekmektedir. Bu ihlal söz konusu olduğunda artık marka hakkı sahibinin dava açabilme imkanının bulunduğu bahsedebilmek mümkündür. Elbette, bu noktada önem arz eden bir durum söz konusudur. MarkKHK'da düzenlenen “marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması”

²¹² YASAMAN/YÜKSEL, C. 2, s. 1187.

²¹³ TEKİNALP, § 30 N. 23; YASAMAN/YÜKSEL, C. 2, s. 1187; KAYA, s. 315; KARAN/KILIÇ, § 62.2.2; ÇOLAK, s. 662, 669; DİRİKKAN, s. 312; MERAN, s. 517, s. 407.

²¹⁴ Yarg. HGK. E. 2013/11-1521, K. 2015/852, T. 25.02.2015 (Kazancı); “(...) haksız kullanım devam ettiği sürece zamanaşımı işlemeyeceğinden (...)” Yarg. HGK. E. 2011/11-59, K. 2011/271, T. 04.05.2011 (Kazancı); “(...) haksız eylem devam ettiği sürece zamanaşımı süresinin işlemeyecek olmasına göre (...)” Yarg. 11. HD. E. 2009/11641, K. 2011/4939, T. 25.04.2011 (Kazancı); “(...) zarar verici faaliyetin (tecavüzün) devamı sırasında yapılacak talepler hakkında zamanaşımı süresi işlemeyeceği gibi (...)” Yarg. 11. HD. E. 2005/2076, K. 2006/4236, T. 18.04.2006 (Kazancı).

davası, bu mevzuat tarafından marka hakkı sahibine sağlanan özel bir koruma imkanındır. Bundan dolayı, bu özel korumadan yararlanabilmek için hak sahibinin markasının mutlaka tescil edilmiş olması gerekir²¹⁵. Aksi halde, bu davanın açılabilmesi mümkün olmaz²¹⁶.

B. MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ DAVASI YÖNÜNDEN

Markanın hükümsüzlüğü halleri, MarkKHK'nın 42. maddesinde sayılmıştır²¹⁷. Bu hükümsüzlük hallerinin var olması halinde dava hakkına sahip bulunanların açacağı bir dava ile mahkeme, markanın hükümsüzlüğüne, diğer bir deyişle markanın marka sicilinden silinmesine karar verir²¹⁸.

Markanın hükümsüzlüğü davasını açmaya yetkili kişiler MarkKHK'nın 43. maddesinde hüküm altına alınmıştır²¹⁹. Buna göre, marka hukukunda hükümsüzlük davasını zarar gören kişiler, Cumhuriyet savcıları veya ilgili resmi makamlar açabilir²²⁰.

²¹⁵ KAYA, s. 184.

²¹⁶ Bu durumun kaynağı, MarkKHK'nın 6. maddesidir. “Bu Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir” şeklinde olan hüküm, bu mevzuatın sağladığı özel korumanın etkin olabilmesi için tescili şart koşturmuştur.

²¹⁷ “Aşağıdaki hallerde markanın hükümsüz sayılmasına yetkili mahkeme tarafından karar verilir:

a) 7 ci maddede sayılan haller. (Ancak, 7 nci maddenin (ı) bendinde belirtilen tanınmış markalarla ilgili davanın tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açılması gerekir. Markanın tescilinde kötü niyet varsa iptal davası süreye bağlı değildir.)

b) 8 inci maddede sayılan haller. (Ancak, 8 inci maddenin son fıkrası çerçevesinde açılan davada önceki hak sahibi koruma süresinin bitiminden itibaren 2 yıl içerisinde markasını kullanmamışsa bu bir hükümsüzlük nedeni sayılmaz.)

c) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 9/4/2014 tarihli ve E.: 2013/147, K.: 2014/75 sayılı Kararı ile.)

d) Marka sahibinin davranışları nedeniyle, marka mal ve hizmetler için yaygın bir ad haline gelmiş ise,

e) Hak sahibi veya yetkili kıldığı kişi tarafından kullanım sonucunda tescil edildiği mal ve hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda halkta yanlış anlama ihtimali var ise,

f) 59 uncu maddeye aykırı kullanım” (MarkKHK m. 42).

²¹⁸ TEKİNALP, § 29 N. 1.

²¹⁹ Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nın 25. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Menfaati olanlar, Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları markanın hükümsüzlüğünü mahkemeden isteyebilir”.

²²⁰ Kanun koyucunun bu hükümde “sınırlı sayı ilkesi” uyarınca bir sayım yapıp yapmadığı konusu öğretide tartışmalıdır. Öğretideki birtakım yazarlara göre, hükümde belirtilen hükümsüzlük davası açma hakkına sahip olanlar sınırlı olarak sayılmıştır (KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 137 dñn. 1; KARAN/KILIÇ, § 43.1; PEKDİNÇER Remzi Tamer, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Marka Hükümsüzlük Davalarında Zarar Gören Kişiler”, TFM 2015/1, s. 158). Aksi yönde görüşler de öğretide savunulmaktadır (TEKİNALP, § 29 N. 6). Yargıtay HGK, E. 2011/11-529, K. 2011/643, 19.10.2011 tarihli kararında, “Hükümsüzlük davaları 556 sayılı KHK'nin 43. maddesi gereğince zarar gören kişiler, Cumhuriyet savcıları veya ilgili resmi makamlar tarafından istenebilir. Davacıları gösteren hüküm tahdidi değildir” şeklindeki ifadesiyle, davacıların sınırlı olarak sayılmadığını belirtmektedir (Kazancı).

MarkenG’de markanın hükümsüzlüğüne ilişkin talep ve davalarda talep eden ve davacılar yönünden hükümsüzlük sebebine bağlı olarak bir ayırım söz konusudur. MarkenG § 54 uyarınca, mutlak ret nedenlerine dayalı hükümsüzlük talebi Patent Ofisi (Patentamt) nezdinde herkes tarafından ileri sürülebilir. MarkenG § 55 uyarınca, nispi ret nedenlerine dayalı hükümsüzlük talebi mahkeme nezdinde sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilir.

Kanun koyucunun Alman hukukundaki gibi bir ayırma gitmemiş olması sebebiyle, hükümde davacı olabileceği belirtilen zarar gören kişiler, Cumhuriyet savcıları veya ilgili resmi makamların tüm hükümsüzlük hallerinde dava açabileceği anlaşılmaktadır. Bu durum öğreti tarafından haklı olarak eleştirilmiştir²²¹. MarkenG’de olduğu gibi bir ayırma gidilmesi kanaatimizce isabetli olurdu. Zira, aynı zamanda hükümsüzlük halleri olan MarkKHK’nın 7. maddesinde belirtilen mutlak ret nedenleri ile MarkKHK’nın 8. maddesinde belirtilen nispi ret nedenleri, nitelikleri itibariyle farklılık arz etmektedir. Bu farklılık sebebiyle, tüm hükümsüzlük halleri için aynı kişilerin dava açabileceğini hüküm altına almak, mutlak ve nispi ret nedenleri arasındaki farklılığı görmezden gelmektir²²².

Mutlak ve nispi ret nedenleri arasındaki farklılık, ilk olarak kanun koyucunun ifade biçiminde görülmektedir. Kanun koyucu, mutlak ret nedenlerine ilişkin hükümde (MarkKHK m. 7) “*Aşağıda yazılı işaretler marka olarak tescil edilemez*” ibaresini kullanmış, nispi ret nedenlerine ilişkin hükümde (MarkKHK m. 8) ise “*Tescil edilmiş veya tescil için başvuru yapılmış bir markanın sahibi tarafından itiraz yapılması durumunda aşağıdaki hallerde marka tescil edilemez*” ibaresine yer vermiştir. Mutlak ret nedenlerinin, nispi ret nedenlerine nazaran kaba ve sert karakteri, kanun koyucunun ifade biçiminden de anlaşılmaktadır.

²²¹ **KAYA**, s. 334-335; **KARAN/KILIÇ**, § 43.3.2; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 141-142; **PEKDİNÇER**, s. 158.

²²² Nitekim Yargıtay HGK, bu durumu bir kararına konu etmiştir: “556 sayılı KHK’ye kaynak teşkil eden 40/94 Sayılı AT Tüzüğü’nün 55. maddesinde mutlak red sebeplerine aykırılık halinde kamusal yararın ön planda olduğu ve tescilin hükümsüzlüğünü isteme hakkı herhangi bir gerçek veya tüzel kişi veya imalatçılar, hizmet sağlayıcılar, tacirler ya da aktif ya da pasif dava ehliyetlerinin bulunması halinde tüketicileri temsil eden topluluk ya da kurumlara verilmiş olmasına karşın, nispi red sebeplerine aykırılık halinde hükümsüzlüğü talep etme hakkı önceki hak sahiplerine verilmiştir. Ancak, 556 sayılı KHK’de bu yönde bir ayırım ve düzenleme bulunmamaktadır” Yarg. HGK. E. 2011/11-529, K. 2011/643, T. 19.10.2011 (Kazancı).

Mutlak ret nedenlerinin kaba ve sert bir karaktere sahip olduğu benzetmesinde bulunmamızın sebebi, bunların kamu düzeni ve toplumun çıkarları göz önünde tutularak herkese yasaklanmış olmasıdır²²³. Nitekim Yargıtay, öğretiyeye atfı yaptığı bir kararında bu durumu tereddüde yer vermeyecek şekilde açıklamıştır²²⁴. Ancak, nispi ret nedenleri için benzeri açıklamalarda bulunabilmek mümkün değildir. Nispi ret nedenleri, daha çok hak sahibini ilgilendirmekte ve onun çıkarlarını korumaya yöneliktir²²⁵. Bunlar, toplumun tümünü, başka bir deyişle kamu düzenini ilgilendirmeyen, yalnız özel ilişkileri ilgilendiren, bu sebeple de hak sahibi ile üçüncü kişiler arasında cereyan eden, bu özelliğinden de ötürü de “nispi” olan sebeplerdir²²⁶.

Kanun koyucunun mutlak ve ret nedenlerine ilişkin ayrımı hükümsüzlük davası özelinde dikkate almaması, belirttiğimiz üzere isabetli bir yaklaşım olmamıştır. Bizim bu soruna ilişkin önerimiz, MarkenG’deki çözümdür. Hükümsüzlük davasında, mutlak ret nedenlerine ilişkin dava hakkı herkese, nispi ret nedenlerine ilişkin dava hakkı ise yalnızca hak sahibine tanınmalıdır²²⁷.

Hükümsüzlük davasını açabilecek kişilerin ilgili hükümde zarar gören kişiler, Cumhuriyet savcıları veya ilgili resmi makamlar olarak ifade edildiğini bir kez daha yineledikten sonra, dava açabilecek kişileri ayrı ayrı değerlendirmemiz gerekir.

²²³ **ARKAN** Sabih, Marka Hukuku, C. 1, Ankara 1997, s. 71; **TEKİNALP**, § 29 N. 4; **YASAMAN**, C. 1, s. 223; **KAYA**, s. 332; **KARAN/KILIÇ**, § 7.1.2; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 141.

²²⁴ “Doktrinde de benimsendiği gibi, mutlak ret sebepleri, işaretin marka oluşturma niteliği ile sıkı sıkıya bağlı olup, genel hatları ile herhangi bir ayırtım gücü olmayan ve ticaret alanında kullanıma açık tutulması gereken işaretlerin veyahut halkı yanıltıcı, kamu düzenine, toplumunun dini değerlerine ve nihayet genel ahlaka aykırı düşen işaretlerin marka olarak tescil edilmesini önlemeye yönelik amaçla konulmuşlardır. Bu nitelikleri sebebiyle yasada belirlenen mutlak ret sebepleri, toplumun genel çıkarları ile sıkı sıkıya bağlı olup, işaretin niteliğinden kaynaklanan bu itirazlardan feragat edilmesi de mümkün değildir. Bir başka anlatımla, mutlak ret nedenini oluşturan işaretler, üzerlerinde bir başkasının hakkı olduğu gerekçesiyle değil, nitelik ve özellikleri itibarı ile herkese kapalı olan işaretlerdir. Bu nedenle KHK’nın 32. maddesinin emredici hükmü uyarınca mutlak ret sebepleri, Enstitü’ce re’sen dikkate alınarak incelenmesi gerektiği gibi, uyumsuzluğun yargıya intikal etmesi halinde mahkemelerce de bu sebeplerin bir defa değil, itiraz niteliğinde olduklarından bu hususun kendiliğinden dikkate alınarak incelenmesi gerekir” Yarg. 11. HD. E. 1999/5790, K. 1999/9590, T. 26.11.1999 (Kazancı).

²²⁵ **ARKAN**, C. 1, s. 71; **TEKİNALP**, § 29 N. 4; **YASAMAN**, C. 1, s. 396; **KAYA**, s. 334; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 141.

²²⁶ **ARKAN**, C. 1, s. 72; **YASAMAN**, C. 1, s. 224; **KARAN/KILIÇ**, § 8.1.1.

²²⁷ Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı’nın 25. maddesinin ikinci fıkrasındaki “Menfaati olanlar, Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları markanın hükümsüzlüğünü mahkemeden isteyebilir” hükmünden görüleceği üzere, tasarıda hükümsüzlük halleri bakımından bir ayrıma gidilmemiştir.

1. Zarar Gören Kişiler

MarkKHK'ya göre, zarar gören kişiler, hükümsüzlük davası açabilir. Elbette zarar gören kişiler ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. “Zarar gören kişiler” ifadesi ile kanun koyucunun kastettiği anlamı tespit edebilmek için, öncelikle bu ifadede yer alan “zarar” ile kastedilenin tespitini doğru yapmak gerekir. Zarara yüklenen anlam, “zarar gören kişiler” ifadesinin sınırını çizeceğinden önem taşır. İlk adım doğru atılırsa, bu belirsiz ifadeyi anlayabilmek kolaylaşır.

Anılan hükümde yer alan “zarar” ifadesi ile kastedilenin borçlar hukuku (sözleşme veya haksız fiil hukuku) anlamında bir zarar olmadığı yönünde öğretilerde görüş birliği mevcuttur²²⁸. Bu da bizi geniş yorum yapmaya ve “zarar gören kişiler”in kapsamına pek çok kişinin girdiği sonucuna götürür. Kanun koyucunun bu yoruma açık ifadesini dar yorumladığımızda, pek az bir çevrenin (sadece borçlar hukuku anlamında zarar görenlerin) hükümsüzlük davası açabileceği sonucu ortaya çıkar. Bu, karşılaştırmalı hukuku da göz önüne aldığımızda, isabetli bir çözüm yolu olmaz. Belirttiğimiz gibi, gerek AB Marka Direktifi'nde gerek MarkenG'de hükümsüzlük davasının mutlak ret nedenleri bakımından herkes, nispi ret nedenleri bakımından hak sahibi tarafından açılabilirdiği dikkate alındığında, kanun koyucunun söz konusu hükümde yapmış olduğu isabetsiz yaklaşımı ancak “zarar” kavramını geniş yorumlayarak gidermek mümkündür. Dar bir yorum şekliyle, karşılaştırmalı hukuktan ve hükümsüzlük davasının getirilmesindeki amaçtan sapılacağı düşüncesindeyiz²²⁹. Yargıtay da öğretilerde görüş birliği olan bu konu hakkında aynı yöndedir²³⁰.

²²⁸ **TEKİNALP**, § 29 N. 7; **KAYA**, s. 332; **KARAN/KILIÇ**, § 43.2; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 137; **PEKDİNÇER**, s. 160; **ÇOLAK**, s. 928.

²²⁹ “Zarar gören kişiler” ifadesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **PEKDİNÇER**, s. 157 vd.

²³⁰ ““Zarar gören kişi” zarara uğrayan veya uğrama ihtimali bulunan ya da söz konusu işareti kullanabilme olanağı haksız biçimde kısıtlanan yahut kısıtlanma tehlikesi altında olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişidir. Zarardan kastedilen ise haksız fiil ya da sözleşme hukuku anlamında bir zarar olmayıp bir gerçek ya da tüzel kişinin menfaatlerinin 556 sayılı KHK'nin 7 ve 8. maddelerine göre tescili mümkün olmayan bir işaretin kısmen veya tamamen bir şahıs tarafından kendi adına tescil ettirilmesi suretiyle zedelenmesi, bir markanın beş yılı aşkın bir süreden beri kullanılmaması suretiyle o işaretin serbest kullanımının kısıtlanması veya serbest bir sözcüğün bir kişinin inhisarına verilmesidir. Zarar gören kişinin mutlaka tescilli marka sahibi olması gerekmez. Menfaatlerinin zedelenmesi kaydıyla 556 sayılı KHK'nin kendisine koruma sağladığı herkes dava açabilir” Yarg. HGK. E. 2011/11-529, K. 2011/643, T. 19.10.2011 (Kazancı).

2. Cumhuriyet Savcıları

Hükümsüzlük davasında davacılarından ikincisi, “Cumhuriyet savcıları” olarak belirtilmiştir. Kanun koyucunun ifadesine göre, Cumhuriyet savcılarının mutlak ret nedenleri ve nispi ret nedenlerinin yanı sıra diğer hükümsüzlük halleri bakımından da hükümsüzlük davası açabilmelerinin önünde bir engel yoktur. Ancak bu bir yönüyle isabetsiz bir durumdur. Şöyle ki, mutlak ret nedenleri bakımından Cumhuriyet savcılarının hükümsüzlük davası açabilmeleri gerekir ve bu düzenleme yerindedir. Kamu yararı amacıyla getirilmiş mutlak ret nedenleri için kamu hukukunu, kamuyu temsil eden Cumhuriyet savcılarının dava açabilmelerinden doğal bir durum yoktur²³¹. Ancak, Cumhuriyet savcılarının, kamunun çıkarlarını ilgilendirmeyen nispi ret nedenlerinden ötürü hükümsüzlük davası açamamaları gerekir²³². Cumhuriyet savcıları, kamu yararının bulunduğu hallerde dava açabileceklerine göre, kamu yararını değil, kişisel yararı öncelik alan nispi ret nedenlerinden ötürü hükümsüzlük davası açamamaları gerektiği savunulmaktadır²³³. Bu görüşe biz de katılıyoruz. Kanaatimizce, Cumhuriyet savcıları, nispi ret nedenlerinden ötürü hükümsüzlük davası açamamalıdır. Bu durumun mevzuatta açık bir şekilde ifade edilerek karşılaştırmalı hukukla uyumlaştırılması isabetli olacaktır.

Öğretide, Cumhuriyet savcılarının nispi ret nedenlerinden ötürü dava açamamaları gerekliliğinin bir sonucu olarak Cumhuriyet savcılarının hükümsüzlük davası açabilme olanağının mutlak ret nedenleri ile sınırlı olduğu görüşü ileri sürülmüştür²³⁴. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira, Cumhuriyet savcılarının mutlak ret nedenlerinden ötürü dava açabilecekleri kuşkusuzdur, ancak sadece bununla sınırlamak isabetsizdir. Belirtmek gerekir ki, MarkKHK’nın 42. maddesinde hükümsüzlük hali olarak yalnız “mutlak ret nedenleri” ile “nispi ret nedenleri” düzenlenmemiştir. Bunların yanı sıra, ilgili hükmün birinci fıkrasının (d), (e) ve (f) bentlerinde başkaca hükümsüzlük halleri de öngörülmüştür. Mutlak ret nedenleri ve nispi ret nedenleri dışında kalan bu hükümsüzlük hallerinden ötürü Cumhuriyet savcılarının dava açıp açamayacağı konusunda, bu hükümsüzlük hallerinin kamu

²³¹ TEKİNALP, § 29 N. 9.

²³² KAYA, s. 334-335; KARAN/KILIÇ, § 43.3.2.

²³³ KAYA, s. 333; KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 141-142; ÇOLAK, s. 933.

²³⁴ ÇOLAK, s. 933.

yararını gözetip gözetmediği ayrı ayrı değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Peşinen Cumhuriyet savcılarının dava açma hakkının mutlak ret nedenleri ile sınırlı olduğunu söylemek, nispi ret nedenleri dışında kalan hükümsüzlük hallerini dikkate almamak anlamına gelir ve bizce doğru değildir. Kaldı ki, ilgili hükmün birinci fıkrasının (d), (e) ve (f) bentlerindeki hükümsüzlük halleri, kamu yararı ile ilgilidir²³⁵. Bu sebeple, Cumhuriyet savcılarının mutlak ret nedenlerinin yanında bu bentlerdeki hükümsüzlük hallerinden ötürü de dava açabileceklerini söyleyebiliriz.

3. İlgili Resmi Makamlar

Hükümsüzlük davasında davacılarından üçüncüsü ve sonuncusu, “ilgili resmi makamlar”dır. Bu ifadeyle kastedilen, hükümsüzlük haline konu olan marka ile ilgili her resmi makamdır. Örneğin, Maden Tetkik ve Arama (MTA) Genel Müdürlüğü’ne ait amblemin üçüncü kişi tarafından tescile konu edilmesi halinde, bu kamu kurumunun hükümsüzlük davası açabilecek “ilgili resmi makam” olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Ancak burada belirtmekte fayda görüyoruz ki, ilgi resmi makamların, nispi ret nedenlerinden ötürü tıpkı Cumhuriyet savcıları gibi dava açamamaları gerekir²³⁶. Zira, nispi ret nedenlerinden birinin varlığı halinde, ilgili resmi makamın çıkarını zedeleyen bir durum yoktur. O halde, bu sebepten ötürü dava açabilmeleri mümkün olmamalıdır.

Markanın hükümsüzlüğü davasında davalının kim olacağına ilişkin MarkKHK’da açık bir hüküm yoktur. Bu konuya öğreti ve yargı tarafından getirilen çözüm, davalının hükümsüzlüğü istenen marka sahibi olduğu yönündedir. Hükümsüzlük davası, hükümsüzlüğü istenen marka sahibine karşı açılmalıdır²³⁷. Markaya dair tescilin TPE tarafından yapılmasından ötürü hükümsüzlük davasının TPE’ye karşı açılıp açılmayacağı tartışılmış, davanın TPE’ye karşı açılmayacağı konusunda öğretide görüş birliği oluşmuştur²³⁸. Aynı şekilde Yargıtay’ın da bu yönde kararları mevcuttur²³⁹.

²³⁵ TEKİNALP, § 29 N. 9; KAYA, s. 332.

²³⁶ KARAN/KILIÇ, § 43.3.2.

²³⁷ ARKAN, C. 2, s. 167; KARAN/KILIÇ, § 43.4; KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 143.

²³⁸ TEOMAN Ömer, “Markanın Terkinini Sağlamak İçin Açılacak Bir Davada Husumetin Türk Patent Enstitüsü’ne Yöneltilibilip Yöneltilmeyeceği Sorunu”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul

Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulmasına ilişkin dava hakkında yaptığımız açıklamalarda olduğu gibi, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesinin ikinci koşulunu şöyle özetleyebiliriz: Markanın ihlalinin yanında, markanın hükümsüzlüğü hallerinden biri mevcut olmalı ve buna karşı hükümsüzlük davası açabilecek kişilerin dava hakkına sahip olması gerekmektedir.

III. HAK İHLALİNİN BİLİNMESİ

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesinin üçüncü koşulu, hak sahibinin hak ihlalini bilmesidir²⁴⁰. Bu koşul, “hak ihlalinin bilinmesi” veya “hak ihlalinden haberdar olunması” olarak ifade edilebilir. Her iki ifade de aynı anlamı taşır.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumundan bahsedebilmek için marka hakkı ihlal edilen hak sahibinin, bu ihlali bilmesi gerekmektedir. Bu ihlalin bilinmemesi, diğer bir deyişle bu ihlalden haberdar olunmaması, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesinin önüne geçer. Kurumun gerçekleşmesi için hak sahibince bilinmesi gereken hak ihlali, markasının bir başkası tarafından kesintisiz bir şekilde kullanılmasındır²⁴¹. Diğer bir deyişle, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için marka hakkı sahibi, kendisine ait markanın başkası tarafından kullanıldığını bilmelidir²⁴².

Nitekim sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunu düzenleyen 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nin 9. maddesi ile 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün

1998, s. 645 vd.; **ARKAN**, C. 2, s. 167 dph. 48; **KARAN/KILIÇ**, § 43.4; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 143.

²³⁹ “(...) hükümsüzlük davasında davalı TPE'ye husumet düşmeyeceği gerekçesiyle TPE yönünden davanın husumet nedeniyle reddine (...)” Yarg. 11. HD. E. 2015/4079, K. 2015/11428, T. 02.11.2015 (Kazancı); “(...) marka hükümsüzlüğü istemiyle davalı TPE'ye karşı açtığı dava bakımından ise TPE'ye husumet yöneltilemeyeceğinden davanın pasif husumet yokluğundan reddine karar verilmiştir” Yarg. 11. HD. E. 2015/2040, K. 2015/7830, T. 05.06.2015 (Kazancı); Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD. E. 2014/18422, K. 2015/3604, T. 16.03.2015 (Kazancı); Yarg. 11. HD. E. 2009/12224, K. 2011/4967, T. 25.04.2011 (Kazancı); Yarg. 11. HD. E. 2003/3287, K. 2003/9454, T. 16.10.2003 (Kazancı).

²⁴⁰ **FEZER**, § 21 Rn. 13; **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 10; **HACKER**, § 21 Rn. 16; **LANGE**, Rn. 3026; **DÖRRE**, § 21 Rn. 10; “Sessiz kalma yolu ile hak kaybının oluşması için öncelik hakkı sahibinin sonraki markadan veya kullanımdan haberdar olması gerekmekte (...)” Yarg. 11. HD. E. 2014/4099, K. 2015/1628, T. 10.02.2015 (Kazancı).

²⁴¹ **FEZER**, § 21 Rn. 13.

²⁴² **ARKAN**, C. 2, s. 160; **TEKİNALP**, § 26 N. 58; **YASAMAN/YUSUFOĞLU**, C. 2, s. 858; **KAYA**, s. 42; **KARAHAN**, Zamanaşımı, s. 302; **ÇOLAK**, s. 787; **BATTAL**, s. 47.

54. maddesinde, açıkça bilme koşulu aranmıştır²⁴³. Aynı şekilde MarkenG'nin 21. maddesinde de açıkça bu koşul hüküm altına alınmıştır²⁴⁴. Karşılaştırmalı hukuktaki bu durumun karşısında, Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı da bilme koşuluna yer vermiştir. Buna göre, Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nın 25. maddesinin altıncı fıkrasında, bu koşul “(...) *bildiği veya bilmesi gerektiği* (...)” şeklinde ifade edilmiştir.

A. HABERDAR OLMANIN ANLAMI

Hak ihlalinin bilinmesi veya hak ihlalden haberdar olunması, kurumun gerçekleşme koşulu olduğuna göre, bu ifadenin ne anlama geldiğini tespit etmek gerekir.

Marka hakkı sahibinin, markasına yönelik hak ihlalini bilmesi, sübjektif bir durumdur. Hak sahibinin ihlalden haberdar olduğuna dair kesin bir yargıda bulunmak her zaman kolay olmayabilir. Zira, böyle bir yargılama faaliyetinde bulunulduğunda, hak sahibinin söz konusu ihlalden haberdar olmadığını ileri sürmesi olağandır. Buna karşın, onun aslında bu ihlalden haberdar olduğunu ispatlamak, zannedildiği kadar kolay olmaz. Bu, bilme halinin içsel olmasından kaynaklanır.

Haberdar olmanın anlamını belirlerken bunun yalnızca hak ihlalini “bilme”den ibaret olduğu yorumu belirttiğimiz gerekçeden ötürü doğru olmaz. Hak ihlalinin bilinmesi, bilmenin yanı sıra bilebilecek durumda olmayı da kapsar. Nitekim Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı, açıkça bunu ifade etmiştir. O halde, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için marka hakkı sahibi, hak ihlalini bilmeli veya bilebilecek durumda olmalıdır²⁴⁵. Eğer hak sahibi, ihlali bilmiyor veya kendisinden ihlali bilmesi beklenemiyorsa, bu durumda bu koşulun gerçekleştiğinden söz etmek mümkün değildir.

Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda kullanılan “(...) *bildiği veya bilmesi gerektiği* (...)” ifadesi, Türk hukukundaki hakim anlayışı yansıtır. Bu hüküm, Yargıtay uygulaması doğrultusunda şekillenmiştir. Zira, Yargıtay sadece “bilme”yi değil,

²⁴³ AB düzenlemelerinde bu durum, Türkçede “bilmek”, “haberdar olmak” anlamına gelen “(...) *being aware of* (...)” ifadesi ile belirtilmiştir.

²⁴⁴ MarkenG § 21 hükmünde, bu koşul “*Kenntnis*” ifadesi ile belirtilmiştir.

²⁴⁵ YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 859; KAYA, s. 42; ÇOLAK, s. 787; YANLI, s. 302.

“bilmesi gerekme”yi de haberdar olmanın anlamına dahil etmiştir²⁴⁶. Ancak, Alman hukukunda bunun tam aksi bir anlayış söz konusudur. Haberdar olmanın anlamı sadece “bilme” ile sınırlandırılmıştır. Buna göre, hak ihlalinin bilinmesi, müspet olarak vakıf olmak demektir²⁴⁷. Başka bir deyişle, MarkenG § 21 uyarınca sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için gerekli olan hak sahibinin müspet olarak ihlalden haberdar olmasıdır²⁴⁸. İhmal (hatta ağır ihmal) nedeniyle hak ihlalini bilmeme yeterli değildir²⁴⁹. Bundan başka, hak sahibinin kaybına uğrayabilmesi için hak ihlalini bilme gerekliliği yeterli görülmemiştir²⁵⁰. Hak sahibinin hak kaybına uğraması için gerekli olan yalnızca bu ihlali bilmesidir. Eğer hak sahibi bu ihlali bilmiyorsa, hak kaybına uğramaz. Hak sahibinin ayrıca bu ihlali bilmesinin gerekip gerekmediğinin araştırılmasına gerek yoktur. O, bu ihlali bilmiyor, ancak bilmesi gerekiyorsa yine hak kaybına uğramayacaktır. Diğer bir ifadeyle, gerekli özeni göstermiş olsaydı bu ihlali bilebilecek durumda olduğundan bahsedilse dahi, ihlali müspet olarak bilmediği sürece MarkenG § 21 hükmünün uygulanması, dolayısıyla sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi mümkün olmaz. Burada tek ayrık durum, haksız bilmemedir²⁵¹. Haksız bilmeme, bilme anlamına gelir ve tıpkı bilme gibi hüküm doğurur²⁵². Haksız bilmeme ile kastedilen, hak sahibinin bilerek ve isteyerek hak ihlalinden haberdar olmamasıdır. Hak sahibi, hak ihlalinden haberdar olmamak için çaba sarf etmişse, artık burada haksız bir bilmeme halinden söz edebiliriz. Hak ihlalini öğrenmek için çaba sarf etmek ile hak ihlalini öğrenmemek için çaba sarf etmek birbirinden farklı durumlardır. Hak ihlalini

²⁴⁶ “(...) Yargıtay uygulamalarında ve doktrinde hak kaybı açısından bilmesinin gerekmesinin ve bilebilecek durumda olmasının yeterli sayıldığı (...)” Yarg. 11. HD. E. 2014/15485, K. 2015/868, T. 22.01.2015 (Kazancı).

²⁴⁷ **FEZER**, § 21 Rn. 13; **LANGE**, Rn. 3026; **BERLIT**, Rn. 282. Alman haksız rekabet hukukunda da yalnız müspet olarak vakıf olmanın kabul edildiği yönünde bkz. **KÖHLER** Helmut/**BORNKAMM** Joachim, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 34. Auflage, München 2016, UWG § 11 Rn. 1.25.

²⁴⁸ **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 10.

²⁴⁹ **FEZER**, § 21 Rn. 13; **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 10; **HACKER**, § 21 Rn. 17.

²⁵⁰ **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 10.

²⁵¹ Burada kastedilen “*Missbräuchliche Unkenntnis*” kavramıdır. “*Missbräuchliche*” kelimesinin Türkçe anlamı öğretilde tartışmalıdır. Bu kelime **ATAMER** (**ATAMER** Yeşim M., Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s. 43-44) ve **ÇINAR** (**ÇINAR** Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 21) tarafından “kötüye kullanılabilir” şeklinde, **HAVUTÇU** (**HAVUTÇU** Ayşe, Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 200) tarafından “hakkaniyete aykırı” şeklinde, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 23 N. 27 dnp. 58) ve **AYDOĞDU** tarafından ise “haksız” olarak çevrilmektedir (**AYDOĞDU** Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt I, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, İzmir 2013, s. 579 dnp. 29).

²⁵² **FEZER**, § 21 Rn. 13.

öğrenmemek için oluşturulan bir bilmeme hali, haksız bilmeme olarak kabul edilir ve artık bu ihlalden haberdar olduğu varsayılır²⁵³.

Hak sahibinin bilmesi sübjektif bir durum iken, bilmesinin gerekmesi objektif bir durumu yansıtır. Bu yüzden, bilme durumundaki sübjektiflik, bilmenin gerekmesinde yerini objektifliğe bırakır. Hak sahibinin bilmesinin gerekliliği anlamlandırılırken, objektif ölçüden faydalanılır²⁵⁴. Başka bir deyişle, hak sahibinin hak ihlalini bilmesinin gerekli olup olmadığı, kişisel özelliklerinden bağımsız bir şekilde değerlendirilir. Aynı veya benzer durumlarda, ortalama zekaya sahip ve dürüst bir kişinin, söz konusu ihlalden haberdar olabileceğine ilişkin bir değerlendirme yapılabiliyorsa, o halde hak sahibinin hak ihlalini bilmediğini veya bilmesi gerekmediğini ileri sürmesi dikkate alınmaz. Objektif ölçü dikkate alındığına göre, hak sahibinin hak ihlalini bilmemesinin sebebi olarak ileri sürebileceği ihmalkarlığı, deneyimsizliği veya kendisinden kaynaklanan başkaca kişisel durumları kabul edilemez. Objektif ölçüyü esas kabul eden Yargıtay, bir kararında tüm kamuoyunca bilinen bir durumun hak sahibi tarafından bilinmesi gerektiğini belirtmiştir²⁵⁵.

Haberdar olmayı anlamlandırırken, neden objektif ölçünün dikkate alınması gerektiğini belirtmemizde yarar vardır. Şöyle ki, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleştiği durumda, hak sahibinin, dava hakkını kötüye kullandığından, başka bir deyişle dürüstlük kuralına aykırı davrandığından söz edilir. Davacı konumunda olan hak sahibinden beklenen, hak ihlaline karşı bir an önce hareket geçmesi, aktif bir davranış sergilemesidir. Aksi halde, tüm koşulların oluşmasıyla beraber, sessiz kalma yoluyla hak kaybı gündeme gelir ve davacı yerine davalı konumundaki kişi hukuk düzenince korunur. Bu da göstermektedir ki, hukuk düzeni, dürüst davranan kişiyi koruma yolunu tercih eder. Böylelikle hak sahibinin, dava hakkını kullanırken nasıl dürüstlük kuralına uygun davranması gerekiyorsa, dava hakkını kullanmadan önceki aşamada da dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerekmektedir. Zira, hakkın ihlal edilmesinden hak ihlaline karşı dava açılmasına kadar geçen zaman, bir süreçtir. Bu sürecin başlarında da

²⁵³ **BİLGİLİ**, s. 201.

²⁵⁴ **KARAHAN** Sami, “Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi”, *BATİDER*, Y. 2001, C. XXI, S. 1, s. 281.

²⁵⁵ “(...) davalının, dava dışı PTT Genel Müdürlüğü ile sözleşmeler yaptığıının tüm kamuoyunca bilindiği (...)” Yarg. 11. HD. E. 1999/8169, K. 2000/1726, T. 02.03.2000 (Kazancı).

hak sahibi, dürüstlük kuralına uygun davranmalı, diğer bir deyişle ortalama zekalı ve dürüst bir insan gibi hareket etmelidir²⁵⁶. Bu doğrultuda, marka hakkı sahibinden beklenen, marka hakkının ihlali halinde bu ihlali bilmek için gerekli özeni göstermesidir.

Sözgelimi, yurtdışında yerleşik yabancı bir firmaya ait markanın, İzmir’de üçüncü kişilerce izinsiz olarak kullanılması durumunda, söz konusu hak ihlalinin hak sahibi tarafından bilinmesi veya bilinmesinin kendisinden beklenebilmesi durumu değerlendirilebilir. Hak sahibinin söz konusu ihlali bilmediği varsayımında, objektif ölçüt ışığında, hak sahibinin hak ihlalini bilebilecek durumda olup olmadığına bakılmalıdır. Buna göre, söz konusu örnekte, hak sahibinin, hak ihlalinden haberdar olması kendisinden beklenmemelidir²⁵⁷. Buna karşılık aynı şehirde ve/veya aynı sektörde faaliyet gösteren firmaların birbirlerinden haberdar olmamaları mümkün değildir²⁵⁸. Nitekim Yargıtay, davacı firmanın, kendisiyle aynı alanda faaliyet gösteren davalı firmanın varlığından ve markanın kullanımından haberdar olması gerektiği düşüncesindedir²⁵⁹. Hatta aynı sektörde faaliyet göstermekle birlikte farklı bölgelerde faaliyet gösteren firmaların birbirlerinden haberdar olmasının mümkün olmayacağı yönündeki yerel mahkeme kararı ise, Yargıtay tarafından bozulmuştur²⁶⁰.

Bu değerlendirmeyi yaparken, dikkat edilmesi gereken bir nokta da “basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü”dür. 6102 sayılı TTK’nın 18. maddesinin ikinci fıkrasında, “*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir*” hükmü yer almaktadır. Bu sayede kanun koyucu objektif bir özen ölçüsü getirmektedir²⁶¹. Bir tacirin göstermesi gereken özen, kendi kişisel

²⁵⁶ ANTALYA/TOPUZ, s. 356.

²⁵⁷ ÇOLAK, s. 787.

²⁵⁸ ÇOLAK, s. 787.

²⁵⁹ “(...) davacının kendisi ile aynı alanda faaliyet gösteren davalının varlığından ve marka kullanımından haberdar olmasının gerektiği (...)” Yarg. 11. HD. E. 2014/15882, K. 2015/11125, T. 27.10.2015 (Kazancı).

²⁶⁰ Yerel mahkeme “(...) her iki şirketin farklı ticaret sicil bölgelerinde kayıtlı olmaları nedeniyle davacının, davalının unvanından haberdar olmasının mümkün olmayacağı (...)” yönünde hüküm kurmuş olsa da, Yargıtay tarafından bu karar bozulmuştur. Yarg. 11. HD. E. 2014/6474, K. 2014/12940, T. 04.07.2014 (Kazancı).

²⁶¹ ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2014, s. 137.

yeteneklerine göre göstermesi gereken özen değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli bir tacirden beklenen özendir²⁶².

Marka hakkı sahibinin tacir olduğu durumlarda, bu yükümlülük büyük önem taşır. Zira, tacirin marka hakkının ihlal edildiğinden haberdar olup olmadığı bu yükümlülüğe göre değerlendirilmelidir²⁶³. Eğer özne tacir ise, artık onun bu ihlalden haberdar olması gerekmediğini söyleyebilme şansı, tacir olmayan hak sahibine kıyasla daha azdır²⁶⁴.

Hak ihlalinin bilinmesi ile kastedileni anlamlandırırken dikkat edilmesi gereken bir diğer konu, hak ihlali yaratan durumu bilmenin yeterli olup olmadığıdır. Diğer bir anlatımla, hak sahibinin, markanın kullanılmasının yanında markayı kullanan kişiyi, yani hak ihlalinde bulunanı bilmesinin gerekli olup olmadığı önem arz eden bir konudur. Belirtelim ki, marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için gerekli olan, yalnızca hak ihlalinin bilinmesidir²⁶⁵. Başka bir deyişle, marka hakkı sahibinin markasının kullanıldığını bilmesi yeterlidir. Bundan başka hak sahibinin markasını kullanan, marka hakkını ihlal eden kişiyi bilmesi, ondan haberdar olması zorunlu değildir²⁶⁶. Burada anılan koşul ile hak ihlalinde bulunanın şahsına ilişkin değil, yalnızca kullanıma ilişkin bir haberdar olma durumu kastedilir²⁶⁷.

B. HABERDAR OLMA ZAMANININ TESPİTİ

Marka hakkı sahibinin, hak ihlalinden haberdar olduğu tarihin tespiti, sessiz kalma yoluyla hak kaybının diğer bir koşulu (*belli bir süre sessiz kalma koşulu*)

²⁶² **ARKAN**, Ticari İşletme Hukuku, s. 138.

²⁶³ “(...) her tacirin faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiği, Yargıtay uygulamalarında ve doktrinde hak kaybı açısından bilmesinin gerekmesinin ve bilebilecek durumda olmasının yeterli sayıldığı (...)” Yarg. 11. HD. E. 2014/15485, K. 2015/868, T. 22.01.2015 (Kazancı).

²⁶⁴ Marka sahibinin anonim şirket olduğu varsayımında, hak ihlalinin bilinmesinde kimin bilgisinin esas alınacağı sorusuna verilecek cevap önemlidir. Sözgelimi, anonim şirkete ait marka, bu şirket ile ticari ilişki içine giren başka bir şirket tarafından ihlal edilmişse, bu ticari ilişkiyi yürüten mağaza müdürünün bilgisinin esas alınıp alınmayacağı sorusu akla gelebilir. Anonim şirketin yönetim kurulunun küçük bir işletmeyle aralarında olan sıradan bir ticari ilişkiyi bilmesi mümkün değildir. O halde, böyle bir durumda nasıl bir çözüm izleneceği somut olayın özelliklerine göre dikkatle değerlendirilmelidir (**ÇOLAK**, s. 788).

²⁶⁵ “Dar olan ayın sektör nedeniyle davacının davalı şirketin varlığını bilmesi gerekmesi ile markasal kullanım şekillerini davacının bilmesi farklı olup, markasal kullanım şekillerini öğrenmesi ile sessiz kalma süresi başlar” Yarg. 11. HD. E. 2008/8488, K. 2010/3849, T. 05.04.2010 (Legalbank).

²⁶⁶ **FEZER**, § 21 Rn. 13.

²⁶⁷ **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 10.

açısından önemlidir. Zira, hak sahibinin hak ihlaline karşı ne kadar bir süre sessiz kaldığını belirleyebilmek, ancak haberdar olunan tarihin doğru bir şekilde tespit edilmesiyle mümkündür. Marka hakkı sahibinin hak ihlalini öğrendiği tarihten, bu ihlale karşı dava açtığı zamana kadar geçen süre, sessiz kalınan zamanı işaret edecektir.

Hak sahibinin hak ihlalinden haberdar olduğu tarihi tespit etmek kimi zaman oldukça kolaydır. Bu tespitin tam olarak veya hiç yapılamadığı durumlarda nasıl bir çözüm yolunun benimseneceği sorusu akla gelebilir. Bu durumda, haberdar olunan tarih, dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmelidir²⁶⁸.

C. HABERDAR OLMANIN İSPATI

Hak sahibinin hak ihlalini bildiği, bundan haberdar olduğu ispatı güç bir durumdur. Zira, bilmenin içsel bir durum olduğuna şüphe yoktur. Her olayda hak sahibinin hak ihlalini bilmesi bahsi kendi içinde değerlendirildiğinde, bunun ispatının içsel oluşu da dikkate alındığında oldukça zor olduğu açıktır²⁶⁹.

Türk hukukunda haberdar olmaya ilişkin kabul edilen bilmenin yanı sıra bilebilecek durumda olma bahsi, ispatın zorluğunu yumuşatan bir etkidir. Bu sayede içsellik durumu bir kenara bırakılır ve objektif bir ölçüt marifetiyle hak sahibinin bu ihlali bilmesinin gerekip gerekmediği tespit edilir. **FEZER**'e göre, karine ile ispat kuralları uyarınca hayat tecrübesine göre haberdar olmanın varlığı sonucuna vardırarak durumların söz konusu olmasıyla hak ihlalinin bilindiği kabul edilebilir²⁷⁰. Alman hukukunda müspet bilmenin kabul edildiği göz önüne alındığında, ispat için hayat tecrübelerinin dikkate alındığı görülmektedir. Böylelikle haberdar olmanın ispatına ilişkin zorluğun yumuşatıldığından bahsedilebilir.

²⁶⁸ YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 859

²⁶⁹ FEZER, § 21 Rn. 14.

²⁷⁰ FEZER, § 21 Rn. 14.

IV. BELİRLİ BİR SÜRE SESSİZ KALINMASI

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının dördüncü gerçekleşme koşulu, belirli bir süre sessiz kalınmasıdır. Hak sahibinin hak kaybına uğraması için, hak ihlalini öğrendikten sonra, belirli bir süre bu ihlale karşı sessiz kalması gereklidir²⁷¹.

Kendisinden beklenen davranışı gösteren, diğer bir deyişle hak ihlaline karşı sessiz kalmayan hak sahibinin, hak kaybına uğraması söz konusu olmaz. Hak kaybının gerçekleşmesi için hak ihlalden haberdar olunmasına karşın, belli bir süre sessiz kalma hali mevcuttur.

A. SESSİZ KALMA KAVRAMI, SESSİZ KALMANIN ZAMANI VE BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. Sessiz Kalma Kavramı

a. Genel Olarak

İlk olarak, “belli bir süre sessiz kalma” ifadesinde yer alan “sessiz kalma”nın anlamını belirlemek gerekir. Aslında bu ifade, yalnız bu koşulda değil, kurumun isminde de bulunur. Kuruma ismini veren “sessiz kalma” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği önemlidir.

2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nin 9. maddesi ile 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 54. maddesinde, sessiz kalma kavramına karşılık olarak, İngilizce metinde “*acquiescence*”, Almanca metinde ise “*(die) Duldung*” ifadeleri tercih edilmiştir. İngilizce'deki “*acquiescence*” ifadesini “rıza göstermek”, Almanca'daki “*(die) Duldung*” ifadesini ise “katlanmak, müsamaha göstermek” olarak Türkçeleştirmek mümkündür. MarkenG § 21'de aynı anlama gelen “*dulden*” ifadesi kullanılmıştır.

²⁷¹ FEZER, § 21 Rn. 15; INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 11; HACKER, § 21 Rn. 19; DÖRRE, § 21 Rn. 12; ARKAN, C. 2, s. 160; TEKİNALP, § 26 N. 58; YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 856; KAYA, s. 343; KARAN/KILIÇ, § 42.4.3; YANLI, s. 298; KARAHAN, Zamanaşımı, s. 303; KARAHAN, Unvan, s. 282.

Karşılaştırmalı hukukta kullanılan ifadelere bakıldığında, bu ifadelerin aslında Türk hukukunda kullanılan “sessiz kalma” ifadesiyle birebir örtüşmediği görülür. Zira, karşılaştırmalı hukukta “katlanmak” ve/veya “rıza göstermek”ten söz edilirken, Türk hukukunda bu kavramları tam olarak karşılayamayan “sessiz kalma” ifadesi tercih edilmiştir. Kanaatimizce, sessiz kalma ifadesinin ilk çağrıştırdığı, hareketsiz kalmaktır²⁷². Ancak, karşılaştırmalı hukuktaki ifadeler, hareketsiz kalmadan daha geniş bir kavramı işaret eder. Başka bir söyleyişle, “katlanmak” kavramı, “sessiz kalma”yı kapsar.

Alman hukukunda **FEZER**’e göre, sessiz kalmadan söz edebilmek için hak sahibinin hak ihlaline rıza gösteren, zımnî icazet anlamına gelen bir davranış sergilemesi gerekli değildir²⁷³. Yazara göre sessiz kalma, hak sahibinin hak ihlalini bildiği halde bunu engelleyecek hiçbir önlem almaması durumudur. Hak sahibi, hak ihlaline karşı kayıtsız kalmakta ve hak ihlaline katlanmaktadır. Görüldüğü gibi yazar, hak ihlaline katlanmaktan, buna kayıtsız kalmaktan söz eder. Salt hareketsiz kalmanın ötesinde bir kavramı açıklar.

INGERL/ROHNKE’ye göre sessiz kalma, hak sahibinin hak ihlaline karşı gerekli önlemleri almamasıdır²⁷⁴. Yazara göre, hak ihlaline karşı aktif bir davranışta bulunmayan hak sahibi, sessiz kalmıştır.

HACKER’e göre, sessiz kalma kavramı nesnel bir çerçevede değerlendirilmelidir²⁷⁵. Bu yüzden, hak sahibinin hak ihlaline rıza göstermesine veya rıza göstermese bile en azından zımnî icazet anlamına gelen bir kayıtsızlık hali göstermesine gerek yoktur. Sessiz kalmanın varlığı için gerekli olan tek şey, hak sahibinin hiçbir şey yapmaması, pasif kalmasıdır.

Türk hukukunda **YASAMAN/YUSUFOĞLU**, AB Marka Direktifi ve AB Marka Tüzüğü’nün İngilizce metninde yer alan “acquiescence” ile Fransızca metninde

²⁷² Bunu “dar anlamda sessiz kalma” olarak değerlendirebiliriz.

²⁷³ **FEZER**, § 21 Rn. 15.

²⁷⁴ **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 11

²⁷⁵ **HACKER**, § 21 Rn. 19.

yer alan “tolérance” ifadelerinin “katlanma” anlamına sahip olduğunu belirtmiştir²⁷⁶. Bununla birlikte yazar, “katlanma” kavramının “sessiz kalma” kavramından daha katı bir içeriğe sahip olduğu düşüncesindedir²⁷⁷.

YANLI'ya göre kuruma konu olan sessiz kalma, hak sahibinin belirli bir süre hareketsiz kalmasından ziyade bu hareketsiz kalmasının hak ihlalinde bulunanda objektif olarak bakıldığında hakkını kullanmayacağı yolunda bir kanaat oluşturabilmesidir²⁷⁸. Yazar, hareketsiz kalmanın sözü edilen anlama karşılık gelen bir davranış olması gerektiğini belirtmektedir. Salt hareketsiz kalmak yeterli olmayabilir.

KARAHAN'a göre ise, hak sahibinin hak ihlali karşısında sessiz kalması, zımni bir icazet olarak değerlendirilebilmelidir²⁷⁹. Yazarın bu düşüncesinden, zımni bir icazet anlamına gelmeyen bir sessiz kalmanın, kurumun koşullarını yerine getiremeyeceği sonucu çıkmaktadır.

Yazarların aslında salt sessiz kalmanın, kurumun gerçekleştirme koşullarını sağlayamayacağı çıkarımını yaptığı söylenebilir. Koşul olarak bahsedilenin sessiz kalmanın ötesinde bir kavram olduğu açıktır.

b. Dar Anlamda Sessiz Kalma ve Geniş Anlamda Sessiz Kalma

Kanaatimizce, Türk hukuk öğretisinde gelişen “sessiz kalma” ifadesi, bilinçli bir tercihin ürünü değildir. Eğer bilinçli bir tercih yapılmış olsaydı, bu ifade yerine karşılaştırmalı hukuktaki örneklerden bir tanesi tercih edilebilirdi. Zira, bir koşul olarak kastedilen durum, katlanma anlamına gelecek ağırlıkta bir sessiz kalmadır.

Bu bağlamda sessiz kalma kavramı, dar anlamda sessiz kalma ve geniş anlamda sessiz kalma olmak üzere ikiye ayrılır.

²⁷⁶ **YASAMAN/YUSUFOĞLU**, C. 2, s. 860. Katlanma, marka sahibinin ihmalinden veya davranışından kaynaklanır (**KILMER** Paul F., “Progressive Encroachment: Analysis of a Counterdefense to Laches and Acquiescence in Trademark Infringement Litigation”, The Trademark Reporter, Vol. 74, USA 1984, s. 229).

²⁷⁷ **YASAMAN/YUSUFOĞLU**, C. 2, s. 861.

²⁷⁸ **YANLI**, s. 298.

²⁷⁹ **KARAHAN**, Zamanaşımı, s. 303.

Dar anlamda sessiz kalma, hak sahibinin hak ihlali karşısında hareketsiz kalmasıdır. Bu, sessiz kalmanın yaptığı ilk çağrışımdır. Geniş anlamda sessiz kalma ise, hak sahibinin hak ihlaline katlanmasıdır.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının olduğu durumlarda çoğunlukla önce dar anlamda sessiz kalma (hareketsiz kalma) ve ardından bu dar anlamda sessiz kalmanın geniş anlamda sessiz kalma (katlanma) anlamı taşıması söz konusu olsa da, bazen bu ifadeyle örtüşmeyen durumların da olduğunu görmezden gelmek mümkün olmayacaktır. Zira, bazı durumlarda, hak sahibi hareketsiz kalmamasına (dar anlamda sessiz kalmamasına) rağmen, hak ihlaline katlandığı (geniş anlamda sessiz kaldığı) sonucuna varılabilmektedir²⁸⁰. Bu sebeple, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için katlanma anlamı taşıyan, başka bir deyişle geniş anlamda sessiz kalma söz konusu olmalıdır²⁸¹.

Kuruma ismini veren ve bir koşul olarak yer alan “sessiz kalma” kavramını, yaptığımız açıklamalar doğrultusunda geniş yorumlamayı tercih ediyoruz. Kaldı ki, sessiz kalma yoluyla hak kaybı, 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi’nin hukuki bir kurumudur ve bu sebeple sessiz kalma kavramının içeriği AB düzenlemesine uygun şekilde yorumlanmalıdır²⁸². Karşılaştırmalı hukuktaki kavramlar ile “sessiz kalma” kavramını birbirine yaklaştırabilmek için bunun dar anlamda bir sessiz kalma olmadığını, aksine geniş anlamda bir sessiz kalma olduğunu söylememiz zorunludur. Bu sebeple, çalışmamızda “sessiz kalma” kavramını geniş anlamıyla kullandığımızı, dar anlamda kullanma gerekliliği hissettiğimizde de mutlaka bunu belirttiğimizi söylemeliyiz.

Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı’nın sessiz kalma yoluyla hak kaybını düzenleyen 25. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “*Marka sahibi, (...) sessiz kalmışsa, (...) markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez*” hükmünde de

²⁸⁰ Hak sahibi, markasının kullanımına karşı hareketsiz kalmamış, davalıya ihtarname göndermiş olmasına rağmen Yargıtay’ın davacının “sessiz kaldığı”na hükmettiği yönünde bkz. Yarg. 11. HD. E. 2014/14929, K. 2015/752, T. 21.01.2015 (Legalbank).

²⁸¹ “*Burada önemli olan öncelik hakkı sahibinin sonraki kullanıma bir süre katlanmış olmasıdır. (...) Sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken, öncelik hakkının sahibinin sonraki tescil veya kullanımdan haberdar olduktan sonra izlediği yol ve sergilediği tavır önemlidir*” Yarg. 11. HD. E. 2014/4099, K. 2015/1628, T. 10.2.2015 (Kazancı).

²⁸² **FEZER**, § 21 Rn. 15; **DÖRRE**, § 21 Rn. 12.

görüldüğü gibi, tasarının öğretilde yerleşmiş “sessiz kalma” kavramını tercih ettiği anlaşılmaktadır. Bu, geniş anlamda sessiz kalma olarak anlaşılmalıdır.

Sessiz kalma, marka hakkı sahibinin, marka hakkının ihlali karşısında kendisinden beklenen davranışı sergilemeyerek ihlale katlanmasıdır. Hak sahibinden beklenen davranış, ihlale karşı çıkmak olarak anlaşılmalıdır. Kuşkusuz bunun aktif bir davranış olduğu söylenebilir. Marka hakkı sahibi, dürüstlük kuralı uyarınca, hakkının ihlali halinde bu ihlali hukuk çerçevesinde bertaraf etmek için aktif bir davranış biçimine sahip olmalıdır. Aksi halde, bu ihlale katlandığı söylenebilir. Başka bir söyleyişle, üçüncü kişi tarafından markanın kullanımına karşı hak sahibinin bunun men edilmesini ciddi bir şekilde talep etmemesi, buna katlandığı (sessiz kaldığı) sonucuna varmamıza yol açar²⁸³.

Sessiz kalmanın önkoşulunun “hareketsiz kalmak” olup olmadığı tartışılması gereken bir konudur. Diğer bir deyişle, dar anlamda sessiz kalma gerçekleşmeden geniş anlamda sessiz kalmanın gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Zira, geniş anlamda sessiz kalma olmadan, sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunun gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu sebeple, sessiz kalmanın önkoşulunun hareketsiz kalma olup olmadığının belirlenmesi önemlidir.

Öğretilde, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için hak sahibinin hak ihlaline karşı hareketsiz kalması gerektiği ileri sürülmüştür²⁸⁴. Ancak burada bir başka husus da, hareketsiz kalmanın ne anlama geldiğidir. Öğretildeki yaklaşım, hareketsiz kalmanın anlamının, dava açmama olduğu yönündedir²⁸⁵. Dava hakkını kullanmayan hak sahibi, hareketsiz kalmakta, yani dar anlamda sessiz kalmaktadır. Biz, hareketsiz kalmayı öğretildeki yaklaşımın aksine daha dar bir şekilde yorumlamayı tercih ediyoruz. Kanaatimizce, hareketsiz kalmak, dava açmamak değil, hak ihlaline karşı hiçbir harekette bulunmamaktır. Yani, hak sahibi, hak ihlaline karşı ihlalde bulunan ile sözlü görüşme yapmamış veya sözlü veya yazılı ihtarda dahi bulunmamışsa hareketsiz kalmıştır. Başka bir söyleyişle, hareketsiz kalmayı, dava açma ile sınırlandırmayı doğru bulmuyoruz.

²⁸³ FEZER, § 21 Rn. 15.

²⁸⁴ KARAHAN, Zamanaşımı, s. 303; ÇOLAK, s. 788.

²⁸⁵ KARAHAN, Zamanaşımı, s. 303; ÇOLAK, s. 788.

Dar anlamda sessiz kalmaya yüklediğimiz anlama istinaden, geniş anlamda sessiz kalmanın oluşabilmesi için bu bir önkoşul değildir. Sözelimi, hak sahibi hak ihlalinde bulunanı ihtar etmesine rağmen, dava açmamışsa, hareketsiz kalmamıştır; ancak bu durumda hak sahibinin dava açmamasını da göz önünde bulundurarak hareketsiz kalmamasına rağmen söz konusu ihlale katlandığını söyleyebiliriz²⁸⁶. Belirtmek gerekir ki, sessiz kalma, yalnızca hak sahibinin toplam tutumundan hak ihlaline karşı aktif bir davranışta bulunmayacağı şüphesiz olarak anlaşılıyorsa söz konusudur²⁸⁷. Bu sebeple, sessiz kalma yoluyla hak kaybının oluşmaması için asıl aranan, hak sahibinin geniş anlamda sessiz kalmaması, yani hak ihlaline katlanmamasıdır. Dolayısıyla hak sahibinin yalnız hareketsiz kalıp kalmadığına bakılarak bir sonuç çıkarmak yanlış olur. Hak sahibinin davranışları bütünüyle incelenerek ihlale katlanıp katlanmadığı araştırılmalıdır.

Sessiz kalmanın oluşabilmesi için dar anlamda sessiz kalmanın ötesinde katlanma durumunun oluşması gerekir. Bunun oluşabilmesi için, hak sahibi, hak ihlaline karşı dava hakkını kullanmamış olmalıdır. Başka bir söyleyişle, katlanma kavramı, hak sahibinin hak ihlaline dava yoluyla karşı çıkmaması anlamına gelir²⁸⁸. Öğretideki yaklaşımın aksine, dava açmama durumu, geniş anlamda sessiz kalma kavramının bir unsurudur. Bu noktada şuna dikkat edilmesi gerekir: Hak sahibi, dava hakkını kendi isteğiyle kullanmamış olmalıdır²⁸⁹. Dava hakkını kendi isteğiyle kullanmamış olan hak sahibinin ihlale katlandığı söylenebilir. Buradan hareketle, mücbir sebep veya objektif imkansızlık sebebiyle dava hakkının kullanılmaması durumunda, oluşan durumun bir katlanma olduğundan söz edilemez²⁹⁰.

²⁸⁶ Marka sahibi ihtarname göndermesine rağmen dava açmamışsa hak ihlaline katlanmaya devam ettiği söylenebilir. Görüldüğü gibi marka sahibi, (dar anlamda) sessiz kalmamasına rağmen, dava açmamış ve hak ihlaline katlanmaya devam etmişse, artık hak kaybına uğradığından söz edilebilmelidir (YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 861).

²⁸⁷ FEZER, § 21 Rn. 15.

²⁸⁸ Katlanma kavramının, hak sahibinin hak ihlaline karşı çıkma yönündeki iradesini sadece dava yoluyla değil, hiç açıklamaması anlamına geldiği yönünde bkz. POLLAUD-DULIAN Frédéric, Droit de la Propriété Industrielle, 2010, s. 585, 684 (YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 861 naklen).

²⁸⁹ KARAHAN, Zamanaşımı, s. 303.

²⁹⁰ KARAHAN, Zamanaşımı, s. 303.

c. Dava Dışı Hukuki Araçların Sessiz Kalma Kavramındaki Rolü

Hak sahibinin dava ile değil de ihtarname gönderme yoluyla marka hakkının ihlaline karşı çıkması, dar anlamda sessiz kalma olarak değerlendirilemez, ancak geniş anlamda sessiz kalma oluşturur. Zira, dava açmak yerine sadece ihtarname gönderilmesi, hak sahibinin ihlale katlanmadığı anlamına gelmez²⁹¹. Hak sahibinin hak ihlaline katlanmadığı sonucuna varılabilmesi için mutlaka dava açılmalıdır²⁹². Yargıtay da bu yönde bir karar tesis etmiş, ihtarname gönderilmesinin tek başına karşı konulma olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir²⁹³. Ancak bir başka davada Yargıtay, aksi yönde bir hüküm kurmuştur. Buna göre, davacının davalıya 2006 yılında ihtarname göndermesinin ardından dört yıl geçtikten sonra 2010 yılında dava açması yerel mahkeme tarafından sessiz kalma yoluyla hak kaybı olarak değerlendirilmiş, ihtarname göndermenin yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır²⁹⁴. Yargıtay ise, davacının ihtarname gönderdiğini, bu sebeple sessiz kaldığından söz edilemeyeceği yönünde hüküm kurarak yerel mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir²⁹⁵. Görüldüğü gibi Yargıtay'ın aynı dairesi, ihtarname gönderilmesinin sessiz kalma olup olmadığı konusunda birbirleriyle çelişen kararlar vermiştir. Biz, ihtarname göndermenin yeterli görülmediği yeni tarihli karara katılıyoruz.

Öğretideki bir görüşe göre, hak sahibinin hak ihlalden haberdar oluşuyla buna sessiz kalması arasında ayrılmaz bir bağ vardır. Bundan dolayı, sessiz kalmanın olup olmadığını belirlerken bunun hak sahibinin bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekir. Hak ihlalinin olup olmadığı objektif bir ölçüyle belirlenebilirse de sessiz kalma için aynı şeyi söyleyebilmek mümkün olmaz. Bu kapsamda, hak sahibinin ciddi bir men etme talebinin olduğunun ve hak ihlaline sessiz kalma durumunun kesinlikle olmadığı ispatı için hangi önlemlerin alınmış olması gerektiği hak ihlalinin yoğunluğu ile ihlal eden ve ihlale uğrayanın ekonomik durumlarına göre belirlenir. Yani, peşinen objektif bir kriter belirleyip bunların sağlanması halinde sessiz kalmanın

²⁹¹ YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 862.

²⁹² ÇOLAK, s. 789.

²⁹³ “(...) daha önceki bir tarihte davalı markasının önceki sahibine yönelik olarak ihtarname gönderilmesinin de tek başına karşı konulma olarak değerlendirilemeyecek bulunmasına göre (...)” Yarg. 11. HD. E. 2014/14929, K. 2015/752, T. 21.01.2015 (Legalbank).

²⁹⁴ İstanbul 4. FSHM E. 2011/165, K. 2012/286, T. 29.11.2012 (Yayımlanmamış Karar).

²⁹⁵ Yarg. 11. HD. E. 2013/6839, K. 2014/12097, T. 25.06.2014 (Kazancı).

söz konusu olmayacağını söylemek olanaksızdır. Her durum kendi şartları içinde değerlendirilerek bir sonuca varılabilir. Bunu yaparken hak ihlalinin yoğunluğu, hak sahibi ile hak ihlalinde bulunanın ekonomik durumları göz önünde bulundurulur. Bu da hak sahibinin sessiz kaldığının kabul edilmemesi için alması gereken ciddi önlemler ile kastedilenin bazen dava açma, bazen ciddi müzakereler anlamına gelmesi demektir²⁹⁶.

Kanaatimizce, dava açma imkanı varken ihtarname göndererek hak ihlaline karşı konulmaya çalışılması, ciddi ve yeterli bir tedbir değildir. Hak sahibi hak ihlalini öğrendiğinde hukuki konumunu formel olmayan görüşmeler veya ihtarname gibi araçlarla beyan edebilir²⁹⁷. Ancak kullanılan araçlar sonuç vermeyince dava açması gerekir²⁹⁸. Ardından somut birtakım sonuçlar getirmeyen bir ihtarın dile getirilişi ciddi bir men talebi olma şartlarını yerine getirmez²⁹⁹. Gerçekten markasının kullanılmasını istemeyen marka hakkı sahibi, bunu dava yoluyla göstermelidir. Hatta yerel mahkeme tarafından davası reddedilirse kanun yoluna başvurmalıdır³⁰⁰. İhtarname göndermek çok daha ucuz ve kolay bir yöntem olduğundan tercih edilebilir olsa da, davanın sahip olduğu ciddiyeti ve ağırlığı taşımaz. Hak ihlalinde bulunanın ihtarname aldığı anda göstereceği tepki ile dava dilekçesi ve tensip zaptı ekli davetiyeyi aldığı anda göstereceği tepki aynı olmaz. Bu tepki farklılığını bilen veya hiç değilse bilmesi gereken hak sahibinin de buna uygun olarak ihtarname gönderme yolu yerine dava yolunu tercih etmesi gerekir. İhtarname sayısının birden fazla olması ve belli sıklıklarla yapılması da davanın ağırlığına erişmeye yetmez. Zira, hak ihlalinde bulunan, ihtarname belli bir zamana yayılarak ve birden fazla gönderildiğinde, hak sahibinin dava açma yolunu tercih etmediği inancına kavuşur. Buradan da hak sahibinin söz konusu ihlale katlanmaya devam ettiği sonucu ortaya çıkar. O halde, hak sahibinin sessiz kalmaması için ihtarla kalmayıp hukuki araçları sonuna kadar kullanmış olması gerekir³⁰¹.

Öğretideki bir görüşe göre, ihlale uğrayan marka sahibinden aradan geçen süre içerisinde yalnızca bir ihtarla kalmayıp tüm hukuki araçları sonuna kadar kullanmış

²⁹⁶ FEZER, § 21 Rn. 15.

²⁹⁷ INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 11.

²⁹⁸ INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 11.

²⁹⁹ FEZER, § 21 Rn. 15.

³⁰⁰ INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 11.

³⁰¹ INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 12.

olmasını beklemek de aşkın bir taleptir. Sessiz kalmama için marka hakkının ihlaline ilişkin ciddi müzakereler yeterlidir. Sözelimi, kullanımın sınırlandırılmasına ilişkin bir anlaşmanın hazırlanması, hak sahibinin sessiz kalmaması olarak yorumlanmalıdır. Ancak şu noktayı belirtmek gerekir ki, hak ihlalinde bulunan ile yapılan bir sözleşme uyarınca markanın kullanım izni verilmişse sessiz kalma durumundan bahsedilemez³⁰².

2. Sessiz Kalmanın Zamanı

Sessiz kalma olgusu, hak sahibinin hak ihlalinin bildiği veya bilmesi gerektiği andan hak ihlaline karşı dava açtığı ana kadar söz konusu olur. Bu zaman dilimindeki durum, sessiz kalmadır. Sessiz kalma olgusu gerçekleştiğinden sonra, başka bir söyleyişle sessiz kalma tamamlandıktan sonra, hak sahibi dava açtığı anda, hak ihlalinde bulunan davalı, davacının sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğradığı savunmasını yapar ve böylelikle kurumun gerçekleşme koşullarının meydana gelip gelmediği mahkemede tartışılır.

Hak sahibi ihlali bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa, sessiz kalmanın başladığından söz edilemez³⁰³. Aynı şekilde, hak sahibi tarafından dava açıldıktan sonra, artık sessiz kalmanın sona erdiğini söyleyebilmek mümkündür. Yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, hak sahibi tarafından hak ihlalinde bulunana ihtarname gönderilmesinin sessiz kalmayı sona erdirmediğini söyleyebiliriz. Sessiz kalmayı sona erdiren tek durum, dava açılmasıdır.

3. Sessiz Kalmanın Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

a. Feragat

Sessiz kalma kavramını değerlendirirken, hak sahibinin hak ihlali karşısında sessiz kalmasının feragat anlamı taşıyıp taşımadığı sorusu akla gelebilir. Hak sahibinin sessiz kalma yoluyla hakkından zımnen feragat edip etmediği üzerinden durulması gereken bir konudur. Bu konuyu değerlendirirken, öncelikle ikili bir ayırım yapmak

³⁰² FEZER, § 21 Rn. 15.

³⁰³ INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 10.

gerekir. İlk olarak, dava hakkından feragat bahsinin değerlendirilmesi, ikinci olarak ise, esas haktan feragat bahsinin değerlendirilmesi gerekir.

Davadan feragat, 6100 sayılı HMK’da “Davaya Son Veren Taraf İşlemleri” başlıklı “Üçüncü Bölüm”de düzenlenmiştir. Davadan feragatin davaya son veren bir taraf işlemi olduğunu, buna bağlı olarak ortada usulüne göre açılmış bir dava bulunmadıkça, davadan feragatin söz konusu olamayacağını söyleyebilmek mümkündür³⁰⁴. Başka bir deyişle, davadan feragat edilebilmesi için önce usulüne uygun olarak açılmış bir davanın olması gerekir. Sessiz kalmanın zamanını incelerken ifade ettiğimiz üzere, davanın açılmasıyla birlikte sessiz kalma hali sona erer. Buradan hareketle, sessiz kalmanın davadan feragat olarak anlaşılabilmesine olanak yoktur. Sadece dava açıldıktan sonra mümkün olabilen davadan feragat ile davanın açılmasıyla son bulan sessiz kalmayı bir tutmak mümkün olmaz. Zira, ortada açılmış bir dava yokken gerçekleşebilen sessiz kalmanın, tam aksine ortada bir dava varken mümkün olabilen davadan feragat olarak değerlendirilebilmesi hukuk mantığıyla bağdaşmaz.

Usulüne uygun bir davanın açılmasından önce davadan feragat söz konusu olamasa da esas haktan feragat mümkün olabilir³⁰⁵. Dolayısıyla, sadece davanın açılmasından önce söz konusu olabilen sessiz kalmanın, yine davanın açılmasından önce mümkün olabilen esas haktan feragat anlamı taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir. Bu ihtimal, gerçekçi bir ihtimaldir. Davadan feragatte olduğu gibi gerçekçi olmayan bir durumun aksine, incelenmesi gereken bir durum vardır. O halde, sessiz kalmanın esas hak olan marka hakkından feragat anlamına gelip gelmediğini belirlemek gerekir.

Sessiz kalma, esas haktan feragat olarak değerlendirilirse, hak sahibinin sessiz kalmasıyla maddi hukuk sahasına ait, esas hak olan marka hakkından feragat edilmiş olunur. Bunun doğal bir sonucu olarak, marka hakkına bağlı dava hakkı da sona erer. Zira, esas haktan feragat edildiği takdirde, esas hakkın bir uzantısı olan dava hakkının da sona erdiği kabul edilir³⁰⁶. Bu durumda hak sahibinin açtığı dava, marka hakkından

³⁰⁴ KURU, s. 408; AKYOL ASLAN, s. 250-251.

³⁰⁵ KURU, s. 408; AKYOL ASLAN, s. 253.

³⁰⁶ KURU, s. 417; AKYOL ASLAN, s. 100.

sessiz kalma yoluyla zımnen feragat edildiği, buna bağlı olarak dava hakkının sona erdiği mahkeme tarafından dikkate alınarak reddedilecektir.

Maddi hukuka ait bir haktan feragat edilebilmesi için bu konuda kanunun bir yasak getirmemiş olması gerekir. Başka bir deyişle, kanunen yasaklanmadığı sürece, her türlü haktan feragat edilebilmesine imkan vardır³⁰⁷. O halde, sessiz kalmanın marka hakkından feragat anlamı taşıyıp taşımadığını değerlendirmeden önce, marka hakkından feragat edilebilmesine kanunen izin verilip verilmediği değerlendirilmelidir.

“Marka hakkından vazgeçme” kenar başlıklı MarkKHK’nın 46. maddesi, marka hakkından feragati düzenlemiştir. Buna göre, “*Marka sahibi, markanın kullanılacağı malların ve/veya hizmetlerin tamamından veya bir kısmından vazgeçebilir*”. Görüldüğü gibi, kanun koyucunun marka hakkından feragatle ilişkin herhangi bir yasaklama getirmediği, buna olanak tanıdığı açıktır. Marka hakkından feragat ile söz konusu marka herkes tarafından serbestçe kullanıma elverişli hale gelir³⁰⁸. Her ne kadar kanun koyucu marka hakkından feragatle ilişkin bir yasak getirmemişse de, iki sınırlama getirmiştir³⁰⁹. Bunlardan birincisi, marka hakkı sahibi, markası bir hakka (örneğin, rehin hakkı) ve/veya lisansa konu edilmişse, hak sahiplerinin ve/veya lisans sahiplerinin izni olmadıkça marka hakkından feragat edemeyeceği; ikincisi ise, marka üzerinde üçüncü bir kişinin hak sahipliği iddiası varsa, bu kişinin izni olmadıkça marka hakkı sahibi, marka hakkından feragat edemeyeceğidir³¹⁰.

Marka hakkından feragat, bozucu yenilik doğuran bir haktır³¹¹. Bu sebeple, marka hakkından feragat etmek isteyen hak sahibi, mutlaka bunu yazılı olarak TPE’ye bildirmelidir (MarkKHK m. 46/2). Yenilik doğuran hakların genellikle varması gerekli irade açıklamasıyla kullanıldığı dikkate alındığında, kanun koyucunun bu düzenlemesi anlaşılabilir. Ancak, genel durum hüküm doğurma bahsinde değişir. Marka

³⁰⁷ AKYOL ASLAN, s. 99.

³⁰⁸ TEKİNALP, § 29 N. 47.

³⁰⁹ MarkKHK m. 46/3 ve 46/4.

³¹⁰ ARKAN, C. 2, s. 174; TEKİNALP, § 29 N. 48; KAYA, s. 321; KARAN/KILIÇ, § 46.3 vd.

³¹¹ KAYA, s. 320; KARAN/KILIÇ, § 46.2.

hakkından feragate ilişkin bozucu yenilik doğuran hak, kullanıldığı gibi değil, marka siciline kayıt tarihi itibarıyla hüküm doğurur³¹².

Bir diğer önemli nokta ise, maddi hukuka ait bir haktan feragate ilişkin kanun tarafından getirilmiş bir yasaklama bulunmuyorsa, bunun nasıl yapılacağıdır. Esas haktan feragat, kural olarak açık bir irade açıklamasıyla yapılır³¹³. Dolayısıyla kural olarak zımni feragatin mümkün olmadığı söylenebilir³¹⁴.

Marka hakkından zımnen feragat edilebilmesinin mümkün olup olmadığı bu kapsamda değerlendirildiğinde, görülmektedir ki, kanun koyucu bu konuda bir çerçeve çizmiştir. Marka hakkından feragat etmek isteyen hak sahibinin bunu yazılı bir irade açıklamasıyla yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Bunun TPE'ye bildirilmesi de varmasının gerekli olduğunu gösterir. Her şeyden önce, kanun koyucunun marka hakkından feragate yazılı bir irade açıklaması ile izin vermesi, örtülü bir irade açıklaması ile bunun yapılamayacağını gösterir. Dolayısıyla, marka hakkından zımnen feragat edilmesi mümkün olmaz. Bu da sessiz kalmanın zımni feragat anlamı taşımadığını gösterir³¹⁵.

b. Hakkın Etkisizleşmesi

Hak sahibinin sessiz kalmasının hakkın etkisizleşmesi anlamına gelip gelmediği incelenmeden önce, hakkın etkisizleşmesi kurumunun ne anlama geldiği açıklanmalıdır.

Marka hukukundaki sessiz kalma yoluyla hak kaybının hukuki altyapısını dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ve bunun bir görünümü olan önceki eylem ile çelişkili davranış yasağı oluşturur. Anılan bu hukuki kurumların

³¹² **TEKİNALP**, § 29 N. 48; **KAYA**, s. 320-321.

³¹³ **KURU Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul 2001, s. 3666; **AKYOL ASLAN**, s. 103.

³¹⁴ **BUZ**, feragatin açık bir irade açıklamasının yanı sıra örtülü bir irade açıklaması ile de yapılabileceği fikrindedir (**BUZ Vedat**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 427). Bazı durumlarda kanun koyucunun zımni feragate olanak tanıdığı hakkında bkz. **AKYOL ASLAN**, s. 103.

³¹⁵ **KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL**, s. 22.

altında, en dar anlamıyla bir kurum daha bulunur. O da, “hakkın etkisizleşmesi” kurumudur³¹⁶.

Hakkın etkisizleşmesi, hakkın kullanılması bakımından önemli bir kurumdur. Bir anlamda hakkın kullanılmasına bir sınır çizer. Hak sahibi, hakkını belirli bir süre kullanmaksızın sessiz kalmış ve muhatapta artık bu hakkı kullanmayacağı yolunda haklı bir güven uyandırmışsa, hakkın etkisizleşmesi söz konusu olur³¹⁷. Hakkın etkisizleşmesi kurumunun dayanağını “güven ilkesi” oluşturur³¹⁸. Güven ilkesinin getirdiği, taraflardan birinin karşı tarafta yarattığı haklı güveni boşa çıkarmaması, başka bir ifadeyle söz veya eylemle yaratmış olduğu güveni sarsmamasıdır³¹⁹.

Hakkın etkisizleşmesi kurumunun dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir görünümü olduğu söylenebilir³²⁰. Bunun aynı zamanda çelişkili davranış yasağına ilişkin özel bir durum olduğu belirtildikten sonra, çelişkili davranış yasağına ilişkin ölçütlerin hakkın etkisizleşmesi kurumunda uygulanabilmesi mümkün olduğunu söyleyebilmeye olanak vardır³²¹. Bir başka deyişle, bunun çelişkili davranış yasağının bir sonucu olduğu da söylenebilir³²². Bu yasağın ihlal edilmesi neticesinde hak sahibinin hakkının etkisizleştiği görülür. Ayrıca tüm bu niteliklerinden ötürü bunun hukukun her alanında geçerli olduğundan bahsedilebilir³²³.

³¹⁶ Almanca karşılığı “*Verwirkung*” olan bu kavramı, öğretide “hak düşümü” olarak Türkçeleştirilenler de vardır (**AKYOL**, Çelişki Yasağı, s. 73; **GİRİTLİOĞLU**, s. 93; **CENGİZ** Dilek, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995, s. 179). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun E. 1989/1, K. 1990/2, 16.03.1990 tarihli kararında bu kavram, “(...) *“Verwirkung” hak düşümü müessesisiyle (...)*” şeklindeki ifadeden anlaşıldığı üzere “hak düşümü” olarak adlandırılmıştır (Kazancı). Öğretide başkaca yazarlar ise, “hakkın etkisizleşmesi” terimini tercih etmişlerdir (**SEROZAN**, Genel Bölüm, I § 1 N. 33; **SEROZAN** Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 418; **BUZ**, s. 405; **SEROZAN** Rona, “CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Haklarının Sınırları”, İÜHFİM, C. LXX, S. 2, Y. 2012, s. 215; **PAKSOY** Meliha Sermin, Zamanaşımından Feragat (TBK 160), İstanbul 2012, s. 9). “Hak düşümü” ve “hakkın etkisizleşmesi”nden başka “hak kaybı” olarak da ifade edilmiştir (**YANLI** Veliye, “İltibas Nedeniyle Dava Açma Hakkının Kaybı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, 9-10 Aralık 2005, Ankara 2006, s. 293).

³¹⁷ **GİRİTLİOĞLU**, s. 94; **BUZ**, s. 405.

³¹⁸ **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s. 418; **BUZ**, s. 406.

³¹⁹ **SEROZAN**, Genel Bölüm, II § 9 N. 9b.

³²⁰ **KÖHLER/BORNKAMM**, UWG § 11 Rn. 2.37; **SCHWEIZER** Mark, Verwirkung patentrechtlicher Ansprüche, sic! 2009, s. 326; **AKYOL**, Çelişki Yasağı, s. 77; **GİRİTLİOĞLU**, s. 93; BGH 30.06.1976 I ZR 63/75 “Schmalfilmrechte”, GRUR 1977, 42; BGE 117 II 575.

³²¹ **JAUERNIG/MANSELL**, BGB § 242 Rn. 55; **SCHWEIZER**, s. 326; **AKYOL**, Çelişki Yasağı, s. 74; **GİRİTLİOĞLU**, s. 94; **YANLI**, s. 294.

³²² **AKYOL**, Çelişki Yasağı, s. 74.

³²³ **GİRİTLİOĞLU**, s. 101; **AKYOL**, Çelişki Yasağı, s. 79.

Hakkın etkisizleşmesi kurumu, herhangi bir süreye bağlı olmayan haklar ile bu sürelerin uzun tutulduğu durumlar için mümkündür³²⁴. Eğer zamanaşımı süresi veya hak düşürücü süre mevcut, ancak bunlar oldukça kısa ise, o zaman hakkın etkisizleşmesinden söz edilemez³²⁵. Ele aldığımız marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davası ile markanın hükümsüzlüğü davasına ilişkin bir dava açma süresi bulunmadığına göre, hakkın etkisizleşmesi burada mümkün kılınabilir.

Muhatapta haklı bir güven yaratan hak sahibi, hakkının etkisizleşmesiyle artık bu hakkı muhataba karşı ileri süremez. Burada amaçlanan, haklı güvene dayanarak marka üzerinde yatırım yapan kişinin korunmasıdır. Zira, hakkın etkisizleşmesi kurumunda, hak sahibinin yarattığı haklı güven neticesinde muhatap birtakım tasarruflarda bulunur³²⁶. Eğer bu güven yaratılmamış olsaydı, başka türlü bir hareket tarzı seçme ihtimali bulunan muhatap, hakkın etkisizleşmesi kurumu ile hak sahibine karşı korunur³²⁷.

Hakkın etkisizleşmesinin ana unsuru belirli bir süre sessiz kalmak ve böylece hakkın kullanılmayacağı görünümü yaratmaktır³²⁸. Belirtmek gerekir ki, sürenin çok önemli bir etken olması, kurumu hak düşürücü süre ile yakınlaştıran bir durumdur. Ancak her ikisi de birbirinden farklı kavramlardır. Hak düşürücü sürede, yalnız sürenin geçmesi ve bu süre içinde hakkın kullanılmamasıyla hakkın sona ermesi söz konusudur. Oysa hakkın etkisizleşmesinde, sürenin geçmesi ve hakkın kullanılmaması tek başına yeterli değildir. Bundan başka geçen süre içerisinde söz konusu olan sessiz kalma halinin hakkın kullanılmayacağına dair haklı bir güven oluşturması gerekir³²⁹. Bu yönüyle bakıldığında, hakkın etkisizleşmesinin katı ve esnek olmayan hak düşürücü süre kavramını yumuşattığı söylenebilir³³⁰.

³²⁴ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 418; BUZ, s. 406; AKYOL, Çelişki Yasağı, s. 79.

³²⁵ GİRİTLİOĞLU, s. 95; BUZ, s. 406.

³²⁶ BUZ, s. 405.

³²⁷ KAYA, s. 344; “(...) kuruluşta karşı çıkılrsa idi davalının belki de başka hareket tarzı seçmesinin muhtemel olduğu (...)” Yarg. 11. HD. E. 1999/8169, K. 2000/1726, T. 02.03.2000 (Kazancı).

³²⁸ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 419.

³²⁹ BUZ, s. 405.

³³⁰ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 418.

Hakkın etkisizleşmesinden söz edilebilmesi için şu koşulların bir arada bulunması gerekir: Birincisi, hak sahibi, belirli bir süre hakkını ileri sürmemelidir³³¹. Elbette bu sürenin uzun bir süre olması ve bu süre boyunca hak sahibinin hareketsiz kalması gerekir. İkincisi, hakkın kullanılmaması, karşı tarafta hakkın kullanılmayacağı yolunda haklı bir güven oluşturmaktadır³³². Bu güven oluşturan davranışı hak sahibinin “önceki davranış”ı olarak anabiliriz. Üçüncüsü, hak sahibinin uzun bir süre sonra hakkını kullanması, dürüstlük kuralına aykırı nitelikte olmalıdır³³³. Bu davranışın ise hak sahibinin “sonraki davranış”ı olduğunu söyleyebiliriz. Son olarak, hakkın kullanılması karşı tarafı ağır bir duruma sokmuş olmalıdır³³⁴. Daha genel bir ifadeyle, karşı tarafa ait korunmaya değer bir güven olmalıdır³³⁵. Hak sahibinin önceki davranışı ile sonraki davranışı arasında bir çelişki mevcut olduğuna göre, hakkın etkisizleşmesinin önceki eylem ile çelişkili davranış yasağının bir sonucu ve daha genel bir ifadeyle hakkın kötüye kullanılmasının özel bir görünümü olduğunu söyleyebiliriz³³⁶.

Hakkın etkisizleşmesine ilişkin yaptığımız açıklamalar ışığında, hak sahibinin sessiz kalmasının hakkın etkisizleşmesi anlamına gelip gelmediği incelenmelidir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, sessiz kalma kavramı, hakkın etkisizleşmesinin bir unsurudur. Başka bir deyişle, hakkın etkisizleşmesi için aranan koşullardan biri olan karşı tarafta hakkın kullanılmayacağı yolunda yaratılan güvenin en önemli unsuru, sessiz kalmadır³³⁷. Dolayısıyla, hakkın etkisizleşmesi kavramının sessiz kalmaya nazaran üst kavram olduğu, sessiz kalmanın onun içinde yer alan bir kavram olduğu söylenebilir³³⁸.

Sessiz kalma ile hakkın etkisizleşmesi arasındaki bu yakın ilişki, elbette çok önemlidir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunun hukuki temeline baktığımızda, aslında bu kuruma “marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hakkın etkisizleşmesi” veya

³³¹ HAUSHEER/JAUN, Art. 2. N. 137; SCHWEIZER, s. 326; AKYOL, Çelişki Yasağı, s. 77; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 418.

³³² SCHWEIZER, s. 326; AKYOL, Çelişki Yasağı, s. 78; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 418.

³³³ AKYOL, Çelişki Yasağı, s. 78.

³³⁴ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 418.

³³⁵ AKYOL, Çelişki Yasağı, s. 78.

³³⁶ MüKoBGB/SCHUBERT, BGB § 242 Rn. 356.

³³⁷ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 419.

³³⁸ AKYOL, Çelişki Yasağı, s. 85.

“marka hukukunda hakkın etkisizleşmesi” isimlerini dahi verebilmek mümkündür. Ancak, diğer kurumlar olan af veya feragat için aynı şeyi söyleyebilmek mümkün olmaz.

c. Af

Son olarak değerlendirilmesi gereken konu, hak sahibinin sessiz kalmasının af şeklindeki bir duygu açıklaması anlamına gelip gelmediğidir.

Af, bir duygu açıklamasıdır³³⁹. O halde, duygu açıklamasının ne olduğuna bakmak gerekir. Duygu açıklaması, kişinin belirli bir durum, olay veya kişi hakkındaki duygu ve düşüncelerini yansıtan açıklamaya denir³⁴⁰. Kural olarak, bu tür açıklamalara hukuk düzeni sonuç bağlamaz. Başka bir ifadeyle, hukuk düzeni, duygu açıklamaları ile ilgilenmez. Bunlar, kişinin duygu ve düşüncelerini yansıttığından, bunlara hukuken bir anlam yüklenmez. Ancak, bazen bunların hukuki bir anlam ifade ettiği görülür. Bunlardan birisi de aftır. TMK’nın 161. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, eşinin işlediği zina fiilini affeden kişi, boşanma davasını açma hakkını kaybeder³⁴¹. Affa hukuki sonuç bağlanan bir başka durum ise, TMK’nın 578. maddesinde görülür. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre, mirastan yoksunluk, mirasbırakanın affıyla ortadan kalkar. Böylelikle hukuk düzeninin bazı durumlarda açık bir şekilde affa sonuç bağladığını görmek mümkündür³⁴². Ayrıca, af, açık veya örtülü olabilir³⁴³.

Sessiz kalma bir feragat olmadığına göre, bunun af olup olmadığı değerlendirilebilir. Af ile hakkın etkisizleşmesi arasında ince bir çizgi olduğu ve bu sebeple bu iki kurumu bir arada değerlendirerek affın sessiz kalma ile ilişkisini belirlemek daha doğrudur.

³³⁹ SEROZAN, Genel Bölüm, III § 1 N. 13.

³⁴⁰ DURAL/SARI, N. 1097; ANTALYA/TOPUZ, s. 176.

³⁴¹ “Affeden tarafın dava hakkı yoktur” (TMK m. 161/3).

³⁴² DURAL/SARI, N. 1097; ANTALYA/TOPUZ, s. 176.

³⁴³ ANTALYA/TOPUZ, s. 177; Zina fiiline ilişkin affın açık veya örtülü olarak yapılabileceğine dair bkz. DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2016, N. 581.

Öncelikle, af ile hakkın etkisizleşmesinin birbirine benzediğini söyleyebiliriz. Zira, her iki kurumun temelinde hak sahibinin bir davranışı yatar³⁴⁴. Ancak bu iki kurum arasında bazı farklar bulunur. Bunların başında, hak sahibinin hakkının etkisizleşmesi için belirli bir süre bu davranışını sürdürmesi, yani sessiz kalması gerekir. Oysa affa konu olan davranışın belirli bir süre devam etmesi gerekmez. Bu yönüyle af kavramının “sessiz kalma” kavramından farklı olduğu görülür. Zira, sessiz kalma, zamana yayılmış bir olgudur. Affa ilişkin davranışın belirli bir süre devamı aranmaz³⁴⁵. Bir başka fark ise, muhatapta haklı bir güven yaratan hak sahibinin hakkının etkisizleşmesi ile cezalandırılması söz konusudur. Oysa affa böyle bir cezalandırma amacından söz edilmez³⁴⁶.

C. SESSİZ KALMANIN BELİRLİ BİR SÜRE GERÇEKLEŞMESİ

Marka hakkı sahibinin hak ihlaline, bu ihlalden haberdar olduktan sonra sessiz kalması belirli bir süre gerçekleşmelidir³⁴⁷. Hak sahibinin sessiz kalması, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için yeterli değildir. Bu sessiz kalmanın, belirli bir süre gerçekleşmesi, sessiz kalmanın zamansal biçimde görülebilmesi gerekir. Dolayısıyla, sessiz kalmanın, yalnız bir kez olabilecek bir hareket olmadığı, zamana yayılma özelliğine sahip bir davranış olduğu açıktır.

1. Sürenin Hukuki Niteliği

Bu koşul içinde yer alan sürenin uzunluğundan önce, hukuki niteliğini değerlendirmek gerekir. Zira, söz konusu değerlendirme ışığında, hem hak sahibinin hem de hak ihlalinde bulunanın imkanları ve davranışlarına yüklenecek anlam berrak bir hal alır. Belirtmek gerekir ki, özel hukukta süreleri zamanaşımı süresi, hak düşürücü süre veya istisnai süre olarak sınıflandırabilmek mümkündür³⁴⁸. Süreleri sınıflandırırken yapılan en bilindik ayırım, kuşkusuz zamanaşımı süresi ve hak düşürücü süre ayırımıdır. Bu iki süre arasındaki farklılıklar ve yarattıkları sonuçlar, sessiz kalma yoluyla hak kaybında bahsedilen sürenin niteliğinin belirlenmesinde önemlidir.

³⁴⁴ BUZ, s. 437.

³⁴⁵ BUZ, s. 437.

³⁴⁶ BUZ, s. 437.

³⁴⁷ YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 859; KARAHAN, Zamanaşımı, s. 303; ÇOLAK, s. 791.

³⁴⁸ BERKİ Şakir, “Hukukta Müddet Çeşitleri”, AÜHFED, 1968/1-2, s. 99.

a. Zamanaşımı Süresi Görüşü

Sözü edilen süre için ilk olarak değerlendirilmesi gereken, bunun bir zamaşıımı süresi olup olmadığıdır. Bu konuda 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi ile 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nde açık bir ifade yoktur. Aynı şekilde, MarkenG § 21 hükmünde de bu konuya ilişkin bir ifadeye rastlanmaz. Bu sebeple, zamaşıımı süresi kavramı ile sessiz kalma süresinin örtüşüp örtüşmediğini zamaşıımı süresinin ne anlama geldiğini belirleyerek tespit etmek gerekir.

Hukukumuzda zamaşıımının ikiye ayrıldığı görülmektedir. Bunlardan birincisi, kazandırıcı zamaşıımı; ikincisi, düşürücü zamaşıımıdır. Kazandırıcı zamaşıımında, belirli bir sürenin geçmesi ve birtakım şartların gerçekleşmesiyle bir kişinin aynı bir hak kazanımı söz konusu olurken, düşürücü zamaşıımında belirli bir sürenin geçmesi, bir alacak hakkının dava veya cebri icra yoluyla ileri sürülme imkanını ortadan kaldırır³⁴⁹. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunu ilgilendiren, değerlendirilmesi gereken elbette düşürücü zamaşıımıdır³⁵⁰.

Zamaşıımı, *“kanunun öngördüğü bir zaman diliminde, borçlu veya alacaklının, kanunun öngördüğü davranışları yerine getirmemeleri nedeniyle, alacağın, dava ve cebri icra marifetiyle elde edilebilmesi imkanının kaybedilmesi”*dir³⁵¹. Zamaşıımının alacak hakkını sona erdirmediği, başka bir deyişle esas hakka etki etmediği söylenebilir³⁵². O halde zamaşıımının etkisi, bu esas haktan doğan dava edebilme niteliğindedir³⁵³. Yargıtay'ın da bu yönde hüküm kurduğu görülmektedir: *“Zamaşıımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme*

³⁴⁹ ERDEM Mehmet, Özel Hukukta Zamaşıımı, İstanbul 2010, s. 5; OĞUZMAN/ÖZ, “düşürücü zamaşıımı” teriminin yanıltıcı olabileceğini, zira sürenin dolmasıyla hakkın düşmediğini, sadece borçlunun savunması ile talep edilemeyeceğini, hakkın gerçekten düştüğü kurumun “hak düşürücü süre” olduğunu belirtmiştir (OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2013, s. 601). Buna karşın TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, “sona erdirici zamaşıımı” terimini tercih etmiştir TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, N. 1549).

³⁵⁰ Çalışmamızda kullandığımız zamaşıımı ifadesi ile “düşürücü zamaşıımı” kastedilmektedir. Nitekim OĞUZMAN/BARLAS da zamaşıımı için yaptığı tanımlamada düşürücü zamaşıımının tanımını yapmış, metnin devamında düşürücü zamaşıımını sadece “zamaşıımı” olarak kullanmayı tercih etmiştir (OĞUZMAN/BARLAS, N. 797 vd.).

³⁵¹ ERDEM, s. 7.

³⁵² TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1546; BERKİ, s. 106.

³⁵³ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1549.

*niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliği"ni ortadan kaldırır"*³⁵⁴.

Gerek öğretinin gerek Yargıtay'ın zamanaşımına ilişkin ifadelerine bakıldığında da görülmektedir ki, zamanaşımının konusunu kural olarak alacak hakları oluşturur³⁵⁵. Alacak hakkı olarak değerlendirilemeyen mutlak hakların zamanaşımı süresine tabi olmaları mümkün değildir³⁵⁶. Bu noktada yine marka hakkının hukuki niteliğine ilişkin yapmış olduğumuz açıklamaları hatırlamamız gerekecektir³⁵⁷. Marka hakkı, her ne kadar bir malvarlığı hakkı olsa da alacak hakkı olmadığı kuşkusuzdur. Bunun yanı sıra, marka hakkı bir mutlak haktır.

Sessiz kalma süresinin bir zamanaşımı süresi olduğu yolunda bir değerlendirme yapılırsa, hak ihlalinde bulunan davalının def'i hakkına sahip olduğu söylenmelidir. Eğer böyle bir nitelendirme yapılırsa, marka hakkı sahibi tarafından açılan marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması veya markanın hükümsüzlüğü davasında, davalı, davacının hakkının zamanaşımına uğradığı yolunda savunma yapabilir, bunu bir def'i olarak ileri sürebilir.

b. Hak Düşürücü Süre Görüşü

Sessiz kalma süresinin hak düşürücü süre olup olmadığına yönelik karşılaştırmalı hukuk mevzuatında açık bir düzenleme yoktur. Bu sebeple, söz konusu sürenin hak düşürücü süre olup olmadığını belirleyebilmek için hak düşürücü sürenin ne anlama geldiğini saptamak gerekir.

³⁵⁴ Yarg. 22. HD. E. 2014/33412, K. 2016/5107, T. 24.02.2016 (Kazancı); "Zamanaşımı ise borcu ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, doğmuş ve var olan bir hakkın istenebilirliğini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu sebeple zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır" Yarg. 4. HD. E. 2015/11200, K. 2016/837, T. 25.01.2016 (Kazancı); "(...) zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır" Yarg. 9. HD. E. 2014/29072, K. 2016/1075, T. 18.01.2016 (Kazancı).

³⁵⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2014, § 5 N. 13; OĞUZMAN/BARLAS, N. 798; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 604; DURAL/SARI, N. 1069; SEROZAN, Genel Bölüm, II § 7 N. 16; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1546; ERDEM, s. 16.

³⁵⁶ ERDEM, s. 16-17.

³⁵⁷ Bkz. Birinci Bölüm, II, B .

Hak düşürücü süre, belirli bir sürenin geçmesi ve hak sahibinin bu süre içerisinde hakkını kullanmaması, başka bir deyişle, kendisinden beklenen davranışı gerçekleştirmemesi sonucu hakkını kaybetmesine yol açar³⁵⁸. Görüldüğü gibi, hakkın kaybedilmesi için sadece sürenin geçmesi yeterli değildir. Aynı zamanda, hak düşürücü süre içerisinde hak sahibinin kendisinden beklenen davranışı gerçekleştirmemesi de hak kaybı için aranır³⁵⁹.

Hak düşürücü sürenin konusunu kural olarak alacak hakkı dışındaki diğer haklar oluşturur³⁶⁰. Marka hakkının alacak hakkı dışında bir hak olduğu, sessiz kalma süresinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde göz önüne alınması gereken bir durumdur.

Zamanaşımı süresi ile hak düşürücü süreye ilişkin en önemli konu, bu iki süre çeşidi arasındaki farkların neler olduğudur. Hak düşürücü süre, bir hakkın sona ermesine yol açarken zamanaşımı süresi, hakkın sona ermesine sebep olmayıp sadece dava edilebilmesi üzerinde etki doğurur³⁶¹. Bundan başka, hak düşürücü süre, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınırken, zamanaşımı süresi, davalı tarafından ileri sürülmelidir, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınmaz³⁶². Bu niteliğinden ötürü, hak düşürücü sürenin geçmesinin savunma olarak ileri sürülmesi, itiraz niteliğinde iken zamanaşımı süresine ilişkin yapılan savunma, def'i niteliğindedir³⁶³. Son olarak, hak

³⁵⁸ KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, § 5 N. 12; OĞUZMAN/BARLAS, N. 796; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 600; SEROZAN, Genel Bölüm, II § 7 N. 15; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1552; ERDEM, s. 25.

³⁵⁹ OĞUZMAN/BARLAS, N. 795.

³⁶⁰ ERDEM, s. 25.

³⁶¹ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1552; ANTALYA/TOPUZ, s. 158; ERDEM, s. 26.

³⁶² TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1552; OĞUZMAN/BARLAS, N. 799; BERKİ, s. 102-103; DURAL/SARI, N. 1333; SEROZAN, Genel Bölüm, II § 7 N. 15; ANTALYA/TOPUZ, s. 158; YILMAZ Ejder, "Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt I, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, İzmir 2013 (Süreler), s. 3168; ERDEM, s. 27; "Kural olarak zamanaşımı ile bir hakkın özü veya dava hakkı sona erer. Zamanın geçmesiyle bir hak ortadan kalkıyorsa buna hak düşürücü süre (sükut-u hak süresi) denir. Hak düşürücü süre itiraz niteliğinde olduğundan mahkemelerce re'sen dikkate alınır. Buna karşılık bazı hallerde zamanın geçmesiyle hakkın özü ortadan kalkmadığı halde, dava edilerek elde edilmesi olanağı ortadan kalkar. Zamanla dava hakkının düşmesine ise zamanaşımı (müruru zaman) denilir. Zamanaşımı def'i niteliğindedir. Davaya karşı davalı veya müdahil tarafından ileri sürülebilir. Hakim def'iyi re'sen dikkate alamaz" Yarg. İBGK. E. 2005/1, K. 2007/1, T. 19.01.2007 (Kazancı).

³⁶³ DURAL/SARI, N. 1333.

düşürücü sürenin durması veya kesilmesi söz konusu olmazken zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesi mümkündür³⁶⁴.

c. İstisnai Süre Görüşü

Sürenin nasıl bir niteliğe sahip olduğunu belirlerken bunun ya zamanaşımı süresi ya da hak düşürücü süre olduğunu söylemek doğru değildir. Zira, hukukta var olan sürelerin tamamının bu ikisinden biri olması zorunlu değildir ve bu sebeple bunların dışında ayrı bir nitelendirme yapabilmek mümkündür³⁶⁵. Sonuç olarak, söz konusu sürenin istisnai bir süre olduğu yönünde bir yorum yapılabilmesine olanak bulunur.

Sessiz kalma süresinin zamanaşımı süresi veya hak düşürücü süre olmadığı, istisnai süre olduğu yolunda bir nitelendirme yapılırsa, **YASAMAN/YUSUFOĞLU**'na göre, bunun birtakım sonuçları olacaktır. Şöyle ki, hak sahibinin bu istisnai süre içinde ihlalde bulunanı uyarması, onunla birtakım görüşmeler yapması veya ihtarname göndermesi, ihlale sessiz kalmadığını, başka bir deyişle katlanmadığını gösterir³⁶⁶. Dolayısıyla, bu sürenin istisnai süre olarak yorumlanması halinde, hak kaybının oluşabilmesi için gerekli olan sessiz kalma unsurunun çok kolay bir şekilde bertaraf edilebilmesi mümkün olur. Şunu da belirtmek gerekir ki, bu şekilde yapılacak bir yorum, zorunlu olarak sessiz kalma kavramına ilişkin yapılan dar anlam ve geniş anlam ayırımını da ortadan kaldırır. Zira, bu durumda yalnızca dar anlamda sessiz kalma, bir koşul olarak bahsedilen sessiz kalmanın gerçekleşmesi için yeterlidir. Ayrıca geniş anlamda sessiz kalmanın varlığı aranmaz. Özetle, hak sahibinin dar anlamda sessiz kalması, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için gerekli olan ilgili koşul açısından yeterli olacaktır.

d. Değerlendirme

Sessiz kalma süresinin hukuki nitelendirmesinde ilk olarak ele alınması gereken sorun, bunun zamanaşımı süresi mi hak düşürücü süre mi olduğu ekseninde

³⁶⁴ **OĞUZMAN/BARLAS**, N. 799; **DURAL/SARI**, N. 1333; **SEROZAN**, Genel Bölüm, II § 7 N. 15; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 158.

³⁶⁵ **BERKİ**, s. 101; **YILMAZ**, Süreler, s. 3168.

³⁶⁶ **YASAMAN/YUSUFOĞLU**, C. 2, s. 860.

toplanır. Bu belirlemeyi yapmaya, her iki süreye ilişkin yaptığımız açıklamalar ışık tutar. Her iki süre arasındaki farklılıklar da bu tespiti rehberlik etmenin ötesinde yapılacak belirlemenin ne denli önemli olduğunu gösterir.

Sessiz kalma süresi içerisinde hak sahibinden beklenen, hareketsiz kalmaması, kendisinden beklenen davranışı yerine getirmesidir. Eğer hak sahibi, bu süre içinde kendisinden beklenen davranışı yerine getirmezse, hak kaybına uğrar³⁶⁷. Bu durum itibariyle, sessiz kalma süresi ile hak düşürücü sürenin örtüştüğü görülmektedir. Zamanaşımı süresinin geçmesiyle hakkın sona ermesi gibi bir durumdan söz edilememesi, bu yönü itibariyle sessiz kalma süresi ile bağdaşmaz.

Hak düşürücü sürenin durması veya kesilmesinden bahsedilememesi de sessiz kalma süresi için bu anlamda bir benzerlik oluşturur. Sessiz kalma süresi, durabilen veya kesilebilen bir süre değildir³⁶⁸. Bu da, sessiz kalma süresi için hak düşürücü süre nitelendirmesi yapılabilmesine elverişlilik yaratır. Bundan başka, zamanaşımı süresinin alacak hakkını konu edinmesi de sessiz kalma süresini zamanaşımı süresinden uzaklaştıran bir sebeptir.

Sessiz kalma süresinin hak düşürücü süre olup olmadığını belirlerken pozitif bir düzenleme varsa, bunun sözüne ve özüne bakmak da bu tespiti yapmada yol göstericidir. İlgili pozitif düzenleme, bunun açıkça bir hak düşürücü süre olduğunu belirtmese bile, hak düşürücü süre olduğuna işaret eden ifadeler yer verebilir. Sözgelimi, söz konusu hakkın ilgili sürede kullanılmaması halinde sona ereceğine veya belirlenen süre içinde kullanılmasının zorunlu olduğuna ilişkin bir ifade, sürenin hak düşürücü süre olduğunu gösterir. Kanunun sözünün yanı sıra, hükmün konulma amacına bakarak da bu değerlendirmeyi yapabilmek mümkün olabilir. Bu sebeple, mutlaka hükmün sözünü ve özünü dikkate almak, bu bağlamda hükmün konulma amacına uygun şekilde bir yorum yapmak gerekir³⁶⁹.

³⁶⁷ Elbette hak sahibinin hak kaybına uğraması için sadece bunlar yeterli olmaz. Kuruma dair diğer koşulların da varlığı gerekir.

³⁶⁸ **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 12.

³⁶⁹ **BERKİ**, s. 101-102.

Türk hukukunda kuruma ilişkin bir hüküm yer almadığından, karşılaştırmalı hukuktan ve Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nın ilgili hükmünün sözü ve özünden yararlanmak, doğru bir adım olacaktır. AB mevzuatına ve MarkenG'ye bakıldığında, kurumun hak kaybı temeline oturduğunu görmek mümkündür. Ayrıca, ilgili hükümlerin sözüne bakıldığında da bu görülür. Kaldı ki MarkenG'nin 20. maddesinde "Zamanaşımı" kenar başlığıyla zamanaşımı kurumu, sessiz kalma yoluyla hak kaybından farklı bir şekilde düzenlenmiştir³⁷⁰. Dolayısıyla, sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin sürenin, Alman hukukunda zamanaşımı süresi olarak kabul edilmediği açıktır³⁷¹. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı ile zamanaşımı, birbirinden bağımsız ve bir arada bulunan hukuki kurumlardır³⁷².

Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda sessiz kalma yoluyla hak kaybını düzenleyen hükme bakıldığında, "*Marka sahibi, (...) beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, (...) markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez*" ifadesinden, bunun bir hak düşürücü süreye benzediği anlaşılmaktadır. Her ne kadar tasarı metninde açık bir şekilde hak düşürücü süreden söz edilmese de metnin sözünden bu anlam çıkarılabilir. Başka bir deyişle, marka sahibinin beş yıl boyunca sessiz kalması halinde markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri sürememesinin belirtilmesi, onun beş yıl içinde hükümsüzlük talebini ileri sürmesi gerektiği, aksi halde bir daha bunu yapamayacağı anlamını yansıtır.

Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda, sessiz kalma süresinin niteliğine ilişkin bir değerlendirmede bulunmamıştır. Markanın hükümsüzlüğü davasındaki dava açma süresine ilişkin bir değerlendirme yapmış, bunu hak düşürücü süre olarak nitelendirmiştir³⁷³. Belirtelim ki sessiz kalma süresi ile markanın hükümsüzlüğü davası için belirtilen dava açma süresi birbirinden farklıdır.

³⁷⁰ MarkenG § 20, zamanaşımı anlamına gelen "*Verjährung*" kenar başlığına sahiptir.

³⁷¹ Sessiz kalma süresi, İsviçre hukukunda hak düşürücü süre, Fransız hukukunda borçlar hukuku anlamında olmayan zamanaşımı süresi olarak kabul edilmiştir (YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 860 dpn. 36).

³⁷² FEZER, § 21 Rn. 20.

³⁷³ "(...) tanınmış markalarla ilgili hükümsüzlük davasının tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açılması gerekir. (...) Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında bahsi geçen bu beş yıllık süre, hak düşürücü süre olarak kabul edilmiş ve genel olarak bu sürenin sadece tanınmış markalara değil, tescil edilmiş tüm markalara uygulanacağına karar verilmiştir" Yarg. HGK. E. 2013/11-1573, K. 2015/1055, T.

Sözü edilen süre pek çok yönden hak düşürücü süreye benzemektedir. Ancak, hak düşürücü süre, kanun koyucu tarafından belirlenen süre içinde hakkın kullanılmaması halinde hakkın sona ermesidir. Hakkın sona ermesi için bundan başka durumların varlığı aranmaz. Kanun tarafından öngörülen bir süre vardır ve bu süre içinde hak sahibi hakkını kullanmamıştır. Sözgelimi, hakkın sona ermesi için tescilin kötü niyetli olmaması aranmaz. Eğer söz konusu süreyi hak düşürücü süre olarak nitelendirirsek, kuruma dair diğer koşullar oluşmasa da hak sahibinin anılan süre içinde sessiz kalması halinde hakkın sona ereceğini söylememiz gerekir. Oysa böyle bir şeyi söylemek kurum ile bağdaşmaz.

Sessiz kalma süresi, hak düşürücü süreden ziyade hakkın etkisizleşmesi kurumu içerisinde yer alan süredir. Nitekim hakkın etkisizleşmesi kurumunun hak düşürücü süreden farklı olduğunu belirtmiştik. Bu yüzden, hakkın etkisizleşmesinin bir unsuru olan sürenin buradaki süre ile aynı olduğunu söyleyebiliriz. Zira, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için belirli bir süre sessiz kalma gerekir. Bu yönüyle hak düşürücü süre ile benzerlik söz konusudur. Ancak bunun yanında, marka hakkının ihlal edilmesi, dava hakkının bulunması, bu hak ihlalinin bilinmesi ve hak ihlalinde bulunanın kötü niyetli olmaması gibi başkaca koşullar da mevcuttur. Bu yüzden sözü edilen sürenin hak düşürücü süre olduğunu söyleyebilmek güçtür³⁷⁴.

2. Sürenin Uzunluğu

Hak sahibinin hak kaybına uğraması için sessiz kalması gereken sürenin uzunluğu konusunda Türk hukukunda açıklık yoktur. 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi ile 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nde sessiz kalma süresi açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre sessiz kalma süresi, birbirini takip eden beş yıldır³⁷⁵.

18.03.2015 (Kazancı); Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD. E. 2014/17212, K. 2015/1938, T. 16.02.2015 (Kazancı); Yarg. 11. HD. E. 2014/16336, K. 2015/1726, T. 11.02.2015 (Kazancı).

³⁷⁴ Fransız hukukunda bu süreye zamanaşımı süresi denilmiş olsa da bunun borçlar hukuku anlamında bir zamanaşımı süresi olmadığı belirtilmiştir. Sürenin geçmesinin hak kaybı için tek başına yeterli olmadığı, başkaca koşulların da varlığının gerekliliği sebebiyle böyle bir nitelendirme yapılmıştır (**DURRANDE** Sylviane, *Droit des Marques*, Dalloz 2003, s. 130, **YAŞAMAN/YUSUFOĞLU**, C. 2, s. 860 dpn. 36 naklen).

³⁷⁵ İlgili AB düzenlemelerinde “*for a period of five successive years*” ifadesi ile süre belirtilmiştir.

MarkenG'nin 21. maddesinde de aynı şekilde sessiz kalma süresi birbirini takip eden beş yıl olarak düzenlenmiştir³⁷⁶.

Karşılaştırmalı hukuktaki beş yıllık süre, esnekliği olmayan, sert bir niteliğe sahiptir³⁷⁷. Bu sürenin sabit olduğu bir gerçektir³⁷⁸. Bu sebeple, söz konusu sürenin olaydan olaya kısılması mümkün olmaz³⁷⁹. Başka bir deyişle, beş yıllık süre esnekliğe sahip olmayıp oldukça katı olduğundan, sürenin somut olayın özelliğine göre kısılabilmesine imkan yoktur. Aynı şekilde, bu sürenin kısılmasından söz edilemediği gibi bunun uzaması da mümkün olmaz³⁸⁰. O halde, sessiz kalma yoluyla hak kaybının oluşabilmesi için, hak sahibinin hak ihlaline kesintisiz beş yıl boyunca katlanmış olması gereklidir³⁸¹.

Türk hukukunda bu konuda bir açıklığın olmamasının temel sebebi, sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin pozitif bir düzenlemenin olmayışdır. Karşılaştırmalı hukuktaki pozitif düzenlemeler açıklığı sağlar. Türk hukukunda sürenin uzunluğuna ilişkin öğretisi ve Yargıtay tarafından çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Öğreti, sürenin uzunluğuna ilişkin pek çok görüş ileri sürmüştür. **ARKAN**'a göre sessiz kalma süresi, beş yıl gibi uzun bir süre olmalıdır³⁸². **TEKİNALP**'e göre, kesin bir süre vermek mümkün olmayıp her somut olaya göre süre tayin edilmelidir³⁸³. **YASAMAN/YUSUFOĞLU**'na göre, karşılaştırmalı hukuktaki gibi katı bir şekilde beş yıllık bir sürenin belirlenmesi, haksız sonuçlara yol açabileceğinden söz konusu süre her olayın kendi özelliğine göre dürüstlük kuralı ışığında belirlenmelidir³⁸⁴. **KAYA**'ya göre, sürenin uzunluğuna ilişkin pozitif bir hukuk düzenlemesi olmadığından, yargıç somut olayın özelliklerini göz önünde alarak bir belirleme yapmalıdır³⁸⁵. **YANLI**'ya göre, hak kaybı için geçmesi gereken süre için baştan kesin bir sınır belirlenmemeli, hakkın

³⁷⁶ MarkenG § 21'de "während eines Zeitraums von fünf aufeinanderfolgenden Jahren" ifadesi ile süre belirtilmiştir.

³⁷⁷ **HACKER**, § 21 Rn. 11.

³⁷⁸ **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 12.

³⁷⁹ **DÖRRE**, § 21 Rn. 7.

³⁸⁰ **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 12.

³⁸¹ **FEZER**, § 21 Rn. 9; **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 12.

³⁸² **ARKAN**, C. 2, s. 161.

³⁸³ **TEKİNALP**, § 26 N. 58b.

³⁸⁴ **YASAMAN/YUSUFOĞLU**, C. 2, s. 864, 867.

³⁸⁵ **KAYA**, s. 342-343.

kullanılmayacağı yolunda hak ihlalinde bulunan kişide güven oluşturulmasına neden olan durumlar ışığında bir belirleme yapılmalıdır³⁸⁶. **KARAN/KILIÇ**'a göre, sessiz kalma süresi her somut olayda değişebilirse de haklı başka gerekçe olmadıkça, sürenin beş yıl olarak kabul edilmesi gerekir³⁸⁷. **KARAHAN**'a göre, sessiz kalma süresine ilişkin kesin bir süre vermek mümkün olmadığı gibi doğru da değildir³⁸⁸. **BATTAL**'a göre süre konusu, TMK m. 2'yi somut olaya uygulayacak hakimin takdirindedir ve somut olayın özelliklerine göre değişebilir³⁸⁹. **ÇOLAK**'a göre sessiz kalma süresi, her somut olaya göre olayın şartları göz önüne alınarak takdir edilmelidir³⁹⁰. **CENGİZ**'e göre, süreye ilişkin kesin bir ölçü konulamayacağından her somut olaya göre dürüstlük kuralı ışığında sürenin belirlenmesi gerekir³⁹¹.

Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda, karşılaştırmalı hukukta hüküm altına alınmış beş yıllık süreyi aşan uzunluktaki süreleri sessiz kalmanın oluşması için yeterli görmüştür³⁹². Dikkatle incelenmesi gereken, beş yıl ve daha kısa olan sürelerde Yargıtay'ın nasıl bir tutum takındığıdır. Buna göre Yargıtay, 2005 yılında vermiş olduğu bir kararda, üç yıllık süreyi sessiz kalmanın oluşması için yeterli görmemiştir³⁹³. 2010 yılında verilen başka bir kararda, Yargıtay'ın aynı dairesi dört yıllık bir süreyi sessiz kalmanın gerçekleşmesi için yeterli görmüştür³⁹⁴. Buna karşın, Yargıtay'ın aynı dairesi 2012 yılında, aynı süreye ilişkin aksi yönde bir karar tesis etmiş, dört yıllık süreyi sessiz kalmanın oluşabilmesi için yeterli uzunlukta bir süre olarak

³⁸⁶ **YANLI**, s. 308.

³⁸⁷ **KARAN/KILIÇ**, § 42.4.3.

³⁸⁸ **KARAHAN**, Zamanaşımı, s. 303.

³⁸⁹ **BATTAL**, s. 51.

³⁹⁰ **ÇOLAK**, s. 792.

³⁹¹ **CENGİZ**, s. 181-182.

³⁹² “(...) yaklaşık 12 yıl boyunca davacı şirket, davalının bu kullanımına sessiz kalmıştır. (...) Bu nedenle anılan süre sessiz kalma yoluyla hak kaybına yol açmayı sağlayacak yeterli bir süredir (...)” Yarg. 11. HD. E. 2008/8718, K. 2010/4163, T. 13.04.2010 (Kazancı); Aynı şekilde on bir yıllık bir sürenin sessiz kalma için yeterli olduğu yönünde bkz. Yarg. 11. HD. E. 2014/6474, K. 2014/12940, T. 04.07.2014 (Kazancı); Yedi yıllık bir sürenin sessiz kalma olduğu yönünde bkz. Yarg. 11. HD. E. 2014/14929, K. 2015/752, T. 21.01.2015 (Legalbank).

³⁹³ Yarg. 11. HD. E. 2004/8579, K. 2005/6539, T. 21.06.2005 (UYAP Bilgi Bankası).

³⁹⁴ Yarg. 11. HD. E. 2009/4173, K. 2010/10835, T. 26.10.2010 (**ÇOLAK**, s. 792 dpn. 2029).

nitelendirmemiştir³⁹⁵. 2015 yılında verilen bir kararda ise, üç buçuk yıllık bir süre sessiz kalma için yeterli görülmüştür³⁹⁶.

Kanun koyucunun markanın hükümsüzlüğü davasına ilişkin olarak bir dava açma süresi belirlemediğini ifade etmiştik. Bunun tek istisnası, Anayasa Mahkemesi'nin iptalinden önce, tanınmış markalara ilişkin olarak açılan hükümsüzlük davalarındaki süreydi. MarkKHK'nın 42. maddesinin (a) bendinde, 7. maddede sayılan hallerde hükümsüzlük davası açılabilceği, bunun bir süreye tabi olmadığı, ancak 7. maddenin (1) bendinde belirtilen tanınmış markalarla ilgili davanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içerisinde açılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, markanın tescilinde kötü niyet varsa bu beş yıllık sürenin de artık söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, markanın hükümsüzlüğü davasında tanınmış markalara ilişkin böyle bir düzenleme getirilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, 27.05.2015 tarihli kararıyla MarkKHK'nın 7. maddesinin (1) bendini iptal etmiştir³⁹⁷. Bu iptal kararı ile birlikte artık MarkKHK'nın 42. maddesinin (a) bendinde yapılan yollamanın da bir anlamı kalmamıştır.

Yargıtay'ın hükümsüzlük davasında süreye ilişkin, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ve artık uygulaması olmayan bu düzenleme doğrultusunda bir içtihat geliştirdiği görülmektedir. Buna göre Yargıtay 11. HD, tanınmış markalara ilişkin olan bu hükmü tüm markalar açısından uygulama yolunu seçmiştir. Başka bir deyişle, beş yıllık dava açma süresi, yalnız tanınmış markalar için değil, diğer markaların hükümsüzlüğü davalarında da uygulama alanı bulacaktır. Bu durum, *"Dairemizin 08/04/2002 tarih ve 10860/3275 sayılı ilamı ile 556 sayılı KHK'nın 42/1-(a) bendinde hükümsüzlük davası açılabilmesi için tanınmış markalar bakımından getirilen tescil tarihinden itibaren 5 yıllık hak düşürücü sürenin diğer markalar yönünden açılacak hükümsüzlük davaları için de uygulanarak bu husustaki yasal boşluğun doldurulmasına karar verilmiştir"* şeklinde ifade edilmiştir³⁹⁸. Bu durum aynı

³⁹⁵ Yarg. 11. HD. E. 2011/11189, K. 2012/17956, T. 12.11.2012 (ÇOLAK, s. 793). Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD. E. 2011/12623, K. 2012/19165, T. 26.11.2012 (ÇOLAK, s. 793).

³⁹⁶ *"Bu kadar yakın ilişki içinde bulunduğu halde 3,5 yıllık bir süre içinde ... ibaresine dair her hangi bir itirazda bulunulmaması sessiz kalmak suretiyle hak kaybına uğramak için yeterli bir süredir"* Yarg. 11. HD. E. 2014/4099, K. 2015/1628, T. 10.02.2015 (Kazancı).

³⁹⁷ AYM E. 2015/33, K. 2015/50, T. 27.05.2015 (RG Tarih-Sayı: 02.06.2015-29374)

³⁹⁸ Yarg. 11. HD. E. 2010/12137, K. 2012/16604, T. 18.10.2012 (Kazancı).

dairenin başkaca kararlarında da belirtilmiş, bu yönde bir içtihat geliştirilmiştir³⁹⁹. Yargıtay 11. HD'nin bu içtihadından hareketle Yargıtay HGK'ya taşınmış bir durumdan söz etmemiz gerekir. Şöyle ki, bir davada yerel mahkemenin beş yıldan daha kısa bir süreyi sessiz kalma için yeterli görmesi davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Yapılan temyiz incelemesi sonucu Yargıtay 11. HD, davada davacının sessiz kaldığı sürenin beş yıldan az olduğunu, bu sebeple hak düşürücü sürenin henüz dolmadığını belirtmiş ve yerel mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir. Yerel mahkemenin, bozma kararına direnmesi karşısında, konu Yargıtay HGK'ya taşınmıştır. Yargıtay HGK, özel dairenin vermiş olduğu kararı isabetli bulmuş, yerel mahkemenin direnme kararının bozulması yönünde hüküm tesis etmiştir. Başka bir deyişle, Yargıtay HGK, hükümsüzlük davasında yerleşmiş beş yıllık hak düşürücü süreye ilişkin özel dairenin bu yöndeki içtihadının isabetli olduğunu belirtmiştir⁴⁰⁰.

Yargıtay'ın geçmişten bugüne gelen kararlarına bakıldığında şu değerlendirmeyi yapabilmek mümkündür: Beş yıllık süreyi aşan durumlarda, bunun sessiz kalma için yeterli olduğuna kuşku yoktur. Beş yıldan az bir sürenin sessiz kalma için yeterli olup olmadığı konusunda geçmişte birbiriyle çelişen ve her olay için farklılaşan kararlar bulunsa da, artık Yargıtay'ın hem tanınmış markalar hem de tanınmış markalar dışında kalan markalar için beş yıllık bir dava açma süresini içtihat ettiği söylenebilir. Bu doğrultuda en azından hükümsüzlük davası bakımından beş yıllık bir hak düşürücü sürenin yol gösterici olduğu şeklinde bir yorum yapılabilir.

Önemle belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın sözü edilen içtihadı, “hak düşürücü süre”nin belirlenmesine ilişkindir. Bunun sessiz kalma süresi olduğunu söyleyebilme olanağı yoktur. Zira, hak düşürücü süre ile sessiz kalma süresi tam anlamıyla örtüşmemektedir. Nitekim Yargıtay'ın tavrına bakıldığında da sessiz kalma süresine

³⁹⁹ “Dairemizin süreklilik kazanan kararlarına göre 556 sayılı KHK'nın 42/1-(a) bendindeki tanınmış markalarla ilgili davanın 5 yıl içerisinde açılmasına ilişkin hükümde yer alan 5 yıllık hak düşürücü sürenin tanınmış olmayan markalar yönünden de uygulanması gereklidir” Yarg. 11. HD. E. 2009/14272, K. 2011/6718, T. 02.06.2011 (Kazancı); “Dairemizin 25.11.1997 tarih 5417/9676, 11.09.2000 tarih 5607/6604 ve 08.04.2002 tarih 10860/3275 sayılı kararlarında, 556 sayılı KHK'nın 42/1-(a) bendinde tanınmış markalar için öngörülen 5 yıllık hak düşürücü sürenin en azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak yasal boşluğun doldurulması uygun görülmüşse (...)” Yarg. 11. HD. E. 2009/3224, K. 2011/1805, T. 17.02.2011 (Kazancı).

⁴⁰⁰ Yarg. HGK. E. 2013/11-1358, K. 2015/820, T. 18.02.2015 (Kazancı).

ilişkin yeknesak bir uygulamadan ziyade bir hak düşürücü süre belirlendiği görülür⁴⁰¹. Kaldı ki Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararında sessiz kalma süresine ilişkin kesin bir belirleme yapılamayacağından bahsedilmektedir⁴⁰².

Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda sessiz kalma yoluyla hak kaybını düzenleyen hükme bakıldığında, sürenin uzunluğuna ilişkin açık bir düzenlemenin mevcut olduğu görülmektedir. İlgili düzenlemedeki “(...) birbirini izleyen beş yıl boyunca (...)” ifadesinden, sürenin “birbirini izleyen beş yıl” olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Bu, karşılaştırmalı hukuktaki ile aynı yönde bir düzenlemedir.

3. Sürenin Başlaması ve Sona Ermesi

Sessiz kalma süresinin ne zaman başlayacağına ilişkin ikili bir ayırım yapmak gerekir. Bu ayırım, hak sahibi ve hak ihlalinde bulunan odaklı bir ayırımdır. Öncelikle ortada bir hak ihlali söz konusu olmalıdır ki sessiz kalma süresi başlayabilsin. Bu sebeple, söz konusu sürenin başlayabilmesi için mutlaka hak ihlali bulunmalıdır⁴⁰³. Başka bir deyişle, sessiz kalma süresi, sadece marka hakkının ihlali olduğunda başlayabilir⁴⁰⁴. Üçüncü kişi, hak sahibine ait markayı hukuka uygun biçimde kullandığı sürece, süre başlamayacaktır⁴⁰⁵.

Sürenin başlamasına ilişkin ikinci ayırım, hak sahibi bakımındandır. Hak ihlalinin mevcut olması yetmez, bir de hak sahibinin bu ihlali bilmesi gerekir. Hak

⁴⁰¹ Nitekim bu içtihadın yıllardır devam ettiğini, Yargıtay 11. HD'nin yeni kararlarına bakıldığında da aynı yönde tavır takınıldığını açıkça görmenin mümkün olduğunu söyleyebiliriz: “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” Yarg. 11. HD. E. 2015/4127, K. 2015/11886, T. 11.11.2015 (UYAP Bilgi Bankası).

⁴⁰² “(...) sessiz kalmanın kaç yıl sonra hak kaybına yol açacağı ile ilgili kesin bir süre vermek mümkün değildir. (...) Bu itibarla bu sürenin belirlenmesinde somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sürenin belirlenmesinde de esas alınacak olan dürüstlük kuralıdır” Yarg. 11. HD. E. 2014/4099, K. 2015/1628, T. 10.2.2015 (Kazancı).

⁴⁰³ DÖRRE, § 21 Rn. 8.

⁴⁰⁴ DÖRRE, § 21 Rn. 8.

⁴⁰⁵ DÖRRE, § 21 Rn. 13.

sahibi söz konusu ihlali bilmiyorsa, sessiz kalma süresinin başladığından da söz edilemez. Hak sahibinin ihlali bildiği anda, sessiz kalma süresi başlayacaktır⁴⁰⁶.

Özetle, sessiz kalma süresi, hem hak sahibi hem de hak ihlalinde bulunan odaklı yapılan ayrımların bir arada bulunmasıyla başlar. Bunlardan yalnız birinin bulunması, sürenin başlaması için yeterli değildir. Şu noktanın altını önemle çizmek gerekir: Sessiz kalma süresi, markanın kullanılmaksızın yalnızca tescil edilmiş olduğunun bilinmesiyle değil, markanın piyasada kullanıldığının bilinmesiyle başlar⁴⁰⁷.

Sessiz kalma süresi, davanın açılmasıyla sona erer. Hak sahibi, dava açmamış olmakla birlikte hak ihlalinde bulunana ihtarname göndermişse, bunun süreyi sona erdirme fonksiyonu yoktur⁴⁰⁸. Aynı şekilde, ihlalde bulunan ile görüşmeler yapılması da süreyi sona erdirmez. Aksinin kabulü halinde, hak sahibinin beşer yıllık arayla ihtar gönderip hak kaybının oluşmasını engelleyebilmesi mümkün olurdu⁴⁰⁹. Süre, ancak davanın açılmasıyla sona erer ve davanın açıldığı tarih, sürenin sona erdiği tarihtir.

V. KÖTÜ NİYETLİ OLMAMA

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme koşullarından beşincisi, hak ihlalinde bulunanın kötü niyetli olmamasıdır⁴¹⁰. Diğer bir ifadeyle, hak ihlalinde bulunan kötü niyetliyse sessiz kalma yoluyla hak kaybı gerçekleşmez⁴¹¹. Şimdiye dek bahsettiğimiz dört koşuldaki biri hariç diğerleri hak sahibinin taşıması gereken koşullar iken, bu sonuncu koşul, hak ihlalinde bulunanın taşıması gereken ikinci koşuldur. Sayılan üç koşul hak sahibi tarafından sağlansa bile, hak ihlalinde bulunanın marka hakkını ihlal etmesi koşulu ile bu sonuncu koşulu sağlamaması halinde, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleştiğinden söz edilemez. Kötü niyetin varlığı öyle bir etkiye sahiptir ki, hak sahibi, karşı tarafın markasını kullanımı hususunda kesintisiz

⁴⁰⁶ FEZER, § 21 Rn. 13; INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 10; HACKER, § 21 Rn. 16.

⁴⁰⁷ FEZER, § 21 Rn. 13. “(...) markasal kullanım şekillerini öğrenmesi ile sessiz kalma süresi başlar” Yarg. 11. HD. E. 2008/8488, K. 2010/3849, T. 05.04.2010 (Legalbank)

⁴⁰⁸ INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 12.

⁴⁰⁹ INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 12.

⁴¹⁰ FEZER, § 21 Rn. 14; INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 14; HACKER, § 21 Rn. 22; LANGE, Rn. 3029; DÖRRE, § 21 Rn. 14; BERLIT, Rn. 282; ARKAN, C. 2, s. 160.

⁴¹¹ FEZER, § 21 Rn. 16; DÖRRE, § 21 Rn. 14.

şekilde beş yıl boyunca bundan haberdar olarak bu kullanıma sessiz kalmış olması durumunda dahi çatışan bu kullanımı men ettirebilir⁴¹².

2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi ile 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'ne bakıldığında görülmektedir ki, ilgili düzenlemelerde açıkça kötü niyetli olmama koşulu aranmıştır⁴¹³. Aynı şekilde MarkenG'de de kötü niyetli olmamadan söz edilmiştir⁴¹⁴. Alman marka hukukundaki kötü niyet kavramının AB Marka Direktifi'nden devralınmış olduğu söylenebilir⁴¹⁵.

Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda sessiz kalma yoluyla hak kaybını düzenleyen hükme bakıldığında, kurumun gerçekleşebilmesi için hak ihlalinde bulunanın kötü niyetli olmaması gerekliliğinin kabul edildiği görülmektedir. Bu koşul tasarının metninde “(...) sonraki tarihli marka tescili kötüniyetli olmadıkça (...)” şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu ifade, karşılaştırmalı hukuktaki düzenleme ile aynıdır.

Türk hukuk öğretisinde sessiz kalma yoluyla hak kaybının koşullarından söz edilirken hak ihlalinde bulunanın iyiniyetli olmasından bahsedilir⁴¹⁶. Oysa Alman hukuk öğretisinde, AB mevzuatı ve MarkenG ile uyumlu şekilde “iyiniyetli olma” değil, “kötü niyetli olmama” kullanımı tercih edilmiştir. Biz de karşılaştırmalı hukuka uygun bir kullanımı sebebini de açıklayacağımız şekilde tercih etmekteyiz.

A. KÖTÜ NİYET KAVRAMI

MarkenG § 21'de yer alan kötü niyet kavramı, AB Marka Direktifi'nin 9. maddesinden alınmış bir kavram olduğundan, direktife uygun bir tanımlamayı gerektiren, marka hukukunun bağımsız bir kavramıdır⁴¹⁷. Bu kavram, MarkenG'nin mutlak ret nedenlerini hüküm altına alan 8. maddesinin ikinci fıkrasının onuncu

⁴¹² FEZER, § 21 Rn. 16.

⁴¹³ İlgili düzenlemelerin İngilizce metninde bu durum “*Unless registration of the later trade mark was applied for in bad faith*” ifadesi ile belirtilmiştir.

⁴¹⁴ MarkenG § 21'de “*es sei denn, daß die Anmeldung der Marke mit jüngerem Zeitrang bösgläubig vorgenommen worden ist*” ifadesi ile bu durum belirtilmiştir.

⁴¹⁵ FEZER, § 21 Rn. 17; INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 14.

⁴¹⁶ TEKİNALP, § 26 N. 59; YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 862; KAYA, s. 42; YANLI, s. 310; BOZBEL, s. 554; KARAN/KILIÇ, § 42.4.3; KARAHAN, Zamanaşımı, s. 304; KARAHAN, Unvan, s. 283; KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL, s. 22; ÇOLAK, s. 795.

⁴¹⁷ FEZER, § 21 Rn. 17.

bendinde de yer alır⁴¹⁸. MarkenG § 8 ve MarkenG § 21 hükümlerinde yer alan kötü niyet kavramı, eşdeğerdir⁴¹⁹. Tıpkı MarkenG § 21'deki gibi MarkenG § 8'deki kötü niyet kavramı da AB Marka Direktifi'nin 4. maddesinden alınmış bir kavram olduğundan, marka hukukunun bağımsız bir kavramıdır ve direktife uygun yorumlanmayı gerektirir⁴²⁰.

Alman marka hukukunda kötü niyet kavramına medeni hukuk düzenindeki kötü niyetin genel anlamına ve özellikle iyiniyetli hak kazanımına kıyasla çok farklı anlamlar yüklenmektedir⁴²¹. Başka bir deyişle, buradaki kötü niyet kavramı ile Alman medeni hukukundaki kötü niyet kavramı birbiriyle örtüşmez⁴²². BGB § 932'deki iyiniyet ile buradaki kavram birbirinden farklıdır⁴²³.

Alman hukukuna göre kötü niyet kavramı, daha eski tarihli bir hakkın yalnızca varlığı hususunda bilgi sahibi olmanın yeterli olduğu şeklinde anlaşılmalıdır⁴²⁴. Hak ihlalinde bulunanın kötü niyetli olarak kabul edilebilmesi için sadece başkasına ait bir hakkı ihlal ettiğini bilmesi yeterli görülmez. Bunun ötesinde bir engelleme niyetinin varlığı önem kazanır⁴²⁵. Yani, hak ihlalinde bulunan kişi, başkasının markasını kullandığını bilmenin yanında başkasının markasından haksız olarak yararlanma, onun haklarını engelleme gibi eylemlerde bulunursa kötü niyetli olduğu söylenebilir.

Türk hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybını ele alan yazarlar, sözü edilen koşulu “iyiniyetli olma” olarak ifade ederek bu kavramı Türk medeni hukukuna

⁴¹⁸ Alman hukukunda kötü niyetli tescil, mutlak ret nedenleri arasında sayılmıştır. Aynı şekilde 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nin 4. maddesinin ikinci fıkrasında kötü niyetli tescil, mutlak ret nedeni olarak düzenlenmiştir. Ancak MarkKHK'da kötü niyetli tescilin mutlak ret nedeni ve hükümsüzlük hali olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nın nispi ret nedenlerini düzenleyen 6. maddesinin dokuzuncu fıkrasında kötü niyetli tescil yer almıştır. Ancak karşılaştırmalı hukuktan farklı olarak bunun mutlak ret nedeni olarak değil, nispi ret nedeni olarak düzenlendiği görülmektedir.

⁴¹⁹ FEZER, § 21 Rn. 18.

⁴²⁰ FEZER, § 8 Rn. 664.

⁴²¹ FEZER, § 21 Rn. 17, § 8 Rn. 664.

⁴²² INGERL/ROHNKE, § 8 Rn. 296.

⁴²³ INGERL/ROHNKE, § 8 Rn. 296.

⁴²⁴ INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 14.

⁴²⁵ INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 14.

uygun şekilde yorumlamışlardır⁴²⁶. Bunun doğal sonucu olarak, kötü niyet kavramı, iyiniyetli olmanın karşıtı ve bu özelliğiyle tamamlayıcısı rolündedir⁴²⁷. Alman hukukunun aksine Türk hukukunda, sessiz kalma yoluyla hak kaybı bahsinde kötü niyet kavramına ilişkin marka hukukuna ait bağımsız bir kavramdan söz edilmemiş, medeni hukuk anlamında iyiniyet ve kötü niyete yüklenen anlam, aynı şekilde marka hukukuna da aktarılmıştır.

Hukukumuzda, başkasına ait marka hakkının ihlaline sebep olan kişi, markanın önceki bir tarihte başkası adına tescil edilmiş olduğunu bilmiyor veya bilebilecek durumda değilse, iyiniyetlidir⁴²⁸. Ancak ve ancak başkasının marka hakkına yönelik bir ihlalde bulunurken bunun bir ihlal olmadığını, markanın başkasına ait olduğunu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen kişinin hak sahibine yönelik sessiz kalma yoluyla hak kaybı iddiasını ileri sürmesi mümkündür⁴²⁹. Hak ihlalinde bulunanın iyiniyetli olması, onun marka hakkı sahibinin sessiz kalmasından yararlanabilmesi için olmazsa olmaz bir koşuldur. Kötü niyet, iyiniyetin karşıt anlamı olarak yer aldığından, tescile konu edilen markanın başkasına ait olduğunu bilen veya gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olan kişi, kötü niyetlidir⁴³⁰. Eğer bu anlamda kötü niyetin varlığından söz edilebilirse hak kaybının gerçekleşmeyeceği söylenebilir.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı bağlamında kötü niyet kavramı, öğretideki yazarlar tarafından iyiniyetin karşıtı olarak ele alınır ve medeni hukuk anlamında değerlendirilirken, mutlak tescil engelleri ve markanın hükümsüzlüğü bağlamında bu kavrama farklı anlamlar yüklenir. Şöyle ki, öğretide kötü niyetli tescil başvurusunun hükümsüzlük nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğini savunulmaktadır⁴³¹. Böyle bir savunma yapılırken bu kavram, sessiz kalma yoluyla hak kaybındaki anlamından farklı yorumlanmıştır. **ARKAN**'a göre marka hukuku anlamında kötü niyet, "*tescil yoluyla*

⁴²⁶ **TEKİNALP**, § 26 N. 59; **YASAMAN/YUSUFOĞLU**, C. 2, s. 862; **KAYA**, s. 42; **YANLI**, s. 310; **BOZBEL**, s. 554; **KARAN/KILIÇ**, § 42.4.3; **KARAHAN**, Zamanışı, s. 304; **KARAHAN**, Unvan, s. 283; **KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL**, s. 22; **ÇOLAK**, s. 795.

⁴²⁷ **ZK-BAUMANN**, Art. 3 N. 2; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 326; **AKKANAT** Halil, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010, s. 46.

⁴²⁸ **TEKİNALP**, § 26 N. 59; **YASAMAN/YUSUFOĞLU**, C. 2, s. 862; **KAYA**, s. 339.

⁴²⁹ **ÇOLAK**, s. 795.

⁴³⁰ **KAYA**, s. 339.

⁴³¹ **ARKAN**, C. 2, s. 158; **TEKİNALP**, § 25 N. 67; **ÇOLAK**, s. 899.

sağlanan marka korumasının amacına aykırı biçimde kötüye kullanılması”dır⁴³². **TEKİNALP** ise buradaki kötü niyet kavramının medeni hukuk kavramı olmadığını belirttiikten sonra, kavramı açıklamıştır: Marka hukuku anlamında kötü niyet kavramı, bir taraftan “bir işaretin marka olarak tescil ettirilmesi hakkının kötüye kullanılması, yani dürüstlük kuralının ihlal edilmesidir”, diğer taraftan da, “başkasının markasıyla iltibas yaratmak veya onun markasının Türkiye’de tesciline engel olma yoluyla menfaat elde etme amacına yöneliktir ve ahlaka aykırıdır”⁴³³. **ÇOLAK**’a göre kötü niyetli tescil, “ticari dürüstlük kurallarına aykırı olarak ve tanınmış olsun veya olmasın, başkasının markasını ele geçirmeye, başkasının markasının tanınmışlığından haksız yararlanmaya yönelik olarak yaptırılan haksız tesciller”dir⁴³⁴.

Kötü niyetli tescilin hükümsüzlük hali olarak kabul edilmesi yolundaki görüşler, Yargıtay’a ışık tutmuştur. MarkKHK’da mutlak ret nedeni veya hükümsüzlük hali olarak hüküm altına alınmayan kötü niyetli tescil durumu, Yargıtay tarafından AB mevzuatı ve Alman hukukuna uygun biçimde hükümsüzlük hali olarak kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme bunun gerekçesini MarkKHK’nın 35. maddesine dayandırmaktadır. İlgili hükümde, tescil başvurusunun kötü niyetle yapılmasının bir itiraz sebebi olduğu düzenlenmiştir. Yargıtay’ın görüşüne göre, tescil başvurusu sırasında kötü niyetin itiraz sebebi olarak ileri sürülebilmesi mümkün olduğuna göre, sonradan aynı sebebin hükümsüzlük davasına konu edilebilmesi de olanaklı olmalıdır. Kaldı ki, bunun ayrıca hükümsüzlük hali olarak düzenlenmesine dahi gerek yoktur. Zira, genel hüküm ve temel ilke niteliğindeki TMK’nın 2. maddesi uyarınca böyle bir tescilin korunabilmesi söz konusu olamaz⁴³⁵.

⁴³² **ARKAN**, C. 2, s. 158. Yazar, kötü niyete örnek olarak “üretimi konusunda hazırlıklara başlanmış bir malla ilgili olarak kullanılması düşünülen markayı tesadüfen öğrenen kişinin, bu markayı ileride yüksek bedelle devretmek amacıyla derhal kendi adına tescil ettirmesi”ni göstermiştir.

⁴³³ **TEKİNALP**, § 25 N. 67.

⁴³⁴ **ÇOLAK**, s. 900.

⁴³⁵ “Gerçekten de, 556 sayılı KHK’nin 35/1. maddesi uyarınca tescil başvurusu sırasında kötü niyetin başlı başına bir itiraz sebebi olarak öne sürülebilmesi mümkün olduğu gibi, sonradan aynı nedenle hükümsüzlük davasının açılabilmesi de KHK’nin amacına uygundur. Çünkü, KHK’nin 35/1. ve 42/1-(a) maddelerindeki düzenlemeler de, esasen, MK’nun 2. maddesinin özel bir uygulamasından ibarettir. Bu bakımdan her somut olayın özellikleri gözönüne alınarak açıkça kötü niyetle gerçekleştirildiği belirlenen marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilebilmelidir. Bu husus 556 sayılı KHK’nin 42. maddesinde başlı başına bir hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmemiş olsa dahi, genel hüküm ve temel prensip niteliğindeki MK’nun 2. maddesi uyarınca kötü niyetin korunması söz konusu olamayacağından dolayı

Yargıtay, sözü edilen kararda kötü niyetli tescili açıklamıştır. Buna göre, “*Marka Hukukunda genel olarak kabul gören anlayışa göre, tescil yoluyla sağlanan marka korumasının amacına aykırı biçimde kötüye kullanılması yoluyla başkasının markasından haksız olarak yararlanmak veya gerçekte kullanılmayıp yedekleme, marka ticareti yapmak amacına ya da şantaja yönelik başvuru ve tesciller kötü niyetli olarak kabul edilmektedir*”⁴³⁶.

Öğreti ve Yargıtay’ın ifadelerine bakıldığında, marka hukuku anlamında bir kötü niyet kavramının var olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, sebebini anlayamadığımız bir şekilde sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunda bu kavramdan söz edilmemektedir. Kavrama yüklenen anlam, konuya göre farklılık gösterir. Kanaatimizce, marka hukuku anlamında bir kötü niyet kavramı varsa, bu marka hukukunun bütünü için geçerli olmalıdır. Bu bakımdan Alman hukukunda tutarlı bir yaklaşım mevcuttur. Alman marka hukukunda kötü niyete yüklenen anlam, marka hukukunun tamamına egemendir. Oysa Türk marka hukukunda, sessiz kalma yoluyla hak kaybında medeni hukuk anlamında kötü niyet, hükümsüzlük davasında marka hukuku anlamında kötü niyet söz konusudur.

Kanaatimizce, marka hukukunda kötü niyete yüklenen anlam, sessiz kalma yoluyla hak kaybının bir koşulu olan “kötü niyetli olmama”da geçerli olmalıdır. Hem öğretinin hem de Yargıtay’ın açıklamaları, kötü niyetli tescil başvurusuna yüklenen anlamın Alman hukukundaki kötü niyet kavramı ile bağdaştığını gösterir. O halde, her iki hukuk kapsamında sessiz kalma yoluyla hak kaybında yer alan kötü niyete ilişkin şunlar söylenebilir:

Sessiz kalma yoluyla hak kaybına konu olan “kötü niyet” kavramı ile kastedilen aslında hakkın kötüye kullanılmasıdır⁴³⁷. Bu çıkarımı hem öğretinin kavrama ilişkin yapmış olduğu açıklamalardan, hem de Yargıtay’ın vermiş olduğu karardan edinebilmek mümkündür. Kaldı ki, **TEKİNALP** bir çıkarımda bulunulmasına gerek kalmaksızın bunu açıkça ifade etmiştir⁴³⁸. Yargıtay ise, anılan kararda TMK m. 2

aynı sonuca ulaşılmış KHK'nin ruhuna da uygundur” Yarg. HGK. E. 2008/11-501, K. 2008/507, T. 16.07.2008 (Kazancı).

⁴³⁶ Yarg. HGK. E. 2008/11-501, K. 2008/507, T. 16.07.2008 (Kazancı). Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD. E. 2010/8788, K. 2012/10516, T. 14.06.2012 (Yayımlanmamış Karar).

⁴³⁷ **FEZER**, § 8 Rn. 664; **INGERL/ROHNKE**, § 8 Rn. 296.

⁴³⁸ **TEKİNALP**, § 25 N. 67.

kapsamında kötü niyetli bir tescil başvurusunun hukuk düzeni tarafından korunamayacağını belirtmiştir⁴³⁹. Bu sebeple, konusu geçen kötü niyet kavramının medeni hukuk anlamında bir karşılığı aranıyorsa, referans alınması gereken hüküm TMK m. 3 değil, TMK m. 2 olmalıdır. Zira, hak ihlalinde bulunan, kötü niyetli tescil ile dürüstlük kuralına aykırı davranmaktadır. O halde, bu bir hakkın kötüye kullanılması durumu olduğuna göre, öğretide sessiz kalma yoluyla hak kaybının bir koşulu olarak ifade edilen “iyiniyetli olma” kullanımı yerine, “dürüstlük kuralına uygun davranma”nın daha isabetli olacağını söyleyebiliriz.

Öğretideki baskın görüşün aksine, tescil başvurusu esnasında markanın hak sahibine ait olduğunu bilmek veya bilebilecek durumda olmak, marka hukuku anlamında kötü niyetin varlığı için yeterli değildir. Hak ihlalinde bulunanın kötü niyetli olduğundan, daha doğru bir ifadeyle dürüstlük kuralına aykırı davrandığından söz edebilmek için bu durumun ötesinde bir davranışının bulunması gerekir. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın vermiş olduğu bir kararda, hak ihlalinde bulunanın, markanın başkası adına tescilli olduğunu bilmesi veya bilmesinin gerekmesinin bu konuda tek ölçüt olmadığı, başkaca durumların da kötü niyetin varlığını saptarken dikkate alınması ve bu doğrultuda toptan bir değerlendirme yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır⁴⁴⁰.

B. KÖTÜ NİYETİN ARANACAĞI ZAMAN

Hak ihlalinde bulunanın kötü niyetli olmamasına dair değerlendirilmesi gereken en önemli nokta, kötü niyetin aranacağı zamandır. Kötü niyetli olmamanın varlığı tespit edilebilir, ancak bunun zamanı oldukça önemlidir. Eğer hak ihlalinde bulunan, dikkate alınan ve aranan zamanda kötü niyetliyse, sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumundan yararlanamaz. Bu sebeple, bu zamanın tespiti titizlikle yapılmalıdır.

⁴³⁹ Yarg. HGK. E. 2008/11-501, K. 2008/507, T. 16.07.2008 (Kazancı).

⁴⁴⁰ CJEU C-320/12 (ÇOLAK, s. 902). Yargıtay 11. HD, 2002 yılında vermiş olduğu bir kararda, hak sahibine ait markanın varlığını bilmenin veya bilebilecek durumda olmanın kötü niyetli sayılma için yeterli olduğunu belirtmiştir: “Paris Konvansiyonunun 1.mükerrer 6.maddesinde sözü edilen ve herkesçe bilindiği kabul olunan markanın başkası adına kötüniyetle tescil olunması halinde ise, hükümsüzlük davasının beş yıl içinde açılmasını öngören hüküm uygulanmaz. (...) Bu anlamda kötüniyetten kasıt; iyiniyetli olmamak, yani tanınmış markanın varlığını bilmek veya öğrenebilecek durumda bulunmaktadır. Yoksa bir hilenin, aldatmanın veya dolanmanın varlığını veya TPE'nin kusuru bulunup bulunmadığını aramaya gerek yoktur” Yarg. 11. HD. E. 2001/10860, K. 2002/3275, T. 08.04.2002 (Kazancı).

Bu zamanın tespitine ilişkin, birden fazla ihtimal mevcuttur ve bu ihtimallerin tamamını değerlendirmek gerekecektir.

İlk olarak, hak ihlalinde bulunan, tescil anında kötü niyetli olmayabilir ve sessiz kalma süresi boyunca bunu sürdürebilir. Bu durumda, hak ihlalinde bulunan, hem tescil anında hem de tescilden dava açılmasına dek geçen, sessiz kalma süresini de kapsayan süre boyunca kötü niyetli olmadığı söylenebilir. Bu ihtimalde, hak ihlalinde bulunanın bu bakımdan en güçlü konumda olduğunu ve sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumundan yararlanmasında tereddüt olmadığı kabul edilmelidir.

İkinci olarak, hak ihlalinde bulunan, tescil anında kötü niyetli olmayabilir, ancak tescilden sonra bu durum değişerek artık kötü niyetli konuma gelebileceği düşünülebilir. Ancak, böyle bir ihtimalin söz konusu olması mümkün değildir. Zira, kötü niyetin tanımı bir işaretin marka olarak tescil ettirilmesi hakkının kötüye kullanılması olduğuna göre, tescil anından sonra böyle bir olasılığın gündeme gelme ihtimali yoktur.

Üçüncü olarak, hak ihlalinde bulunan, tescil anında kötü niyetli olabilir. Böylelikle, sessiz kalma süresi boyunca da kötü niyetli olduğuna şüphe olmayacaktır.

Birinci ve ikinci ihtimale ilişkin bir kuşku yoktur, ancak üçüncü ihtimali değerlendirmek gerekir. Bu konunun aydınlatılmasına rehberlik edecek, ilgili hükümlerdir. 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nin 9. maddesi ile 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 54. maddesine bakıldığında, sonraki tescil kötü niyetli yapılmadığı sürece hak sahibinin sessiz kalmasının sonuç doğuracağından söz edildiği görülür. MarkenG'nin 21. maddesi de aynı yönde hüküm içerir. Görüldüğü gibi, tescilin kötü niyetli olmaması gerekliliği hüküm altına alınmıştır. Başka bir deyişle, kötü niyetli olmama tescil anında aranır. Tescil başvurusu esnasında "kötü niyetli" olan hak ihlalinde bulunan, kendisine karşı ileride açılacak bir davada talebini sessiz kalma yoluyla hak kaybına dayandıramaz⁴⁴¹. Bu yönüyle ilgili hükümlerde, kötü niyetli olmamanın varlığının belirli bir zaman dilimi boyunca değil, belirli bir anda aranması

⁴⁴¹ INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 14.

kabul edilmiştir⁴⁴². Yani, kötü niyet bakımından ölçü alınan zaman, sonraki markanın tescil başvurusudur⁴⁴³.

Üçüncü ihtimalde tartışılması gereken konu, tescil anında var olan kötü niyete rağmen, hak sahibi sessiz kalmışsa ve kötü niyetli hak ihlalinde bulunan bu sessiz kalmadan ötürü ihlal ettiği ve başkasına ait olan markaya dair birtakım yatırımlar yapmışsa, hak sahibinin sessiz kalmasının tescil anındaki kötü niyeti ortadan kaldırıp kaldırmayacağıdır. Başka bir deyişle, tescil anındaki kötü niyetin, hak sahibinin sessiz kalmasıyla dürüstlük kuralına uygun bir davranışa dönüşüp dönüşmeyeceği incelenmelidir.

Yargıtay HGK'nın 2008 yılında vermiş olduğu bir kararda, kötü niyetli tescilin MarkKHK'da bir hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen, genel hükümler uyarınca korunamayacağı yönünde hüküm kurduğundan söz etmiştik. Yargıtay'ın MarkKHK'da hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmeyen bir durum hakkında bu yönde bir tavır geliştirdiğini göz önüne aldığımızda, sessiz kalma yoluyla hak kaybı için söz konusu olan bir kötü niyetin asla korunamayacağını söylemek tutarlı olacaktır. Bu karardan Yargıtay'ın kötü niyete asla geçit vermediği anlaşılmaktadır.

Ancak, Yargıtay daha sonra bu yorumumuzun tam aksi yönde bir karara imza atmıştır. Buna göre, davacıya ait tanınmış markanın davalı tarafından kötü niyetle tescil ettirilmesi karşısında, davacı yirmi üç yıl sonra hükümsüzlük davası açmış, davalı ise sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunu ileri sürmüştür. Yerel mahkeme, tescil anında davalının kötü niyetli olduğunu belirlemiş, davalının sessiz kalma yoluyla hak kaybının koşullarından olan kötü niyetli olmama koşulunu sağlamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Davalı tarafından Yargıtay'a taşınan uyuşmazlıkta Yargıtay 11. HD, kötü niyetli tescil halinde hükümsüzlük davası açmanın bir süreye tabi olmadığını belirtmiş⁴⁴⁴; ancak bunun sınırını TMK m. 2'nin oluşturduğunu ve bu

⁴⁴² FEZER, § 21 Rn. 16.

⁴⁴³ FEZER, § 21 Rn. 16.

⁴⁴⁴ Yarg. 11. HD'nin kötü niyete ilişkin yapmış olduğu açıklamalar kanaatimizce oldukça isabetlidir: "Kötü niyetin varlığı sabit ise, MK'nun 2. maddesi uyarınca hukuk düzeninin kötü niyeti koruması mümkün olmayıp, bu durumun KHK'nın 42. maddesinde sayılmamış olması halinde dahi göz önüne alınması zorunludur. Nitekim, bu benimseme aynı zamanda 556 sayılı KHK'nın marka hakkının korunmasına ilişkin genel sistematğine de aykırı düşmemektedir. Zira, aynı KHK'nın 42/1-(a) bendinde

sebeple yerel mahkemenin kararını yerinde görmediğini ifade ederek kararı bozmuştur⁴⁴⁵. Özel dairenin bozma kararı karşısında yerel mahkeme, bu karara direnmiştir. Yerel mahkeme direnme kararında, sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasını yapan kişinin “kötü niyetli olmaması” gerektiğini belirtmiş, bizim de ifade etmiş olduğumuz, 2008 yılında verilen Yargıtay HGK kararına yollama yaparak kötü niyetin hiçbir şekilde korunmaması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca, bir kimsenin kötü niyetli olarak başkasına ait bir markanın aynısını kendi adına tescil ettirmesi halinde, aradan ne kadar zaman geçerse geçsin bir gün hak sahibinin kendisine dava açabileceğini bilmesi gerektiğini, zira hukuk düzeninin kötü niyeti korumadığını ve asla korumayacağını ve bunu da en iyi bilmesi gerekenin kötü niyetli olarak başkasının marka hakkını ihlal eden kişi olduğunu ifade etmiştir⁴⁴⁶. Yargıtay HGK ise, bu gerekçeleri dikkate almamış ve yerel mahkemenin bu direnme kararını bozmuştur⁴⁴⁷.

Yargıtay HGK'nın 2008 yılında vermiş olduğu kararda kötü niyet, sessiz kalma yoluyla hak kaybı açısından ele alınmamıştır. Ancak, bu demek değildir ki, marka hukukunda kötü niyet bazı durumlarda korunabilir. Anılan karar uyarınca, Yargıtay'ın

yer alan “Tanınmış markalarla ilgili hükümsüzlük davalarının tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açılması gerekir. Markanın tescilinde kötü niyet varsa iptal davası süreye bağlı değildir.” hükmünden de anlaşılacağı üzere 556 sayılı KHK'nın amacı her halükarda kötü niyetli tescillerin önlenmesidir. (...) 556 sayılı KHK'nın 35/1. maddesi uyarınca tescil başvurusu sırasında kötü niyetin başlı başına bir itiraz sebebi olarak öne sürülebilmesi mümkün olduğu gibi, sonradan aynı nedenle hükümsüzlük davasının açılabilmesi de KHK'nın amacına uygundur. Çünkü, KHK'nın 35/1. ve 42/1-(a) maddelerindeki düzenlemeler de, esasen, MK'nun 2.maddesinin özel bir uygulamasından ibarettir. Bu bakımdan her somut olayın özellikleri gözönüne alınarak açıkça kötü niyetle gerçekleştirildiği belirlenen marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilebilmelidir. Bu husus 556 sayılı KHK'nın 42. maddesinde başlı başına bir hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmemiş olsa dahi, genel hüküm ve temel prensip niteliğindeki MK'nun 2. maddesi uyarınca kötü niyetin korunması söz konusu olamayacağından dolayı aynı sonuca ulaşılması KHK'nin ruhuna da uygundur. YHGK'nun Dairemiz'ce de benimsenen 16.07.2008 tarih ve E.2008/11-501, K. 2008/507 sayılı ilamı da bu yöndedir” Yarg. 11. HD. E. 2010/8788, K. 2012/10516, T. 14.06.2012 (Yayımlanmamış Karar).

⁴⁴⁵ Kararın devamında Yarg. 11. HD, kötü niyete ilişkin yapmış olduğu açıklamaları bir kenara bırakıp, davalının kötü niyetli olması ile davacının sessiz kalması arasında bir seçim yapmış ve davalıyı korumuştur: “Aradan 23 yıl gibi bir zaman geçtikten sonra davacı-karşı davalının hükümsüzlük davası açması MK.2. maddesi ile bağdaşmaz. Her ne kadar yukarıda açıklandığı üzere 556 sayılı KHK'nın 42/1-(a) bendi uyarınca kötüniyetli tescil halinde hükümsüzlük davası süreye tabi değilse de bu hakkın kullanılmasının sınırı da MK.2. maddesidir. Davacı- davalı şirketin ayakkabı emitiyası yönünden yaptığı marka tescilinden itibaren 23 yıl gibi bir zaman boyunca bu markaya yatırımlar yapmasına sessiz kalarak davalı şirketin markası üzerinde emek sarfedip, masraf ve yatırımlar yaparak ticari çevrelerde tanıtım suretiyle kendisine ait yeni bir değer oluşturduktan sonra sözkonusu değer yok edilmesi sonucuna yol açacak şekilde davacının tecavüz teşkil ettiğini ileri sürerek hükümsüzlük talep etmesi yukarıda açıklanan şekilde hakkın kötüye kullanılması teşkil edip MK. 2. hükmü uyarınca korunması mümkün değildir” Yarg. 11. HD. E. 2010/8788, K. 2012/10516, T. 14.06.2012 (Yayımlanmamış Karar).

⁴⁴⁶ İstanbul 4. FSHHM E. 2013/112, K. 2013/105, T. 13.06.2013 (Yayımlanmamış Karar).

⁴⁴⁷ Yarg. HGK. E. 2013/11-1831, K. 2015/1198, T. 15.04.2015 (Kazancı).

marka hukukunda kötü niyete asla tolerans göstermek istemeyen bir tutum takındığı görülmektedir. Yargıtay HGK'nın 2015 yılında vermiş olduğu kararda ise kötü niyet, sessiz kalma yoluyla hak kaybı açısından ele alınmıştır. Karara konu olan somut olayda, değerlendirdiğimiz ihtimaller arasında hukuki konumunun en zayıf olduğunu düşündüğümüz durum mevcuttur. Başka bir deyişle, göz önüne aldığımız ihtimallerden üçüncüsü olan, tescil anında ve sessiz kalma süresi boyunca kötü niyetli kişinin somut olaya konu olduğunu söyleyebiliriz.

Belirtmiş olduğumuz, Yargıtay HGK'ya ait biri 2008, diğeri 2015 yılında verilmiş olan kararlar, kanaatimizce birbiriyle örtüşmemektedir. Zira, 2008 yılında verilen karara göre, marka hukukunda kötü niyetin asla korunamayacağına ilişkin bir anlam mevcuttur. Oysa 2015 yılında verilen kararda, somut olaydaki hak ihlalinde bulunan kişinin kötü niyet bakımından içinde bulunabileceği ihtimaller arasındaki en güçsüz konumda olduğu görülür ve buna rağmen bu kişinin sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasından faydalandığı görülmektedir. Kanaatimizce, 2008 yılında verilen kararlar uyumlu bir şekilde, kötü niyetli kişinin korunmaması gerekirdi.

Karşılaştırmalı hukuktaki hükümler doğrultusunda, kötü niyetli olmama tescil anında arandığına göre, bu anda hak ihlalinde bulunan kişi kötü niyetliyse, o halde onun sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunması yapabileceğinden söz edilemez. Dolayısıyla, tescil anındaki kötü niyetin zaman içerisinde dürüstlük kuralına uygun bir davranışa dönüşebilmesi mümkün olmaz⁴⁴⁸. Zira, ilgili hükümler açık bir şekilde hak ihlalinde bulunan kişinin kötü niyetli olmamasının tescil anında arandığını belirtmiştir. Bu sebeple, tescil anında var olmayan dürüstlük kuralına uygun davranışın sonradan oluşacağını söylemek, söz konusu hükümler ile bağdaşmaz. Kaldı ki, buradaki kavramı TMK m. 3 anlamında kötü niyet olarak kabul etsek dahi, aynı sonuca varmamız gerekir. Zira, TMK m. 3 anlamında kötü niyet, objektif olarak yanlış davranan kişinin haksızlık

⁴⁴⁸ Yargıtay 11. HD, 2002 yılında vermiş olduğu E. 2002/2823, K. 2002/6478 sayılı kararda kötü niyetin dürüstlük kuralına uygun bir davranışa dönüşemeyeceğini belirtmiştir. Sözü edilen kararda, kötü niyetli tescilin varlığı halinde hükümsüzlük davasının süreye tabi olmadığı, davacının hükümsüzlük talebinin kabulüne karar verilmiştir (**KARAN/KILIÇ**, § K.42.12). Ancak anılan dairenin 2015 yılındaki kararıyla bunu sürdürmediği görülmektedir.

bilincidir⁴⁴⁹. Hak ihlalinde bulunan kişinin, tescil anında var olan bu haksızlık bilincini sonradan kaybettiğini söyleyebilmek mantık kurallarına dahi aykırıdır⁴⁵⁰.

MarkKHK'nın 42. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, tanınmış markalarla ilgili hükümsüzlük davasının beş yıllık süreye tabi olduğu, ancak markanın tescilinde kötü niyet varsa davanın süreye bağlı olmadığı hüküm altına alınmıştır. Yargıtay'ın yerleşik içtihadıyla, hükümsüzlük davası açma süresinin tanınmış markalar dışında kalan markalar için de uygulandığını belirtmiştik⁴⁵¹. Bu bağlamda, ilgili hükümde yer alan kötü niyete ilişkin hükmün de aynı şekilde uygulanması gerekir. Başka bir deyişle, kötü niyet halinde hükümsüzlük davasının süreye bağlanamayacağı hükmü, tanınmış markalar dışında kalan markalar için de uygulanmalıdır.

Sözünü ettiğimiz Yargıtay kararına göre, kötü niyetli tescil halinde hükümsüzlük davasının bir süreye bağlı olamayacağına ilişkin bu esas, tanınmış markalar için dahi uygulanmamaktadır. Yargıtay, davacının dava hakkını kötüye kullanması ile davalının kötü niyetini bir teraziye koyduğunda, dava hakkının kötüye kullanılmasının ağır bastığına ve korunamayacağına, aksine kötü niyetin korunabileceğine karar vermiştir. Oysa her ikisinin de hukuki dayanağı TMK m. 2 hükmüdür. Kaldı ki, eğer davacının hakkını kötüye kullanılması, davalının hakkını kötüye kullanmasından daha ağır sonuçları gerektiriyorsa, şunu da gözden kaçırmamak gerekir: Başkasına ait markadan haksız kazanç elde etmek amacıyla kötü niyetli olarak TPE'ye tescil ettirmek için başvuruda bulunan ve tescili sağlayan kişi, marka tescil başvurusu yapma hakkını kötüye kullanmaktadır⁴⁵². Dolayısıyla, dava hakkının kullanılmasından önce, en başta hakkın kötüye kullanıldığından söz etmek mümkün olacaktır. Dürüstlük kuralına aykırı hareket eden kişinin korunabileceğine ilişkin böylesine bir yaklaşımı kabul edebilmek mümkün değildir.

Öğretideki bir görüşe göre, hak sahibinin uzun süre sessiz kalması, hak ihlalinde bulunan başlangıçta kötü niyetli olsa dahi artık gerçekleştirdiği eylemin hukuka aykırı olmadığını düşünmeye başlamasına sebep olur. Böylece başlangıçtaki

⁴⁴⁹ ZK-BAUMANN, Art. 3 N. 2.

⁴⁵⁰ AKKANAT, s. 203.

⁴⁵¹ Bkz. İkinci Bölüm, IV, C, 1, d.

⁴⁵² İstanbul 4. FSHHM E. 2013/112, K. 2013/105, T. 13.06.2013 (Yayımlanmamış Karar).

kötü niyet hak sahibinin sessiz kalması ve hak ihlalinde bulunması bu ihlalin hukuka aykırı olmadığı düşüncesine sevk etmesiyle “iyiniyete” dönüşebilir⁴⁵³.

Karşılaştırmalı hukukla aynı yönde hüküm içeren Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı’na göre, kötü niyetli olmamanın aranacağı zamana ilişkin “tescil anı”nın kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, tasarının 25. maddesinin altıncı fıkrasındaki, “(...) sonraki tarihli marka tescili kötüniyetli olmadıkça (...)” şeklindeki ifadede, tescil anından bahsedildiği açıktır.

C. KÖTÜ NİYETİN İSPATI

Hak ihlalinde bulunan kişinin tescil anında kötü niyetli olmaması sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme koşullarından biri olduğuna göre, bu durumun kim tarafından ispatlanması gerektiği önemlidir. İspat yükünün sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunu ileri süren hak ihlalinde bulunan kişide mi yoksa marka hakkı sahibinde mi olduğunu belirlemek gerekir.

Hak ihlalinde bulunanın tescil başvurusunda bulunma hakkını kötüye kullandığına ilişkin bir davada ispat yükü, hakkın kötüye kullanılmasından zarar gören kişiye aittir⁴⁵⁴. Dolayısıyla böyle bir davada ispat yükü, hak sahibine aittir. Hak sahibi, açtığı davada hak ihlalinde bulunanın hakkını kötüye kullandığını, bu sebeple sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için gereken “kötü niyetli olmama” koşulunun var olmadığını iddia ederse, bunu ispatla yükümlüdür⁴⁵⁵.

Hak ihlalinde bulunanın tescil başvurusunda bulunurken markanın başkasına ait olduğunu bilmediği veya bilebilecek durumda olmadığı, hakkın kötüye kullanılmasını engelleyen bir olgudur. Zira, tescil başvurusu esnasında bu markayı ilk kez kendisinin tescil ettirdiğini düşünen bir kişinin dürüstlük kuralına aykırı davrandığından söz edilememelidir.

⁴⁵³ CENGİZ, s. 181; BATTAL, s. 48. İsviçre hukukunda aynı yöndeki yaklaşım için bkz. PEDRAZZINI Mario M./von BÜREN Roland/MARBACH Eugen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, N. 791 ff; HAUSHEER/JAUN, Art. 2 N. 138.

⁴⁵⁴ AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 125.

⁴⁵⁵ KAYA, s. 341; “(...) davalının tescilinin kötü niyetli olduğunun ispatı gerekmekte olup (...)” Yarg. 11. HD E. 2003/7150, K. 2004/1792, T. 26.02.2004 (KARAN/KILIÇ, § K.42.17).

Hak ihlalinde bulunan kişinin, tescil anında markanın başkasına ait olduğunu bilmediğinin ispatlanması oldukça zordur. Zira, bu durum, doğrudan tanımlanamayan, içsel bir durumdur⁴⁵⁶. Bu bir içsel durum olduğuna göre, hiç kimsenin içsel durumuna dair kesin bir yargıda bulunulamayacağından kişinin söz konusu durumu bildiğini tespit etmek neredeyse imkansızlaşır⁴⁵⁷. Ancak bu demek değildir ki, hak sahibinin, hak ihlalinde bulunanın bu durumu bildiğini ispatlaması her zaman olanaksızdır. Zor da olsa, hak sahibinin bunu ispatlayabilmesi mümkündür.

Hak sahibi, hak ihlalinde bulunanın kötü niyetli olduğunu iddia ediyorsa, tescil anında markanın başkası adına tescilli olduğunu bildiğini, bunu bilmeseydi gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olduğunu ispatlayabilir.

Başka bir sorun ise, gerekli özenin gösterilip gösterilmediğinin ölçüsüdür. Kuşkusuz burada iki ölçüden yararlanmaya olanak vardır. Birincisi, subjektif ölçü, ikincisi ise, objektif ölçüdür. Hakim, hak ihlalinde bulunan kişinin gerekli özeni gösterip göstermediğini tespit ederken subjektif değil, objektif bir ölçüden yararlanmalıdır. Bu, aynı veya benzer koşullar altında ortalama zekaya sahip ve dürüst bir kişinin göstereceği özenin gösterilmiş olup olmadığının değerlendirileceği anlamına gelir⁴⁵⁸.

Kötü niyetin varlığı için sadece bunun ispatı yeterli olmaz. Ayrıca, marka tescil başvurusu hakkının kötüye kullanıldığı da ispat edilmelidir. Ancak, bu durum pek çok kez kötü niyetin varlığının tespitinde tek ölçüt olarak dikkate alınmaktadır. Başka bir deyişle, tescil anında markanın başkasına ait olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişinin, hakkın kötüye kullanılmasına sebep olduğu kabul edilir.

Yargıtay'ın kararlarına bakıldığında görülmektedir ki, hak ihlalinde bulunanın pek çok ülkede tescil edilmiş ve tanınmış marka niteliğine sahip olan markalara dair

⁴⁵⁶ **HOFER** Sibylle, Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Bern 2012, Art. 3 N. 99; **HAUSHEER** Heinz/**JAUN** Manuel, Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003, Art. 3 N. 34; **MIDDENDORF** Patrick/**GROB** Beatrice, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2012, Art. 3 N. 4.

⁴⁵⁷ **HAUSHEER**/**JAUN**, Art. 3 N. 34; **AKKANAT**, s. 54.

⁴⁵⁸ **OĞUZMAN**/**BARLAS**, N. 846; **ANTALYA**/**TOPUZ**, s. 330-331; **AKKANAT**, s. 68.

tescilden haberdar olmadığı iddiası isabetsizdir⁴⁵⁹. Bugün ortalama bir tüketici dahi söz konusu markaya dair ürünleri kullansın veya kullanmasın markanın tanınmışlığını bilmektedir. Tanınmışlığın yanında markanın uzun yıllardan beri dünyanın pek çok ülkesinde var olan bir marka olduğu söylenebilirse, bu markanın başkası adına tescilli olduğundan haberdar olunmadığı iddiası kabul edilemez.

Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, hak ihlalinin bilinmesi koşulunda olduğu gibi burada da önem arz eder. Bu noktada, hak ihlalinde bulunan kişinin tacir olması halinde tedbirli bir tacir gibi davranması gerektiğinden, kendi faaliyet alanındaki markalara ilişkin tescili bilmediğine ilişkin iddiası isabetsizdir⁴⁶⁰. Bundan başka, hak ihlalinde bulunan kişinin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir sonucu, tescile konu ettiği marka dünyaca tanınmış bir marka ise bu durumu ve söz konusu markanın bir başkası adına tescilli olduğunu bilmesi gerekliliğidir⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ “(...) menşei ülke ABD ve dünyanın diğer bir kısım ülkelerindeki tescillerin daha eski tarihlere dayandığı ve Mr. M. ibaresi üzerinde davacının öncelik hakkına sahip olduğu, sunulan delillere göre davacı markasının tanınmış olduğu, bu ibareden davalı yanın başvuru tarihinde haberdar olmadığı düşünülmemeyeceği, davalının tescilinin kötüniyetli olduğu (...)” Yarg. 11. HD. E. 2015/4781, K. 2015/11544, T. 04.11.2015 (Kazancı); “(...) davalının sadece Türkiye’de değil, tüm dünyada tanınmış ve maruf bir markayı, kendi adına tescil ettirirken haberdar olmamasının yaşamın akışına aykırı olduğu (...)” Yarg. 11. HD. E. 2002/2823, K. 2002/6478, T. 24.06.2002 (KARAN/KILIÇ, § K.42.12).

⁴⁶⁰ “Öte yandan, davalı da çay konusunda uluslararası ticari alanda faaliyet gösteren bir kuruluş olması nedeniyle dünyadaki bu konudaki gelişmeleri ve bununla ilgili marka tescillerini takip etmek zorundadır. Bu zorunluluk basiretli bir tacir olmanın da zaruri sonucudur. O halde, aynı sahada çalışan davalının 15 ülkede tescilli bir markayı bilmediğini ve o nedenle Türkiye’de tescil ettirdiğini ileri sürmesi, TTK.nun 21/2 nci maddesinde aykırı olduğu gibi, MK.nun 2.maddesine göre de mümkün görülemez” Yarg. 11. HD. E. 2001/9903, K. 2002/3699, T. 19.04.2002 (Kazancı).

⁴⁶¹ “(...) markasının mücevherat alanında dünyaca tanınmış bir marka olduğu hususu dikkate alındığında davalı tarafın basiretli bir tacir olarak anılan markanın bir başkası adına tescilli olduğunu bilmesi gerektiği, bu sebeple davacı markasının aynısını tescil ettiren davalı tarafın kötüniyetli olduğu (...)” Yarg. 11. HD. E. 2014/14929, K. 2015/752, T. 21.01.2015 (Kazancı); “(...) davacı markasının tanınmış marka olması nedeniyle bu durumun iltibası artırdığı, davalının basiretli bir tacir gibi davranmayarak tescil için başvuru aşamasında kötüniyetli olduğu (...)” Yarg. 11. HD. E. 2011/13483, K. 2013/10457, T. 21.05.2013 (Kazancı).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBININ HÜKÜMLERİ

I. KURUMUN İLERİ SÜRÜLMESİ BAKIMINDAN NİTELİĞİ

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin gerçekleşme koşulları yerine geldiğinde, kuruma ait hükümler hak sahibi ve hak ihlalinde bulunan bakımından doğar. Bu sebeptir ki, söz konusu hükümlerin ne olduğu ve nasıl doğacağı, incelenmesi gereken bir konudur.

Kuruma ilişkin hükümlerin doğabilmesinde hak sahibi kadar hak ihlalinde bulunanın rolü de önemlidir. Zira, kurumun gerçekleştiğine ilişkin iddia, hak ihlalinde bulunan tarafından gündeme getirilir. Bu kişi, hak sahibinin hakkını sessiz kalma yoluyla kaybettiğini ileri sürer ve hakimden kendisine yönelik açılan davanın reddini ister. O halde, ilk olarak değerlendirilmesi gereken konu, kurumun ileri sürülmesi bakımından niteliğidir. Zira, hak ihlalinde bulunan kişinin mahkemede “sessiz kalma yoluyla hak kaybı”nı ileri sürmesinin niteliği, yargılamanın gidişatına yön veren bir durumdur. Mademki marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybı, hak ihlalinde bulunan tarafından gündeme getirilir, o zaman bunun niteliğinin araştırılması gerekecektir.

Hak ihlalinde bulunan tarafından bir savunma aracı olarak kullanılan kurumun “itiraz” mı “def’i” mi olduğu belirlenmelidir. Zira, itiraz ile def’i birbirinden farklı kavramlardır ve sonuçları da başkadır. İtiraz olarak yapılacak bir nitelendirme, hak ihlalinde bulunanı daha güçlü konuma sokarken, def’i kavramı, itirazın yanında güçsüz kalır. Her iki kavramın en önemli ortak özelliği, maddi hukuka ilişkin olmalarıdır⁴⁶². O halde, bu iki kavramı tanımlamak ve arasındaki farklara değinmek gerekir.

⁴⁶² HELVACI/ERLÜLE, s. 45.

A. İTİRAZ GÖRÜŞÜ

İtiraz, bir hakkın doğumunu önleyen veya hakkı sonlandıran olguların ileri sürülmesidir⁴⁶³. İtirazın en önemli özelliği, davalı tarafından ileri sürülmemiş olsa bile hakimin dava dosyasından itirazın varlığını anlaması halinde, bunu kendiliğinden dikkate alması gerektiğidir⁴⁶⁴. Bu özelliğiyle itiraz, ileri süren kişi için önemli bir savunma aracıdır. Kaldı ki, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması, aslında hiç ileri sürülmemesi halinde bile hakkın doğumuna engel olan veya hakkı sona erdiren olguların varlığı halinde bunlara geçit verilmeyeceği anlamına gelir. Bu sebeple, eğer bir hakkın doğumunu önleyen veya hakkı sonlandıran bir olgu varsa, hukuk düzeni buna müsamaha göstermez.

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin itiraz nitelendirmesi yapılırsa, bunun hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınabileceği görülür. Davalı tarafından sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin hiçbir savunma ileri sürülmemiş olsa dahi, hakim dava dosyasından sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin gerçekleşme koşullarının sağlandığını anlarsa, bu yönde hüküm kuracaktır.

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının itiraz mı yoksa def'i mi olduğuna ilişkin Yargıtay'ın tutumu oldukça berraktır. Yargıtay'ın kararları incelendiğinde, bu durumun bir itiraz olduğu ve hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerektiğine hükmedildiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme, bir kararında bu durumu “(...) hükümsüzlük davasının açıldığı tarih itibariyle 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” şeklinde

⁴⁶³ OĞUZMAN/BARLAS, N. 1007; İMRE, s. 270; SEROZAN, Genel Bölüm, II § 10 N. 16; HELVACI/ERLÜLE, s. 45; ANTALYA/TOPUZ, s. 424.

⁴⁶⁴ OĞUZMAN/BARLAS, N. 1008; SEROZAN, Genel Bölüm, II § 10 N. 16; HELVACI/ERLÜLE, s. 45-46; ANTALYA/TOPUZ, s. 424; “Davalının açıkça itiraz ettiğini belirtmesine gerek kalmadan, dava dosyasındaki bilgilerden bir itiraz sebebinin varlığı anlaşılıyorsa, hâkimin bunu re'sen (kendiliğinden) dikkate alması gerekir” Yarg. 9. HD. E. 2014/32271, K. 2016/4271, T. 29.02.2016 (Kazancı). Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD. E. 2013/37541, K. 2015/11252, T. 24.03.2015 (Kazancı); Yarg. 9. HD. E. 1997/2552, K. 1997/8234, T. 06.05.1997 (Kazancı); Yarg. 4. HD. E. 1973/6155, K. 1974/17127, T. 20.12.1974 (Kazancı).

ifade etmiştir⁴⁶⁵. Tıpkı Yargıtay gibi, Alman Federal Adalet Mahkemesi de bunun bir itiraz olduğunu kabul etmektedir⁴⁶⁶.

Öğretideki birtakım yazarlara göre, bu bir itirazdır ve hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir⁴⁶⁷. Başka bir deyişle hakim, dava dosyasından sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme koşullarının sağlandığını anlarsa, bu davalı tarafından ileri sürülmemiş olsa dahi davayı reddetmelidir. Bunun itiraz olarak kabul edilmesi halinde söz konusu itiraza “hak kaybı itirazı” denilebilir⁴⁶⁸. Hak kaybına ilişkin davalı tarafından yapılan savunma aslında hakkın kötüye kullanıldığına dair bir savunma olduğuna göre, bu bir def’i olamayacağından, itiraz olarak nitelendirilmelidir⁴⁶⁹.

B. DEF’İ GÖRÜŞÜ

Def’i, tıpkı itiraz gibi bir savunma çeşididir, ancak itirazdan farklı olarak, davalının hakkın varlığını kabul etmekle birlikte özel bir sebebe dayanarak edimi yerine getirmekten kaçınması söz konusudur⁴⁷⁰. Def’inin en önemli özelliği, sadece davalı tarafından ileri sürülmesi halinde hakim tarafından dikkate alınabileceğidir⁴⁷¹. Başka bir

⁴⁶⁵ Yarg. 11. HD. E. 2010/12137, K. 2012/16604, T. 18.10.2012 (Kazancı); “*Ne var ki somut uyuşmazlıkta, marka hakkı sahibi davalı Erinoks Servis Ek. San. ve Tic. A.Ş.’nin sessiz kalmak suretiyle davacının “ERİNOKS” ibaresini tanıtıcı işaret (tescilsiz marka) olarak kullanımı aleyhine dava açma hakkını yitirip yitirmediği hususu, ancak marka sahibi davalı tarafından açılacak bir tecavüzün önlenmesi davasının yargılanması sırasında ve M.K.’nun 2.maddesi uyarınca mahkemece de re’sen dikkate alınması gereken bir itiraz mahiyetinde olup (...)*” Yarg. 11. HD. E. 2010/6588, K. 2011/17257, T. 12.12.2011 (Kazancı). Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD. 2011/7104, K. 2012/14860, T. 02.10.2012 (ÇOLAK, s. 807).

⁴⁶⁶ BGH GRUR 2008, s. 1104 ff.; BGH GRUR 1966, s. 623 ff. Aynı yönde bkz. OLG München, NJWE-WettBR 1998, s. 113.

⁴⁶⁷ FEZER, § 21 Rn. 46; INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 54; HACKER, § 21 Rn. 23; DÖRRE, § 21 Rn. 38; SCHWEIZER, s. 337; FERNÁNDEZ-NÓVOA, s. 444; YANLI, s. 296; KARAHAN, Zamanaşımı, s. 305; KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL, s. 22; CENGİZ, s. 181.

⁴⁶⁸ Alman hukukunda bu kavram “*Verwirkungseinwand*” olarak adlandırılmaktadır (JAUERNIG/MANSEL, BGB § 242 Rn. 55).

⁴⁶⁹ SCHWEIZER, s. 337.

⁴⁷⁰ OĞUZMAN/BARLAS, N. 1009; EDİS, s. 361; İMRE, s. 271; SEROZAN, Genel Bölüm, II § 10 N. 17; HELVACI/ERLÜLE, s. 46; ANTALYA/TOPUZ, s. 425; “*Davalının, dava dayanağı olayı ve borcun varlığını inkâr etmeden, borçlu bulunduğu edimi, özel bir sebebe dayanarak yerine getirmekten kaçınmasına imkân veren hakka def’i denir*” Yarg. 9. HD. E. 2014/32271, K. 2016/4271, T. 29.02.2016 (Kazancı); “*Burada, davalı aslında borçludur, ancak özel bir nedene dayanarak borcu yerine getirmekten kaçınmaya hakkı vardır*” Yarg. 4. HD. E. 1973/6155, K. 1974/17127, T. 20.12.1974 (Kazancı).

⁴⁷¹ OĞUZMAN/BARLAS, N. 1012; EDİS, s. 361; İMRE, s. 271; HELVACI/ERLÜLE, s. 46; ANTALYA/TOPUZ, s. 425.

deyişle, def'i davalı tarafından ileri sürülmedikçe, hakim def'inin varlığını dava dosyasından anlasa bile kendiliğinden dikkate alamaz.

Kurumun niteliğinin bir def'i olduğu söylenirse, ancak davalı tarafından gündeme taşınırsa hakim, kurumun gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirir. Bu yönüyle, itiraz ile arasında önemli bir farklılık söz konusu olduğu görülmektedir.

Öğretideki birtakım yazarlar, bunun itiraz değil, def'i olduğunu, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınamayacağını ve mutlaka davalı tarafından ileri sürülmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁴⁷². **TEKİNALP** tarafından bunun neden def'i olduğuna dair bir açıklama yapılmamıştır. **ÇOLAK** ise, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesiyle hakkın ortadan kalkmadığını, halen mevcut olduğunu, sadece TMK m. 2'den ötürü artık talep edilemeyeceğini savunmaktadır. Bundan dolayı yazara göre, burada itirazdan söz etmek doğru değildir ve tıpkı zamanaşımı def'i gibi bir def'inin varlığının kabulü gerekir⁴⁷³.

C. DEĞERLENDİRME

Kanaatimizce, marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybı, bir itirazdır. Dolayısıyla, davalı tarafından ileri sürülmüş olması gerekmez, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınmalıdır⁴⁷⁴. Biz, bunun bir def'i olduğu yönündeki görüşe katılmıyoruz. Zira, itiraz kavramına ilişkin tanımda da görüldüğü gibi, hakkın doğumunu önleyen veya hakkı sona erdiren olguların ileri sürülmesine itiraz denilmektedir. Davalı, sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin bir savunma ileri sürdüğünde, bunun hakkı sona erdiren bir olgunun ileri sürülmesi olduğunu söylemek doğru olur. Davacının marka hakkını ihlal eden davalı, bu savunmayı yaparken, def'ide olduğu gibi bir hakkın varlığını kabul eden bir tutumdan ziyade, tam aksi bir tavır alarak, hakkın sona erdiğini ileri sürer. Davacının dava hakkının kuruma ilişkin gerçekleşme koşullarının yerine gelmesiyle sona erdiği ve ileri sürülemeyeceği savunması, bunun özünü oluşturur. Belirtmek gerekir ki, davalının savunması, dava hakkının sona erdiğine yöneliktir. Davalı hiçbir zaman esas hak olan marka hakkının

⁴⁷² **TEKİNALP**, § 26 N. 58b; **ÇOLAK**, s. 806.

⁴⁷³ **ÇOLAK**, s. 806.

⁴⁷⁴ **INGERL/ROHNKE**, § 21 Rn. 54.

sona erdiğini ileri sürmez. Kaldı ki, sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin koşullar gerçekleştiğinde, marka hakkı sona ermez. Burada sona eren, marka hakkından doğan dava hakkıdır. İşte bunun ileri sürülmesi, hakkı sona erdiren bir olgunun ileri sürülmesi olduğuna göre, bir itiraz niteliği taşımaları ve hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınmalıdır⁴⁷⁵.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekliliğinin bir diğer sebebi, kurumun temelini TMK m. 2'deki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı olmasıdır. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin hüküm, emredici niteliktedir⁴⁷⁶. Bunun bir sonucu olarak, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınmalıdır⁴⁷⁷. Bu kuralın uygulanması için ileri sürülmesine gerek yoktur⁴⁷⁸. O halde, dürüstlük kuralının özel bir görünümünü oluşturan marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının, dürüstlük kuralının emredici ve hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerektiği durumundan bağımsız ve ayrı bir konuma sahip olması söz konusu olamaz. Başka bir deyişle, dürüstlük kuralına ilişkin bu durum, kurumun hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerektiği sonucunu da beraberinde getirir. Hakim, marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunu ele aldığı uyuşmazlıkta en nihayetinde dava hakkının kötüye kullanıldığına, başka bir deyişle oluşan durumun TMK m. 2'deki dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğine hükmedip davanın reddine karar verdiği göre, böyle bir sonuca varmamız söz konusu olacaktır.

II. KURUMUN HÜKÜMSÜZLÜK DAVASINA KONU OLMASI HALİNDE HÜKÜMSÜZLÜK HALLERİ BAKIMINDAN NİTELİĞİ

Sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin bir savunmanın markanın hükümsüzlüğü davası bakımından yapılabileceğini ilkesel olarak söyleyebilmek

⁴⁷⁵ FEZER, § 21 Rn. 46; LANGE, Rn. 3013.

⁴⁷⁶ ZK-BAUMANN, Art. 2 N. 42; HAUSHEER Heinz/AEBI-MÜLLER Regina E., Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Bern 2012, Art. 2 N. 87; AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 7, 10; ARSLAN, s. 27.

⁴⁷⁷ BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N. 87; EDİS, s. 292; AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 10; ANTALYA/TOPUZ, s. 368; ARSLAN, s. 27.

⁴⁷⁸ ZK-BAUMANN, Art. 2 N. 42.

mümkündür. Zira, markanın hükümsüzlüğüne ilişkin açılacak dava, hangi hükümsüzlük haliyle açılmış olursa olsun MarkKHK tarafından bir süreye bağlı kılınmamıştır. Ancak, markanın hükümsüzlüğüne ilişkin MarkKHK’da beş adet hükümsüzlük halinin düzenlenmiş olması ve bu hallerin hem nitelik hem de davacılar bakımından birbirinden farklı oluşu, kurumu hükümsüzlük halleri bakımından değerlendirmemizi zorunlu kılar.

MarkKHK’da düzenlenen hükümsüzlük hallerini biz üçe ayırarak kategorize etmekteyiz. Bunlar, mutlak ret nedenleri, nispi ret nedenleri ve diğer hükümsüzlük halleri olarak sınıflandırılabilir. Bu hükümsüzlük hallerinin genel yapısı ele alınmalı ve neden oldukları hükümsüzlük davasında sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının yapıp yapılamayacağı değerlendirilmelidir.

A. MUTLAK RET NEDENLERİ BAKIMINDAN

MarkKHK’nın 42. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde mutlak ret nedenlerinin hükümsüzlük hali olduğu düzenlenmiştir. Mutlak ret nedenlerine ilişkin bir halin varlığı, markanın hükümsüz kılınmasına sebep olur. Bu nedenlerden birinin varlığı halinde markanın hükümsüzlüğü söz konusu olduğuna göre, öncelikle mutlak ret nedenlerinin ne olduğuna bakmak gerekir.

Mutlak ret nedenleri, MarkKHK’nın 7. maddesinde düzenlenmiştir⁴⁷⁹. Söz konusu düzenlemeye göre, hükümde belirtilen işaretlerin marka olarak tescil edilmesi

⁴⁷⁹ “a) 5 inci madde kapsamına girmeyen işaretler,

b) Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar,

c) Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar.

d) Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar,

e) Malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretler,

f) Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markalar, g) Yetkili mercilerden kullanmak için izin alınmamış ve dolayısıyla Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesine göre reddedilecek markalar,

h) Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi, kültürel değerler bakımından halka mal olmuş ve ilgili mercilerin tescil izni vermediği diğer armalar, amblemler veya nişanları içeren markalar,

ı) (İptal: Anayasa Mahkemesi’nin 27/5/2015 tarihli ve E.: 2015/33, K.: 2015/50 sayılı Kararı ile.)

j) Dini değerleri ve sembolleri içeren markalar,

kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır. Bunlar, kamu çıkarlarını korumak üzere herkese kapalı işaretlerdir⁴⁸⁰. Bu sebeptendir ki, tescil başvurusu esnasında mutlak ret nedenlerinden birinin varlığı halinde bu başvurunun TPE tarafından reddedilmesi gerekir. Dolayısıyla, mutlak ret nedenleri, TPE tarafından kendiliğinden dikkate alınır⁴⁸¹. Bu özelliğiyle, mutlak ret nedenlerinin markanın tescili esnasında var olan bir durum olduğunu söyleyebiliriz⁴⁸². Başka bir deyişle, mutlak ret nedenlerine ilişkin bir hal, marka tescil edildikten sonra ortaya çıkmaz⁴⁸³. Bu durum markanın tescili sırasında zaten mevcuttur. Ancak, bir şekilde tescil edilmemesi gereken bu işaret tescil edilmiştir. O halde, bu tescili ortadan kaldırmak için hükümsüzlük davası açılacaktır.

Öğretide mutlak ret nedenlerinden birinin varlığı halinde açılacak hükümsüzlük davasının bir süreyle sınırlandırılmasının doğru olmayacağı ileri sürülmüştür⁴⁸⁴. Zira, mutlak bir ret nedeninin varlığına rağmen tescil edilen işaretin yıllar sonra dahi hükümsüz kılınabilmesi, mutlak ret nedenlerinin niteliğinden kaynaklanır. Bunların ifade ettiğimiz gibi kişisel çıkarları korumaktan ziyade daha çok kamunun çıkarlarını korumaya yönelik olmalarından böyle bir görüş belirtilmiştir. Bu sebeple, mutlak ret nedenlerine dayalı açılan bir hükümsüzlük davasında, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme koşullarının sağlanması halinde davanın reddedilemeyeceği sonucuna varılmaktadır.

Mutlak ret nedenlerinden biri temelinde açılan hükümsüzlük davasında sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının ileri sürülemeyeceğine dair bir diğer gerekçe ise, davacılar yönündendir. Mutlak ret nedenlerine dayalı davayı kimlerin açabileceğini belirtmiştik⁴⁸⁵. Bir kez daha yinelemek gerekirse, zarar gören kişiler, Cumhuriyet savcıları ve ilgili resmi makamlar dava açabileceklerdir. O halde, Cumhuriyet savcılarının veya ilgili resmi makamların açtığı hükümsüzlük davasında, sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının ileri sürülüp sürülemeyeceği değerlendirilmelidir.

k) Kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalar”

⁴⁸⁰ KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 7; ÇOLAK, s. 119; “(...) mutlak ret nedenini oluşturan işaretler, üzerlerinde bir başkasının hakkı olduğu gerekçesiyle değil, nitelik ve özellikleri itibarı ile herkese kapalı olan işaretlerdir” Yarg. 11. HD. E. 1999/5790, K. 1999/9590, T. 26.11.1999 (YASAMAN, C. 1, s. 224).

⁴⁸¹ ARKAN, C. 1, s. 71; YASAMAN, C. 1, s. 223; KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 8; ÇOLAK, s. 119.

⁴⁸² ARKAN, C. 2, s. 155.

⁴⁸³ ARKAN, C. 2, s. 158.

⁴⁸⁴ ÇOLAK, s. 803.

⁴⁸⁵ Bkz. İkinci Bölüm, II, B.

Öğretide, özellikle kamu yararı adına hareket eden Cumhuriyet savcılarının açtıkları hükümsüzlük davasında, sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin hükümler işlerlik kazanırsa, bu durumda Cumhuriyet savcılarının dava hakkını kötüye kullandıkları sonucunun ortaya çıkacağı belirtilmiştir⁴⁸⁶. Aynı şekilde, ilgili resmi makamların, uzun bir sürenin ardından açtıkları davada hakkın kötüye kullanılması engeli ile karşılaşmaları, rasyonel bir yaklaşım olmayabilir. Bu sebeple, bu davacıların açacağı hükümsüzlük davalarında sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin hükümler uygulama alanı bulursa, belirli bir sürenin geçmesiyle beraber kamusal yararın ortadan kalktığı ve kamunun çıkarlarını gözeten bu kişilerin dava hakkını kötüye kullandıkları şeklinde bir sonuca varma endişesi bulunur⁴⁸⁷.

B. NİSPİ RET NEDENLERİ BAKIMINDAN

MarkKHK'nın 42. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde nispi ret nedenlerinin hükümsüzlük hali olduğu düzenlenmiştir. Tıpkı mutlak ret nedenlerinde olduğu gibi, nispi ret nedenlerine ilişkin bir halin varlığı, markanın hükümsüz kılınmasına sebep olur. O halde, markanın hükümsüzlüğü sonucunu doğuran nispi ret nedenlerinin ne olduğuna bakmak gerekir.

Nispi ret nedenleri, MarkKHK'nın 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükmün birinci fıkrasının (a) bendinde⁴⁸⁸ daha önce tescil edilmiş veya tescili için başvuruda bulunulmuş markanın aynısı olan ve aynı mal veya hizmetleri kapsayan marka, (b) bendinde⁴⁸⁹ daha önce tescil edilmiş veya tescili için başvuruda bulunulmuş marka ile karıştırılmaya sebep olan marka, ikinci fıkrasında⁴⁹⁰ ticari vekil veya temsilcinin marka

⁴⁸⁶ ÇOLAK, s. 804.

⁴⁸⁷ BATTAL, s. 50; ÇOLAK, s. 804.

⁴⁸⁸ “Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı ise ve aynı mal veya hizmetleri kapsıyorsa” (MarkKHK m. 8/1-a).

⁴⁸⁹ “Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa” (MarkKHK m. 8/1-b).

⁴⁹⁰ “Marka sahibinin ticari vekili veya temsilcisi tarafından markanın kendi adına tescili için, marka sahibinin izni olmadan ve geçerli bir gerekçe gösterilmeden yapılan başvuru, marka sahibinin itirazı üzerine red edilir” (MarkKHK m. 8/2).

sahibine ait markanın kendi adına tescilini istemesi, üçüncü fıkrasında⁴⁹¹ başka bir kişiye ait tescilsiz marka ve işaret, dördüncü fıkrasında⁴⁹² markanın itibarına zarar veren ve ayırt edici karakterinin zedeleyen marka, beşinci fıkrasında⁴⁹³ başkasına ait ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsayan marka, altıncı fıkrasında⁴⁹⁴ sona eren ortak marka veya garanti markasının aynı veya benzeri olan marka, yedinci fıkrasında⁴⁹⁵ koruma süresinin dolmasından sonra yenilenmeyen markanın aynı veya benzeri olan markanın itiraz üzerine tescil edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeden de görüleceği üzere nispi ret nedenleri, tescil başvurusundan önce hak kazanmış kişilerin haklarını korumaya yöneliktir⁴⁹⁶. Mutlak ret nedenlerinde olduğu gibi bunların TPE tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekmez⁴⁹⁷. Zira, bu haller, kamunun çıkarlarına hizmet eden, herkese kapalı olan işaretler değildir⁴⁹⁸. Bunlar, sadece hak sahibinin çıkarlarıyla ters düşen hallerdir. İtiraz üzerine tescil başvurusu reddedilmesi gerekirken nasıl olduysa tescil edilen bu işaretlerin hükümsüz kılınması için hükümsüzlük davası açmak mümkündür.

Kamusal yarar bulunmayan, sadece hak sahibinin çıkarlarını korumaya yönelik olan nispi ret nedenlerine dayalı hükümsüzlük davası, süre ile sınırlandırılabilir. Mutlak ret nedenlerine dair hükümsüzlük davasında kamusal yarar ile markayı tescil

⁴⁹¹ “Tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin itiraz etmesi üzerine, tescili istenilen marka, aşağıdaki hallerde tescil edilmez.

a) Markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş ise,

b) Belirtilen işaret, sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa” (MarkKHK m. 8/3).

⁴⁹² “Marka, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynı veya benzeri olmakla birlikte, farklı mallar veya hizmetlerde kullanılabilir. Ancak, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın, toplumda ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verebileceği veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumda, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir marka sahibinin itirazı üzerine, farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa bile, sonraki markanın tescil başvurusu red edilir” (MarkKHK m. 8/4).

⁴⁹³ “Tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsamaması halinde, hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilir” (MarkKHK m. 8/5).

⁴⁹⁴ “Ortak ve garanti markalarının sona ermesinden itibaren üç yıl içinde ortak marka veya garanti markası ile aynı veya benzeri olan marka tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir” (MarkKHK m. 8/6).

⁴⁹⁵ “Bir markanın yenilenmeme nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonra iki yıl içerisinde aynı veya benzer markanın, aynı veya benzer mal ve hizmetler için yapılan tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir” (MarkKHK m. 8/7).

⁴⁹⁶ ARKAN, C. 1, s. 71.

⁴⁹⁷ ÇOLAK, s. 204.

⁴⁹⁸ YASAMAN, C. 1, s. 224.

ettirmiş kişi arasında bir seçim yapılırken, nispi ret nedenlerine dair hükümsüzlük davasında markayı tescil ettirmiş kişinin karşısında hak sahibi yer alır. Dolayısıyla burada kamu düzeni gibi üstün bir durumun olmadığı, eşitlerin karşılıklı geldiği söylenebilir.

Mutlak ret nedenlerinin varlığı halinde açılan hükümsüzlük davasında sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının yapılamayacağına dair ileri sürülen bir argümanın, bu davayı açma hakkına sahip olan Cumhuriyet savcıları ve ilgili resmi makamların kamusal yararı gözettiği ve bunların hakkın kötüye kullanılmasına sebep olmalarının mantık kurallarıyla çelişmesi olduğunu ifade etmiştik. Nispi ret nedenlerine dayalı hükümsüzlük davası, her ne kadar kanun koyucunun ifadesinden zarar gören kişilerin yanı sıra Cumhuriyet savcıları ve ilgili resmi makamlarca da açılabilir gibi anlaşılabilir da, belirttiğimiz gibi bu öğretinin tarafından eleştirilmektedir. Kabul edilen, nispi ret nedenlerine dayalı davanın sadece zarar gören kişiler tarafından açılabilmesidir. Başka bir deyişle, sadece hak sahibinin bu davayı açabilmesi gerekir. O halde, hak sahibinin açacağı bir davanın kötüye kullanılması pekala mümkündür⁴⁹⁹. Hak sahibinin belirli bir süre sessiz kaldıktan sonra hükümsüzlük davası açma lüksü yoktur. Eğer böyle bir tavır geliştirirse, elbette hak ihlalinde bulunana üstünlük tanımak ve onu korumak doğru olur.

C. DİĞER HÜKÜMSÜZLÜK HALLERİ BAKIMINDAN

MarkKHK'nın 42. maddesinin birinci fıkrasının (d), (e) ve (f) bentlerinde mutlak ret nedenleri ve nispi ret nedenlerinin dışında başkaca hükümsüzlük hallerine yer verilmiştir⁵⁰⁰. Bu hükümsüzlük hallerinin mutlak ve nispi ret nedenlerine dayalı hükümsüzlük hallerinden farkı, bunların markanın tescili esnasında var olmayıp sonradan ortaya çıkan haller olmasıdır⁵⁰¹. Başka bir deyişle, MarkKHK'nın 42. maddesinin birinci fıkrasının (d), (e) ve (f) bentlerinde yer alan hükümsüzlük halleri,

⁴⁹⁹ KARAN/KILIÇ, § 42.4.4.1.

⁵⁰⁰ “d) Marka sahibinin davranışları nedeniyle, marka mal ve hizmetler için yaygın bir ad haline gelmiş ise,

e) Hak sahibi veya yetkili kıldığı kişi tarafından kullanım sonucunda tescil edildiği mal ve hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda halkta yanlış anlama ihtimali var ise,

f) 59 uncu maddeye aykırı kullanım”

⁵⁰¹ ARKAN, C. 2, s. 155.

tescil anında var olmayan hallerdir. Bunlar, marka tescil edildikten sonra ortaya çıkar. Böyle bir durumda bu markalara dair hükümsüzlük davası açabilmek mümkün olur.

Bu hükümsüzlük hallerine dayalı davanın da diğer hükümsüzlük hallerinde olduğu gibi hiçbir süreye bağlı olmaksızın açılabilmesi kanun koyucu tarafından mümkün kılınmıştır. O halde bir anlamda bir süre sınırlaması getirme özelliğine sahip olan sessiz kalma yoluyla hak kaybı hükümlerinin bu hallerde uygulanıp uygulanmayacağı incelenmelidir.

Bu hükümsüzlük hallerine bakıldığında görülmektedir ki, bunlar kamu yararını gözetilen hükümsüzlük halleridir. Dolayısıyla, bu anlamda mutlak ret nedenlerine yaklaşır. O halde, bu hükümsüzlük hallerine dayalı olarak açılacak hükümsüzlük davasında sessiz kalma yoluyla hak kaybı hükümlerinin uygulanamayacağını söyleyebiliriz. Mutlak ret nedenlerinden doğan hükümsüzlük davası için yapılan açıklamalar aynı şekilde burada da geçerli olmalıdır.

D. DEĞERLENDİRME

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybına dair hükümlerin hangi hükümsüzlük hallerinde ne şekilde uygulanması gerektiği önem arz eden bir konudur. Bu kapsamda belirtmemiz gerekir ki, kanaatimizce, bir hal hariç olmak üzere, mutlak ret nedenlerine dayalı hükümsüzlük davasında sessiz kalma yoluyla hak kaybının hükümleri uygulanamaz. Hariç tuttuğumuz bu hal, MarkKHK'nın 7. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki haldir⁵⁰². Zira, bu mutlak ret nedeni, diğer mutlak ret nedenlerinden farklıdır. Diğer nedenlerin kamu yararını gözettiğini ve bu doğrultuda mutlak ret nedeni olarak düzenlendiğini söyleyebiliriz de aynı şeyi bu neden için söyleyebilmek mümkün olmaz. İlgili bentteki mutlak ret nedeni, kamu yararını değil, hak sahibinin çıkarlarını korumayı amaçlar. Bu sebeple, bunun bir mutlak ret nedeni olarak hüküm altına alınması isabetli değildir⁵⁰³. Kaldı ki karşılaştırmalı hukukta da bu durum mutlak ret nedeni olarak düzenlenmemiştir. 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nin 4. maddesinde ve MarkenG'nin 9. maddesinde, bu durumun nispi ret

⁵⁰² “b) Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar”

⁵⁰³ ARKAN, C. 1, s. 72.

nedeni olarak düzenlendiği görülmektedir. Kanun koyucunun mutlak ret nedenleri ile nispi ret nedenlerini düzenlerken karşılaştırmalı hukuktan bu noktada ayrıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, mutlak ret nedeni olarak düzenlenen bu durum, MarkKHK'nın 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde bir de nispi ret nedeni olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucunun söz konusu durumu hem mutlak ret nedeni hem nispi ret nedeni olarak düzenlediği görülmektedir. Burada kanun koyucunun bir tekrara düştüğü ve hatalı bir tutum sergilediğini söyleyebiliriz. Kanaatimizce, karşılaştırmalı hukuktaki gibi bu durumun sadece nispi ret nedeni olarak düzenlenmesi gerekirdi.

Mutlak ret nedenlerine dayalı hükümsüzlük davasının zarar gören kişilerin yanı sıra Cumhuriyet savcıları ve ilgili resmi makamlar tarafından açılabilmesinin mümkün olduğunu söylemiştik. Kanaatimizce, MarkKHK'nın 7. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki mutlak ret nedenine dayalı olarak açılan hükümsüzlük davası, yalnızca hak sahibi tarafından açılabilir. Bu davanın Cumhuriyet savcıları ve ilgili resmi makamlar tarafından açılmaması gerekir. Bu ilgili bent, tıpkı bir nispi ret nedeni olarak değerlendirilmeli ve onun tabi olduğu durumlara tabi olmalıdır.

Sonuç olarak, MarkKHK'nın 7. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki mutlak ret nedeninin konu olduğu hükümsüzlük davasında sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunması yapabilmek mümkün olmalıdır. MarkKHK'nın 7. maddesinde yer alan diğer mutlak ret nedenlerinin konu olduğu hükümsüzlük davasında sessiz kalma yoluyla hak kaybının ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu hallerde hem kamusal yarar hususu hem de davayı açabilen Cumhuriyet savcıları ve ilgili resmi makamların varlığı, burada sessiz kalma yoluyla hak kaybının hükümlerinin uygulanmasına elverişli değildir⁵⁰⁴.

Bir diğer hükümsüzlük hali olan nispi ret nedenlerine dayalı hükümsüzlük davasında, sessiz kalma yoluyla hak kaybının uygulanabilmesi mümkündür. Bu nedene dayalı dava, hak sahibinin çıkarlarını korumaya yönelik olduğuna göre, hak sahibinin sessiz kalması halinde hak kaybına uğraması söz konusu olabilir. Nispi ret nedenine dayalı hükümsüzlük davasında davalının sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasını

⁵⁰⁴ **BOZBEL**, s. 553 dpn. 539; **KARAN/KILIÇ**, § 42.4.4.1.

yapabilmesinin önünde hiçbir engel yoktur⁵⁰⁵. Eğer kurumun gerçekleşme koşullarının sağlanması söz konusuysa, hak sahibince açılan dava reddedilebilecektir.

MarkKHK'nın 42. maddesinde sayılan diğer hükümsüzlük hallerinin de kamu yararını gözettiği, bu doğrultuda düzenlenen hükümler olduğu açıktır. Bu sebeple, bu hükümsüzlük hallerinden birinin varlığı halinde açılan hükümsüzlük davasında, davalının sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunması yapabilmesi mümkün değildir.

Sonuç olarak, kanaatimizce, sessiz kalma yoluyla hak kaybı, MarkKHK'nın 7. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen mutlak ret nedeni ile MarkKHK'nın 8. maddesinde düzenlenen nispi ret nedenlerinin varlığı halinde açılacak hükümsüzlük davalarında uygulanabilir.

III. KURUMUN DOĞURDUĞU SONUÇLAR

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin gerçekleşme koşulları yerine geldiğinde, kuruma ait sonuçlar hak sahibi ve hak ihlalinde bulunan bakımından doğar. Bu sebeptendir ki, söz konusu sonuçların ne olduğu incelenmesi gereken bir konudur.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin hükümlerin en çok hak sahibini etkileyeceğine kuşku yoktur. Kuruma adını veren “hak kaybı” durumu, hak sahibi üzerinde gerçekleşecektir. Bu da, kurumun başrolünde yer alanın hak sahibi olduğunu ve sonuçların daha çok hak sahibi bakımından mevcut bulunduğunu gösterir.

A. HAKKIN KAYBEDİLMESİ

1. Genel Olarak

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının ilk ve en önemli sonucu, hak sahibinin hak ihlalinde bulunanın ihlalini önleme hakkını kaybetmesidir⁵⁰⁶. Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davası veya markanın hükümsüzlüğü davası yoluyla hak ihlalinde bulunana karşı marka hakkının vermiş olduğu münhasır yetkiyi

⁵⁰⁵ **BOZBEL**, s. 553.

⁵⁰⁶ **FEZER**, § 21 Rn. 19; **YANLI**, s. 320.

kullanan hak sahibi, kuruma dair gerçekleşme koşullarının yerine gelmesiyle hak kaybına uğrar. Başka bir deyişle, ilgili davaları açma hakkını kaybeder. Böylece hak sahibi, hak ihlalinde bulunanın gerçekleştirmiş olduğu tescili hükümsüz kılamamış ve markasının kullanılmasını önleyememiş olur. En geniş ifadeyle, hak sahibi, marka hakkının ihlaline karşı marka hukukunun kendisine bahsettiği korumadan yararlanamaz⁵⁰⁷.

Her iki dava bakımından sessiz kalma yoluyla hak kaybının sonuçlarını ayrı ayrı değerlendirecek olursak, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davası yoluyla markasına ait hukuka aykırı fiilleri önlemeyi amaçlayan hak sahibi, bu davayı açma hakkını sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesiyle kaybeder⁵⁰⁸. Hak sahibinin bu davayı açarken tek bir beklentisi vardır, o da marka hakkına yönelik gerçekleşen tecavüzün durdurulmasıdır. Bu tecavüzlerin durdurulmasını talep etmesi, marka hukukunun, başka bir ifadeyle MarkKHK'nın kendisine sağladığı özel korumadan kaynaklanır. Bu özel korumanın yitirildiği bir hal ise, şüphesiz sessiz kalma yoluyla hak kaybıdır.

Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davasındaki gibi markanın hükümsüzlüğü davasında da sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının hakim tarafından haklı bulunmasıyla bu davayı açma hakkı yitirilir. Hak sahibi, dava yoluyla ileri sürdüğü hükümsüzlük hali gerçekten mevcut bulursa ve haklı görülse bile, bu hükümsüzlük gerekçesini dürüstlük kuralına aykırı şekilde ileri sürmemelidir. Hak sahibinden beklenen, hukuka aykırı marka tescilini gerçekten hükümsüz kılmak istiyorsa buna karşı bir an önce harekete geçmesidir. Aksi halde, üçüncü kişinin markayı tescilli kullanımına göz yumduğundan artık hükümsüzlük gerekçesini ileri sürme şansı ortadan kalkar. Sessiz kalma yoluyla hak kaybının markanın hükümsüzlüğü davası bakımından sonucu, hükümsüzlük gerekçesinin ileri sürülememesidir.

Öğretide **KAYA** tarafından sessiz kalma yoluyla hak kaybının sonucuna yönelik farklı bir görüş ileri sürülmüştür⁵⁰⁹. Yazara göre, her ne kadar kurum öğretide “hak kaybı” olarak sunulmuş ve değerlendirilmiş olsa da burada “hak kaybı” söz

⁵⁰⁷ DÖRRE, § 21 Rn. 38.

⁵⁰⁸ ÇOLAK, s. 807.

⁵⁰⁹ KAYA, s. 42 dpn. 70.

konusu değildir. Esasen marka hakkı sahibinin münhasır yetkisine, mutlak hakkına bir sınırlandırma getirilmektedir. Başka bir deyişle, sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin koşullar gerçekleştiğinde, marka hakkı sahibinin marka hukukundan doğan münhasır yetkisi ve buna bağlı olarak mutlak hakkı sınırlandırılmış olur.

Kanaatimizce, marka hakkı sahibinin münhasır yetkisi ona söz konusu davaları açma hakkı verir. Münhasır yetkinin bir sonucu olarak dava hakkından söz edebiliriz. O halde, münhasır yetkinin sınırlandırılması elbette dava hakkını da etkileyen bir durum oluşturur. Ancak belirtmek gerekir ki hak sahibinin münhasır yetkisinin sınırlandırılmasının nasıl olacağı belirsizdir. Burada münhasır yetkinin dava yoluyla kullanılması ve dava hakkına dönüştürülmesi, sürecin ilk adımıdır. Daha sonra sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin koşulların varlığı halinde, bu davanın hakkın kötüye kullanılması sebebiyle reddedilmesi ortaya çıkar. Bizce burada, kötüye kullanılan dava hakkının kaybedilmesi söz konusudur. Bu dava hakkı bir kez kötüye kullanıldıktan sonra, bir daha kullanılamaz. Bu durum da münhasır yetkinin sınırlandırılması gibi bir görünüm oluşturur. Zira, dava hakkının yitirilmesi, hak ihlalinde bulunanın kullanımının önlenememesi, hak sahibinin münhasır yetkisine büyük ölçüde müdahale oluşturur⁵¹⁰. Münhasır yetkinin sınırlandırıldığından bahsetmesek bile dava hakkının yitirilmesi sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumu ile güdülen amacın gerçekleşmesine hizmet eder. Başka bir deyişle, bu sürecin sonunda münhasır yetkinin kesinlikle sınırlandırılmadığını ve bu durumdan etkilenmediğini söylesek bile, hak sahibinin bu münhasır yetkisine dayanarak dava hakkını yitirdiği hak ihlalinde bulunana karşı yeni bir dava açabilmesi mümkün olmaz.

Belirtmek gerekir ki, yazarın bahsettiği hakkın sınırlandırılması, yanlış veya hatalı bir ifade değildir. Kurumun hukuki sonucunun, hak kaybı anlamına gelen bir hak sınırlandırması olduğu söylenebilir⁵¹¹. Başta hak üzerinde bir sınırlandırma olarak belirtilen bu durum, eninde sonunda bir hak kaybı sonucunu doğurur. Zira, hakkın kalıcı

⁵¹⁰ FEZER, § 21 Rn. 11.

⁵¹¹ HK-BGB/SCHULZE, BGB § 242 Rn. 48.

olarak sınırlandırılması ve bir daha kullanılamaması durumu söz konusudur. Bu da hak kaybıyla eşdeğer bir hak sınırlandırmasıdır⁵¹².

2. Hakkın Sadece Belirli Mal veya Hizmete İlişkin Olarak Kaybedilmesi

MarkKHK'nın 24. maddesine göre, “Markaların kullanılacağı mallar veya hizmetler, markaların tescili amaçları için malların veya hizmetlerin uluslararası sınıflandırmasına ilişkin esaslara göre sınıflandırılır. Sınıflandırma ile ilgili ilkeler yönetmelikte belirtilir”. MarkKHK'nın Uygulamasın Dair Yönetmelik'in “Sınıflandırma” kenar başlıklı 11. maddesinde sınıflandırma ile ilgili esaslar belirtilmiştir. İlgili hükmün birinci fıkrasında, “Kanun Hükmünde Kararnamenin 24 üncü maddesine göre başvuru dilekçesinde bulunan mal veya hizmetler Nice Anlaşmasında yer alan esaslara göre sınıflandırılır” hükmü yer alır. Görüldüğü gibi, TPE tarafından tutulan marka sicilinde mal ve hizmetler bakımından sınıflandırma, “Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması”na dayanır⁵¹³. Bu kapsamda, mallar otuz dört, hizmetler on bir sınıfa ayrılmıştır⁵¹⁴.

Hak sahibi, kendisine ait markayı sadece bir sınıfta değil, birden fazla sınıfta tescil ettirmiş olabilir. Sözgelimi, bir markanın hem süt ve süt ürünlerini kapsayan 29. sınıfta, hem de meyve sularını kapsayan 32. sınıfta tescil edilebilmesi mümkündür. Böylelikle marka tescil edildiği mal ve hizmetler açısından korunur⁵¹⁵. Buna “markada belirlilik ilkesi” denir. Bu ilkeye göre marka sadece tescil edildiği mal ve hizmetler açısından koruma imkanına sahiptir. Soyut olarak bir markanın korunabilmesine olanak yoktur⁵¹⁶.

Markada belirlilik ilkesi, sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunu etkileyen bir ilkedir. Şöyle ki, hak sahibinin uğradığı hak kaybı, belirli mal veya hizmetler yönündendir. Sözgelimi, hak ihlalinde bulunan, markayı sadece 29. sınıfta kullanmış,

⁵¹² JAUERNIG/MANSEL, BGB § 242 Rn. 63; HK-BGB/SCHULZE, BGB § 242 Rn. 48.

⁵¹³ Anlaşmanın 1. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Bu anlaşmayı uygulayan Ülkeler özel bir Birlik oluşturmakta ve markalarını tescil amaçlarına yönelik olarak mal ve hizmetlerin ortak bir sınıflandırma sistemini kurmaktadır” (KARAHAN/PEKDİNÇER/GİRAY/BAŞ, s. 378).

⁵¹⁴ YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 767.

⁵¹⁵ YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 772.

⁵¹⁶ YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 772.

32. sınıfa ilişkin bir kullanımda bulunmamış olabilir. Hak sahibinin süt ve süt ürünlerine ilişkin bu kullanıma sessiz kalması durumunda kuruma dair tüm koşullar sağlanmışsa, hak kaybı söz konusu olacaktır. Ancak, süt ve süt ürünlerine ilişkin kullanıma sessiz kalınması, meyve sularına ilişkin hakları etkilemez. Eğer hak ihlalinde bulunan, hak sahibinin sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğramasından sonra marka hakkını 32. sınıfa (meyve suları) ilişkin olarak da ihlal etmeye başlarsa, hak sahibinin bu ihlali önleme imkanı bulunur. Başka bir deyişle, hak sahibi hangi mal veya hizmete ilişkin sessiz kalırsa, o mal veya hizmete ilişkin hak kaybına uğrar. Hak sahibinin, diğer mal veya hizmetlere ilişkin hakları devam eder⁵¹⁷.

3. Hakkın Sadece Hak İhlalinde Bulunana Karşı Kaybedilmesi

Sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin koşullar gerçekleştiğinde, bunun sonuçlarının herkes üzerinde mi yoksa sadece hak ihlalinde bulunan üzerinde mi etki doğurduğu önemlidir. Eğer herkes için etki doğurduğu sonucuna varılırsa, marka hakkının sağladığı korumanın tamamen sona erdiği söylenebilir. Zira, bu halde hak sahibinin herkese karşı ileri sürebildiği mutlak hakkın tamamen ortadan kalkması söz konusu olur. Bir kez⁵¹⁸ hak ihlaline sessiz kalan hak sahibinin, bunun bedelini ağır bir şekilde ödemesi, marka hakkından doğan olumsuz yetkilerinin tamamen ortadan kalkması adil olmayan sonuçlar ortaya çıkarır.

Söz konusu durumu değerlendirirken kurumun amacını dikkate almak gerekir. Hak sahibi, eğer hak ihlalinde bulunana karşı bir dava açacaksa, bunu bir an önce yapması gerekir. Bu hukuki kurum, ilk olarak bunu amaçlar. Aksi halde, başka bir davranışta bulunma yolunu tercih etme olanağı varken hak sahibince uyandırılan haklı güven neticesinde markayı kullanmaya devam eden kişinin çıkarlarının göz ardı edilmesi söz konusu olur. O halde, bu hukuki kurumun, hak ihlalinde bulunan kişiyi korumayı amaçladığı açıktır. Hak sahibi ile hak ihlalinde bulunan arasında bir denge gözetmek, bir tarafı sınırsız biçimde korumanın yaratacağı haksızlığı bertaraf eder. Bu yüzdendir ki, adil olan, hak sahibinin sessiz kalmasından sadece hak ihlalinde bulunanın yararlanabilmesidir.

⁵¹⁷ ÇOLAK, s. 802.

⁵¹⁸ Burada kastettiğimiz, hak ihlalinde bulunana karşı tek bir seferlik sessiz kalma değil, tek bir kişinin hak ihlaline belirli bir süre sessiz kalınmasıdır.

Bu düşünceler doğrultusunda belirtelim ki, sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin koşullar gerçekleştiğinde, kurumun sonuçları sadece hak ihlalinde bulunan kişi üzerinde doğar⁵¹⁹. Kuruma ilişkin sonuçlar, sadece hak sahibi ile hak ihlalinde bulunan arasında gelişir. Bunun dışında, üçüncü kişilerin doğan sonuçlardan yararlanması söz konusu olmaz. Başka bir ifadeyle, hak ihlalinde bulunanın marka hakkını ihlal etmesine seyirci kalan hak sahibinin bu davranışından, üçüncü kişiler yararına bir durum doğmaz⁵²⁰. Hak sahibi, hakkının ihlal edilmesi halinde üçüncü kişilere karşı dava hakkına sahip olmaya devam eder. Onlara karşı marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davası veya markanın hükümsüzlüğü davasını açabilir⁵²¹.

Hak ihlalinde bulunanın hak kaybı itirazının ardından, üçüncü bir kişinin bu hak kaybı itirazından yararlanmaya çalışmasının kötü niyetli bir davranış olduğu ve bu sebeple de korunamayacağı ileri sürülmüştür⁵²². Başka bir deyişle, üçüncü kişinin söz konusu hak kaybı durumunu bilip kendisine karşı dava açan hak sahibine bunu ileri sürmesi, sessiz kalma yoluyla hak kaybının oluşması için aranan kötü niyetli olmama koşulunun söz konusu olmadığını gösterir. Bu sebeple, bu itirazın dikkate alınması mümkün değildir.

Özetle, hak sahibi, sadece sessiz kaldığı kişiye karşı hak kaybına uğrar. Hak sahibinin bu hak kaybından sonra, üçüncü bir kişinin marka hakkını ihlal etmesi halinde, ona karşı sessiz kalma yoluyla hak kaybının koşullarının sağlanması durumunda yeni bir hak kaybından söz edilebilir. Sözgelimi, hak ihlalinde bulunanın hak ihlaline karşı sessiz kalan hak sahibi, aynı markasına yönelik başka bir kişinin oluşturduğu ihlale maruz kalabilir. Bu durumda, ikinci hak ihlali durumu bağımsız olarak ele alınmalıdır. Bu yeni ilişki, önceki ilişkiden ayrı bir şekilde değerlendirildiğinde, sessiz kalma yoluyla hak kaybına dair koşulların gerçekleşmesi söz konusuysa, o halde hak sahibinin bir kez daha hak kaybına uğraması gündeme gelir.

⁵¹⁹ YANLI, s. 315; KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL, s. 22; BİLGİLİ, s. 199.

⁵²⁰ ÇOLAK, s. 802; BİLGİLİ, s. 199-200.

⁵²¹ YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. 2, s. 859.

⁵²² BATTAL, s. 51.

B. HAK İHLALİNİN SONA ERMESİ

Hak sahibinin, hak ihlaline karşı dava açmasının ardından davalının buna yönelik sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunması yapması ve koşulları gerçekleşmişse, mahkemece davanın reddedilmesi ile birlikte artık hak ihlalinin sona erdiğini söylemek gerekir⁵²³. Zira, hak sahibinin dava hakkını yitirdiğine hükmedilmesiyle, hak ihlalinde bulunanın söz konusu markaya yönelik yaptığı ihlale mahkemenin oluruyla devam edebilmesi mümkün olacaktır. Mahkemenin olur verdiği bir durumun bir hak ihlali yaratması mümkün olmaz. Dolayısıyla, hak ihlalinde bulunan kişinin başkasının markasını kullanmaya devam etmesi, artık meşru bir zemine oturacaktır. Zaten yıllardır başkasının markasını kullanan, hak sahibinin uyandırdığı haklı güven neticesinde bu markaya yönelik yatırımlar yapmış kişinin, mahkemenin hükmüne kadarki kullanımı, haksız bir kullanım iken, mahkemenin sessiz kalma yoluyla hak kaybına hükmetmesi ile birlikte artık hukuk tarafından kabul edilebilir ve izin verilebilir bir kullanımdır. Böylelikle hak ihlalinde bulunana ait olan markanın varlığı hukuken tanınır⁵²⁴.

Hak ihlalinin sona ermesiyle birlikte, meşru olan bu kullanımın hak ihlalinde bulunana marka hukukundan doğan korumayı bahşedip bahşetmeyeceği sorusu akla gelebilir. Başka bir deyişle, hak ihlalinde bulunanın kullanımı artık hukuk düzeni tarafından kabul görmüş bir kullanım olduğuna göre, hak ihlalinde bulunanın hak sahibinin kullanımına bir engel getirip getiremeyeceği üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu konuya ilişkin AB Marka Direktifi'nin 9. maddesinin üçüncü fıkrası ile AB Marka Tüzüğü'nün 54. maddesinin üçüncü fıkrasında açık bir düzenleme getirilmiştir. Aynı şekilde, Alman kanun koyucusu da bu konuyu pozitif bir düzenleme ile açıklığa kavuşturmuştur. Alman hukukundaki düzenlemenin AB düzenlemeleriyle denk olduğu söylenebilir. AB düzenlemelerinin ilgili hükümlerine ve MarkenG'nin 21. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesinin ardından hak ihlalinde bulunan kişi, hak sahibinin kullanımını yasaklayamaz. Hak ihlalinde bulunan kişi, yapmış olduğu sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunması haklı görülse bile hak sahibinin kullanımına itiraz etme hakkına sahip değildir.

⁵²³ FEZER, § 21 Rn. 11.

⁵²⁴ TEKİNALP, § 26 N. 61.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesiyle hak sahibinin hak ihlalinde bulunanın kullanımını engelleyememesi sonucu ortaya çıksa da, hak ihlalinde bulunanın hak sahibine karşı böyle bir yasaklama imkanına kavuştuğundan söz edilemez⁵²⁵. Hak ihlalinde bulunan, hukuk düzeni tarafından haklı görülen kullanımına devam edebilecektir. Ancak, bu kullanımının tekeline olmasını talep edemeyecektir. Başka bir ifadeyle, hak sahibinin kullanımına katlanacaktır. Kendisine sessiz kalma yoluyla hak kaybı sayesinde bahşedilen tek durum, hak ihlalinin sona ermiş olması ve bu markayı artık meşru şekilde kullanabilmesidir. Bu demek değildir ki artık hak sahibinin marka hakkı son bulmuştur. Marka hakkının kaybettiği, marka hakkı değil, sadece hak ihlalinde bulunanla sınırlı olmak üzere dava hakkıdır⁵²⁶. Ayrıca, hak sahibinin marka hakkından doğan koruma imkanını başka ihlallere karşı muhafaza ettiği şüphesizdir. O halde, hak sahibinin başka ihlallere karşı koyabilmesi ve marka hakkını kaybetmediği göz önüne bulundurulduğunda, hak ihlalinde bulunan kişinin sessiz kalma yoluyla hak kaybı gerçekleştikten sonra hak sahibinin bu kullanımını yasaklayabilmesi mümkün değildir. Böylece, hak sahibine ait haklar ile hak ihlalinde bulunana ait hakların birlikte mevcut olmaları hali söz konusu olur⁵²⁷.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, hak ihlalinde bulunana subjektif bir hak tanımamaktadır⁵²⁸. Eğer bunun aksini söyleyebilseydik, hak ihlalinde bulunan subjektif hakkına dayanarak hak sahibinin kullanımını yasaklayabilirdi. Oysa sessiz kalma yoluyla hak kaybı itirazı, hak ihlalinde bulunanın aslında koruma altındaki subjektif haktan ziyade hak sahibine karşı savunulmasına yöneliktir⁵²⁹. Bu sebeple, bu itirazın haklı görülmesi subjektif hak vermez⁵³⁰. Sadece hak sahibi tarafından yapılan yasaklama talebinin reddine yol açar. Böylece hak sahibinin subjektif hakkına karşı bir subjektif hak olmaksızın korunabilme olanağı sağlar.

⁵²⁵ FEZER, § 21 Rn. 19; BİLGİLİ, s. 200.

⁵²⁶ INGERL/ROHNKE, § 21 Rn. 18; DÖRRE, § 21 Rn. 43; YANLI, s. 315.

⁵²⁷ FEZER, § 21 Rn. 19; YANLI, s. 315.

⁵²⁸ FEZER, § 21 Rn. 19. Hak ihlalinde bulunanın marka hukukundan doğan tüm haklarını hak sahibi dışında tüm üçüncü kişilere karşı kullanabileceği yönünde bkz. TEKİNALP, § 26 N. 61.

⁵²⁹ FEZER, § 21 Rn. 19.

⁵³⁰ DÖRRE, § 21 Rn. 43.

SONUÇ

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybı, Alman ve Türk hukukundaki “*hakkın etkisizleşmesi*” (*Verwirkung*) kurumunun özel bir görünümüdür. Bu konuda pozitif bir düzenleme olmasa dahi hakkın etkisizleşmesi kurumu çerçevesinde bunun marka hukukunda uygulanabileceği kuşkusuzdur.

Hakkın etkisizleşmesi kurumunun önceki eylem ile çelişkili davranış yasağı ile dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı şemsiyesinin altında yer aldığı unutulmamalıdır. Özel hukukun tamamında uygulanabilme kabiliyetine sahip bu ilkeler, marka hukukuna “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” ismiyle yansımıştır.

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumu, dayanağı olan temel ilkeler ışığında, marka hakkı sahibi ile başkasına ait marka hakkını ihlal eden kişi arasında bir menfaat dengesi sağlamayı amaçlar. Hak sahibinin marka hakkına yönelik bir ihlalle karşılaşması halinde, sınırsız bir hareket alanına sahip olmadığı, bir an önce harekete geçmesi gerektiği, kurumun yansımalarındandır. Hak sahibinin ihlal karşısında kayıtsız kalması halinde ise artık hukuka aykırı bir durum yaratmasına rağmen hak ihlalinde bulunan kişinin elde ettiği konumun korunması, bu yansımanın bir sonucudur. Hiç kuşkusuz böyle bir sonuç, hak sahibi aleyhine bir durumdur. Zaten sessiz kalma yoluyla hak kaybı kurumunun, kendisinden beklenen davranışı göstermeyen hak sahibini cezalandırma amacı güttüğü açıktır.

Kurumun amacı hak sahibi ile hak ihlalinde bulunan arasında bir denge sağlamak olduğuna göre, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davasından farklı olarak markanın hükümsüzlüğü davasını açabilmeye ehil olan Cumhuriyet savcıları ile ilgili resmi makamların kurumun dışında olduğu sonucuna varılır. Zira, kamusal çıkarlar için var olan ve bu sebeple dava açan kişiler ile hak ihlalinde bulunan kişinin menfaatinin çatıştığı söylenemez. Yalnızca hak sahibi ile hak ihlalinde bulunan kişi arasında bir menfaat çatışması söz konusu olabilir ve bu durum ele alınmaya değerdir. O halde, sadece hak sahibinin açacağı davalarda kurum işlerlik kazanır.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için beş koşulun bir arada bulunması gerekir. Bunlardan marka hakkının ihlal edilmesi ve kötü niyetli olmama,

hak ihlalinde bulunan ile ilgili koşullardır. Dava hakkının bulunması, hak ihlalinin bilinmesi ve belirli bir süre sessiz kalınması ise, hak sahibi ile ilgili koşullardır. Buradan sessiz kalma yoluyla hak kaybının, hak sahibi ile hak ihlalinde bulunan tarafından birlikte meydana getirildiği sonucu ortaya çıkar.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için ilk olarak marka hakkının ihlal edilmesi gerekir. Marka hakkının ihlali ile kastedilen, hak sahibine ait markanın üçüncü bir kişi tarafından hukuka aykırı biçimde kullanılmasıdır. Yalnızca markanın tescil edilmesi, marka hakkı ihlali için yeterli değildir. Mutlaka bir kullanım varlığı gerekir. Bu kullanım, bir an veya bir sefer için olmamalı, belirli bir süre devam eden, kesintisiz bir kullanım olmalıdır. Ancak ve ancak böyle bir kullanım, marka hakkının ihlal edildiği anlamına gelir.

Marka hakkı ihlal edilen hak sahibinin, bu ihlale karşı dava hakkı mevcut olmalıdır. Bu, hak sahibi ile ilgili olan ilk koşuldur. Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davasından farklı olarak markanın hükümsüzlüğü davasında hak sahibinden başkaca kişilerin ve kurumların da dava açabilmeleri mümkündür. Başka bir deyişle, hak sahibinden başkaları da dava hakkına sahip olabilir. Belirtelim ki, dava hakkına sahip olan herkes, sessiz kalma yoluyla hak kaybının süjesini oluşturmaz. Kurumun amacı gereği, sadece marka hakkı sahibi kuruma konu olabilir.

Hak sahibi bakımından mevcut olması gereken ikinci koşul, hak ihlalinin bilinmesidir. Hak sahibi, markasına yönelik ihlali bilmelidir. Zira, hak sahibinin bilmediği bir ihlale karşı sessiz kalabilmesi mümkün olmaz. Hak ihlalinin bilinmesi ile kastedilen, hak ihlalini bilmek veya bilebilecek durumda olmaktır. Hak sahibinin hak ihlalini bilmesi, sessiz kalma süresi ile doğrudan bağlantılıdır. Zira, sessiz kalma süresi, hak ihlalinin bilinmesi ile başlar.

Hak sahibinin hak ihlalini bilmesine rağmen bu ihlale belirli bir süre sessiz kalması, bir diğer koşuldur. Sessiz kalma kavramı, dar anlamda sessiz kalma ve geniş anlamda sessiz kalma olarak ikiye ayrılır. Dar anlamda sessiz kalma, hak ihlaline karşı hareketsiz kalmaktır. Geniş anlamda sessiz kalma ise, hak ihlaline katlanmaktır. Hak kaybının gerçekleşebilmesi için aranan, geniş anlamda bir sessiz kalmadır. Kimi

durumlarda hak sahibinin hak ihlali karşısında hareketsiz kalmamasına rağmen, bu ihlale katlandığından söz edilebilir. Dolayısıyla dar anlamda sessiz kalma, geniş anlamda sessiz kalmanın bir önkoşulu değildir.

Sessiz kalma, belirli bir süre gerçekleşmelidir. Bu süre karşılaştırmalı hukukta birbirine takip eden beş yıldır. Türk hukukunda bu yönde pozitif bir düzenleme bulunmadığından böyle bir yargıda bulunmak mümkün olmaz. Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı, tıpkı karşılaştırmalı hukuktaki gibi sessiz kalma süresini beş yıl olarak öngörmektedir.

Hak ihlalinde bulunan bakımından ikinci, sessiz kalma yoluyla hak kaybı için beşinci koşul, kötü niyetli olmamadır. Hak ihlalinde bulunan kişi, tescil başvurusu esnasında kötü niyetli olmamalıdır. Buradaki kötü niyet kavramı, marka hukukunun bağımsız bir kavramı olup medeni hukuk anlamında bir kötü niyet kavramı değildir. Her ne kadar karşılaştırmalı hukukta bu durum “kötü niyet” olarak adlandırılrsa da burada kastedilen hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bir işareti tescil ettirme hakkını kötüye kullanan kişi, sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasında bulunamaz.

Hak kaybının gerçekleştiğine yönelik hak ihlalinde bulunan tarafından yapılan savunma, itiraz niteliğindedir. Zira, savunmanın içeriği, hakkın kuruma dair gerçekleşme koşullarının varlığıyla sona erdiğine yöneliktir. Bu bir itiraz olduğunda göre, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının markanın hükümsüzlüğü davasına konu olması halinde hükümsüzlük halleri bakımından niteliği önemlidir. Markanın hükümsüzlüğü için MarkKHK’da beş adet hükümsüzlük hali öngörülmüştür. İlk bakışta sessiz kalma yoluyla hak kaybının bu hallerin tümünde uygulanabileceği düşünülebilir. Oysa bu hükümsüzlük nedenlerinden kamu çıkarlarını değil, hak sahibini gözeten durumlarda sessiz kalma yoluyla hak kaybının uygulanabilmesi mümkündür.

Marka hakkı sahibi, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesiyle dava hakkını kaybeder. Dolayısıyla hak sahibinin marka hakkı varlığını sürdürmeye devam eder. Hak sahibi sadece marka hakkından doğan önleme yetkilerini kullanamaz duruma gelir.

Kaybedilen dava hakkı olduğuna ve marka hakkı varlığını sürdürmeye devam ettiğine göre, hak sahibinin markasını kullanmaya devam edeceği kuşkusuzdur. Aynı şekilde, hak sahibi markasına yönelik başkaca ihlaller söz konusu olursa bunları önleyebilir, mevzuattan doğan davaları açabilir. Dolayısıyla hak sahibinin kaybettiği dava hakkı, yalnızca hak ihlalinde bulunan kişiye karşıdır. Başka bir deyişle, marka hakkından doğan önleme yetkilerinin tamamen, herkese karşı sona ermesi söz konusu değildir. Kurumun amacı hak sahibi ile hak ihlalinde bulunan arasında bir menfaat dengesi sağlamak olduğuna göre, hak sahibinin kendisinden beklenen davranışı yerine getirmeyip hak ihlaline göz yumması halinde bunun sonucuna sadece söz konusu olan durum bakımından katlanması doğaldır. Yani, hak sahibinin sadece o ihlale göz yumması, başkaca ihlallere göz yumduğu anlamına gelmeyecektir.

Hak sahibinin uğramış olduğu hak kaybı, sadece göz yumduğu ihlale ilişkin olan mal veya hizmetlere ilişkindir. Eğer hak sahibinin markası başkaca mal veya hizmetlerde de tescilli ve daha sonra bunlara ilişkin hak ihlalinde bulunanın yeni ihlalleri başlarsa, hak sahibinin bu ihlale ilişkin dava hakkı mevcuttur. Dolayısıyla uğranılan hak kaybının sınırını doğru çizmek gerekir.

Hak kaybına uğramanın ardından, hak ihlalinde bulunan elde ettiği konumu korumaya devam eder. Başka bir deyişle, hak ihlali artık meşru bir hal alır ve markayı hukuka uygun bir şekilde kullanabilir duruma gelir. Buradaki önemli ayrıntı, hak ihlalinde bulunanın sözü edilen marka üzerinde sübjektif bir hakka sahip olmayışıdır. Başka bir ifadeyle, hak ihlalinde bulunan sadece mevcut şekilde markayı kullanmaya devam edebilecek, sübjektif bir hak elde etmeyecektir. Bunun sonucu da şüphesiz hak ihlalinde bulunan kişinin, hak sahibinin kullanımını yasaklayamamasıdır. Böylelikle her iki markanın birlikte var olması gündeme gelir.

KAYNAKÇA

AEBI-MÜLLER Regina E., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2012.

AKİPEK Jale/**AKINTÜRK** Turgut/**ATEŞ KARAMAN** Derya, Türk Medeni Hukuku - Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. 1, İstanbul 2014.

AKKANAT Halil, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010.

AKSOY DURSUN Sanem, Eşya Kavramı, İstanbul 2012.

AKYOL ASLAN Leyla, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011.

AKYOL Şener, “Venire Contra Factum Proprium (Önceki Eylem ile Çelişkili Davranış Yasağı)”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006 (Venire Contra Factum Proprium).

AKYOL Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006 (Dürüstlük Kuralı).

AKYOL Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007 (Çelişki Yasağı).

ALANGOYA Yavuz/**YILDIRIM** M. Kamil/**DEREN-YILDIRIM** Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011.

ALTAŞ Hüseyin, Medeni Hukuk - Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Ankara 2014.

ANTALYA O. Gökhan/**TOPUZ** Murat, Medeni Hukuk - Giriş, Temel Kavramlar, Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015.

ARKAN Sabih, Marka Hukuku, C. 1, Ankara 1997.

ARKAN Sabih, Marka Hukuku, C. 2, Ankara 1998.

ARSEVEN Haydar, Nazari ve Tatbiki Alamefi Farika Hukuku, İstanbul 1951.

ARSLAN Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.

ATAMER Yeşim M., Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001.

AYDOĞDU Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt I, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, İzmir 2013.

BARLAS Nami, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi”, İÜHFM, Prof. Dr. Türkan Rado’ya Armağan, C. LV, S. 3, İstanbul 1997.

BATTAL Ahmet, “Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVIII, 22 Haziran 2001, Ankara 2001.

BAUMANN Max, Zürcher Kommentar, Einleitung Art. 1-7 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1998.

BERKİ Şakir, “Hukukta Müddet Çeşitleri”, AÜHFD, 1968/1-2.

BERLIT Wolfgang, Markenrecht, 7. Auflage, München 2008.

BİLGE Necip/ÖNEN Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.

BİLGİLİ Fatih, Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara 2006.

BOYAR Oya, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması, İstanbul 2004 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

BOZBEL Savaş, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2015.

BUZ Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.

CENGİZ Dilek, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995.

ÇINAR Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.

ÇOLAK Uğur, Türk Marka Hukuku, İstanbul 2016.

DİRİKKAN Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.

DÖRNER Heinrich, Schulze Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 8. Auflage, Baden-Baden 2014.

DÖRRE Tanja, Beck'scher Online-Kommentar Markenrecht (Hrsg. **KUR** Annette/v. **BOMHARD** Verena/**ALBRECHT** Friedrich), 5. Edition, München 2016.

DURAL Mustafa/**ÖĞÜZ** Tufan/**GÜMÜŞ** Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2016.

DURAL Mustafa/**SARI** Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015.

DURRANDE Sylviane, Droit des Marques, Dalloz 2003.

EDİS Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993.

ERDEM Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.

EREN Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2014.

ERİŞ Gönen, Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, Ankara 1987.

ERLÜLE Fulya, Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2015.

ERMAN Hasan, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 2014.

ERMAN Sahir/**ELBİR** Halid K./**TUNCER** Erdoğan, Türk İçtihatlar Külliyyatı, C. I, İstanbul 1970.

ERTAŞ Şeref, "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu", Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, AÜHF, Ankara 2007.

FERNÁNDEZ-NÓVOA Carlos, Die Verwirkung durch Duldung im System der Gemeinschaftsmarke, GRUR Int. 1996.

FEZER Karl-Heinz, Markenrecht, 4. Auflage, München 2009.

GEMALMAZ Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009.

GİRİTLİOĞLU Necla, Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı İle Sınırlandırılması (Yayınlanmamış Profesörlük Takdim Tezi), İstanbul 1989.

GULDENER Max (Çeviren: Tahir Çağa), “Hukuk Muhakemeleri Usulünde Afaki Hüsünüyet Esası”, AHFD 1946/III/2-4.

GÜLPINAR Mert Kaan, 556 Sayılı MarKHK Hükümleri Çerçevesinde Marka Hakkının Tüketilmesi İlkesi, İstanbul 2014.

HACKER Franz, Markengesetz Kommentar (Hrsg. **STRÖBELE** Paul/**HACKER** Franz), 8. Auflage, Köln 2006.

HAUSHEER Heinz/**AEBI-MÜLLER** Regina E., Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Bern 2012.

HAUSHEER Heinz/**JAUN** Manuel, Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003.

HAVUTÇU Ayşe, Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.

HEINRICHS Helmut, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage, München 2005.

HELVACI Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra I / İMK md. 28a fıkra I), İstanbul 2001.

HELVACI Serap/**ERLÜLE** Fulya, Medeni Hukuk - Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 2014.

HOFER Sibylle, Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Bern 2012.

INGERL Reinhard/**ROHNKE** Christian, Markengesetz Kommentar, 3. Auflage, München 2010.

İMRE Zahit, Medeni Hukuka Giriş - Temel Kavramlar, Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, İstanbul 1980.

KARAHAN Sami, “Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi”, BATİDER, Y. 2001, C. XXI, S. 1 (Unvan).

KARAHAN Sami, “Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2001 (Zamanaşımı).

KARAHAN Sami, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002 (Hükümsüzlük).

KARAHAN Sami/**PEKDİNÇER** Remzi Tamer/**GİRAY** Rabia Eda/**BAŞ** Kadir, Marka Hukuku Mevzuatı, Ankara 2016.

KARAHAN Sami/**SULUK** Cahit/**SARAÇ** Tahir/**NAL** Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2015.

KARAN Hakan/**KILIÇ** Mehmet, Markaların Korunması, 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004.

KARSLI Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012.

KAYA Arslan, Marka Hukuku, İstanbul 2006.

KILIÇOĞLU Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006.

KILMER Paul F., “Progressive Encroachment: Analysis of a Counterdefense to Laches and Acquiescence in Trademark Infringement Litigation”, The Trademark Reporter, Vol. 74, USA 1984.

KOCABAŞ Gediz, Sözleşmeden Doğan Geçit Hakkı (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2011.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/**HATEMİ** Hüseyin/**SEROZAN** Rona/**ARPACI** Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2014 .

KÖHLER Helmut/**BORNKAMM** Joachim, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 34. Auflage, München 2016.

KÖPRÜLÜ Bülent, Medeni Hukuk, Genel Prensipler - Kişinin Hukuku, İstanbul 1979.

KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 2001.

KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul 2001.

KURU Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015.

LANGE Paul, Marken- und Kennzeichenrecht, München 2006.

MANSEL Heinz-Peter, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Buch 2, 16. Auflage, München 2015.

MERAN Necati, Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2015.

MIDDENDORF Patrick/**GROB** Beatrice, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2012.

NOYAN Erdal, Marka Hukuku, Ankara 2009.

OĞUZMAN M. Kemal/**BARLAS** Nami, Medeni Hukuk - Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2015.

OĞUZMAN M. Kemal/**ÖZ** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2013.

OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, “Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004.

OLGAÇ Senai, Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu, İstanbul 1976.

ÖZARMAĞAN Müge, Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul 2008.

PAKSOY Meliha Sermin, Zamanaşımından Feragat (TBK 160), İstanbul 2012.

PEDRAZZINI Mario M., Die Verwirkung im schweizerischen Kennzeichnungsrecht, GRUR Int. 1984.

PEKCANITEZ Hakan/**ATALAY** Oğuz/**ÖZEKES** Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.

PEKDİNÇER Remzi Tamer, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Marka Hükümsüzlük Davalarında Zarar Gören Kişiler, TFM 2015/1.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, Droit de la Propriété Industrielle, 2010.

POROY Reha/**TEKİNALP** Ünal, “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Ankara 1990.

POROY Reha/**YASAMAN** Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.

POSTACIOĞLU İlhan, “Dava Teorisi Üzerine Bazı Mülahazalar”, Prof. Dr. Tahir Taner’e Armağan, İstanbul 1956 (Dava Teorisi).

POSTACIOĞLU İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975 (Medeni Usul Hukuku)

POSTACIOĞLU İlhan/**ALTAY** Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.

SAYMEN Ferit Hakkı, “Hakkın Suiistimalinin Müeyyidesi”, İHFM, C. XI, S. 1-2.

SCHUBERT Claudia, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 7. Auflage, München 2016.

SCHULZE Reiner, Schulze Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 8. Auflage, Baden-Baden 2014.

SCHWEIZER Mark, Verwirkung patentrechtlicher Ansprüche, sic! 2009.

SEROZAN Rona, “CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Haklarının Sınırları”, İÜHFM, C. LXX, S. 2, Y. 2012 (Dönme Hakkının Sınırları).

SEROZAN Rona, “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, C. I, İstanbul 1982 (Mülkiyet).

SEROZAN Rona, Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), İstanbul 2015.

SEROZAN Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007 (Sözleşmeden Dönme).

SEZGİN HUYSAL Ayşegül, İlaç Patenti, İstanbul 2010.

SİRMEN A. Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2015.

STRESEMANN Christina, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 7. Auflage, München 2015.

ŞENER Esat, İctihatlı - Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Ankara 1998.

TEKİNALP Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012.

TEOMAN Ömer, “Markanın Terkinini Sağlamak İçin Açılacak Bir Davada Husumetin Türk Patent Enstitüsü’ne Yöneltilibilip Yöneltilmeyeceği Sorunu”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998.

TERCIER Pierre/**PICHONNAZ** Pascal/**DEVELİOĞLU** Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

TULUAY Metin, “Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi”, DÜHFD, C. 1, Y. 1983, S. 1, Diyarbakır 1983.

TÜZÜNER Özlem, ““Dava Hakkı” Unsuru Olarak “Hak” (“Droit” comme élément du “droit d’action”)”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2007, S. 2.

UMUR Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999.

UYAR Talih, “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II)”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000.

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt I, Umumi Esaslar, İstanbul 1968.

YANLI Veliye, “İltibas Nedeniyle Dava Açma Hakkının Kaybı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, 9-10 Aralık 2005, Ankara 2006.

YASAMAN Hamdi, “Markaların Hükümsüzlüğü Davalarında Dava Açma Süresi”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. I, GÜHFD 2010/1, İstanbul 2010 (Dava Açma Süresi).

YASAMAN Hamdi, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C. III, İstanbul 2008 (Makaleler).

YASAMAN Hamdi/**ALTAY** Sıtkı Anlam/**AYOĞLU** Tolga/**YUSUFOĞLU** Fülürya/**YÜKSEL** Sinan, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C. 1, İstanbul 2004.

YASAMAN Hamdi/**ALTAY** Sıtkı Anlam/**AYOĞLU** Tolga/**YUSUFOĞLU** Fülürya/**YÜKSEL** Sinan, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C. 2, İstanbul 2004.

YEĞENGİL Rasih, “Dava ve Müdafaa Hakkının Sui İstimali ve Bundan Mütevellit Hukuki Mesuliyet”, Ankara Barosu Dergisi, 1944/8.

YILMAZ Ejder, “Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt I, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, İzmir 2013 (Süreler).

YILMAZ Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013.