

**T.C.  
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**DEVLETİN MARKAYA MÜDAHALESİ**



**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Burak İsa ALTIN**

**Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Halil Ali DURAL**

**ARALIK 2019**



## ÖNSÖZ

Öncelikle hayatımda hep yanımda olduğunu hissettiren ve her konuda bana destek olarak bugünlere gelmemi sağlayan, kendilerine olan borcumu hiçbir zaman ödeyemeyeceğim annem Ayşe Dudu ALTIN ve babam Bekir ALTIN'a sevgilerimi ve sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum. Bununla birlikte tezimi yazmamda en az benim kadar emeği olan, fedakarlığını hiçbir zaman esirgemeyip her anlamda bana çok büyük destek veren, her zaman olumlu ve yapıcı yaklaşarak tezime yönelik eleştirileriyle tezimi geliştirmemi sağlayan eşim Gülden MEHMED ALTIN'a, kardeşlerim Serap Nur ALTIN'a ve Zeynep ALTIN'a ayrı ayrı çok teşekkür ediyorum.

Tez danışmanlarım Prof. Dr. Hamdi YASAMAN, Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN ve Dr. Öğr. Üyesi Halil Ali DURAL'a destekleri ve çoğu akademisyenin sağlamayacağı bir esnekliği kolayca sağlayarak bana bu zor süreçte ayrıca yardımcı oldukları için teşekkürlerimi sunuyorum. Bu anlamda neden danışmanlarım ifadesini kullandığımı da açıklamak isterim. Galatasaray Üniversitesi'nde yüksek lisans programına başladığımda, şanslı öğrencilerden biri olarak Prof. Dr. Hamdi YASAMAN'ın fikri ve sınai haklar konulu derslerini alabildim ve tez aşamasına geçtiğimde tezimi kendisiyle yazmak istedim. Tez konumu belirlemek için yanına gittiğimde "bu konuyu yaz sana atıf yapalım, hem konu çok güzel ve derin hem de Türkiye'de kimsenin araştırmadığı bir konu" demesi tez konusu seçimimdeki en büyük etkenlerden biri oldu. Ne var ki kendisinin bundan çok kısa bir süre sonra emekli olması nedeniyle tezime çok uzun bir süre ara verdim. Daha sonra gerek Dr. Öğr. Üyesi Halil Ali DURAL'ın tez danışmanım olup destek vermesiyle gerek Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN'in yardımlarıyla tezimi tamamlamış olmanın mutluluğunu yaşamaktayım. Bu nedenle üç hocama da ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

Bir başka teşekkür etmem gereken kişi de yoğun ders programına rağmen zamanını ayırarak medeni hukukla ilgili sorularımı cevaplayan ve verdiği örneklerle konuyu pekiştirmemi sağlayan Prof. Dr. Mehmet ERDEM'dir, kendisine teşekkür etmeyi borç bilirim. Tezimi yazarken Türk hukukunda düz paket konusu çok yeni olduğu için sorduğum onlarca soruya sıklımadan yanıt vererek özellikle müşterek hukuku anlamamda ve birçok farklı kaynağa ulaşmamda çok yardımcı olan Avustralya Devleti'ne, Max Planck Enstitüsü'ne, Avustralya'da, Almanya'da, İsviçre'de,

İspanya, Polonya ve İngiltere’de avukatlık yapan, isimlerini burada tek tek sayamayacağım kadar çok meslektaşına da teşekkür ediyorum. Bu çalışmadaki konuların ilgili kısımlarını tartışıp karşılaştırmalı hukuk konusundaki fikirlerini iletmeleri, güzel bir tartışma ortamı oluşmasını sağlayarak konunun derine inme imkanı sağlamaları, ulaşamadığım kararları paylaşımları ve hukuk sistemleri hakkında anlaşılmayan konuları aydınlatmaları kendi açımdan sağlıklı bir sentez yapabilmeme olanak sağladı. Aynı şekilde elindeki bilgileri benden esirgemeyen ve her seferinde yorulmadan uygulamayla ilgili sorularımı cevaplayan Tütün ve Alkol Dairesi Başkanlığı’na da teşekkür ediyorum.



**İÇİNDEKİLER**

<b>ÖNSÖZ</b> .....	ii
<b>İÇİNDEKİLER</b> .....	iv
<b>KISALTMALAR</b> .....	vii
<b>ŞEKİL LİSTESİ</b> .....	ix
<b>TABLO LİSTESİ</b> .....	x
<b>RÉSUMÉ</b> .....	xi
<b>ABSTRACT</b> .....	xiv
<b>ÖZET</b> .....	xvii
<b>GİRİŞ</b> .....	1

**BİRİNCİ BÖLÜM****MÜLKİYET, FİKRİ VE SİNAİ HAK KAVRAMI**

<b>§ 1. MÜLKİYET VE MÜLKİYET HAKKI</b> .....	3
I. Özel Hukuka Göre Mülkiyet Hakkı.....	4
II. Anayasa Hukukuna Göre Mülkiyet Hakkı .....	7
<b>§ 2. FİKRİ VE SİNAİ HAKLAR</b> .....	12
I. Fikri Hak ve Sınai Hak Kavramı .....	12
II. Marka.....	13
A. Marka Hakkının Kazanılması .....	14
1. Kullanma Yoluyla Kazanma.....	14
2. Tescil Yoluyla Kazanma.....	14
B. Markanın Unsurları .....	15
1. İşaret.....	15
2. Sicilde Gösterilebilir Olma .....	16
3. Ayırt Edicilik .....	16
C. Markanın İşlevleri .....	18
1. Kaynak Gösterme İşlevi.....	18
2. Ayırt Etme İşlevi.....	19
3. Garanti İşlevi.....	19
4. Reklam İşlevi .....	20
D. Marka Hakkının Hukuki Niteliği .....	20

1. Anayasa Hukuku Yönünden .....	20
2. Özel Hukuk Yönünden .....	22
E. Mutlak Hakkın Kapsamı.....	26
1. Müşterek Hukukta Kullanma Yetkisi .....	28
2. Özel Hukuka Göre Kullanma Yetkisi .....	33
a. Türk Hukuku Yönünden .....	33
b. AB Hukuku Yönünden .....	44
3. Anayasa Hukukunda Kullanma Yetkisi.....	49
4. Uluslararası Sözleşmelerde Kullanma Yetkisi .....	52

## İKİNCİ BÖLÜM

### MARKA HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

<b>§ 1. MARKA HAKKININ SINIRLANDIRILMASI VE MÜDAHALE KAVRAMI</b> .....	55
I. Genel Olarak.....	55
II. Marka Hakkının Sınırlandırılması.....	56
III. Müdahalenin Tipi.....	58
IV. Marka Hakkının Sınırlandırılmasının Sınırı: Ölçülülük İlkesi .....	61
<b>§ 2. DEVLETİN MARKA HAKKINA MÜDAHALE YÖNTEMİ</b> .....	65
I. Yasama Yoluyla Müdahale.....	66
II. Yürütme Yoluyla Müdahale .....	68
A. Genel Olarak .....	68
B. Tabela ve Dış Cephe Tanıtımlarındaki Markalara Yönelik Müdahaleler70	
III. Yargı Yoluyla Müdahale.....	71
<b>§ 3. DEVLETİN MARKA HAKKINA MÜDAHALE TÜRLERİ</b> .....	78
I. Dolaylı ve Doğrudan Müdahale.....	78
A. Dolaylı Müdahale.....	78
B. Doğrudan Müdahale .....	79
II. Zamana Göre Müdahale .....	80
A. Marka Hakkının Doğumundan Önce Müdahale .....	80
B. Marka Hakkının Doğumundan Sonra Müdahale .....	82
1. Tütün Ürünleri Yönünden Müdahale.....	82
a. Düz Paket Kavramının Ortaya Çıkışı .....	82

b. Düz Paketin Tanımı .....	88
c. Uygulamalar.....	89
aa. Avustralya .....	89
aaa. Genel Olarak .....	89
bbb. Tütün Ürünlerinin Düz Paketlenmesi Yasasının Getirdikleri.....	91
ccc. Avustralya Yüksek Mahkeme Davası .....	96
aaaa. Davacıların İddiaları.....	97
bbbb. Avustralya Devleti'nin Savunması.....	102
cccc. Mahkeme Kararı.....	111
dddd. Karşı Oy.....	116
bb. Dünya Ticaret Örgütü Nezdindeki Uyuşmazlıklar .....	118
aaa. Özel Koşullarla Engelleme.....	121
bbb. Markanın Ticaret Seyri İçinde Kullanılması .....	122
ccc. Haksız Yere Engelleme .....	122
cc. Daimi Hakemlik Mahkemesi Uyuşmazlığı.....	126
dd. Avrupa Birliği.....	128
aaa. Genel Olarak .....	128
bbb. ABAD Yargılaması .....	129
ee. Fransa .....	130
aaa. Fransa Anayasa Konseyi Kararı.....	132
bbb. Fransız Danıştay Kararı.....	134
ff. İngiltere .....	138
aaa. Genel Olarak .....	138
bbb. İngiliz Yüksek Mahkeme Kararı .....	141
gg. Türkiye.....	145
aaa. Genel Olarak .....	145
bbb. Müdahalenin Hukuka Uygunluğu .....	149
d. Kullanmama Nedeniyle Hak Kaybı.....	161
2. Alkollü İçecekler Yönünden Müdahale .....	164
3. İlaç Markaları Yönünden Müdahale .....	166
<b>SONUÇ.....</b>	<b>169</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>175</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>203</b>

**KISALTMALAR**

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>ABA</b>	: Avrupa Birliği Antlaşması
<b>ABAD</b>	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>ABİHA</b>	: Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma
<b>ABTHB</b>	: Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi
<b>AHMM</b>	: Anlaşmazlıkların Halline Dair Mutabakat Metni
<b>AİHK</b>	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>Art.</b>	: Article
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi
<b>BAT</b>	: British American Tobacco
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>bl.</b>	: Bölüm
<b>DHM</b>	: Daimi Hakemlik Mahkemesi
<b>DSÖ</b>	: Dünya Sağlık Örgütü
<b>DTÖ</b>	: Dünya Ticaret Örgütü
<b>E.</b>	: Esas
<b>E.T.</b>	: Erişim Tarihi
<b>EUIPO</b>	: Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi
<b>FSEK</b>	: 5856 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
<b>INN</b>	: Uluslararası Mülkiyet Kurulamayan İsim (International Nonproprietary Name)
<b>JAMA</b>	: The Journal of the American Medical Association
<b>JTI</b>	: Japan Tobacco International
<b>K.</b>	: Karar
<b>k.</b>	: Kısım
<b>Karş.</b>	: Karşılaştırınız
<b>KHK</b>	: Kanun Hükmünde Kararname
<b>m.</b>	: Madde
<b>No.</b>	: Numara



<b>OHIM</b>	: İç Pazar Uyumlaştırma Ofisi (Office for Harmonization in the Internal Market)
<b>P1M1</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Numaralı Ek Protokol Madde 1
<b>para.</b>	: Paragraf
<b>PM</b>	: Philip Morris Ltd.
<b>PMA</b>	: Philip Morris Asia
<b>PMAV</b>	: Philip Morris Australia
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>SMK</b>	: Sınai Mülkiyet Kanunu
<b>st.</b>	: Satır
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TAPDK</b>	: Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu
<b>TKÇS</b>	: Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi
<b>TMK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>TPD</b>	: 2014/40/EU Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi
<b>TPMK</b>	: Türk Patent ve Marka Kurumu
<b>TPP</b>	: Tobacco Plain Packaging Act (Avustralya Tütün Ürünlerinin Düz Paketlenmesi Yasası)
<b>TRIPS</b>	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)
<b>TTEA</b>	: Ticaretle Teknik Engeller Anlaşması
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>v.</b>	: Karşı
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>Vol.</b>	: Volume
<b>vs.</b>	: ve sair
<b>WIPO</b>	: Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü

**ŞEKİL LİSTESİ**

Şekil 2.1: .....	85
Şekil 2.2: .....	86
Şekil 2.3: .....	92
Şekil 2.4: .....	132
Şekil 2.5: .....	140
Şekil 2.6: .....	148
Şekil 2.7: .....	157
Şekil 2.8: .....	158
Şekil 2.9: .....	158



**TABLO LİSTESİ**

Tablo 2.1: ..... 159



## RÉSUMÉ

Avec la promulgation de l'emballage neutre en 2012 en Australie, le fait de savoir s'il inclut un droit d'utiliser cette marque et s'il peut restreindre le droit de marque est devenu le sujet principal. En ce qui concerne la réglementation, après que l'affaire eut été entendue en Australie, des réglementations sur l'emballage simple ont commencé à être élaborées dans le monde entier et, en particulier dans les États membres de l'UE, d'importants progrès ont été accomplis en ce qui concerne la restriction des droits de marque. Dans notre étude, la nature du droit des marques est examinée et son objectif est de déterminer si elle comprend un droit d'utilisation, puis les réglementations sur les emballages banalisés dans le monde entier et les équivalents juridiques de ces réglementations.

Cette thèse se compose de deux parties. La première partie vise à expliquer les concepts. La seconde partie explique les développements relatifs à la restriction des droits de marque avec ses concepts. Dans cette étude, les méthodes de législation, les législations juridiques comparées et la revue de la littérature ont été utilisées. En particulier, étant donné que le droit comparé constitue une partie substantielle de la thèse, les articles et les ouvrages écrits dans ce domaine ont été revus et les décisions de la Cour suprême ont fait l'objet d'une analyse minutieuse. De temps en temps, cette expression a été prise en charge par le droit allemand, le droit suisse et le droit de l'Union européenne.

Tout d'abord, dans le cadre de l'étude, le droit de propriété a été examiné et une information a été fournie à ce sujet. Ce faisant, le droit de propriété a été expliqué et il est examiné en le scindant en deux, droit privé et droit constitutionnel, et vise ainsi à éliminer la confusion résultant du terme différence. La source de cette différence, qui cause souvent une confusion conceptuelle en vertu de la loi turque, a été expliquée. Dans cette perspective, le droit de propriété et le droit constitutionnel diffèrent selon les décisions et les sources de la doctrine.

Plus tard, le concept de marque a été expliqué dans l'étude, les éléments et fonctions de la marque ont été inclus et des explications de base sur le droit des marques ont été fournies. Par la suite, la nature du droit des marques a été clarifiée et

analysée en termes de droit constitutionnel et de droit privé. De cette manière, l'objectif est de souligner les similitudes et les différences. Le fait que bien que la marque soit comprise dans le champ d'application du droit de propriété constitutionnel dans ce sens, elle ne l'est pas dans le champ d'application du droit de propriété en droit privé a été expliqué de manière détaillée.

Après avoir déterminé la nature du droit de marque, le droit turc a été examiné, y compris un droit d'utilisation, et des exemples et des explications tirés du droit de l'UE et de la common law ont également été impliqués. À cet égard, il est conclu qu'un droit négatif ou un droit négatif de réclamation fondé sur le droit commun, en particulier, n'a pas d'équivalent en droit civil. Par conséquent, la portée du droit absolu a été déterminée et la première section est complétée de cette manière.

Dans la deuxième partie, nous avons expliqué les conditions nécessaires à la restriction du droit des marques et à la notion de restriction aux droits des marques - principalement les réglementations relatives à l'emballage simple. En premier lieu, la manière dont la protection du droit de marque est réglementée dans la Constitution a été clarifiée et les restrictions apportées au droit de marque ont été expliquées, de même que les concepts, illustrés dans les exemples.

Ensuite, les types d'intervention et les méthodes de droit des marques ont été revus et le sujet présenté, et le sujet a été essayé pour être mieux compris par une classification à partir de plusieurs aspects.

Dans les classifications, la distinction a été faite en fonction des organes de l'Etat. En dehors de cela, elle a été classifiée par heure et par personne adressée. C'est pourquoi toutes les classifications ont été illustrées afin d'expliquer les concepts.

Dans cette étude, le concept d'emballage neutre a été expliqué, les pratiques de divers pays ont été illustrées et les cas, en particulier en Australie, ont été examinés. Comme le cas en Australie inclut généralement tous les points constituant la base du cas au Royaume-Uni, il a été inclus dans l'étude avec tous les détails. De plus, les pratiques françaises et européennes, qui appliquent particulièrement le droit turc, ont été clarifiées et les cas ont été examinés dans ce cadre.

Enfin, la pratique turque a été expliquée de manière exhaustive, et ses effets et conséquences éventuels ont été examinés dans la mesure du possible en tenant compte des raisons des restrictions énoncées dans la première partie de la deuxième partie. Par la suite, les réglementations en matière d'alcool en Turquie ont été traitées de la même manière et la pratique a été évaluée.



## ABSTRACT

With the enactment of plain packaging in 2012 in Australia, the fact that whether it includes a right to use that trademark and whether it can restrict trademark right has become the main topic. As to the regulations, after the case having been heard in Australia, plain packaging regulations have commenced to be made all over the world and, particularly in EU member states, there have been great developments concerning the restriction on trademark rights. In our study, the nature of trademark right is examined and it is aimed to reveal whether it includes a right to use, and afterwards, plain packaging regulations all around the world and legal equivalents of such regulations are examined.

This thesis consists of two sections, and in the first section, it is aimed to explain the concepts and in the second section, it is aimed to explain the developments in relation to the restriction on trademark rights with its concepts. In this study, the methods of legislation, comparative legal legislations and literature review have been used. Particularly, due to the fact that comparative law forms a substantial part of the thesis, the articles and books written in this field have been reviewed, and the Supreme Court's decisions have been elaboratively analyzed. From time to time, the expression has been supported by the German law, the Swiss Law and the European Union Law as reference.

Within the scope of the study, first of all, property right has been reviewed, and an information has been provided in respect thereof. By doing so, what property right is has been explained, and it is examined by splitting into two as private law and constitutional law, and by this means, it is aimed to eliminate the confusion arising from the term difference. The source of such difference, which frequently causes conceptual confusion under the Turkish Law, has been explained. Within this scope, the fact that property right differs between private law and constitutional law has been stated by the decisions and sources in the doctrine.

Later on, the concept of trademark has been explained in the study, and the elements and functions of trademark have been included and basic explanations on trademark right has been provided. Afterwards, the nature of trademark right has been

clarified and have been analyzed in terms of constitutional law and private law, and in this manner, it is aimed to emphasize both the similarities and the differences. The fact that although trademark is included in the scope of constitutional property right in this meaning, it is not included in the scope of property right under private law has been elaboratively explained.

After determining the nature of trademark right, whether it includes a right to use has been examined under the Turkish law, and examples and explanations from the EU law and common law have been also involved. In this respect, it is concluded that especially common law-based negative right or negative right to claim has no equivalent in civil law. Consequently, the scope of absolute right has been determined and the first section has been completed in this way.

In the second section, the necessary conditions for the restriction of trademark right and the concept of restriction on trademark right – mainly plain packaging regulations- have been explained. First of all, how the protection of trademark right is regulated in the Constitution has been clarified and what the restriction on trademark right has been explained along with the concepts, partly by the examples.

Afterwards, intervention types and methods of trademark right have been reviewed and the topic has been exemplified, and the subject has been tried to be understood better by a classification from several aspects.

In the classifications, the distinction has been made according to the state organs, and apart from this, it has been classified pursuant to time and addressed person, and as a result, all classifications have been exemplified in order to explain the concepts.

In this study, the concept of plain packaging has been explained, practices in various countries have been exemplified and the cases especially in Australia have been reviewed. Since the case in Australia generally includes all of the points being basis of the case in the UK, it has been included in the study with all details. Additionally, the French and EU practices, which especially effect the Turkish Law, have been clarified and the cases have been reviewed within this scope.



Lastly, the Turkish practice has been explained at full length, and the possible affects and consequences of the practice have examined as far as possible by taking into account the reasons of restrictions stated in the first part of the second section. Afterwards, the alcohol regulations in Turkey have been handled in the same manner and the practice has been assessed.



## ÖZET

Avustralya’da 2012 yılında yasalaşan düz paket düzenlemeleriyle birlikte marka hakkının kullanma yetkisi içerip içermediği ve marka hakkının sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı soruları gündeme gelmiştir. Düzenlemelerin iptaliyle ilgili olarak Avustralya’da açılan davanın reddedilmesinden sonra tüm dünyada düz paket düzenlemelerine yönelik çalışmalar başlamış ve özellikle Avrupa Birliği (AB) ülkelerinde bu yönde büyük gelişmeler yaşanmıştır. Çalışmamızda bu kapsamda marka hakkının niteliği incelenerek kullanma yetkisi içerip içermediği ortaya çıkarılmaya çalışılmış, daha sonra dünyadaki düz paket düzenlemeleri ve bu düzenlemelerin hukuki sonuçları incelenmiştir.

Çalışmamız iki bölümden oluşmakta olup ilk bölümde marka hakkının niteliği tartışılmış, ikinci bölümde ise marka hakkının sınırlandırılmasının ne olduğu açıklanmış ve uygulamalar anlatılmıştır. Çalışmada Türk hukukuna ait mevzuat ile karşılaştırmalı hukuk mevzuatlarının araştırılması ve kaynak taraması yöntemleri kullanılmıştır. Özellikle karşılaştırmalı hukuk, tezin büyük bir bölümünü oluşturduğundan alanında yazılmış makaleler ve kitaplar incelenmiş, yargı kararları ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu kapsamda müşterek hukuk ve Avrupa Birliği hukuku çalışmada kendine en çok yer bulan hukuk sistemleri olmuş, yeri geldikçe anlatım Alman hukuku ve İsviçre hukukuyla zenginleştirilmiştir.

Birinci bölümde öncelikle mülkiyet hakkı incelenmiş, buna yönelik doktrin kararlarıyla konu irdelenmiştir. Bu yapılırken mülkiyet hakkının ne olduğu açıklanmış, ardından özel hukuk ve anayasa hukuku kapsamında mülkiyet hakkı ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmiştir. Türk hukukunda özellikle sık sık kavram karışıklığına neden olan bu farkın nereden kaynaklandığı açıklanmış, bu sayede karışıklık giderilmek istenmiştir. Sonucunda ise özel hukukla anayasa hukukundaki mülkiyet haklarının birbirinden farklı anlamlara geldiği kararlar ve doktrindeki kaynaklarla belirtilmiştir.

Daha sonra marka kavramı açıklanmış, markanın unsurları ve işlevlerine yer verilmiş, marka hakkının ne olduğu ayrıntılı olarak irdelenmiştir. Ardından marka hakkının niteliği açıklanarak yine anayasa hukuku ve özel hukuka göre ikili bir ayrıma

gidilerek inceleme yapılmış, bu sayede hem benzerliklerin hem de farklılıkların ön plana çıkarılması amaçlanmıştır. Marka hakkının bu anlamda anayasal mülkiyet hakkı kapsamında olmasına rağmen özel hukukta mülkiyet hakkı kapsamına girmediği ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Marka hakkının niteliği belirlendikten sonra kullanma yetkisi içerip içermediği noktasında öncelikle Türk hukuku çerçevesinde bir değerlendirme yapılmış, Avrupa Birliği Hukuku ile müşterek hukuka yönelik incelemelere de yer verilmiştir. Bu bağlamda marka hakkının özellikle müşterek hukuk kaynaklı negatif hak ya da negatif talep hakkı olduğu çıkarımının Kıta Avrupası'nda karşılığı olmadığı sonucuna varılmıştır. Birinci bölümün sonucu olarak mutlak hakkının kapsamı ayrıntılarıyla irdelenmiş ve bölüm bu şekilde tamamlanmıştır.

İkinci bölümde müdahale kavramına ve düz paket düzenlemeleri ağırlıklı olmak üzere uygulamalara yer verilmiştir. Bu anlamda ilk olarak sınırlandırmanın ve müdahalenin ne olduğu açıklanmış; marka hakkının Anayasa'da nasıl korunduğu ve sınırlandırılmasının ne şartlarla gerçekleşebileceği yer yer mahkeme kararlarıyla açıklanmıştır.

Ardından marka hakkına müdahale türleri ve yöntemleri incelenerek konu örneklendirilmiş ve birkaç farklı sınıflandırma yapılarak konunun daha iyi anlaşılması sağlanmıştır. Sınıflandırmalarda öncelikle devlet organlarına göre ayrıma gidilmiş, bunun dışında zaman ve yöneltilen kişiye göre ayrı sınıflandırma yapılmış, sonucunda ise tüm sınıflandırmalara ilişkin örnekler verilerek konunun daha iyi irdelenmesi amaçlanmıştır.

İkinci bölümün devamında uygulamalara ilişkin olarak ayrıntılarıyla birlikte öncelikle düz paket kavramı açıklanmış, farklı ülkelerdeki düzenlemeler ele alınmış, düzenlemelerin iptaline yönelik açılan davalar da yine bu kapsamda incelenmiştir. Avustralya'da görülen dava, esas olarak İngiltere ve hatta dünyadaki düz paket uygulamalara yönelik hemen bütün tez ve antitezlerin detaylı olarak irdelendiği bir dava olduğu için tüm detaylarıyla çalışmada kendine yer bulmuştur. Bununla birlikte Türkiye'de birçok hukuk dalını özellikle etkileyen Fransa ile AB hukukuna ait

düzenlemeler ve bunlar aleyhine açılan davalar da çalışmamızda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Son olarak Türkiye’deki düzenlemeler ayrıntılı olarak anlatılmış, ikinci bölümün ilk kısmında yer alan marka hakkının sınırlandırılması konusu çerçevesinde uygulamanın olası etkileri ve sonuçları incelenmiştir. Bununla birlikte yine bu çerçevede Türkiye’de alkol düzenlemeleri ile ilaçlara yönelik düzenlemeler ele alınarak aynı şekilde uygulamaların etkileri değerlendirilmiştir.



## GİRİŞ

Dünyada tütün ürünlerinin zararlarının engellenmesine yönelik gelişmelerin özellikle son on yılda büyük ivme kat etmesi uluslararası kuruluşların bu yöndeki çalışmalarını artırmasını sağlamış, bununla birlikte gittikçe daha büyük önlemlerin alınması gündeme gelmiştir.

Bu kapsamda düz paket düzenlemeleri, her ne kadar otuz yıl önceye dayansa da ciddi olarak ilk kez Avustralya tarafından hayata geçirilmiş, bu kapsamda marka hakkının niteliğinin de dünya çapında gündeme gelmesine neden olmuştur. Özellikle müşterek hukukun, Kıta Avrupası hukukuyla çok büyük farklılıklar arz etmesi nedeniyle marka hakkının kullanma yetkisi içermediği şeklinde görüşler ortaya çıkmış, bunlar devletin marka hakkına müdahalesi için bir hukuki dayanak olarak sunulmuştur.

Bu kapsamda Türkiye’de de düz paket düzenlemelerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte konu önem kazanmaya başlamış, bu çalışmanın yapılması bir anlamda zorunlu olmuştur. Buna göre çalışmamızda öncelikle marka hakkının niteliğine ilişkin en büyük tartışma olan marka hakkının mülkiyet hakkı kapsamına girip girmediği konusu incelenecektir. Ancak çalışmamızda önceki yöntemlerin aksine mülkiyet hakkı anayasal ve özel hukuktaki mülkiyet anlayışıyla paralel olarak ikiye ayrılarak incelenecek ve bu kavramların birleştiği, ayrıldığı, çatıştığı yerler değerlendirilecektir.

Çalışmamızda daha sonra marka hakkının niteliği diğer yönlerden incelenecek, özellikle Avustralya’da açılan davayla gündeme gelen marka hakkının kullanma yetkisi içerip içermediği hem Türk hukuku hem de Avrupa Birliği hukuku açısından ele alınacaktır. Bu bağlamda yer yer mehz Alman hukukuyla karşılaştırma yapılacak, ayrıca Avrupa Birliği hukukunun en önemli enstrümanlarından olan Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları da incelenecektir.

İkinci bölümde devletin markaya müdahalesi anlatılacak, bu amaçla öncelikle müdahale kavramı ve bir hakkı sınırlandırmanın şartları incelenecektir. Daha sonra marka hakkının sınırlandırılması için gerekli şartlar incelenip müdahale türlerine geçilecektir.

Bu kapsamda müdahaleye yönelik örneklerle birlikte müdahalenin türleri anlatılarak Türk hukukundaki örnek kararlar da değerlendirilecektir. Özellikle müdahalenin hangi şartlarda hukuka aykırı olduğu bu bölümde ele alınacaktır.

Son olarak çalışmamızda dünyadaki ve Türkiye'deki marka hakkına müdahale örnekleri anlatılacaktır. Bugüne kadarki bilinen en büyük markaya müdahale olan düz paket düzenlemeleri bu bölümde ele alınarak öncelikle kavramın anlaşılması için düz paket kavramının geçmişi kısaca özetlenecektir. Daha sonra Avustralya'da görülmüş dava değerlendirilecek ve iddia ile savunmaların mahkemede ne şekilde gerçekleştiği, mahkemenin kararının neye göre şekillendiği anlatılacaktır. Avustralya'nın uluslararası örgütler nezdinde karşı karşıya kaldığı davalar ve bu davaların değerlendirmeleri de yine ikinci bölümün bir kısmını oluşturacaktır.

İngiltere ve Fransa'daki kararlar da bu kapsamda anlatılacak, yer yer Türk hukukuyla karşılaştırılma yoluna gidilecektir. Fransız Danıştay'ın vermiş olduğu karar özellikle Kıta Avrupası hukukuna göre öncü olduğundan bu dava ayrıntılı şekilde anlatılacaktır.

Türkiye'de yapılmış düz paket düzenlemeleri ile alkollü içeceklere ilişkin düzenlemeler de incelenip değerlendirilecek, çalışmamız bu kapsamda sonuçlanmış olacaktır. Bu yönüyle marka hakkının kullanma yetkisi içerip içermediği ve devletin markaya müdahalesinin hangi şartlarda hukuka aykırı olduğu sorusu da yanıtlanmış olacaktır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### MÜLKİYET, FİKRİ VE SİNAİ HAK KAVRAMI

#### § 1. MÜLKİYET VE MÜLKİYET HAKKI

Terminolojik olarak mülkiyet: Sahiplik, iyelik anlamına gelmektedir.<sup>1</sup> Buna göre mülkiyeti, sahip ile şey arasındaki ilişki olarak tanımlamak mümkündür.<sup>2</sup> Mülkiyet hakkı da bu bağlamda bu ilişkiden doğan haklardır.

Mülkiyet bununla birlikte tartışmasız ve ne olduğu kesin sınırlarla çizilmiş bir kavram da değildir. Mülkiyet kavramının içinin doldurulmasını sağlayan tüm görüşler ve uygulamalar, tartışmanın kaynağı olan mülkiyetin içeriğinin sadece bir yetkiler bütünü olduğu, sadece yükümlülüklerden oluştuğu ve her ikisinin birleşiminden olduğu kabulüne göre farklılık göstermektedir.<sup>3</sup> Öyle ki ikinci bölümde mülkiyet hakkının sınırlandırılması kısmında görüleceği üzere kamu yararı ile orantılılık ilkesinin uygulanması bile bu kabule göre değişiklik gösterebilmektedir.

Klasik liberal sistemlerde mülkiyet doğal bir hak<sup>4</sup> ve sadece yetkilerden oluşan bir kavramken, sosyalist sistemlerde mülkiyet istisnalar dışında sadece sosyal yükümlülüklerden oluşan bir kavramdır. Buna karşılık sosyal sistemlerde mülkiyet hem yetkilerden hem de yükümlülüklerden oluşmaktadır.<sup>5</sup> Ancak önemle belirtilmelidir ki sistem ne olursa olsun mülkiyete konu şey değişmemekte ve hep aynı kalmakta; değişiklik gösteren husus, şey ile sahip arasındaki hukuki ilişki olmaktadır.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2019, s. 1726.

<sup>2</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, **Hukuk Tarihimizde Temel Haklar**, Mimoza Yayınları, Konya 1994, s. 143; Esin Özücü, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı-Mülkiyet Hakkının Sınırlanması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 6.

<sup>3</sup> Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 3.

<sup>4</sup> Dilara Buket Tatar, **Mülkiyet ve Fikri Mülkiyetin Felsefi Temelleri**, Astana Yayınları, Ankara 2014, s. 66-67.

<sup>5</sup> Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 3.

<sup>6</sup> Fikret Eren, "Mülkiyet Kavramı", **Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974, s. 767.

Mülkiyeti salt bireysel ya da toplum yararı olarak görmek yerine her ikisinin bir arada olduğu ve yetki ile ödevlerden oluşan bir kavram olarak kabul etmek insan merkezli modern devlet sistemlerinde daha sağlıklı olacaktır.<sup>7</sup> Bunun nedeni mülkiyetin konusu şey üzerinde sahibinin bir yararı olduğu gibi, sahibin içinde yaşadığı toplumun da mülkiyetin konusu şeyin kullanılmasına ya da kullanılmamasına ilişkin yararının olabilmesidir. Bireylerden oluşmayan toplumun ya da toplum dışında bireyin var olması mümkün değildir.<sup>8</sup>

Mülkiyet hakkı tüm bu nedenlerle Türk hukukunda Anayasa'yla ya da yasalarla net olarak tanımlanmış değildir. Bunun yerine mülkiye hakkı yetki ve yükümlülüklerden oluşur şekilde, bir tanım yapılmadan Türk Medeni Kanunu'nun<sup>9</sup> (TMK) dördüncü kitabında, eşya hukuku bölümünde düzenlenmiş; Anayasa'da ise m. 35'te kendine yer bulmuştur. Her iki düzenleme birbirinden çok farklı olduğu için mülkiyet hakkının özel hukuk ve anayasa hukuku yönünden ayrı ayrı incelenmesi daha sağlıklı olacaktır.

## I. Özel Hukuka Göre Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkı şeyle sahibi arasındaki ilişkiden kaynaklandığı için özel hukuk sistematikteki yeri medeni hukuk, medeni hukukta ise eşya hukukudur. Ne var ki medeni hukukta kesin ve sınırları net biçimde ortaya konulan bir mülkiyet hakkı tanımı yapılmamış, TMK m. 683 ile sadece hakkın sağladığı temel yetkiler ve yükümlülüklerin sayılmasıyla yetinilmiştir. Buna göre: *“Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir”* şeklinde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir.

TMK'nın bu hükmünden de anlaşılacağı üzere mülkiyet hakkı, sahibine kullanma, yararlanma, tasarrufta bulunma gibi, bir şey üzerinde en geniş yetkileri

<sup>7</sup> Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, **Eşya Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 377; Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 3; A. Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 250

<sup>8</sup> Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 3.

<sup>9</sup> 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Resmi Gazete (RG): 8/12/2001, 24607.



veren ve eksiksiz bir egemenlik sağlayan bir haktır.<sup>10</sup> Mülkiyet hakkı, ileri sürülebilmesine göre mutlak hak – nispi hak ayrımında mutlak hak içinde yer almış; para ile ölçülebilmesine göre malvarlığı hakları – şahıs varlığı hakları ayrımında ise malvarlığı hakları içinde, aynı haklar kategorisinde yer almıştır.<sup>11</sup> Mülkiyet hakkının olumlu içeriğini ve iç boyutunu kullanma, yararlanma, tasarrufta bulunma gibi yetkiler oluştururken; olumsuz içeriğini ve dış boyutunu başkalarının hakka müdahalede bulunmasını engelleme yetkisi oluşturmaktadır.<sup>12</sup>

Doktrinde, TMK m. 683’te sayılan bu yetkilerin pratik ve teorik olarak yetersiz olduğu, mülkiyet hakkının bundan çok daha geniş ve tek tek sayılamayacak kadar çok yetki içerdiği belirtilmektedir.<sup>13</sup> Mevzuat İsviçre Medeni Yasası m. 641’de, mülkiyet hakkından kaynaklı yetki ve yükümlülükler, “*Bir şeyin sahibi, hukukun sınırlamaları içinde o şey üzerinde tasarrufta bulunmakta serbesttir.*” şeklinde, hakkın niteliğine çok daha uygun şekilde kaleme alınmıştır. Kanaatimizce bu şekilde bir tanımlama hem mülkiyet hakkının sağladığı yetkileri daraltmaması hem de mülkiyet hakkının özünün anlaşılması açısından çok daha uygundur.

Bunların dışında düzenlemeyle ayrıca hak sahibine hukuk düzeninin sınırları içinde kalma yükümlülüğü de yüklenerek bu hakkın toplumsal yönü de ortaya çıkarılmıştır. Esasında mülkiyet hakkını kendi içinde sınırlayan bu düzenlemeyle, Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere<sup>14</sup> doğal hak anlayışından çıktığı, modern mülkiyet anlayışıyla uyumlu bir görüşün benimsendiği söylenebilir. Buna göre hak sahibinin hem o şey üzerinde yetkileri hem de topluma karşı yükümlülükleri (katlanma

<sup>10</sup> Rona Serozan, **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 216; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 274; Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt 1**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 155; Turhan Esener/Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 179; Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir 2018, s. 213; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku II-Mülkiyet**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 28; Akipek/Akıntürk/Ateş, **Eşya Hukuku**, s. 377; Rona Serozan, **Eşya Hukuku I**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 202-203; Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 16-19.

<sup>11</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 4-10. Akipek/Akıntürk/Ateş, **Eşya Hukuku**, s. 383; Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 16.

<sup>12</sup> Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 18-19; Akipek/Akıntürk/Ateş, **Eşya Hukuku**, s. 377-384; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 251; Veysel Başpınar/Mehmet Ünal, **Şekli Eşya Hukuku Giriş- Zilyetlik-Tapu Sicili**, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s. 44.

<sup>13</sup> Serozan, **Eşya Hukuku I**, s. 204; Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 17-18.

<sup>14</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2005/5-288 E., 2005/352 K., 25.05.2005 T. www.kazanci.com (E.T. 30.11.2019).

ve yapmama) bulunmaktadır, dolayısıyla mülkiyet hakkı modern devlet sisteminde sınırsız bir hak değildir.<sup>15</sup>

Hukuk düzeninin sınırları ile anlaşılması gerekenin ne olduğu da ayrıca incelenmelidir. Hukuk düzeninin sınırları kavramıyla, hakkın sağladığı yetkilerin, hukukun doğrudan ya da dolaylı izin verdiği alanlarda kullanılabildiği ifade edilmektedir. Örnek vermek gerekirse bir tabanca tamamen sahibinin tasarrufuyla, vitrinde sergilenecek bir süs eşyası olarak ya da çivi çakmak için kullanılabileceği gibi, silahın içindeki merminin ateşlenmesi suretiyle de kullanılabilecektir. Yasa koyucunun izin verdiği ya da yasaklamadığı alanlar hukuk düzeninin sınırları olup, hak sahibi bu alanlarda dilediğince hareket edebilecektir. Ancak yasa koyucu yerleşim birimlerinde tabanca taşınması ile ateşlenmesini yasakladığı zaman hukuk düzeninin sınırları daralacak ve mülkiyet hakkı sahibi, hakkın konusunu buna uygun kullanmak zorunda kalacaktır. Bu düzenleme artık tabancası olan kişiler için hukuk düzeninin yeni ve genel sınırı olacaktır.

Bununla birlikte mülkiyet hakkının konusunun belirlenmesi, hakkın neye ilişkin uyuşmazlıklara uygulanacağı ve neleri kapsadığı yönünden önem taşımaktadır. Gerek mülkiyet hakkının TMK’da eşya hukuku bölümünde düzenlenmesi, gerekse terminolojisi gereği şey ile sahip arasındaki ilişkinin hukuk düzlemindeki görünümü olması nedeniyle özel hukuk açısından yapılacak değerlendirmede öne çıkan ilk kavram, şey kavramı ve bunun çoğul hali olan eşyadır. Gerçekten de TMK m. 683’te “*bir şeye malik olan kimse*” ifadesiyle hakkın konusunun şey olduğu belirtilmiş, doktrinde ise mülkiyet hakkının şey üzerinde en geniş yetkileri veren hak olduğu açıklanmıştır. Kavram olarak şey, mal ve eşya farklı anlamlara gelse de TMK, doktrin ve yargı organları bu terimleri ayırım yapmadan kullanmış, hepsine eşya kavramının anlamını yüklemiştir.<sup>16</sup> Dolayısıyla mülkiyet hakkının konusunu sadece eşya oluşturmaktadır.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Veysel Başpınar, **Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdâhaleler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 94; Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 18-19; Akipek/Akıntürk/Ateş, **Eşya Hukuku**, s. 377-384; O. Gökhan Antalya/Murat Topuz, **Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 165; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 250.

<sup>16</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, **Eşya Hukuku**, s. 25-30.

<sup>17</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, **Eşya Hukuku**, s. 384; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 216; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 285; Serozan, **Eşya Hukuku I**, s. 202.

Fransız Medeni Yasası'nın ekonomik değeri olan ve edinmeye elverişli her şeyi eşya kavramı içine almasına karşılık Alman Medeni Yasası m. 90'da sadece cismani varlıklar eşya olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık Türk ve İsviçre hukukunda eşya kavramı düzenlenmemiş, eşya kavramına nelerin dahil olduğu belirtilmemiştir. TMK m. 684-687 ile mülkiyet hakkının kapsamı, TMK m. 704 ve devamı ile TMK m. 998 taşınmaz mülkiyeti, TMK m. 762 ve devamı ile de taşınır mülkiyeti düzenlenirken eşya kavramından bahsedilmiştir. TMK m. 794 ve devamında taşınır rehini, TMK m. 954 ve devamında ise aynı hakların neler olabileceği belirtilmiştir. Tüm bu nedenlerle TMK'nın sadece cismani varlıkları eşya olarak kabul ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır.<sup>18</sup> Türk hukukunda eşya, bu sistematığe göre üzerinde kişisel egemenlik sağlanabilen, aynı zamanda ekonomik değer taşıyan kişi ve hayvanların dışında bulunan cismani varlıkların tamamını kapsamaktadır. Roma hukukundan gelen ve bazı hukuk düzenlerinde varlığını koruyan maddi eşya, gayri maddi eşya ayrımı Türk hukukunda kabul edilmemiş, İsviçre hukukunda da aynı şekilde diğer şartları da taşıması koşuluyla sadece cismani şeyler eşya kavramına dahil edilmiştir. Dolayısıyla marka, patent vb. fikri ve sınai haklar eşya olmamakta, bunlar üzerinde özel hukuka göre mülkiyet ilişkisi kurulamamaktadır.<sup>19</sup>

## II. Anayasa Hukukuna Göre Mülkiyet Hakkı

Özel hukuktaki düzenlemelerin aksine Anayasa ve tabii olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) de mülkiyet hakkı çok farklı düzenlemelere tabi olup özel hukuktaki düzenlemelerden hem anlam hem de kapsam olarak ayrılmaktadır. Anayasa, özel hukuktaki gibi bir mülkiyet hakkı düzenlemesi yapmamakta, hatta hakkın konusu ve sağladığı yetkilere dahi karışmamaktadır. Bunun nedeni Anayasa'da mülkiyet hakkının değil mülkiyet hakkı kurumunun ve hakkın korunmasının düzenlenmiş olmasıdır, bu iki kavram birbirinden çok farklıdır.

Anayasa m. 35 incelendiğinde görüleceği üzere "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.*

<sup>18</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, **Eşya Hukuku**, s. 26.

<sup>19</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 4-8; Akipek/Akıntürk/Ateş, **Eşya Hukuku**, s. 27, 384; Serozan, **Eşya Hukuku I**, s. 202-203; Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 6-10; Saibe Oktay-Özdemir, "Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği", **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 571-576.

*Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”* şeklinde bir ifadeyle mülkiyet hakkının, daha açık bir tabirle mülkiyet hakkın var olmasının ve bu hakkın korunmasının düzenlendiği anlaşılmaktadır. Düzenlemeyle öncelikle bir mülkiyet hakkı kurumu Türk hukukuna alınmış aynı zamanda bu kurumun her yönüyle korunması teminat altına alınmıştır.

İlgili düzenlemenin gerekçesi incelendiğinde bu husus daha iyi anlaşılmaktadır. Nitekim danışma meclisi gerekçesinde konu şu şekilde ifade edilmiştir: *“Mülkiyeti Anayasa teminatı altına alan bu madde doğrudan devlete hitabetmektedir. Mülkiyetin şahıslara karşı korunması Medenî Kanun ve 5917 sayılı Gayri Menkule Tecavüzün Men’i Hakkında Kanun gibi mevzuatla sağlanmaktadır. Mülkiyetin münferit himayesini fert mahkemelerden ve idareden talep edecektir. Mülkiyetin müessese olarak güvence altına alınması ise kanun koyucu, başka açıdan Devlet, Anayasaya uygunluk denetimini yapacak olan Anayasa yargısı tarafından sağlanacaktır (Mangoldt - Klein I, S. 422). Mülkiyetin Anayasa teminatı altına alınması kimlerin yararlanacağı ise bir problem doğurmaz. Malik sıfatını taşıyan gerçek ve tüzel kişiler, bu anayasal güvenceden yararlanırlar ve onu dermeyeran edebilirler.”*

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi (AYM), mülkiyet hakkını tanımlarken bir kararında: *“Anayasamızın 35 inci maddesi mülkiyet hakkını güvence altına almıştır. Mülkiyet hakkının verdiği güvence, özel kişileri karşı devlete koruyuculuk görevi yüklediği gibi, devlete de yasa düzenlemede ve yönetimde mülkiyete saygılı olmayı emretmektedir... Anayasanın 35 inci maddesi, mülkiyet hakkını Anayasal bir kurum olarak düzenlemekte ve Anayasal güvenceye bağlamaktadır. Bu maddeye göre herkes mülkiyet hakkına sahiptir; bu hak kamu yararı amacıyla yasayla sınırlanabilir ve bu hakkın kullanılması toplum yararına aykırı olamaz... Anayasanın 35 inci maddesinin kişiler için öngördüğü güvenceden malik sıfatıyla devletin ve diğer kamu kuruluşlarının yararlanması doğaldır. Çünkü 35 inci maddede, gerçek kişi – tüzel kişi ayırımı yapılmaksızın mülkiyet hakkı “herkes” için öngörülmüştür.”* şeklinde ifadeyle kamu kuruluşları da dahil herkesin mülkiyet hakkının olduğu, mülkiyet hakkının bir kurum olarak düzenlendiğini ifade etmiştir.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2005/13, Karar Sayısı: 2009/141, Karar Tarihi: 8.10.2009 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019). Ayrıca AYM 1961 Anayasası döneminde verdiği bir başka kararında da mülkiyet hakkının bir kurum olduğunu ifade ederken şu ifadeyi kullanmıştır: *“...Çünkü mülkiyet hakkını tanımayan bir devlet sisteminin; kamu yararı düşüncesine dayansa bile, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen demokratik bir hukuk devleti sistemi olduğu savulanamaz...”* Anayasa

Gerekçe ve kararda görüldüğü üzere bu maddenin devlete yönelik olduğu, bir mülkiyet hakkı müessesesine yönelik düzenleme yapıldığı açıklanmıştır. Nitekim özel hukuktaki mülkiyet hakkı ile kastedilen eşya üzerindeki en geniş yetkileri sağlayan hakken, Anayasa'daki mülkiyet hakkı ile kastedilen kişilerin sahip olabilme ve bunu devam ettirebilme hakkıdır.<sup>21</sup>

Bu anlamsal farklılık AYM tarafından da şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Anayasa ve Sözleşmenin ortak koruma alanındaki mülkiyet hakkı özel hukukta veya idari yargıda kabul edilen mülkiyet hakkı kavramlarından farklı bir anlam ve kapsama sahip olup, bu alanlarda kabul edilen mülkiyet hakkı, yasal düzenlemeler ile yargı içtihatlarından bağımsız olarak özerk bir yorum ile ele alınmalıdır.*

*Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı, mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma hakkı, kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun Anayasa ve Sözleşme'yle korunan mülkiyet kavramı içerisinde değildir. Bu hususun istisnası olarak belli durumlarda, bir "ekonomik değer" veya icrası mümkün bir "alacağı" elde etmeye yönelik "meşru bir beklenti", Anayasa'nın ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir.”<sup>22</sup>*

Bu kavram farklılığı nedeniyle özel hukukta mülkiyet hakkının konusu sadece eşya ile sınırlanmışken Anayasa hukukunda böyle bir sınırlama yoktur, dolayısıyla mülkiyet hakkının konusu ekonomik değeri olan ve parayla ifade edilen her şeydir. Nitekim AYM bu maddeye dayanarak verdiği kararlarda açıkça ekonomik değeri olan

Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 11976/38, Karar Sayısı: 1976/46, Karar Tarihi: 12/10/1976 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>21</sup> AYM'nin mülkiyet hakkına aykırılık iddiasıyla bir yasa maddesini incelediği bir kararındaki açıklaması da bunu belirtir niteliktedir. Nitekim kararında mahkeme “...Mülkiyet hakkının içerik ve sınırlarını belirleme yetkisi yasalara verilmiş... Temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkı bireyin eşya üzerindeki hâkimiyetini güvence altına almaktadır. Eşya üzerindeki hâkimiyet bir yönüyle bireye devletin müdahale edemeyeceği özel bir alan yaratırken, diğer taraftan emeğinin karşılığını güvence altına almakla bireye kendi hayatını yönlendirme ve geleceğini tasarlama olanağı sunmaktadır. Bu nedenle birey özgürlüğü ile mülkiyet hakkı arasında yakın bir ilişki vardır...” ifadesiyle Anayasal mülkiyetin özel hukuktaki mülkiyetten farklılaştığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2009/58, Karar Sayısı: 2011/52, Karar Tarihi: 17.3.2011 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>22</sup> Anayasa Mahkemesi Hüseyin Remzi Polge Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/2166, Karar Tarihi: 25/6/2015 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

ve bu değerin parayla ölçülebildiği bütün malvarlığı haklarının mülkiyet hakkının konusu olduğunu ifade etmekte, cismani varlıklar dışında cismani olmayan varlıkların da mülkiyet hakkı kapsamına girdiğine karar vermiştir.<sup>23</sup>

Burada akla Anayasa'nın mülkiyet hakkını eşya ile sınırlandırmadığı gerekçesiyle özel hukukta da hakkın eşyayla sınırlandırılmayacağı, eşyayla sınırlama yerine Anayasa'nın geniş kapsamının temel alınması gerektiği fikri gelebilmekteyse de yukarıda açıklanan kavram farklılığından dolayı bu mümkün değildir.<sup>24</sup> Anayasa mülkiyet hakkının var olmasını ve korunmasını düzenlemektedir dolayısıyla böyle bir yorum halinde ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen, alacak hakkı dahil tüm malvarlığı haklarının, hatta şartları varsa meşru beklentilerin dahi<sup>25</sup> özel hukukta mülkiyet hakkı kapsamına girmesi sorunu ortaya çıkacaktır.

Ulusalüstü düzenlemelerde de bu kavram farklılığı aynı şekilde varlığını sürdürmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu ve AYM'nin "Sözleşme" ibaresiyle atıf yaptığı AIHS'de de özel hukuktan farklı bir yaklaşımla mülkiyet hakkı düzenlenmekte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) tarafından da özerk bir

<sup>23</sup> "...Anayasal anlamda mülkiyet hakkı ekonomik değer ifade eden ve değeri parayla ölçülebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır..." Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2018/136, Karar Sayısı:2019/21, Karar Tarihi:10/4/2019; "...Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir." denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir haktır. Mülkiyet hakkı, genel olarak, bir kimsenin başkasına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla bir şey üzerinde dilediği biçimde yararlanma, tasarruf etme, başkasına devretme, kullanım biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme yetkilerini kapsamaktadır. Öte yandan, mülkiyet hakkı, maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz malvarlığını kapsadığı gibi maddi bir varlığı bulunmayan hak ve alacakları da içermektedir..." Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2013/95, Karar Sayısı: 2014/176, Karar Tarihi: 13.11.2014 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019); "...Mülkiyet hakkı, kişiye başkalarının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır. Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında yer almaktadır..." Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2013/114, Karar Sayısı: 2014/184, Karar Tarihi: 4.12.2014 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019); "...Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında bulunmaktadır..." Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2016/148, Karar Sayısı: 2016/189, Karar Tarihi: 14.12.2016 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019). Aynı ifadenin geçtiği diğer kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2017/172, Karar Sayısı: 2018/32, Karar Tarihi: 28.3.2018; Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2010/73, Karar Sayısı: 2011/176, Karar Tarihi: 29.12.2011 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>24</sup> Karş. Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 38-39, Nuşin Ayiter, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, S Yayınları, Ankara 1981, s. 14; Ali Paşlı, **Uluslararası Antlaşmalar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 14.

<sup>25</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2015/39, Karar Sayısı: 2015/62, Karar Tarihi: 1.7.2015, para. 20-21 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

yorum esas alınarak mülkiyet hakkı konusunda karar verilmektedir.<sup>26</sup> Nitekim AİHS de mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeler içermekte olup bu düzenlemeler Anayasa m. 90/5<sup>27</sup> uyarınca; AİHM kararları ise AİHS m. 46<sup>28</sup> uyarınca Türkiye için bağlayıcıdır.

Bu bağlamda AİHS incelendiğinde, tıpkı Anayasa'daki gibi mülkiyet hakkı konusunda AİHS'de de bir tanımın olmadığı görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Numaralı Ek Protokol Madde 1'de<sup>29</sup> (P1M1) herkesin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğu ve kişilerin sadece kamu yararı, yasal düzenleme ve uluslararası hukuk ilkelerine göre bu haktan yoksun bırakılabileceği düzenlenmiştir.

Her ne kadar Anayasa'nın aksine AİHS'de "mülkiyet hakkı" ibaresi dahi kullanılmamışsa da, AİHM kararlarında P1M1'de yer alan hakkın mülkiyet hakkı olduğu ifade edilmiştir.<sup>30</sup> Ancak AİHM, AYM'nin "*Hüseyin Remzi Polge*" kararında da belirttiği gibi mülkiyet hakkını aynı şekilde özerk bir çerçevede yorumlamakta, mülkiyet hakkı kapsamında her davada, davanın koşullarının bir bütün olarak başvurucuya P1M1'e göre korunan bir maddi çıkara ilişkin hak verip vermediği hususunun incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu da açıkça ekonomik bir değeri olan mal varlığını ve şartları mevcutsa buna ilişkin beklentiyi işaret etmektedir.<sup>31</sup>

Doktrinde, mülkiyet hakkı teriminin özel hukukta ve anayasa hukukunda bu kadar farklılaşması karşısında, Anayasa ve AİHS'de malvarlığı teriminin

<sup>26</sup> Anayasa Mahkemesi Hüseyin Remzi Polge Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/2166, Karar Tarihi: 25/6/2015 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>27</sup> **Madde 90 - Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma**

5-) "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*"

<sup>28</sup> **Madde 46 - Kararların Bağlayıcılığı ve İnfazı**

1-) *Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.*

<sup>29</sup> **AİHS 1 Numaralı Ek Protokol Madde 1**

*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*

*Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.*

<sup>30</sup> H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 8-9.

<sup>31</sup> Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, s. 179-180.

kullanılmasının daha isabetli olacağı belirtilmektedir. AİHM de bu bağlamda son dönemde bazı kararlarında mülkiyet hakkı terimi yerine malvarlığı hakkı terimini kullanma eğilimindedir.<sup>32</sup> Gerçekten de malvarlığı hakkı teriminin kullanılması hem özel hukuk ve hatta idare hukukuyla ilgili terim karmaşasını önleyecek hem de Anayasal mülkiyet hakkı korumasının daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.<sup>33</sup>

## § 2. FİKRİ VE SINAİ HAKLAR

### I. Fikri Hak ve Sınai Hak Kavramı

Fikri ve sınai hak kavramı, hukuk düzleminde “fikri hak” ile “sınai hak” şeklinde ikiye ayrılarak dar anlamda veya “fikri hak” şeklinde, kapsayıcı tek bir terimle geniş anlamda kendine yer bulmuştur. Almanya, İsviçre ve Avusturya hukukunda ayrıma gidilerek fikri hak ile sınai hak ayrımı kabul edilmişken; ABD, İngiltere, Fransa ve Belçika’da ise böyle bir ayrım yapılmayarak “fikri hak” terimi geniş anlamda kabul edilmiştir.<sup>34</sup>

Uluslararası sözleşmelerde henüz ortak bir terim geliştirilmemiş olup kimi zaman ayrıma gidilmiş<sup>35</sup>, kimi zamansa tüm sınai hakları da kapsayacak şekilde “fikri hak” terimi kullanılmıştır<sup>36</sup>. Hukukumuzda ise Almanya ve İsviçre hukukuna paralel olarak “fikri hak” ve “sınai hak” ayrımına gidilerek terimlerin dar anlamda kullanılması kabul edilmiştir.<sup>37</sup> Nitekim bu görüş yürürlüğe çok yakın zamanda giren Sınai Mülkiyet Kanunu’nun<sup>38</sup> (SMK) komisyon görüşmelerinde de gündeme gelmiş fikri hak, sınai hak ayrımının devam etmesine karar verilmiştir.<sup>39</sup> Bu sebeple bu

<sup>32</sup> H. Gürbüz Sarı, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 3; Güney Dinç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2007, s. 6-12.

<sup>33</sup> Bu tür bir terim kullanımının da bu kez ulusalüstü metinleri ulusal hukukun dar kavramlarına hapsedilmesi anlamına geleceği ve bunun da uygun bir kullanım olmayacağı görüşü için bkz. Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, s. 9-12.

<sup>34</sup> Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 2 vd.

<sup>35</sup> 1883 Tarihli Paris Konvansiyonu

<sup>36</sup> Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS) ve Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Kuruluş Anlaşması.

<sup>37</sup> Nitekim marka, patent, faydalı model, coğrafi işaret ve endüstriyel tasarım haklarını düzenleyen 6769 Sayılı yasanın ismi de dar anlamda kullanıma paralel olarak Sınai Mülkiyet Kanunu olarak düzenlenmiş, yasanın 2. Maddesinde de benzer şekilde dar anlam benimsenmiştir.

<sup>38</sup> 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, RG: 10/1/2017, 29944.

<sup>39</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Tutanak Dergisi, 6’ncı Toplantı, 26 Nisan 2016 Salı. [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=1608](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=1608) (E.T. 30.11.2019).



çalışmada da Türk hukukuyla paralel şekilde fikri hak ile sınai hak terimleri, dar anlamlarıyla kullanılmıştır.

Fikri hak terimi esasen fikir ve sanat eserlerini içine alan çatı bir kavramdır. Fikir ve sanat eserleri, hukukumuzda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'yla<sup>40</sup> (FSEK) kendine yer bulmuş; yasada eserler ve sahiplerinin hakları, bu hakların ihlali halinde nasıl bir korumanın sağlanacağına ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

Fikir ve sanat eserleri ilim edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserlerinden oluşmakta, hem manevi hem de mali haklar içermektedir. Manevi ve mali haklar buna karşılık sonsuz bir süreyle geçerli olacak şekilde düzenlenmemiştir. Gerçek kişi eser sahibinin mali hak ve yetkileri, kişinin ölümünden sonra yetmiş yıl; tüzel kişi eser sahibinin mali hak ve yetkileri ise eserin aleniyet kazanmasından sonra yetmiş yıl boyunca devam edip sürenin bitimiyle kendiliğinden sona erer.<sup>41</sup>

Sınai hak terimi ise marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, coğrafi işaret, ticaret unvanları ile işletme adı, ıslahçı hakları kavramlarını içine alan çatı bir kavramdır.

## II. Marka

Markanın tanımı SMK m. 4'te yapılmıştır. Buna göre marka, "*Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaret*" olarak tanımlanmıştır. Marka hakkı da bu ilişkiden doğan haklar olarak tanımlanabilir.

Tescili markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre onar yıllık dönemler halinde sonsuza kadar yenilenebilir. Yenileme talebi koruma

---

<sup>40</sup> 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, RG: 3/12/1951, 7981.

<sup>41</sup> Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 11.

süresinin sona erdiği tarihten önceki altı ay içinde yapılmalı ve aynı süre içerisinde yenileme ücretinin ödenmesi ve ilgili belgelerin Türk Patent ve Marka Kurumu'na (TPMK) sunulması gerekmektedir. Aksi halde markanın koruma süresi sonunda kendiliğinden sona erecektir.

Markanın aslında ne olduğunu, nasıl ve neden korunduğunu anlayabilmek için hakkın kazanılması, markanın unsurları, işlevleri ve marka hakkının niteliğinin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

## **A. Marka Hakkının Kazanılması**

Genel olarak marka hakkının kazanılması için dünyada tescille ve kullanmayla kazanma şeklinde iki sistemin olduğu kabul edilmektedir.<sup>42</sup> Bu sistemler arasında önemli farklar olmakla birlikte Anayasa açısından hakkın korunması için de önem arz ettiği için kısaca açıklamakta yarar vardır.

### **1. Kullanma Yoluyla Kazanma**

Marka hakkının kazanılması için esasında en doğal yol kullanma ile kazanmadır. Bu sebeple bazı hukuk sistemlerinde marka hakkının kullanma yoluyla kazanılacağı düzenlenmiştir.<sup>43</sup> Kullanma yoluyla kazanma sisteminde bir markayı tescil ettirmeden kullanan ve bu markaya ayırt edicilik kazandıran kişi marka üzerinde hak sahibi olmaktadır. Bu nedenle kullanma yoluyla marka hakkının kazanıldığı sistemlerde tescil bildirici niteliktedir.<sup>44</sup>

### **2. Tescil Yoluyla Kazanma**

Türk hukukunda koruma tescil yoluyla elde edilir.<sup>45</sup> Nitekim SMK m. 7'de açıkça belirtildiği üzere marka hakkı TPMK nezdinde tutulan marka siciline tescille

<sup>42</sup> Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 24.

<sup>43</sup> Hamdi Yasaman/Sıtkı Anlam Altay/Tolga Ayoğlu/Fülürya Yusufoglu/Sinan Yüksel, **Marka Hukuku-556 sayılı KHK Şerhi Cilt 1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 181.

<sup>44</sup> Sabih Arkan, **Marka Hukuku, Cilt I**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997, s. 128.

<sup>45</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1997/9833 E., 1998/641 K., 09.02.1998 T. www.kazanci.com (E.T. 30.11.2019).

kazanılmaktadır ve bu bakımdan tescil kurucu bir unsura sahiptir. Markayı adına tescil ettiren kişi yasanın kendisine tanıdığı hukuki korumadan yararlanmakta, bu tescil kendisine mutlak ve tekeli bir hak sağlamaktadır.<sup>46</sup>

Tescil ilkesinde esas olan öncelik ilkesidir. Gerçekten de SMK m. 5/1/ç ve m. 6/1’de belirtildiği üzere söz konusu işaret için daha önce tescil başvurusunda bulunan ve bu işareti tescil ettiren kişi hak sahibi olmaktadır.<sup>47</sup> Dolayısıyla hak sahibinin kendisinden sonra yapılacak aynı ve benzer başvurular marka üzerindeki koruma devam ettiği sürece reddedilmelidir.

## B. Markanın Unsurları

SMK m.4’e bakıldığında markanın işaret, sicilde gösterilebilir olma ve ayırt edicilik şeklinde üç unsurunun bulunduğu görülmektedir.<sup>48</sup>

### 1. İşaret

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin Avrupa Birliği Marka Tüzüğü<sup>49</sup> (AB Marka Tüzüğü) m. 4 ve Üye Devletlerin Marka Mevzuatlarının Yaklaştırılmasına Dair Avrupa Birliği Yönergesi<sup>50</sup> (AB Marka Yönergesi) m. 3 ile uyumlu hazırlanan SMK, tıpkı mehzaz metinlerdeki gibi marka için üç unsur öngörmüş olup bunlardan ilki işarettir.

SMK, marka olabilecek işaretleri şekilde sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olarak belirtmiştir. Bununla

<sup>46</sup> Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 381-382; Feyzan Hayal Şehirli Çelik, “Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine SMK m. 155 Vesilesiyle Bir İnceleme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2018, Cilt: 34, Sayı: 2, s. 34; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/N. Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 451; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2019, s.276.

<sup>47</sup> Necati Meran, **Marka Hakları ve Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 37.

<sup>48</sup> Aynı husus Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi’nin (EUIPO) Marka Rehberi’nin B Bölümü, 4. Kısım, 1. Faslında da belirtilerek markada üç unsurun arandığı ifade edilmiştir. <https://euipo01app.sdlproducts.com/1004922/903850/trade-mark-guidelines> (E.T. 30.11.2019).

<sup>49</sup> 2017/1001 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 14.07.2017 Tarihli AB Marka Tüzüğü.

<sup>50</sup> 2015/2436 Sayılı Üye Devletlerin Marka Mevzuatlarının Yaklaştırılmasına Dair 16.12.2015 Tarihli AB Yönergesi.

birlikte “her türlü işaret” ibaresinin maddede sayılanlar dışındaki işaretlerin de tescilinin mümkün olduğu belirtilmiştir.<sup>51</sup>

## 2. Sicilde Gösterilebilir Olma

SMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, mehz Avrupa Birliği (AB) düzenlemelerine uyumlu olarak, önceki düzenleme olan Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de (556 Sayılı KHK)<sup>52</sup> çizimle görüntülenme şartından vazgeçilmiş ve bunun yerine sicilde gösterilebilir olma şartı getirilmiştir. Düzenlemeyle birlikte klasik kelime ya da şekil şeklindeki markaların dışında ses ve hareketli işaretler gibi farklı işaretlerin de tescil edilmesi yasal bir temele oturtulmuştur. Ancak bu tür işaretlerin tescil edilmesi için en önemli şart sicildeki gösterimin açık, net ve halk tarafından anlaşılabilir olmasıdır.

## 3. Ayırt Edicilik

Markanın bir diğer ve en önemli unsuru ise ayırt ediciliktir. Markanın ayırt edicilik unsuru SMK'daki tanımından hareketle bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerinkinden ayırt edilmesini sağlamaktadır. Ancak ayırt edicilik unsuru teşebbüslerin birbirinden ayırt edilmesini değil, mal veya hizmetlerin bir diğer teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesine ilişkindir.<sup>53</sup>

Ayrıca belirtmelidir ki markanın unsurlarını düzenleyen SMK m. 4'teki ayırt edicilik bir markanın ayırt ediciliği değil markanın unsuru olan işaretin ayırt edici olmasıdır.<sup>54</sup> Bu ikisi başka kavramlar olup işaretin ayırt edici olmaması durumunda marka unsur eksikliği nedeniyle meydana gelmemekte, markanın ayırt edici olmaması halinde ise diğer unsurların da eksik olmaması halinde marka meydana gelmektedir. İşaretin ayırt edici olup olmadığı tescil edilmek istendiği mal veya hizmetten bağımsızdır.

<sup>51</sup> SMK Gerekçesi, m.4.

<sup>52</sup> 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG:27/6/1995, 22326.

<sup>53</sup> Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.60.

<sup>54</sup> EUIPO Marka Rehberi B Bölümü, 4. Kısım, 1. Faslı. <https://euipo01app.sdlproducts.com/1004922/903850/trade-mark-guidelines> (E.T. 30.11.2019).

Türk hukukunda bu farklılığa karşılık SMK m. 5 ile mehz AB hukukundan ayrı bir düzenlemeye gidilmiş ve anlam kayması yaratacak değişiklikler yapılmıştır. Örneğin SMK m. 5/1/a'da, SMK m. 4 kapsamında marka olamayacak işaretlerin mutlak ret nedeni olduğu belirtilmiştir, bu açıdan düzenlemede sorun yoktur. Ne var ki SMK m. 5/1/b'de, "Herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler" denilerek bunların da mutlak ret nedeni olduğu belirtilmiştir. Halbuki SMK m. 4 zaten ayırt edici olmayan işaretleri içermekteyken aynı hususun tekrar edilmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. İlgili madde gerekçesinde düzenlemenin mehz AB düzenlemelerinden alındığı belirtilse de ne mehz AB düzenlemeleri ne de 556 Sayılı KHK işaret terimini kullanmış, aksine her ikisinde de marka terimi tercih edilmiştir. Ayrıca gerekçede "*sicilde gösterilebilir olmasına rağmen ilgili mal veya hizmetler için ayırt ediciliğe sahip olmayan, dolayısıyla tüketiciler tarafından marka olarak algılanmayacak işaretlerin tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir*" denilse de açıkladığımız gibi markanın ayırt ediciliği ile işaretin ayırt ediciliği farklı kavramlar olduğundan, tüketicilerce bir işaretin markayla yakın bulunması onun ayırt edici bir işaret değil, ayırt edici bir marka olmadığını göstermektedir. İşaret bu durumda ayırt edicilik niteliğine sahiptir. Aynı karmaşıklık SMK m. 5'in diğer fıkralarında da varlığını sürdürmekte olup, SMK mehz düzenlemelerden büyük anlam farklılıkları içermektedir.<sup>55</sup>

Ayırt edicilik unsurunun bulunmaması durumunda marka tescil edilemeyecek, her nasılsa tescil edilmişse SMK m. 25 uyarınca hükümsüzlüğü istenebilecektir.

<sup>55</sup> Karş. Cahit Suluk/Temel Nal/Rauf Karasu, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.160-161, 174-175; Hanife Dirikkan, **Tanınmış Markanın Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 35-36;. Dilek İmirlioğlu, **Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre - 556 sayılı KHK ile Karşılaştırmalı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 21-24; Rauf Karasu, "Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2008, Cilt: 24, Sayı: 3, s. 333-335, 342-343. Yazarlarca markanın unsurlarından ayırt edicilik, somut ayırt edicilik ve soyut ayırt edicilik şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Buna göre SMK m. 4'teki ayırt edicilik soyut ayırt ediciliğe ilişkin olup işaret hiçbir mal veya hizmet için ayırt ediciliği sağlamamaktadır. SMK m. 5/1/b ise somut ayırt edicilikle ilgilidir. Somut ayırt edicilikte ise işaret ayırt edici olmakla birlikte tescil edilmek istendiği mal veya hizmet için ayırt edici olmaktan uzaktır. Örnek vermek gerekirse "*orijinal*", "*marka*", "*kaliteli*" gibi ibareler hiçbir mal veya hizmet için ayırt edici olmadığı için soyut ayırt ediciliğe sahip değildir. Buna karşılık "*süt*" ibaresi şarküteri ürünleri için tek başına ayırt edici değilken bir otomobil markası olarak kullanılabilir dolayısıyla sadece şarküteri ürünleri için somut ayırt ediciliği yoktur.

## C. Markanın İşlevleri

Markanın yapısı gereği doğal ve kullanıma bağlı işlevleri bulunmaktadır. Bunlar genel olarak kaynak gösterme, ayırt etme, garanti ve reklam işlevi olarak ayrılmaktadır.<sup>56</sup>

### 1. Kaynak Gösterme İşlevi

Kaynak gösterme işlevi, bir markanın en önemli işlevi olup markanın ortaya çıkış amacıyla yakından bağlantılıdır. Kaynak gösterme işlevi bir anlamda rozet görevi de görmekte, verilen önem nedeniyle hemen tüm dünyadaki hukuki düzenlemelerde markanın yanlış bir kaynak göstermesi tescilli markanın hükümsüzlüğü ve iptali için asıl neden olarak düzenlenmektedir.<sup>57</sup> Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarında da markanın en önemli işlevi olarak bugüne kadar kaynak gösterme işlevi gösterilmiştir.<sup>58</sup>

Markanın tescil edildiği mal veya hizmetin kaynağını göstermesi, markanın kaynak gösterme işlevini yerine getirmesiyle sağlanmaktadır. Markanın birden çok teşebbüs tarafından kullanılması halinde bu işlev zayıflayacaktır. Markanın kaynak gösterme işlevi, kişilerin mal veya hizmet ile markanın sahibi teşebbüs arasında bağlantının kurulmasını sağlamaktadır ve birçok teşebbüsün yasayla izin verilen istisnalar dışında aynı markayı kullanması halinde işlev yitirilerek markanın hükümsüzlüğü söz konusu olabilecektir.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> ABAD, C-487/07, L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC and Laboratoire Garnier & Cie v Bellure NV, Malaika Investments Ltd and Starion International Ltd., T: 18/06/2009, <http://curia.europa.eu> (E.T. 30.11.2019).

<sup>57</sup> Bojan Pretnar, "Ticari Markaların Çeşitli Kamu Politikalarındaki Rolü", **Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 152-154.

<sup>58</sup> ABAD, C-206/01, Arsenal Football Club plc v Matthew Reed, T: 12/11/2002; ABAD, C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV v Remington Consumer Products Ltd., T: 18/06/2002; ABAD, C-40/01, Ansul BV v Ajax Brandbeveiliging BV, T: 11/03/2003; ABAD, C-228/03, The Gillette Company and Gillette Group Finland Oy v LA-Laboratories Ltd Oy, T: 17/03/2005; ABAD, C-259/02, La Mer Technology Inc. v Laboratoires Goemar SA, T: 27/01/2004, <http://curia.europa.eu> (E.T. 30.11.2019).

<sup>59</sup> Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.18.

## 2. Ayırt Etme İşlevi

Ayırt etme işlevi, bir markanın tescil edildiği mal veya hizmetin diğerlerinden ayrılmasını sağlayan ve kaynak gösterme işlevinin doğal bir sonucu olan işlevidir.

SMK m. 4'ün gerekçesinde markanın asli işlevi olarak ayırt etme işlevi kabul edilmiştir. Buna karşılık mehz Alman hukukunda markanın asli işlevi kaynak gösterme ve ayırt etme olup hukuken bu iki işlev koruma altındadır.<sup>60</sup>

Marka, tescil edildiği mal veya hizmeti ne kadar çağrıştırırsa ayırt etme işlevini o kadar kaybedecek, zayıf marka olacaktır. Ayırt etme işlevi olan bir marka da, kullanma sonucu tescil edildiği mal veya hizmetle eşleşip jenerik hale gelerek o mal veya hizmetin adı haline gelebilecek ve ayırt etme işlevini yitirebilecektir.<sup>61</sup>

## 3. Garanti İşlevi

Markanın garanti işlevi ayırt etme ve kaynak gösterme işlevinden farklı olarak ekonomik bir işlevidir. Markanın doğasından kaynaklı işlevlerin aksine kullanımla ortaya çıkan ve tüketicilere göre değişen, tüketicilerin atfettiği bir değer olduğu için hukuki olarak korunmamaktadır.<sup>62</sup>

Garanti işlevi en basit tabirle malın ya da hizmetin daha öncekilerle aynı kalitede olduğunu göstermektedir. Bu nedenle garanti işlevi markanın kaynak gösterme işlevinin ekonomik bir sonucudur.<sup>63</sup>

ABAD da bir kararında dolaylı olarak garanti işlevinden bahsetmiştir. Buna göre rekabetçi bir piyasa için teşebbüslerin mal veya hizmetlerinin kalitesiyle tüketicileri çekebilmesi ve cezbedebilmesi gerektiğini, bunun yolunun da ayırt edici işaretin yani

<sup>60</sup> Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 379; Rudolf Rayle, "The Trend Towards Enhancing Trademark Owners' Rights-A Comparative Study of U.S. and German Trademark Law", **Journal of Intellectual Property Law**, Vol. 7, Iss. 2 [2000], s. 227, 235-239.

<sup>61</sup> Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.18-19.

<sup>62</sup> Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 378.

<sup>63</sup> Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.19.

kullanılarak olduğunu ifade etmiştir. Markanın bunu yapabilmesi için kalitenin atfedildiği tek bir kaynağa ait olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>64</sup>

#### 4. Reklam İşlevi

Markanın ekonomik işlevlerinden bir diğeri de reklam işlevidir. Markanın kullanılıp tanınmasıyla birlikte marka diğeri mal veya hizmetlerin arasında kendi reklamını yapacak, tanıtılmasına hizmet edecektir. Markanın reklam işlevi sayesinde tüketiciler bir süre sonra sırf o markayı taşıdığı için o ürünü alacak, tüketiciyle marka arasında bağ kurulmuş olacaktır.<sup>65</sup>

Türk hukukunda markanın işlevleri markanın korunmasına ilişkin davalarda istisnalar dışında incelenmezken ABAD kararlarında işlevlerin hakka yönelik müdahaleden etkilenip etkilenmediği de ayrıntılı olarak değerlendirilmektedir.<sup>66</sup>

#### D. Marka Hakkının Hukuki Niteliği

Marka hakkının niteliğinin belirlenmesi, bu hakkın kullanılmasından, sınırlanmasına tüm konulara yön vereceği için ayrıca önemlidir. Ne var ki özel hukuk ve anayasa hukuku açısından marka hakkının niteliği farklılık arz ettiği için konuyu Anayasa hukukuna göre ayrı, özel hukuka göre ayrı şekilde ele almak daha sağlıklı olacaktır.

#### 1. Anayasa Hukuku Yönünden

Anayasa hukuku yönünden marka ile diğeri tüm fikri ve sınai haklar, mülkiyet hakkı kapsamında korunmaktadır. Bununla birlikte yukarıda Anayasa Hukukuna Göre Mülkiyet Hakkı bölümünde de değindiğimiz üzere mülkiyet hakkının esasında bir kurum olduğu ve mülkiyet hakkının korunmasına hizmet ettiği, bu anlamda malvarlığı

<sup>64</sup> ABAD, C-349/95, Frits Loendersloot, trading as F. Loendersloot Internationale Expeditie v George Ballantine & Son Ltd and Others, T: 11/11/1997, <http://curia.europa.eu> (E.T. 30.11.2019).

<sup>65</sup> Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.20.

<sup>66</sup> Pelin Karaaslan, "Tescil Hakkının Kazanılması, Muhafaza Edilmesi ve İhlal Edilmesinin Bir Koşulu Olarak "Markanın Kullanılması"', **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 48, 2016, s. 1186-1188.



hakkı teriminin kullanılmasının, konunun anlaşılması açısından daha uygun olacağı da göz önüne alınmalıdır.

AYM, önceki tarihli kararlarında, mülkiyet hakkının kapsamının eşya hukukuna göre belirleneceği gerekçesiyle markanın ve dahası hiçbir fikri ve sınai hakkın Anayasal mülkiyet hakkı kapsamına girmediğine hükmetmekteydi. 1961 Anayasası döneminde ilk kez patentle ilgili bir başvuruda konuyu ayrıntılı olarak ele alan AYM, patentin medeni hukuktaki eşya kavramına dahil olmadığını, üzerinde özel hukuk anlamında bir mülkiyetin kurulamayacağını belirterek marka ve patent gibi gayri maddi hakların Anayasal mülkiyet hakkı kapsamında korunmadığına karar vermiştir.<sup>67</sup>

Ancak AYM 2008 yılında bu içtihadından dönerek bugüne kadar vermiş olduğu bütün kararlarında tüm fikri ve sınai hakların, dolayısıyla gayri maddi malların mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğunu belirtmiş ve mülkiyet hakkı kapsamında korunduğuna karar vermiştir.<sup>68</sup>

Ulusalüstü metinlerden AİHS’de ve ek protokollerinde, özellikle marka, patent, fikri ve sınai mülkiyet vs. ibareleri geçmemekle birlikte de bu hakların da uzun yıllardır P1M1’deki mülkiyet hakkı kapsamında korunduğu kabul edilmektedir.<sup>69</sup>

Bu anlamda markanın da içinde olduğu fikri ve sınai hakların mülkiyet hakkı kapsamında korunup korunmadığı ilk kez Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) tarafından A. D. v. Hollanda<sup>70</sup> kararıyla değerlendirilmiş, sonucunda bu hakların da P1M1 kapsamında korunacağı sonucuna varılmıştır. Aynı husus Oğuz Aral, Galip

<sup>67</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 1967/10, Karar Sayısı: 1967/49, Karar Tarihi: 28.12.1967 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019). H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018, s. 36-37.

<sup>68</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2004/3, Karar Sayısı: 2008/47, Karar Tarihi: 31.1.2008 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019); Anayasa Mahkemesi Novartis AG Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2015/11867, Karar Tarihi: 14/11/2018 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019); Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2016/148, Karar Sayısı: 2016/189, Karar Tarihi: 14.12.2016, www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>69</sup> Christophe Geiger/Elena Izyumenko, **Intellectual Property before the European Court of Human Rights, Intellectual Property and the Judiciary**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2018, s. 17; Christophe Geiger, **Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2016, s. 341-342; Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, s. 299.

<sup>70</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararı, A.D. v. Hollanda, No. 21962/93, 11.01.1994, hudoc.echr.coe.int (E.T. 30.11.2019).

Tekin, İnci Aral v. Türkiye<sup>71</sup> kararında da vurgulanmıştır.<sup>72</sup> Bununla birlikte AİHM tarafından birçok farklı kararda fikri ve sınai hakların mülkiyet hakkı kapsamında korunduğuna ilişkin özel olarak vurgular yapılmıştır.<sup>73</sup>

Sonuç olarak marka, çok açık şekilde Anayasa ve AİHS kapsamında mülkiyet hakkı güvencesine sahiptir.

## 2. Özel Hukuk Yönünden

Özel Hukukta Mülkiyet Hakkı bölümünde açıkladığımız üzere medeni hukukta gayri maddi eşya şeklinde bir kavram kabul edilmediği için bir aynı hak çeşidi olan ve sadece eşya üzerinde kurulabileceği konusunda tereddüt bulunmayan mülkiyet hakkı, markayı veya diğer fikri ve sınai hakları kapsamamaktadır.

Aynı şekilde marka, mülkiyet hakkının çatısı olan aynı hak olarak dahi kabul edilmemektedir.<sup>74</sup> Ne var ki yasa koyucunun eşya olmamasına rağmen aynı hak kapsamına aldığı cismani olmayan varlıklar da vardır. Tapu kütüğüne kaydedilebilen bağımsız ve sürekli hakların TMK m. 704 ve m. 988’de, enerjinin ise m. 762’de aynı hak olarak düzenlendiği görülmektedir.<sup>75</sup> Yasa koyucu salt eşya ile sınırladığı aynı hakların kapsamına cismani olmadığı için markayı sokmamışken yine cismani olmayan enerji ve bağımsız hakları ise aynı hak kapsamına almıştır.

---

<sup>71</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararı, Oğuz Aral, Galip Tekin, İnci Aral v. Türkiye, No. 24563/94, 14 Ocak 1998, hudoc.echr.coe.int (E.T. 30.11.2019).

<sup>72</sup> Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, s. 305-306.

<sup>73</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararı, Smith Kline and French Laboratories Ltd. v. Hollanda, No: 12633/87, T: 4.10.1990; Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararı, Lenzing AG v. İngiltere, No: 38817/97, T: 9.9.1998; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı, Melnychuk v. Ukrayna, No: 28743/03, T: 05.07.2005; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Anheuser-Busch Inc. v. Portekiz, No: 73049/01, T: 11/1/2017, hudoc.echr.coe.int (E.T. 30.11.2019).

<sup>74</sup> Dural/Sarı, s. 162; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 156-158.

<sup>75</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 4-10; Akipek/Akıntürk/Ateş, **Eşya Hukuku**, s. 385-386.

Benzer şekilde Kurumlar Vergisi Kanunu m. 30/2'de<sup>76</sup> ve Gelir Vergisi Kanunu m. 70/1/4 ve m. 70/1/5'te<sup>77</sup> markadan mülkiyet değil gayri maddi hak olarak bahsedilmiştir.

Bununla birlikte yasa koyucu mevzuat açısından da terim karışıklığı yaratmış, medeni hukuka göre mülkiyet sayılmayan markayı "*Sinai Mülkiyet Kanunu*" ile mülkiyet olarak isimlendirmiş, SMK m. 2'de "*Sinai mülkiyet hakkı: Markayı, coğrafi işareti, tasarımı, patent ve faydalı modeli*" şeklindeki ifadeyle mülkiyete vurgu yapmış, aynı yasa m. 6'da da fikri mülkiyet ibaresini kullanarak fikir ve sanat eserlerinden de mülkiyet olarak bahsetmiştir.

Hukuk sistematigindeki bu karışıklık karşısında, sonraki tarihli özel yasa olan SMK'nın, önceki tarihli genel yasa TMK hükümlerini ilga ettiği ya da öncelikle tercih edileceği ve markanın da artık özel hukukta mülkiyet kapsamına alındığı akla gelebilir. Genel bir yasa karşısında sonraki tarihli özel yasanın yürürlüğe girmesi durumunda yasa koyucunun önceki tarihli genel yasanın yetersiz olduğu fikriyle hareket ettiği kabul edilecektir.<sup>78</sup> Ancak buna göre yapılacak incelemede, bir yasanın özel ya da genel olması salt tarihlere bakılarak ya da ilk görünüşte anlaşılacak bir durum olmadığı için öncelikle her iki yasanın karşılaştırılması ve somut bir soruna ilişkin olarak aynı konuda birbiriyle zıt iki hükmün bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir.<sup>79</sup> Kanaatimizce TMK'nın mülkiyet hakkını düzenleyen hükmüne karşılık, SMK bir hüküm getirmediği gibi örtülü bir düzenleme de yapmamakta sadece bir terim kullanmaktadır. Dolayısıyla her iki yasada da aynı konuda var olan ancak

<sup>76</sup> 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, RG:21/6/2006, 26205. **Madde 30/2-** Ticarî veya zirâî kazançta dahil olup olmadığına bakılmaksızın telif, imtiyaz, ihtira işletme, ticaret unvanı, marka ve benzeri gayrimaddî hakların satışı, devir ve temlik karşılığında nakden veya hesaben ödenen veya tahakkuk ettirilen bedeller üzerinden bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen kişilerce %15 oranında kurumlar vergisi kesintisi yapılır.

<sup>77</sup> 193 Sayılı Gelirler Vergisi Kanunu, RG:6/1/1961, 10700. **Madde 70/1/4-** Gayrimenkul olarak tescil edilen haklar. **Madde 70/1/5 -** Arama, işletme ve imtiyaz hakları ve ruhsatları, ihtira beratı (İhtira beratının mucitleri veya kanuni mirasçıları tarafından kiralanmasından doğan kazançlar, serbest meslek kazancıdır.), alameti farika, marka, ticaret unvanı, her türlü teknik resim, desen, model, plan ile sinema ve televizyon filmleri, ses ve görüntü bantları, sanayi ve ticaret ve bilim alanlarında elde edilmiş bir tecrübeye ait bilgilerle gizli bir formül veya bir imalat usulü üzerindeki kullanma hakkı veya kullanma imtiyazı gibi haklar (Bu hakların kullanılması için gerekli malzeme ve teçhizat bedelleri de gayrimenkul sermaye iradı sayılır.)

<sup>78</sup> Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku-Birinci Cilt**, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 102-103.

<sup>79</sup> Dural/Sarı, s. 119-122; Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 84.

birbiriyle çatışan bir hükümden bahsedilemeyeceği için bu şekilde bir sonuca varılması mümkün değildir.

Kanaatimizce mümkün olmamakla birlikte mülkiyet hakkı konusunda TMK ile SMK'nın normlar hiyerarşisine göre aynı düzeyde olduğu varsayımında ise sonraki tarihli SMK'nın, önceki tarihli TMK'nın ilgili hükmünü ortadan kaldırdığı ya da öncelikle uygulanacağı akla gelebilir. Anayasa Mahkemesi bir kararında “*Özel kanunlardan yürürlük tarihine göre önceki ve sonraki kanun hükümleri arasında çelişme bulunursa veya öncekinin ele aldığı konuyu sonraki kanun yeni baştan düzenlerse sonraki kanun, önceki kanunu üstü kapalı olarak yürürlükten kaldırır*” şeklinde hüküm vermiştir.<sup>80</sup> Ne var ki SMK yukarıda açıkladığımız üzere mülkiyet hakkı konusunda bir tanım yapmadığı gibi bu konuda bir norm da getirmemiştir. Bu haliyle kanaatimizce önceki tarihli yasa sonraki tarihli yasa ayrımı yapılarak da bu şekilde bir sonuca gidilemeyecektir.

Tüm bu düzenlemeler karşısında akla gelen soru medeni hukuk düzenlemelerinin normlar hiyerarşisine aykırı olarak Anayasayla çatışma içerisinde olup olmadığı ve birbirinden bu kadar ayrılan düzenlemeler karşısında markanın kendisine ne şekilde bir yer bulacağıdır. Bu konuya tek bir düzlemde cevap verebilmek mümkün değildir.

Özel hukuk düzenlemeleri açısından yapılacak incelemede öncelikle mülkiyet hakkının sağladığı yetkilere göre değerlendirme yapılmaktadır. Doktrinde iç boyut - dış boyut ayrımıyla birlikte mülkiyet hakkının sağladığı kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerinin aktif yetki olduğu; malı haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası ve haksız el atmanın önlenmesi davası açabilme yetkisinin ise koruyucu yetki olduğu belirtilmiştir.<sup>81</sup>

Marka üzerinde özel hukuka göre mülkiyet hakkı kurulamaması, marka hakkı sahibinin mülkiyet hakkına dayalı istihkak ile haksız el atmanın önlenmesi davalarını açamayacağı, aynı şekilde marka üzerinde bir zilyetliğin var olamayacağı sonucunu doğurmaktadır. Esasında markanın cismani bir varlık olmaması nedeniyle zaten özel

<sup>80</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas No: 1965/40, Karar No: 1966/15, Karar Tarihi: 15/3/1966 [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) (E.T. 30.11.2019).

<sup>81</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 4-10.

hukukta mülkiyet hakkı kapsamına girdiği kabul edilse bile zilyetlik söz konusu olamayacak, istihkak davası da aynı şekilde açılmayacaktır. Markaya fiilen el atılıp hak sahibinden izinsiz alınması gibi bir durum cismani olmayan marka için söz konusu olmayacağı için mülkiyet hakkının koruyucu yetkilerinden bir diğeri olan haksız el atmanın önlenmesi davasının açılması da marka açısından mümkün olmayacaktır.

Markanın özel hukukta üçüncü kişilere karşı korunmasını gerektirecek durumlar genellikle marka hakkının ihlaliyle söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumda marka hakkına tecavüze karşı koruma SMK m. 149 ile zaten tam ve eksiksiz olarak sağlanacaktır.

Bir diğeri açıdan yani aktif yetkiler yönünden marka hakkı incelendiğindeyse, mülkiyet hakkına ilişkin tüm yetkilerin eksiksiz şekilde SMK m. 148’de düzenlendiği görülmektedir.

Anayasal açıdan yapılacak değerlendirmede ise AYM’nin yukarıda belirttiğimiz mülkiyet hakkı konusunda verdiği kararlara göre marka hakkı da Anayasal mülkiyet hakkının konusuna girmekte ve etkin bir şekilde mülkiyet hakkı korumasından yararlanmaktadır. Kaldı ki mülkiyet hakkının hangi anda ve ne şekilde kazanılacağına ilişkin ya da hangi hukuki işlemlerle devredileceğine ilişkin konular, istisnalar dışında Anayasal mülkiyet hakkı kapsamına girmemekte, Anayasa, mülkiyet hakkının sadece dikey düzlemde ve bazı durumlarda yatay düzlemde korunmasıyla ilgilenmektedir. Bu yönüyle Anayasal koruma devletin ihlali veya ihmali halinde söz konusu olmakta, özel hukuk koruması ise kişiler arasındaki ilişkilerde önem kazanmaktadır. Dolayısıyla birbirinden birçok açıdan farklı iki düzenlemenin çatışma içinde olduğunu söylemek güçtür.

Sonuç olarak Türk hukukunda özel hukuk yönünden marka hakkı, tüm diğeri fikri ve sınai haklar gibi mülkiyet hakkı değil bir mutlak haktır. Bu yönüyle ihlal eden herkese karşı bu hak ileri sürülebilmekte, aynı zamanda herkesin bu hakka uyma, bu hakkı ihlal etmekten kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır. Hakkın mutlak olması da

herkese karşı bu hakkın ileri sürülmesinden yani tüm üçüncü kişilerin kullanımını engellenebilmesinden kaynaklanmaktadır.<sup>82</sup>

Görüleceği üzere marka üzerindeki hakkın, özel hukuk yönünden mülkiyet hakkı kapsamına girip girmeyeceği Türk mevzuatı gereğince tartışmalıdır ancak yukarıda da açıkladığımız üzere doktrinde eşya sayılmayan markanın mülkiyet hakkının konusu olamayacağı görüşü egemendir. Ne var ki doktrinde mülkiyetin eşya ile sınırlandırılması görüşünün bilim ve ekonomi alanındaki gelişmeler, fikri ve sınai hukuk kavramları karşısında anlamını yitirdiği ve bu sınırlamanın kalkması gerektiği görüşü de belirtilmektedir.<sup>83</sup>

Kanaatimizce marka hakkı ya da diğer fikri ve sınai hakların özel hukuktaki mülkiyet hakkının konusu olmasına Anayasal mülkiyet hakkı ile SMK'nın kapsamı gereği bir ihtiyaç da bulunmamaktadır. Kaldı ki yapılan eleştirilerde genellikle marka, patent, eser vb. kavramların değil bunlar üzerindeki hakkın mülkiyet hakkının konusu olması gerektiği ifade edilmektedir. Haliyle marka hakkının özel hukuktaki mülkiyet hakkına konu olup olmaması görüşlerinin, bu durumun etkileriyle birlikte açıklanması gerekmektedir. Marka hakkının ne şekilde düzenlendiği, özel hukukta kendine ne şekilde yer bulduğu mülkiyet hakkının kapsamına girip girmediğine kıyasla çok daha fazla önem taşımaktadır.

Önemle belirtmelidir ki markanın mutlak hak niteliği de ayrıca değerlendirilmeye muhtaçtır. Özel hukuk-anayasa hukuku ayrımı kapsamında bu konu ayrı bir öneme sahip olduğu için ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

### **E. Mutlak Hakkın Kapsamı**

Fikri ve sınai haklar, sahibine hak konusu şeyi münhasıran kullanma şeklinde mutlak bir yetki vermektedir. Bu yetkinin bir sonucu olarak hak sahibi, üçüncü

<sup>82</sup> Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 156-159; Dural/Sarı, s. 152-153, 162; Ünal Tekinalp, "Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Öne Çıkan Yenilikleri", **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2017, s. 7. Karş. Sami Özgür Memişoğlu, **Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 41.

<sup>83</sup> Adnan Güriz, "Modern Mülkiyet Kavramı ve Toprak Reformu", **Türkiye'de Toprak Reformu Semineri, 6-8 Haziran 1968, Bildiriler-Tartışmalar**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 244, Ankara, 1968, s.76.

kişilerin hak konusu şeyi izinsiz kullanımını engelleme yani dışlama yetkisine sahiptir.<sup>84</sup>

Özellikle Yargıtay ve ABAD'daki bir kısım davanın ara metinlerinde mutlak hakkın kapsamı genel olarak ifade edilmişse de salt bu düzlemde bir inceleme yapılmamıştır. Nitekim dünyada düz paket uygulamasına geçilmesiyle birlikte marka hakkına ilişkin tartışmalar gündeme gelmeye başlamış, marka hakkının kullanma yetkisi içerip içermediği tartışılmaya başlanmıştır.

Daha önce hukukumuzda doktrinde özellikle patent alanında bu konuda bir açıklama yapılmıştır. Bu yönüyle patent hukuku ve karşılaştırmalı hukuk, mutlak hakkın niteliği konusunda yol gösterici olacaktır.

Bir sınai hak çeşidi olan patent hakkının kapsamının belirlenmesi, ilk olarak patente ilişkin mevzuat göz önüne alınarak yapılmaktadır. Buna göre patent hakkı öncelikle üçüncü kişilerin buluşu izinsiz kullanmasını engellemeye ve buluştan tek yetkili olarak yararlanmaya yarayan bir haktır.<sup>85</sup>

Bununla birlikte doktrinde patent, sahibine buluşu üretme, kullanma ya da pazarlama yetkisi vermediği ifade edilmektedir. Patent buluştan faydalanma yetkisini içermeyip sahibinin tasarrufundaki teknik alanın sınırını çizmektedir.<sup>86</sup> Nitekim doktrinde bu konuda ilaç patenti alınsa bile ruhsat alınmadan ilacın piyasaya sürülemeyeceği ve önceki tarihli bir patentin koruma süresi içinde bu patenti buluş basamağı olarak alan yeni patentin izin alınmadan kullanılamayacağı örnek olarak verilmektedir.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 32-35; Fülürya Yusufoglu, **Patent Verilebilirlik Şartları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 79; Feyzan Hayal Şehirli Çelik, "Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir Mi? Yeni Bir Karar, Yeni Bir Ufuk", **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Yıl: 12 Cilt: 12 Sayı: 2011/1, s. 41.

<sup>85</sup> Yusufoglu, s. 79; Nuşin Ayiter, **İhtira Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 88; Özgür Öztürk, **Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları**, Arıkan Basım, İstanbul 2008, s. 14.

<sup>86</sup> Yusufoglu, s. 80; Öztürk, s. 14. David A. Burge, **Patent and Trademark Tactics and Practice**, John Wiley&Sons, Toronto 1999, s. 29. Karş. Rudolf Krasser, **Patentrecht: ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, europäischen und internationalen Patentrecht**, C. H. Beck Verlag, Münih 2009, s. 744-746.

<sup>87</sup> Yusufoglu, s. 80; Öztürk, s. 14.

Marka hakkı da bu açıdan tıpkı patent gibi hak konusu şeyi münhasıran kullanma yetkisi içeren mutlak bir haktır. Ne var ki markanın tıpkı patentlerde olduğu gibi kullanma yetkisi içerip içermediği tartışmalıdır. Ancak önemle belirtilmelidir ki marka hakkının kullanma yetkisi içermemesi, kullanmanın yasak olması şeklinde değil, kullanıma yönelik bir yetkinin özellikle hakkın içeriğinde düzenlenmemesi olarak anlaşılmalıdır. Marka bu haliyle hukukta bir engel olmadığı sürece hak sahibi tarafından sınırsız olarak kullanılabilir.

Marka hakkının kullanma yetkisi içerip içermediği özel hukuk ve kamu hukukuna göre yapılacak bir ayırım çerçevesinde incelenmelidir. Ancak öncelikle kullanma yetkisine ilişkin tartışmaların nereden ve ne şekilde kaynaklandığının incelenmesi hem sorunun anlaşılmasını sağlayacak hem de daha sağlıklı bir değerlendirmenin yapılabilmesini mümkün kılacaktır.

### **1. Müşterek Hukukta Kullanma Yetkisi**

Müşterek hukukta marka hakkının kullanma yetkisi içermediği gerek İngiltere gerek ABD gerekse Avustralya hukukunda birkaç mahkeme kararında salt kullanma yetkisi üzerine bir inceleme yapılmadan kabul edilmişse de buna ilişkin tartışmanın ortaya çıkışı düz paket düzenlemeleriyle olmuştur.

İkinci bölümde uyumsuzluklar ve kararlarla ilgili daha detaylı bir incelemede konuya ayrıntılarıyla değinilecek olmakla birlikte, genel olarak kullanma yetkisinden bahsetmek ve konunun nasıl ortaya çıktığını belirtmek faydalı olacaktır.

ABD ve Avustralya'daki düzenlemelere bakıldığında Kıta Avrupası'nın aksine yasalarda açık şekilde "*marka tescili münhasır kullanma hakkı sağlar*" ibaresine rastlanmakta, İngiltere'de ise hak sahibinin marka üzerinde münhasır haklarının olduğu ve bu hakların markanın izinsiz kullanımı halinde ihlal edilmiş olacağı düzenlenmektedir.<sup>88</sup> Ne var ki gerek İngiltere'de gerek Avustralya'da gerekse ABD'de marka hakkının kullanma yetkisi içermediği kabul edilmektedir. Bu ülkelerdeki

---

<sup>88</sup> ABD Lanham Yasası (15 U.S.C.) § 1051; Avustralya Markalar Yasası m. 20; İngiltere Markalar Yasası m. 9.



doktrin ve yargı kararlarına göre marka hakkı sadece dışlama yetkisi içermekte olup bu da müşterek hukuka göre negatif bir haktır.<sup>89</sup>

Müşterek hukuka göre marka öncelikle soyut bir kavram olup, bir işaretin hukuk düzeni izin verdiği için mülkiyete konu edilmesi söz konusudur. Bu işaret ilk kez ortaya çıktığında kimsenin tekelinde bulunmamakta, bir kişi tarafından marka hakkı kapsamına alınana kadar dileyen herkes tarafından, istenildiği şekilde kullanılabilir. Bu bağlamda bir işaretin mal veya hizmetlerde kullanılabilmesi için tescil edilmesi ya da üzerinde başkaca şekillerde hak tesisi gerekmemektedir. İşte bu nedenle bir işaretin marka hakkına konu edilmesi, zaten başlangıçtan beri var olan kullanma serbestisinde bir değişiklik yaratmamakta, buna karşılık işaret artık herkesin kullanımına açık olma özelliğini yitirdiği için marka hakkı sahibi, üçüncü kişilerin bu işareti kullanmasını engelleme hakkını kazanmaktadır.<sup>90</sup> Sonuç olarak müşterek hukuka göre marka hakkıyla kazanılan markayı kullanma yetkisi değil, sadece üçüncü kişilerin işareti izinsiz kullanmasını engelleme yetkisidir.<sup>91</sup>

Tüm bunların bir devamı olarak marka hakkı, bir başkasının hakkını yok saymaya ya da kamu sorumluluğunu aşmaya yönelik bir serbesti vermemekte, kullanıldığı mal veya hizmetlerin yasa dışı olması halinde bu kullanımı haklı hale getirmemektedir.<sup>92</sup>

Esasında Kıta Avrupası hukukundaki hak kavramı, dürüstlük kuralı, mülkiyet hakkının doğal sınırları, temel hak ve özgürlüklerin sınıflandırılması gibi birçok kavramın müşterek hukukta iç içe geçtiği, daha da önemlisi marka hakkının kamu hukuku-özel hukuk ayırımına gidilmeden açıklandığı görülmektedir. Bu şekilde bir ayırma gitmeden marka hakkının açıklanması müşterek hukuk sisteminden; negatif

<sup>89</sup> William Cornish/David Llewelyn/Tanya Aplin, **Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights**, Sweet&Maxwell, Londra 2019, bl. 1, no. 1-04; David Bainbridge, **Intellectual Property**, Pearson Publishing, Londra 2018, s. 617 vd.; United Drug Co. v. Theodore Rectanus Co. 248 U.S. 90, 9 Aralık 1918, Supreme Court of the United States.

<sup>90</sup> İronik olarak İngiltere'nin bu yaklaşımı "mülkiyet hırsızlığı" sözüyle tanınan ve tarihteki ilk anarşist düşünür olarak bilinen Pierre-Joseph Proudhon'un görüşüne çok benzemektedir. Proudhon'a göre bir şey doğada herkesin kullanımına açık olup mülkiyet kapsamında bir kişi tarafından edinildiğinde, o şeyi kullanma yetkisi değil başkalarının kullanmasını engelleme yetkisi edinilmektedir. Pierre-Joseph Proudhon, **Mülkiyet Nedir**, Çeviren Devrim Çetinkasap, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2019, s. 15-56.

<sup>91</sup> Cornish/Llewelyn/Aplin, bl. 1, no. 1-04.

<sup>92</sup> Cornish/Llewelyn/Aplin, bl. 1, no. 1-04.

hak kavramının kullanılması ise yine tamamen müşterek hukuka egemen olan bir hak kuramından kaynaklanmaktadır.

Müşterek hukukta Kıta Avrupası hukuk sisteminin aksine keskin bir kamu hukuku-özel hukuk ayrımı müşterek hukukta bulunmamakta, mahkemeler her ne kadar özel uzmanlık alanlarına göre ayrılabilse de bu tamamen uzmanlaşmaya dönük olarak yapılmakta ve mahkemelerin tamamı adli yargı sistemi içinde bir bütün olarak yer almaktadır. Bununla birlikte müşterek hukukta yazılı tek bir medeni yasa bulunmamakta, bunun yerine hukukun çok büyük bir kısmını oluşturan içtihatlarla oluşmuş kurallar ve o konuya özel olarak hukuki enstrümanlarla getirilen az sayıda düzenleme bulunmaktadır.<sup>93</sup> Nitekim bu nedenle bir uyuşmazlık doğduğunda uygulanacak kurallardan, kararın kendisine, uyuşmazlığın çözümüne yönelik bütün enstrümanlar için tıpkı yasa maddeleri gibi herkesin kabul edebileceği bir düzlemde temellendirme ihtiyacı duyulmakta ve uyuşmazlık çözümlenirken hukuk felsefesi ile hukuk kuramlarına çok büyük önem verilmektedir.

Marka hakkına ilişkin olarak bu bağlamda gerek doktrin gerekse mahkemeler, marka hakkının kullanma yetkisi içermediğini temellendirirken bir hak kuramına ait negatif hak, pozitif hak, serbestlik gibi terimleri kullanmışlardır. Nitekim ilgili hak kuramının yaratıcısı olan Wesley Newcomb Hohfeld'in oluşturduğu hak sınıflandırması müşterek hukukta çok büyük bir öneme sahip olup, bazı geliştirmeler ve değişikliklerle birlikte hukuk bilminde ve mahkeme kararlarında yüz yılı aşkın süredir aralıksız şekilde kullanılmakta, geçerliliğini hala korumaktadır.<sup>94</sup>

Hohfeld'in kuramına göre bir şey ile kişi arasında hukuki ilişkinin bulunması mümkün değildir, hukuki ilişki bu kişi ile tüm ilgili üçüncü kişiler arasında vardır.<sup>95</sup> Örneğin kişi bir kalemi olduğunu söylüyorsa bu durumda sahip ile kalemi arasında bir

<sup>93</sup> Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku I: Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1970/1972, s.140-142; Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 70-71; Kemal Gözler, **Genel Hukuk Bilgisi**, Ekin Kitabevi, Bursa 2019, s.4-6; Nazmiye Güveyi, "Anglo-Sakson Hukuk Sistemi ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXI, Yıl: 2017, Sayı: 1, s. 108-110.

<sup>94</sup> Jack Clayton Thompson, "The Rights Network: 100 Years of the Hohfeldian Rights Analytic", **Laws Journal**, Vol: 7 2018, s. 1, <https://www.mdpi.com/2075-471X/7/3/28> (E.T. 30.11.2019).

<sup>95</sup> Nazime Beysan, **Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 49.

hukuki ilişki doğmayacak, sonsuz sayıda kişi ile kalemin sahibi arasında sonsuz sayıda hukuki ilişki doğacaktır.

Hohfeld bundan hareketle tüm hukuki ilişkileri talep, ödev, serbestlik, talep yokluğu/hak yokluğu, yetki, tabi olma, yetersizlik/yetkisizlik, bağışıklık olmak üzere sekiz kavrama sığdırmıştır.<sup>96</sup> Bunlardan talep, serbestlik, yetki ve bağışıklık, hak olarak nitelendirilmektedir.<sup>97</sup> Hohfeld bu ayrımla birlikte hukuki karşıtlıklar ve hukuki bağılaşıklar ayrımı yapmıştır. Buna göre talep/ödev, serbestlik/talep yokluğu (hak yokluğu), yetki/tabii olma, bağışıklık/yetersizlik kavramları bağılaşıktır, yani bir hukuki ilişkide bu kavramlardan birisi söz konusuysa hukuki ilişkinin diğer tarafında da bağılaşıklık tablosundaki diğer kavram mevcuttur. Örneğin kişinin bir talebi mevcutsa, karşı tarafın da o talebe ilişkin bir ödevi mevcuttur; kişinin bir konuda serbestliği mevcutsa, o konuda üçüncü kişilerin bir talep yokluğu (hak yokluğu) vardır. Hohfeld benzer şekilde karşıtlık tablosu da yapmış ve hangi kavramın neyin karşıtı olduğunu belirlemiştir. Buna göre talep-talep yokluğu, serbestlik-ödev, yetki-yetersizlik, bağışıklık-tabii olma kavramları karşıttır; bu kavramlardan birinin olduğu bir hukuki ilişkide karşıt kavramın bulunması mümkün değildir.<sup>98</sup>

Bu kavramlardan talebi açıklamak marka hakkının neden negatif hak olarak kabul edildiğini anlama hususunda önemlidir. Bir hukuki ilişkide talep söz konusuysa, karşı tarafın/ tarafların talep edenin talep konusunu şeyi yapmasına engel olmama ya da talep konusunu yerine getirme ödevi bulunmaktadır. Buna karşılık bu kişinin bir serbestliği söz konusuysa, bir hukuki eylemi yapmama konusunda karşı tarafa/taraflara yönelik bir ödevinin bulunmaması hali mevcuttur.<sup>99</sup> Açıklayacak olursa bir kişinin bir hukuki eylemi yapması yasak değilse yani o eylemi yapmama ödevi yoksa eylemi yapmakta serbesttir ancak bu bir hak değildir, bir nevi boşlukta hak kullanımudur.

Talep kendi içinde pozitif görünümlü ve negatif görünümlü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Pozitif talep hakkında kişinin talebine yönelik olarak karşı tarafın o talebi yerine getirme ödevi bulunmakta; negatif talep hakkında ise kişinin karşı

<sup>96</sup> Wesley Newcomb Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays", *Yale Law Journal*, Volume 23, Issue 1, 1913, s. 58.

<sup>97</sup> Beysan, s. 30.

<sup>98</sup> Hohfeld, s. 30.

<sup>99</sup> Beysan, s. 51-54.

taraftan müdahale edilmemeyi talep etmesi, karşı tarafın ise müdahale etmeme ödevi söz konusu olmaktadır. Bir hukuki ilişki hem pozitif hem de negatif talep hakkını aynı anda içerebilir, buna bir engel yoktur,<sup>100</sup> dolayısıyla negatif talep hakkının karşısı pozitif talep hakkı değil talep yokluğudur.

Marka hakkına ilişkin olarak doktrin ve mahkemelerce yapılan değerlendirmede, marka sahibinin dışlama hakkı Hohfeld şemasında talep kavramının içinde, negatif talep hakkı olarak nitelendirilmiştir. Buna göre hak sahibi markasına müdahale edilmemesini talep etmekte, karşı tarafın/tafların ise müdahale etmeme ödevi bulunmaktadır. Markanın negatif hak olduğu görüşünün kaynağı budur. Buna karşılık marka hakkı, Hohfeld şemasına göre karşı tarafa/taflara markanın kullanılmasına yönelik yerine getirilmesi gereken bir ödev yüklediği için mahkemeler ve doktrin tarafından, markanın pozitif talep hakkı olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Buna karşılık hak sahibi, kendi markasını kullanmamaya yönelik olarak herhangi bir tarafa karşı bir ödevde sahip olmadığı için, serbestlik kavramı çerçevesinde markasını kullanabilmektedir.

Önemle belirtilmelidir ki gerek Hohfeld şeması gerekse doktrin ve mahkemelerce karşı taraf/taflar kavramına hem devlet organları hem de tüm özel hukuk kişileri dahil edilmekte, bu nedenle negatif ya da pozitif olması fark etmeksizin bir ödev yüklenen taraf hem devlet organları hem de özel hukuk kişileri olmaktadır. Nitekim bu nedenle markanın özünde kullanma yetkisi içermediği görüşü kolaylıkla ifade edilebilmiş ve bu şekilde yasa meşrulaştırılmıştır. Halbuki Kıta Avrupası hukukunda bir hakkın devlete karşı ileri sürülmesi ile özel hukuk kişilerine karşı ileri sürülmesi çok ayrı hukuk kurallarına tabi olup, hak kavramı da bu ayrıma göre farklılaşmaktadır.<sup>101</sup> Dolayısıyla Kıta Avrupası hukukunda markayı kullanma yetkisinin devlete yöneltilmesi ile, özel hukuk kişilerine yöneltilmesi ayrımı yapılacak; bunun sonucunda ise Hohfeld şeması kullanılsa dahi her bir ayırmada farklı sonuca ulaşılabacaktır.

Kaldı ki Türk hukukunda Hohfeld'in hak kuramı etkili olmamış, dolayısıyla negatif hak, pozitif hak kavramları bu anlamda kendine yer bulmamıştır. Marka

<sup>100</sup> Joel Feinberg, **Social Philosophy**, Prentice-Hall Press, New Jersey 1973, s. 59.

<sup>101</sup> Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 191.

hakkının kullanma yetkisi içerip içermediği de bu nedenle Hohfeld şemasına göre değil hukukumuzun bir parçası olan ve hak konusunda düzenlemenin zaten yapıldığı medeni hukuk ve anayasa hukuku çerçevesinde incelenmiştir. Bununla birlikte belirtilmelidir ki Hohfeld'in hak kuramı her ne kadar Türk hukukuna yabancı olsa da büyük benzerlikler gösterdiği alanlar da bulunmaktadır.

## 2. Özel Hukuka Göre Kullanma Yetkisi

### a. Türk Hukuku Yönünden

Marka hakkının kullanma yetkisi içerip içermediği esasında özel hukukun çok az bir kısmını ilgilendirmektedir. Bunun sebebi cismani olmayan markanın kullanılmasının özel hukuk kişilerine karşı ileri sürülmesini gerektirecek durumların çok sınırlı olmasıdır.

Marka hakkının kullanma yetkisi içerip içermediğine karar verilebilmesi için ilk olarak mutlak hakkın kapsamına, bununla için de öncelikle marka mevzuatına bakılmalıdır.

Türk hukukunda marka hakkı SMK m. 7 ile düzenlenmiştir. Madde hükmü oldukça kısa olup:

*“Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları*

*Madde 7- (1) Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.*

*(2) Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkı vardır”* şeklindedir.

Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: *“Maddenin birinci fıkrasında marka korumasının tescil yoluyla elde edileceği düzenlenmiştir. Bununla beraber, tescilsiz marka sahiplerinin hukuki durumunu düzenleyen istisnai hükümler de Kitapta yer almaktadır. Bu istisnalar kapsamında olan bir kişi, marka tescil başvurusuna itiraz ederek tescili önleme ya da tescil edilmiş ise markanın hükümsüzlüğünü isteme hakkına sahip bulunmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında marka tescilinden doğan hakkın kapsamı belirtilmiş, üçüncü fıkrada ise marka sahibinin izni olmadan üçüncü*

*kişiler tarafından markanın ticaret alanında kullanımının yasaklanabileceği haller sayılmıştır. 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 9 uncu maddesi ve Alman Marka Kanununun 14'üncü maddesi dikkate alınarak düzenlenen madde ile mezkur hükümlerle uyum sağlanması amaçlanmıştır."*

Maddenin yazılış biçiminden, mehz AB düzenlemeleri ve Alman Marka Yasası'ndan farklı olarak, marka koruması ile markanın sağladığı hakkın ayrı şeyler olduğu izlenimi oluşsa da mehz metinlerden görüleceği üzere marka koruması marka hakkıyla tamamen eşittir. Alman Marka Yasası'nda marka korumasının elde edilmesi yasanın 4. maddesinde düzenlenmiş, m. 14'te de bu korumanın marka sahibine münhasır hak sağladığı belirtilmiştir. AB Marka Tüzüğü m. 9 ile AB Marka Yönergesi m. 10'da ise aynı şekilde marka tescilinin marka sahibine münhasır hak sağladığı düzenlenmiştir. Tüm bu mehz düzenlemelerde, marka hakkının kapsamının yani belirtilen münhasır hakkın dışlama yetkisi olduğu belirtilmiş, hak sahibinin sayılan eylemlerin engellenmesini talep edebileceği ifade edilmiştir.

Marka hakkının kapsamına SMK m. 10, m. 24'da belirtilenler gibi farklı yetkilerin girebileceği düşünülse de bu yetkilerin tamamı yine dışlama yetkisine ilişkin olup markanın kullanımına yönelik SMK'da açık bir yetki bulunmamaktadır.

Bununla birlikte SMK'dan önceki düzenleme olan 556 Sayılı KHK döneminde, hak kapsamının SMK'ya göre çok farklı düzenlenmemesine rağmen marka hakkının kullanma yetkisi içerdiği kabul edilmiştir. Nitekim 556 Sayılı KHK m. 9'da marka tescilinden doğan hakların kapsamı şu şekilde belirtilmiştir: *"Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibi, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep edebilir"*

Özünde yeni SMK ile birebir aynı olan bu düzenlemede, yine markanın kullanılmasına yönelik bir yetkiden bahsedilmemesine rağmen marka hakkının kullanma yetkisi içerdiği sonucu yargı kararlarıyla ortaya çıkmıştır. Buna göre önceki tarihli marka hakkına yönelik olarak, sonraki tarihli başka bir marka hakkının kullanımına dayalı bir tecavüz gerçekleştiriliyorsa, mahkemelerce önceki tarihli hak

sahibinin, sonraki tarihli hak sahibinin kullanımını yasaklayamayacağına ve tecavüz nedeniyle tazminat talep edemeyeceğine hükmedilmekteydi.<sup>102</sup>

<sup>102</sup> “...556 sayılı KHK'nin 6. maddesi uyarınca marka koruması tescil ile elde edilir ve hükümsüz kılınmadığı sürece markanın tescilli haliyle kullanılması yasal kullanım niteliğindedir. Somut uyuşmazlıkta, davalı tescilli ... markasını ürünleri üzerinde tescil edildiği haliyle kullandığına göre, bu kullanım davacının marka hakkına tecavüz oluşturmayacağı halde mahkemece markaya tecavüzün tespiti ve meni ile tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir. Öte yandan, davacı ürün ambalajlarının renk ve kompozisyonu itibarıyla de TTK hükümlerine göre haksız rekabet olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemece benimsenen bilirkişi raporunda haksız rekabetin varlığına ilişkin olarak markasal unsurların varlığı da dikkate alınmak suretiyle ürünler üzerinde aynı renk ve yazı stili kullanımının haksız rekabet oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Oysa ki davalının markasal kullanımı yasal kullanım olduğundan haksız rekabet değerlendirilmesinde dikkate alınamaz. Bu durumda tarafların ürünleri üzerindeki markasal unsurlar dışında kalan renk ve ambalaj kompozisyonu karşılaştırılarak ürün ambalajları bakımından haksız rekabetin değerlendirilmesi gerekirken, markasal unsurlar da dikkate alınarak haksız rekabetin varlığına kanaat getirilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2016/8296 E., 2018/2385 K., 02.05.2018 T.; “...mahkemece, davalı adına tescilli markanın hükümsüzlüğü talebinin reddine, patent ve marka hakkına dayalı olarak ileri sürülen taleplerin kabulüne karar verilmiştir. Ancak, davalının dava konusu markasını tescilli olduğu şeklin bütününden farklı ve kötüniyetli olarak davacı markasındaki gibi sadece kavisli yol üzerinde aks ve üç harf şekliyle kullanımının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğu iddiası kabul edilebilirse de davalı adına tescilli 2002/07384 nolu markasının hükümsüzlüğü talebi reddedilmiş olup, davalının markasını tescilli bulunduğu şekliyle kullanımı haksız olarak nitelendirilmez.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2016/7130 E., 2018/2233 K., 03.04.2018 T.; “...Dairemizin yerleşik kararlarında da belirtildiği üzere, sicilden terkin edilmediği sürece usulüne uygun olarak tescil edilmiş bir ticaret unvanının kullanımı haksız rekabet oluşturmaz. Somut uyuşmazlıkta 6102 Sayılı TTK'nın 52. maddesinde sayılan terkin dışındaki diğer haksız kullanım halleri ile haksız rekabete dair aynı kanunun 54. vd. maddelerindeki hususların varlığı da kanıtlanamadığına göre, davalı kullanımı haksız rekabet oluşturmadığı halde mahkemece haksız rekabetin önlenmesine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeple davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2014/18802 E., 2015/3922 K., 20.03.2015 T.; “...Markalar TPE nezdinde tescilli olup sicilden terkin edilinceye kadar tescilli markanın kullanımı, haksız bir kullanım teşkil etmeyeceğinden marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturmaz. Bu husus gözetilerek davacının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespitine dair taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulü doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2014/14345 E., 2014/14249 K., 22.09.2014 T.; “...Mahkemece, davalının restoran hizmeti sunmadığı, kafeteryacılık hizmeti verdiği, bu şekilde davacının marka hakkına tecavüzde bulunduğu kabul edilmiş ve davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de yapılan araştırma ve inceleme hükiim kurmaya yeterli bulunmamaktadır. Zira, tescilli bir markanın, tescilli olduğu biçimde ve sınıfta kullanılması, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturmadığından öncelikle davalının, lisans sözleşmesi yapmak suretiyle kullanma hakkını elde ettiği markaları, tescil edildiği biçimde ve sınıfta kullanıp kullanmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, davalının ... markası altında restoran hizmeti vermesi, marka tescilinden doğan hakkı olup söz konusu marka hükümsüz kılınmadıkça bu hakka dayalı kullanımı marka hakkına tecavüz ya da haksız rekabet oluşturmaz. O halde, dava konusu uyuşmazlık davalının kafeteryacılık hizmeti mi yoksa restoran hizmeti mi verdiği noktasında toplanmaktadır. Anılan uyuşmazlığın çözümü ise teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmektedir. Ancak, bu konuda hükme esas alınan bilirkişi raporu açıklanan hususta teknik bilgiye sahip olması mümkün bulunmayan marka vekili ve mali müşavir bilirkişiler tarafından düzenlenmiştir. Bu itibarla, mahkemece, içinde restoran ve kafeterya sektöründe uzman bilirkişinin de bulunduğu bir heyetten rapor alınmak suretiyle davalının uyuşmazlığa konu faaliyetinin niteliğinin kesin biçimde tespit edilmesi ve oluşacak sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak hüküm tesisi doğru olmamış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2012/8421 E., 2014/439 K., 10.01.2014 T.; “...Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre ve markaların tescilli oldukları süre içindeki kullanımlarının 556 sayılı Kanun Hükiiminde Kararnameyle sağlanan koruma kapsamında olup tescilli bir markanın haksız kullanımından söz edilemeyeceğine, markaların hükümsüzlüğü yolunda alınacak kararlar ile sicilden terkinleri sağlandıktan sonra korumaların kalkacak ve bu tarihten itibaren kullanımlarının haksız rekabet oluşturduğunun ileri sürülebilecek olmasına, davacılar vekili tarafından sunulan dava dilekçesi ile davalı markasının sicilden terkinini ve hükümsüzlüğünün tespiti hakkında herhangi bir talepte

Mahkemelerin vermiş olduğu kararlar, tescilli hakkın kullanma yetkisi içerdiği, kimsenin hakkını kullandığı için cezalandırılmayacağı ve sonraki tarihli marka hakkı ortadan kaldırılmadıkça tecavüzün varlığından söz edilemeyeceği gerekçelerine dayanmaktadır. Mahkemeler kararlarında markanın kullanımının, markanın korunması kapsamında olduğunu belirterek marka hakkının kullanma yetkisini de içerdiğini açık şekilde belirtmiştir.

Ne var ki mahkemelerin, marka hakkının kullanma yetkisini içermesini başka bir hakka tecavüzü hukuka uygun addedmesine gerekçe olarak göstermesi, hukuka, marka hukukundaki öncelik ilkesine ve özellikle de TMK m. 2'ye tamamen aykırıdır. TMK'nın en önemli ilkelerinden olan hakların kullanılırken dürüstlük kuralına uygun kullanılması ilkesi, zaten elde edilmiş bir hak kullanılırken söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla marka hakkının kullanma yetkisi içermesi dürüstlük kuralına aykırı kullanımların hukuka uygun addedilmesi için bir gerekçe değildir, zaten bütün haklar kullanılırken dürüstlük kuralına uygun davranılmalıdır.<sup>103</sup>

Bununla birlikte mahkemelerin kullanma yetkisiyle, öncelik ilkesi ve dürüstlük kuralı kavramlarını birbirinden ayırmaması, kullanma yetkisi varsa bu yetki sınırsız ve mutlaktır ya da bir marka mutlak şekilde kullanılamıyorsa o zaman marka hakkı

---

*bulunulmamış olmasına göre, davacılar vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmemiş sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir...*” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2004/1528 E., 2004/10568 K., 01.11.2004 T.; “...Tarafların her iki markası da tescilli olduğuna göre, davalının markasının iptal ettirilmediği sürece yukarıda sayılan yasal korumadan yararlanması doğaldır. Meğerki tescil ettirilen markanın tescilli hali dışında kullanılıyor olmasının kanıtlanması durumunda haksız rekabetin varlığından söz etmek mümkün olur. Dava dilekçesinde bu şekilde bir iddia da olmadığına ve davalının markasını tescil ettirdiği biçim dışında kullandığının kanıtlanamamış olması karşısında davanın reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2002/6904 E., 2002/10352 K., 12.11.2002 T.; “...Markaların tescilli oldukları süre içindeki kullanımları, gerek dava tarihinde yürürlükte olan 556 sayılı KHK, gerekse daha önceki mevzuat ile sağlanan koruma kapsamında olup, tescilli bir markanın haksız kullanımından söz edilemez. Markaların hükümsüzlüğü yolunda kararlar ile sicilden terkinleri sağlandıktan sonra korumaları kalkacak ve bu tarihten itibaren kullanımlarının haksız rekabet oluşturduğu ileri sürülebilecektir. Mahkemece, açıklanan hususlar nazara alınarak davacının haksız rekabetin önlenmesine yönelik istemlerinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi yerinde görülmediğinden kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2001/9120 E., 2002/896 K., 05.02.2002 T. Tüm kararlar için: www.kazanci.com (E.T. 30.11.2019).

<sup>103</sup> Yargıtay bugüne kadar sayısız kararında buna göre karar vermiştir. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun bir kararında da husus şöyle dile getirilmiştir: “Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu, gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için tüm hukuki yolların kapalı bulunduğu zorunluluk hallerinde, TMK'nun 2. maddesi uygulama alanı bulur ve olağanüstü bir imkan sağlar; haksızlığı düzeltici, kanundaki kuralları tamamlayıcı fonksiyonunu yerine getirir” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 1983/3 E., 1984/1 K., 25.1.1984 T. www.kazanci.com (E.T. 30.11.2019).



kullanma yetkisi içermez şeklinde bir çıkarım yapılmasına sebep olabilecektir. Halbuki özel hukukta kullanma yetkisi içeren ve hakların en güçlüsü, en az sınırlısı olan mülkiyet hakkı dahi yukarıda açıkladığımız üzere “*hukuk düzeninin sınırları içinde*” şeklindeki bir ifadeyle kendi doğal sınırlarına sahip olup ayrıca TMK m. 2’ nin kısıtlamalarını içermektedir. Örnek vermek gerekirse arabası olan bir kimsenin bu arabasını kullanma yetkisi vardır, arsası olan başka bir kişinin de aynı şekilde taşınmazını kullanma yetkisi vardır. Ne var ki arabası olan kişi her durumda kullanma yetkisinin olduğunu ileri sürerek diğer kişinin taşınmazına, dolayısıyla mülkiyet hakkına tecavüz edemeyecektir. Bununla birlikte dışlama yetkisi ile kullanma yetkisinin çatışması ve doğal olarak dışlama yetkisinin daha üstün gelmesi, kullanma yetkisinin hiç olmadığına karine de teşkil etmeyecektir. Ayrıca marka hukukunda öncelik ilkesi de esas olduğundan iki dışlama yetkisinin çatışması durumunda dışlama yetkisini kullanma hakkı daha önceki tarihte tescil edilmiş markanın sahibinde olacaktır.<sup>104</sup>

İspanya, dışlama ile kullanma yetkisinin bir arada açık şekilde düzenlenmesine ve dışlama hakkının üstünlüğüne önemli bir örnek teşkil etmektedir. Türkiye’deki gibi İspanya’da da marka hakkının kullanma yetkisi içerdiği ve bu yetkinin mutlak şekilde bir koruma sağladığı bilinmektedir. Nitekim İspanyol Marka Yasası m. 34’te markanın sağladığı haklar sayılırken bu hakların markayı ekonomik işlemlerde kullanma yetkisini de içerdiği özellikle belirtilmiş olmasına rağmen son on yılda markanın dışlama yetkisinin kullanma yetkisine üstün geldiğine yönelik kararlar verilmektedir.<sup>105</sup> Dolayısıyla marka hakkının kullanma yetkisi içermesi, dışlama

<sup>104</sup> Dışlama yetkisinin sınırları için bkz. Abbe Brown/Smita Kheria/Marta Iljadica/Jane Cornwell, **Contemporary Intellectual Property: Law and Policy**, Oxford University Press, Oxford 2016, 613-651; Tanya Aplin/Jennifer Davis, **Intellectual Property Law: Text, Cases, and Materials**, Oxford University Press, Oxford 2016, s.451-497; Danny Friedmann, **Trademarks and Social Media, Towards Algorithmic Justice**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2015, s. 111-134, 182-222; Althaf Marsoof, **Internet Intermediaries and Trade Mark Rights**, Routledge Publishing, Milton 2019, s. 26-46.

<sup>105</sup> Buna göre iki İspanyol firması benzer tasarımları topluluk tasarımı olarak 2005 ve 2008 yıllarında ayrı ayrı tescil etmişlerdir. Bunun üzerine önceki tarihli tasarım sahibi sonraki tarihli tasarım sahibine tecavüz davası açmış, sonraki tarihli tasarım sahibi de karşılık olarak tasarımın iptali davası açmıştır. Uyuşmazlığın görülmesi sırasında önceki tarihli tasarım hakkı sahibinin, sonraki tarihli tasarım sahibine karşı hükümsüzlük kararı verilmeden tecavüz davası açıp açamayacağı ve tasarım hakkının kapsamı olan üçüncü kişilerin kullanımını engelleme yetkisinin tescilli tasarım sahibine karşı da kullanılıp kullanılmayacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Önkarar için dosya ABAD’a gönderilmiş ve ABAD tarafından sonraki tarihli tasarım hükümsüz kılınmadan da kullanımının engellenebileceğine karar verilmiştir. ABAD buna ilişkin olarak Topluluk Tasarım Tüzüğü m. 19’un, sahibine üçüncü kişilerin kullanımını engelleme hakkı verirken bir istisna yapmadığı, kendi adına tescilli tasarımı bulunan kişilerin de bu kapsamda değerlendirileceği şeklinde bir gerekçe bildirmiştir, bkz. ABAD, C-488/10,

yetkisine engel olmadığı gibi Türkiye örneğinde görüldüğü üzere yasada açık şekilde böyle bir yetkinin düzenlenmemesi de marka hakkının kullanma yetkisini içermediği anlamına gelmemektedir.<sup>106</sup> Böyle bir çıkarımın yapılabilmesi için yasal düzenlemelerin bütün olarak ele alınması ve yargı kararlarının birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>107</sup>

Marka hakkının kullanma yetkisiyle dışlama yetkisinin bir arada bulunabileceğine bir başka örnek olarak yürürlükten kalkan 556 Sayılı KHK m. 11<sup>108</sup> de gösterilebilir. Düzenlemede ticari vekilin, izinsiz şekilde bir markayı tescil edip

---

Celaya Empananza y Galdos Internacional SA v Proyectos Integrales de Balizamientos SL, T: 16/02/2012, <http://curia.europa.eu> (E.T. 30.11.2019).

Bundan bir yıl sonra bu kez yine iki İspanyol firması arasında benzer hukuki uyuşmazlıktan dolayı ABAD'a Önkarar için başvurulmuştur. Ne var ki İspanya'da Türk hukuku gibi tescilli markaya karşı tecavüz davası açılmamakta, marka hakkı sahibi kullanımın engellenmesini talep edememektedir. Uyuşmazlıkta önceki tarihli marka hakkı sahibinin, sonraki tarihli markanın kullanımını, bir hükümsüzlük kararı olmadan Topluluk Marka Tüzüğü m. 9/1 hükmüne göre engelleyip engelleyemeyeceği ABAD tarafından incelenmiştir. Buna göre ABAD tüzüğün ilgili maddesinde aynı şekilde üçüncü kişilerin kullanımının engellenmesinden bahsedilirken istisna getirilmediğini, başka bir yasa maddesinde bu durumun yasaklanmadığını, dolayısıyla sonraki tarihli marka hükümsüz kılınmadan kullanımının engellenebileceği ya da tecavüz davası açılabilirliğini belirtmiştir. ABAD tasarımdan farklı olarak markanın incelemeyen geçmesinin bu sonucu etkilemediğine de karar vermiştir, bkz. ABAD, C-561/11, Fédération Cynologique Internationale v Federación Canina Internacional de Perros de Pura Raza, SL, T: 21/02/2013, <http://curia.europa.eu> (E.T. 30.11.2019). Kararın özellikle Alman hukuku ile AB hukukuna göre değerlendirmesi ve uzun süren hükümsüzlük davalarının bu sayede marka sahibine zarar vermeyeceğine yönelik açıklamalar için bkz. Hans Lederer, "Verletzungsklage gegen Inhaber einer jüngeren Gemeinschaftsmarke", **EuZW 2013**, Heft 9/2013, s. 346-347. Kararların Türkçe metni ve açıklamaları için bkz. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 21 Şubat 2013 Tarihli "Canina Kararı", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2013, Cilt: 29, Sayı: 2, s. 294; Şehirali Çelik, "Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir Mi? Yeni Bir Karar, Yeni Bir Ufuk", **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, s. 60-69.

<sup>106</sup> Nitekim Türkiye ile aynı şekilde markanın kullanımını mutlak şekilde koruyan İspanya'da mahkeme, topluluk markasına ilişkin Armani şekil markasının çok benzerini tescil edip yedi yıl boyunca kullanan davalıya karşı açılan tecavüz davasında Armani lehine karar vermiştir. Davacı Armani marka hakkının kullanma yetkisinin, markanın dışlama yetkisini ortadan kaldıramayacağını iddia etmiştir. Mahkeme ve temyiz mahkemesi de markanın dışlama yetkisine ilişkin içtihatların marka dokunulmazlığına üstün geldiğine hükmederek davacının iddialarının tamamını kabul etmiştir. Bu yönüyle İspanya'da hem kullanma yetkisinin hem de dışlama yetkisinin birlikte var olduğu açık şekilde ortaya çıkarılmıştır. Audiencia Provincial De Alicante Seccion Octava Tribunal De Marca Comunitaria, Rollo De Sala No. 543-C25/12, Auto Num. 56/13, Giorgio Armani, S.P.A - Novedades Import Exlport S.L., Yayınlanmamış Karar. Aynı yönde bir başka karar için bkz. Audiencia Provincial De Alicante Seccion Octava Tribunal De Marca Comunitaria, Rollo De Sala No. 190 (C14) 15, Sentencia No. 129/15 Yayınlanmamış Karar.

<sup>107</sup> AB Marka Tüzüğü ve AB Marka Yönergesi'yle uyumlu hale getirilen İngiltere Markalar Yasası k. 11/1'e göre marka sessiz kalma yoluyla hak kaybı gibi maddede sayılan nedenlerle hükümsüz kılınmıyorsa aleyhine tecavüz davası açılması mümkün değildir. Üstelik maddenin eski halinde bir markanın sonraki tarihli tescilli markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerde kullanılması nedeniyle tecavüz iddiasında bulunamayacağı hükmü bulunmaktadır. Buna karşılık İngiltere'de marka hakkı kullanma yetkisi içermemektedir.

<sup>108</sup> **Madde 11** - Marka sahibinin ticari vekili veya temsilcisi adına, marka sahibinin izni alınmadan marka tescili yapılması halinde; marka sahibi kullanım için yetki vermemiş ise ve ticari vekil veya temsilcinin haklı bir gerekçesi yoksa, marka sahibinin markasının kullanılmasına itiraz etmek hakkı vardır.

kullanması halinde marka hakkı sahibinin bu kullanımı engelleme yetkisi olduğu açık şekilde belirtilmiştir. Buna göre hükmün uygulanabilmesi için markanın Türkiye’de asıl hak sahibi adına tescilli olmaması, şeklen tescilin asıl hak sahibinden izin alınmadan gerçekleştirilmesi ve son olarak bu tescilin asıl hak sahibinin ticari vekili ya da temsilcisi adına olması gerekmektedir.<sup>109</sup> Bu şartların tümü mevcutsa asıl hak sahibi, tescilli olmasına rağmen bir markanın kullanılmasını engelleyebilecektir. Özellikle 556 Sayılı KHK’da asıl hak sahibinin, tescilli bir markanın kullanılmasını engelleyebileceği açık şekilde belirtilmiş olmasına rağmen aynı zamanda Yargıtay kararlarıyla marka hakkının kullanma yetkisini içerdiği de kabul edilmiştir.<sup>110</sup> Dolayısıyla dışlama yetkisi ile kullanma yetkisi aynı anda var olabilmekte ve usulüne uygun şekilde aynı anda korunabilmektedir. Bununla birlikte maddeyle, dışlama yetkisinin değil de haksız rekabet kurumunun bir yansımasının düzenlendiği, dolayısıyla bu durumun markayla ya da markanın dışlama yetkisiyle ilgili olmadığı düşüncesi akla gelebilir. Gerçekten de özellikle TTK m. 55/a/2’de “*Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak*” şeklinde düzenlenen haksız rekabet hali ile haksız rekabetin sonucu olan maddi durumu ortadan kaldırmayı düzenleyen TTK m. 56/1/c hükmü, 556 Sayılı KHK’nın ilgili madde metnine büyük oranda benzemektedir. Üstelik marka hukukuna hakim olan ülkesellik ilkesi ile marka hakkının tescille kazanılacağı ilkesi de göz önüne alındığında, tescilli bir markanın kullanımının engellenmesinin, markanın dışlama hakkıyla değil de haksız rekabet kurumuyla ilişkili olduğu şeklinde bir yorum yapılması mümkündür. Ne var ki 556 Sayılı KHK m. 11’de mal, iş ürünü ya da faaliyet değil bir markanın varlığı arandığı için haksız rekabet kurumuyla ilişkili bir hakkın değil, marka hukukuna göre asıl hak sahibinin usulüne göre kazanılmış bir marka hakkına dayalı olarak dışlama yetkisini kullanmasının düzenlendiği görülecektir. Dolayısıyla ilgili madde, marka hakkının tescille elde edileceği kuralı ile ülkesellik ilkesine bir istisna getirmekte ve bunu yaparken de salt olarak marka hakkının dışlama yetkisini dayanak olarak almaktadır. Bu bağlamda yukarıda belirtilen Yargıtay kararlarıyla birlikte ele alındığında, marka hakkının kullanma yetkisinin, dışlama yetkisiyle aynı anda var olmasının Türk hukuk sisteminde mümkün olduğuna, 556 Sayılı KHK m. 11’i örnek olarak göstermek kanaatimizce mümkündür.

<sup>109</sup> Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.519.

<sup>110</sup> Karş. Remzi Tamer Pekdiğer, “Ticari Vekil veya Temsilci Tarafından Sınai Hak İhlali”, **Fikri ve Sınai Haklarda İhlal Halleri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s. 31-32.

Türk marka hukukunda kullanma yetkisinin mutlaklığı, SMK'nın yürürlüğe girmesinden önce istisnai olarak değişiklik gösterse de<sup>111</sup> SMK'yla birlikte uygulamada değişikliğe gidilmiştir. Gerçekten de SMK m. 155 ile artık sonraki tarihli sınai hakların, önceki hak sahibinin açacağı tecavüz davalarında savunma gerekçesi olarak ileri süremeyeceği düzenlenmiştir. Her ne kadar düzenleme ilk bakışta dışlama yetkisi ve dürüstlük kuralının öncelik ilkesiyle birlikte uygulanması için ihdas edilmiş gibi gözükse de madde metni hiçbir istisna getirmediği gibi, hukuki bir metinden çok bildiri gibi kaleme alınmıştır. Üstelik “savunma gerekçesi” gibi genellikle iş hukukunda kullanılan bir terim seçilmiştir.

Mehaz metinlerden Alman Marka Yasası'na bakıldığında bu şekilde mutlak bir düzenlemenin olmadığı, hatta m. 22 ile sonraki markanın kullanımının yasaklanamayacağı hallerin yer aldığı görülmektedir. Türk hukukunda buna hiçbir istisna getirilmemesi hem hakimin Anayasa'daki hukuk devleti ve ölçülülük ilkelerine aykırı olarak yargılama yetkisinin kısıtlanmasına neden olacak hem de en basit olarak gerçek hak sahipliğine ilişkin sorunların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu madde karşısında SMK ile birlikte marka hakkının kullanma yetkisinin olmadığı bir düzenleme mi yapılmaya çalışılıyor sorusu akla gelecektir.

Madde metninin henüz çok yeni olması nedeniyle üzerindeki tartışmalar sürmekle birlikte maddenin asıl amacının, farklı kişilere ait haklar arasında çıkabilecek tecavüze dayalı uyuşmazlıklarda tescilin sağladığı hukuka uygunluk nedeninin ortadan kaldırılması olduğu çıkarımı yapılmaktadır.<sup>112</sup> Ayrıca düzenlemenin tasarım ve marka

<sup>111</sup> “...Dairemizin önceki tarihli bir kısım kararlarında usulüne uygun olarak yapılan tescil sonucu gerçekleşen marka kullanımlarının bu tescil hükümsüz kalıncaya kadar hukuken koruma altında oldukları, bu süredeki kullanımların hukuka aykırı olduğunun kabulü mümkün olmadığı görüşü benimsenmiş ise de, somut olayın özelliklerine göre kötü niyetli olarak bir markayı adına tescil ettiren kimsenin bu tescil nedeniyle verdiği zararları tazmin etmemesinin hakkaniyete ve hukuka aykırı olduğu da kabul edilmektedir. Nitekim, Yargıtay HGK'nın endüstriyel tasarım hakkına ilişkin bir uyuşmazlıkla ilgili olarak verdiği 27.03.2013 tarih ve 11-209/399 sayılı kararında, "... 554 sayılı KHK 43'üncü maddesi uyarınca verilen hükümsüzlük kararlarının geçmişe etkili olduğu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmayacağı, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kişinin iyi niyet iddiasında bulunamayacağı ( TMK'nın 2. maddesi ), yeni ve ayırt edici niteliğinin bulunmaması nedeniyle koruma kapsamında olmadığı mahkemece belirlenerek hükümsüzlüğüne karar verilen bir tasarım tescili ve bu tescile dayalı hakların 554 Sayılı KHK'nin 45/1 maddesi hükmü uyarınca hiç doğmamış sayılacağı ve gerçekte var olmayan kötü niyetli olarak tescil ettirilen bir hak iddiası ile neden olunan zararların tazmininin gerekeceği..." ilkeleri benimsenmiştir. Benzeri bir düzenlemenin yer aldığı 556 sayılı KHK'nin 44. maddesinde de markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde kararın sonuçlarının geçmişe etkili olacağı hüküm altına alınmıştır...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2013/17104 E., 2014/14018 K., 18.09.2014 T. www.kazanci.com (E.T. 30.11.2019).

<sup>112</sup> Feyzan Hayal Şehirli Çelik, “SMK m. 155 – Varsayımlar ve Olası Değişkenler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2019, Cilt: 35, Sayı: 2, s. 81.

gibi farklı hak türleri arasında çatışma olduğunda da uygulanabileceği anlaşıldığından,<sup>113</sup> maddenin tecavüz davalarında dışlama yetkisi ve dürüstlük kuralının öncelik ilkesiyle birlikte uygulanması için düzenlendiği sonucuna varılabilir.

Bir diğer yönden ise, tescilin kurucu etkisi olsa da sicilin her zaman doğru ve gerçek hukuki ilişkiyi yansıtması mümkün olmadığından, SMK m. 155’le birlikte yanlış tescillerin markanın korunmasını engellemesinin önüne geçilmeye çalışıldığı, sicilin mutlak doğru olmadığına ortaya konduğu düşünülebilir.<sup>114</sup> Bu nedenle, madde metninin çok kötü biçimde kaleme alınması nedeniyle her ne kadar marka hakkının kullanma yetkisi içermediği çıkarımı yapılabilecekse de bu düzenlemenin marka hakkının kullanma yetkisiyle ilgili olmadığı kanaatindeyiz. Bununla birlikte yukarıda da açıkladığımız üzere marka hakkının kullanma yetkisi ile dışlama yetkisi bir arada bulunabileceği için SMK m. 155 tek başına marka hakkının kullanma yetkisi içermemesi yönünde bir karine de teşkil etmeyecektir.

Ayrıca marka hakkının kullanma yetkisi içerdiğine dair bir başka ispat da Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin düz pakete ilişkin Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) uyuşmazlığında sunmuş olduğu, marka hakkının kullanma yetkisini içerdiğine dair resmi görüşüdür. Her ne kadar bu görüş, SMK’nın yürürlüğe girmesinden önce sunulmuş olsa da markanın karakteristik özelliklerinden bahisle çıkarım yapıldığı için SMK’yla birlikte bir değişikliğe uğramayacağını söylemek mümkündür. Uyuşmazlık kapsamında Dominik Cumhuriyeti’nin görüşüne katılan Türkiye, markanın, kullanılmaması halinde ayırt edicilik işlevini sağlamasının mümkün olmayacağını, kullanımın markanın ayrılmaz bir unsuru olduğunu belirtmiş ve marka hakkının kullanma yetkisini içerdiği ifade edilmiştir.<sup>115</sup>

İkinci olarak marka hakkının kullanma yetkisi içerdiğine ilişkin bir diğer ispatın da markanın kullanılmaması halinde iptal edileceğini düzenleyen SMK m. 9/1

<sup>113</sup> Şehirli Çelik, “SMK m. 155 – Varsayımlar ve Olası Değişkenler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, s. 98-99.

<sup>114</sup> Feyzan Hayal Şehirli Çelik, “Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine SMK m. 155 Vesilesiyle Bir İnceleme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2018, Cilt: 34, Sayı: 2, s. 86-87.

<sup>115</sup> Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, WT/DS435/R, WT/DS/441/R, WT/DS/458/R, WT/DS/467/R (DTÖ Kararı), Panel Raporu Ekleri, C-21.

hükümü<sup>116</sup> olduğu düşünülebilir. Buna göre tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından Türkiye’de beş yıl boyunca haklı bir sebep olmadan kullanılmayan markanın iptaline karar verilecektir. Benzer düzenleme Paris Sözleşmesi m. 5/c/1’de<sup>117</sup> ve TRIPS m. 19’da<sup>118</sup> da yer almış, bir süre kullanılmayan markanın iptaline ilişkin düzenleme yapılabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda markanın kullanılmaması halinde iptal edilmesi söz konusu olduğuna göre markanın kullanma zorunluluğunun bulunduğu, dolayısıyla marka hakkının kullanma yetkisini zorunlu olarak içerdiği çıkarımı yapılabilecektir. Aksi düşünülürse hem marka hakkının kullanma yetkisini içermemesi hem de kullanmama halinde markanın iptali gibi birbiriyle çelişen iki kavramın bir arada olması sonucu doğacaktır ki bu da hukuken mümkün değildir.<sup>119</sup>

Bununla birlikte kullanmama nedeniyle iptal halinde göz ardı edilmemesi gereken bir diğer husus da iptalin sadece haklı bir nedenle kullanımın olmaması halinde gündeme gelecek olmasıdır. Bunun doğal sonucu olarak marka hakkının kullanma yetkisinin maddeden çıkan bir sonuç olmadığı, eğer marka zaten haklı bir nedenle kullanılmıyorsa markanın iptal edilmeyeceği, bu nedenle çelişkili durumun da var olmadığı düşünülebilir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta, özellikle mehz TRIPS m. 19’da yer alan *tescilin devamı için markanın kullanılması gerekli ise* şeklindeki ifadeyle, taraf devletler istediği takdirde tescilin devamı için kullanma zorunluluğunun olmayabileceği, dolayısıyla maddeden mutlak bir kullanma yetkisinin çıkarılamayacağı belirtilmiştir.<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> **Markanın kullanılması**

**Madde 9/1-** Tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir.

<sup>117</sup> **Madde 5/c/1-** Tescil edilen markanın kullanılması bir memlekette mecburi ise, bu tescil ancak makul bir müddetten sonra ve ilgilinin faaliyete geçmemesi sebeplerinin haklı olduğunu ispat edememesi halinde iptal edilebilir..

<sup>118</sup> **Markayı Kullanma Koşulu**

**Madde 19/1-** Tescilin idame ettirilmesi için markanın kullanılması gerekli ise, tescil sahibi tarafından markanın kullanılmasını önleyen engellerin varlığına dayalı olarak geçerli nedenler ileri sürülmedikçe, tescil ancak markanın kullanılmadığı kesintisiz en az üç yıllık bir süre geçtikten sonra iptal edilebilir. Marka ile korunan mal veya hizmetlere uygulanan ithalat kısıtlamaları veya hükümetçe uygulanan başka koşullar gibi, markanın kullanılmasına engel oluşturan ve marka sahibinin iradesinden bağımsız olarak doğan koşullar, markanın kullanılmaması için geçerli nedenler olarak kabul edilecektir.

<sup>119</sup> Nitekim Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü de yayınlamış olduğu el kitabında kullanılmayan markanın ekonomik değerinin olmadığını, bu nedenle markanın korunmasının da bir anlamı olmadığını ifade etmiştir. Wipo Intellectual Property Handbook, Wipo Publication, 2008. para. 2.390. [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo\\_pub\\_489.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf) (E.T. 30.11.2019). Ne var ki bu görüşün marka hakkının kullanma yetkisini gerekçelendirmekten ziyade kullanılmayan markanın iptali için bir temel oluşturma amacı güttüğü de düşünülebilir.

<sup>120</sup> Enrico Bonadio, “On the Nature of Trademark Rights: Does Trademark Registration Confer Positive or Negative Rights?”, **The New Intellectual Property of Health Beyond Plain Packaging**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2016, s. 56. Karş. Simon Evans/Jason Bosland “Plain Packaging of

Marka hakkının kullanma yetkisini içermediği, bunun yerine sadece dışlama yetkisini içerdiği düşünüldüğünde, markanın ne şekilde bir işlev yerine getireceği ve hatta ne şekilde bir değerinin olacağı da tartışmalıdır.<sup>121</sup> Örneğin daha en başta markanın rehininin ya da haczedilmesinin kimse açısından bir faydası olmayacaktır. Bir işaretin kullanımını yasaklamayı bundan sonra önceki sahibinin değil de satın alacak kişinin devam ettireceği düşüncesiyle kimse bir markayı haczetmeyecek, rehin işlemini de yapmayacaktır.<sup>122</sup> Gerçekten de marka, kullanma yetkisi içermiyor ve sadece başkalarının ilgili işareti kullanmasını yasaklamaya yarıyorsa basit bir sertifikadan öteye gidemeyeceği gibi başkalarının o ibareyi kullanmasını engelleyen kişiye salt bu nedenle bir fayda da sağlamayacaktır. Halbuki marka, her ne kadar yer yer aşırıya kaçılarak yaşam hakkıyla bir tutulmaya çalışılsa da bir amaç değil araçtır ve ticari alanda hak sahibinin kendine ait mal ile hizmetleri ayırt etmesini sağlayarak kişinin ticari gelirini artırmaya yaramaktadır. Markanın kaynak gösterme işlevi, sınai (sanayiyle/endüstriyle ilgili) hak olması bunun kanıtı olup terimin kendisi yani ticari marka da ticaretten türemiştir. Markanın tek başına hukuki işlemlere konu olması ya da ayrıca devredilebilmesi bu işlevini ortadan kaldırmamakta, tam aksine asıl amacını tanımlamaktadır.

Kaldı ki bir işaretin kullanılmasını engellemek marka hakkı sahibine normal şartlar altında artı bir malvarlığı değeri katmayacağı gibi başka kişilerin kaybına da neden olmayacaktır. Burada akla SMK m. 130'da patentin kullanılmaması halinde zorunlu lisansa konu olacağına düzenlendiği, dolayısıyla patentin kullanılmamasının bile değerli olduğu, aynı şekilde markanın da kullanılmamasının değerli olabileceği düşüncesi gelebilir. Ne var ki patente konu buluşa zorunlu lisans verilmesi, sırf toplumun gelişimini sağlayacak buluşların üretilmesini engellemek veya fahiş karlar elde etmek için patentlenmesini önleme amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Patentin

---

Cigarettes and Constitutional Property Rights”, **Public Health and Plain Packaging of Cigarettes Legal Issues**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2012, s. 54; Owen H. Dean, “Deprivation of Trade Marks Through State Interference in Their Usage”, **European Intellectual Property Review**, No: 10 Vol: 35 2013, s. 585.

<sup>121</sup> Christopher Morcom, “Trademarks, Tobacco and Human Rights”, **Trademark World Magazine**, No: 210/9 (2008), s. 20.

<sup>122</sup> Elbette bu markanın sembolik de olsa ekonomik bir değeri olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir ancak bu durum markanın sadece Anayasal mülkiyet hakkı kapsamında, malvarlığı değeri olarak korunmasını sağlayacaktır. Bunun dışında piyasada marka değersiz olacaktır.

kullanılmamasıyla toplum sağlığı ve toplumun kendisi kötü yönde etkilenirken markada bu yoktur, dolayısıyla markada zorunlu lisans da söz konusu olmamıştır.

Sonuç olarak henüz yargı organlarının SMK'ya ilişkin ayrıntılı kararları söz konusu olmadığından bu yönde bir çıkarım yapılabilmesi için uygulamanın gelişmesi ve konunun ayrıntılı olarak yargı organlarıncı değerlendirilmesi gerekmektedir. Ne var ki AB düzenlemeleri ve kararları da bu aşamada marka hakkının kullanma yetkisinin özel hukuktaki muhtemel görünüşü için yol gösterici olacaktır.

### **b. AB Hukuku Yönünden**

Mehaz AB Hukukunda, marka hakkının kullanma yetkisiyle ilgili olarak Türk hukukundakinden ayrıık bir düzenleme mevcut değildir. Markaya ilişkin düzenlemelerde marka hakkının kapsamı sayılırken dışlama yetkisinden bahsedilmiş ancak marka hakkının kullanma yetkisi içerip içermediği belirtilmemiştir. Aynı Şekilde ABAD'ın bilinen hiçbir kararında konu salt bu düzlemde tartışılmamış, bunun yerine sınıai haklara ilişkin kararlarda yzeyssel Şekilde gerekli olduğu ölçüde bahsedilmiştir.

ABAD'ın konuya ilişkin bilinen en eski tarihli kararı 1974 yılında malların serbest dolaşımı ile marka hakkının tüketilmesi kurallarıyla ilgilidir. Markalı bir ürünün, başka bir ye devlette marka sahibinin izni ile satılması halinde, marka sahibinin bu ürünlerin başka ye devletlere paralel ithalat yoluyla gönderilmesini engelleyip engelleyemeyeceği uyuşmazlık konusu olmuştur. Mahkemece, marka hakkının malların serbest dolaşımı kuralıyla atışması halinde anlaşmaya göre marka hakkının korunacağı ancak bu istisnanın her durumda değeril, hakkın ana fikrinin-konusunun<sup>123</sup> etkilendiği durumlarda söz konusu olacağı belirtilmiştir. Kararda ABAD, daha sonra marka hakkının ana fikrini-konusunu açıklamış ve bunun iki unsurdan oluştuğunu ifade etmiştir. Bunlardan ilki markayı taşıyan ürünleri ilk kez dolaşıma sokma amacıyla münhasır bir kullanma yetkisi, diğerisi ise bu nedenle markayı yasadışı olarak ürünlerine koyup markanın itibarından ve durumundan yararlanmak

---

<sup>123</sup> Mahkeme specific subject-matter ibaresini kullanmış olup Türkçe karşılığı bulunmadığı için bu Şekilde kullanılmıştır. Hakkın z ibaresiyle aynı değerildir.



isteyen üçüncü kişilere karşı korumanın sağlanmasıdır.<sup>124</sup> Görüldüğü üzere ABAD kararında markanın ana fikrinin-konusunun markanın kullanılması olduğunu belirtmiş, dışlama hakkının bundan kaynaklandığına karar vermiştir. Bu bakımdan marka hakkının tüketilmesi ilkesinin de marka hakkının kullanma yetkisi içerdiğine yönelik bir ispat vasıtası olduğu söylenebilecektir.

ABAD'ın bir başka kararında ise kullanma yetkisine daha farklı bir açıdan yaklaşılmıştır. Uyuşmazlık konusu olayda dava dışı tacir Baquet, Martin Y Paz şirketine "Nathan" isim hakkını, sadece küçük deri ürünleri üretmesine yönelik olarak anlaşmayla satmış ancak ortada bir tescilli marka olmadığı için lisans verememiştir. Anlaşmaya göre bu marka altında el çantaları üretme hakkı Baquet'te kalacak ve her iki taraf da birbirine karşı haksız rekabette bulunmayacak, birbirlerinin alanında Nathan ismini kullanmayacaktır. Daha sonra Baquet 18. ve 25. sınıfta "Nathan" ibaresi için Benelüks markası tescili yapmış ve işletmeyle birlikte markasını Gauquie şirketine devretmiştir. Gauquie ile Martin Y Paz arasında da bu anlaşma aynı şekilde yıllar boyu uygulanmaya devam etmiştir. Daha sonra her iki firma da markanın kısaltması olarak N şeklini ve bazı ürünlerde de "Nathan Baume" ibaresini ortak şekilde marka olarak kullanmıştır. Anlaşma sürerken Martin Y Paz ortak kullanılan N şekli, Nathan şekil ibaresi ve Nathan Baume ibaresi için 18. ve 25. sınıfta Benelüks markası tescili yapmıştır. Şirketlerin ilişkilerinin bozulması üzerine Gauquie, Martin Y Paz aleyhine dava açarak bu üç markanın küçük deri ürünleri emtiası haricinde hükümsüzlüğünü talep etmiş dava reddedilmiştir. Martin Y Paz da daha sonra açtığı davayla Gauquie'nin Nathan Baume ve N markalarını kullanmasının engellenmesini talep etmiş, Gauquie de bu davada karşı talep olarak Martin Y Paz'nın küçük deri ürünleri emtiası dışında bu markaları ve Nathan markasını kullanmasının engellenmesini talep etmiştir. Mahkeme Gauquie'nin el çantası ve ayakkabı emtiaları dışında markayı kullanamayacağına, Martin Y Paz'nın da haksız rekabet yaratacağı için küçük deri ürünleri emtiaları dışında markayı kullanamayacağına yönelik karar vermiştir. Dava son temyiz aşamasında Martin Y Paz'nın talebi üzerine ABAD'a ön karar için gönderilmiştir. Martin Y Paz, kendi markalarına dayalı olarak verdiği kullanım iznini her zaman geri alabileceğini, bu markaları tescilli emtialarda kullanma

---

<sup>124</sup> ABAD, 16-74, Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Winthrop BV, T: 31/10/1974, <http://curia.europa.eu> (E.T. 30.11.2019). Aynı hususun tekrar edildiği bir başka karar için bkz. ABAD, 102/77, Hoffmann-La Roche & Co. AG v Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH., T: 23/05/1978 <http://curia.europa.eu> (E.T. 30.11.2019).

yetkisinin elinden alınmasını ve dışlama yetkisine engel olamamasını marka hakkının ortadan kaldırılması olarak nitelendirmiştir. ABAD'a sorulan sorulardan markanın kullanımıyla ilgili olan, markayı kullanmayacağı konusunda taahhüt veren marka sahibinin bu hakkını geri alarak marka altında kendisinin üretim yapmasının haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle, markanın belli sınıfta kullanımının temelli yasaklanıp yasaklanamayacağıdır. ABAD bu soruya olumsuz yanıt vererek anlaşma olsa bile markanın belli sınıflarda kullanılmasının engellenmesinin marka hakkından yoksun bırakma anlamına geleceğini belirtmiş ve kullanma yetkisinin markanın önemli bir işlevi olduğunun altını çizmiştir.<sup>125</sup>

Buna karşılık ABAD'ın bir başka kararında hukuk sözcüsü markanın münhasır kullanma yetkisinin her durumda ve *erga omnes* herkese karşı ileri sürülemeyeceğini, sadece markanın saygınlığından ve durumundan yararlanmak isteyenlere, tüketiciyi ürünün kaynağı konusunda yanıltanlara karşı söz konusu olduğunu ifade etmiştir.<sup>126</sup>

ABAD önündeki, mal ve hizmetin özelliğini belirten bir marka tescilinin varlığı halinde, marka olarak kullanılmasa bile başkaları tarafından ilgili işaretin kullanılmasının hak sahibince engellenip engellenemeyeceğine ilişkin bir uyuşmazlıkta, hukuk sözcüsünün görüşü her ne kadar mahkeme kararında değinilme de marka hakkının kullanma yetkisi konusunda sağlam temele oturtulmuş açıklamalar içermektedir. Buna göre hukuk sözcüsü, markanın olumsuz yönü olan dışlama yetkisinin, marka sahipliğinin<sup>127</sup> doğasında var olan ve onun ayrılmaz bir parçası olan olumlu yönüyle yani kullanma yetkisiyle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Görüşte kullanmanın sahipliğin esaslı ve merkezi unsuru olduğu

<sup>125</sup> ABAD, C-661/11, Martin Y Paz Diffusion SA v David Depuydt - Fabriek van Maroquinerie Gauquie NV, T: 19/09/2013, <http://curia.europa.eu> (E.T. 30.11.2019). Kararda hukuk sözcüsü bununla birlikte marka hukukunun genel olarak marka hakkının kullanma yetkisi içermediğini ve marka hakkının negatif hak olduğunu belirtmiştir. Karar ulusal hukuka boşluk bırakmadığı ve haksız rekabete ilişkin hükümler içermesi nedeniyle çok fazla eleştirilmiştir. İlgili eleştiriler için bkz. Martin Senftleben, "Trademark transactions in EU Law: refining the approach to selective distribution networks and national unfair competition law", **The Law and Practice of Trademark Transactions: A Global and Local Outlook**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, s. 348-357; Annette Kur, "Trademarks Function, Don't They? CJEU Jurisprudence and Unfair Competition Principles", **IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law**, Vol. 45. 2014, Issue 4, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No.14-05, s. 18-22.

<sup>126</sup> ABAD, C-206/01, Arsenal Football Club plc v Matthew Reed, T: 12/11/2002, <http://curia.europa.eu> (E.T. 30.11.2019).

<sup>127</sup> Sahipliğin hukuk düzlemindeki görünüşü mülkiyettir ancak mülkiyet terimine yönelik daha fazla karışıklık yaratmamak için tarafımızca kararda geçen "ownership" ifadesinin Türkçesi olarak sahiplik tercih edilmiştir.

belirtmiş, kullanmama halinde hakkın sona erebileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte markanın kullanılmasının ayırt edicilik işlevini de içerdiği, bunun da kaynak gösterme işlevine yani markanın var olma sebebine hizmet ettiği belirtilmiştir. Bunun önemi ise şudur: eğer bir markanın kullanılması kaynak gösterme işlevini yerine getirmiyorsa, markanın dışlama işlevi de bulunmayacak, markayla karıştırılma ihtimali olmayacaktır. Dolayısıyla markanın dışlama yetkisi marka hakkının kullanma yetkisinin bir sonucudur.<sup>128</sup>

Kanaatimizce hukuk sözcüsünün açıklaması marka hakkının kullanma yetkisine ilişkin tartışmalar başlamadığı bir zamana göre dönemin çok ötesinde olup, kullanma yetkisini ve hatta dışlama yetkisini, markanın kaynak gösterme işleviyle bağdaştırmasıyla da hukuk bilimi açısından çok değerlidir. Gerçekten de bir markanın dışlama yetkisinin kullanılabilmesi için öncelikle markanın kaynak gösterme işlevine sahip olması, yani kullanımının bir kişiyi işaret etmesi gerekmektedir. Marka hakkının kullanma yetkisini içermediği bir sistemde kaynak gösterme işlevi de bulunmayacak, dolayısıyla dışlama yetkisi de var olmayacaktır.

Markaya ilişkin bu kararların dışında lisansa ilişkin kararlar ve düzenlemeler de marka hakkının kullanma yetkisi içerip içermediği konusunda yol göstericidir. Nitekim Alman doktrininde marka lisansının kullanma yetkisi içerdiği belirtilmektedir.<sup>129</sup>

ABAD kararlarında ise böyle bir ayırım yapılmamış ancak lisansın kullanma yetkisi içerip içermediği konusu birkaç uyuşmazlıkta ele alınmıştır. ABAD, markanın kullanımına yönelik yapılan anlaşmanın, lisans sözleşmesini düzenleyen hükümler kapsamına girip girmeyeceğiyle ilgili bir uyuşmazlıkta lisansın niteliği ile ilgili değerlendirme yapmıştır. Mahkeme buna göre hukuk sözcüsünün görüşüne katılarak lisansın niteliğinin, lisans verenin sahip olduğu dışlama yetkisini bu sözleşmeyle marka lisansını alana karşı kullanmayacağı taahhüdünü verdiği; lisans alanın ise buna

<sup>128</sup> ABAD, C-2/00, Michael Hölterhoff v Ulrich Freiesleben, T: 14/05/2002, <http://curia.europa.eu> (E.T. 30.11.2019).

<sup>129</sup> Michael Gross, **Der Lizenzvertrag**, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt 2015, no. 18, s. 56 ve özellikle dipnot 22; Alex Nordemann/Christian Czychowski, "Trademark transactions in Germany: a continental European system moves towards common understanding with the US", **The Law and Practice of Trademark Transactions: A Global and Local Outlook**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, s. 394.

karşılık bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği çift tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğuna karar vermiştir. Buna göre lisansla birlikte markanın kullanımına yönelik bir yetki lisans alana devredilmemektedir.<sup>130</sup>

Ancak ABAD sonraki tarihlerde lisans konusunda önüne gelen bir uyuşmazlıkta bu görüşünü değiştirmiştir. Mahkeme, lisansın verilmesiyle birlikte lisans verenin lisans alana, sözleşme şartlarına uygun olarak markanın sağladığı münhasır haklar alanında yer alan amaçlarla markayı kullanma yetkisi devrettiğini belirtmiştir. Mahkeme bunun anlamının ise markanın işlevlerine, özellikle de markanın esas işlevi olan kaynak göstermeye uygun şekilde markanın ticari olarak kullanımını olduğunu belirtmiştir.<sup>131</sup> ABAD, dikkat edileceği üzere kararında “markanın sağladığı hakkın kullanımı” ya da “marka hakkının kullanımı” değil “markanın kullanımı” ibaresini tercih etmiştir, kanaatimizce bu durum marka hakkının kullanma yetkisi içerdiğine dair güçlü bir delildir.

Bunun dışında yürürlükten kalkan topluluk markasına ilişkin İç Pazar Uyumlaştırma Ofisi Marka Prosedürleri Kılavuzu’nda marka lisansı “*markanın kullanımının üçüncü kişiye verildiği bir sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Kılavuzda ayrıca marka sahibinin, üçüncü kişinin markayı kullanmasına yönelik toleransının ya da tek taraflı izninin lisans olmadığının altını çizmiştir.<sup>132</sup> Aynı şekilde yeni EUIPO Marka Kılavuzu’nda da marka lisansı “*marka sahibinin, üçüncü bir kişiyi markayı ticaret alanında kullanması için anlaşma şartlarına uygun olarak yetkilendirdiği sözleşme*” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>133</sup>

<sup>130</sup> ABAD, C-533/07, Falco Privatstiftung and Thomas Rabitsch v Gisela Weller-Lindhorst, T: 23/04/2009, <http://curia.europa.eu> (E.T. 30.11.2019).

<sup>131</sup> ABAD, C-376/11 Pie Optiek SPRL v Bureau Gevers SA and European Registry for Internet Domains ASBL, T: 19/07/2012, para. 47, <http://curia.europa.eu> (E.T. 30.11.2019).

<sup>132</sup> Mary-Rose McGuire, “Jurisdiction in Cases Related to a Licence Contract Under Art. 5(1) Brussels Regulation: Case-Note on Judgement ECJ Case C-533/07 – Falco Privatstiftung and Thomas Rabitsch v. Gisela Weller-Lindhorst”, **Yearbook of Private International Law-Vol XI 2009**, Sellier.elp, Münih 2010, s. 461-462.

<sup>133</sup> <https://guidelines.euipo.europa.eu/1004922/909996/trade-mark-guidelines/1-1-licence-definition-of-licence-contracts>. (E.T. 30.11.2019)

Topluluk markasının yaratılması sürecindeki görüşmelerde Avrupa Komisyonu tarafından marka lisansı aynı şekilde “*üçüncü kişiye markanın kullanılması yetkisi veren sözleşme*” olarak tanımlanmıştır.<sup>134</sup>

Kararlar ve düzenlemelerden de görüleceği üzere lisans konusunda marka hakkının değil, markanın kullanımından; aynı şekilde lisansla birlikte kullanma yetkisinin devrinden bahsedilmektedir. Burada akla lisans verilmesiyle birlikte lisans alanın bir kullanma yetkisi elde ettiği, bunun da lisans kavramıyla ilgili olduğu, dolayısıyla tüm bunların marka hakkının kullanma yetkisi içerdiğine kanıt olamayacağı düşüncesi gelebilir. Ne var ki Roma hukukundan beri süregelen ve hukukun en önemli kurallarından *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* kimse hakkından fazlasını devredemez kuralı gereği marka sahibinin, hiç var olmayan bir hakkı devretmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanaatimizce AB Hukukunda marka hakkı, kullanma yetkisi içermektedir ancak henüz salt marka hakkının kullanma yetkisi içerip içermediğiyle ilgili bir inceleme yapılmadığı da göz önüne alınmalıdır.

### 3. Anayasa Hukukunda Kullanma Yetkisi

Anayasa hukukunda marka hakkının kullanma yetkisinden bahsedebilmek için öncelikle mülkiyet hakkının Anayasa’da ne şekilde düzenlendiğinin incelenmesi gerekmektedir. Anayasa hukukunda temel hak ve özgürlükler Georg Jellinek’in hak kuramına göre negatif statü hakları, pozitif statü hakları, aktif statü hakları ve pasif statü hakları olarak sınıflandırılmaktadır.<sup>135</sup> Ancak önemle belirtmeliyiz ki bu kavramlar yukarıda açıklanan Hohfeld’in hak kuramıyla zaman zaman benzerlik gösterse de karıştırılmamalıdır. Bunun ilk sebebi Jellinek’in kamu hukukuna ilişkin bir statü sınıflandırması yapması, ikincisi ise negatif hak ile negatif statü hakkının birbirinden farklı kavramlar olmasıdır.

Negatif statü hakkı bireyin özgür olduğu alanın bir yansıması olup kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve çiğnenmesi mümkün olmayan özgürlük alanını

<sup>134</sup> Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Markasının Oluşturulması Memorandum’u, Avrupa Komisyonu Kabul Tarihi 6 Temmuz 1976 SEC(76) 2462, para. 149. <http://aei.pitt.edu/5363/1/5363.pdf> (E.T. 30.11.2019)

<sup>135</sup> Birden Güngören Bulgan, **Georg Jellinek’in Hak ve Devlet Kuramı**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 47.

çizmektedir.<sup>136</sup> Bu hak kişiye, devlete karşı bir savunma sağlayan, onu gelecek saldırılardan koruyan bir hak olup<sup>137</sup> devlete karışmama ve gölge etmeme yükümlülüğünü yüklemektedir.<sup>138</sup>

Mülkiyet hakkı da her ne kadar aşağıda açıklanacağı üzere pozitif yönleri olsa da din hürriyeti, düşünce hürriyeti, konut dokunulmazlığı hakları gibi negatif statü haklarından<sup>139</sup> Bununla birlikte bir negatif statü hakkı olan mülkiyet hakkının içeriği sayılırken Roma hukukunun bir yansıması olarak kullanma, yararlanma, tasarruf etme yetkilerini içerdiği belirtilmektedir.<sup>140</sup> AYM birçok kararında mülkiyet hakkının kişiye, sahibi olduğu şeyi başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla dilediği gibi kullanma yetkilerini sağladığını ifade etmiştir.<sup>141</sup>

Markaya ilişkin olarak ise, bu tanımdan hareketle ilk bakışta marka hakkının kullanma yetkisini içerdiği çıkarımına gidilebilecektir. Bunun nedeni marka hakkının gayri maddi mal olarak Anayasa'daki mülkiyet hakkı kapsamına girmesi, sınırlandırılmasının da mülkiyet hakkı kurallarına göre yapılmasıdır.<sup>142</sup> Nitekim fikri haklara ilişkin AYM'nin verdiği bir kararda da bu husus “*Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır. Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikrî ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla, sinema eserleri üzerindeki fikrî haklar da mülkiyet hakkı*

<sup>136</sup> Güngören Bulgan, s. 50.

<sup>137</sup> Zafer Gören, **Temel Hak Genel Teorisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2000, s. 26 -28.

<sup>138</sup> Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 6.

<sup>139</sup> Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa 2019, s. 281.

<sup>140</sup> Adnan Güriz, **Teorik Açından Mülkiyet Sorunu**, Siyasal Yayınları, Ankara 2018, s. 26-33; Kürşat Akça, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015 Özel Sayı Cilt:1, s. 545; Nihat Bulut, “Mülkiyet Konusunda Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 3-4, s. 17.

<sup>141</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2016/196, Karar Sayısı: 2018/34, Karar Tarihi:28/3/2018; Anayasa Mahkemesi Ali Rıza Akarsu Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2015/6999, Karar Tarihi: 12/9/2018; Anayasa Mahkemesi Ayşe Öztürk Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/6670, Karar Tarihi: 10/6/2015; Anayasa Mahkemesi Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/817, Karar Tarihi: 19/12/2013; Anayasa Mahkemesi Murat İslamoğlu Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/614, Karar Tarihi: 25/6/2014, www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>142</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2004/81, Karar Sayısı: 2008/48, Karar Tarihi: 31.1.2008 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

*kapsamındadır.... 12.6.1995 gününden sonra yapımına başlanıp 3.3.2001 gününe kadar meydana getirilmiş olan sinema eserlerinin üç kişiden oluşan eser sahipleri beş kişiye çıkarılmakta ve daha önce sinema eseri sahibi olan yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarının eserin meydana getirilmesiyle birlikte kazanmış oldukları mülkiyet hakkı kapsamında yer alan fikrî hakları üzerindeki kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf yetkileri azaltılmaktadır. Dolayısıyla kural, diyalog yazarı ve animatörler yönünden sinema eseri sahipliğine ilişkin hükümleri geriye yürütüp, eser sahipliği statüsünden doğan, kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş olan fikrî haklar üzerindeki yetkileri azaltmak suretiyle kazanılmış hak ve hukuk güvenliği ilkelerini ihlal etmekte ve mülkiyet hakkını zedelemektedir.” şeklinde belirtilmiştir.<sup>143</sup>*

Bununla birlikte karar incelendiğinde farklı bir ayrımın mevcut olduğu görülecektir. Buna göre mülkiyet hakkı sahip olunan şeyi dilediği gibi kullanma yetkisi içermektedir ve sahip olunan şey de mülkiyet hakkının konusudur. AYM kullanmaya ilişkin verdiği bu kararında ve hatta diğer kararlarında,<sup>144</sup> mülkiyet hakkının konusu olarak maddi malları taşınmaz ve taşınır şeklinde sayarken, gayri maddi mal olarak, marka, patent ya da eserin kendisini değil bunlar üzerindeki hakkı belirtmiştir. Dolayısıyla kullanma yetkisi markanın değil, hakkın kendisine ilişkindir. Nitekim marka hakkı ve marka aynı anlama gelmeyip AYM'nin bir kararında bu konu “*Bir markanın sahibine sağladığı haklar, "marka hakkı" olarak adlandırılmakta ve fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır.*” şeklinde açıklanmıştır.<sup>145</sup>

Tüm bu bilgiler ışığında markanın özel hukukta kullanma yetkisi içermemesi ihtimalinde marka hakkının kullanımı da sadece tek yetkisi olan dışlama yetkisinin kullanımı olarak gerçekleşecek ve Anayasa hukukunda markanın tek başına bir kullanma yetkisi içermediği görüşü haklı olarak ileri sürülebilecektir. Ne var ki yukarıda da açıkladığımız üzere hem marka hakkının özel hukukta kullanma yetkisi içermesi, hem de Türk hukukunda sahip olunan şey üzerinde kullanmanın esas olması nedeniyle dolaylı olarak Anayasa’da marka hakkının kullanma yetkisinin korunduğu söylenebilir.

<sup>143</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2010/73, Karar Sayısı: 2011/176, Karar Tarihi: 29.12.2011 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>144</sup> Bkz. Yukarıda dipnot 23.

<sup>145</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2004/81, Karar Sayısı: 2008/48, Karar Günü: 31.1.2008 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

#### 4. Uluslararası Sözleşmelerde Kullanma Yetkisi

Uluslararası sözleşmelerde marka hakkının kullanma yetkisi içerip içermediği özellikle düz paket düzenlemeleri aleyhine başvuru DTÖ uyuşmazlığında ayrıntılı olarak ele alınmıştır. İlgili bölümde bu karara değinilecek olmakla birlikte kullanma yetkisi hususunda genel olarak bilgi verilmesi faydalı olacaktır.

Marka hakkının kullanma yetkisi içerebileceğine yönelik düzenlemeler uluslararası metinlerde -ikili anlaşmalar dışında- TRIPS ve Paris Sözleşmesi'nde söz konusu olmuş ve nitekim DTÖ uyuşmazlığında da taraflar bu çerçevede iddiada bulunmuşlardır. Bunlar dışındaki uluslararası sözleşmeler ya markanın tesciliyle ilgili koşulları düzenlemekte ya da korumaya ilişkin düzenlemeler getirmektedir.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus bu iki sözleşmenin de istisnai hükümler dışında doğrudan uygulanmaktan ziyade taraf devletlere, uyulması gereken asgari standartları gösterir düzenlemeler olmasıdır. Bu nedenle marka hakkının kullanma yetkisini içerip içermediğinin belirlenmesi, bu sözleşmeye taraf devlete markanın kullanımını zorunlu tutup tutmadığıyla anlaşılacaktır.

Sözleşmelerden TRIPS incelendiğinde, marka kapsamının m. 16'da düzenlendiği görülmektedir. Buna göre maddede açıkça marka hakkının kullanma yetkisinden bahsedilmediği gibi bunu çağrıştıran bir ifadenin de olmadığı görülmektedir. Bunun yerine madde metni sadece markanın dışlama yetkisinden bahsetmekte, üyelerin markanın korunmasına yönelik hükümleri kendi hukuklarına ihdas etmelerini zorunlu tutmaktadır.<sup>146</sup>

---

#### <sup>146</sup> **Madde 16-Verilen Haklar**

(1) Tescilli bir markanın sahibi, aşağıda belirtilen kullanım şekli karışıklık olasılığına neden olacak ise, marka sahibinin iznini almamış bütün üçüncü şahısların, ticaretin olağan gidişatı içinde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı veya benzer işaretleri kullanmalarını engelleme hakkına münhasıran sahip olacaklardır. Aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde, karışıklık olasılığının mevcut olduğu varsayılacaktır. Yukarıda tanımlanan haklar önceden tanınmış mevcut haklara zarar vermeyeceği gibi, Üyelerin kullanım esasına göre hak elde etme olanağını da etkilemeyecektir.

(2) Paris Sözleşmesi'nin (1967) 6'nci mükerrer Maddesi, gerekli değişiklikler yapılmış olarak, hizmetlere de uygulanacaktır. Üyeler bir markanın tanınmış olup olmadığını tesbit ederken, markanın promosyonu sonucunda kazanılan herkesçe bilinme durumunu dikkate alacaklardır.

(3) Paris Sözleşmesi'nin (1967) 6'nci mükerrer Maddesi, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlere benzemeyen mal veya hizmetlere de, gerekli değişiklikler yapılmış olarak uygulanacaktır, ancak şu koşulla ki, markanın bu mal veya hizmetlerle ilgili kullanımı, bu mal veya hizmetlerle tescilli markanın



Bununla birlikte TRIPS m. 20’de markanın kullanımıyla ilgili olduğu intibası uyandıran bir hüküm daha bulunmaktadır.<sup>147</sup> Buna göre: “*Bir markanın ticaretin seyri içinde kullanılması, bir başka marka ile birlikte kullanma, özel bir biçimde kullanma veya bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerinkinden ayırma özelliğine zarar verecek şekilde kullanma gibi özel koşullarla haksız yere engellenmeyecektir*”. Karşılaştırmalı hukukta markanın kullanımının özel koşullarla haksız yere engellenmesi için ortada bir kullanma yetkisi olmasının gerektiği belirtilmiştir.<sup>148</sup> Aynı şekilde düz paket düzenlemelerinde Endonezya tarafından sunulan görüşte, TRIPS m. 20’nin etkin olabilmesi için marka hakkının çok az da olsa bir kullanma yetkisi içermesi gerektiğini, bu nedenle madde metninde kullanma yetkisinin yer aldığı ileri sürülmüştür.<sup>149</sup>

Son olarak Paris Sözleşmesi m. 6 mükerrer 4 üye ülkelerin, bir diğer ülkede tescil edilmiş markaların olduğu gibi değiştirilmeden başvurulabilmesine imkan sağlamasını ve bu markaları korumasını düzenlemiştir. DTÖ uyuşmazlığı sırasında bu konu da gündeme gelmiş, bu maddedeki korumanın ancak kullanımla sağlanacağı belirtilmiş ve maddenin marka hakkının kullanma yetkisi içerdiğinin kanıtı olduğu ileri sürülmüştür.<sup>150</sup> Buna karşılık DTÖ tarafından ilgili iddialar kabul edilmemiş ve ne Paris Sözleşmesi’nde ne de TRIPS’te marka hakkının kullanma yetkisi içermesine yönelik üye devletlere bir zorunluluk getirilmediği belirtilmiştir.<sup>151</sup>

---

*sahibi arasında bir bağlantı olduğunu göstermeli ve bu kullanım şekli nedeniyle tescilli ticari marka sahibinin menfaatlerinin zarar görme olasılığı mevcut olmalıdır.*

<sup>147</sup> **Madde 20-Diğer Koşullar**

*Bir markanın ticaretin seyri içinde kullanılması, bir başka marka ile birlikte kullanma, özel bir biçimde kullanma veya bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerinkinden ayırma özelliğine zarar verecek şekilde kullanma gibi özel koşullarla haksız yere engellenmeyecektir. Bu hüküm, mal veya hizmetleri üreten işletmeyi tanıtan markanın bu işletmenin söz konusu müşahhas mal veya hizmetlerini ayırt eden marka ile birlikte, ancak yalnız bu marka ile sınırlı kalmaksızın, kullanılmasını öngören bir koşulu menetmeyecektir.*

<sup>148</sup> Phillip Johnson, “Trade Marks without a Brand: The Proposals on Plain Packaging of Tobacco Products” **European Intellectual Property Review**, No: 7 Vol: 34 2012, s. 466; Daniel Gervais, Analysis of the Compatibility of certain Tobacco Product Packaging Rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention, JTI Tarafından Alınan Uzman Görüşü, 2010, <https://www.jti.com/sites/default/files/key-regulatory-submissions-documents/submissions/eu/12gervais.pdf> (E.T. 30.11.2019); Annette Kur, "The Right to Use One's Own Trademark: A Self Evident Issue or a New Concept in German, European and International Trademark Law", **European Intellectual Property Review**, No: 4 Vol: 18 1996, s. 202. Karş. Mark Davison, “The Legitimacy of Plain Packaging Under International Intellectual Property Law: Why There Is No Right to Use a Trademark Under Either the Paris Convention or the TRIPS Agreement” **Public Health and Plain Packaging of Cigarettes Legal Issues**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2012, s. 91-97.

<sup>149</sup> DTÖ Kararı, para. 7.2073-7.2118.

<sup>150</sup> DTÖ Kararı para. 7.1738-7.1754.

<sup>151</sup> DTÖ Kararı para. 7.1757-7.1775, 7.2492-7.2563.

Tüm bu düzenlemeler ve DTÖ'nün verdiği karar doğrultusunda uluslararası sözleşmelerde marka hakkının kullanma yetkisini içermediği kabul edilmektedir. Ne var ki yukarıda da bahsettiğimiz üzere ilgili husus bir kural olmayıp sadece bu yönde bir yetkinin bu sözleşmelerle zorunlu tutulmadığı anlamına gelmektedir. Devletler dilediği takdirde marka hakkının kullanma yetkisi içerdiğine yönelik düzenleme yapabilecektir, İspanya örneğinde görüldüğü üzere buna engel bulunmamaktadır.



## İKİNCİ BÖLÜM

### MARKA HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

#### § 1. MARKA HAKKININ SINIRLANDIRILMASI VE MÜDAHALE KAVRAMI

##### I. Genel Olarak

Bir hakkın sınırlandırılması, o hakkın koruduğu norm alanına müdahale edilip daraltılması anlamına gelmektedir.<sup>152</sup> Hakka müdahale ise bu tanımdan hareketle bir hakkın sınırlandırılmasına yol açan her türlü hukuki eylem ve hukuki olay şeklinde tanımlanabilir.

Mülkiyet hakkı kapsamındaki marka hakkının sınırlandırılması da bu anlamda, yapılan müdahalelerle mülkiyet hakkıyla korunan norm alanının yani hakkın güvence altına aldığı kesitin daraltılması anlamına gelmektedir. Nitekim AYM tarafından, marka hakkının sınırlandırılmasının Anayasa m. 35 ile P1M1'deki mülkiyet hakkı esas alınarak yapılması gerektiği belirtilmiştir. AYM, ilgili kararında "*Bir markanın sahibine sağladığı haklar, "marka hakkı" olarak adlandırılmakta ve marka hakkı, fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle marka hakkı üzerinde yapılacak sınırlandırmalarda, Anayasanın "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesinin esas alınması gerekmekte*" şeklinde karar vermiştir.<sup>153</sup>

Tüm bu nedenlerle mülkiyet hakkına müdahale ve hakkın kısıtlanmasına ilişkin genel kurallar marka hakkı için de aynen geçerli olacak ancak markanın kendine özgü karakteri de yeri geldikçe göz önüne alınacaktır.

---

<sup>152</sup> Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982, s. 18-21.

<sup>153</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2004/81, Karar Sayısı: 2008/48, Karar Tarihi: 31.1.2008 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

Bununla birlikte Anayasa mahkemesinin mülkiyet hakkına müdahalenin ne olduğuna ilişkin yapmış olduğu tanımdan hareketle marka hakkına müdahale: marka hakkı sahibinin, hakkını kullanma, semerelerinden yararlanma ve hakkı üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması olarak tanımlanabilir.<sup>154</sup>

Marka hakkına yapılacak müdahalelerin özel hukuktan yani iki özel hukuk kişinin arasındaki uyuşmazlıktan kaynaklanması halinde devletin sorumluluğu çok sınırlıdır. Yargı makamlarının vereceği kararların tarafları tatmin edip etmediğinin bir önemi olmamakta, yargılama keyfi ya da ihmali şekilde olmadığı ve bundan dolayı mülkiyet hakkı sınırlanmadığı müddetçe uyuşmazlık Anayasa'daki korumanın kapsamına girmemektedir. Böyle bir durumda şartları varsa adil yargılanma hakkından bahsedilebilir. Konu aşağıda yargının müdahalesi kısmında daha detaylı açıklanacaktır.

## II. Marka Hakkının Sınırlandırılması

Marka hakkını içine alan mülkiyet hakkı, günümüzde modern mülkiyet anlayışı çerçevesinde sınırsız bir şekilde düzenlenmemiş, toplumun değer yargılarına göre değişen bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bunun sebebi mülkiyet hakkının başlangıçta mutlak ve kutsal bir hak olarak kabul edilmesine rağmen zaman içerisinde bu görüşün yumuşatılarak tasarruf yetkisinin toplum düzeni ve sosyal işlevler tarafından sınırlandırılması gerektiği fikrinin üstün gelmiş olmasıdır.<sup>155</sup> Anayasa da bu anlamda mülkiyet hakkının sınırlanabileceğini kabul etmiş, mülkiyet hakkını her durumda mutlak olarak korunan sınırsız bir hak olarak düzenlememiştir. Marka hakkı da bu kapsamda sınırsız bir hak olmayıp Anayasa'nın sosyal devlet anlayışının bir sonucu olarak kamu yararı ile çatıştığında diğer şartlar ayrı tutulmak üzere kamu yararı, marka hakkına üstün gelecektir.

<sup>154</sup> "...Malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanmasını mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder..." Anayasa Mahkemesi Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2014/1546, Karar Tarihi: 2/2/2017, para. 53, www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>155</sup> Başpınar, s. 94-95; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 300; Kapani, s. 129; Suat Şimşek, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-I", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** Sayı: 91, 2010, s. 185.

Diğer taraftan mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar tamamen serbest bırakılmış da değildir. Anayasa ve P1M1’de yer alan ilkeler ve şartlar, getirilecek sınırlamalarda göz önünde bulundurulacaktır.<sup>156</sup> Aksi takdirde yapılacak sınırlamalar müdahalenin hukuka aykırı olmasına, dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlal edilmesine neden olacaktır.

Mülkiyet hakkının sınırlandırılma nedenleri hem Anayasa m. 13’te hem de Anayasa m. 35’te belirtilmiştir. Nitekim Anayasa m. 13’te: “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” şeklindeki ifadeyle sınırlandırmaların kanunilik, öze dokunmama ve ölçülülük ilkelerine göre yapılacağı belirtilmiştir.

Bununla birlikte mülkiyet hakkını düzenleyen Anayasa m. 35’te ise m. 13’teki “*ilgili Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebepler*” düzenlenmiştir: “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*”. Buna göre mülkiyet hakkının sınırlandırılma sebebi kamu yararı olacaktır:

Bir müdahalenin olması, dolayısıyla hakkın sınırlandırılması mutlak surette mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmemekte, aksine müdahale hukuka uygunsuz sınırlamanın da hukuka uygun olduğu, dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlal edilmediği anlamına gelmektedir. Bu bilgiler ışığında marka hakkının hukuka uygun olarak sınırlandırılabilmesi için müdahalenin mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin Anayasal düzenlemelere uygun olması gerekmektedir.<sup>157</sup> Bu anlamda müdahalenin tipi önem kazanmakta ve müdahale tipinin sınırlama şartlarıyla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

<sup>156</sup> Başpınar, s. 94-95.

<sup>157</sup> Doktrinde Kemal Gözler sınırlandırmanın hukuka uygunluğu için sırasıyla yasayla olma, Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilen sebeplerle bağlı olma, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olma, ölçülülük ilkesine aykırı olmama, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama, öze dokunmama ve cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama şartlarının gerçekleşmesinin gerektiğini belirtmektedir. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 307.

### III. Müdahalenin Tipi

Doktrinde, AIHS ve AYM uygulamalarında mülkiyet hakkının üç sütununun olduğu kabul edilmektedir. Bunlar mülkiyetten müdahale edilmeksizin yararlanılması ilkesi, mülkiyetten yoksun bırakılma ve mülkiyetin kullanımının kontrol edilmesi şeklindedir. Mülkiyet hakkının üç sütunu, getirilen sınırlamanın rejimi ve devletin yükümlülükleri konusunda önemli rol oynamaktadır çünkü müdahalenin bu sütunlardan hangisine yönelik olduğu belirlendikten sonra hukuka aykırılık incelemesi yapılacaktır.<sup>158</sup> Mülkiyetten yoksun bırakılmaya ilişkin bir müdahalede karşılık olarak tazminat hemen her zaman bir zorunlulukken, mülkiyetin kullanımının kontrol edilmesi<sup>159</sup> şeklinde bir müdahalede tazminat zorunlu olmayabilir.<sup>160</sup> Aynı şekilde mülkiyetin kullanımının kontrol edilmesi şeklinde bir müdahalede kamu yararının takdiri aralığı, mülkiyetten yoksun bırakmadaki kamu yararının takdiri aralığından çok daha geniştir.<sup>161</sup>

Mülkiyetten müdahale edilmeksizin yararlanılması bir çatı kavram olup genel kuralı barındırmaktadır, bununla birlikte diğer iki kurala girmeyen bir müdahale türü bu kapsamda değerlendirilmektedir.<sup>162</sup>

Mülkiyetten yoksun bırakılma ise mülkiyet hakkının tamamen ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Buna en bilinen örnek olarak kamulaştırma verilebilmekte olup, ilk cümlesi AYM kararıyla iptal edilmiş FSEK m. 47 kamulaştırmanın fikri ve sınai haklar alanındaki görünümüne örnek verilebilir.

<sup>158</sup> Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, s. 18-19; Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 5, 100. Karar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı, Sporong ve Lönnroth v. İsveç, No: 7151/75 - 7152/75, T: 23.09.1982 hudoc.echr.coe.int (E.T. 30.11.2019); Anayasa Mahkemesi Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/817, Karar Tarihi: 19/12/2013, para. 29-30; Anayasa Mahkemesi Necmiye Çiftçi ve Diğerleri Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/1301, Karar Tarihi: 30/12/2014, para. 46, www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019). Yazar bununla birlikte P1M1'in dördüncü bir sütun içerdiğini de belirtmektedir.

<sup>159</sup> Burada kavram kargaşası yaşanmaması açısından belirtmeliyiz ki mülkiyetin kullanımının kontrolü devletin mülkiyeti bizzat kontrol etmesi değil, Anayasa m. 35 ve P1M1'de belirtildiği üzere mülkiyetten sahibinin yararlanma hakkının tekrar düzenlenmesidir.

<sup>160</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 5, 101.

<sup>161</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 5, 101. Ayrıca konu hakkında bkz. Anayasa Mahkemesi Mahmut Üçüncü Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2014/1017, Karar Tarihi: 13/07/2016 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>162</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 5, 113.

Nitekim madde metninde “*Bakanlar Kurulu kararı ile memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki haklar, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra, koruma süresinin bitiminden önce, kamuya mal edilebilir.*” şeklinde bir ifadeyle eser sahibinin mirasçılara ait mülkiyet hakları tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Ayrıca SMK m. 9’da düzenlenen markanın kullanmama nedeniyle iptali, m. 25 ve m. 26’da düzenlenen hükümsüzlük ile iptal halleri mülkiyet hakkının tamamen ortadan kaldırılmasına yönelik müdahalelerdir.

Son olarak mülkiyetin kullanımının kontrolünde mülkiyet hak sahibinde kalmakta ancak mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin kullanımı sınırlandırılmaktadır.<sup>163</sup> Bu tip müdahaleye örnek olarak SMK m. 129 ve devamında düzenlenen zorunlu lisans, inhisari lisans verilebilir. Görünüş olarak patent hakkı hala tescilli hak sahibine ait olup kişi ne mülkiyetinden yoksun bırakılmış ne de kendisinin patent hakkını kullanması sınırlanmıştır. Ne var ki hak sahibi en temel yetkisi olan dışlama yetkisini kullanamamaktadır.

Müdahalenin tipi belirlendikten sonra, mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın hukuka aykırı olup olmadığının tespitine geçilecektir. Bu ise sırasıyla Anayasa m. 13 ve m. 35 ile P1M1’de öngörülen müdahalenin yasayla yapılması, hakkın kamu yararıyla sınırlandırılması ve ölçülülük ile hakkın özüne dokunulmaması şartlarının incelenmesine göre yapılmaktadır.<sup>164</sup>

Kamu yararının net ve kesin bir tanımı olmayıp AYM’nin bir kararında belirttiği gibi bireysel çıkarılardan ayrı ve bunlara üstün olan bir yarar ifadesi üzerine kamu yararı ilkesini yorumlamak gerekir. Ancak belirtmeliyiz ki yasa koyucunun koyduğu kuralın gerekli olup olmadığı ya da yerindelik denetimi, kamu yararıyla ilgili değildir. Nitekim AYM kamu yararının yorumlanmasını şu şekilde açıklamıştır: “*Hukuk devleti ilkesi gereğince yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması gerekir. Bir kuralın Anayasa’ya aykırılık sorunu çözümlenirken kamu yararı konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme,*

<sup>163</sup> Anayasa Mahkemesi Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2014/1546, Karar Tarihi: 2/2/2017, para. 53, www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>164</sup> Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, s. 18-19; Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 5, 100.

*kuralın kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığını araştırmakla sınırlıdır. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Bu saptamanın doğal sonucu olarak da kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kural konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde söz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer ve kuralın iptali gerekir. Açıklanan ayrık hâl dışında bir kuralın ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde bulunduğundan yalnızca bu nedenle kamu yararı değerlendirmesi yapmak ve bu doğrultuda dava konusu kural ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemek anayasa yargısıyla bağdaşmaz".<sup>165</sup>*

AYM bir diğer kararında ise kamu yararındaki takdir aralığını daha açık şekilde ifade etmiş ve kamu yararının olduğunun değil, olmadığına ispat edilmesi gerektiğini belirtmiştir: *"Kamu yararı doğası gereği geniş bir kavramdır. Özellikle kişileri bedelini ödeyerek mülkiyetlerinden yoksun bırakmayı düzenleyen yasalar gibi sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasını belirleyen düzenlemeler konusunda yasama organının geniş bir takdir yetkisi olması doğaldır. Açıkça makul bir temelden yoksun olmadıkça yasama organının neyin kamu yararına olduğuna dair verdiği karara saygı duyulmalıdır. Yasama ve yürütme organları toplumun ihtiyaçlarını dikkate alarak neyin kamu yararına olduğunu belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahiptirler. Kural olarak kamu makamları ekonomik veya toplumsal bir politikayı hayata geçirmek amacıyla mülkiyet hakkına müdahale etmişlerse burada meşru bir kamu yararı amacının bulunduğunu varsaymak gerekir. Kamu yararı konusunda bir uyuşmazlığın çıkması halinde ise örneğin kamulaştırma gibi hususlarda uzmanlaşmış ilk derece ve temyiz yargılaması yapan mahkemelerin uyuşmazlığı çözmek konusunda daha iyi konumda oldukları açıktır. Bu nedenle müdahalenin kamu yararına uygun olmadığını ispat yükümlülüğü bunu iddia edene aittir".<sup>166</sup>*

<sup>165</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2018/7, Karar Sayısı: 2018/80, Karar Tarihi: 5/7/2018 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>166</sup> Anayasa Mahkemesi Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/817, Karar Tarihi: 19/12/2013, www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019). Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı, James ve Diğerleri v. İngiltere, No: 8793/79, T: 21/2/1986, para. 46; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı, Eski Yunan Kralı ve



Bu bağlamda kamu yararı olayın özelliğine göre bağımsız olarak değerlendirilmekte ve bu nedenle hukuka açık aykırılıklar dışında yasama organına büyük bir takdir aralığı bıraktığı kabul edilmektedir.<sup>167</sup> Hatta öyle ki AİHM'nin de AYM'nin de yapılan başvurularda müdahalenin kamu yararı şartının sağlanmadığına ilişkin sadece birer kararı olmuştur, onun dışında tüm müdahalelerde kamu yararının bulunduğuna karar verilmiştir.<sup>168</sup> Bu nedenle kamu yararı objektif, bilimsel ve teknik bir kavram değil, siyasi ve ideolojik bir kavram olarak görülmekte, bu nedenle zaman zaman eleştirilmektedir.<sup>169</sup>

Marka göz önüne alınarak değerlendirme yapıldığında, marka hakkının meşru amaçla sınırlandırılması genellikle tüm bir marka sınıfına yönelik söz konusu olacaktır. Bunun nedeni kamu yararıyla cismani olmayan markanın tek başına çatışabileceği hemen hiçbir alanın olmamasıdır.

Son olarak ölçülülük ilkesi ise sınırlamanın sınırı yani müdahalenin ne kadar ileriye gidebileceğinin bir ölçütüdür. Bu aşamada bireyin çıkarı ile kamu yararı arasında müdahaleyle adil denge kurulması arayışı vardır.<sup>170</sup>

#### IV. Marka Hakkının Sınırlanmasının Sınırı: Ölçülülük İlkesi

Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının son şartı getirilen müdahalenin ölçülü olup olmadığıdır. Bu şart aynı zamanda sınırlandırmaların ne kadar ileri gidebileceğine ilişkin de bir sınır olma özelliği taşımaktadır. Gerçekten de bir hakka kanunilik ve

---

Diğerleri v. Yunanistan, No: 25701/94, T: 23/11/2000, para. 87; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Broniowski v. Polonya No: 31443/96, T: 22/6/2004, para. 148, hudoc.echr.coe.int (E.T. 30.11.2019).

<sup>167</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 133. Anayasa Mahkemesi Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/817, Karar Tarihi: 19/12/2013, para. 34-35; Anayasa Mahkemesi Yunis Ağlar Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/1239, Karar Tarihi: 20/03/2014, para. 29; Anayasa Mahkemesi Nusrat Külâh Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/6151, Karar Tarihi: 21/4/2016, para. 56, www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>168</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 136. Nusrat Külâh Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/6151, Karar Tarihi: 21/4/2016, para. 51-69, www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı, S. A. Dangeville v. Fransa, No. 36677/97, T: 16/4/2002, para. 55-58, hudoc.echr.coe.int (E.T. 30.11.2019).

<sup>169</sup> Refik Tiryaki, **Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa**, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 96.

<sup>170</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 139; Zafer Gören, "Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 6 Sayı: 12, Güz 2007/2, s.50-51.

kamu yararı şartını yerine getirilmesi koşuluyla sınırsız şekilde müdahale edilebilmesini beklemek, herhangi bir sınır olmaması anlamına gelecektir.

AYM, kararlarında ölçülülük ilkesini, hakkın özü kavramıyla birlikte şu şekilde açıklamıştır: *“Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıması gerekir. Ancak bu durumda sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenebilir. Ölçülülük ise amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir”*.<sup>171</sup>

Ölçülülük AYM kararında da belirtildiği gibi müdahalenin, sınırlama amacını gerçekleştirmek için orantısız olmamasını ifade etmektedir.<sup>172</sup> Ölçülülük ilkesi de elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olarak üç alt ilkeye ayrılmaktadır. Elverişlilik müdahalenin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığı; gereklilik müdahalenin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığı; orantılılık ise müdahale ve sınırlama amacı arasında olması gereken denge anlamlarına gelmektedir.<sup>173</sup>

Hakkın özü kavramı ise bu kadar net ölçütlere sahip olmayan bir kavram olup doktrinde yer yer eleştirilmekte, özellikle bazı temel hak ve özgürlüklere yapılacak her müdahalenin mecburen hakkın özüne de dokunacağı ifade edilmektedir.<sup>174</sup> Bununla birlikte hakkın özüne dokunmama kriteri esasında demokratik toplum düzeninin

<sup>171</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2014/171, Karar Sayısı: 2015/41, Karar Tarihi: 22.4.2015 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>172</sup> Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 114.

<sup>173</sup> Özbudun, s. 114; Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?” **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1, Yıl: 2017, s. 7; Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 1988/50, Karar Sayısı: 1989/27, Karar Günü: 23.6.1989 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>174</sup> Kemal **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayın, Bursa 2019, s. 300; Kapani, s. 357-362.

gereklilikleri kriteriyle birlikte değerlendirilmelidir çünkü bu iki kriter birbirinden ayrılamaz niteliktedir.<sup>175</sup>

Bir marka söz konusu olduğunda müdahalenin belirlenmesi de ölçülülük ilkesinin uyuşmazlığa uyarlanması da maddi eşyadaki kadar kolay olmayacaktır. Markalar yukarıda açıkladığımız üzere maddi mallardan farklı olarak kaynak gösterme ve bu sayede ayırt edicilik kazanma gibi bir işlevi yerine getirmek için hukuk düzeninde meydana getirilen cismani olmayan varlıklardır. Markayı oluşturan işaret bir temel, markanın tescilli olduğu sınıflarsa o temel üzerinde yükselen bağımsız binalardır. Bir kimsenin maddi malına yapılan müdahalelerde en iyi ihtimalle malın kullanımını kısıtlanırken, markada ortada somut bir şey olmadığı için en iyi ihtimalle küçük bir müdahalede bile marka hakkı kolayca zarar görebilecek, işlevini kaybedebilecek ve tamamen mülkiyetten yoksunluk durumu ortaya çıkabilecektir. Örneğin bir tır filosu olup taşımacılık yapan bir kişi baz alındığında, tırların büyük şehirlerde trafiğe çıkması yasaklandığında mülkiyet hakkına müdahale olmasına rağmen tırın kullanımını yine mümkün olabileceken markanın belirli emtialar için dahi olsa kullanımının yasaklanması marka hakkının bir kısmının tamamen ortadan kalkmasına sebep olacaktır. Benzetmeden devam edersek bu durum kişinin tırlarından bir kısmına el konulup imha edilmesiyle aynı sonucu doğuracaktır.

Marka hakkı markanın tescilli olduğu her emtia için hatta koşulları varsa tescilli olmadığı emtialar için ayrı bir hak vermektedir. Kaynak gösterme işlevinin önemi de her emtia için ilgili markanın ayırt ediciliğini sağlayacak olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle marka hakkının sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi göz önüne alınırken markanın işlevlerinin zarar görüp görmediği mutlak surette değerlendirilmelidir.

Markaya ilişkin yapılan müdahalelerde ölçülülük ilkesi bu şekilde önemli olmakla birlikte müdahale aynı zamanda hakkın özü kavramıyla birlikte değerlendirilmelidir. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken, hakkın özünün marka hakkının özü değil, mülkiyet hakkının özüne ilişkin olmasıdır. Bunun sebebi marka hakkının bir temel hak veya özgürlük olmayıp, mülkiyet hakkı kapsamında bulunmasıdır. Buna karşılık ölçülülük ilkesine göre yapılan incelemede sınırlamanın

---

<sup>175</sup> Özbudun, s. 115-119.

amacı önem kazandığı için markanın karakteristik özelliği de çok büyük önem arz etmektedir.

Müdahale türleri başlığında, doğrudan bütün bir marka sınıfını etkileyen en büyük müdahalelerden tütün ürünlerinin düz paketlenmesi kavramı ayrıca incelenecektir. Bu müdahale türünün kimsenin inkar edemeyeceği üzere zehirli bir maddeye ilişkin olmasına karşılık, özellikle çocuklar açısından çok zararlı olan ve yirmi birinci yüzyılın salgını kabul edilen obezitenin en büyük nedeni olan şeker için, hatta cips ya da işlenmiş et ürünleri için veya alkol için de bu şekilde düzenleme yapıp yapılamayacağı sorusunu akla getirmektedir. Gerçekten de özellikle şekerle ilişkili olarak doğrudan marka hedef alınmasa da marka hakkını dolaylı etkileyen birçok düzenleme çöktan hayata geçmiştir.

İlk olarak Türkiye’de Radyo Ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun<sup>176</sup> m. 9/7 ile “*Genel beslenme diyetlerinde aşırı tüketimi tavsiye edilmeyen gıda ve maddeler içeren yiyecek ve içeceklerin ticarî iletişimine, çocuk programlarıyla birlikte veya bu programların içinde yer verilemez.*” şeklinde bir düzenleme yapılmış ve Yayın Hizmeti Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik<sup>177</sup> m. 9/7 ile “*Genel beslenme diyetlerinde aşırı tüketimi tavsiye edilmeyen yağ, yağa dönüşen asitler, tuz/sodyum ve şeker gibi gıda ve maddeleri içeren yiyecek ve içeceklerin ticarî iletişimi; a) Çocuk programlarının başında ve sonunda veya bu programların içinde yapılamaz. c) Genel beslenme diyetlerinde aşırı tüketimi tavsiye edilmeyen yiyecek ve içeceklerin tespitinde, Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan liste esas alınır. Bu liste Üst Kurulun internet sitesinde yayınlanır.*” şeklinde çocuk programlarında bu tür ürünlere ticari iletişim yasağı getirilmiştir. RTÜK’ün internet sitesinde yayınlanan listede ise çikolata, cips, gazlı içecek türü birçok şeyin yasak kapsamına alındığı görülecektir.<sup>178</sup>

Esasında bu yasak daha az reklam almasına neden olacağı için özellikle çocuk kanalları açısından mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir ancak düzenlemeyle

<sup>176</sup> 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, R.G: 3/3/2011, 27863.

<sup>177</sup> Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG: 02/11/2011, 28103.

<sup>178</sup> Sağlık Bakanlığı Bilim Kurulu Tarafından Onaylanan Besin Profili Modeli ve Hazırlanan Gıda ve İçecek Listesi <https://www.rtuk.gov.tr/assets/Galeri/Haberler/besinprofiliklavuz.pdf> (E.T. 30.11.2019).

birlikte bu tür ürünlerde kullanılan markalara yönelik bir müdahale gelebileceğine yönelik sinyaller verilmiştir.

Bunlarla birlikte şeker konusunda özellikle Avrupa'da ek vergilendirmeye yönelik büyük adımlar atılmıştır. Buna göre genellikle şeker içeren içeceklerin çok fazla tüketilmesi ve obeziteye neden olması nedeniyle birçok Avrupa ülkesi belli bir oranın üzerinde şeker içeren ürünlere ek vergi getirmiştir.<sup>179</sup> Son olarak İngiltere'de şekerle yönelik getirilen düzenleme<sup>180</sup> ve AB ile Dünya Sağlık Örgütü<sup>181</sup> (DSÖ) bünyesinde verginin etkileri konulu çalışmalar yapılmasıyla, uygulamanın yayılacağını ön görmek mümkündür.

Ne var ki kanaatimizce şekerli ürünlere ya da alkollü ürünlere yönelik düz paket uygulaması çok da olası değildir. Bunun en baştaki sebebi bu tip bir müdahalenin, ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan elverişlilik kriterine uygunluk şartını yerine getiremeyecek olmasıdır. Bu ürünlerde her ne kadar marka ve paketleme önemli olsa da tüketicilerin bu ürünleri tüketmelerinin başat sebeplerinde paketlemenin çok büyük etkisi olduğunu ispatlayan bir çalışma bulunmamaktadır. Dolayısıyla sınırlama amacıyla getirilen müdahale amaca ulaşmak için elverişsiz olacaktır.

## § 2. DEVLETİN MARKA HAKKINA MÜDAHALE YÖNTEMİ

Mülkiyet hakkına ve kapsamında bulunan marka hakkına devletin birçok açıdan müdahale etme yöntemi bulunmaktadır. Devlet yapısı yasama, yürütme ve yargıyı içine alan çatı bir kavram olduğu için bu yöntemleri erklere göre ayırma tabi tutmak faydalı olacaktır.

<sup>179</sup> Avrupa Komisyonu, İç Pazar, Sanayi, Girişimcilik ve KOBİ'ler Genel Müdürlüğü, "Food taxes and their impact on competitiveness in the agri-food sector. Final report", Rotterdam, Temmuz 2014, s. 27-30. <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/5827/attachments/1/translations/en/renditions/pdf> (E.T. 30.11.2019)

<sup>180</sup> Alkolsüz İçecek Sanayii Vergisi Düzenlemesi, <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2018/41/made> (E.T. 30.11.2019)

<sup>181</sup> DSÖ, "Assessment Of The Impact of a Public Health Product Tax Final Report, Budapeşte, Kasım 2015" [http://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0008/332882/assessment-impact-PH-tax-report.pdf](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/332882/assessment-impact-PH-tax-report.pdf) (E.T. 30.11.2019).

## I. Yasama Yoluyla Müdahale

Devletin yasama yoluyla mülkiyet hakkına ve hakkın kapsamındaki marka hakkına müdahalesi Anayasa m. 13 ve m. 35 uyarınca esas olandır.

AİHM, P1M1’de yer alan müdahale şartını hukukilik ilkesi olarak yorumlayıp buna göre bir düzenleme yapılmasını aramaktayken Türk hukuku müdahalede mutlak surette usulüne uygun yürürlüğe girmiş bir yasanın varlığını, yani kanunilik ilkesini aramaktadır. Bu bakımdan Türk hukukunun P1M1’e göre daha sıkı düzenlemeler içerdiği söylenebilir.<sup>182</sup>

Diğer taraftan kanunilik ilkesi uygulanırken yasa koyucunun tek tek her hukuki işleme yönelik özel yasa çıkarması da mümkün değildir. Bu nedenle yasada sınırları net olarak belirlenmiş olmak, yasadaki düzenlemeleri genişletmeyecek ve açıkça izin verilmiş olmak kaydıyla tüzük, yönetmelik, tebliğ ve genelgeyle de müdahale mümkündür.<sup>183</sup>

Nitekim marka hakkının mülkiyet hakkı kapsamında var olmasından, sicilden terkin edilerek ortadan kalkmasına birçok konuda SMK ilgili maddelerde sınırları çizerek m. 165 ile yasanın uygulanmasına ilişkin yönetmelik çıkarılabileceğini düzenlemiştir.

Yasada sınırların net çizilmesiyle ilgili olarak AYM kararıyla ilk cümlesi iptal edilen FSEK m. 47’nin incelenmesi faydalı olacaktır. İptale konu madde metni

<sup>182</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 5, 118-120. Kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/817, Karar Tarihi: 19/12/2013, para. 31; Anayasa Mahkemesi Tahsin Erdoğan Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2012/1246, Karar Tarihi: 6/2/2014, para. 59; Anayasa Mahkemesi Celalettin Aşçıoğlu Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/1436, Karar Tarihi: 6/03/2014, para. 52, 58; Anayasa Mahkemesi Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2014/6192, Karar Tarihi: 12/11/2014, para. 42, 47; Anayasa Mahkemesi Mehmet Arif Madenci Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2014/13916, Karar Tarihi: 12/1/2017, para 71 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>183</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 5, 119. Kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi Tahsin Erdoğan Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2012/1246, Karar Tarihi: 6/2/2014, para. 60; Anayasa Mahkemesi Celalettin Aşçıoğlu Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/1436, Karar Tarihi: 6/03/2014, para. 53; Anayasa Mahkemesi Torsan Orman San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2014/13677, Karar Tarihi: 20/9/2017, para. 74-75; Uças Gıda Pazarlama ve Tekstil San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/16633, Karar Tarihi: 6/12/2017, para. 57-58 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

*“Bakanlar Kurulu kararı ile memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki haklar, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra, koruma süresinin bitiminden önce, kamuya mal edilebilir.”* şeklinde bir düzenlemeyle Bakanlar Kurulu’na yetki vermiştir. AYM ise yaptığı incelemede “memleket kültürü için önemi haiz görülen eser” kavramının çok sübjektif olduğunu ve amacın dışına çıkılacak şekilde yetki kullanımına sebep olabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte AYM bunun elverişlilik ilkesine aykırı olduğunu ifade ederek ilk cümleyi kanunilik ilkesine aykırılıktan değil ölçülülük ilkesine aykırılıktan iptal etmiştir.<sup>184</sup>

Bir diğer yandan yasama yoluyla müdahale bizzat o hakkın içinde de düzenlenebilir. SMK m. 85/6’da patent hakkının sınırı olarak *“Patentin konusu kanunlara, genel ahlaka, kamu düzenine veya genel sağlığa zarar verecek şekilde kullanılamaz. Bu kullanım, mevcut veya gelecekte kabul edilecek belirli veya belirsiz süreli kanuni yasaklamalara ve sınırlamalara da bağlıdır.”* şeklinde düzenleme yapılmıştır. Esasında patentin kullanımı zaten patentin tescilinden ayrı bir olgu olup kullanılması ilgili alandaki hukuk kurallarına tabidir. Ancak yasa koyucu yine de bu kuralı tekrar etmiştir. Ne var ki yasa koyucu ikinci cümleyle Anayasa m. 13’ün bir adım ilerisine gitmiş, belirsiz süreli ve konulu yasaklama getirerek ileride gerçekleşebilecek hakka müdahalelerin önünü açmaya çalışmıştır. Ne var ki yasa yapma tekniğine de uygun olmayan bu şekilde sınırsız ve belirsiz kurallar, tek başına müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlamayacağı için bir bağlayıcılığı olmayacaktır.

Marka hakkına ilişkin bütün müdahalelerin mülkiyet hakkı kapsamında yasayla yapılması zorunludur. Bu anlamda markanın iptali ve hükümsüzlüğü, marka hakkının tüketilmesi, sessiz kalma yoluyla hak kaybı gibi özünde mülkiyet hakkına müdahale barındıran düzenlemelerin tamamı SMK ile düzenlenmiştir.

Marka hakkına ve genel olarak mülkiyet hakkına yasama yoluyla yapılabilecek bir diğer müdahale ise geriye doğru çıkarılan yasa aracılığıyla olmaktadır. Normal şartlar altında mülkiyet ya da marka hakkına ilişkin bir yasa maddesinin geriye

<sup>184</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2014/177, Karar Sayısı: 2015/49, Karar Tarihi: 14.05.2015 [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) (E.T. 30.11.2019).

yürümesinde hukuka tek başına aykırılık yoktur, yasa koyucu hak ihlali yapmadığı sürece geriye yürüyen yasa yapabilmektedir. Geriye yürüyen yasa yapıldığında kanunilik ilkesine ilk bakışta aykırılık olmamakta ancak bu halde ölçülülük, hakkın özüne dokunmama ve kamu yararı kıstaslarına göre inceleme yapılmaktadır.<sup>185</sup> Bununla birlikte özellikle derdest davalarda bir yasanın geriye yürümesi markanın iptali ve hükümsüzlüğü, lisans hakkının daraltılması/genişletilmesi, markaya tecavüzün daha sıkı koşullara bağlanması gibi bir taraf lehine hak doğuruyorsa o zaman marka hakkına ve dolayısıyla mülkiyet hakkına müdahale söz konusu olacak, hukuka aykırılık meydana gelebilecektir. Nitekim örnekle açıklamak gerekirse, FSEK'te 21.2.2001 günlü, 4630 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile yapılan değişiklikle birlikte *“Bu kanunun sinema eseri sahipliği ile ilgili hükümleri, 4110 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 12/06/1995 tarihinden sonra yapımına başlanan sinema eserlerine uygulanır”* şeklinde bir hüküm getirilmiştir. Ancak hükmün geriye yürümesiyle birlikte 12.6.1995-3.3.2001 tarihleri arasında meydana getirilmiş olan sinema eserlerinin üç kişiden oluşan hak sahibi sayısı diyalog yazarı ve animatör de eklenerek beş kişiye çıkarılmış olmaktadır. Dolayısıyla daha önce sinema eseri üzerinde tek hak sahibi olan yönetmen, besteci ve senaryo yazarının fikri hakları üzerindeki kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf yetkileri azaltıldığı için AYM tarafından ilgili maddenin mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.<sup>186</sup>

## II. Yürütme Yoluyla Müdahale

### A. Genel Olarak

Yürütme cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ve idareden oluşmakta olup cumhurbaşkanı yürütmenin başıdır.<sup>187</sup>

Anayasa m. 13 ve m. 35'e göre marka hakkına yürütme erkinin yasal düzenleme yaparak müdahalesi normal şartlar altında kanunilik ilkesine aykırılık anlamına

<sup>185</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 130-132.

<sup>186</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2010/73, Karar Sayısı: 2011/176, Karar Tarihi: 29.12.2011 [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) (E.T. 30.11.2019).

<sup>187</sup> İpek Özkal Sayan, “Türkiye’de İdari Sistem ve Örgütlenme”, [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=a4fd2244-a04a-0eaa-9547-92e52e4fac36&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=a4fd2244-a04a-0eaa-9547-92e52e4fac36&groupId=252038) (E.T. 30.11.2019).



gelecek ve mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır. Gerçekten de yukarıda belirttiğimiz üzere yürütme organlarının yaptığı düzenlemeler kanun kapsamına girmemektedir. Yürütme organı sadece yasayla kendisine verilen yetkiyi kullanarak, mülkiyet hakkına zaten ilgili yasayla getirilmiş sınırlandırmaların hayata geçirilmesini sağlayacaktır.

Yürütmenin marka hakkına en büyük müdahalesi yürürlükten kalkan 556 Sayılı KHK ile olmuştur. 551 Sayılı Markalar Yasası'nın yürürlükten kalkmasından, SMK'nın yürürlüğe girişine kadar marka hakları, yasa yerine 556 Sayılı KHK ile düzenlenmiştir. Ne var ki 2013 yılından itibaren, KHK'daki düzenlemelere ilişkin uyuşmazlıklar herhangi bir nedenle AYM önüne geldikçe, AYM tarafından Anayasa mülga m. 91'e aykırılıktan dolayı iptal edilmeye başlanmıştır. AYM, gerekçesinde olağanüstü hal dönemlerinin aksine olağan dönemde yapılan KHK'ların yetkisini Anayasa'dan değil bu yetkinin verildiği yasadan aldığını ifade etmiş, bu nedenle olağan dönemde mülkiyet hakkına ilişkin olarak KHK ile düzenleme yapılmasının Anayasa mülga m. 91'e aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir.<sup>188</sup>

2017 Anayasa değişiklikleriyle birlikte Anayasa m. 91 mülga olmuş, KHK kurumu ise tamamen kaldırılmış, yerine cumhurbaşkanlığı kararnamesi getirilmiştir. Yeniden düzenlenen Anayasa m. 104/17'de temel haklara ilişkin cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılamayacağı belirtilmiştir. Düzenleme ile sınırlama farklı kavramlardır ancak negatif statü haklarında yapılacak her düzenleme aynı zamanda hakkın sınırlanması anlamına geldiği için marka hakkında cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle hiçbir sınırlama getirilemeyeceği mutlak bir kural olarak Anayasa'da yer almıştır.<sup>189</sup>

Buna karşılık Anayasa m. 119/6 ile olağanüstü hallerde m. 104/17'deki sınırlamalar olmaksızın mülkiyet hakkına müdahale edilebilir. Bu durumda Anayasa m. 15 geçerli olacak ve ölçülülük ilkesi hariç Anayasa m. 13'teki ya da m. 35'teki

<sup>188</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2013/147, Karar Sayısı: 2014/75, Karar Tarihi: 9.4.2014; Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2015/33, Karar Sayısı: 2015/50, Karar Tarihi: 27.5.2015; Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2016/148, Karar Sayısı: 2016/189, Karar Tarihi: 14.12.2016. AYM patente ilişkin olarak da benzer şekilde karar vermiştir bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2013/100, Karar Sayısı: 2014/14, Karar Tarihi: 29.1.2014.

<sup>189</sup> Sağlam, s. 23.

güvencelere aykırı tedbirler alınabilecektir.<sup>190</sup> Ne var ki Anayasa m. 15'te milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla bu sınırlamaların yapılmasına izin vermiştir. Bu ifade sözleşmeleri de kapsadığı için sınırlandırmanın sınırı, yine Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle daha da güvenli bir noktada olmaktadır.<sup>191</sup> Mülkiyet hakkını ve dolayısıyla markayı koruyan en büyük anlaşma AİHS başta olmak üzere Paris Sözleşmesi ve TRIPS de yapılacak düzenlemelerin sınırsız olmasını birçok açıdan engellemektedir.

Bunun dışında yerel yönetimlerden özellikle belediyelerin marka hakkına müdahale şeklinde idari işlemleri olabilmektedir. Yukarıda açıklandığı gibi genel düzenleyici işlem olan yönetmeliklerin normal şartlar altında bir yetki yasasına, birel idari işlemlerin ise bir mevzuata dayanması şarttır. Bu nedenle marka hakkına ilişkin özel bir kısıtlama ön görülmemişse yapılan işlemler hukuka aykırı olacaktır.

Uygulamada buna ilişkin rastlanan en bilinen örnek tabela ve dış cephe tanıtımları konusunda olup konu özellikle incelenmeye değerdir.

## **B. Tabela ve Dış Cephe Tanıtımlarındaki Markalara Yönelik Müdahaleler**

Belediyeler genellikle iş yerlerinin dış cephelerinde asılacak pano ve tabelalarına boyut, ışık, süre, yönlendirme vb. birtakım şartlar getirmekte, ayrıca binaların dış cephesini kaplayan tanıtımlara da izin vermek için ek kriterler koymaktadır.<sup>192</sup> Ancak bunların hemen tamamı taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkını ilgilendirmekte olup çok az bir kısmı marka hakkına yöneliktir.

Uygulamalarda marka hakkına yönelik en büyük müdahalelerden biri İstanbul Fatih'te Divan Yolu bölgesinde belediye tarafından tek tip siyah tabela uygulamasına gidilmesiyle olmuştur. T.C. Fatih Belediyesi tarafından yapılan çalışmada mal

<sup>190</sup> Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 378-381.

<sup>191</sup> Aslan Gündüz, "İktidar ve Milletlerarası Sınırları", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 60, Sayı: 1, 2, 3, 1990, s. 58-60.

<sup>192</sup> Bkz. T.C. İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı İstanbul Reklam, İlan ve Tanıtım Yönetmeliği, T.C. Ankara Büyükşehir Belediyesi Ticari Tanıtım Tabela Yönetmeliği Belediye Meclis Karar Numarası: 102, Kabul Tarihi: 18.02.1991 Yayımlandığı İlan panosu: 19.02.1991.

sahipleriyle konuşularak tüm tabelaların siyah renkte olması kararı alınmıştır.<sup>193</sup> Uygulama ilk başta çevre düzenlemesi niteliğinde olmasına rağmen tüm tabelaların arka planının siyah, yazı ya da şekil renginin ise altın renginde olması, şekil markalarının doğrudan biçim değiştirmesine neden olmuştur. Örneğin bir banka, mavi arka plan üzerine kırmızı logo ve yazı tipine sahipken bu şekilde tabelayı kullanmak zorunda bırakılmış, sarı arka plan üzerine kırmızı ve beyaz yazı tipiyle bir hızlı tüketim ürünü satan yer yine bambaşka bir işarete sahip olmuştur.

Bunun dışında T.C. Şanlıurfa Belediyesi ise farklı bir uygulamaya giderek tabelalardaki yazı alanının yüzde altmışının Türkçe karakter olması zorunluluğu getirmiştir.<sup>194</sup> İlgili düzenleme her ne kadar şekil unsurlarını kapsam dışı bıraksa da kelime ibareleri yönünden farklılaşmaya neden olacaktır. Bunun nedeni Kiril alfabesi, Gürcü alfabesi gibi alfabelerde yazılan markaların dışında Latin alfabesiyle yazılıp Türkçe olmayan karakterler içeren başka bir dile ait markalar açısından da farklılaşmaya neden olacak olmasıdır.

Belediyelerin bu tarz yasaklama durumlarında mülkiyet hakkı marka hakkına müdahale, taşınmaz mülkiyetine müdahale ve/veya çalışma ve sözleşme özgürlüğüne müdahale söz konusudur.

### III. Yargı Yoluyla Müdahale

Yargı yoluyla marka hakkına müdahale çok sık rastlanmamakla birlikte mülkiyet hakkının yatay sınırları kapsamında ya da tarafların taleplerinden bağımsız şekilde doğrudan yargı organlarının tutumuyla olabilmektedir.

Marka hakkına yargı yoluyla müdahaleye örnek olarak Yargıtay'ın kullanmama nedeniyle iptale ilişkin kararı gösterilebilir. 556 sayılı KHK'da yer alan markanın kullanılmama nedeniyle iptaline ilişkin 14. maddesi hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmuş, konu AYM'nin önüne gelmiştir. AYM ise SMK'nın yürürlüğe

<sup>193</sup> Bkz. T.C. Fatih Belediyesi 2009 Yılı Kasım Ayı Meclis Kararları <http://fatih.bel.tr/icerik/1278/2009-yili-kasim-ayi-meclis-kararlari/> ve <http://www.fatih.bel.tr/icerik/4436/divanyolu-yeniciler-ve-gedikpasa-caddesi-1-etap-sokak-sagliklastirma-yapim-isi/> (E.T. 30.11.2019).

<sup>194</sup> Bkz. T.C. Şanlıurfa Belediyesi İlan, Reklâm, Tabela ve Tanıtım Yönetmeliği m. 39 [https://www.sanlıurfa.bel.tr/files/1/yonetmelikler/1\\_buyuksehir\\_tabela\\_yonetmeli.pdf](https://www.sanlıurfa.bel.tr/files/1/yonetmelikler/1_buyuksehir_tabela_yonetmeli.pdf) (E.T. 30.11.2019).

girmesinden dört gün önce yayımlanan kararıyla mülkiyet hakkının olağan dönemlerde KHK ile düzenlenemeyeceğine karar vermiş ve maddeyi Anayasa m. 91'e aykırı bularak iptal etmiştir.<sup>195</sup> Bu kararın ardından mahkemelerce, iptal edilen m. 14'e göre açılmış bütün iptal davalarının reddine karar verilmeye başlanmıştır. Kararla birlikte markanın kullanmama nedeniyle iptaline ilişkin sürenin yeni yasadan itibaren beş yılı kapsayıp kapsamayacağı ve geriye dönük olarak markalara bu yükümlülüğün yüklenip mülkiyet hakkını ortadan kaldırmanın mümkün olup olmadığı tartışmaları başlamıştır. Buna göre uygulamada ve doktrinde Anayasa m. 90 hükmü gereği Paris Sözleşmesi ve TRIPS'in doğrudan uygulanacağı, kullanılmayan markaların süre yönünden bir kesinti olmaksızın iptal edilebileceği de savunulmuştur.<sup>196</sup>

Ne var ki Anayasa m. 90'a göre bir değerlendirme yapılırken ilk olarak bütün uluslararası antlaşmalar aynı şekilde yorumlanmamalı, antlaşmanın doğrudan uygulanabilir olup olmadığına göre ikili bir ayrımla inceleme yapılmalıdır. Bu ayrıma göre doğrudan uygulanabilir antlaşmalar, yasa koyucunun ayrıca düzenleme yapmasına gerek olmaksızın iç hukukta mahkemelerce ve devletin diğer yetkili organlarınca uygulanabilen antlaşmalardır. AİHS, çoğu maddesinden dolayı doğrudan uygulanabilir antlaşmalara örnek olarak gösterilebilir. Buna karşılık doğrudan uygulanabilir olmayan antlaşmalar söz konusu olduğunda bu antlaşmaların iç hukukta uygulanabilmesi için ayrıca düzenleme yapılması gerekmektedir çünkü bu tür antlaşmaların muhatabı mahkemeler ve devletin yasayı uygulayabilen diğer organları değil, sadece yasa koyucudur.<sup>197</sup> Bu ayrımın önemi ise şurada ortaya çıkmaktadır: eğer bir antlaşma doğrudan uygulanabilir olmayan bir türdeyse Anayasa m. 90'ın uygulanma imkanı olmayacaktır çünkü ortada iç hukukla çatışan bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Dolayısıyla birbiriyle eşit iki yasa maddesi aynı anda hukuk

<sup>195</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2016/148, Karar Sayısı: 2016/189, Karar Tarihi: 14.12.2016, www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>196</sup> Doktrinde Hayrettin Çağlar ise farklı bir açıdan yaklaşarak TRIPS ile Paris Sözleşmesi'nin ilgili maddelerinin kullanmanın zorunlu olduğu hukuk sistemlerinde uygulanacağını, AYM'nin iptal kararıyla kullanma zorunluluğu ortadan kalktığı için maddelerin uygulanamayacağını ifade etmiştir. Hayrettin Çağlar, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK m. 14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXI, Yıl: 2017, Sayı: 1, s. 16-17. Karş. Remzi Tamer Pekdiñer/Gizem Çoşğun, "Markanın Kullanılmaması Sebebiyle İptaline İlişkin Güncel Sorunların Değerlendirilmesi", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 1, Ocak 2019, s. 147.

<sup>197</sup> Nitekim SMK m. 5/g, m. 5/ğ, m. 6/4, m.58/ç antlaşmaların açıkça iç hukuka alınmasına birer örnektir. Bununla birlikte bir düzenlemenin iç hukuka alınabilmesi için madde metninde açıkça antlaşmaya atıf yapılmasına gerek bulunmamakta, sadece antlaşmayla taraf devlete getirilen yükümlülüğe uygun bir madde ihdas edilmesi yeterli olmaktadır..

düzleminde yer almamış, yasaların çatışması gibi bir durum da hiç meydana gelmemiştir.<sup>198</sup> Tüm bu kapsamda değerlendirildiğinde ne Paris Sözleşmesi m. 5/1/c ne de TRIPS m. 19 kullanmama nedeniyle markanın iptaline yönelik doğrudan uygulanabilir bir hüküm ihdas etmekte; madde hükmü sadece sözleşmeye taraf devletlere birtakım engeller ve yükümlülükler getirmektedir. Gerçekten de ilgili maddeler incelendiğinde, maddelerin doğrudan uygulanabilir bir yasa hükmü kesinliğinde ve netliğinde yazılmadığı, tam aksine taraf devletlere markayı hangi şartlarla iptal edebileceğine ilişkin çerçeve çizdiği görülmektedir. Dolayısıyla maddelerin iç hukukta doğrudan uygulanması hiçbir şekilde mümkün olmayıp böyle bir durum yasamanın mülkiyet hakkına müdahalesi anlamına gelecektir.

İkinci olarak ilgili maddeler uyarınca taraf devletlere, kullanmama nedeniyle iptal düzenlemesi yapmak istemeleri durumunda marka hakkı sahiplerine en az üç yıl ya da makul bir süre verme yükümlülüğünün getirildiği görülmektedir. Bu süre tamamen taraf devletlerin tasarrufunda olup taraf devletlerin kullanmama nedeniyle iptal için üç yıl veya beş yıldan uzun bir süre öngörmelerine bir engel yoktur. Dolayısıyla mahkemelerin hiçbir iç hukuk düzenlemesi olmadan makul süreyi ya da “*en az üç yıl*” şeklinde belirtilen süreyi kendine göre belirlemesi de sözleşmenin uygulanması değil sözleşmeye dayalı olarak yasa maddesi yaratılması anlamına gelecektir. Hal böyleyken iptal edilen bir hükümden sonra TRIPS ya da Paris Sözleşmesi’nin ilgili maddelerinin doğrudan uygulanması hakimın boşluk doldurması değil, sadece ve sadece sözleşmeye dayanarak yasama faaliyetinde bulunması olacaktır ki böyle bir şey en başta erkler ayrılığına ve hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturacak, mülkiyet hakkına doğrudan hukuka aykırı müdahale anlamına gelecektir.

Nitekim açılan bir davada bu konu taraflarca gündeme getirilmesine rağmen mahkemece kararda ilgili antlaşmalara dayanılmamış ancak mahkeme beş yıllık süreyi geriye doğru uygulayarak markanın yasa öncesi kullanılmamasından marka sahibini sorumlu tutmuş ve markanın iptaline karar vermiştir. Karar aleyhine yasa yoluna başvurulmuş ve Yargıtay’ın kararıyla dava bambaşka bir boyut kazanmıştır. Yargıtay, kararında, SMK’nın mecliste kabul tarihinin yasanın yürürlüğe girmesinden daha önceye ait olduğunu, meclisin o an 556 Sayılı KHK m. 14’ün varlığına güvenerek

<sup>198</sup> Rona Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 70, 2007, s. 206-207.

yasanın yürürlük tarihini geriye almadığını, bu durumda meclisin iradesinin yasanın yürürlük tarihi değil kabul tarihi olduğunu, dolayısıyla kabul tarihi baz alındığında ortada geçerli bir yasa olduğu için AYM'nin iptal kararının görülen davalara bir etkisinin olmadığını belirterek yerel mahkeme kararını onamıştır.<sup>199</sup>

Öncelikle bir yasanın ne şekilde yürürlüğe gireceği, ne zaman yürürlükten kalkacağı ve ne şekilde uygulanacağı tamamen Anayasa ve yasa koyucunun takdirinde olan bir husus olup mahkemeler bir yasama enstrümanı ortaya koyamayacağı gibi bu enstrümanı kendisine verilen sınırların dışına çıkarak uygulama yetkisine de sahip değildirler. Nitekim Türk hukukunda bir yasanın yürürlüğe girmesi gibi devletin temel varlığına ilişkin bir konu kesin ve net çizgilerle belirlenmiş, üstelik Türk siyasi tarihi açısından da büyük önem taşıyan norm denetimi hiçbir zaman şekil kurallarının mahkeme kararıyla esnetilmesine imkan taşıyacak şekilde yapılmamıştır. Bununla birlikte kararla yasalaşma aşamalarından olan cumhurbaşkanlığı onayı da önemsiz hale getirilmiş, yürütmenin hakları yok sayılarak fonksiyon gasbı gerçekleştirilmiştir. Bir yasanın mecliste kabul edilmesi halinde cumhurbaşkanının o kanunu Anayasa m. 89 uyarınca geri gönderme yetkisi olduğu gibi onbeş günlük süre içinde dilediği zaman yayımlama yetkisi de bulunmaktadır. Dolayısıyla meclisin kabul tarihinin temel alınarak yürürlük tarihinin Anayasa'ya aykırı şekilde erkene alınması ne amaçla olursa olsun mümkün değildir. Bu kararla birlikte yargı yoluyla hem mülkiyet hakkına hem de yasama ve yürütme yetkisine müdahale edilmiş olup bu açıdan karar hukukta emsali olmayan bir yargı yoluyla müdahale örneğidir. Üstelik yasa koyucunun mülkiyet hakkına müdahale teşkil edeceği gerekçesiyle kullanmaktan çekindiği geriye yürüyen yasa enstrümanının yargı kararıyla kullanıldığı –bildiğimiz kadarıyla- ilk karardır.

Yargı yoluyla müdahalenin bir diğer görünümü ise bilirkişi seçimine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle Türk mahkemelerinde çok sık karşılaşılan dosyanın tamamının bilirkişi tarafından incelenip ne görüş verildiyse gerekçe olarak karara yazılması, hiçbir gerekçe yokken dosyaya bilirkişi atanması ya da hukukçu bilirkişi seçimi yapılması sonucu marka hakkı ve dolayısıyla mülkiyet hakkı ihlal edilebilir. Nitekim uzmanlık mahkemeleri olan fikri ve sınai haklar mahkemelerinde benzerlik konusunda hukukçu bilirkişiden görüş alınması çok sık karşılaşılan bir

<sup>199</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2019/1765 E., 2019/4421 K., 14.06.2019 T. www.kazanci.com (E.T. 30.11.2019).

durum olup hukuk mezunu, üstelik uzmanlık mahkemesinde hakimlik yapan bir kişinin bilemeyeceği düşünülen benzerlik incelemesini başka bir hukukçunun hatta daha da ileri gidilerek tüketici davranışlarıyla ilgili eğitimi olmayan kişilerin yaptığı ve buna göre karar verildiği görülmektedir. Yargıtay da bu eğilimde olup markaların, tek boyutlu tasarımların görsel olarak benzeyip benzemediğini dahi bilirkişinin incelemesini istemektedir.<sup>200</sup> Ne var ki AYM, bilirkişi seçimi konusunda vermiş olduğu bir kararında hukuk bilgisiyle çözülebilen bir konuda gereksiz yere dosya hakkında bilirkişiye başvurulmasını mülkiyet hakkına müdahale ve hakkın ihlali saymış, yargılamanın yenilenmesine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca böyle bir incelemenin yargılama yetkisinin devri anlamına geldiğini de ifade etmiştir.<sup>201</sup>

Yargı yoluyla müdahalenin bir diğer görünümü ise devletin pozitif yükümlülüğünün, mülkiyet hakkının yatay korumasının ihlalidir. Yukarıda marka hakkının kullanımı bölümünde devletin negatif yükümlülüğüne değinilmiş olmakla birlikte gerek doktrin gerekse yargı kararları devletin mülkiyet hakkını korumada pozitif yükümlülüğünün de olduğunu belirtmektedir.<sup>202</sup> Devletin bu pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde adil yargılanma hakkı vb. diğer ihlallerle birlikte mülkiyet hakkının da yargı yoluyla ihlali söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle Anayasa m. 5 ve m. 35 gereğince devletin pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır.

Detaylandırmak gerekirse Anayasal mülkiyet koruması devlet ve kişiler arasındaki çatışmalara ilişkin (dikey etki) olmasına rağmen aynı zamanda eşitler arasında yani kişilerin kendi arasındaki çatışmalarla da ilgilidir (yatay etki). İşte devletin mülkiyet hakkına müdahale etmeyerek hakkı dikey düzlemde koruması dışında üçüncü kişilerin hakka müdahalesini engellemesi ve ihlal halinde zararı giderecek mekanizmalar kurması devletin pozitif yükümlülüğünü doğurmaktadır.<sup>203</sup> Devlete pozitif bir yükümlülük atfedilmesinin nedeni mülkiyet hakkına gerçek bir koruma sağlanmak istenilmesidir çünkü temel bir hak olarak düzenlenen mülkiyet

<sup>200</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/11-152 E., 2019/356 K., 26.3.2019 T. www.kazanci.com (E.T. 30.11.2019).

<sup>201</sup> Anayasa Mahkemesi A.D. Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2015/10393, Karar Tarihi: 9/1/2019 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>202</sup> Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, s. 417-442; Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 194.

<sup>203</sup> Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, s. 417-442; Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 195.

hakkının sadece müdahale edilmeyerek korunması mümkün değildir. Bu yükümlülükler mülkiyet hakkına gelecek müdahalelere karşı gerekli güvence sunan etkin bir hukuki çerçeve oluşturma ve bu çerçeve kapsamında yargısal organların, idarenin, yatay kapsamdaki uyuşmazlıklarda etkili ve adil karar vermesini şekliindedir.<sup>204</sup>

Ne var ki devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal etmesi hem çok sık rastlanan bir olgu olmayıp hem de ihlalden bahsedebilmek için bu ihlalin mutlak surette devlete yöneltilebilmesi gerekmektedir.<sup>205</sup> Tarafların olayın uygulanmasında hakimin takdir yetkisini yanlış kullanması ya da kararı beğenmemesi gibi haller değil, keyfi ve açıkça hukukun genel ilkelerine aykırı kararlar verilmesi halinde bu ihlal ortaya çıkabilmektedir.

Yargılamada yapılan her hukuka aykırı uygulamanın bu kapsamda değerlendirilmediğine örnek olarak sınai haklar alanında *Arnoldus Theodorus Bernardus Maria Nales* kararı verilebilir. Buna göre patentin hükümsüzlüğüyle ilgili olarak, yasanın açık hükümlerine aykırı ve gerekçesiz karar verilmesi, patentin korunmasına ilişkin uluslararası antlaşmalara uyulmaması, makul sürede yargılama yapılmaması iddialarıyla AYM'ye başvurulmuştur. AYM dosya kapsamında yaptığı değerlendirmede mülkiyet hakkının ihlali edilmediğine karar vermiş ve davacının iddialarını mülkiyet hakkı değil, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirerek sadece makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle devletin tazminat ödemesine karar vermiştir.<sup>206</sup>

<sup>204</sup> Anayasa Mahkemesi Selahattin Turan Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2014/11410, Karar Tarihi: 22/6/2017, para. 41; Anayasa Mahkemesi Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2012/1035, Karar Tarihi: 17/7/2014, para. 34-38; Anayasa Mahkemesi Eyyüp Boynukara Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/7842, Karar Tarihi: 17/2/2016, para. 39-41; Anayasa Mahkemesi Osmanoglu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2014/8649, Karar Tarihi: 15/2/2017, para. 43; Anayasa Mahkemesi Novartis AG Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2015/11867, Karar Tarihi: 14/11/2018; Anayasa Mahkemesi Züliye Oztürk Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2014/1734, Karar Tarihi: 14/9/2017, para. 36; Anayasa Mahkemesi Bekir Yazıcı Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/3044, Karar Tarihi: 17/12/2015, para. 71; Anayasa Mahkemesi Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2014/12321, Karar Tarihi: 20/7/2017, para. 52, www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).

<sup>205</sup> Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, s. 417-442; Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 195.

<sup>206</sup> Anayasa Mahkemesi Arnoldus Theodorus Bernardus Maria Nales Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2013/1211, Karar Tarihi: 10/3/2015 www.anayasa.gov.tr (E.T. 30.11.2019).



Devletin pozitif yükümlülüğünün değerlendirildiği bir başka karar ise *Novartis AG* kararıdır. Buna göre başvuru EPO nezdinde bir patent tescili almış ve patent, süresi içinde TPMK bünyesindeki sicilde de tescil edilmiştir. Bir üçüncü kişi, patentin buluş basamağı içermemesi nedeniyle hükümsüzlük davası açmış mahkemece bilirkişi raporundan sonra dava kabul edilmiş, patent hükümsüz kılınmış, karar kesinleşmiştir. Dava henüz sürerken başvuru tarafından farklı bir hukuk mahkemesinde bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor düzenlediklerinin tespiti ile tazminat istemiyle dava açılmış, mahkemece dava reddedilmiş, Yargıtay tarafından bilirkişilerin sorumluluğunun HMK'da özel olarak düzenlendiği bu nedenle ayrı bir haksız fiil davasıyla bu sorumluluğun bertaraf edilemeyeceği belirtilerek yerel mahkeme kararı düzeltilerek onanmıştır. Başvuru her iki dava için de mülkiyet hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AYM'ye başvurmuştur.<sup>207</sup> AYM tazminat davasına ilişkin başvuruyu süre yönünden kabul edilebilir bulmamış, hükümsüzlük davasına ilişkin başvuruyu ise adil yargılanma hakkı dışında tutarak mülkiyet hakkı kapsamında ve devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlal edilip edilmediği yaklaşımıyla incelemiştir. Buna göre uyumsuzluk iki özel hukuk kişisi arasında olup devletin doğrudan bir müdahalesi bulunmamakta ancak pozitif yükümlülüklerle aykırılık olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Mahkeme pozitif yükümlülüğün ihlaline karar verilebilmesi için ilk olarak devletin etkili bir hukuksal mekanizma oluşturmaması; ikinci olarak müdahaleye karşı etkin bir savunma yapabilme, itiraz edebilme, iddialarını ortaya sürebilme imkanı getirilmemesi gerektiğini belirtmiştir. AYM, yerel mahkemede yapılan yargılamada her ne kadar başvuru bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor hazırladıklarını ileri sürmüştü de mahkemede etkili şekilde başvurucuya gerekli hukuksal mekanizma ve savunma hakkının tanındığını, delillerin ve vakıaların nitelendirilmesinin mahkemenin takdirinde olduğunu, mahkemenin keyfi veya öngörülemez biçimde hareket etmediğini veya çizilen sınırların dışına çıkarak bir karar da vermediğini belirterek pozitif yükümlülüklerin yerine getirildiğine ve ihlalin olmadığına karar vermiştir.<sup>208</sup>

---

<sup>207</sup> Adalet Bakanlığı'nın AYM nezdindeki bu başvuruya cevabı ise ilginç bir biçimde mülkiyet hakkına müdahale edildiği ancak bunun mülkiyetin kullanımının kamu yararı amacıyla kontrolü gerekçesine dayalı olduğu şeklinde olmuştur. Buna göre hükümsüzlük kararıyla birlikte mülkiyet hakkının kamu yararına kontrol edildiği belirtilmiştir.

<sup>208</sup> Anayasa Mahkemesi *Novartis AG* Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2015/11867, Karar Tarihi: 14/11/2018 [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) (E.T. 30.11.2019).

Benzer şekilde Oğuz Aral, Galip Tekin, İnci Aral v. Türkiye kararında da AİHK tarafından devletin, pozitif yükümlülüğünü ihlal etmediğine karar verilmiştir. Dava konusu olaya göre Türkiye'nin en büyük karikatüristlerinden Oğuz Aral ve Galip Tekin, kült mizah dergileri Gırgır ve Fırt'ta çizdiği karakterleri, dergilerin satılması ve işten çıkarılmaları nedeniyle Dıgıl adlı dergiyi kurarak çizmeye devam etmişlerdir. Gırgır ve Fırt'ın yeni sahibi bu duruma itiraz ederek FSEK m. 8/2'nin ihlalinden dava açmış, Türkiye'deki mahkeme de hak sahibinin çizerler değil işletme olduğuna karar vererek bu karakterlerin başka dergilerde çizimini yasaklamış, Oğuz Aral, Galip Tekin ve editör İnci Aral aleyhine karar vermiştir. Başvurucular bunun üzerine mülkiyet hakkı ihlaliyle AİHK'ye başvurmuştur. Mahkemece bir devletin yargı organlarının keyfi ve hukuka açık aykırılık içeren bir kararı olmadıkça iki özel hukuk kişisi arasındaki uyuşmazlıklarda devletin sorumlu olmayacağına karar verilmiş, dava usulen reddedilmiştir.<sup>209</sup>

### § 3. DEVLETİN MARKA HAKKINA MÜDAHALE TÜRLERİ

Mülkiyet hakkına müdahaleleri tür bakımından bir ayrım tabi tutarsak müdahalenin yöneltiye şekline göre doğrudan - dolaylı müdahale ve müdahale anına göre marka hakkının doğumundan önce-doğumundan sonra müdahale şeklinde bir ayırım yapabiliriz. Belirtmeliyiz ki bu terimler kamu hukuku ve özellikle idare hukukuna ilişkin terimlerle benzerlik gösterse de aynı anlamda kullanılmamış olup sadece müdahalenin özel hukuktaki niteliğine ilişkindir.

#### I. Dolaylı ve Doğrudan Müdahale

##### A. Dolaylı Müdahale

Dolaylı müdahale, müdahalenin doğrudan markaya ya da hak sahibine yöneltmemesi ancak etkileri itibariyle marka hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran müdahalelerdir.

<sup>209</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararı, Oğuz Aral, Galip Tekin, İnci Aral v. Türkiye, No. 24563/94, 14 Ocak 1998, hudoc.echr.coe.int (E.T. 30.11.2019).

Müdahale tiplerinden mülkiyetten yoksunluk, mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da mülkiyetten müdahale edilmeksizin yararlanılması ilkesine aykırı şekilde yapılan müdahaleler genellikle bu tip müdahalelerdir. Burada marka hakkına doğrudan yöneltilen bir müdahale olmamakla birlikte getirilen sınırlandırmalar marka hakkını da etkilemektedir. Örneğin siyanürün, tarımsal ilacın, fare zehrinin tamamen yasaklanması durumunda amaç marka hakkına müdahale değildir, hatta yasa koyucu bunu öngörmemiş bile olabilir, ne var ki bu üreticilerin diğer mülkiyet haklarının yanında marka haklarını kullanmaları da imkansız hale gelmiş ve hakka müdahale edilmiştir.

Bilindiği üzere alkollü içeceklerin satışı, yakın çevresinde okul ve ibadethane olmaması gibi kriterlerin dışında zaman yönünden de sınırlandırılmıştır. Buna ek olarak devletin alkollü içecek satış ve hizmet yerlerinin bu yöndeki ruhsatlarının devamı için çok güç koşullar koyarak iptal etmesi halinde görünürde markanın kullanımı için hiçbir engel bulunmayacak, ancak alkollü içecek üreticileri markalarını ürün üzerinde kullanamayacak çünkü ürünü satabileceği hiçbir kanal olmayacaktır.

Bununla birlikte aşağıda görüleceği üzere tütün ürünlerinin düz paketlenmesine ilişkin düzenlemeler dolaylı müdahalelerdir. Devlet burada hiçbir markaya, markanın sınıfına ya da kapsamına doğrudan müdahale etmemiş ancak markanın tescilli olduğu sınıftaki ürünün piyasaya arz yöntemine sınırlamalar getirerek marka hakkına dolaylı müdahalede bulunmuştur.

## **B. Doğrudan Müdahale**

Doğrudan müdahale, yapılan müdahalenin doğrudan doğruya bir marka hakkına yönelik olmasıdır. Uygulamada marka mevzuatına ilişkin yasal düzenlemeler dışında doğrudan markaların hedef alınarak bir müdahale yapılmasına çok sık rastlanmamakla birlikte aşağıda anlatılacağı üzere alkol markalarına ilişkin düzenlemeler doğrudan doğruya markaya yöneltilen müdahalelerdir.

Bununla birlikte bu tür bir müdahale halinde mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespiti çok kolay olmakta, müdahale tipinden sınırlamanın şartlarına kadar her husus sağlıklı şekilde değerlendirilebilmektedir. Nitekim marka hakkına

yönelik KHK ile müdahale gerçekleştiğinde, AYM tarafından Anayasa mülga m. 91 dışında hiçbir inceleme yapılmadan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Mülkiyet hakkının yatay düzlemde korunması söz konusu olduğunda da doğrudan müdahale doğal olarak mümkün olmayacaktır. Bunun istisnası özellikle devlet organları tarafından belirli bir markanın hedef alınmasıdır ki bu da zaten adil yargılanma hakkından erkler ayrılığına, çok boyutlu bir sorun haline dönüşecektir.

## **II. Zamana Göre Müdahale**

### **A. Marka Hakkının Doğumundan Önce Müdahale**

Marka hakkının doğumundan önce müdahale esasen çok sınırlı şartlarda ve istisna durumlarda gerçekleşen müdahale tipidir.

Bunun nedeni yukarıda açıklandığı üzere marka hakkının tescille elde edilmesi ve gerek AYM'nin gerekse AİHM'nin müdahale için normal şartlar altında ulusal hukuka göre kazanılmış bir hakkın varlığını araması, markanın ise tescilden önce böyle bir hak vermeyecek olmasıdır.

Gerçekten de P1M1 ve Anayasa m. 35'teki mülkiyet hakkı korumasından yararlanabilmek için, malın kişinin malvarlığına girmiş olması gerekmektedir. Mal edinme talepleri mülkiyet hakkının konusuna girmemekte, Anayasa sadece kazanılmış ya da mevcut hakları mülkiyet hakkı kapsamında kabul etmektedir.<sup>210</sup>

SMK m. 7/1'de marka hakkının tescille kazanıldığı düzenlendiği için tescil edilmemiş bir ibare üzerinde müdahale, normal şartlar altında mümkün değildir.

Ne var ki meşru beklentilerin de mülkiyet hakkı kapsamında korunması nedeniyle istisnai olarak marka hakkı doğmadan önce de müdahalenin olduğuna dair kararlar verilebilmektedir. Buna ilişkin en bilinen karar AİHM nezdindeki Anheuser-

---

<sup>210</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 50.

Busch Inc v. Portekiz davasıdır. Anheuser-Busch Inc., dünyaca ünlü ve ABD’de yerleşik bir alkollü içecek üreticisi olup Budweiser ibaresi altında üretim yapmaktadır. Çekya’da<sup>211</sup> yerleşik Budejovicky Budvar ise Budweiser markası altında, Budweis şehrinde aynı alkollü içeceği üretmektedir. ABD’li şirket, kullanmakta olduğu Budweiser ibaresini Portekiz’de de tescil etmek için başvurmuş ancak Çek şirketin itirazı üzerine başvurusu reddedilmiştir. Bunun sebebi Çek şirketin, yaptığı itirazda Budweis şehrinde gerçekleştirdiği bira üretiminin çok daha önceye dayandığını, özel yöntemlerle üretilmesi dolayısıyla Budweiser’in tıpkı Pilsen şehrinin Pilsener birası gibi coğrafi işaret olduğunu, Menşe Adlarının Korunması ve Uluslararası Tescili İçin Lizbon Anlaşması uyarınca hakkının korunması gerektiğini iddia etmesidir. Yaklaşık yedi yıllık anlaşma görüşmesinden sonuç çıkmaması üzerine ABD’li şirket tarafından dava açılmış, mahkemece Çek şirketin marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilmiş, ABD’li şirketin marka tescili de gerçekleştirilmiştir. Bunun üzerine Çek şirket bu kez Portekiz ile Çekya arasında henüz imzalanan coğrafi işaretlerin korunmasına dair ikili antlaşmaya göre, ABD’li şirketin marka tesciline karar veren Portekiz Sınai Mülkiyet Hakları Ulusal Enstitüsü kararının iptali için dava açmış ve mahkemece Çek şirketin talepleri kabul edilmiştir. Kararın Portekiz hukukuna göre kesinleşmesi üzerine dosya AİHM önüne gelmiştir. ABD’li şirket, marka başvurusundan sonra yürürlüğe giren bir antlaşma nedeniyle marka başvurusunun reddedildiğini, mülkiyet hakkının ihlal edildiğini, Portekiz mahkemeleri tarafından markasının kamulaştırıldığını belirtmiştir. AİHM, marka hakkının tescille kazanıldığı açık olsa da başvuruyla birlikte ABD’li şirketin malvarlığına ilişkin bir kazancının doğması nedeniyle başvurunun P1M1 kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Portekiz hukukunda da tıpkı SMK m. 148/8’de olduğu gibi marka başvurusunun devri mümkün olup, aynı zamanda tescil halinde koruma, başvuru tarihinde başladığı için sonraki tarihli markalara karşı bir öncelik hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla sembolik ya da önemsiz de olsa bir malvarlığı değeri oluşmuştur. Bir tescil başvurusu, başvuru sahibine talebinin inceleneceğine yönelik bir beklenti yaratmakta olduğu için malvarlığı değeri oluşturan bir hak için ayrıca meşru beklentinin varlığının incelenmesine gerek yoktur. Buna karşılık mahkeme başvurudan sonra yürürlüğe girdiği belirtilen ikili anlaşmanın hakka etkisini değerlendirmenin tamamen ulusal

---

<sup>211</sup> Resmi adı Çek Cumhuriyeti iken 2016’da Çekya şeklinde değişmiştir.

yargı organlarında olduğunu belirterek keyfi ve açık bir müdahale olmadığı için mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin olmadığına karar vermiştir.<sup>212</sup>

Karar marka hakkının daha doğmadan müdahaleye konu olması açısından bir ilktir ve görülmektedir ki marka hakkına ilişkin özel hukuk düzenlemeleri de bazı durumlarda P1M1'i ve doğal olarak Anayasal mülkiyet hakkını bağlamamaktadır. Bu bakımdan özellikle Anayasal mülkiyet hakkının malvarlığı hakkı olarak anlaşılması, konuya daha doğru bir yaklaşım için önem kazanmaktadır.

## **B. Marka Hakkının Doğumundan Sonra Müdahale**

Zamana göre müdahalenin ikinci türü ise marka hakkının doğumundan sonra müdahaledir. Esasen müdahalenin olması için Türk hukukunda istisnalar dışında tescilli bir marka şartı arandığı için yapılacak bütün müdahaleler marka hakkının doğumundan sonraki müdahale kapsamına girmektedir. Bu tür müdahalelerden marka hakkıyla ilgili olarak en sistematik ve kapsayıcı olan tütün ürünü yönünden ve alkollü içecekler yönünden müdahaledir. Bunun dışındaki müdahaleler genellikle tek bir kişiyi etkilemektedir.

### **1. Tütün Ürünleri Yönünden Müdahale**

#### **a. Düz Paket Kavramının Ortaya Çıkışı**

Tütün ürünlerinde düz paket uygulaması her ne kadar son yıllarda uygulamaya geçirilmişse de ortaya çıkışı çok daha gerilere gitmektedir. Düz paket kavramı bugün kullanılan anlamına benzer şekilde ilk kez 1986 yılında Kanada Tıp Birliği'nin yıllık toplantısında Dr. Gerry Karr'ın tütün ürünü paketlerinin tümünün sadece düz kahverengi renkte olması ve üzerinde marka ile aynı boyutta "bu ürün sağlığınıza zararlıdır" şeklinde ibare yer alması şeklinde bir önerisiyle ortaya atılmıştır. Birlik bu görüşü benimsemiş ve 1987 yılında hükümete düz paket uygulamasına geçilmesi ve tütün ürünlerinin üzerinde "bu ürün sağlığa zararlıdır" uyarısının yer alması için bir

---

<sup>212</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Anheuser-Busch Inc. v. Portekiz, No: 73049/01, T: 11/1/2017, hudoc.echr.coe.int (E.T. 30.11.2019).

yasa yapması yönünde çağrı yapmıştır.<sup>213</sup> Bu gelişmeler Yeni Zelanda'yı da etkilemiş,<sup>214</sup> 1989 yılında Yeni Zelanda'da Zehirli Maddeler Kurulu tarafından tütün ürünlerinin kullanımıyla ilgili bir rapor hazırlanmış ve Yeni Zelanda Sağlık Bakanlığı'na tütün ürünlerinin reklam ve pazarlama kampanyalarının yasaklanması tavsiye edilmiştir.<sup>215</sup> İlgili rapordaki tespitler, araştırmalar, bugün dahi tartışılan sorunların o dönemde oldukça ayrıntılı irdelenmesi, raporu güvenilir hale getirmiştir.

Nitekim raporda renk, logo, tasarımla desteklenmiş tütün ürünü markalarının ve ambalajlarının bizzat kendisinin bir reklam ve pazarlama yöntemi olduğu; şirketlerin bu yöntemle, yıllar boyunca oluşturduğu imajı çağrıştırarak potansiyel alıcıları etkilediği belirtilmiştir.<sup>216</sup>

Bu husus aslında daha ayrıntılı olarak ilgili rapor hazırlanırken düz pakete geçilmesinin de Sağlık Bakanlığı'na tavsiye edilmesi amacıyla dilekçe olarak kurula sunulmuş olup özellikle Marlboro örnek vakası incelemesi dikkate değerdir. Buna göre Marlboro aslında 1920 yılından itibaren kadınlar hedef kitle seçilerek pazarlanmaya başlanmış ancak 1950'lere gelindiğinde marka sahibi Philip Morris, sigaranın satışlarından memnun olmadığı için cinsiyet değişikliğine gitmiş, başta ambalaj olmak üzere Marlboro'nun logosuna ve yazı tipine kadar her şeyi değiştirmiştir. Bir kovboy olan "Marlboro Erkeği" kimi zaman atının üzerinde sigarasını içmekte, kimi zaman sırtını ahşap bir kır evinin duvarına dayayarak başını eğmiş sigarasını yakmaktadır. Üstelik Philip Morris bu yeni reklam kampanyası için hiçbir özel efekt ya da sanatsal çizim kullanmamış, etkileyici diyaloglara lüzum bile görmemiştir. Marlboro Erkeği maceracı, özgür ve kendi kurallarını koyan tavrıyla Marlboro'yu artık bir sigara olmaktan çıkarmış, karakter ve yaşam tarzı haline getirmiştir. Nitekim sonuç Philip Morris için çok başarılı olmuş ve satışlar katlanarak artmıştır.<sup>217</sup> Daha sonra ABD'de

<sup>213</sup> David Woods, "Newsbriefs", **Canadian Medical Association Journal**, Sayı:136(11) Haziran 1, Ottawa 1987, s. 1191-1192; Becky Freeman/Simon Chapman, **Removing The Emperor's Clothes: Australia And Tobacco Plain Packaging**, Sydney University Press, Sidney 2014, s.1. İlgili belgegeçer kayıtları ve tütün üreticisi şirketlerin bu konudaki görüşeri kişilerle birlikte tasnif ettiği toplantı kayıtları için bkz. <https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/#id=jlxn0198> ve <https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/#id=hmxn0198> erişim (E.T. 30.11.2019)

<sup>214</sup> Freeman/Chapman, s.1;

<sup>215</sup> New Zealand Toxic Substances Board, **Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion**, New Zealand Department of Health, Wellington, 1989, s.109 vd.

<sup>216</sup> New Zealand Toxic Substances Board, s.23.

<sup>217</sup> Reklam kampanyasının yayınlandığı sene olan 1955'te Marlboro satışları %3000 artarak 5 milyar dolara yükselmiş, bundan sadece iki yıl sonra ise 20 milyar doları geçmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kenneth Roman, **The King of Madison Avenue: David Ogilvy and the Making of Modern Advertising**, St. Martin's Press, New York 2010, s. 120.

getirilen televizyonda tütün ürünü reklamları yasaklarına ve sigaranın sağlığa zararlı olduğunun ortaya çıkmasına rağmen Marlboro büyük satış rakamlarına ulaşmaya devam etmiştir. Ancak bu yasaklarla daha da ilginç olan bir şey ortaya çıkmıştır, büyük firmaların karları artarken küçük şirketler ile piyasaya yeni giren, kendine bir imaj çizemeyen üreticiler yasaklardan büyük zarar görmektedir. Bunun sebebi ise kısa sürede anlaşılmıştır: tüketiciler sigara paketlerini günde yirmi ila yirmi beş kez cebinden çıkarmakta ve tüketicilere göre paketin kendisi cepten her çıktığında çevresindeki insanlara açık bir mesaj vermektedir. Tüketiciler bu nedenle paketi tıpkı bir saat ya da mücevher gibi giyiminin bir parçası olarak görmekte, çevresindekiler tarafından nasıl algılanmak istendiğini bu yolla ifade etmektedir. Araştırmacılar bunun üzerine bir Amerikan kültürü olan kovboy temasının Avrupa’da nasıl Marlboro satışlarını artırdığını araştırmış ve daha da ilginç bir sonuçla karşılaşmıştır. Genç Avrupalılar da tıpkı bir Amerikalı gibi hissetmek istemekte ve bunun için kot pantolon giymeleri ve Marlboro içmeleri gerektiğini belirtmektedir. Bunun üzerine tüketici davranışları üzerine de bir araştırma yapılmış, düz kahverengi ve ayırt edici hiçbir işaret bulunmayan bir sigara kutusunda Marlboro marka sigara tüketicilere yarı fiyatına satılmak istenmiştir. Marlboro içen tüketicilerin sadece %21’i bu haliyle de Marlboro içebileceğini belirtmiş, %79’luk bir kesim ise yarı fiyatına satılmasına rağmen bu şekilde sigarayı almak istememiştir.<sup>218</sup>

---

<sup>218</sup> Michael Carr-Gregg, The marketing of tobacco through imaging, Coalition Against Tobacco Advertising and Promotion adına kurula verilen dilekçe, 1989, s.1 vd. Bkz. <https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/#id=rpwn0037> (E.T. 30.11.2019).





Şekil 2.1: Marlboro'nun Büyük Dönüşümünden Önceki Reklam Afişleri



Şekil 2.2: Marlboro Erkeği Karakterli Reklam Afişleri

Bu durum sigara reklamları ya da promosyonlar ne kadar yasaklanırsa yasaklansın, tütün ürünü üreticilerinin yıllardır bilinçaltına işledikleri imajın silinmeyeceği ve bu nedenle düz pakete ihtiyaç olduğu savını güçlendirmiştir.<sup>219</sup> Ne var ki kurul tarafından bu bilgiler rapor hazırlanırken değerlendirilmiş ve özet olarak rapora eklenmişse de reklam ve pazarlama kampanyalarının yasaklanması dışında düz paket konusunda Sağlık Bakanlığı'na bir öneri yapılmamıştır.<sup>220</sup> Bununla birlikte bu

<sup>219</sup> Michael Carr-Gregg, The marketing of tobacco through imaging, Coalition Against Tobacco Advertising and Promotion adına kurula verilen dilekçe s.4

<sup>220</sup> Freeman/Chapman, s.1.

rapor düz paket konusunu artık tartışmaya açmış olup kanaatimizce bugünkü düzenlemelerin fitilini ateşlemiştir.

Paketlemenin etkisinin ne boyutlarda olduğunun ortaya çıkması üzerine konunun daha detaylı araştırılması ihtiyacı hissedilmiş ve ayrıntılı bir başka rapor hazırlanmıştır. Bu rapor tütün paketlerinin ne şekilde tüketicileri etkilediği açısından oldukça önemlidir. Raporda paketin bir amacının da ürünü daha çekici hale getirmek olduğu, bu amaçla bazı tütün ürünü üreticilerinin hedef kitleye göre farklı tasarımlara gittiği, reklam faaliyetlerinin yasaklanması halinde ürün paketinin daha fazla dikkat çekeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte raporda marka imajı açıklanmış, özellikle tütün ürünü kullanmaya yeni başlayacak kişilerin mutlaka bir marka adı belirtip alışveriş yapmak zorunda oldukları, dikkat çekici paketlerin bu kişilerin kendisine yakın gördüğü markaya göre bir seçim yapmasında etkili olduğu, böylece tüketime yeni başlayan kişilerin kolaylıkla günlük tüketici haline geldikleri vurgulanmıştır. Düz pakete geçilip reklam ve pazarlama faaliyetlerine son verilmesi halinde daha az gencin günlük tüketici haline geleceği, bir kısım genç tüketicilerin de sigarayı bırakacağı öngörülmüştür. Yine raporda düz paket sayesinde markanın dikkat çekmeyeceği, tütün ürünleri üzerine konan sağlık uyarılarının tüketicilerin dikkatini daha çok çekeceği belirtilmiştir. Raporun sonuç kısmında ise gençlerin tütün ürünü kullanmasını etkileyen iki önemli faktörden reklam ve pazarlama faaliyetlerinin hükümetlerin kontrolüne girmeye başladığı, bununla birlikte tek başına bir pazarlama aracı olan ve gençlerin bağımlılığa neden olacak kadar uzun bir süre sigara kullanılmasına aracılık eden ilgi çekici ambalajın henüz hükümetlerin dikkatini çekmediği, bu yönde bir yasaklamanın gençlerin tütün ürünleri kullanımını çok büyük oranda düşüreceği ifade edilmiştir.<sup>221</sup>

İlgili rapor her ne kadar tüm tütün ürünü tüketicilerine yönelik tespitler içerse de düz paketle sağlanacak faydanın daha çok gençlerin sigaraya başlamasını engellemesi yönünde olacağı teziyle öne çıkmaktadır. Üstelik rapordaki bütün argümanlar bugünkü düz paket düzenlemelerinin gerekçesini oluşturmaktadır.

<sup>221</sup> **Tobacco Promotion Through Product Packaging**, Eylül 1989, s.1, [https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/#id=jscn0203\\_\(E.T. 30.11.2019\)](https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/#id=jscn0203_(E.T. 30.11.2019)).



Gelişmelerin zamanla dünyaya yayılması üzerine 2003 yılında DSÖ tarafından Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi (TKÇS) ve Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi Uygulama Kılavuzu (TKÇS Kılavuzu) hazırlanmıştır.<sup>222</sup> Esasında TKÇS’de düz pakete ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte m. 11 ve m. 13’te tütün ürünlerine ilişkin başka bazı ifadeler bulunmaktadır. Buna karşılık daha sonra taraf devletlerin bir araya gelerek kabul ettikleri TKÇS Kılavuzu’nda m. 11’in<sup>223</sup> ve m.13’ün<sup>224</sup> etkin şekilde uygulanabilmesi için açıkça düz paket düzenlemelerine geçilmesi tavsiye edilmiştir.

TKÇS ve TKÇS Kılavuzu’nu dayanak göstererek ilk olarak Avustralya, daha sonra da AB ülkeleri düz paket düzenlemelerine geçmeye başlamıştır.

## **b. Düz Paketin Tanımı**

Düz paket kavramının ortaya çıkışı ve gelişimi konusunda yukarıdaki açıklamalarımıza rağmen düz paketin henüz uluslararası kabul görmüş ya da ulusal yasalarla getirilmiş tek bir tanımı bulunmamaktadır. Bunun en önemli nedeni TKÇS Kılavuzu’nun taraflara zorunlu bir düz paket tanımı yapmak yerine bunun çerçevesini çizmiş olmasıdır.

Türk Hukuku’nda da durum çok farklı değildir. Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun<sup>225</sup> m. 4’te: “Türkiye’de üretilen veya ithal

<sup>222</sup> Türkiye, TKÇS’yi 28.04.2004 tarihinde imzalamış ve 25.11.2004 tarihinde 5261 Sayılı Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun kabul edilmiştir.

<sup>223</sup> **TKÇS Kılavuzu-Madde 11**

*Paketlerde standart renk ve yazı tipiyle gösterilmiş marka ve ürün adı (düz paket) haricinde logoların, renklerin, marka şekillerinin ve reklam amaçlı bilgilerin kullanımını kısıtlama veya yasaklama yönünde yasal tedbirler almayı taraflar değerlendirmelidir. Bu, sağlık uyarılarının ve mesajlarının fark edilebilirliğini ve etkililiğini artırabilir, paketin bu hususlardan dikkati uzaklaştırmasını engelleyebilir, bazı ürünlerin diğerlerinden daha az zararlı olduğu mesajını veren paketi tasarım tekniklerini önleyebilir.*

<sup>224</sup> **TKÇS Kılavuzu-Madde 13**

*Paketler aracılığıyla yapılan reklam veya pazarlamanın etkisi düz paketleme gerekliliğiyle ortadan kaldırılabilir. Düz paket: siyah ve beyaz veya ulusal makamlarca öngörülen başkaca iki zıt renkte; sağlık uyarıları, vergi pulları ve devlet tarafından zorunlu tutulan diğer bilgiler veya işaretler dışında herhangi bir logo veya başka özellikler içermeyen; bir marka adı, bir ürün adı ve/veya üreticinin adı, iletişim bilgileri ve paketteki ürün miktarı dışında hiçbir şeye yer verilmeyen; belli yazı tipi ve puntunun öngörüldüğü, standart şekil, boyut ve hammaddeden oluşan pakettir. Paketin içinde veya ekinde, sigaralarda veya diğer tütün ürünlerinde reklam veya pazarlama faaliyeti olmamalıdır.*

<sup>225</sup> 4207 Sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun, RG: 6/11/1996, 22829.

*edilen tütün ürünleri; markanın yazım şekli, yazı karakteri ve boyutu, paket üzerindeki konumu, paketlerin rengi, diğer yazı, ibare ve şekiller dâhil olmak üzere aynı şekilde tasarlanmış düz ve standart paket biçiminde piyasaya arz edilir. Marka, paketin sadece bir yüzeyine ve bu yüzeyin yüzde beşini aşmayacak şekilde yazılır. Paketlerin üzerine markanın logosu, simgesi veya sair işaretleri konulamaz. Bu kurallar birden fazla paketi bir arada bulunduran tütün ürünleri kutuları için de geçerlidir.” şeklinde bir düzenlemeyle, düz paketin tanımından ziyade çerçevesi çizilmiştir.*

Bu düzenleme ve TKÇS Kılavuzu dikkate alınarak tütün ürünlerine yönelik bir tanım yapmak gerekirse düz paketi; üzerinde tek tip bir yazı tipi, punto ve renkle yazılmış kelime markası ve/veya ürün adı dışında hiçbir ayırt edici unsur içermeyen tekdüze paket olarak tanımlamak mümkündür.

### **c. Uygulamalar**

#### **aa. Avustralya**

##### **aaa. Genel Olarak**

Avustralya, düz paket uygulamasına geçen ilk ülke olup bu yönüyle diğer ülkeler için örnek bir vakıa olmuştur. Düz paket uygulamasına geçmek isteyen ülkelere Avustralya’daki uygulamaların sonuçları ve Avustralya’ya karşı açılan davalar dikkatle takip edilmiştir.

Avustralya’da düz paketle ilgili olarak TKÇS’nin ve TKÇS Kılavuzu’nun kabul edilmesinden sonra 2011 yılında yasalaşma aşamasına geçilmiştir. Birçok düz paket tasarımı ve paketlerde kullanılacak renk, Avustralya hükümeti tarafından incelendikten sonra Tütün Ürünlerinin Düz Paketlenmesi<sup>226</sup> yasa tasarısı kamu görüşüne açılmış<sup>227</sup> ve hemen ardından Avustralya Sağlık ve Yaşlılık Bakanlığı<sup>228</sup>

<sup>226</sup> Tobacco Plain Packaging Bill ya da yasalaştıktan sonraki adıyla Tobacco Plain Packaging Act (TPP)

<sup>227</sup> Nisan 2011 tarihinde kamu görüşüne açılmıştır. [https://www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Bills\\_Legislation/bd/bd1112a/12bd035](https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/bd/bd1112a/12bd035) (E.T. 30.11.2019).

<sup>228</sup> İlgili bakanlık 2013 yılında yeniden yapılandırılarak Avustralya Sağlık Bakanlığı ismini almıştır. Daha detaylı bilgi için bkz. <http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/health-history.htm> (E.T. 30.11.2019)

tarafından Avustralya Temsilciler Meclisi'ne yasa tasarısı sunulmuştur.<sup>229</sup> Tasarının görüşülmesi sırasında bakanın yaptığı konuşmada “*Bu yasa dünyaya bu konuda öncü şekilde ve tütün ürünlerindeki çekiciliğin son kalıntısını silmek için hazırlanmıştır. Yasa tütün ürünlerinin düz, sönük kahverengi paketlerde satılması zorunluluğu getirmektedir*” şeklindeki ifadeyle yasanın amacı açıklanmış ve dünyada öncü olacağı öngörülmüştür.<sup>230</sup> Yasalaşma aşamalarında yasanın yürürlük tarihi 1 Aralık 2012 şeklinde değiştirilerek nihayet 1 Aralık 2011’de TPP yasalaşmıştır.<sup>231</sup>

Bununla birlikte yasanın özellikle marka hakkı bakımından yaratması muhtemel sorunlarına ilişkin olarak “Markalar (Tütün Ürünlerinin Düz Paketlenmesi) Değişiklik Yasası” da hazırlanmış ve 1 Aralık 2011’de bu tasarı da yasalaşmıştır.<sup>232</sup> Aynı şekilde paketlemenin nasıl yapılacağı ile ilgili olarak 7 Aralık 2011’de Tütün Ürünlerinin Düz Paketlenmesi Tüzüğü (TPP Tüzüğü) kabul edilmiştir.<sup>233</sup>

Avustralya’daki bu düzenlemeler ulusal ve uluslararası alanda büyük tepki çekmiş, marka hakkının ortadan kaldırılması, kamu düzeni ile bireysel hak ve özgürlükler arasındaki denge, uluslararası antlaşmalar, uygulamadan elde edilecek yarar ile uygulamanın muhtemel tehlikeleri gibi konularda büyük tartışmalar yaşanmış, bir kısım tütün ürünü tüketicisi tarafından da uygulama eleştirilmiştir.<sup>234</sup>

<sup>229</sup> 6 Temmuz 2011’de sunulan yasa tasarısı metninin ilk hali için bkz. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2011B00128> (E.T. 30.11.2019)

<sup>230</sup> Temsilciler Meclisi Oturumları, 6 Temmuz 2011, s. 7708. Açıklama sahibi Nicola Roxon’ın konuşmasının tam metni için bkz. [https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A"chamber%2Fhansard%2F1874cb21-d37a-4c79-b92a-33a8298c9cbe%2F0028"](https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A) (E.T. 30.11.2019)

<sup>231</sup> Yasa, Avustralya Temsilciler Meclisi’nden 24 Ağustos 2011’de geçmiş, Senato’da ise 10 Kasım 2011’de yürürlük tarihi 1 Aralık 2012 şeklinde değiştirilerek 21 Kasım 2011’de kabul edilmiş ve 1 Aralık 2011’de yasalaşmıştır. Yasalaşma aşamasının tamamı için bkz. [https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A"legislation%2Fbillhome%2Fr4613"](https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A) (E.T. 30.11.2019)

<sup>232</sup> [https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A"legislation%2Fbillhome%2Fr4614"](https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A) (E.T. 30.11.2019)

<sup>233</sup> Bkz. <https://www.legislation.gov.au/Details/F2011L02644>. Tüzük kabul edildikten çok kısa bir süre sonra, 2012 yılında büyük bir değişikliğe uğrayarak sigara dışındaki tüm tütün ürünlerinin paketlenmesini de düzenleyecek şekilde güncellenmiştir. Tüzük son olarak 6 Aralık 2018 tarihinde güncellenmiş olup son hali için bkz. <https://www.legislation.gov.au/Details/F2018C00935> (E.T. 30.11.2019)

<sup>234</sup> Bu konuyla ilgili basında çıkan haberler için bkz. <https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/australiaandthepacific/australia/9713249/Australias-new-plain-packaging-makes-cigarettes-taste-worse.html>, <https://www.news.com.au/finance/business/australia-plain-packaging-leaves-bad-taste-in-smokers-mouths/news-story/f62ad42510dbede93e95a09b093f41b2>, <https://adage.com/article/new-s/australia-s-cigarette-brand-ban-prompt-domino-effect/236761>, <https://www.smh.com.au/national/big-tobacco-accused-of-legal-trick-20111221-1p5qv.html>, <https://www.abc.net.au/news/2011-11-21/cig-plain-packaging-laws-pass/3684374> (E.T. 30.11.2019).

### bbb. Tütün Ürünlerinin Düz Paketlenmesi Yasasının Getirdikleri

TPP esasında hukuka aykırılıkların neler olduğu ile ceza yaptırımlarından, bunların uygulanmasına; ihlali tespit edecek kişilerden buna ilişkin usule kadar çok detaylı olmasına rağmen esaslı noktalar olarak şunları içermektedir:<sup>235</sup>

- Perakende sigara paketleri ve kartonlarının dış yüzeyleri (sağlık uyarıları ve marka, ticaret, şirket ya da çeşit ismi hariç) donuk koyu kahverengi renkte,<sup>236</sup> iç yüzeyleri ise beyaz olacaktır.<sup>237</sup> Paketler belirlenen ölçülerden uzun ya da kısa olmayacaktır.<sup>238</sup>

- Paketlerde hiçbir şekilde kabartma, çıkıntı, süsleme, dekoratif unsurlar, düzensiz şekil veya yazı unsurları olmayacaktır.<sup>239</sup>

- Marka, ticaret adı, şirket adı, çeşit adı paketin ön, üst ve alt yüzeylerinde sadece bir kez yer alacaktır.<sup>240</sup> Marka adı ve varsa çeşit adı izin verilen yazı tipinde soğuk gri renkle yazılacak, izin verilen yazı tipi boyutunu aşmayacaktır.<sup>241</sup>

- Bu izin verilen sınırlar dışında paket üzerinde hiçbir yerde hiçbir marka veya işaret (çizgi, harf, numara, sembol, grafik ya da resim) yer almayacaktır.<sup>242</sup>

- Paketin ve kartonun tüm kenarları düz, kesin ve yuvarlatılmamış, eğritilmemiş, süslenmemiş olmalıdır.<sup>243</sup>

- Paketlerin içine ya da üstüne hiçbir şekilde ilan, tanıtım ya da bilgilendirme amaçlı not eklenmeyecektir.<sup>244</sup>

- Paketler sonradan şekil ya da özellik değiştirilebilecek şekilde üretilmeyecek; ısıya duyarlı mürekkep, belli ışıktaki görülebilecek simgeler veya özellikler içermeyecektir.<sup>245</sup>

<sup>235</sup> TPP ve TPP Tüzüğü esasen birden çok kez değişikliğe uğramış olup, Avustralya'daki 2017 reformları kapsamında usul hukukunu ilgilendiren düzenlemelerde de sadeleşme yoluna gidilmiştir. Bu nedenle karışıklık yaratmaması adına bu çalışmada yasa ve tüzüğün son halleri esas alınmıştır.

<sup>236</sup> TPP Tüzüğü bl. 2, Ayrım 2.2.1 ile özel olarak Pantone 448C kodlu renk zorunlu tutulmuştur. Pantone renk kataloğu için bkz. <https://www.pantone.com/color-finder#/pick> (E.T. 30.11.2019).

<sup>237</sup> TPP Tüzüğü b. 2, Ayrım 2.2.1.

<sup>238</sup> TPP Tüzüğü Ayrım 2.2.1.

<sup>239</sup> TPP k. 18.

<sup>240</sup> TPP k. 21.

<sup>241</sup> TPP Tüzüğü Ayrım 2.4.

<sup>242</sup> TPP k. 4 ve 20.

<sup>243</sup> TPP k. 19/2.

<sup>244</sup> TPP k. 23.

<sup>245</sup> TPP k. 25

- Sigaralarda ise tütünün etrafını saran kağıt sadece beyaz renkte, filtreyi saran kağıt beyaz ya da mantar deseninde olacak, filtre ise yine sadece beyaz renkte olacaktır. Sigaranın üzerinde ise sadece siyah renkte ve izin verilen boyutlarda alfa numerik kod yer alabilecektir.<sup>246</sup>



Şekil 2.3: Avustralya'daki Sigara ve Tütün Paketleri

<sup>246</sup> TPP Tüzüğü Ayrım 3.1



Önemle belirtilmelidir ki yasal düzenlemeler sadece sigara paketlerini değil; el sarması tütünleri, metal paketteki tütün ürünlerini, puroları ve ince puroları da kapsama almıştır. Bu ürünlerin paketlerinde sigara paketlerinden farklı olarak izin verilen ibarelerin yer aldığı yerler, boyutu gibi hususlar değişmekte ancak geri kalan hususlar temel olarak yukarıdaki esaslı noktaların içinde kalmaktadır.

Görüldüğü üzere düzenlemeyle tütün ürünlerinde farklılaşmaya gidilmesine izin verilmemiş; kutunun daha sonra renk ve şekil değiştirmesi gibi ihtimaller de göz önüne alınarak yasanın herhangi bir şekilde dolanılması olanaksız hale getirilmiştir.

Bununla birlikte Avustralyalı yasa koyucu, Avustralya Anayasası'nda yer alan mülkiyet hakkının kazanılması konusunda da TPP k. 15 ile birtakım düzenlemeler yapmıştır. Buna göre:

- TPP, bir kişinin mülkiyet hakkının adil olmayan şartlarla<sup>247</sup> kazanılması sonucunu doğurduğu ölçütte uygulanmayacaktır.<sup>248</sup>
- Markanın ya da başkaca bir işaretin kullanılmasının yasaklanması nedeniyle bir kişiye ait mülkiyet hakkının kazanılmasına sebep olunursa; TPP'de aksi hüküm olsa dahi bu kısmın amacına uygun olarak belirlenecek düzenlemelere bağlı kalmak şartıyla marka ve işaretler paketlerde kullanılabilir.<sup>249</sup>

TPP taslağının gerekçe kısmında ise bu düzenlemenin sebebi açıklanmıştır. Buna göre TPP her ne kadar mülkiyet hakkının kazanılmasından kaçınılacak şekilde hazırlanmışsa da Anayasa'ya aykırılık, dolayısıyla bir tazminat ödeme sonucunu doğuracağı durumda yasanın uygulanmayacağını belirtmek için 15. kısım düzenlenmiştir. Böyle hallerde marka paketlerde olduğu gibi kullanılmaya devam

<sup>247</sup> TPP aslında Avustralya Anayasası k. 51(xxxi)'de zorunlu tutulan "*Just Terms*" terimine atıf yapmaktadır. Her ne kadar "*otherwise than just terms*" ibaresini "*adil olmayan şartlarla*" olarak çevirmiş olsak da Türk Hukukunda "*Just Terms*" ifadesinin tam karşılığı bulunmamaktadır. Dünyada mülkiyet hakkının kazanılmasının karşılığı genelde ilgili mülkiyetin piyasa değerinin belirlenerek "kamulaştırma bedeli" ya da "*tazminat*" olarak ödenmesi şeklindedir. Ne var ki Avustralya'da özellikle "*Just Terms*" ifadesi kullanılmıştır. Buna göre tüm tarafların çıkarları ve mülkiyet hakkının kazanılmasının etkileri göz önüne alınarak bazen piyasa değerinin de üstünde, bazense piyasa değerinin altında bir ödeme yapılmaktadır. Ayrıca bu durum kamulaştırmadan da farklıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Celia Winnett, "*Just Terms' Or Just Money? Section 51(Xxxi), Native Title And Non-Monetary Terms Of Acquisition*", **The University of New South Wales Law Journal**, Volume 33, No 3, 2010(10), Sidney, s. 787-801.

<sup>248</sup> TPP k. 15(1)

<sup>249</sup> TPP k. 15(2)

edecek ancak TPP ayakta kalarak boyut, paketin hangi kısmında markanın yer alacağı gibi hususlar ve TPP'deki başkaca düzenlemeler hukuka uygun olduğu ölçütte uygulanmaya devam edecektir.<sup>250</sup>

Görüldüğü üzere yasa koyucu bu kısımın yasasının bölünebilir olmasını ve her halde yürürlükte kalmasını amaçlamış, yasasının iptali durumunda tekrar yasa yapmaktansa Avustralya Anayasası'na aykırı kısımların iptal edildiği haliyle yasasının ayakta kalmasını hedeflemiştir.

Bununla birlikte yasasının amacı, özellikle daha sonra yasasının iptali ile Avustralya aleyhine açılan davalarda ileri sürülen savunmaların anlaşılması için önemlidir. Nitekim yasa bu yönden amaçlananları aşağıdaki şekilde sıralamıştır:

- Tütün ürünlerine yeni başlayan ve halihazırda tütün ürünü kullanan insanları bundan vazgeçirmek,
- İnsanların tütün ürünü tüketmeyi ve sigara içmeye son vermeleri için cesaretlendirmek,
- Sigara içmeyi ve tütün ürünü tüketmeyi bırakmış insanları, tekrar içiciliğe başlamaktan vazgeçirmek,
- İnsanların tütün ürünü dumanına maruz kalmasını azaltmak,
- Taraf olunan TKÇS'nin Avustralya'ya yüklediği belirli yükümlülüklerle etkinlik kazandırmak yoluyla toplum sağlığını iyileştirilmek.<sup>251</sup>

Avustralya Parlamentosu'nun bu hedeflere nasıl ulaşacağı ise aynı kısmın ikinci fıkrasında şu şekilde açıklanmıştır:

- a) Tütün ürünlerinin tüketicide yarattığı çekiciliği azaltmak
- b) Perakende tütün ürünü paketlerindeki sağlık uyarılarının etkisini artırmak
- c) Tütün ürünü ve sigara kullanımının zararlı etkileri konusunda perakende paketlerin tüketiciyi yanlış yönlendirme yetisini azaltmak<sup>252</sup>

<sup>250</sup> TPP Taslağı Gerekçesi <https://www.legislation.gov.au/Details/C2011B00128/Explanatory%20Memorandum/Text> (E.T. 30.11.2019).

<sup>251</sup> TPP k. 3.

<sup>252</sup> TPP Tüzüğü k. 3.

Bununla birlikte ilk akla gelen soru olan, TPP nedeniyle kullanılmayan markaların ve tasarımların durumlarının ne olacağı da yasa koyucu tarafından düzenlenmiştir. İlk olarak Markalar (Tütün Ürünlerinin Düz Paketlenmesi) Değişiklik Yasası ile Avustralya Markalar Yasası'nda usul hukukuna ilişkin değişiklikler yapılarak TPP ile oluşacak ihtilaf giderilmiş, ikinci olarak TPP'de marka ve tasarımlara yönelik şu hususlar düzenlenmiştir:

- İşbu yasa nedeniyle bir tütün ürünüyle ilişkili markanın kullanımı, Avustralya Markalar Yasası'ndaki hukuka aykırı marka tescilleri maddesinde<sup>253</sup> belirtilen hukuka aykırılık şartını oluşturmamaktadır.

- Bu yasanın yürütülmesi ya da bu yasa uyarınca bir kimsenin markayı bir tütün ürünüyle ilişkili kullanmasının yasak olması Avustralya Markalar Yasası<sup>254</sup> ve Avustralya Markalar Tüzüğü'ne<sup>255</sup> göre markayı tescil etmemek, marka tescil kararının iptali, markayı bir koşula ya da sınırlamaya tabi şekilde tescil etmek ya da markanın iptali için hukuka uygunluk nedeni değildir.

- Avustralya Markalar Yasası'na göre bir marka başvurusunda itiraz edenin, kendi markasını geçmişe yönelik kullandığını ispatlaması istendiğinde: itiraz edenin işbu yasa uygulaması olmasaydı Avustralya'da bir tütün ürünüyle ilişkili olarak markasını kullanabileceğini kanıtlaması durumunda geçmişe yönelik kullanımını ispat ettiği kabul edilecektir.<sup>256</sup>

- Tasarımlar Yasası'nın ilgili maddelerde zorunlu tuttuğu, tasarımın cisim haline getirilmesi yükümlülüğüne bu yasa nedeniyle uyulmaması mahkemeler için zorunlu lisans talebinin reddi<sup>257</sup> ya da tasarımın salt bu nedenle iptali<sup>258</sup> için geçerli neden sayılmayacaktır.<sup>259</sup>

Görüldüğü üzere yasa öncelikle getiriliş amacına yönelik nesnel bir hukuki zemin oluşturmuş, daha sonra bu amaca ulaşmayı sağlayacağını belirttiği öznel yollar belirlenmiş ardından da ortaya çıkabilecek hukuki sorunlara karşı tüm hukuk dallarında düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemeler, amaçlar, amaçlara ne şekilde ulaşılabilmesinin yasada belirtilmesi, özellikle daha sonra Avustralya aleyhine

<sup>253</sup> Avustralya Markalar Yasası, Paragraf 42(b).

<sup>254</sup> Avustralya Markalar Yasası, k. 38 Marka Tescil Kararının İptali ve 84A Marka Tescilinin İptali.

<sup>255</sup> Avustralya Markalar Tüzüğü, k. 17A.27 Uluslararası Marka Tescil Kararının İptali ve 17A.42A Markalar Tescil Ofisinin Marka Korumasını Değiştirme veya İptali Yetkisi.

<sup>256</sup> TPP k. 28.

<sup>257</sup> Avustralya Tasarımlar Yasası k. 90.

<sup>258</sup> Avustralya Tasarımlar Yasası k. 92.

<sup>259</sup> TPP k. 29.

açılacak davalarda savunma aracı olarak kullanılmış ve büyük oranda da başarılı olunmuştur. Yasa koyucunun tüm olasılıkları öngörüp buna ilişkin her türlü savunma mekanizmalarını yasanın içine dahi yerleştirmesi düz paketleme düzenlemelerinin ne kadar özenli ve planlı şekilde yapıldığının göstergesidir.

Nitekim TPP'nin yasalaştığı gün olan 1 Aralık 2011'de yasa aleyhine Avustralya Yüksek Mahkemesi'nde hemen iptal davası açılmış, ayrıca uluslararası anlaşmaların ihlal edildiği teziyle tahkime başvurulmuştur.

### **ccc. Avustralya Yüksek Mahkeme Davası**

British American Tobacco (BAT) ile Japan Tobacco International (JTI) şirketleri, TPP'nin yasalaştığı gün Avustralya Devleti aleyhine Avustralya Yüksek Mahkemesi'nde dava açmışlardır.<sup>260</sup> Davacılar, TPP ile birlikte mülkiyet haklarının Avustralya Anayasası k. 51(xxxi)'deki adil şartlarla kazanılması ilkesine aykırı şekilde Avustralya Devletince kazanıldığını belirtmiştir. Davada Philip Morris Ltd (PM) ve Imperial Tobacco şirketleri ile The Cancer Council Australia müdahale talebinde bulunmuş ancak mahkemece sadece şirketlerin davaya müdahil olmasına izin verilmiştir.<sup>261</sup> Davada Avustralya Federal Hükümeti davalı olarak yer almış ve her iki dava birlikte görülmüştür.

Avustralya Yüksek Mahkemesi 15 Ağustos 2012 tarihinde davacıların itirazlarını 6'ya karşı 1 oyla reddetmiş<sup>262</sup>, 5 Ekim 2012 tarihinde ise gerekçeli kararını yayınlamıştır.<sup>263</sup>

<sup>260</sup> British American Tobacco Australasia Limited and Ors v. The Commonwealth of Australia, S389/2011, <http://www.hcourt.gov.au/cases/case-s389/2011> ve JT International SA v. Commonwealth of Australia, S409/2011, <http://www.hcourt.gov.au/cases/case-s409/2011> (E.T. 30.11.2019)..

<sup>261</sup> Müdahale dilekçeleri için bkz. <http://www.hcourt.gov.au/cases/case-s389/2011> ve <http://www.hcourt.gov.au/cases/case-s409/2011> (E.T. 30.11.2019).

<sup>262</sup> <http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/judgment-summaries/2012/projt-2012-08-15.pdf> (E.T. 30.11.2019).

<sup>263</sup> JT International SA v Commonwealth; British American Tobacco Australasia Ltd v Commonwealth [2012] HCA 43 (5 October 2012) (TPP Kararı) <http://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2012/HCA/43> (E.T. 30.11.2019).

#### aaaa. Davacıların İddiaları

Davacılardan BAT, açmış olduğu davada iki üst başlık altında iddialarını kategorilendirmiş ve bunları çeşitli alt başlıklarla temellendirme yoluna gitmiştir. Bu başlıklardan ilki TPP k. 15 hariç tutulmak üzere yasanın, bir hakkın kazanılması sonucunu doğurup doğurmadığı, doğuruyorsa davacılara ait olan bir mülkiyet hakkının Avustralya Anayasası k. 51(xxxi)'deki "adil şart" ilkesine aykırı şekilde kazanılıp kazanılmadığı, ikincisi ise TPP k. 15'in geçerli bir yasa olup olmadığıdır.<sup>264</sup>

JTI de BAT'a benzer bir yoldan gitmişse de iddialarını daha ayrıntılı temellendirmiştir.<sup>265</sup>

Davacılar öncelikle marka ve ürün dış görünüşünden<sup>266</sup> kaynaklı mülkiyet haklarının olduğunu belirterek bu hakların Avustralya Anayasası k. 51(xxxi)'in kapsamına girdiğini belirtmişlerdir. BAT ise bunların dışında dayandığı hakları bir adım öteye taşıyarak patent, tasarım, telif mevzuatından kaynaklı haklarının; ürün dış görünüşü ile elde ettiği ticari itibar hakkının; sigara ve paketleri de kapsayan materyallere ilişkin haklarının olduğunu belirtmiştir.<sup>267</sup>

Davacılardan BAT bu açıklamalar dahilinde, Avustralya Anayasası k. 51(xxxi)'e göre hak sahibinin ilgili mülkiyete dayalı olarak önceden yararlandığı bir hakkın olumsuz etkilenmesi ya da sona erdirilmesinin diğer şartlar da mevcutsa hakkın kazanılması anlamına geldiğini belirterek yasal düzenlemelerden sonra sigara satışıyla ilgili olarak bu haklarını esaslı ya da anlamlı şekilde kullanmadığını iddia etmiştir.<sup>268</sup> JTI de benzer açıklamalarla birlikte bir hakkın kazanılmasının düzenlemeye yönelik şekilsel incelemeyle değil özüne yönelik incelemeyle tespit edileceğini ifade

<sup>264</sup> BAT'ın sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe, [http://www.hcourt.gov.au/assets/cases/s389-2012/BAT\\_Plf.pdf](http://www.hcourt.gov.au/assets/cases/s389-2012/BAT_Plf.pdf) (E.T. 30.11.2019).

<sup>265</sup> JTI'nin sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe, [http://www.hcourt.gov.au/assets/cases/s409-2011/JT\\_Plf.pdf](http://www.hcourt.gov.au/assets/cases/s409-2011/JT_Plf.pdf) (E.T. 30.11.2019).

<sup>266</sup> Dış görünüş olarak Türkçe'ye çevrilebilecek "Product get-up" bir ürünün dış görünüşünün bütünü olarak tanımlanabilir. ABD'deki "trade dress" olarak bilinen marka benzeri korumanın aksine Avustralya'da ürün dış görünüşü marka olarak tescil edilmedikçe tüketici yasası, haksız rekabet, telif vb. araçlarla markaya göre daha zayıf bir şekilde korunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Staniforth Ricketson, **The Law of Intellectual Property, Law Book Co of Australasia**, Sidney 1984, s. 534.

<sup>267</sup> BAT'ın sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe ve JTI'nin sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

<sup>268</sup> BAT'ın sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

etmiştir.<sup>269</sup> Davacılar, her ne kadar mülkiyet haklarından tamamen mahrum bırakılmasa da, Avustralya Devletince bu haklarının içlerinin boşaltıldığını, üzerindeki egemenlik yetkisinin kısıtlandığını belirtmiş ve kendilerine sadece düz, içi bomboş bir mülkiyet hakkının kaldığını iddia etmiştir.<sup>270</sup> JTI'ye göre markanın ticari değeri sadece başkalarının o markayı kullanmasını engellemekle değil, markayı etkin olarak kullanmakla oluşmaktadır ve TPP düzenlemesiyle etkin kullanım engellenerek markanın değeri ortadan kaldırılmıştır.<sup>271</sup>

Davacılar bununla birlikte mülkiyet hakkının kazanılması için bir diğer şartın da Avustralya Devleti ya da başka bir kişinin, ne kadar zayıf ya da az olursa olsun ilgili mülkiyetten bir yarar elde etmesi olduğunu ifade etmiştir.<sup>272</sup> BAT'a göre Avustralya Devleti'nin elde ettiği yararlarından ilki Avustralya Devleti'nin, fikri ve sınai hakları belli bir biçimde kullanmama hakkına sahip olmasıdır. BAT'a göre bir hakkın belli bir biçimde kullanılması ya da kullanılmaması yetkisi sadece hak sahibine verilmiş olup, en önemli yetkilerden olan hakkın kullanılmaması yetkisinin Avustralya Devleti'ne geçişi bile başlı başına hakkın kazanılmasının gerçekleştiğini göstermektedir. Bununla birlikte Avustralya Devleti tütün ürünü paketlerini tasarlama, piyasaya dilediği şekilde sunma, istediği mesajları ve reklamları halka ulaştırma ve pakette istediği unsurlara yer verme hakkını da elde etmiştir.<sup>273</sup>

JTI'nin yarar konusundaki iddiaları ise daha farklı olmuştur. Buna göre Avustralya Devleti'nin ilk olarak elde ettiği yarar, iddia edildiği gibi yasanın işe yaraması halinde tütün ürünü kaynaklı hastalıklardan etkilenenlerin sayısındaki azalışla paralel olarak bütçeden yapılan sağlık harcamalarının azalacak olmasıdır.<sup>274</sup>

Ayrıca JTI, Avustralya Devleti'nin TPP k. 3'te belirttiği yasal sağlık uyarılarının, paketteki dikkat dağıtıcı markasal unsurlar nedeniyle etkisiz olması sorununu TPP ile aşacağını ve TPP'nin TKÇS'nin Avustralya Devleti'ne yüklediği

<sup>269</sup> JTI'nin sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

<sup>270</sup> BAT'ın sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe ve JTI'nin sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

<sup>271</sup> JTI'nin sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

<sup>272</sup> BAT'ın sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe ve JTI'nin sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

<sup>273</sup> BAT'ın sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

<sup>274</sup> JTI'nin sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

yükümlülüklerin yerine getirilmesine yardımcı olacağını, bu durumun da Avustralya Devleti'nin yararına olduğunu belirtmiştir.<sup>275</sup>

Bu durumda JTI'nin, ilgili yasanın işe yaradığını ve sigara kullanımını azaltmaya yardımcı olduğunu dolaylı olarak kabul ettiği akla gelse de Avustralya hukukuna göre, açılan bu davada yasanın yerindelik yönüne değil sadece mülkiyetin adil şartlarla kazanılmasına dayanılabildiği için JTI'nin bu durumu kabul edip etmemesinin bir önemi bulunmamaktadır.

BAT bununla birlikte "*mülkiyetten yarar elde edilmesi*" kavramı dar yorumlansa bile Avustralya Devleti'nin davacıya ait fikri ve sınai hakları, bunların tüm temel amaçlarına yönelik olarak kullanılmamasına karar verme yetkisini ve davacıya ait sigara ve paketlerin görünüşlerine ilişkin dilediği tasarımı zorla uygulama hakkını elde ettiğini belirtmiştir.<sup>276</sup>

Davacılar yukarıda açıklanan iddialarla birlikte kazanılmanın adil şart ilkesi gözetilmeden yapıldığını belirtmiştir. Buna göre davacıların TPP ile etkilenen fikri ve sınai hakları için hiçbir tazminat belirlenmediği gibi bunu belirlemeye ve daha sonra ödemeye yarayacak hiçbir yöntem de yasaya dahil edilmemiştir.<sup>277</sup>

Davacılar bununla birlikte, Avustralya Devleti'nin, ortada çok büyük bir kamu yararı varsa ve aşırıya kaçılmadıkça herhangi bir tazminat ödemedi de adil şartla kazanımın gerçekleşebileceği fikrini savunduğunu belirtmişlerdir. Buna göre Avustralya Devleti'nin, bu yararı kanıtlamak için düz paketin sigara içiciliğini azaltacağına yönelik sunduğu deliller ile yine bu kamu yararını dayanak göstererek mülkiyet hakkına ilişkin kazanımları Anayasa k. 51(xxxi)'in dışında tutması hukuki temelden yoksun ve davayla ilgisizdir. Bir yasanın yerinde ya da yararlı olup olmadığı mahkemelerin görevi olmayıp mahkemeler yasanın hak ve özgürlüklere aykırı olup olmadığını denetlemektedir. Kaldı ki hak kazanılmasını içeren bir yasa zaten her zaman kamu yararı için yapıldığından, adil şart ilkesinin uygulanmamasına yönelik bir

<sup>275</sup> JTI'nin sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

<sup>276</sup> BAT'ın sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

<sup>277</sup> BAT'ın sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe ve JTI'nin sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

savunma yapılamayacağı belirtilmiştir.<sup>278</sup> Ayrıca BAT'a göre anılan yasa sigara içiciliğini azaltmayacak ancak bu varsayımın kabul edilmesi halinde bile kazanımın hukuka aykırı olduğu sonucu değişmeyecektir.<sup>279</sup>

BAT'a göre adil şartla kazanma konusu tespit edilirken mahkeme, mülkiyet hakkı sahibinin çıkarını, tüm toplumun genel çıkarına karşı dengelemeye çalışmamalıdır. Tüm toplumun genel çıkarına olan bir kazanımın maliyetine de hak sahibi değil demokratik toplum ve hukuk kurallarının gereği olarak bizzat toplumun kendisi katlanmalıdır. Adil şart bu durumda sadece hakkaniyet esasına göre belirlenmeli, sadece hak sahibinin zararını telafi etme şeklinde olmamalıdır.<sup>280</sup>

BAT'a göre, devletin Avustralya Anayasası k. 51(xxxi)'deki kazanma yetkisi iflas, vergilendirme vb. konular dışında adil şartların sağlanmasına bağlanmıştır. TPP ile birlikte, açıkça bir amaca ulaşmak için BAT'ın mülkiyet haklarının Avustralya Devletince kazanılmış olduğu açıkken adil şart ilkesine uyulmamasının hiçbir gerekçesi bulunmamaktadır.<sup>281</sup>

BAT bunların dışında *“Bu yasa, bir kişinin mülkiyet hakkının adil olmayan şartlarla kazanılması sonucunu doğurduğu ölçütte uygulanmayacaktır.”* şeklindeki TPP k. 15 hükmünün de geçersiz olduğunu belirtmiştir. Buna göre adil şart ilkesi anayasal bir ilkedir ve TPP'nin yürürlüğü, anayasa hukukuna göre yapılacak bir değerlendirmeye, daha doğrusu değerlendirmeye ortaya çıkacak sonuca bağlıdır. Bu hal mahkemenin değişen yorum ve içtihatlarına göre yasanın her zaman farklı uygulanmasına sebebiyet verecektir. Üstelik anayasanın yorumlanması her olaya özgü olacağı ve önceki emsallerin esas alınması çok mümkün olmadığından bir belirsizlik ortamı doğacaktır. Bu durumun iki sonucu vardır;

- Yasanın uygulanmasının kapsamı açık olarak belirlenmemiştir, dolayısıyla getirilen düzenlemelerin bir kural mı yoksa bir bildirme mi olduğu belli değildir. Ayrıca Avustralya Anayasası'na atıf yapılarak belirsizlik yaratılmıştır ve bir kişinin bu yasayı Avustralya Anayasası k. 51(xxxi)'e göre

<sup>278</sup> BAT'ın sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe ve JTI'nin sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

<sup>279</sup> BAT'ın sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

<sup>280</sup> BAT'ın sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

<sup>281</sup> BAT'ın sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.



yorumlayıp daha sonra bu yasanın kendisine uygulanıp uygulanmayacağını anlaması mümkün değildir.

- İkinci olarak yasanın yürürlüğü, anayasal çerçevede yapılacak bir yargılamaya bağlı kılınmıştır. Bu durum da mahkemenin, yasal düzenleme hakkında yapacağı kendine özgü yorumlarla adeta bir yasa koyucuya dönüşmesi anlamına gelmektedir. Mahkeme yasanın yürürlüğüne karar verirse, özellikle TPP’de yer alan ceza yaptırımlarını hukuki olaya uygulamak yerine bir ceza yaptırımını yürürlüğe sokmuş olacaktır. Yasa koyucu yasayla bir kural getirip sınırlarını belirleme yetkisini mahkemelere bırakmış olacak ve bu durum yasa koyucu ile mahkemelerin erkler ayrılığına göre ayrılmasına aykırılık anlamına gelecektir.<sup>282</sup>

BAT’a göre, TPP k. 15 ile mahkemelere yargı değil yasama yetkisi verilmiş ve bir eksiklik halinde mahkemenin yasayı tekrar baştan yazmasına imkan tanınmıştır.<sup>283</sup>

Sonuç olarak JTI mahkemededen, TPP k. 15 uyarınca JTI’nin marka ve ürün dış görünüşlerine yasanın uygulanamayacağına karar verilmesini; alternatif olarak TPP’nin marka ve ürün dış görünüşlerine uygulanması yönünden hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmiştir. BAT ise TPP’nin kendi tütün ürünlerine ve paketlerine uygulanmayacağına yönelik karar verilmesini; alternatif olarak TPP’nin hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmiştir.

Görüleceği üzere tütün ürünü üreticileri dava süresince fikri ve sınai haklar yönünden maksimum korumacılık fikrini benimsemişler, bir nevi mülkiyet hakkının tüm toplum yararlarından üstün olduğu görüşünü savunmuşlar, fikri ve sınai haklarının TPP’nin iptaline dayanak olacağını düşünmüşlerdir. Davacılar buna bağlı olarak davalarında, telif hakkı, marka, tasarım, ürün dış görünüşü ve hatta sigara paketine yönelik patent hakkına dayanmışlar ve yeni yasayla bu haklarının da Avustralya Devleti tarafından kazanıldığını belirtmişlerdir.<sup>284</sup>

<sup>282</sup> BAT’ın sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

<sup>283</sup> BAT’ın sunmuş olduğu 26 Mart 2012 tarihli dilekçe.

<sup>284</sup> Matthew Rimmer, “The High Court of Australia and the Marlboro Man: The Battle over the Plain Packaging of Tobacco Products”, **Regulating Tobacco, Alcohol and Unhealthy Foods: The Legal Issues**, Routledge, Milton 2014.

#### **bbbb. Avustralya Devleti'nin Savunması**

Davalı Avustralya Devleti savunmasında öncelikle Avustralya Anayasası k. 51(xxxi) ile koruma altına alınanın, genel olarak bir ekonomik ya da ticari durum değil mülkiyet hakkı olduğunu ifade etmiştir.<sup>285</sup>

Avustralya Devleti'ne göre dört alt sorunun davalılar aleyhine çözülmesi halinde TPP'nin Avustralya Anayasası'na aykırı olup olmadığı da belirlenmiş olacaktır.

Davacıların doğal hukuktan kaynaklanan geniş çaplı bir mülkiyet haklarının olup olmadığı sorunu bunların ilkidir. Avustralya Devleti'ne göre davacıların fikri ve sınai hakları yasadan kaynaklanmakta olup pozitif bir talep hakkı değildir. Dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla bu hakta tazminat ödemediği değişiklik yapılması, hatta bu amaçla yine tazminatsız olarak hakkın ortadan kaldırılması mümkündür. Üstelik fikri ve sınai hakların varlığı henüz hiç üretilmemiş tütün ürünü paketleri üzerinde de davacılar lehine önceden kazanılmış bir hak doğurmamaktadır. Esasen davacıların paketler üzerinde dilediği unsurları kullanması da çoktan sınırlanmaya başlamış bir alanda, henüz hakkında düzenleme yapılmamış olduğu için yararlanılan bir boşluktan başka da bir şey değildir. Davacıların ticari itibarı da hukukun kendilerini serbest bıraktığı alana göre değişmektedir.<sup>286</sup>

Davalıya göre ikinci olarak Avustralya Devleti'nin, mülkiyet hakkından kaynaklanan daha doğrusu mülkiyet hakkının özüyle ilintili bir yarar elde edip etmediği incelenmelidir. Avustralya Devleti, sağlık uyarılarının etkisini azaltan bu işaretleri kaldırarak mülkiyet hakkından kaynaklı bir yarar elde etmemiştir. Davacıların sağlıkla ilgili bahsettiği yararlardan hiçbiri mülkiyet hakkına ilişkin olmadığı için Avustralya Devleti'nin bir yarar elde ettiğinden bahsetmek mümkün değildir.<sup>287</sup>

Üçüncü sorun ise eğer varsa tütün ürünü üreticilerinin mülkiyet haklarının Avustralya Devleti tarafından kazanılmasının, “*adil şartlarla kazanma*” kavramı

<sup>285</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 2. [http://www.hcourt.gov.au/assets/cases/s389-2012/BAT\\_Def.pdf](http://www.hcourt.gov.au/assets/cases/s389-2012/BAT_Def.pdf) (E.T. 30.11.2019).

<sup>286</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 5.

<sup>287</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 6.

kapsamına girip girmediğidir. Avustralya Devleti'ne göre TPP ticari bir alanda düzenlemeler yapmakta olup kamu sağlığını korumak için getirilmiştir, dolayısıyla bunun sonucunda ortaya hak kazanımı çıkarsa bu kazanım yasanın bir sonucu olarak rastlantısal şekilde olmuş olacaktır. Böyle bir alandaki olası bir hak kazanımı ise Anayasa'da belirtilen kavramın kapsamına girmemektedir. Ayrıca tütün ürünü paketlerinin insanları içiciliğe yönlendirdiği, tütün ürünlerinin ise kamu sağlığına çok büyük bir zararı olduğu da dosyadaki delillerde açık şekilde görülmektedir. Buna göre zarar verici bir ticari yöntemle, yani tütün ürünü paketlerini pazarlama amacıyla kullanarak bir fayda elde eden şirketlere, TPP'ye göre tazminat ödenmesi, hukuka aykırı bu yöntemin kullanılmaya devam edilebileceği anlamına gelmektedir.<sup>288</sup>

Son sorun ise bu şartlarda bir hak kazanımının eğer varsa adil olmayan şartlarla gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Avustralya Devleti'ne göre TPP mülkiyet hakkını, kamu sağlığını korumak ve kamu sağlığına verilen zararı engellemek için en uygun şekilde sınırlamaktadır. TPP bunun dışında şirketlere ait marka ve tasarım haklarının, kullanmama nedeniyle kaybedilmesini önleyici düzenlemeler de yapmıştır. Tüm bu hususlar, Avustralya Anayasası düzenlemeleri, Avustralya halkı ile tütün şirketleri arasındaki yarar dengesi göz önüne alındığında hak kazanımı adil şartlarla yapılmış olacaktır.<sup>289</sup>

Avustralya Devleti kendi açısından sorunları belirledikten sonra ilk olarak tütün içiciliğinin kamu sağlığına zararlı olduğunu açıklamaya çalışmıştır. DSÖ'ye yapılan atıfla sigaranın, amacına uygun şekilde kullanıldığında tüketicisini öldüren tek yasal ürün olduğu belirtilmiş, TKÇS'ye göre devletlerin gelecek nesilleri sigaranın zararlarından koruma yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmiştir.<sup>290</sup> Avustralya Devleti ayrıca davalılardan BAT'ın da dilekçesine atıf yaparak tütün ürünü içiciliğinin kansere, kalp krizine, solunumla ilgili hastalıklara neden olduğu konusunda ortada bir uyuşmazlık bulunmadığını belirtmiştir.<sup>291</sup> Bununla birlikte davalı tütün ürünlerinin özellikle ergenlik çağındaki kişilerde bağımlılığa sebep olması ve bu çağdaki kişileri daha hızlı şekilde hasta etmesine ilişkin bilgileri, 1950'den 2008'e kadar tütün ürünü yüzünden ölüm istatistikleri de mahkemeye sunmuştur.<sup>292</sup>

<sup>288</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 7.

<sup>289</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 8.

<sup>290</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 19.

<sup>291</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 22 vd.

<sup>292</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 19-27.

Avustralya Devleti devamında, geçmişten beri süregelen tütün ürünlerinin pazarlanmasına yönelik kısıtlamaları kronolojik olarak sıralamıştır. Geçmişte ilk olarak her televizyon ve radyo reklamından sonra içiciliğin sağlığa zararlı olduğu uyarısının tüketicilere dinletilmesi zorunlu tutulmuş, daha sonra reklamların televizyon ve radyolarda yayınlanması yasaklanmış, bunu basılı medyaya yönelik yasaklar izlemiş, son olarak da görünür yerde tütün ürününün satışı dahil her türlü pazarlama faaliyeti engellenmiştir.<sup>293</sup>

Avustralya Devleti, bu kısıtlamalarla birlikte tütün ürünlerinin paketlenme ve görünüşlerinin, pazarlama için tek unsur olarak kaldığını ve tütün ürünü üreticilerinin bu unsurları pazarlama amacıyla kullanmaya başladığını, bu hususu BAT'ın da kabul ettiğini belirtmiştir.<sup>294</sup> Bununla birlikte Avustralya Devletince tütün ürünü paketlerinin rolüne ilişkin çok detaylı veriler sunulmuştur ve tütün ürünü paketlerinin bizzat kendisinin bir pazarlama faaliyeti olduğu iddiası akademik çalışmalarla desteklenmiştir.

Bunları kısaca özetlemek gerekirse tütün ürünü paketlerinin en esaslı amacı satın alınma ve ürünü deneme isteği yaratmaktır. Üstelik sigaranın satın alınmasıyla paketin pazarlama faaliyeti sona da ermemekte, çoğu tüketim malının aksine her sigara içildiğinde paket bu faaliyeti sürdürerek markayla özdeşleşmiş karakteristik özelliklerle diğer insanlara mesaj vermektedir. Sigara paketleri bu yüzden dikkat çekmek ve akılda kalmak üzerine tasarlanmaktadır. Tüketicilerin göz hareketleri, dikkatini nelerin çektiği, nereye ne kadar baktığı gibi bilimsel veriler göz önüne alınarak paketler tasarlanmakta ve renk, yazı tipi, çizgilerin sayısı, yönü, kalınlığı, sayısı, paketin şeffaf filminin dokusuna her şey büyük bir titizlikle belirlenmektedir. Sağlık, tazelik, temizlik, kadınsılık algısı yaratan pembe, mor, beyaz, sarı renkler ve ince sigaralar genç kadınları cezbetmekte; açık renkli tütün ürünleri ise çoğu tüketici tarafından daha az zararlı olarak algılanmaktadır.<sup>295</sup>

<sup>293</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 28.

<sup>294</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 29.

<sup>295</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 30

Aynı şekilde paketle verilen marka imajının, gençlik/genç yetişkinlik döneminde çok etkili bir pazarlama aracı olduğu ve bu yaştaki kişilere sigara alışkanlığı kazandırmada çok büyük etkilerinin olduğu ifade edilmiştir.<sup>296</sup>

Avustralya Devleti tarafından bunların dışında TKÇS m. 11/1/a<sup>297</sup> ile m. 13<sup>298</sup> uyarınca sorumluluklarının olduğu, TKÇS'nin ilgili maddelerinin kılavuzlarında ise düz paketin tavsiye edildiği<sup>299</sup> ve yine TPP'nin gerekçe metnine atıf yapılarak paket tasarımlarının, tüketicilerin dikkatini sağlık uyarılarına çekmeye engel olduğu belirtilmiştir.<sup>300</sup>

Davalı Avustralya Devleti bu sorunları belirttiikten sonra davacıların argümanlarını cevaplamış ve kendi karşı argümanlarını açıklamıştır. Avustralya Devleti ilk olarak TPP ile birlikte davacılara ait hiçbir mülkiyet hakkının kazanılmadığını ifade etmiştir. Mülkiyet hakkının kazanılmasında söz edilebilmesi için öncelikle bir mülkiyetin sahibinden alınması gerekmektedir. Mülkiyetin sahibinden alındığından söz edilebilmesi için ise daha önce mevcut bir mülkiyet hakkında hiç olmazsa önemli miktarda azalma meydana gelmesi gerekmektedir. Bununla birlikte bir hakkın, doğası gereği değişikliğe ve ortadan kaldırılmaya yatkın olması halinde bu değişiklikler ya da hakkın ortadan kaldırılması eksilme sayılmayacaktır.<sup>301</sup>

Avustralya Devleti, davacıların hepsinin dayandığı hak olarak öncelikle marka hakkını açıklamıştır. Buna göre davacıların tamamı markanın tesciliyle birlikte artık

<sup>296</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 31.

<sup>297</sup> **TKÇS-Madde 11/1/a** "Her bir Taraf, kendisi açısından işbu Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonraki üç yıllık bir süre içinde, kendi ulusal kanunları doğrultusunda, aşağıdakilerin gerçekleştirilmesi için etkili önlemler alacak ve uygulayacaktır;

(a) Tütün ürünlerinin paketlenmesi veya etiketlenmesinde, bir tütün ürününün özellikleri, sağlığa etkileri, tehlikeleri ve emisyonları ile ilgili yanlış, aldatıcı, yanıltıcı veya hatalı izlenim oluşturacak ve belirli bir tütün ürününün, doğrudan veya dolaylı olarak, diğer tütün ürünlerinden daha az zararlı olduğu izlenimini uyandıracak, "düşük katranlı", "hafif", "ultra-hafif" ya da "yumuşak" vb. gibi bir tanım, ticari marka, figür veya başka işaret kullanılamaz."

<sup>298</sup> **TKÇS-Madde 13** "Her bir Taraf, anayasalarına veya anayasal ilkelerine uygun olarak, tütünle ilgili her türlü reklam, promosyon ve sponsorluğa karşı kapsamlı yasaklar getireceklerdir. Bu yasaklara, Taraf devlette mevcut yasal çevresel ve teknik imkanlar çerçevesinde, kendi topraklarından kaynaklanan sınır ötesi reklam, promosyon ve sponsorluk da dahil olacaktır. Bu bağlamda, iş bu Sözleşme'nin o Taraf açısından yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl içinde her bir Taraf uygun yasal, icrai, idari ve/veya diğer önlemleri alacak ve önlemler hakkında 21. maddede belirtildiği üzere bilgi verecektir."

<sup>299</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 37-42.

<sup>300</sup> Tobacco Plain Packaging Bill 2011 Explanatory Memorandum, Sayfa 2 ve Dipnot 4.

<sup>301</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 44.

markayı kullanmak için pozitif bir haklarının olduğunu, bu haklarının tüm düzenleme ve yasalara karşı bağımsızlık verdiğini savunmaktadır. Buna karşılık markanın tesciliyle birlikte, ilgili ibare üzerinde tescil edene bir tekel hakkı verilmekte, daha açık bir ifadeyle ilgili ibarenin başkaları tarafından kullanılmasını engelleme yetkisi verilmektedir.<sup>302</sup>

Buna göre Avustralya Markalar Yasası k. 20/1'de<sup>303</sup> markanın tescili, özel olarak sadece sahibine; markayı kullanma, başkalarının o markayı kullanmasını engelleme yetkilerini vermektedir. Bu düzenlemeyle markayı münhasıran kullanma yani başkalarının o markayı kullanmasını tekel olarak engelleyebilme yetkisi yasal olarak güvence altına alınmıştır. Yine bu hakka bağlı olarak bir yan hak olarak marka sahibi marka hakkının ihlaline karşı bl. 12'deki yasal işlemlerin yapılmasını isteyebilmektir. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında markanın pozitif bir hak sağladığı varsayımının Avustralya Markalar Yasası'nda bir dayanağı bulunmamaktadır. Ayrıca belirtilen yasada markaların tescili için kullanma amacı aranmış, kullanılmayan markaların sicilden terkin edileceği ve kullanılması hukuka aykırılık yaratacak markaların tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu durum da eyalet yasaları dahil diğer yasalarla markanın kullanımının yasaklanacağını göstermektedir.<sup>304</sup>

Avustralya Devleti bununla birlikte Avustralya Markalar Yasası k. 20/1'in, bir önceki yasa olan 1955 yılındaki markalara ilişkin yasayla, hatta 1875 yılından bugüne kadarki Avustralya ve İngiltere'deki markalara ilişkin yasalarla aynı olduğunu ifade etmiştir. Kararlı uygulamalar ve hakkın doğası gereği bunun anlamının "*bir tescille elde edilenin, mülkiyet hakkı sahibinin markasını kullanmasına yönelik bir hak değil başkasının o ibareyi marka ya da başka biçimde kullanmasını engelleme hakkı*" olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda marka hakkının geçmişten beri pozitif bir hak sağlamadığı açıktır ve patent, tasarım, telif hakları da aynı şekilde pozitif bir hak vermemektedir.<sup>305</sup>

<sup>302</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 47.

<sup>303</sup> Tescilli bir markanın sahibi, markanın tescilli olduğu emtia ve hizmetlerle ilgili şu haklara münhasıran sahiptir;

- a) Markayı kullanma
- b) Üçüncü kişileri markayı kullanma konusunda yetkilendirme.

<sup>304</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 48.

<sup>305</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 49-52.

Yine Avustralya Devleti, bu kapsamda TPP ile birlikte Avustralya Markalar Yasası'nın verdiği hiçbir hakkın ortadan kaldırılmadığını, azaltılmadığını ya da toptan bir yasaklamanın olmadığını savunmuştur. Davalı, TPP'ye göre paketlerin üzerinde halen markanın ve çeşit adının yer aldığını, her ne kadar farklı bir şey olsa da ihraç edilecek ürünlerde markanın hiçbir kısıtlama olmadan yer alabildiğini belirtmiştir. Ayrıca yasaların izin verdiği pazarlama ve iletişim metinlerinde, iş yazışmalarında, yapılar üzerinde ve toptan satışlarda markaların hala kullanılabilirdiği ifade edilmiştir.<sup>306</sup>

Avustralya Devleti bu açıklamalar ışığında davacıların fikri ve sınai haklarının pozitif bir hak veriyormuş gibi hareket etmelerinin dayanağının olmadığını belirtmiştir. Buna istinaden marka hakkı sahipleri, hala dışlama yetkisini kullanabilecek dolayısıyla markalarıyla ilişkili tüm değerleri koruyabilecektir.<sup>307</sup>

Bununla bağlantılı olarak Avustralya Devleti'nin mülkiyet hakkına ilişkin savunması da dikkat çekicidir. Buna göre davacıların bir kısmı markanın pozitif bir hak vermemesi sorununu mülkiyetin eşyalar ya da varlıklar üzerinde yasal bir yetki, başka bir deyişle bir kontrol olduğu tanımını ileri sürerek aşmaya çalışmıştır. Davacılar TPP ile marka üzerindeki kullanma ve yararlanma yetkilerinin sınırlandırıldığını, dolayısıyla bir haklarında eksilme olduğunu, bunun da Avustralya Devleti tarafından bir hak kazanımı anlamına geldiğini belirtmişlerdir. Ne var ki davacılar bu iddiada bulunurken hak sahibinin marka üzerindeki yetkisi ile markanın kendisini birleştirmişler ve bunu yaparken de yetkilerin sınırlarını kabul etmeyerek hatalı bir çıkarım yapmışlardır. Mülkiyet çok geniş bir kavram olup bir kişiyle özne arasındaki birden çok çeşitte olabilmektedir ve söz gelimi A kişisi, B öznesine ilişkin bir mülkiyeti olduğunu söylüyorsa akla gelen ilk soru A'nın B'de ne şekilde bir çıkarı var olmaktadır. Bir kişinin mülkiyetinin birden çok kaynağı olamaz, sadece tek bir şeyden kaynaklanabilir ve davacıların kayıtlı marka üzerindeki mülkiyeti de Avustralya Markalar Yasası'yla sağlanan hakların toplamıdır.<sup>308</sup>

<sup>306</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 51.

<sup>307</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 54.

<sup>308</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 55.

Ayrıca bir hak eğer mevzuat olmadan var olmuyorsa o hak doğası gereği düzenlemeye ve ortadan kaldırmaya elverişlidir. Dolayısıyla böyle bir hakkın kendi doğal sınırları içerisinde bir yasayla düzenlenmesi veya ortadan kaldırılması, mülkiyet hakkının alınması ya da kazanılması anlamına gelmeyecektir. Marka, patent, tasarım, telif de kendi yasalarından kaynaklı haklar olup kamu sağlığı ve kamu yararı için düzenlenmesinde bir sakınca yoktur. Zaten bu hakların belli bir zaman dilimi sonrası ortadan kalkması da böyle bir düzenlemenin varlığına işarettir. Avustralya Devleti bu kapsamda kamu sağlığı ve kamu yararı için paketlemeye ilişkin düzenlemelerin eskiden beri mevcut olduğunu, örnek olarak İngiltere’de 1887 yılında yapılan bir yasaya göre margarinlerin de düz paketlerde satıldığını,<sup>309</sup> bunun dışında halen çeşitli zehir, kimyasal, gıda gibi ürünler ile bazı bilgisayar oyunları ile filmlerin paketlenmesine ilişkin yasaların<sup>310</sup> mevcut olduğunu belirtmiştir.<sup>311</sup>

Kaldı ki Avustralya Devleti’ne göre fikri ve sınai haklara ilişkin bir yasayla kamuya zarar verme amaçlı bir hakkın yaratılıp daha sonra bu hakkın ortadan kaldırılması ya da düzenlenmesi için tazminat ödenmesi de olağandışı olacaktır. Hiçbir mevzuatta bu şekilde bir özgürlük bulunmamaktadır.<sup>312</sup>

Avustralya Devleti diğer yandan ticari itibarın, bir işin yürütülmesi sırasında tüketicilerce o markayla hak sahibi arasında bağlantı kurulmasıyla kazanıldığını, taklitçilik davasıyla korunabildiğini belirtmiştir. Bu bağlamda Avustralya Devletince dava açmanın da negatif talep hakkının bir göstergesi olduğu, başkalarının bunu taklit ederek izinsiz kullanmasının engellendiği ifade edilmiştir. Yine Avustralya Devleti ürün dış görünüşünün bir mülkiyet hakkı vermediğini dolayısıyla mülkiyet

<sup>309</sup> İngiltere’de 1887 yılında margarinin tereyağıyla karıştırılmasını engellemek ve tereyağı üreticilerini tereyağına göre nispeten çok daha ucuz margarinin yaratacağı haksız rekabete karşı korumak için bu yasa yapılmıştır. Margarin satıcıları, ürünlerinin toplum tarafından tereyağı zannedilmesi amacıyla “*butterine*” (“*tereyağ ürünü*” olarak Türkçeye çevrilebilir) ismiyle satmaya başlamış, bu da İngilizce tereyağı anlamına gelen “*butter*” kelimesiyle karışıklık yaratmıştır. 1887 yılında çıkarılan yasayla margarinlerde “*butter*” kelimesinin kullanılması yasaklanmış, üstelik standart yazı büyüklüğü ve paket belirlenerek günümüzdeki düz pakete benzer bir uygulama ortaya çıkmıştır. Yasa metni için bkz. <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1887/act/29/enacted/en/html>, k. 6 (E.T. 30.11.2019). Ayrıca konu hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Stephen J. Fallows, **Food Legislative System of the UK**, Butterworth&Co., Norwich 1988, s. 38 vd.; Michael French/Jim Phillips, **Cheated Not Poisoned?: Food Regulation in the United Kingdom 1875-1938**, Manchester University Press, Manchester 2000, s. 40 vd.

<sup>310</sup> Avustralya Devleti’nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 59.

<sup>311</sup> Avustralya Devleti’nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 56-59.

<sup>312</sup> Avustralya Devleti’nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 61.



korumasından yararlanılamayacağını, ticari itibarın ise bağımsız bir mülkiyet hakkı olmadığını, yürütülen işe bağlı olduğunu belirtmiştir.<sup>313</sup>

Yine savunmada genel ticari ve ekonomik pozisyonların mülkiyet hakkı kapsamında olmadığı ve dolayısıyla Avustralya Anayasası tarafından korunmadığı belirtilmiş, mülkiyet korunurken bunun gelecekte ortaya çıkabilecek mülkiyete ilişkin olmadığı, şu anda var olan mülkiyete ilişkin olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle getirilen düzenlemeler ileri tarihte üretilecek ürünlere ilişkin olduğu için henüz üretilmemiş ürüne dayalı olarak mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden bahsedilemeyecektir.<sup>314</sup>

Avustralya Devleti bu açıklamalarla birlikte herhangi bir mülkiyet hakkının kazanılmadığını da şu şekilde açıklamıştır. Mülkiyet hakkının kazanılması için mutlaka bir kimseye ait mülkiyetin elinden alınması gerekmeğe de sadece bu durum tek başına mülkiyet hakkının kazanılması anlamına gelmemektedir. Tüm bunlara ek olarak bir diğer şartın da hak sahibi dışındaki kişinin, ilgili mülkiyetin sahipliğinden ya da kullanımından kaynaklı tanımlanabilir bir yarar, gerçekten malik olma veya kısmi ya da tam malik olmaya ilişkin haklara sahip olması olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte bu yararın, kazanılan mülkiyetle eşit olması gerekmemekte ancak mülkiyetin doğasıyla ilgili, onunla bağıntılı, dikkate değer ve mülkiyete denk olması gerekmektedir.<sup>315</sup> Bu kapsamda düşünüldüğünde uluslararası anlaşmalardan kaynaklı yükümlülüklerin yerine getirilmesi mülkiyetin doğasıyla ilgili bir yarar olmadığı gibi bir kişinin elde ettiği bir yarar da değildir.<sup>316</sup>

TPP, Avustralya Devleti'ne göre bazı ürünlerin üretimi ve piyasaya sürülmesine ilişkin asgari gereklilikleri belirleyen bir düzenlemeden başka bir şey değildir. Kişiler bu kurallara uyararak piyasaya girmeyi tercih edebileceği gibi dilerse piyasadan uzak da durabilecektir. Dolayısıyla ortada elde edilen bir yarar olmadığı gibi sigarayı bırakma hattına ilişkin bir logonun tütün ürünü paketlerinde zorunlu olarak kullanılması da sigarayı bırakma kuruluşuna mülkiyetin doğasından kaynaklı bir yarar sağlamamaktadır. Bu bakımdan davacıların dilekçesinde öne sürmüş olduğu yarara ilişkin iddialar mülkiyetin doğasından kaynaklı olmadığı için reddedilmelidir.<sup>317</sup>

<sup>313</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 65-70.

<sup>314</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 67-68.

<sup>315</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 71.

<sup>316</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 73.

<sup>317</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 74-77.

Tüm bunların yanında Avustralya Devleti, TPP'nin Avustralya Anayasası'yla kendisine verilen yasa yapma yetkisine dayalı olarak hazırlandığını, bu nedenle bir düzenleme niteliğinde olup hakkın kazanılması olarak adlandırılmayacağını belirtmiştir.<sup>318</sup>

Avustralya Devleti, TPP ile tütün şirketlerine ilişkin yasal hakların tekrar düzenlendiğini, paketlerin üzerinde hala marka ve çeşit ismi kullanılabildiğini, marka hakkına dokunulmadığını ifade etmiş, zararlı bir ürün olan tütüne ilişkin düzenlemelerin kamu sağlığını geliştireceğini ve dolayısıyla ortada adil olmayan şartlarla bir kazanımın olmadığını belirtmiştir.<sup>319</sup>

Avustralya Devleti son olarak TPP k. 15 konusundaki davacıların iddialarını yanıtlamıştır. İlk olarak getirilen maddenin sadece Avustralya Anayasası k. 51(xxxi)'in yeniden tasviri olduğu, yasayla Avustralya Anayasası arasında bir uyumsuzluk halinde parlamentonun bu yasayı uygulamama niyetinde olduğunun vurgulandığı ifade edilmiştir.<sup>320</sup>

Bununla birlikte BAT'ın TPP k. 15 ile belirsizlik yaratıldığı ve mahkemelere yasama yetkisi verilmiş olduğu iddialarının da hukuken karşılığının olmadığı ifade edilmiştir. Yasanın yürürlüğünün belirsiz olması tek başına bir yasanın iptali sebebi olmadığı gibi mahkemelerce Anayasa'ya dayalı hukuki yorum yapılarak karar verilmesi de bir belirsizlik değildir. Kaldı ki mahkemeye verildiği iddia edilen yasama yetkisi TPP k. 15'in tekrarından başka bir şey olmayacaktır. Bunun nedeni mahkemece yasanın Avustralya Anayasası k. 51(xxxi)'e aykırı olduğuna karar verilirse aykırılık ölçüsünde yasa uygulanmayacak olmasıdır ki bu husus zaten TPP k. 15'in bizzat kendisidir. Mahkemece bu durumda ayrı bir uygulamaya gidilmesi mümkün değildir.<sup>321</sup> Ayrıca TPP k. 15/2 de TPP'nin bazı maddelerinin Avustralya Anayasası'na aykırı olması halinde daha az kısıtlayıcı düzenlemelerin getirilmesi amacıyla getirilmiştir, bu yönüyle yine geçersiz bir madde değildir.<sup>322</sup>

<sup>318</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 96-100

<sup>319</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 79-95.

<sup>320</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 103.

<sup>321</sup> Avustralya Devleti'nin 5 Nisan 2012 tarihli dilekçesi, para. 104-106.

<sup>322</sup> Avustralya Devleti'nin Verdiği 5 Nisan 2012 tarihli Savunma Dilekçesi, para. 23 [http://www.hcourt.gov.au/assets/cases/s409-2011/JT\\_Def.pdf](http://www.hcourt.gov.au/assets/cases/s409-2011/JT_Def.pdf) (E.T. 30.11.2019).

Avustralya Devleti son olarak davacılarından JTI'nin açtığı davada BAT'a verdiği cevap dilekçesine atıf yaparak her iki davanın konusunun aynı olduğunu, BAT'ın açmış olduğu davanın çözüme kavuşturulması halinde JTI'nin açtığı davanın da çözüme kavuşturulacağını ifade etmiştir.<sup>323</sup>

### cccc. Mahkeme Kararı

Davacılar ve Avustralya Devleti'nin verdiği dilekçeler sonrası mahkemece duruşmalar yapılmış, ardından dosyalar hakkında karar verilmiştir.

Belirtmeliyiz ki Avustralya Yüksek Mahkemesi'nde görülen bu davada altı yargıç bulunduğu için gerekçeli kararda tek bir açıklama yerine her yargıcın kendi görüşünü ayrı ayrı belirttiği bölümler yer almaktadır. Bununla birlikte diğerlerinden ayrılan bir görüş olmadıkça tüm görüşlerden bir arada mahkeme olarak bahsedilecektir.

Mahkemece ilk olarak marka, patent, tasarım ve telif hakkının karakteristik özellikleri açıklanmış, bunların Avustralya Anayasası k. 51(xxxi)'e göre mülkiyet hakkı kapsamına girdiği belirtilmiş, tüm bu hakların negatif talep hakkı olduğu daha önceki mahkeme kararlarından atıflar yapılarak ifade edilmiştir. Buna göre bu hakların hiçbirini kullanma yetkisi içermemekte, sadece dışlama yetkisi içermektedir. Örneğin tescilli markanın sahibine karşı telif hakkı ihlali veya passing off davası<sup>324</sup> açan bir üçüncü kişiye karşı tescilli marka savunması yapılamayacak, yasayla bir koruma sağlanamayacaktır.<sup>325</sup>

Burada akla Avustralya Markalar Yasası k. 20/1'de çok açık bir şekilde "*markayı kullanma hakkı*" ibaresi yer almasına rağmen nasıl olup da bunun salt olarak

<sup>323</sup> Avustralya Devleti'nin Verdiği 5 Nisan 2012 tarihli Savunma Dilekçesi, para. 2-10.

<sup>324</sup> "*Passing Off*" olarak isimlendirilen bu dava, hukukumuzdaki haksız rekabetle neredeyse aynı bir kurumdur. Buna karşılık marka tecavüzü davası açabilmek için markanın tescilli olması şartken, passing off davası için markanın tescilli olmasına gerek yoktur. Bir ibarenin gerçek hak sahibine zarar verecek şekilde kullanılması gerekmektedir. Bununla birlikte passing off action kıta avrupasındaki haksız rekabet kurumuna benzemekte ancak müşterilerin korunmasından çok rakipler arasındaki sınai haklarla ilgilenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Christopher Wadlow, **The Law of Passing-off: Unfair Competition by Misrepresentation**, Sweet&Maxwell, Londra 2011, s. 8-19; Mark J. Davison/Ann L. Monotti/Leanne Wiseman, **Australian Intellectual Property Law**, Cambridge University Press, New York 2012, s. 6-7; N. Füsün Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 62-63.

<sup>325</sup> TPP Kararı para. 31-35, 78-81, 248, 266-270, 346-348.

başkalarının o ibareyi kullanımına engel olma olarak algılanabildiği gelmektedir. Nitekim bu husus duruşmalarda da tartışılmıştır. Davacılar duruşmada buna itiraz ederek Avustralya Markalar Yasası'na k. 18 ile eklenen düzenlemeyi örnek göstermişlerdir. Buna göre yeni yasal düzenlemeler getirilerek bazı işaretlerin başlı başına marka olarak ya da bir markanın parçası olarak tescili engellenebilecek ancak bu yasak halihazırda tescilli markalara uygulanmayacaktır.<sup>326</sup>

Davacılar bu durumu ve markanın kullanılmama halinde iptalini gerekçe göstererek yasanın markanın kullanımını zorunlu tuttuğunu, dolayısıyla markayı kullanmanın aynı zamanda bir yetki olduğunu belirtmişlerdir.<sup>327</sup> Davalılar ise bu durumu Hohfeld'in hak teorisini dayanak göstererek açıklamıştır. Buna göre Avustralya Markalar Yasası k. 20/1 ile tescilli marka sahibine münhasıran markayı kullanma ve dışlama yetkileri verilmiştir. Başlangıçta yasal bir engelin olmaması durumunda dileyen herkes dilediği markayı, işareti, resmi kullanabilecektir, dolayısıyla ortada bir serbestlik vardır ve yasal engel olmadıkça kimse bu kullanıma engel olamayacaktır. Avustralya Markalar Yasası ile birlikte bu serbestlik sadece tescilli marka sahibine verilmiş, geri kalan herkesin markayı kullanmasını engelleme şeklinde de bu hak meydana gelmiştir. Bu nedenle yasayla verilen markayı kullanma değil, markayı münhasıran olarak kullanma yetkisidir.<sup>328</sup>

Bununla birlikte mahkemece ilgili hususların yine de davacıların mülkiyet haklarında bir bozulmanın meydana geldiği gerçeğini değiştirmeyeceği ve davacıların bu iddialarının incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>329</sup>

Mahkemeye göre Avustralya Devleti'nin fikri ve sınai hakların karakteristik özelliklerini belirtmesi, adil şartlarla hakkın kazanılması konusu değerlendirilirken bir yarar elde edilip edilmediğinin araştırılması için önemlidir. Yoksa davacıların, sahip oldukları yasal tekel haklarına ait ürünlerini kullanmaktan mahrum bırakılmalarını haklı çıkarma açısından bir önemi bulunmamaktadır.<sup>330</sup> Bununla birlikte çıkarım yapılırken bu yasal tekel hakkı kaba anlamıyla bir tekel hakkı olarak değerlendirilmemelidir. Aksine bu hakları getiren yasal düzenlemeler, tacirlerin

<sup>326</sup> 18 Nisan 2012 Tarihli Duruşma Dökümleri st. 905-945.

<sup>327</sup> 18 Nisan 2012 Tarihli Duruşma Dökümleri st. 905-945.

<sup>328</sup> 18 Nisan 2012 Tarihli Duruşma Dökümleri st. 4805-4870.

<sup>329</sup> TPP Kararı para. 80.

<sup>330</sup> TPP Kararı para. 38.

markayı kullanarak ticari itibarlarını artırıp bunun sonucunda lisans vererek yarar elde etmesi ile tüketicilerin ürünün kaynağını görerek başka ürünlerden o ürünü ayırabilmesini sağlama yararı arasındaki uyum anlamına gelmektedir.<sup>331</sup>

Hakkın kazanılmasının var olup olmadığı konusunda ise mahkeme de Avustralya Devleti'nin belirttiği gibi bir ayrıma gitmiştir. Buna göre mülkiyetin alınması ile mülkiyet hakkının kazanılması arasında bir ayrım bulunmaktadır. Mülkiyetin alınması, mülkiyet hakkı sahibi tarafından bakıldığında mülkiyette bir yoksunluk görünümündedir ancak mülkiyet hakkının kazanılması, kazanan tarafından bakıldığında bir şeyin elde edilmesi görünümündedir. Bu nedenle mülkiyet hakkının kazanılması salt bir hakkın ortadan kaldırılması ile olmamakta, ek olarak kazananın da ne kadar zayıf ya da az olursa olsun ilgili mülkiyetten bir yarar elde etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte bu yararın mutlak surette ilgili mülkiyetten kaynaklanan daha doğrusu o mülkiyetin özüyle ilişkili bir yarar olması gerekmektedir.<sup>332</sup> Ayrıca mahkeme mülkiyet hakkının kazanılmasının tek başına bir olgu olmadığını, adil şartlarla birlikte bir bütün olduğunu belirtmiştir. Değerlendirmenin mülkiyet hakkının kazanılması değil, adil şartlarla mülkiyet hakkının kazanılması ifadesine göre yapılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>333</sup>

Mahkeme bununla birlikte yaptığı bir değerlendirmede, Avustralya Anayasası k. 51(xxxi)'in mülkiyet hakkının devlet tarafından adil olmayan şartlarla kazanılmasına karşı koruma sağladığını belirtse de tacirlerin faaliyet gösterdikleri alandaki genel ekonomik ya da ticari durumlarının korunmadığını belirtmiştir. TPP ile birlikte perakende alanda davacıların satış rakamlarında düşüşün meydana gelebileceği ancak bunun ekonomik ve ticari bir konu olduğu, Anayasa'nın bunu mülkiyet hakkı kapsamında korumadığı mahkemece belirtilmiştir.<sup>334</sup>

Ticari faaliyete mülkiyet denilmesi o faaliyetin hukuken bir taşınmaz gibi korunmasına, yeni bir yasal düzenlemenin sahibinin yararlanma hakkında önemli ölçüde bir eksilmeye yol açamayacağı sonucuna varılmasına neden olacaktır. Bir ticari

<sup>331</sup> TPP Kararı para. 68.

<sup>332</sup> TPP Kararı para. 41, 42, 118, 169, 170, 277, 278.

<sup>333</sup> TPP Kararı para. 169.

<sup>334</sup> TPP Kararı para. 47, 295, 357.

faaliyet her ne kadar maddi değer taşısa ve hukuken ayrıca korunsa da mülkiyetin kesin ve net olarak belirlenebilir çerçevesi içinde değerlendirilemeyecektir.<sup>335</sup>

Mahkeme BAT'ın TPP k. 15 ile ilgili belirtmiş olduğu geçersizlik iddiasını da değerlendirmiş ve ilgili maddenin sadece bölünebilirliği ve bu sayede yasanın ayakta kalmasını sağladığını belirterek BAT'ın talebini reddetmiştir.<sup>336</sup>

Mahkeme her ne kadar çok fazla emsal dosya sunup mülkiyetin alınıp alınmadığını irdelemişse de telifle ilgili olan bir emsal karar marka gibi cismani olmayan bir varlığa ilişkin olduğu için önemlidir. Buna göre Avustralya'da çıkarılan bir yasayla, müzik, şarkı, eğitim gibi materyalleri içeren ses kayıtlarının evde kişisel kullanım amacıyla boş kasete kopyalanmasının telif hakkı ihlali olmadığı düzenlenmiştir. Yasanın iptali için Avustralya Devleti aleyhine dava açılmış ve oybirliğiyle dava reddedilmiştir. Mahkeme, her ne kadar yasayla birlikte davacıların telif haklarında ciddi bir azalma meydana geldiğini belirtse de hak kazanımının olmadığına hükmetmiştir.<sup>337</sup>

Mahkemece yapılan değerlendirmede, TPP ile birlikte davacıların markalarının görünüşte sicilde tescilli birer marka olarak kalmalarına rağmen lisans verilmesi ya da devredilmesi olanağının büyük oranda zarar gördüğü belirtilmiştir. Aynı şekilde BAT'a ait patent, telif, tasarım haklarında bu durumun daha da büyük boyuta ulaştığı ve bu hakların herhangi bir şekilde kullanımının TPP'yle çatışma anlamına geleceği ifade edilmiştir. Bu durumda dava konusu düzenlemeyle birlikte davacılar ait mülkiyetlerin alınmasının gerçekleştiği konusunda bir tereddüdün bulunmadığı belirtilmiş, ürün dış görünüşü mülkiyet olarak kabul edilmemiş, buna bağlı ticari itibar yönünden ise davacıların iddiaları reddedilmiştir.<sup>338</sup>

Mülkiyetin alındığına karar veren mahkeme devamında ise hak kazanımı olup olmadığını irdelemiştir. Buna göre TPP'nin amacı kamu sağlığını geliştirmek, tütün ürünü kullanımını durdurmak ve azaltmak, paketler üzerindeki sağlık uyarılarının etkisiz hale gelmesini önlemek ve TKÇS'ye etkinlik kazandırmaktır. JTI'nin belirtmiş olduğu TKÇS'nin Avustralya Devleti'ne yüklediği yükümlülüklerin yerine

<sup>335</sup> TPP Kararı para. 47.

<sup>336</sup> TPP Kararı para. 261.

<sup>337</sup> TPP Kararı para. 135.

<sup>338</sup> TPP Kararı para. 40, 139-142, 216.

getirilmesine yardımcı olacağı, dolayısıyla TPP'nin Avustralya Devleti'ne bir yarar sağladığı iddiası mahkemece mülkiyetin doğasından kaynaklı bir yarar olmadığı gerekçesiyle, yasanın amacına ulaşmasıyla devletin sağlık harcamalarının düşeceği iddiası ise varsayımsal olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkemeye göre yararın mutlak surette mülkiyetin doğasından kaynaklanması gerekmektedir.<sup>339</sup>

JTI, yarar konusunda duruşmalarda ayrıca TPP'yle birlikte kendilerine ait tütün ürünü paketlerinin devlet tarafından bir resmi görüş pazarlama aracı olarak kullanıldığını belirtmiştir. Paketler üzerinde sağlık uyarılarının konulması, tüketimin zararlarına ait resimler olması, tütün ürününün ticaretine ilişkin düzenlemelerin yapılması ile paket üzerinde tamamen yasal olan sigara paketlerinin hiçbir şekilde alınmaması gerektiği anlamına gelecek devletin resmi mesajlarının bulunması arasında büyük bir fark olduğu ileri sürülmüştür.<sup>340</sup> Önemle belirtilmelidir ki burada pazarlama ile kastedilen husus devletin tütün paketlerindeki alanı kullanması değil, sigaranın hiçbir şekilde tüketilmemesi yönündeki politikasının propaganda alanı olarak kullanılmasıdır.

Kanaatimizce de tüketilmesi, satılması ve pazarlanması yasal bir üründe, devletin aksi yöndeki siyasal görüşüne zorla yer verilmesinin hukuki olup olmadığı tartışma konusudur. Yasalara göre bir ürünün satışı yasak değilse o ürünün tüketilmemesi için gerekli ikna faaliyetlerini devlet çok daha büyük imkanlarla, ulusal çapta yapabilecektir. Yasa yapma enstrümanını elinde bulunduran erkin, koşulları mevcutsa bu enstrümanı kullanarak ilgili ürünün satış ve benzeri faaliyetlerini yasaklama imkanı her zaman bulunmaktadır.

Avustralya Devleti ise duruşmada bu yöndeki davacı iddialarına katılmayarak tütün ürünü paketlerinin devlet tarafından kendi uyarılarının pazarlanması için kullanıldığı tezini reddetmiştir. Devletin pazarlama faaliyeti yapmadığını, kaldı ki bundan mali bir faydanın sağlanmadığını, paketlere yönelik bu gibi düzenleyici normların mülkiyet hakkının kazanılması anlamına gelmediğini belirtmiştir. Aynı şekilde fare zehrinin satışının da yasal olduğu ancak üzerine yazılan uyarıların devletin pazarlama faaliyeti olarak algılanmadığı belirtilmiştir.<sup>341</sup>

<sup>339</sup> TPP Kararı para. 145-148, 177, 303-305.

<sup>340</sup> 17 Nisan 2012 Tarihli Duruşma Dökümleri st. 3750-3890.

<sup>341</sup> 18 Nisan 2012 Tarihli Duruşma Dökümleri st. 705.

Mahkemece bu hususlar kabul edilmemiş ve Avustralya Devleti'nin TPP ile mülkiyetin doğasından kaynaklı bir yarar elde etmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.<sup>342</sup> Mahkemeye göre tütün ürünlerinin paketleri Avustralya Devleti tarafından kontrol edilmemekte, bu şekilde bir yarar da elde edilmemekte, sadece bir yasal düzenlemeyle bütün perakende tütün ürünü paketlerinin yasal olarak nasıl olması gerektiği düzenlenmektedir.<sup>343</sup>

Mahkemece başkaca birçok ürünün de zarar verme ihtimalini engellemek amacıyla düzenlemeye konu olduğu belirtilmiş, bu konuda ilk akla gelen örneklerin bazı ilaç paketlemeleri ve zehirler olduğu ifade edilmiş, bazı yiyeceklere yönelik de aynı şekilde kamu sağlığının gelişimi ve sağlıklı ürünlerin teşvik edilmesi amacıyla hazırlanan yasalar<sup>344</sup> olduğu belirtilmiştir. Mahkemeye göre TRIPS m. 8/1'in kamu sağlığı ve beslenme için üye devletlere gerekli tedbiri alma hakkını verdiği belirtilmiş, TPP'nin bu nedenle TRIPS'le de uyumlu olduğu sonucuna varılmıştır.<sup>345</sup>

Mahkemece bunun dışında TPP'nin insanları sigara içiciliğinden vazgeçirerek kamu sağlığının geliştireceği, paketin çekiciliğinin azaltılarak bu amaca ulaşmanın hedeflendiği belirtilmiştir. Bu amaca büyük oranda ulaşıp ulaşılamayacağını belirlemenin henüz mümkün olmadığı sonucuna varılmış dolayısıyla henüz kamu yararının bulunmadığını söylemek için erken olduğu da belirtilmiştir.<sup>346</sup>

#### **dddd. Karşı Oy**

Yargılamayı yapan altı yargıçtan biri olan Heydon J. çoğunluk kararına katılmayarak davanın kabulüne karar verilmesini istemiştir.

Yargıca göre yasanın asıl kaygısı kamu sağlığını korumak ya da geliştirmek değildir. TPP k. 15'te mülkiyet hakkının kazanılmasına sebep olduğu ölçüde yasanın uygulanmayacağı belirtilmiştir. Buna göre gerektiğinde adil şartların sağlanarak yani

<sup>342</sup> TPP Kararı para. 155, 177, 183, 189, 279, 300, 306, 354, 369-371.

<sup>343</sup> TPP Kararı para. 180-189, 362.

<sup>344</sup> Australia New Zealand Food Standards Code – Standard 1.2.1 <https://www.legislation.gov.au/Details/F2018C00464> (E.T. 30.11.2019).

<sup>345</sup> TPP Kararı para. 316.

<sup>346</sup> TPP Kararı para. 371.



bir ödeme yapılarak kamu sağlığının korunmaya devam etmesindense herhangi bir ücret ödenmemesi ve kamu sağlığının korunmaması daha en baştan seçilmiştir. Yine Avustralya Devleti'nin kamu sağlığını koruma gibi bir amacı da bulunmamaktadır çünkü söz konusu ihraç olduğunda tütün ürünlerinin paketlenmesinde kısıtlama getirilmemekte, Avustralya vatandaşları dışındaki insanların ölümleri önemsenmemektedir.<sup>347</sup>

Yargıç bununla birlikte emsal kararlar göstererek elde edilen faydanın mülkiyete ilişkin olmayabileceğini, önemli olan hususun mülkiyet hakkı sahibi olma ya da o malı kullanmayla ilgili belirlenebilir bir fayda elde edilmesi olduğunu ifade etmiştir.<sup>348</sup> Buna göre kamu sağlığını geliştirmek, tütün ürünü kullanımını durdurmak ve azaltmak, paketler üzerindeki sağlık uyarılarının etkisiz hale gelmesini önlemek, TKÇS'nin Avustralya Devleti'ne yüklediği yükümlülüklerin yerine getirilmesine yardımcı olmak, devletin sağlık harcamalarının düşürmek gibi hususlar başlı başına mülkiyete ilişkin yararlardır.<sup>349</sup>

Karşı oy yazısında yargıç tarafından markanın yasaya göre kullanma yetkisi içerdiğinin açık olduğu, bir hakkın doğası gereği düzenlemeye açık olmasının onun mülkiyet kapsamında olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği, Avustralya Devleti'nin bu mülkiyet üzerinde kontrolü ele geçirdiği, davacılara ait hiçbir fikri ve sınai hakkın kullanılmadığı belirtilmiştir.<sup>350</sup>

Yine yargıç sağlık uyarılarına ilişkin yasal düzenlemelerin mülkiyet haklarına aykırı bir durum oluşturmadığını, mülkiyet sahiplerinin yine istediği gibi markalarını ve ürün dış görünüşlerini kullanabildiğini ifade etmiştir. Yargıç her mülkiyet hakkı sahibinin markasını istediği şekilde, ürünün istediği yerine yerleştirebileceğini belirtmiştir. Yargıç tarafından TPP ile bu hakkın davacılarca kaybedildiği, Avustralya Devleti tarafından kazanıldığı, Avustralya Devleti'nin hiçbir ücret ödemededen vermek istediği mesajları mülkiyet hakkı sahiplerinin ürünleri üzerinden halka ulaştırdığı belirtilmiştir.<sup>351</sup>

<sup>347</sup> TPP Kararı para. 193.

<sup>348</sup> TPP Kararı para. 199-200.

<sup>349</sup> TPP Kararı para. 227.

<sup>350</sup> TPP Kararı para. 208, 217.

<sup>351</sup> TPP Kararı para. 218.

Sonucunda karşı oy yazısında Avustralya Devleti'nin eskiden beri kamu yararını gerekçe göstererek, hak kazanımını Avustralya Anayasası k. 51(xxxi) kapsamı dışına çıkarmaya çalıştığı, bunda başarısız olduğu, bu davanın da kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>352</sup>

Düz paket uygulamaları ülkelere göre farklı nedenlere dayandırılmış olsa ve geneli mülkiyet hakkının ihlali temelinde incelense de bu temelde dahi her ülkenin kendi anayasasına göre birtakım farklılıklar olmuştur. Nitekim Avustralya'da görülen davada orantılılık yönünden bir inceleme yapılması mümkün olmamış, sadece hakkın adil şartlarla kazanılıp kazanılmadığına göre inceleme yapılmıştır. Bu durum çokça eleştirilmiş ve diğer hukuk sistemlerinin aksine birçok hususta savunma yapmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir.<sup>353</sup>

Karşı oy yazısı esasa ilişkin tespitlerin yanı sıra markan hakkının kullanma yetkisi içerdiğinin dolaylı olarak kabul edilmesi ve bu nedenle marka hakkı sahiplerinin hak kaybına uğradığının belirtilmesi açısından da ayrıca önemlidir.<sup>354</sup>

## **bb. Dünya Ticaret Örgütü Nezdindeki Uyuşmazlıklar**

Devletlerin iç hukuk düzenlemelerinin aksine, kuruluş anlaşmasına ve eki olan Anlaşmazlıkların Halline Dair Mutabakat Metni (AHMM) uyarınca DTÖ'ye bir uyuşmazlığın çözümü için başvurma hakkı, istisnalar dışında anlaşmanın tarafı olan devletlere tanınmıştır.

Tütün üreticisi şirketler bizzat bu hukuk yoluna başvuramadıkları için, TPP'den zarar gördüklerini belirten beş üye ülke: Küba, Dominik Cumhuriyeti, Honduras, Endonezya ve Ukrayna, Avustralya aleyhine AHMM'ye dayalı olarak ayrı ayrı DTÖ'ye başvurmuşlardır. Bu ülkelerin tamamı tütün ürünü üretmekle birlikte Avustralya'ya ya hiç ihracat yapmamakta ya da çok az miktarda ürün ihraç

<sup>352</sup> TPP Kararı para. 238-243.

<sup>353</sup> Jonathan Liberman, "Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia", *American Journal of Law & Medicine*, 39 (2013), s. 367-368; Katharine Stephens/Toby Bond/Manon Rieger-Jansen/Graham Maher, "Plain packaging: the lessons learned so far", *Managing Intellectual Property Online*, Nisan 2014, s. 1-2, <https://www.managingip.com/Article/3332019/Plain-packaging-the-lessons-so-far.html> (E.T. 30.11.2019).

<sup>354</sup> Tania Voon, "Acquisition of Intellectual Property Rights: Australia's Plain Tobacco Packaging Dispute" *European Intellectual Property Review*, Vol:2 2013, s. 6.

etmektedirler. Büyük tütün ürünü üreticileri, bu ülkelerin DTÖ'ye başvuru yapmalarını sağlamış ve bütün yasal masrafları üstlenmişlerdir.<sup>355</sup> Bununla birlikte Ukrayna, 2015 yılında AHMM m. 12/12 uyarınca kendi uyuşmazlık dosyasının ertelenmesi talebinde bulunmuş, erteleme öngörülen süreyi aştığı için dosya kapatılmıştır. Ukrayna bu aşamadan sonra sadece diğer dört ülkeye ait uyuşmazlıklara üçüncü taraf sıfatıyla katılmıştır.<sup>356</sup>

Davacılar Avustralya'nın TPP ile getirmiş olduğu düzenlemelerin TRIPS m. 2/1<sup>357</sup> [bağlantılı olarak Paris Sözleşmesi m. 6 (Mükerrer 4)<sup>358</sup> ve m. 10 (Mükerrer

<sup>355</sup> Sergio Puig, "Tobacco Litigation in International Courts", **Harvard International Law Journal**, Vol. 57, No. 2 (2016), s. 411.

<sup>356</sup> DTÖ Kararı para. 1.51-1.54

<sup>357</sup> **TRIPS m. 2/1-Bu Anlaşmanın II, III ve IV nci Bölmeleri ile ilgili olarak, üyeler, Paris Sözleşmesinin (1967) 1 ila 12 nci maddeleri ile 19 ncu maddesine uyacaklardır.**

<sup>358</sup> **Paris Sözleşmesi m. 6 (Mükerrer 4) A) 1-** Menşe memleketinde usulüne muvafık bir surette tescil edilmiş olan her fabrika veya ticaret markası, bu maddede gösterilen ihtirazi kayıtlar altında, aynen tevdi ve himaye edilmek üzere diğer Birlik memleketlerinde kabul edilecektir. Bu memleketler kati tescile tevessül etmeden evvel menşe memleketindeki tescile ait olmak üzere salahiyyetli makam tarafından verilmiş bir tasdiknamenin ibrazını isteyebileceklerdir. Bu tasdikname için hiç bir tasdik muamelesi aranmayacaktır.

2- Tevdi edenin fiilen ye ciddi bir sınai veya ticari müessese sahibi olduğu Birlik memleketi ve Birlik içinde böyle bir müessesesi olmadığı takdirde ikametgahının bulunduğu Birlik memleketi ve Birlik içinde ikametgahı olmadığı takdirde, bir Birlik memleketi tebaasından olması halinde, tabiiyetinde olduğu memleket, menşe memleket olarak telakki edilecektir.

B) Bu maddede zikredilen fabrika veya ticaret markalarının tescili ancak aşağıdaki hallerde reddedilebilir veya hükümsüz hale getirilebilir.

1- Bu markaların himayesinin talep edildiği memlekette üçüncü şahıslar tarafından iktisabedilmiş haklara hanel getirmesi halinde;

2- Bu markaların temyiz edici her türlü vasıftan mahrum olması veya münhasıran, ticarete, mamullerin nev'ini, cinsini, kalitesini, miktarını, gönderileceği yeri kıymetini, mamullerin menşe mahallini veya imal ve istihsal zamanını göstermeye yarayan veya cari lisansla kullanılagelen yahut himayenin talep edildiği memleketin ticaretinin dürüst ve daimi itiyadı halini almış olan işaret ve kayıtlardan ibaret olması halinde;

3- Bu markaların ahlak ve adaba veya amme nizamına aykırı ve bilhassa halkı aldatacak mahiyette olmaları halinde, Markalara ait ka-nuni mevzuattan bir hükmün bizzat amme nizamına taalluk hali hariç, bir markanın bu mevzuatın bazı hükmüne tevafuk etmemesi şeklindeki tek bir sebeple amme nizamına aykırı olarak telakki edilemeyeceği hususunda mutabık kalınmıştır.

Bununla beraber 10'uncu birinci mükerrer maddenin tatbiki mahfuzdur.

1)<sup>359</sup> f. 1, f. 3/i, f. 3/iii], m. 15/4<sup>360</sup>, m. 16/1<sup>361</sup>, m. 16/3<sup>362</sup>, m. 20<sup>363</sup>, m. 22/2(b)<sup>364</sup>, m. 24/3'e<sup>365</sup>; Ticarete Teknik Engeller Anlaşması (TTEA) m. 2/2<sup>366</sup> ve GATT m. 9/4'e<sup>367</sup> aykırı olduğunu iddia etmişlerdir.

Bu iddialardan en güçlüsü kanaatimizce TRIPS m. 20'ye aykırılık iddiası olmuştur. DTÖ'de ilk kez TRIPS m. 20'deki "haksız yere engelleme" kavramı

<sup>359</sup> **Paris Sözleşmesi m. 10 (Mükerrer 1)1-** Birlik ülkeleri, Birlik vatandaşlarına haksız rekabete karşı gerçek bir himaye sağlamaya mecburdurlar.

2- Sınai veya ticari konuda namuskarane örf ve adetlere aykırı her rekabet fiili, bir haksız rekabet fiilini meydana getirir.

3- Özellikle aşağıdakiler yasaklanacaktır:

1) Bir rakibin ticarethanesi, ürünleri veya sınai veya ticari faaliyeti ile herhangi bir vasıtaya başvurularak bir karışıklığa yer verecek bütün her türlü olaylar;

2) Bir rakip ticarethanesini, ürünlerini veya sınai yahut ticari faaliyetini itibardan düşürecek mahiyette olarak ticaretin icrası esnasında yapılan sahte iddialar;

3) Eşyanın niteliği, imal usulü, vasıfları, kullanılma kabiliyeti veya miktarı üzerinde olmak üzere, ticaretin yapılışı sırasında yapılan ve halkı yanıltıcı mahiyette olan ibareler veya iddialar.

<sup>360</sup> **TRIPS m. 15/4-** Uygulanacak mal veya hizmetlerin niteliği markanın tesciline hiçbir şekilde engel oluşturmayacaktır.

<sup>361</sup> **TRIPS m. 16/1-** Tescilli bir markanın sahibi, aşağıda belirtilen kullanım şekli karışıklık olasılığına neden olacak ise, marka sahibinin iznini almamış bütün üçüncü şahısların, ticaretin olağan gidişatı içinde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı veya benzer işaretleri kullanmalarını engelleme hakkına münhasıran sahip olacaklardır. Aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde, karışıklık olasılığının mevcut olduğu varsayılacaktır. Yukarıda tanımlanan haklar önceden tanınmış mevcut haklara zarar vermeyeceği gibi, Üyelerin kullanım esasına göre hak elde etme olanağını da etkilemeyecektir.

<sup>362</sup> **TRIPS m. 16/3** Paris Sözleşmesi'nin (1967) 6'nci mükerrer Maddesi, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlere benzemeyen mal veya hizmetlere de, gerekli değişiklikler yapılmış olarak uygulanacaktır, ancak şu koşulla ki, markanın bu mal veya hizmetlerle ilgili kullanımı, bu mal veya hizmetlerle tescilli markanın sahibi arasında bir bağlantı olduğunu göstermeli ve bu kullanım şekli nedeniyle tescilli ticari marka sahibinin menfaatlerinin zarar görme olasılığı mevcut olmalıdır.

<sup>363</sup> **TRIPS m. 20-**Bir markanın ticaretin seyri içinde kullanılması, bir başka marka ile birlikte kullanma, özel bir biçimde kullanma veya bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerinkinden ayırma özelliğine zarar verecek şekilde kullanma gibi özel koşullarla haksız yere engellenmeyecektir. Bu hüküm, mal veya hizmetleri üreten işletmeyi tanıtan markanın bu işletmenin söz konusu müşahhas mal veya hizmetlerini ayırt eden marka ile birlikte, ancak yalnız bu marka ile sınırlı kalmaksızın, kullanılmasını öngören bir koşulu menetmeyecektir.

<sup>364</sup> **TRIPS m. 22/2** Üyeler coğrafi işaretlerle ilgili olarak, aşağıdaki hususları engellemek için ilgili taraflara yasal imkanları sağlayacaklardır:

(b)Paris Sözleşmesi'nin (1967) 10 uncu maddesindeki anlamıyla haksız rekabet fiili oluşturan herhangi bir kullanım.

<sup>365</sup> **TRIPS m. 22/3-** Herhangi bir Üye bu Bölümü uygularken, DTÖ Anlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten hemen önce bu Üye'nin ülkesinde mevcut olan coğrafi işaretlerin korunmasını azaltmayacaktır.

<sup>366</sup> **TTEA m. 2/2-**Üyeler, uluslararası ticarete gereksiz engeller getirme amacıyla veya bunlarla bağlantılı olarak teknik düzenlemelerin hazırlanmamasını, kabul edilmemesini veya uygulanmamasını sağlamalıdır. Bu amaçla, teknik düzenlemeler, meşru bir amacı yerine getirmek için gerekenden veya yerine getirmemenin yaratacağı risklere ilişkin önlem almaktan daha fazla şekilde ticareti kısıtlayıcı olmayacaktır. Bu meşru hedefler, diğerlerinin yanı sıra: ulusal güvenlik gereklilikleri; aldatıcı uygulamaların önlenmesi; insan sağlığı veya güvenliğinin, hayvan veya bitki yaşamının veya sağlığın veya çevrenin korunması şeklindedir. Bu gibi risklerin değerlendirilmesinde, ilgili değerlendirme unsurları, diğerlerinin yanı sıra: mevcut bilimsel ve teknik bilgiler, ilgili işlem teknolojisi veya ürünlerin kullanım amaçlarıdır.

<sup>367</sup> **GATT m. 9/4-**Taraf ülkelerin ithal edilen ürünlerin işaretlenmesiyle ilgili yasa ve yönetmelikleri, ürünlere ciddi hasar vermeden, değerlerini maddi olarak düşürmeden veya maliyetlerini makul bir şekilde arttırmadan uyumu sağlamak şeklinde olacaktır.

tartışılmış ve buna göre bir karar verilmiştir.<sup>368</sup> Ayrıca devletlerin kamu sağlığı konusunda alacağı önlemlerin ticaretle bağlantılı haklar karşısında ne şekilde karşılık bulacağını belirlemesi açısından da dava büyük öneme sahiptir.

Uyuşmazlığı inceleyen panel TRIPS m. 20'ye göre yaptığı incelemede öncelikle aykırılığın ispatlanması için sırasıyla üç hususun incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunlar:

- TPP'nin, markanın kullanımını engelleyecek özel koşul şeklinde bir düzenleme içerip içermediği,
- Eğer içeriyorsa, markanın kullanımını engelleyen bu özel koşulların markanın ticaretin seyri içinde kullanımına engel olup olmadığı,
- Engel oluyorsa tüm bunların haksız yere gerçekleşip gerçekleşmediği şeklindedir.<sup>369</sup>

Davacılar bununla birlikte özellikle “*haksız yere engelleme*” hususunun aksini ispat yükünün davalının üzerinde olduğunu belirtmişse de panel yapmış olduğu değerlendirmede bu görüşe katılmayarak ilk görünüş ispatının davacılar tarafından yapılması gerektiğine karar vermiştir.<sup>370</sup>

### aaa. Özel Koşullarla Engelleme

Panel ilk olarak markanın kullanımının özel koşullar dayatılarak engellenip engellenmediği incelemesi yapmıştır. Buna göre tarafların tümünün de kabul ettiği üzere TPP'nin markaların kullanımına ilişkin özel koşullar dayattığı konusunda bir çekişmenin olmadığı belirtilmiştir.<sup>371</sup>

Panel bununla birlikte özel koşulların markanın kullanımına ilişkin olduğunu, bunların markanın olduğu gibi kullanımını zorlaştırdığını ve kullanıma engel olduğunu

<sup>368</sup> Andrew D. Mitchell, “Australia's Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO Compatibility” **Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy**, Vol. 5, No. 2, 2010; University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 500, s. 419; Tania Voon, “Third Strike: The WTO Panel Reports Upholding Australia's Tobacco Plain Packaging Scheme”, **Journal of World Investment & Trade**, Vol. 20 2019, s. 183.

<sup>369</sup> DTÖ Kararı, para. 7.2172.

<sup>370</sup> DTÖ Kararı, para. 7.2162- 7.2169.

<sup>371</sup> DTÖ Kararı, para. 7.2241.

belirtmiş, dolayısıyla TRIPS m. 20 anlamıyla markanın kullanımının özel koşullarla engellendiği kanaatine varmıştır.<sup>372</sup>

### **bbb. Markanın Ticaret Seyri İçinde Kullanılması**

Panel markanın kullanımının özel koşullarla engellendiğini belirledikten sonra bu özel koşulların markanın ticaret seyri içinde kullanılmasına da engel olup olmadığını incelemiştir.

Panelde göre ticaret seyri içinde kullanma kavramı, satış noktasına kadarki kullanım ya da markanın ayırt etme işlevinin asgari olarak gerçekleştirilmesiyle sınırlı değildir, çok daha geniş bir kavramdır. Tütün ürünlerinde markanın kullanımını satış noktasına ulaşmakla bitmemekte, bu aşamadan sonra da devam etmektedir. Bu nedenle dar kavramı da sınırlayan bu kısıtlamalar karşısında panel, markanın ticaret seyri içinde kullanılmasının özel koşullarla engellendiği kanaatine varmıştır.<sup>373</sup>

### **ccc. Haksız Yere Engelleme**

Panel ilk iki koşulun gerçekleştiğini belirledikten sonra son olarak tüm bu engellemelerin haksız yere olup olmadığını incelemiştir.

GATT'nin aksine TRIPS m. 20 için öngörölmüş bir haklı sebep anlaşma metninde bulunmamaktadır. GATT m. 20'de "*Genel İstisnalar*" adı altında üye ülkelerin ticari kısıtlamaları hangi şartlarda yapabilecekleri düzenlenmektedir. Maddenin ilk kısmı şapka olarak da adlandırılmakta olup burada uygulanacak istisnaların amacı ve ne şekilde olması gerektiğini düzenlenmekte, ikinci kısım ise on paragraftan oluşmakta olup bu kısımda istisnaların türü ve şartları belirtilmektedir. DTÖ tarafından bir kısıtlamanın anlaşmaya aykırı olup olmadığı incelenirken önce kısıtlamanın maddenin ikinci kısmına girip girmediği incelenmekte, ardından şapka kısmına uygun olup olmadığı değerlendirilmekte ve buna göre karar verilmektedir.<sup>374</sup>

<sup>372</sup> DTÖ Kararı, para. 7.2242-7.2245.

<sup>373</sup> DTÖ Kararı para. 7.2291-7.2292.

<sup>374</sup> Rüdiger Wolfrum/Peter-Tobias Stoll/Anja Seibert-Fohr "General Agreement on Tariffs and Trade", **WTO - Technical Barriers and SPS Measures**, Brill – Nijhoff, Leiden 2007, s. 64.

Panel bu nedenle anlaşmada belirtilmeyen haksız yere engelleme kavramının ne olduğuna karar vermek amacıyla öncelikle TRIPS m. 7<sup>375</sup> ve 8'i<sup>376</sup> göz önüne alarak inceleme yapmıştır. Yapılan incelemeye dayanak olarak 2001'de DTÖ Bakanlar Konferansı ile kabul edilen "TRIPS Anlaşması ve Halk Sağlığı ile ilgili Doha Deklarasyonu" m. 5<sup>377</sup> gösterilmiştir. Panel kararına göre TRIPS bir bütün olup, Doha Deklarasyonu da bu kapsamda TRIPS'in sonradan eklenen bir parçası olarak değerlendirilmelidir.<sup>378</sup>

Her ne kadar Avustralya tarafından haksız yere engelleme kavramının, gereksiz yere ifadesi ile aynı anlama geldiği savunulmuşsa da panel tarafından TRIPS ve GATT'de gereksiz yere ifadesinin farklı yerlerde kullanıldığı, bu nedenle bilinçli olarak böyle bir tercihin yapıldığı, gereksiz yere ve haksız yere kavramlarının aynı anlama gelemeyeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte haksız yere kavramının GATT m. 20'dekiyle birebir aynı şekilde kullanılamayacağı ancak GATT'nin yol gösterici olacağı ifade edilmiştir.<sup>379</sup>

Panel TRIPS m. 20'nin, marka sahiplerinin markalarını ticaret seyri içinde kullanmaya yönelik meşru çıkarıyla, üye devletlerin kamu çıkarlarını koruma amacıyla getireceği tedbirlerin bir dengede olması amacıyla düzenlendiği sonucuna varmıştır.<sup>380</sup> Panel sonuç olarak yaptığı değerlendirmelerde haksız yere engellenmenin mevcut olması için üç kıstasın aranması gerektiğini ifade etmiştir. Bunlar;

---

<sup>375</sup> **Madde 7-Amaçlar**

*Fikir mülkiyeti haklarının korunması ve uygulanması, teknolojik yeniliklerin gelişimine ve toplumsal ve ekonomik refaha ve haklar ve yükümlülükler arasında denge kurulmasına yardım edecek ve teknolojik bilginin yapımcılarına ve kullananlara karşılıklı yarar sağlayacak şekilde teknolojinin iletim ve yaygınlaşmasına katkıda bulunacaktır.*

<sup>376</sup> **Madde 8-İlkeler**

*(1) Üyeler, yasa ya da kurallarını düzenleme ya da tadil etme sırasında, kamu sağlığı ve beslenmenin korunması ve sosyo-ekonomik ve teknolojik gelişim için yaşamsal önem taşıyan sektörlerde kamu yararını sağlamak için, bu anlaşma hükümlerine uygun olan gerekli önlemleri alabilirler.*

*(2) Bu Anlaşma hükümlerine uygun olan önlemler, fikir mülkiyeti haklarının, hak sahipleri tarafından kötü kullanılmasını önleyecek ya da ticareti gereksiz şekilde engelleyen uygulamalardan ya da teknolojinin uluslararası iletimini olumsuz şekilde etkilenmesinden koruyacak nitelik taşıyabilir.*

<sup>377</sup> **Madde 5-** Buna göre ve yukarıda 4 üncü paragraf ışığında, TRIPS Anlaşmasındaki taahhütlerimizi sürdürürken, bu esnekliklerin şunları içerdiğini kabul ediyoruz:

*(a) Uluslararası kamu hukuku yorumunun geleneksel kurallarını uygularken, TRIPS Anlaşmasının her bir hükmü, Anlaşmanın ifade edilen amacı ve gayesi ışığında, özellikle de sözleşmenin amaçları ve ilkelerine göre okunur.*

<sup>378</sup> DTÖ Kararı para. 7.2397-7.2411.

<sup>379</sup> DTÖ Kararı para. 7.2419-7.2420.

<sup>380</sup> DTÖ Kararı para. 7.2504.

- Marka sahibinin markasını ticaret seyrinde kullanma konusundaki meşru çıkarı ve dolayısıyla markanın amaçlanan işlevini yerine getirmesine izin verilmesi göz önünde bulundurularak, özel koşullardan kaynaklanan engellenmenin niteliği ve kapsamı;

- Korunması amaçlanan sosyal çıkarlar dahil, özel koşulların uygulanma nedenleri;

- Bu nedenlerin, getirilen engel için yeterli bir gerekçe sağlayıp sağlamadığı şeklindedir.<sup>381</sup>

Panel bu kıstaslara göre yaptığı incelemede TRIPS m. 20 ile markanın korunan tek işlevinin, bir markayı başka markalardan ayırt edilmesini sağlama olmadığını belirtmiştir. Markanın pazarlama için bir çapa görevi gördüğü, TPP ile birlikte bu konuda tütün ürünü üreticilerinin kısıtlandığı, marka sahiplerinin şekil unsurlarını kullanamaması dolayısıyla bir işlev kaybına uğradığı, tüketicilerin markaları kolayca ayırt etmesinde bir sorun olmaması nedeniyle markaların ekonomik değerlerinin düşmediği ancak ileride böyle bir durumla karşılaşılabilen ifade edilmiştir<sup>382</sup>

Panel özel koşulların uygulama nedeni ve bu nedenin getirilen engel için yeterli bir gerekçe sağlayıp sağlamadığı konusunda ise öncelikle tütün ürünü kaynaklı ölümler ve tütün ürününün zararları konusunda taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmadığını belirtmiştir.<sup>383</sup> Panel diğer yandan yaptığı incelemede sunulan deliller ve yapılan incelemelerde paketlerdeki tasarımsal öğelerin kaldırılmasıyla paketlerin çekiciliğinin azaltılabileceğini, paketlerdeki sağlık uyarılarının etkisinin artabileceğini tespit etmiştir. TPP'nin ayrılmaz bir parçası olan tasarımsal öğelerin kaldırılmasının bu amaca hizmet edeceği dolayısıyla getirilen engel için yeterli bir gerekçe sağladığı sonucuna varılmıştır. Ayrıca Avustralya'nın TKÇS'nin gereklerini yerine getirmek için TPP'yi hazırlamasının, kamu sağlığını koruma amacıyla hareket ettiğinin göstergesi olduğu ifade edilmiş, bunun da bir gerekçe olabileceği kanaatine varılmıştır.<sup>384</sup>

---

<sup>381</sup> DTÖ Kararı para. 7.2430.

<sup>382</sup> DTÖ Kararı para. 7.2563-7.2574.

<sup>383</sup> DTÖ Kararı para. 7.2590-7.2592.

<sup>384</sup> DTÖ Kararı para. 7.2593-7.2597.



Sonuç olarak panel, Avustralya'nın, TRIPS m. 20'yle kendisine tanınan sınırlar dışına çıkmadığını, TPP'nin önceden beri süregelen tütünle mücadele politikasının bir devamı olduğunu ve kamu yararı amacı taşıdığını, dolayısıyla markanın ticaretin seyri içinde kullanımının “*haksız olarak*” engellendiği iddiasını davacıların kanıtlayamadığını belirterek TRIPS m. 20 açısından davacıların taleplerini reddetmiştir.<sup>385</sup>

Panel, davacıların TRIPS m. 2/1 ile ilgili talepleri açısından ilgili maddelerin taraf devletlere getirdiği menşe ülkede usulüne uygun tescil edilmiş markayı tescilden kaçınmama, marka korumasından yararlandırma, haksız rekabete karşı koruma yükümlülüklerinin TPP ile ihlal edilmediğini, esasen bunların farklı konular olduğu belirtilerek bu konudaki talepleri de reddetmiştir.<sup>386</sup>

TRIPS m. 15/4 yönünden, yine markanın tesciline mal veya hizmetin niteliğine göre TPP'nin herhangi bir engel yaratmadığı gerekçesiyle ret kararı verilmiştir.<sup>387</sup>

TRIPS m. 16'ye göre yapılan incelemede ise Avustralya Yüksek Mahkemesi'ne benzer şekilde panel de markanın pozitif bir kullanma yetkisi içermediğini belirtmiştir. Davacılar TRIPS m. 16/1'in etkili olabilmesi için üye ülkelerin marka hakkı sahiplerine asgari bir kullanma yetkisi vermesi gerektiğini, karışıklık olasılığının bu şekilde ortadan kalkacağını iddia etmişlerdir.<sup>388</sup> Panel bu iddiaları reddederek TRIPS m. 16/1'in, markanın kullanımına yönelik pozitif hak vermediğine karar vermiştir.<sup>389</sup> Ayrıca karışıklık olasılığının pazar koşulları ve başkaca birçok faktöre bağlı olduğu belirtilmiş, TRIPS m. 16/1 ile birlikte üye ülkelere karışıklık olasılığına neden olacak düzenlemeleri yapmama yükümlülüğünün yüklendiği, markaların ayırt ediciliğinin sağlanmasına yönelik bir pozitif yükümlülük yüklenmediği ifade edilmiştir.<sup>390</sup> Panel ayrıca tanınmış markalara yönelik daha fazla koruma sağlayan TRIPS m. 16/3'ün de aynı şekilde düzenlendiğini belirtmiş dolayısıyla TRIPS m. 16 yönünden davacıların tüm iddialarının reddi gerektiğine karar vermiştir.<sup>391</sup>

<sup>385</sup> DTÖ Kararı para. 7.2604

<sup>386</sup> DTÖ Kararı para. 7.1769-7.1775, 7.2724-7.2796.

<sup>387</sup> DTÖ Kararı para. 7.1854-7.1913.

<sup>388</sup> DTÖ Kararı para. 7.1916-7.1960.

<sup>389</sup> DTÖ Kararı para. 7.1978-7.2000.

<sup>390</sup> DTÖ Kararı para. 7.2010-7.2018.

<sup>391</sup> DTÖ Kararı para. 7.2116.

Panel TRIPS m. 22/2(b) ve m. 24/3 yönünden yaptığı incelemede ise TPP'nin tek başına hiçbir coğrafi işaret korumasını kaldırmadığını ya da haksız rekabet oluşturmadığını, bu yöndeki iddiaların ispatlanamadığını belirterek davacıların iddialarını reddetmiştir.<sup>392</sup>

TTEA m. 2/2'e göre yapılan inceleme ise TPP'nin uluslararası ticaret hukukuna göre ticarete engel olup olmadığına yönelik olmuştur. Panel bu kapsamda yaptığı incelemeyle TPP'nin ticareti kısıtlayıcı etkisi olduğunu ancak düzenlemeyle aynı maddede yer alan kamu sağlığını korumaya yönelik amacın gerçekleştirilmesi olasılığının bulunduğunu, davacılar tarafından önerilen alternatif önlemlerin ise ticareti daha az kısıtlamadığını belirterek davacıların TTEA m. 2/2'ye aykırılığı kanıtlayamadığına karar vermiştir.<sup>393</sup> Ayrıca panel Avustralya'nın TPP ile tek başına ticareti engelleme amacı gütmeyeceğini, tütün ürünlerinin zararlarını azaltmaya yönelik kapsamlı bir reformun çatısını oluşturduğunu ifade etmiştir.<sup>394</sup>

Son olarak panel, Küba'nın GATT m. 9/4'e aykırılık iddiasına ilişkin olarak TPP'nin ilgili maddenin kapsamına girmediğini belirtmiş ve davanın tümüyle reddine karar vermiştir.<sup>395</sup>

### **cc. Daimi Hakemlik Mahkemesi Uyuşmazlığı**

Avustralya'ya karşı TPP nedeniyle bir diğer hukuki süreç Daimi Hakemlik Mahkemesi'nde (DHM), Philip Morris Asia (PMA) tarafından başlatılan tahkim olmuştur.

Söz konusu davaya göre Hong Kong'da kurulu PMA, Avustralya'da kurulu Philip Morris Australia (PMAV) şirketinin tüm hisselerinin tahkim sırasında sahibi durumundadır. PMAV da yine Avustralya'da kurulu bulunan PM'nin tüm hisselerine tahkim sırasında sahiptir.

<sup>392</sup> DTÖ Kararı para. 7.2724-7.2957.

<sup>393</sup> DTÖ Kararı para. 7.1724-7.1732.

<sup>394</sup> DTÖ Kararı para. 7.1729.

<sup>395</sup> DTÖ Kararı para. 7.3021-3028, 8.3.

PMA, Avustralya ile Hong Kong arasında 1993 yılında imzalanan yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmasının<sup>396</sup> “*Yatırımın ve Getirilerin Teşviki ve Korunması*” başlıklı 2. Maddesi ile “*Kamulaştırma*” başlıklı 6. maddesine aykırılık nedeniyle, TPP’nin Senato’da kabul edildiği gün tahkim sürecini başlatmıştır.<sup>397</sup> PMA, TPP’nin yürürlüğünün durdurularak uğradığı kaybın tazminini ya da yasanın devamı ile bu nedenle uğrayacağı zararın tazminini talep etmiştir.<sup>398</sup>

Avustralya, davacının bütün iddialarını reddetmiş, PMA’nın iddia ettiği yatırımın, anlaşma kapsamında bir yatırım olmadığını; anlaşma kapsamında tahkime başvurabilmek için PMAV’ın Şubat 2011’de Hong Kong merkezli PMA’ya, bağlandığını, uyuşmazlığın PMA’nın yapılanmasından önce çıktığını, ortada bir yatırımın bulunmadığını belirterek üç ön itirazının değerlendirilerek esas konusunda inceleme yapılmadan PMA’nın taleplerinin reddini talep etmiştir.<sup>399</sup>

Hakem heyeti kararında PMA’nın iddia ettiği yatırımın anlaşma kapsamında bir yatırım olduğunu belirtmiş, tahkim başvurusundan önce PMAV, PMA’ya bağlandığı için bu yönden de tahkim sürecinin işleyebileceğini ifade etmiştir.<sup>400</sup> Bununla birlikte hakem heyeti TPP’nin uzun bir süredir tartışıldığını, yol haritasının kamuya paylaşıldığını ve Philip Morris Grubu’nun bu durumdan haberdar olduğunu, tahkime başvurma amacıyla PMAV’yi, PMA bünyesine kattığını belirterek başvuruyu hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiş ve PMA’nın iddialarını bu nedenle kabul edilmez bularak esasa girmemiştir.<sup>401</sup>

<sup>396</sup> Anlaşma metni için bkz. <https://www.info.dfat.gov.au/Info/Treaties/treaties.nsf/AllDocIDs/0F9AF0445B552630CA256B6C000A7C91> (E.T. 30.11.2019).

<sup>397</sup> Philip Morris Asia, Claimant’s Notice of Arbitration, para. 7.2.

<sup>398</sup> Philip Morris Asia, Claimant’s Notice of Arbitration, para. 8.

<sup>399</sup> Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia, Case: 2012-12, Procedural Order No 8.

<sup>400</sup> Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia, Case: 2012-12, para. 523, 533. <https://pca-cpa.org/en/cases/5/> (E.T. 30.11.2019).

<sup>401</sup> Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia, Case: 2012-12, para. 585-588. <https://pca-cpa.org/en/cases/5/> (E.T. 30.11.2019).

## dd. Avrupa Birliği

### aaa. Genel Olarak

TKÇS'nin AB ile tüm üye ülkeleri tarafından imzalanmış olması,<sup>402</sup> bağlayıcılığının bulunması ve taraf devletlere bazı yükümlülükler getirmesi nedeniyle AB tarafından tütün ürünlerine yönelik çalışmalar başlatılmıştır.<sup>403</sup>

Yapılan çalışmalar sonrası yürürlükte bulunan 2001/37/EC sayılı yönerge değiştirilerek 2014/40/EU sayılı Tütün Ürünleri Yönergesi (TPD) kabul edilmiştir. AB hukukuna göre yönergeler muhatap her üye devlet için bağlayıcı olup iç hukuka aktarma yöntemi üye devletlerin kendisine bırakılmıştır.<sup>404</sup>

TPD'de esasen tütün ürünü paketlemesiyle ilgili esaslı değişiklikler olmasına rağmen düz pakete ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Bununla birlikte dava konusu yapılan maddelerden tütün ürünlerinin düz paketlemesiyle ilgili olarak özellikle TPD m. 24/2<sup>405</sup> ile üye ülkelere düz paketleme düzenlemeleri gibi daha sıkı önlemler alabilmelerinin yolu açılmıştır. Üye ülkeler tarafından TPD iç hukuka alınmaya başlanmış, bazı ülkeler daha sıkı düzenlemeler yaparak düz paketleme yasaları çıkarmıştır.

Bunların sonucunda ilgili yasaların iptalleri için davalar açılmış, Avrupa Birliği Adalet Divanı'na (ABAD) TPD'nin tümüyle/bazı maddelerinin geçersizliği talebiyle C-151/17, C-358/14, C-477/14, C-547/14 sayılı dosyalar gibi birçok uyuşmazlık taşınmıştır. Uyuşmazlıklar genel olarak hoş kokulu sigara ve snus yasakları, e-sigara

<sup>402</sup> AB tarafından ilgili sözleşme 16.06.2003 tarihinde imzalanmış, 30.06.2005 tarihinde resmen onaylanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IX-4&chapter=9&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IX-4&chapter=9&clang=_en) (E.T. 30.11.2019).

<sup>403</sup> 2014/40/EU Sayılı Yönerge, para. 7. [https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/tobacco/docs/dir\\_201440\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/tobacco/docs/dir_201440_en.pdf) (E.T. 30.11.2019).

<sup>404</sup> Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA) m. 288/3. Yönergeler bağlayıcı olmasına rağmen sadece bir çerçeve çizdiği için tüzüklerin aksine çerçeve yasa olarak nitelendirilmektedir. Konu hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Ergun Özsunay, **Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye-AB İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 119.

<sup>405</sup> *TPD m. 24/2-Bu yönerge, bir üye devletin, halk sağlığı ve yönergeyle amaçlanan insan sağlığının yüksek seviyede korunması haklı sebepleriyle, tütün ürünlerinin paketlenmesinin standardizasyonu ile ilgili olarak piyasaya sürülen tüm ürünlere uygulanabilir daha sıkı tedbirler alma ya da bunları devam ettirme hakkını etkilemeyecektir. Bu tür önlemler, orantılı olacak, keyfi bir ayrımcılık aracı anlamına gelmeyecek veya üye devletlerin kendi arasındaki ticarete örtülü bir kısıtlama getirmeyecektir. Bu önlemler, getirilme veya sürdürme gerekçeleriyle birlikte Komisyona bildirilir.*

düzenlemeleri ve düz paket konusunda olmuştur. Davalardan C-547/14, TPD m. 24/2'ye ilişkin iddiaları da içerdiği için önemlidir.

### **bbb. ABAD Yargılaması**

TPD'yi düz paket yasasıyla birlikte iç hukukuna aktaran İngiltere'ye karşı Philip Morris ve BAT, ulusal yargı yoluna başvurmuşlardır. Bununla birlikte BAT ve Philip Morris ulusal mahkemede TPD'nin Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) m. 5/3 ve m. 5/4'teki AB'nin yetkisine ilişkin sınırlamalara, ABİHA m. 114'teki üye devletlerin mevzuatlarının birbirine yaklaştırılması ilişkin hükümlere, m. 290 ve m. 291'deki yasama tasarruf yetkisi ve uygulama yetkisinin devri hükümlerine, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi (ABTHB) m. 11'deki ifade özgürlüğüne, m. 52'deki hakkın kapsamı ve sınırlandırılmasına aykırı olduğunu belirterek ABAD'dan ön karar alınmasını talep etmiştir.<sup>406</sup>

Ulusal mahkemece ilgili talep uygun bulunarak ön karar için ABAD'a başvurulmuş, ABAD tarafından başvuru kabul edilerek esas hakkında inceleme yapılmıştır. TPD'nin birçok maddesi başvuruya konu olmakla birlikte marka ve düz paketlemeyle ilgili olan madde m. 24/2'dir.

Davacılar, TPD m. 24/2'de üye devletlere tütün ürünlerinin paketlenmesi ve standartlaştırılmasıyla ilgili bu yönergeyle düzenlenmiş alanlarda dahi daha sıkı önlemler alma hakkı verilerek AB'deki üye ülkelerin her birinin çok farklı mevzuatlarının olacağını, bunun da hem TPD'yi etkisiz kılacağını hem de AB'ye ait hukuki düzenlemelerin amacı olan mevzuatların yaklaştırılmasına aykırı olacağını iddia etmişlerdir.<sup>407</sup>

ABAD, TPD m. 24/2'nin, yönergeyle uyumlaştırma sağlanmış alanlar da dahil olmak üzere tütün ürünlerinin paketlenmesi ve standartlaştırılması açısından üye devletlerin dilediği gibi düzenleme yapabilmesine izin verildiği şeklinde yorumun

<sup>406</sup> ABAD, C-547/14, Philip Morris Brands SARL and Others v Secretary of State for Health, para. 25-28, T: 4/05/2016 (ABAD, C-547/14) <http://curia.europa.eu> (E.T. 30.11.2019).

<sup>407</sup> ABAD, C-547/14, para. 68.

ABİHA m. 114'e aykırı olacağını, emsal kararlar ve AB hukuku gereği böyle bir yorumu benimsemenin mümkün olmadığını belirtmiştir.<sup>408</sup>

ABAD bunun yerine TPD m. 24/2'yi farklı bir açıdan ele almıştır. Buna göre üye devletler tütün ürünlerinin paketlenmesi ve standartlaştırılması açısından yapılacak düzenlemeleri sadece TPD'de uyumlaştırma sağlanmamış alanlarda yapabileceklerdir. Diğer yandan mahkemece TPD m. 24/2'de tütün ürünlerinin paketlenmesiyle ilgili özellikle belirlenmiş bir standardın bulunmadığı, m. 1 ve m. 28/2/a ile de yönergenin tütün ürünü yüzeylerine ilişkin düzenlemeleri üye devletlere bırakıldığının açık olduğu, yönergenin bir çerçeve çizdiği belirtilmiştir. Bu nedenle sonuç olarak TPD'nin AB hukukuyla uyumlu olduğuna karar verilmiştir.<sup>409</sup>

### ee. Fransa

AB üyeleri için bağlayıcı olan TPD'nin kabul edilmesiyle birlikte, dünyada düz paket uygulamasına geçen AB'deki ilk, dünyadaki ikinci ülke Fransa olmuştur.

Sağlık Sisteminin Modernleştirilmesi Yasası<sup>410</sup> isimli bir torba yasayla, sigaraların ve sarma tütünlerin düz ve standart şekilde paketlenmesine ilişkin hükümler Kamu Sağlığı Yasası kapsamına alınmıştır. Yasa tasarısı Fransa Ulusal Meclisi'nde kabul edildikten<sup>411</sup> sonra Fransa Senatosu'ndaki üyelerce yeterli çoğunluk sağlanarak Fransa Anayasa Konseyi'ne iptal için başvurulmuş, Fransız yasa yapma sistemi uyarınca Fransa Anayasa Konseyi tarafından ret kararı verildikten sonra Fransa Cumhurbaşkanı onayıyla yasalaşmıştır.<sup>412</sup>

Sağlık Sisteminin Modernleştirilmesi Yasası m. 27'de, düz paketlemeyle ilgili düzenleme yapıldığı ve düz paketlemenin ana hatlarıyla Fransız hukukuna alındığı

<sup>408</sup> ABAD, C-547/14, para. 71.

<sup>409</sup> ABAD, C-547/14, para. 73-84

<sup>410</sup> LOI n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/1/26/AFSX1418355L/jo/texte> (E.T. 30.11.2019).

<sup>411</sup> 17 Aralık 2015 tarihinde kabul edilen yasa hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/sante.asp> (E.T. 30.11.2019).

<sup>412</sup> Fransa Anayasa Konseyi incelemesi nedeniyle yasanın yürürlüğe giriş tarihi 26 Ocak 2016 olmuştur. LOI n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/1/26/AFSX1418355L/jo/texte> (E.T. 30.11.2019).

belirtilmiştir.<sup>413</sup> Yasanın yürürlüğe girmesiyle beraber düz paketlemeyle ilgili ayrıntılı hükümlerin düzenlendiği kararnameler (décret)<sup>414</sup> ve emirnameler (ordonnance ve arrêté)<sup>415</sup> çıkarılarak ilgili tüm teknik ve hukuki hususlar belirlenmiştir.

Yasal düzenlemelerde düz paket uygulamasının yürürlük tarihi üreticiler için 20 Mayıs 2016 olarak ön görülmüş, perakende satış için ise 1 Ocak 2017 şeklinde bir tarih belirlenmiştir.<sup>416</sup>

Avustralya'dan farklı olarak Fransa'da düz paket düzenlemeleri sadece sigara ve sarma tütün ürünlerine uygulanacak şekilde yapılmış; puro, nargile tütünü gibi diğer tütün ürünleri düzenleme kapsamına alınmamıştır. Avustralya'nın paketin dış yüzeyinin karakteristik rengine ilişkin tercihi aynen korunmuş, şekil markalarının ve ayırt edici işaretlerin pakette yer almayacağı Fransa'da da benimsenmiş ancak paket şekli konusunda Avustralya'dan farklı olarak eğimli ve köşeleri yuvarlatılmış pakete izin verilmiştir.<sup>417</sup>

<sup>413</sup> **Madde 27- (1)** Halk Sağlığı Kanunu'nun L. 3511-6. Maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki şekilde L. 3511-6-1 maddesi eklenmiştir;

*Madde L. 3511-6-1: Sigara ve sarma tütünlerin paketleri, dış yüzey ambalajları ve sargı ambalajları ile sigara kağıdı ve sarma tütünlerin kağıtları yansız ve standart hale getirilmiştir. Çıkarılacak kararnameyle yansız ve standart paketlemeye ilişkin özellikle biçim, büyüklük, doku, renkler ve marka ile ticari unvanların paketlemede ne şekilde yer alacağı hakkındaki koşullar belirlenir"*

*(2) Birinci fıkra 20 Mayıs 2016'da yürürlüğe girecektir."*

<sup>414</sup> Décret n° 2016-1117 du 11 août 2016 relatif à la fabrication, à la présentation, à la vente et à l'usage des produits du tabac, des produits du vapotage et des produits à fumer à base de plantes autres que le tabac <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2016/8/11/AFSP1612356D/jo/texte>; Décret n° 2016-334 du 21 mars 2016 relatif au paquet neutre des cigarettes et de certains produits du tabac, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2016/3/21/AFSP1603141D/jo/texte> (E.T. 30.11.2019).

<sup>415</sup> Ordonnance n° 2016-623 du 19 mai 2016 portant transposition de la directive 2014/40/UE sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/5/19/AFSP1610773R/jo/texte>; Arrêté du 21 mars 2016 relatif aux conditions de neutralité et d'uniformisation des conditionnements et du papier des cigarettes et du tabac à rouler <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2016/3/21/AFSP1607269A/jo/texte>; Arrêté du 22 août 2016 relatif aux produits du tabac, du vapotage, et à fumer à base de plantes autres que le tabac ainsi qu'au papier à rouler les cigarettes, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2016/8/22/AFSP1622636A/jo/texte> (E.T. 30.11.2019).

<sup>416</sup> Ordonnance n° 2016-623 du 19 mai 2016 portant transposition de la directive 2014/40/UE sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes m. 6, LOI n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé m. 27/2.

<sup>417</sup> Arrêté du 21 mars 2016 relatif aux conditions de neutralité et d'uniformisation des conditionnements et du papier des cigarettes et du tabac à rouler, m. 7.



Şekil 2.4: Fransa'daki Farklı Çeşitlerde Sigara ve Tütün Paketleri

Tüm bu düzenlemelerin iptali için tütün ürünü üreticilerince Fransız Danıştayı'nda dava açılmış ancak mahkemeye davalar reddedilmiştir. Türk idare hukukuna mehzaz olarak gösterilen ve Türk idare hukukuyla çok büyük benzerlikler taşıyan Fransa'daki davalar bu bakımdan önem taşımaktadır.

### aaa. Fransa Anayasa Konseyi Kararı

Sağlık Sisteminin Modernleştirilmesi Yasası'nın Fransa Ulusal Meclisi'nde kabul edilmesi üzerine yeterli çoğunluğu sağlayan senatörler, Fransa Anayasa Konseyi'ne yasanın iptali için başvurmuşlardır.<sup>418</sup>

Yasa sağlık alanında birçok farklı konuyu düzenlemiş, Fransa Anayasa Konseyi iptali istenen tüm bu maddeleri inceleyerek düz paketlemeyle ilgili m. 27 dahil tüm iptal istemlerini reddetmiştir.

Düz paketlemeyle ilgili olarak iptal isteminde başvurucular yasanın acele şekilde yapıldığını ve yeterli veri olmadan çıkarıldığını; mülkiyet hakkının yasayla

<sup>418</sup> Fransa Anayasa Konseyi, 2015-727 DC Sayılı Karar, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2015727DC.htm> (E.T. 30.11.2019).



düzenlenebileceğini ancak düzenlemede bu konunun kararnameyle yapılacağını belirtildiğini; paketlemenin mülkiyet hakkına, serbest piyasa düzenlemelerine aykırı olduğunu ve orantısız bir yasaklama içerdiğini; bir kamulaştırmanın söz konusu olduğunu belirtmişlerdir.<sup>419</sup> Başvuru bu bakımdan müşterek hukukun uygulandığı Avustralya'nın aksine Türk hukukundaki muhtemel tüm savları içermekte, yasanın acele yapılması itirazı dışında Türk hukukuna yabancı olan bir konu bulunmamaktadır.

Konsey ilk olarak m. 27'nin, yasa daha tasarı aşamasına gelmeden çok daha önce planlandığını ve tanıtıldığını, ayrıca mecliste ilk okumalar bittikten sonra yasaya eklendiğini, bu nedenle yasa yapma süreçlerinde ya da açıklık ve doğruluk hususlarında bir hukuka aykırılık olmadığını belirtmiştir.<sup>420</sup>

İkinci olarak Konsey tarafında yasanın düz paketlemeyle ilgili olarak çerçeveyi çizdiği, düz paketlemeye yönelik yükümlülüğün yasayla getirildiği, geriye sadece detayların kaldığı ve bunun kararnameyle düzenlenmesinin de Fransız Anayasası'na uygun olduğu belirtilmiştir. Konsey'e göre kararname ek bir yükümlülük getirmemekte ya da yeni bir hukuki durum yaratmamakta, yasanın çizdiği çerçevede kendine düzenleme alanı bulmaktadır.<sup>421</sup>

Son ve en önemli olarak, mülkiyet hakkı konusunda karar verilmiştir. Konsey, mülkiyet hakkının kutsal ve dokunulmaz olduğunu, mülkiyet hakkında yapılacak azaltmaların mutlaka orantılı ve kamu yararı için gerekli olması temelinde yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Yeni yasayla markanın paketler üzerinde kullanılabilmesi, markanın kaynak gösterme işlevinin ve buna bağlı olarak ayırt ediciliğinin hala devam ettiği, dışlama yetkisinin de aynı şekilde sürdüğü belirtilmiştir.<sup>422</sup>

Kararın açıklama kısmında Konsey, markanın ürün üzerinde kullanılabilmesi, kaynak gösterme işlevinin devam etmesi ve son olarak dışlama yetkisinin sürmesi şartlarının marka hakkından yoksunluğun tespiti için bir ölçüt olduğunu belirtmiştir.

<sup>419</sup> Fransa Anayasa Konseyi, 2015-727 DC Sayılı Karar, para. 14.

<sup>420</sup> Fransa Anayasa Konseyi, 2015-727 DC Sayılı Karar, para. 13, 14.

<sup>421</sup> Fransa Anayasa Konseyi, 2015-727 DC Sayılı Karar, para. 16, 17.

<sup>422</sup> Fransa Anayasa Konseyi, 2015-727 DC Sayılı Karar, para. 18-20.

Konsey yasal düzenlemeyle bu ölçütlerin karşılandığına dolayısıyla mülkiyet hakkından yoksunluğun bulunmadığına karar vermiştir.<sup>423</sup>

Konsey bununla birlikte düzenlemenin, tüketimi azaltacak şekilde paketlerdeki pazarlama işlevini etkilediğini, bunun kamu sağlığını koruma amacıyla yapıldığını ve tütün ürünlerinin üretimi, satışı ya da dağıtımını etkilemediğini belirtmiş dolayısıyla düzenlemeyle mülkiyet hakkı ya da ticaret ve girişim özgürlüğünün etkilenmediğine, kamulaştırmanın olmadığına karar vermiştir.<sup>424</sup>

### **bbb. Fransız Danıştay Kararı**

Sağlık Sisteminin Modernleştirilmesi Yasası'nın ilgili maddelerine ilişkin kararname ile emirnamelerin yürürlüğe girmesinden sonra JTI SA, Philip Morris Fransa, BAT Fransa, Republic Technologies France unvanlı tütün ve sigara kağıdı üreticisi şirketler ile Societe Nationale D'exploitation Industrielle des Tabacs et Allumettes ve Confédération Nationale des Buralistes de France isimli birlikler tüm bu düzenlemeler<sup>425</sup> aleyhine Fransız Danıştay'ında ayrı ayrı dava açmışlardır.<sup>426</sup>

Talepler sadece kararname ve emirnameler hakkında olup, Fransa Anayasa Konseyi incelemesinden geçip iptal talebinin reddi kararı kesinleşen Sağlık Sisteminin Modernleştirilmesi Yasası incelemenin dışındadır.

Açılan davalar aynı düzenlemelerin iptali hakkında olduğundan mahkemece dosyalar birlikte incelenmiş ve tüm davalar hakkında tek bir karar verilmiştir.<sup>427</sup>

<sup>423</sup> Fransa Anayasa Konseyi, 2015-727 DC Sayılı Karar Açıklaması, s. 11-13. [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/2015727dc/2015727dc\\_ccc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2015727dc/2015727dc_ccc.pdf) (E.T. 30.11.2019).

<sup>424</sup> Fransa Anayasa Konseyi, 2015-727 DC Sayılı Karar, para. 21, 22.

<sup>425</sup> Décret n° 2016-334 du 21 mars 2016 relatif au paquet neutre des cigarettes et de certains produits du tabac, Décret n° 2016-1117 du 11 août 2016 relatif à la fabrication, à la présentation, à la vente et à l'usage des produits du tabac, des produits du vapotage et des produits à fumer à base de plantes autres que le tabac, Arrêté du 22 août 2016 relatif aux produits du tabac, du vapotage, et à fumer à base de plantes autres que le tabac ainsi qu'au papier à rouler les cigarettes, Arrêté du 21 mars 2016 relatif aux conditions de neutralité et d'uniformisation des conditionnements et du papier des cigarettes et du tabac à rouler.

<sup>426</sup> Fransız Danıştay, Dosya No: 399117, <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2016-12-23/399117> (E.T. 30.11.2019)..

<sup>427</sup> Fransız Danıştay, Dosya No: 399117, m. 1.

Başvurucuların dayandıkları hukuki gerekçe ve vakıalar çok çeşitli olup bir kısmı usule ilişkin, büyük bir kısmıysa uluslararası hukuk kurallarına aykırılıklar dahil olmak üzere esasa ilişkindir. Bu bakımdan Fransız Danıştayı'nda açılan dava birçok disipline ilişkin olmasıyla önemlidir.

Fransız ve AB hukukuna dayalı imza eksikliği, Avrupa Komisyonu'na bildirim yükümlülüğü gibi usule ilişkin aykırılıklar dışında başvurucuların dayanakları genel olarak düzenlemelerin, mülkiyet hakkına ve girişim özgürlüğüne aykırı olması; açık ve anlaşılabilir olmaması; fikri ve sınai hakları ihlal etmesi; TRIPS'e, Paris Sözleşmesi'ne, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'ne, AİHS'ye ve AB'de malların serbest dolaşım ilkesine aykırı olmasıdır. Mahkeme bu iddiaların hepsini ayrı ayrı değerlendirerek tamamı hakkında ret kararı vermiştir.

Mahkeme usule ilişkin aykırılıkları inceledikten sonra, öncelikle Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ve AİHS'deki mülkiyet hakkı ile girişim özgürlüğü yönünden inceleme yapmıştır. Mahkeme Fransa Anayasa Konseyi'nin 2015-727 DC sayılı kararına atıf yaparak yasanın yetkili makama gerekli düzenlemeleri yapma yetkisini verdiğini; markaların, tüketiciler tarafından ayırt edilmeyi sağlayacak kadarının paket üzerinde yer almasını yasaklamadığını; böyle bir yasaklama yetkisini ilgili makama vermediğini belirtmiştir. Bununla birlikte mahkeme, Fransa Anayasa Konseyi tarafından hükmedilmese de paketlerdeki ayırt edici işaretlerin pazarlama işlevi yürütmesi nedeniyle yetkili kurumun düz paket düzenlemelerinin gerekliliklerini yerine getirmek için bu işaretlerin kullanımını hiçbir hakka dokunmadan yasakladığını, bunun ise yasadaki yetkinin aşımı anlamına gelmediğini belirtmiştir.<sup>428</sup>

Devamında mahkeme, P1M1'de mülkiyet hakkının düzenlendiğini, bu bağlamda markaların paketler üzerinde hala kullanılabilirdiğini, yasanın izin verdiği çevrimiçi iletişim kanallarında ve basılı mecralarda ayırt edici işaretlerin de kullanılabilirdiğini, marka hakkı sahipliğine dokunulmadığını sadece kullanım koşullarının düzenlendiğini belirtmiştir. Bununla birlikte düzenlemelerin P1M1'in ikinci fıkrası kapsamında kaldığı ve yapılan düzenleme ile kamu yararı arasında orantı olup olmadığının mahkemece değerlendirileceği ifade edilmiştir.<sup>429</sup>

<sup>428</sup> Fransız Danıştayı, Dosya No: 399117, m. 16.

<sup>429</sup> Fransız Danıştayı, Dosya No: 399117, m. 24-26.

Mahkeme bu amaçla öncelikle başvuruçuların tütün ürünlerinin ölümcül zararları olduğu konusunda bir itirazlarının olmadığını, düzenlemelerin ise sigara tüketimini azaltma amacıyla yapıldığını belirtmiştir. Başvuruçular sundukları akademik çalışmalarla düzenlemelerin sigara tüketimini azaltmadığını, bu nedenle orantılı bir düzenleme yapılmadığını iddia etmişlerdir. Yine başvuruçular sigara tüketiminin nedeninin görmezden gelinerek bu şekilde engellenmeye çalışılması halinde yasa dışı sigara ticaretinin ortaya çıkabileceğini belirtmişlerdir. Mahkeme ise Sağlık Bakanlığı'nın, bizzat sunduğu uzman görüşleri ve akademik çalışmalarla bunun aksinin ispat edildiğini, düzenlemelerin tütün ürünlerinin çekiciliğini azaltabileceğini ve tüketicilerdeki tütün ürünü algısının değiştirilebileceğini belirtmiştir. Yasa dışı sigara ticareti konusunda ise mahkeme, düzenlemelerin sigara kullanımı ve tütün ürünlerinin yasa dışı ticareti üzerindeki etkisinin ne boyutta olacağını önceden bilmek zor olsa da düz paketle birlikte her halükarda ileriye dönük olarak tütün ürünü tüketiminin azalacağını ve böylece amaçlanan kamu sağlığının korunacağını belirtmiştir. Tüm bu amaçların önemi düşünüldüğünde başvuruçulara getirilen yükümlülüklerin orantısız olmadığı sonucuna varılmıştır.<sup>430</sup>

Mahkeme Paris Sözleşmesi ve TRIPS'e aykırılıklar konusundaki incelemede ise Paris Sözleşmesi m. 6 mükerrer 5 ile TRIPS m. 15'e atıf yaparak sözleşmelerin markanın korunmasını düzenlediğini, hiçbir şekilde üye devletlere markanın kullanımıyla ilgili düzenleme yapma yasağı getirilmediğini belirtmiştir.<sup>431</sup> Yine mahkeme, Paris Sözleşmesi m. 7 ile TRIPS m. 15/4'ün mal veya hizmetlerin niteliğinin markanın tesciline hiçbir şekilde engel oluşturmayacağını düzenlediğini, iptali istenen düzenlemelerin ya da dayanak yasanın marka tesciliyle hiçbir şekilde ilintili olmadığını hatta böyle bir etki doğuracak bir hüküm de içermediğini ifade etmiştir.<sup>432</sup>

Paris Sözleşmesi m. 10 mükerrer 1 ve m. 6 mükerrer 1 ile TRIPS m. 16/1 ve m. 16/3'te haksız rekabet ve marka tecavüzüne karşı korumanın düzenlendiği mahkemece belirtilmiş, yine hak sahiplerinin ilgili maddelerdeki haklarını kullanımıyla ilgili düzenleme yapmak için üye devletlere bir yasak getirilmediği ifade edilmiştir.<sup>433</sup>

<sup>430</sup> Fransız Danıştay, Dosya No: 399117, m. 27-29.

<sup>431</sup> Fransız Danıştay, Dosya No: 399117, m. 18.

<sup>432</sup> Fransız Danıştay, Dosya No: 399117, m. 19.

<sup>433</sup> Fransız Danıştay, Dosya No: 399117, m. 20.

Devamında mahkeme markanın kullanmama halinde iptaliyle ilgili TRIPS m. 19'u örnek göstererek iptali istenen düzenlemeye farklı bir yasal dayanak oluşturmuştur. TRIPS m. 19'da markanın kullanılmasına yönelik hükümetçe getirilecek kısıtlamalar veya düzenlemeler sonucunda marka kullanılamazsa bunun geçerli bir neden olduğu, salt buna dayanılarak kullanmama nedeniyle markanın iptal edilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Buna göre marka sahipleri için kullanmama nedeniyle iptal yargı önüne taşındığında markalarının iptali için hiçbir risk de bulunmamaktadır.<sup>434</sup>

Mahkeme son olarak TRIPS m. 8/1'le birlikte açık ve net bir şekilde kamu sağlığını koruma amacıyla üye devletlere düzenleme yapma yetkisinin verildiğini, başvuru her ne kadar TRIPS m. 20'de markanın zorunlu olarak özel bir biçimde kullanılmasının yasaklandığını belirtse de kamu sağlığını koruma nedeniyle üye devletler tarafından düzenleme yapılmasının engellenmediğini ifade etmiştir. Buna göre üye devletler kamu sağlığını korumak için amaçla örtüşecek orantılı düzenlemeler yapabilmektedir.<sup>435</sup>

Başvurucular AİHS m. 7'deki kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine dayanmış, mahkeme ise düzenlemelere aykırılıklar halinde getirilen cezanın da aynı düzenlemede farklı maddede getirildiğini belirterek iddiayı reddetmiştir. İfade özgürlüğünün zedelendiğine ilişkin dayanak AİHS m. 10 konusunda ise yapılan düzenlemenin kamu sağlığı için getirildiğini ve madde hükmünün buna izin verdiğini belirtmiştir. Aynı şekilde mahkeme üretim yasaklanmadığı için ABTHB m. 16'daki girişim özgürlüğünün kısıtlanmadığına, m. 20'deki yasa önünde eşitlik ilkesinin düzenlemelerle ihlal edilmediğine hükmetmiş, m. 11, m. 17<sup>436</sup> ve m. 52'deki mülkiyet hakkı, ifade özgürlüğü ile yasallık ve orantılılık ilkelerinin de düzenlemenin kamu sağlığıyla orantılı olması gerekçesiyle ihlal edilmediğini belirterek başvuru taleplerini reddetmiştir.<sup>437</sup>

<sup>434</sup> Fransız Danıştay, Dosya No: 399117, m. 21.

<sup>435</sup> Fransız Danıştay, Dosya No: 399117, m. 22, 23.

<sup>436</sup> Madde 17 - Mülk edinme hakkı

1. Herkes, yasal şekilde elde ettiği mülküne sahip olma, kullanma, elden çıkarma ve miras bırakma hakkına sahiptir. Kamu menfaati nedeniyle veya yasa da öngörülen koşullar çerçevesinde, kaybı karşılığında zamanında adil bir tazminat ödenmesi koşulu ile yapılması dışında, hiç kimsenin elinden mülkü alınamaz. Mülkün kullanımı, kamu menfaati için gerekli olduğu ölçüde yasa ile düzenlenebilir.

2. Fikri mülkiyet, korunmalıdır.

<sup>437</sup> Fransız Danıştay, Dosya No: 399117, m. 30-34.

Fransız Fikri Mülkiyet Yasası'yla, iptali istenen düzenlemeler arasında uyumsuzluk iddiaları da mahkemece değerlendirilerek reddedilmiştir. Buna göre Fransız Fikri Mülkiyet Yasası'nda marka olarak tescil edilebilecek işaretlerden ayırt edici işaretlere paketler üzerinde izin verilmemesi Fransız Fikri Mülkiyet Yasası'ndaki markanın karakteristik özelliklerinin yeniden nitelendirilmesi, dolayısıyla ayırt ediciliğin ortadan kaldırılması anlamına gelmemektedir. Aynı şekilde mahkemeye göre markanın sahibine, tescilli olduğu mal ve hizmetlere yönelik mülkiyet hakkı sağlaması hükmü de getirilen düzenlemelerle uyumsuz değildir. Marka, sahibine üçüncü kişilerin iyi ya da kötü niyetle bu hakka verdiği zararlara karşı yasal işlem başlatma hakkı vermekte, kaldı ki Fransız Fikri Mülkiyet Yasası'nın ilgili hükmü devletin mülkiyet hakkına müdahale etmesini yasaklamamaktadır. Getirilen düzenlemelerle hak sahipleri bu haklarından mahrum edilmedikleri için yasaların çatışması gibi bir durum da mahkemeye göre söz konusu olmamaktadır.<sup>438</sup>

Markanın kullanmama nedeniyle iptali konusunda mahkeme, kendi kararının 21. kısmına atıf yaparak böyle bir durumda başvurucuların ilgili yasal haklarını koruduklarını, mahkeme önünde bunu dile getirebileceklerini ifade etmiştir.<sup>439</sup> Mahkeme bununla birlikte başvurucuların AB hukukuna ve vergi hukukuna ilişkin iddialarını da kanıtlayamadığını belirterek<sup>440</sup> davayı tüm iddialar yönünden reddetmiştir.

## **ff. İngiltere**

### **aaa. Genel Olarak**

İngiltere, Avustralya ve Fransa'dan sonra somut adım atarak düz paket uygulamasına geçen dünyadaki üçüncü ülkedir.

Esasında İngiltere'de düz paketle ilgili çalışmalar dünyadaki gelişmelerle paralel ilerlemiş, ilk kez 2008 yılında İngiltere Sağlık Bakanlığı'nın<sup>441</sup> yaptırdığı bir danışma

<sup>438</sup> Fransız Danıştay, Dosya No: 399117, m. 53, 54.

<sup>439</sup> Fransız Danıştay, Dosya No: 399117, m. 55.

<sup>440</sup> Fransız Danıştay, Dosya No: 399117, m. 38-51, 56-64.

<sup>441</sup> 2018 İngiliz hükümeti değişikliğiyle birlikte adı Sağlık ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı olmuştur. <https://www.gov.uk/government/news/ministerial-appointments-january-2018> (E.T. 30.11.2019).

raporuyla düz paket kavramı resmi olarak incelenmiştir.<sup>442</sup> Sonraki yıllarda hükümet düz paket konusunun araştırılarak etkili olması halinde yasallaştırılabilmesi için konuyu strateji planına almış,<sup>443</sup> kamuoyu araştırması ve danışma raporu hazırlatma çalışmaları belirsiz bir süre ertelenince gelen tepkiler üzerine<sup>444</sup> hükümet nihayetinde 2012 yılında bu çalışmayı yapmıştır.<sup>445</sup>

Raporun bir parçası olarak hazırlanan akademik çalışmada, düz paketin bütün ürünlerinin çekiciliğini azaltarak tüketime etkili olabileceği değerlendirilmesi üzerine<sup>446</sup> hükümet düz pakete geçişi araştıracağını duyurmuştur.<sup>447</sup> Bu kapsamda parlamento görüşmelerinden<sup>448</sup> sonra ilk olarak İngiliz Aile ve Çocuk Yasası'nda değişiklik yapılmasına dair yasayla hükümete, on sekiz yaşın altındaki çocuklarda zararı azaltacak ya da sağlıklı yaşama yönlendirecekse paket üzerinde markaların, ayırt edici işaretlerin kullanımı, paketin boyutu, görünüşü, yazı stilleri dahil olmak üzere birçok hususta tütün ürünleri paketleriyle ilgili yasal düzenleme yapma yetkisi verilmiştir.<sup>449</sup>

Düz paket konusunda bir kez daha yaptırılan kamuoyu görüşü ve danışma raporundan<sup>450</sup> sonra İngiliz Aile ve Çocuk Yasası'nın verdiği yetkiye dayalı olarak

<sup>442</sup>Consultation on the future of tobacco control: consultation report: December 2008 s. 17, 25. [https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dh.gov.uk/en/Consultations/Responsestoconsultations/DH\\_091382](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dh.gov.uk/en/Consultations/Responsestoconsultations/DH_091382) (E.T. 30.11.2019).

<sup>443</sup> Healthy Lives, Healthy People: Our strategy for public health in England s. 37. [https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130315114143/http://www.dh.gov.uk/prod\\_consum\\_dh/groups/dh\\_digitalassets/@dh/@en/@ps/documents/digitalasset/dh\\_122347.pdf](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130315114143/http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/@ps/documents/digitalasset/dh_122347.pdf) (E.T. 30.11.2019).

<sup>444</sup> Emma Barraclough, "UK rows back on plain packaging", **Managing Intellectual Property Online**, Aralık 2011. <https://www.managingip.com/Article/2950871/Trade-marks-The-business-of-trade-marks-Jurisdiction-Archive/UK-rows-back-on-plain-packaging.html> (E.T. 30.11.2019)

<sup>445</sup> Consultation on standardised packaging of tobacco products [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/170568/dh\\_133575.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/170568/dh_133575.pdf) (E.T. 30.11.2019).

<sup>446</sup> Plain Tobacco Packaging: A Systematic Review, s. 51 [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/170568/dh\\_133575.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/170568/dh_133575.pdf) (E.T. 30.11.2019).

<sup>447</sup> 28 Kasım 2013 tarihli hükümet beyanlarının tam metni için bkz. [http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmhansrd/cm131128/wmstext/131128m0001.htm#131128m0001.htm\\_spm6](http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmhansrd/cm131128/wmstext/131128m0001.htm#131128m0001.htm_spm6) (E.T. 30.11.2019).

<sup>448</sup> Avam Kamarası görüşmelerinin tam metni için bkz. <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmhansrd/cm131128/debtext/131128-0001.htm#13112853000008>, Lordlar Kamarası görüşmelerinin tam metni için bkz. <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201314/ldhansrd/text/131128-0001.htm#13112849000249> (E.T. 30.11.2019).

<sup>449</sup> Children and Families Act, m. 94 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/6/section/94/2014-10-01>, Tasarı için bkz. <https://publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2013-2014/0059/amend/su059-II-a.htm> (E.T. 30.11.2019).

<sup>450</sup> Consultation on Introducing Regulations for Standardised Packaging of Tobacco Products, <https://www.gov.uk/government/consultations/standardised-packaging-of-tobacco-products-draft-regulations> (E.T. 30.11.2019).

belirtilen konularda “2015 Tütün Ürünlerinin Standart Şekilde Paketlenmesi Düzenlemeleri” hazırlıklarına başlanmış ve nihayetinde 2015 yılında bu düzenleme Parlamento’da kabul edilmiş ve onaylanmıştır.<sup>451</sup>

Yasal düzenlemelerde düz paket uygulamasının yürürlük tarihi üreticiler için 20 Mayıs 2016 olarak ön görülmüş, perakende satış içinse tarih 21 Mayıs 2017 şeklinde belirlenmiştir.<sup>452</sup>

Düzenlemelerle paket üzerinde şekil markası, logo bulunması yasaklanmış, paketlerde Avustralya’nın karakteristik renk tercihi aynen korunmuştur. Ancak Avustralya’dakinin aksine sigaralar ve sarma tütün ürünleri dışındaki tütün ürünlerine yasak gelmemiş, eğimli ve kenarları yuvarlatılmış paketlere de izin verilmiştir. Bu açıdan Avustralya’nın, yasayı amacına en uygun hazırlayan ülke olduğu söylenebilir.



Şekil 2.5: İngiltere’deki Farklı Çeşitlerde Sigara ve Tütün Paketleri

Bu düzenlemeler aleyhine çok kısa bir süre sonra dava açılmış, mahkemece bu dava düzenlemenin üreticiler için yürürlüğe girmesinden sadece bir gün önce reddedilmiş, daha sonra karar temyiz incelemesinden geçerek asıl mahkeme kararından ayrılan yönleri olsa da onanmış ve kesinleşmiştir.

<sup>451</sup> The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015 [https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/829/contents\\_\(E.T. 30.11.2019\)](https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/829/contents_(E.T. 30.11.2019)). Düzenleme, İngiliz Aile ve Çocuk Yasası’nın verdiği yetkiye dayalı olarak hazırlanmış olup bu yönüyle tam bir yasa değil, asıl yasaya bağlı ikinci derecede bir düzenlemedir.

<sup>452</sup> The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015, m. 20.



### bbb. İngiliz Yüksek Mahkeme Kararı

Düzenleme kabul edildikten sonra başat tütün üreticileri BAT, Philip Morris, Imperial Tobacco, JTI grup şirketleri ile birçok orta ve küçük ölçekli firma düzenleme aleyhine dava açmıştır.<sup>453</sup> Davalar birçok farklı hukuki gerekçeye dayansa da aynı düzenlemeye karşı açıldığından mahkemece davalar birlikte yürütülerek tüm davalar hakkında tek bir karar verilmiştir.<sup>454</sup>

Davacıların her biri kendi davalarında farklı gerekçelere de dayandığı için mahkeme tarafından tüm bu gerekçeler yedi ayrı kategori içinde, on yedi alt başlık altında incelenmiştir.<sup>455</sup> Kategoriler şu şekildedir;

- 1) Bizzat kendisi geçersiz olan TPD m. 24/2'ye dayalı olarak yapılan düzenlemenin geçersizliği,
- 2) Danışma raporu aşamasında tütün ürünü üreticileri tarafından sunulan delillerin değerlendirmeye alınmaması ve düzenlemenin yapılması için aralarından bazılarının seçilerek yönlendirici şekilde değerlendirilmesi,
- 3) Düzenlemenin, belirlediği hedeflere ulaşmak için ne uygun ne de elverişli olması; düzenleme yerine vergi artışı gibi aynı şekilde etkili olabilecek aşırıya kaçmayan önlemlerin alınabilmesi; düzenlemenin tütün ürünü üreticilerinin mülkiyet hakkına hukuksuz ve dayanılmaz şekilde müdahale etmesi nedeniyle orantılılık ilkesine aykırılık,
- 4) P1M1, ABTHB m. 17 ve İngiliz içtihat hukuku yönlerinden mülkiyet hakkının ihlali,
- 5) Düzenlemelerin AB Hukukuna ve uluslararası hukuka göre yetki aşımı olduğu,
- 6) Yasa yapılırken yürütülen danışma aşamasının hukuka aykırılığı,
- 7) TPD'nin sadece tütün ürünü paketlerinde marka ve pazarlama faaliyetleri konusunda devletlere düzenleme yetkisi verdiği, sigaranın

<sup>453</sup> British American Tobacco & others -v- Department of Health [2016] EWHC 1169 (Admin) (İngiltere Kararı), <https://www.judiciary.uk/judgments/british-american-tobacco-others-v-department-of-health/> (E.T. 30.11.2019).

<sup>454</sup> İngiltere Kararı, para. 47.

<sup>455</sup> İngiltere Kararı, para. 8.

sarıldığı kağıt konusunda düzenlemelerin yetki aşımı olduğu ve bu düzenlemenin orantısız olduğu.<sup>456</sup>

Mahkemece ilgili iddiaların tamamı değerlendirilmiştir. Davacılar tarafından hukuka aykırılığı belirtmek için gösterilen hukuki temeller genel olarak yasama yöntemi ve yetkisiyle ilgili olup esas yönünden yapılan temellendirmeler diğerlerine oranla daha az sayıda olmuştur. Ne var ki esasa ilişkin mahkeme değerlendirmesi kararın yarısından fazlasını oluşturmuştur.

Öncelikle mahkeme orantılılık ilkesine aykırılık iddialarını incelemiştir. Buna göre davacıların mahkemeye düz paketlemenin umulan faydayı göstermediğine, üstelik tütün ürünü tüketimini yaygınlaştırdığına ve artırdığına yönelik özellikle de Avustralya temelinde sunduğu deliller oldukça sağlam temellere dayanmaktadır.<sup>457</sup>

Davacılar vergi artırımı ile dolaylı yoldan yapılacak fiyat artışlarının içicileri düz paketle aynı oranda etkileyeceği, bu nedenle orantılı olanın vergi artışı olduğu, düz paket düzenlemelerinin bu nedenle de orantısız olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Mahkemece davacıların iddialarını ispatlar delilin eklenmediğine, düzenlemelerin vergi artışına göre çok daha etkin olduğu belirtilmiş, bu bakımdan orantısızlık iddiasının reddi gerektiğine karar verilmiştir.<sup>458</sup>

Davacılar bununla birlikte düz paket düzenlemelerinin işe yaramadığını açıklarken düzenlemeyle birlikte bütün markaların aynı ve tekdüze görüldüğünü, böylece içicilerin markayı değil en ucuz ürünü seçeceğini belirtmişlerdir. Bunun geri dönüşü ise içiciler için daha az bir parayla tütün ürünü alabildikleri için daha fazla tüketim, davacılar içinse daha az kar şeklinde olacaktır. Bu gerekçeye dayanılarak davacılarca ayrıca bir tazminat da talep edilmiştir. Mahkemece davacıların mülkiyet haklarının bulunduğu ancak davacıların iddia ettiği şekilde bir kar kaybının karşısında devlet hazinesine oluşan masrafın azalması koyulduğunda orantılılığın kamu yararı lehine olacağı belirtilmiştir. Ayrıca mahkemece, davalı bakanlığın sunduğu araştırmalara da dayanılarak düzenlemenin çocukların ömür boyu sürececek bir bağımlılıkla hiç tanışmamasına, erken ölümle ya da ölümcül hastalıklarla karşı karşıya

---

<sup>456</sup> İngiltere Kararı, para. 9-16.

<sup>457</sup> İngiltere Kararı, para. 30-33.

<sup>458</sup> İngiltere Kararı, para. 666-679.

kalmamasına yardım edeceği göz önüne alınmış ve bu düzenlemenin orantılı olduğuna karar verilmiş, davacıların tazminat talepleri reddedilmiştir.<sup>459</sup>

Davacıların mülkiyet haklarının ihlal edildiği ve fikri ve sınai haklarının kamulaştırıldığı iddiaları konusunda mahkeme öncelikle PIM1'e göre inceleme yapmıştır. Buna göre mahkemece, davacıların bir malvarlığı ve mülkiyetlerinin olduğunun inkar edilemeyeceği ancak kamulaştırmanın hukuki olayda gerçekleşmediği belirtilmiştir. Mahkeme, düzenlemeler her ne kadar markanın sadece kullanımını kısıtlamışsa da kelime markalarının hala kullanılabilmesi nedeniyle bu hakların davacılarda kaldığını; markanın, kaynak gösterme işlevinin eksiksiz şekilde yerine getirilebildiğini belirtmiştir.<sup>460</sup>

Şekil markaları konusunda ise mahkeme bu tür markaların sınırlı bir alanda da olsa hala kullanılabilirdiğini belirtmiştir. Mülkiyetin hala davacılarda bulunması ve kamu yararının hukuki olayda mevcut olması nedeniyle kamulaştırmanın da meydana gelmediğine karar verilmiştir. Ayrıca mahkeme gerçekten bir kamulaştırma mevcutsa istisnai durumlar dışında karşılık olarak tam tazminata hükmedilebileceğini ancak hukuki olayda da istisnai durumun mevcut olduğunu, sağlık açısından bir salgın olan bir ürünü yasaklamak için tazminat ödenmesinin hukuka uygun olmayacağını, kamu sağlığının kötüleşmesi ve diğer durumların ortadan kalkmasının yeterince uygun bir tazminat karşılığı olacağını belirtmiştir.<sup>461</sup>

Mahkeme mülkiyet hakkının ihlali incelemesini ayrıca ABTHB m. 17 yönünden de gerçekleştirmiştir. Buna göre markanın özüne dokunulmuş ve bozulmuş olması durumunda orantılı olup olmadığına bakılmaksızın düzenlemelerin ABTHB'yi ihlal etmiş olduğu varsayılsa dahi hakkın özünün ne olduğu ve bu özü ne şekilde bozmuş olduğu sorusu sorulmalıdır. Mahkemece, markanın özü konusundaki ilgili iddia için kaynak metin olan TRIPS'e bakılması gerektiği, TRIPS'te marka hakkının kullanma yetkisi içeren pozitif bir hak olarak düzenlenmediği, yorum yoluyla pozitif hak olduğu kabul edilse dahi bu özün sağlık açısından bir salgına izin vermeyi içermediğinin açık olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkeme, davacıların hakkının özüne

<sup>459</sup> İngiltere Kararı, para. 34-36, 680-711.

<sup>460</sup> İngiltere Kararı, para. 38, 745, 784-788.

<sup>461</sup> İngiltere Kararı, para. 38-39, 745-753, 783-784, 800-812.

dokunulmadığını, marka hukukundan kaynaklı bütün haklarını davacıların aynen muhafaza ettiklerini ve bu nedenle iddialarının reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>462</sup>

TRIPS'e aykırılık konusunda mahkeme özellikle "TRIPS Anlaşması ve Halk Sağlığı ile ilgili Doha Deklarasyonu" m. 4'ü<sup>463</sup> örnek göstererek üye devletlerin kamu sağlığı amacıyla tedbir alabileceğinin açık şekilde belirtildiğini ifade etmiştir.<sup>464</sup> Esasında ilgili madde DTÖ önündeki uyuşmazlıklarda Avustralya tarafından da öne sürülmüşse de panel değerlendirme yaparken m. 4'ü kararına esas almamıştır.

Mahkeme bunun dışında TPD'ye aykırılık iddiasını ABAD'ın C-547/14 sayılı dosyasında aldığı ön karar sonrası reddetmiş,<sup>465</sup> tütün üreticilerinin sunduğu delillerin bazılarının değerlendirilmeye alınmasının normal olduğuna, bakanlığın DSÖ'nün detaylı verilerine dayanarak yasayı hazırladığına ve bunun yasal olduğuna hükmetmiştir.<sup>466</sup> Aynı şekilde BAT'ın danışma aşamasının hukuka aykırı olduğu iddiasının gerçekçi olmadığını, hem devlet memurlarının ilgili delilleri değerlendirdiğini hem de BAT'ın danışma raporuna karşı parlamento görüşmelerinde diğer tütün ürünü üreticileriyle birlikte rapora karşı görüş bildirme şansının bulunduğunu belirterek bu kategorideki iddiaları da reddetmiştir.<sup>467</sup>

TPD'nin devletlere filtre kağıdı hakkında düzenleme yetkisi vermediği ve düzenlemelerin orantılı olmadığı iddialarına karşılık mahkeme TKÇS ışığında yapılan düzenlemelere bakıldığında sigara ve filtre kağıtlarının da düzenlemeye girdiğini, ayrıca devletlerin TPD'de belirtildiği üzere daha sıkı önlemler alabileceğini, orantısızlık iddialarının önceki değerlendirmeler gereği ispatlanamadığını belirterek bu iddiaları da reddetmiştir.<sup>468</sup> Düzenlemelerin yetki aşımı olduğu iddiasına karşılık mahkeme aynı şekilde düzenlemelerin ne Topluluk Markası Tüzüğü'ne ne de TPD'ye

<sup>462</sup> İngiltere Kararı, para. 38-39, 831-838.

<sup>463</sup> İngiltere Kararı, para. 915-916.

<sup>464</sup> **Madde 4 - TRIPS Anlaşması'nın, üyelerinin kamu sağlığını korumak için tedbirler almalarını engellememesi ve engellememesi gerektiği konusunda hemfikiriz. Buna göre, TRIPS Anlaşması'na olan bağlılığımızı yinelerken, Sözleşmenin DTÖ üyelerinin kamu sağlığını koruma hakkını ve özellikle de ilaca erişimini destekleyen bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. DTÖ üyelerinin TRIPS Anlaşmasında bu amaç için esneklik sağlayan hükümleri kullanma hakkını teyit ediyoruz.**

<sup>465</sup> İngiltere Kararı, para. 40, 252-275.

<sup>466</sup> İngiltere Kararı, para. 40, 276-376.

<sup>467</sup> İngiltere Kararı, para. 40, 919-932.

<sup>468</sup> İngiltere Kararı, para. 40, 949-979.

aykırı olduğunu belirterek iddianın reddine karar vermiştir.<sup>469</sup> Karar temyiz mahkemesi tarafından onanarak kesinleşmiştir.<sup>470</sup>

## **gg. Türkiye**

### **aaa. Genel Olarak**

Türkiye’de düz paket uygulaması ilk kez Avustralya tarafından yasa çalışmalarının tamamlanmasıyla gündeme gelmiş ancak Avustralya uygulamasının aksine çok daha sınırlayıcı bir şekilde düz paket uygulamasına geçilmek istenmiştir.

Avustralya’nın düz paket uygulamasına geçmesinden hemen sonra Sağlık Bakanlığı yaptığı açıklamada Türkiye’de kara paket uygulamasına geçileceğini ve paketlerin dış yüzeylerinde hiçbir marka veya ayırt edici işaretin olmayacağını, sadece numaraların yer alacağını, tüketicilerin numara belirterek ilgili sigarayı satın alacağını belirtmiştir.<sup>471</sup>

Daha sonra bakanlıkça 2012 yılında DSÖ Avrupa Bölge Ofisi’nin 42 ülkenin katılımıyla birlikte düz paket konusunda düzenlediği kongreye ev sahipliği yapılarak çalışmalar ileriye taşınmış,<sup>472</sup> 2015-2018 dönemi için Ulusal Tütün Kontrol Programı Eylem Planı hazırlanarak TKÇS doğrultusunda düz paket düzenlemelerinin yapılması öngörülmüştür.<sup>473</sup>

Düz paket konusunda 2015 yılında hazırlıkların tamamlanması öngörülmüşken 2016 yılına kadar çalışmalar devam etmiş, bir torba yasa hazırlığı sırasında Sağlık Bakanlığı düz paket uygulamasını taslaktan çıkarmıştır. Bakanlıkça buna gerekçe olarak düz paketin uluslararası düzenlemelere aykırı olduğu, markanın yok hükmünde

<sup>469</sup> İngiltere Kararı, para. 40, 865-918.

<sup>470</sup> R (British American Tobacco and others) v Secretary of State for Health [2016] EWCA Civ 1182, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2016/1182.html> (E.T. 30.11.2019).

<sup>471</sup> <https://www.haberturk.com/saglik/haber/666938-sigarada-kara-paket-alarmi-video>, <http://www.milliyet.com.tr/gundem/sigaraya-karartma-1435846>, <http://www.radikal.com.tr/saglik/sigarada-kara-paket-alarmi-1062580/> (E.T. 30.11.2019).

<sup>472</sup> Freeman/Chapman, s.192.

<sup>473</sup> 27 Ocak 2015 tarihli ve 29249 sayılı RG’de yayımlanan 2015/1 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile plan yürürlüğe girmiştir.

sayıldığı, işe yarar olduğunu gösterir delil olmadığı ve sadece Avustralya’da mevcut bu uygulama aleyhine çok sayıda dava açıldığı belirtilmiştir.<sup>474</sup>

Hükümet seçimlerinin ardından sağlık bakanı değişikliğiyle düz paket çalışmalarına devam edilmiş ve Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>475</sup> ile birlikte düz paket uygulamasına geçilmiştir. Bu yasa m. 24<sup>476</sup> ve m. 25<sup>477</sup> ile birlikte düz pakete ilişkin genel bir çerçeve çizmiş, yasanın yürürlüğe girdiği 5 Aralık 2018 tarihinden itibaren üreticilere yasaya uyma konusunda yedi aylık süre tanıyarak, düzenlemenin ayrıntıları Tarım ve Orman Bakanlığı’na bırakılmıştır.

Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından yönetmelik hazırlanarak tüm detaylar belirlenmiş ve uygulama tarihi üreticiler için 5 Aralık 2019, perakende satış noktaları içinse 5 Ocak 2020 olarak ön görülmüştür.<sup>478</sup>

<sup>474</sup> <https://www.yenisafak.com/hayat/sigarada-kara-paket-uygulamasi-yok-2453696>, <https://www.gida.hatti.com/saglik-bakanligi-tek-tip-sigara-paketi-uygulamasindan-vazgeci-51200/>, <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/sigara-paketinde-tek-tip-israri-40094653> (E.T. 30.11.2019).

<sup>475</sup> 7151 Sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG: 15/11/2018, 7151.

<sup>476</sup> **Madde 24-** 4207 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “yüzde altmışbeşinden” ibaresi “yüzde seksen beşinden” şeklinde değiştirilmiş, fıkraya aşağıdaki cümleler eklenmiş ve beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Türkiye’de üretilen veya ithal edilen tütün ürünleri; markanın yazım şekli, yazı karakteri ve boyutu, paket üzerindeki konumu, paketlerin rengi, diğer yazı, ibare ve şekiller dâhil olmak üzere aynı şekilde tasarlanmış düz ve standart paket biçiminde piyasaya arz edilir. Marka, paketin sadece bir yüzeyine ve bu yüzeyin yüzde beşini aşmayacak şekilde yazılır. Paketlerin üzerine markanın logosu, simgesi veya sair işaretleri konulamaz. Bu kurallar birden fazla paketi bir arada bulunduran tütün ürünleri kutuları için de geçerlidir.”

“(5) Bu Kanunda belirtilen uyarı yazıları, resim, şekil veya grafik mesajlarıyla, paket üzerinde yer verilen markanın yazım şekli, yazı karakteri ve boyutu, paket üzerindeki konumu, paketlerin rengi, paket üzerinde yer verilen uyarı mesajları, diğer zorunlu yazı, ibare ve şekiller dâhil olmak üzere tek tip olarak tasarlanmış düz ve standart paketler ile ilgili hususlar Sağlık Bakanlığının uygun görüşü alınarak Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir.”

<sup>477</sup> **Madde 25-** 4207 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 5- (1) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce Türkiye’de üretilen veya ithal edilen tütün ürünleri, yedi ay içinde 4 üncü maddenin üçüncü fıkrasına uygun hâle getirilir. Bu süre Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından altı aya kadar uzatılabilir.

(2) 4 üncü maddenin beşinci fıkrasında öngörülen yönetmelik bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde çıkarılır.”

<sup>478</sup> Tütün Mamullerinin Üretim Şekline, Etiketlenmesine ve Denetlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (Tütün Yönetmeliği), RG: 01/03/2019, 30701. Esasında üreticiler açısından uygulama için ilk önce 05.07.2019 tarihi belirtilmişse de Tütün Mamullerinin Üretim Şekline, Etiketlenmesine ve Denetlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG:27/06/2019, 30814 ile üreticiler için uygulama tarihi 05.12.2019 olarak değiştirilmiştir. Karışıklık yaratmaması için atıflarda yönetmeliğin 30.11.2019 tarihinde yürürlükte bulunan son hali esas alınmıştır.

Türkiye'deki uygulamaya bakıldığında Avustralya düzenlemelerinin büyük oranda iç hukuka alındığı ancak bununla birlikte bazı farklılıkların da olduğu görülmektedir. Yönetmelik birçok düzenlemeyi içermesine rağmen esaslı noktalar olarak şu hususları içermektedir:

- Tüm tütün mamüllerinin birim paketleri ile kartonların (yönetmelikte grupman olarak adlandırılmaktadır) dış yüzeyleri donuk koyu kahverengi renkte, iç yüzeyleri ise yine donuk koyu kahverengi, beyaz ya da kraft kahvesi olacaktır.<sup>479</sup>

- Paketler dikdörtgen prizma ya da benzeri şekilde olabilecek, karton ya da yumuşak malzemedен yapılabilecektir.<sup>480</sup>

- Paketlerde hiçbir şekilde kabartma, çıkıntı, süsleme, dekoratif unsurlar olmayacaktır.<sup>481</sup>

- Marka ve çeşit adı paketin ön ve alt yüzeyinde sadece bir kez yer alacaktır. Marka adı ve varsa çeşit adı Helvetica yazı tipinde soğuk gri renkle yazılacak, izin verilen yazı tipi boyutunu aşmayacaktır.<sup>482</sup>

- Sigaranın üzerinde marka kelimesinin ilk harfi büyük diğerleri küçük harf olacak şekilde, siyah ve Helvetica yazı tipinde, izin verilen yazı tipi boyutunu aşmayacak şekilde, alfabetik, nümerik ve “&” işareti dışında bir işaret ve karakter kullanılmadan yazılacaktır.<sup>483</sup>

- Bu izin verilen sınırlar dışında paket üzerinde hiçbir yerde hiçbir marka veya işaret (çizgi, harf, numara, sembol, grafik ya da resim) yer almayacaktır.<sup>484</sup>

- Belirli bir tütün mamulünün diğerlerinden daha az zararlı olduğunu, dumanın bazı zararlı bileşenlerinin etkisini azaltmayı amaçladığını, enerji verici, iyileştirici, gençleştirici, doğal, organik özelliklere sahip olduğunu gösteren, başka olumlu sağlık veya yaşam tarzı faydaları sağladığını öne süren veya ima eden marka ya da çeşit adı bulunmayacaktır.<sup>485</sup>

<sup>479</sup> Tütün Yönetmeliği m. 11/1. Yönetmelikte özel olarak Pantone 448C kodlu renk zorunlu tutulmuştur.

<sup>480</sup> Tütün Yönetmeliği m. 11/4 ve m. 11/5.

<sup>481</sup> Tütün Yönetmeliği m. 11/3.

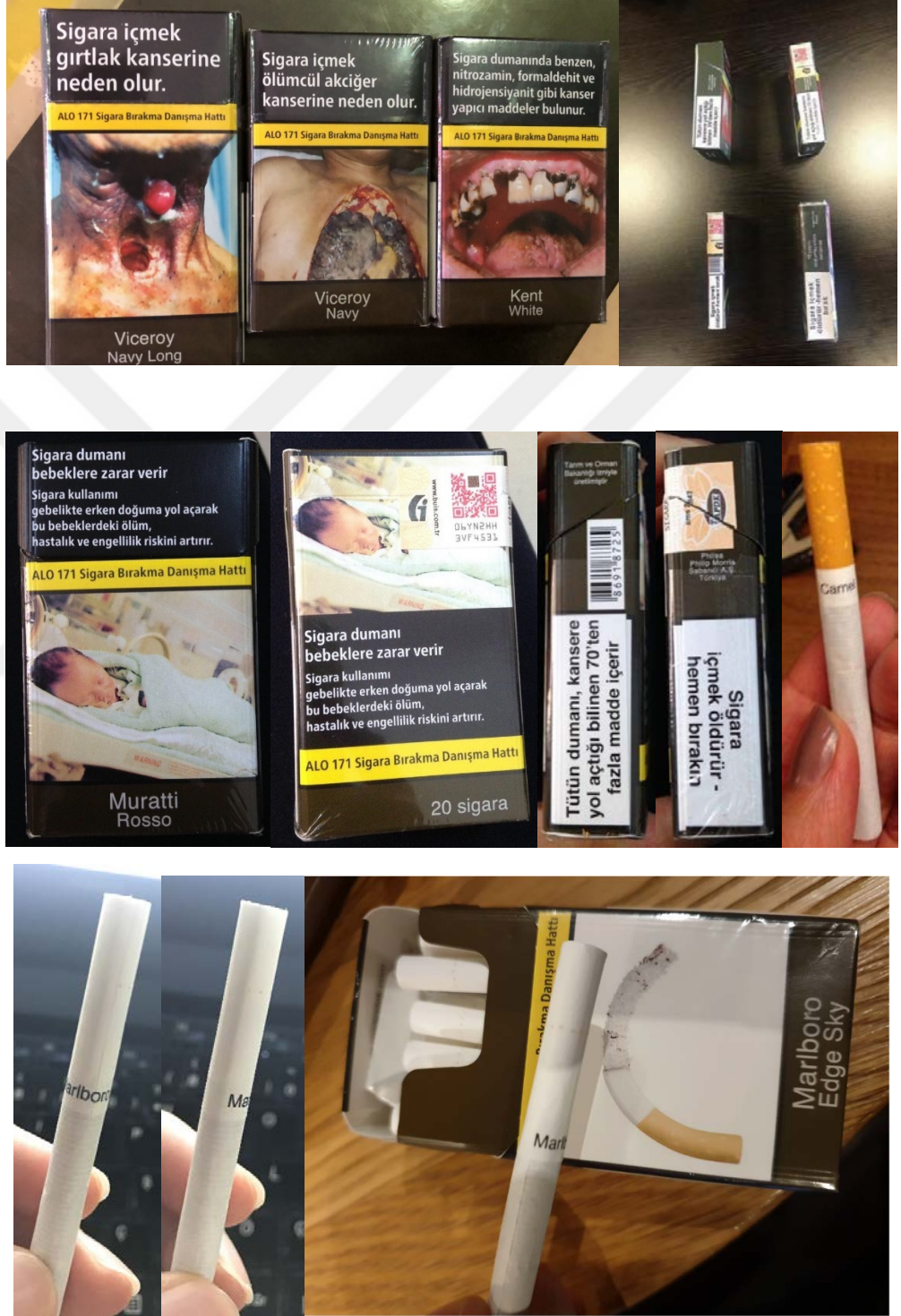
<sup>482</sup> Tütün Yönetmeliği m. 10/1 ve 10/6.

<sup>483</sup> Tütün Yönetmeliği m. 10/4.

<sup>484</sup> Tütün Yönetmeliği m. 11/8.

<sup>485</sup> Tütün Yönetmeliği m. 10/11/ç.

- Paketler sonradan şekil ya da özellik değiştirilebilecek şekilde üreilmeyecek; ısıya duyarlı mürekkep, belli ışıkta görülebilecek simgeler veya özellikler içermeyecektir.<sup>486</sup>



Şekil 2.6: Türkiye'deki Farklı Boy ve Çeşitlerde Sigara Paketleri

<sup>486</sup> Tütün Yönetmeliği m. 11/13 ve m. 11/14.



Görüldüğü üzere Türkiye’de de Avustralya’daki gibi bütün tütün ürünlerini içine alan bir yasal düzenleme yapılmış olup bu yönüyle yasa Fransa ve İngiltere’deki düzenlemelerden daha kapsamlıdır. Paketin dış yüzeyinin ve markanın karakteristik rengine ilişkin Avustralya’nın tercihi aynen benimsenmişse de paketin şekli Avustralya’daki gibi tek bir tip olarak kabul edilmemiş gerek köşeli gerekse eğimli ve yuvarlatılmış kenarlı pakete izin verilmiştir. Yine paketin iç rengi için Avustralya’dakinin aksine üreticiye üç renkten birini seçme olanağı getirilmiştir.

Avustralya’dan yine farklı olarak Türkiye’deki yönetmelik veya yasalarda tütün ürünü markalarının kullanılmaması nedeniyle iptaline ilişkin hiçbir düzenleme yapılmamıştır. Bu husus her ne kadar Fransa’da da düzenlenmemişse de kullanmama nedeniyle iptalin istisnası olan haklı nedenin ne olduğu konusunda Türk hukukunda bir istikrar olmaması nedeniyle yasada açıklığa kavuşturulmaması bir eksiklik olmuştur. Bununla birlikte yasada toptan satış ve perakende satış ayrımı yapılmamış, ihraç edilen mallara yönelik bir ibare de yasal metinlerde yer almamıştır.

### **bbb. Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**

Düzenlemelerle de görüleceği üzere fikri ve sınai haklardan en çok marka hakkı etkilenmiş, hakkın kullanımına yönelik büyük kısıtlamalar getirilmiştir.

Bununla birlikte bir müdahaleden bahsedebilmek ve müdahale varsa bunun hukuka uygun olup olmadığından söz edebilmek için yukarıda açıklanan müdahale tipleri ve şartlara göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Öncelikle ilk tespit edilmesi gereken ortada bir müdahale olup olmadığı ve varsa müdahalenin tipidir. Yukarıda açıklandığı üzere müdahale tipleri mülkiyetten müdahale edilmeksizin yararlanılması ilkesi, mülkiyetten yoksun bırakılma ve mülkiyetin kullanımının kontrol edilmesi şeklinde ayrılmaktadır.

Düz paket düzenlemesine bakıldığında öncelikle en ağır müdahale tipi olan mülkiyetten yoksun bırakılmanın varlığı incelenmelidir. Mülkiyetten yoksun bırakma için mülkiyetin nakledilip nakledilmediği ve dolaylı kamulaştırma/fiili el atma olup

olmadığına bakılacaktır.<sup>487</sup> Buna göre yasa, markadaki şekil unsurlarını tütün ürünlerinde yasaklamış, marka sahibine kelimeleri de belirli yazı tipi, rengi ve boyutuyla yazma zorunluluğu getirmiştir. Bu nedenle şekil markaları artık tütün ürünlerinde hiç kullanılamamakta, kelime markaları ise farklı şekilde kullanılmaktadır. Yapılan düzenlemeye bakıldığında kelime markalarının hala hak sahibinde kaldığı, mülkiyetin nakledilmediği ve kullanımının dolaylı da olsa tamamen yasaklanmadığı görülmektedir. Dolayısıyla kelime markaları için mülkiyetten yoksun bırakılma tipi bir müdahalenin varlığından bahsedilemeyecektir. Buna karşılık sadece şekilden oluşan markalar yönünden yine mülkiyet nakledilmese de dolaylı olarak markanın kullanımının tamamen yasaklandığı görülmektedir.

AİHM'nin dolaylı kamulaştırmaya ilişkin olarak vermiş olduğu bir karar bu tespiti güçlendirmektedir. Buna göre askeri diktatörlük tarafından bir tarım arazisi, mülkiyet hakkı hala sahiplerinde olmasına rağmen askeri donanma üssü olarak kullanılmaya başlanmıştır. Başvurucular mülkiyet hakkı sahibi olmalarına rağmen kamulaştırma yapılmadığı için bir tazminat almamış, aynı zamanda taşınmazlarını da kullanamamış, satamamış, hiçbir tasarrufta bulunamamışlardır. AİHM bu durumda de facto olarak taşınmazın kamulaştırıldığına karar vererek görünürde mülkiyet hakkı sahibinin başvurucular olarak gözükmemesine rağmen olayda mülkiyetten yoksun bırakma tipi bir müdahale olduğuna karar vermiştir.<sup>488</sup>

Markanın kendi sınıfında kullanılması, işlevinin yerine getirilmesi için mutlak bir zorunluluk olup işlevin ortadan kaldırılması mülkiyetten yoksun bırakma anlamına gelecektir, ne var ki markanın diğer kullanımlarının yasaklanması mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da mülkiyetten müdahale edilmeksizin yararlanılmasına aykırılık anlamına gelebilecektir. Bu nedenle kanaatimizce şekil markaları açısından müdahalenin tipi mülkiyetten yoksun bırakmadır. Karşılaştırmalı hukukların aksine Türkiye'de tütün üreticileri ne internette ne de kamuya açık herhangi bir alanda markalarını kullanabilmektedir. Üstelik üreticiler artık tescilli olduğu tütün ürünü emtiaları üzerinde de markalarına yer veremeyecekleri için markalarını kullanabilecekleri tek bir alan bile bulunmamaktadır.

<sup>487</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 103.

<sup>488</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı, Papamichalopoulos ve Diğerleri v. Yunanistan, No: 14556/89, T:24/06/1993, para. 45, hudoc.echr.coe.int (E.T. 30.11.2019); Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, s. 104.

Kelime markaları için incelenmesi gereken ikinci müdahale tipi mülkiyetin kullanımının kontrolüdür. Bu açıdan yapılan incelemede düzenlemeyle birlikte kelime markalarının tütün ürünleri üzerinde kullanımının yasaklanmadığı, hak sahipliğinde doğrudan ya da dolaylı bir değişim olmadığı buna karşılık kelimenin farklı yazı tipi, renk ve boyutta yer almasının düzenlendiği görülecektir. Hak sahibi tarafından bakıldığında düzenlemeyle markanın kullanılmasına kelime farklılaştırılmış da olsa izin verildiği açıktır. Dolayısıyla marka sahibi mülkiyetten yoksun bırakılmamış, markasının kullanımı kontrol edilerek müdahale edilmiştir. Kelime markaları açısından müdahalenin tipi mülkiyetin kullanımının kontrolüdür.

Müdahale tipleri belirlendikten sonra asıl inceleme yani sınırlamanın hukuka uygun yapıp yapılmadığı önem kazanmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere hukuka uygunluk üç şartın incelenmesine göre yapılmaktadır: müdahalenin yasayla olması, kamu yararıyla yapılması ve son olarak ölçülülük ile hakkın özüne dokunulmaması.

Düzenlemelere bakıldığında yasayla belli açılardan sınırlama yapıldığı, buna karşılık sınırlamanın neredeyse tüm içeriğinin yönetmelikle belirlendiği görülecektir. Gerçekten de yasada: *“Türkiye’de üretilen veya ithal edilen tütün ürünleri; markanın yazım şekli, yazı karakteri ve boyutu, paket üzerindeki konumu, paketlerin rengi, diğer yazı, ibare ve şekiller dâhil olmak üzere aynı şekilde tasarlanmış düz ve standart paket biçiminde piyasaya arz edilir. Marka, paketin sadece bir yüzeyine ve bu yüzeyin yüzde beşini aşmayacak şekilde yazılır. Paketlerin üzerine markanın logosu, simgesi veya sair işaretleri konulamaz. Bu kurallar birden fazla paketi bir arada bulunduran tütün ürünleri kutuları için de geçerlidir. Bu Kanunda belirtilen uyarı yazıları, resim, şekil veya grafik mesajlarıyla, paket üzerinde yer verilen markanın yazım şekli, yazı karakteri ve boyutu, paket üzerindeki konumu, paketlerin rengi, paket üzerinde yer verilen uyarı mesajları, diğer zorunlu yazı, ibare ve şekiller dâhil olmak üzere tek tip olarak tasarlanmış düz ve standart paketler ile ilgili hususlar Sağlık Bakanlığının uygun görüşü alınarak Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir.”*

Kanunilik ilkesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için zorunludur ancak yukarıda da açıklandığı üzere yasayla sınırların net çizilmesi halinde yönetmelikle içeriğin açıklanmasına bir engel bulunmamaktadır. Hal böyleyken

incelenmesi gereken husus, yasanın Tarım ve Orman Bakanlığı'na, geniş ve belirsiz bir serbestlik verip vermediğidir. Kanaatimizce bu yönden yapılan düzenleme, iki konu dışında kanunilik ilkesine uygundur. Yasama organı düzenlemeyle paket üzerinde her türlü şeklin kullanılmasını yasaklamış, markanın kaç kere yer alacağını, tek renk ve yazı tipinin zorunlu olmasını öngörmüş, bu konuda tüm sınırları çizmiştir. Buna karşılık ilk olarak yasa koyucu kelime markasının boyutu ve rengi konusunda hiçbir olumsuz sınır getirmemiştir. Gerçekten de yasada paketin yüzde beşini aşmayacak markanın en az ne kadarlık kısmına yer verileceğini belirtilmemiş, markanın boyutu bütün paketlerde aynı olmaya zorlamakla birlikte okunmayacak kadar küçük yazılmasına da hiçbir sınır getirilmemiştir. Aynı şekilde paketin ve markanın rengi konusunda da Tarım ve Orman Bakanlığı'na sınırsız bir yetki verilmiş, örneğin paketin beyaz, yazı tipinin ise açık sarı yapılarak markanın okunmasının imkansız hale getirilmesinin önüne geçilmemiştir. İkinci sorun ise yasayla birlikte paket üzerinde logo, işaret kullanımı yasaklanmış olmasına rağmen sigaranın üzerinde bunun yasaklanmaması, sadece yazı karakteri ve boyutunun düzenleme kapsamına alınmış olmasıdır. Buna rağmen çıkarılan yönetmelikte logo ve işaretlerin sigara üzerinde yer almayacağı da düzenlenmiştir.

Uygulamada elbette kahverengi paket düzenlenmiş olmakla ve Tarım ve Orman Bakanlığı'nın bu şekilde düzenleme yapmayacağı komisyon görüşmelerinde hep kahverengi paketin getirileceğinin belirtilmesiyle ortada olsa da yasayla bakanlığa sınırsız bir düzenleme yetkisi verilmesi kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Yine yukarıda açıkladığımız üzere yasada öngörülmeleyen bir yasağın yönetmelikle getirilmesi mümkün olmayıp bu açıdan da kanaatimizce kanunilik ilkesine uygunluk yoktur.

Düzenlemenin kanunilik incelemesinden başarılı olarak geçtiği farz edildiğinde yapılacak ikinci inceleme kamu yararıyla bir sınırlama yapıp yapılmadığıdır. Yukarıda açıklandığı gibi kamu yararının belli bir ölçütü olmadığı gibi ne AİHM ne de AYM yasamanın siyasi kararlarını yerindelik denetimine tabi tutmamaktadır. Bu yönde yapılacak bir denetim zaten yasama yetkisine müdahale anlamına gelecektir. Bir yasanın amacının ne olduğunun en iyi gerekçesinden anlaşılacağından hareketle düz paket düzenlemesinin gerekçesine bakılmalı ve buna göre kamu yararı incelenmelidir. Tütün ürünleri yasasında değişiklik yapan torba yasanın gerekçesine

bakıldığında, ilgili 26. maddede hiçbir gerekçenin yer almadığı, yasa maddesinin tekrar edildiği görülmektedir. Buna karşılık torba yasanın genel gerekçesinde düzenlemeye ilişkin ipuçları bulabilmek mümkündür. Genel gerekçede yasa koyucu sağlığın geliştirilmesi ve sağlıklı hayat programlarının artırılması konusunda bu düzenlemelerin yapıldığını belirtmiştir.<sup>489</sup> Yasa koyucunun, gıda etiketi konusundaki düzenlemelerde halk sağlığının korunmasını bir amaç olarak sayarken özellikle tütün ürünlerinde bir amaç belirtmemesi de yasanın özenilmeden hazırlandığına ilişkin bir kanıt olabilecektir.

Bu gerekçeden hareketle çıkarım yapılarak yasa koyucunun amacının sağlığın geliştirilmesi ve sağlıklı hayat programlarının artırılması olduğu belirtilebilir. Buna göre bireysel mülkiyet hakkı ile toplumun sağlığının geliştirilmesi karşı karşıya geldiğinde mülkiyet hakkından yoksun bırakılma ya da mülkiyetin kullanımının kontrolü için kamu yararı olduğu kanaatimizce söylenebilir. Bu yönüyle yasa kamu yararı şartını sağlamaktadır.

Son olarak incelenmesi gereken husus ölçülülük ilkesinin düzenlemede gözetilip gözetilmediği ve hakkın özüne dokunulup dokunulmadığıdır. Ölçülülük ilkesi yukarıda açıklandığı üzere elverişlilik, gereklilik ve orantılılık şeklinde üç alt ilkeden oluşmaktadır ve bunların tek tek incelenmesi, ölçülülük ilkesine aykırılığı ortaya çıkaracaktır.

İlk olarak elverişlilik incelenmelidir. Bu ilkeye göre istenen amaca ulaşmak için getirilen müdahalenin elverişli bir araç olup olmadığı yani düzenlemenin amaca ulaşma potansiyelinin olup olmadığı incelenmektedir.

Ne var ki düz paketin işe yarayıp yaramaması çok tartışmalı ve henüz üzerinde bilimsel olarak görüş birliğine varılmamış bir konudur. Bunun sebebi ise yapılan çok çeşitli araştırmalarda ortaya farklı sonuçlar çıkmasıdır. Yapılan bir araştırma genç kadınların tütün ürünü paketlerinin çirkin olması nedeniyle tütün ürünü tüketmeyi bırakma eğiliminde olduğunu göstermesine rağmen<sup>490</sup> bir başka araştırma ise 14-17

<sup>489</sup> Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi Gerekçesi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1186.pdf> (E.T. 30.11.2019).

<sup>490</sup> Crawford Moodie/Linda Bauld/Allison Ford/Anne Marie Mackintosh, “Young women smokers' response to using plain cigarette packaging: qualitative findings from a naturalistic study.” **BMC Public**

yaş arasındaki çocuklarda iki yıllık bir sürede düz paketin etkili olmadığını göstermektedir.<sup>491</sup> Yapılan araştırmalarda ayrıca düz paketten sonra sigarayı bırakma hatlarını aramada belirgin artış olduğu<sup>492</sup>, düz paketin sigara tüketimini azalttığı<sup>493</sup> ve özellikle gençlerin marka farkındalığında ciddi düşüslere neden olduğu,<sup>494</sup> paket üzerindeki sağlık uyarılarının tüketicilerin daha çok dikkatini çektiği,<sup>495</sup> düz paketin başarılı olduğu ve düşük gelirli ülkelerde başarı sağlandığı ama yüksek gelirli ülkelerde buna yönelik kanıt olmadığı da gözlenmektedir.<sup>496</sup>

Çalışmalara bakıldığında ortak özellik olarak tümünde genellikle sigara tüketiminin azalması ve satışı üzerinde durulduğu görülmektedir. Bunun nedeni düz paketin -en azından karşılaştırmalı hukukta- getiriliş amaçlarından birisinin de tütün ürünü üzerindeki uyarıların etkisini artırmaktır. Halbuki tütün ürünü tüketimine her yıl yeni başlayan insanlar olduğu da göz önüne alınmalı ve üç yönde yapılacak inceleme bilimsel verilerle birlikte değerlendirilmelidir. Bunun sebebi tütün ürünü tüketiminde

---

**Health**, Vol:14:812 7 Aug. 2014, s. 6-7, <https://bmcpublihealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2458-14-812> (E.T. 30.11.2019).

<sup>491</sup> Ashok Kaul/Michael Wolf, "The (Possible) Effect of Plain Packaging on the Smoking Prevalence of Minors in Australia: A Trend Analysis", **University of Zurich Department of Economics, Working Paper Series 149**, 2014, s. 10, <http://www.econ.uzh.ch/static/wp/econwp149.pdf> (E.T. 30.11.2019).

<sup>492</sup> Jane M Young/Ingrid Stacey/Timothy A. Dobbins/Sally Dunlop/Anita L Dessaix/David C. Currow, "Association between tobacco plain packaging and Quitline calls: a population-based, interrupted time-series analysis", **Medical Journal of Australia**, Vol:200, Issue 1, s. 29-32.

<sup>493</sup> Pascal A. Diethelm/M. Farley. Timothy, "Refuting tobacco-industry funded research: empirical data shows decline in smoking prevalence following introduction of plain packaging in Australia", **Tobacco Prevention & Cessation**, Vol:1, November (2015), s. 4-6, <http://www.tobaccopreventioncessation.com/Refuting-tobacco-industry-funded-research-empirical-data-shows-decline-in-smoking-prevalence-following-introduction-of-plain-packaging-in-Australia,60650,0,2.html> (E.T. 30.11.2019).

<sup>494</sup> James Balmford/Ron Borland/Hua-Hie Yong, "Impact of the introduction of standardised packaging on smokers' brand awareness and identification in Australia", **Drug and Alcohol Review Journal**, Vol: 35 (January 2016), s. 102–109, <https://doi.org/10.1111/dar.12331> (E.T. 30.11.2019).

<sup>495</sup> Sally Dunlop/Timothy Dobbins/Jane M. Young/Donna Perez/David C. Currow, "Impact of Australia's introduction of tobacco plain packs on adult smokers' pack-related perceptions and responses: results from a continuous tracking survey" **BMJ Open**, 2014;4:e005836, s. 8-9, <https://bmjopen.bmj.com/content/4/12/e005836> (E.T. 30.11.2019). Araştırmadaki hesaplama hatalarının düzeltildiği makale için bkz. Sally Dunlop/Timothy Dobbins/Jane M. Young, "Correction", **BMJ Open**, 2015;5:e005836, <https://bmjopen.bmj.com/content/5/8/e005836corr1> (E.T. 30.11.2019).

<sup>496</sup> Constantine Vardavas/Filippos T. Filippidis/Brian Ward/Marine Faure/Carlos Jimenez-Ruiz/Christina Gratiou/Paraskevi Katsounou/Francisco Lozano/Panagiotis Behrakis/Cornel Radu-Loghin, Paraskevi/Lozano, Francisco/Behrakis, Panagiotis/Radu-Loghin, Cornel, "Plain packaging of tobacco products in the European Union: an EU success story?", **European Respiratory Journal**, Nov 2017, Vol. 50 No. 5, 1701232, s.2, <https://erj.ersjournals.com/content/50/5/1701232> (E.T. 30.11.2019).; Nicole Hughes/Monika Arora/Nathan Grills, "Perceptions and impact of plain packaging of tobacco products in low and middle income countries, middle to upper income countries and low-income settings in high-income countries: a systematic review of the literature", **BMJ Open** 2016;6:e010391, s. 8-9, <https://bmjopen.bmj.com/content/6/3/e010391> (E.T. 30.11.2019); Pascal A. Diethelm/Timothy M. Farley, "Re-analysing tobacco industry funded research on the effect of plain packaging on minors in Australia: Same data but different results", **Tobacco Prevention & Cessation**, Vol: 3, Nov. 2017, <https://doi.org/10.18332/tpc/78508> (E.T. 30.11.2019).

hiçbir değişiklik olmaması halinde yeni başlayan bir kesimin önceki yıllara göre az olduğu ya da tam tersi eski kullanıcıların tüketimi bırakmasına rağmen yeni kullanıcıların arttığı şeklinde bir çıkarım yapmanın kolay olmasıdır. Bunu engellemek için ilk olarak tütün ürünlerini aidiyet hissetmek için içenler -ki bunlar büyük oranda gençlerden oluşmaktadır- analiz edilmeli, ikinci olarak bilinçli şekilde içimini beğendiği için bir markayı tercih edenler analiz edilmeli, üçüncü olaraksa tütün ürünü içmeye başlama çağındaki gençlerle çocuklar her kesimden oluşacak kapsayıcı bir analizle ele alınmalı ve düz pakete/tütün ürünlerini kullanmaya bakışları, önceki yıllara göre varsa bakışlarında ve kullanımında bir değişiklik olup olmadığı sorgulanmalıdır. Bunlardan herhangi biri için bile olumlu yaklaşım sergileniyorsa kanaatimizce elverişlilikten söz etmek mümkündür ancak hiçbir ayırmda düz paket işe yaramıyorsa elverişlilik bulunmamaktadır. Ne var ki yapılan çalışmalar henüz detaylı olmadığı için elverişlilik konusu belirsizliğini koruyan bir konudur.

Bununla birlikte doktrinde markanın kullanılmasının yasaklanmasının, kayıt dışı ekonomiyi artıracakını ve kaçak yollarla ülkeye sokulan tütün ürünleri nedeniyle tüketimde azalma görülse bile bunun gerçeği yansıtmayacağı da belirtilmiştir. Ayrıca paketlerin çok basit ve hiçbir ayrıntı içermemesi nedeniyle taklitlerinin kolayca yapılabileceği ve bu nedenle sahte ürün tüketiminde de artış olacağı ifade edilmiştir.<sup>497</sup> Bu nedenle yukarıdaki verilere ek olarak özellikle yasa dışı ve sahte ürünlere el koyma istatistiklerinin de yıllara göre artış şeklinde mutlak surette elverişlilik kriterinde göz önüne alınması gerekmektedir.

İkinci olarak gereklilik incelemesi yapılması, hem ortada müdahale gerektirir bir durum olup olmadığının hem de amaca daha az müdahaleci şekilde ulaşmanın mümkün olup olmadığının incelenmesi bakımından önemlidir. Tütün ürünü paketlerinin tüketiciler üzerinde etkili olduğu ve sigara tüketimlerini etkileyip etkilemediğine yönelik çalışmalar, çok uzun süredir yapılmaktadır. Bu çalışmalar özellikle Avustralya’da görülen düz paket davasında öne çıkmış, daha sonra İngiltere’deki davada da bu çalışmaların üzerine ek çalışmalar yapan Sağlık Bakanlığı’nın raporları önem kazanmıştır.

<sup>497</sup> Hamdi Yasaman, “Markanın Kullanılmasında Kısıtlamalar” **Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 96-98; Pretnar, s. 164-167.

İlk olarak tütün ürünü paketlerinin pazarlama amacıyla kullanıldığı ve tüketicilerin tercihlerinde çok etkili olduğu tütün üreticilerince hiçbir şekilde inkar edilmemiş, tüm düz paket davalarında konu çekişmeli olmaktan çıkmıştır. Gerçekten de tütün ürünü paketlerinin tüketicilerin davranışlarını etkilediğine yönelik ilgili çalışmalara bakıldığında şu hususlar öne çıkmaktadır:

- Reklam yasakları birçok şirketi, sigara paketlerine daha çok özen göstermeye ve paketleri tekrar tasarlamaya teşvik etmiştir. Bu sayede şirketler satış noktalarında daha çok dikkat çekmeye çalışmışlardır.<sup>498</sup>

- Türk tüketiciler de dahil olmak üzere tüm tüketiciler için markalar büyük önem arz etmekte, ürünün çekiciliğini artırmaktadır.<sup>499</sup>

- Tütün ürünü üreticilerinin internet sitelerindeki halka açık dokümanlarda “paket”, “paket & market araştırması”, “paket & test” anahtar kelimeleriyle ilgili yapılan aramada bu sonuca uyan on binlerce doküman bulunmuştur. Tüm bu dokümanlar ve arama sonuçları bir arada ele alındığında tütün ürünü üreticilerinin, paketlemeye görüldüğünden çok daha önem verdiği ortaya çıkmaktadır. Yine üreticilerin sürekli olarak paketin genç tüketiciler için eski moda gözüküp gözükmediğine, gözüküyorsa genç tüketicilerin dikkatini çekebilmeyle yönelik çalışmalar yaptığı belirlenmiştir. Örneğin R.J. Reynolds’a ait şirket içi dokümanlarda “Turk” ibareli yeni bir Camel markalı sigaranın Marlboro’ya rakip olarak özellikle gençlerin ilgisini çekeceği belirtilmektedir.<sup>500</sup>

Bu arada parantez açarak belirtmeliyiz ki “Turk” ibaresiyle gençlere yönelik sigara üretmek isteyen R.J. Reynolds’ın “Joe Camel” karakterli pazarlama faaliyeti paketin etkisi açısından incelemeye değerdir. R.J. Reynolds, ABD’de zamanının en büyük tütün ürünü üreticilerinden olup Camel markasının da sahibidir. Şirket

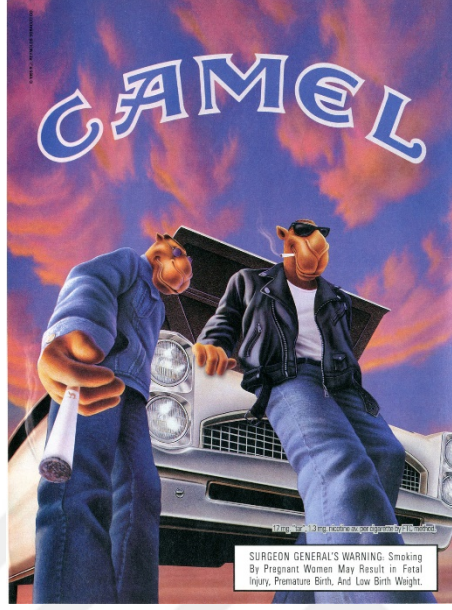
<sup>498</sup> ABD Sağlık Bakanlığı Araştırma Raporu s. 534 [https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK99237/pdf/Bookshelf\\_NBK99237.pdf](https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK99237/pdf/Bookshelf_NBK99237.pdf) (E.T. 30.11.2019).

<sup>499</sup> Mucan/Moodie, s. 635

<sup>500</sup> Melanie Wakefield ve diğerleri, “The cigarette pack as image: new evidence from tobacco industry documents” **Tobacco Control Journal**, 2002;11, s. 177, [https://tobaccocontrol.bmj.com/content/11/suppl\\_1/i73](https://tobaccocontrol.bmj.com/content/11/suppl_1/i73) (E.T. 30.11.2019). Ayrıca şirket içi yazışmalar için bkz. <http://www.rjtdocs.com/rjr/public/fileData/474909>, <http://www.rjtdocs.com/rjr/public/fileData/479768>, <http://www.rjtdocs.com/rjr/public/fileData/2013354>, [http://www.rjtdocs.com/rjr/public/fileData/M20190502\\_](http://www.rjtdocs.com/rjr/public/fileData/M20190502_) (E.T. 30.11.2019).



kuruluşunun 75. Yılı olan 1988’de “Joe Camel” ya da Türkçesiyle “Deve Joe” isminde bir karakter yaratarak pazarlama faaliyetlerine girişmiştir.<sup>501</sup>



Şekil 2.7: Joe Camel

Ancak bu karakter imaj olarak karizmatik ve ağırbaşlı Marlboro erkeğinin tam zıttı olarak konumlandırılmış, eğlenceli ve yerinde duramayan mizacıyla ön plana çıkmıştır. R.J. Reynolds’ın bu karakterle hedef olarak belirlediği kitle ise 14 yaş ve üstü çocuklar olmuştur. R.J. Reynolds’ın yaptığı araştırmalarda sigaraya başlamış genç ve yetişkinlerin sigara markasını çok zor değiştirdiği görülmüş, bu nedenle daha sigaraya hiç başlamamış çocuklar hedef alınarak ilk olarak Camel marka sigara içmeleri, böylece çocuklar büyüdüğünde sigara markalarını değiştirmeyecekleri için Camel markasının pazar payının bu şekilde dolaylı olarak artması hedeflenmiştir.<sup>502</sup> Sigara paketlerinde yapılan değişiklikler sonrası ilgili pazarlama faaliyetleri her çeşit hediye ürünlerle desteklenmiştir. Ülkemizde de özellikle 90’lı yılların başında “Joe Camel” ibareli cep takvimleri, eğlenceli oyun kartları, bardaklar, tişörtler, şapkalar bakkallarda çocuklara ücretsiz olarak dağıtılmıştır.

<sup>501</sup> Patrick J. Coughlin/Frank J. Janecek Jr. “A Review of R.J. Reynolds' Internal Documents Produced in Mangini vs. R.J. Reynolds Tobacco Company, Civil Number 939359 -- The Case that Rid California and the American Landscape of "Joe Camel.”” Şubat 1998, s. 6-28. [https://www.industrydocuments.ucsf.edu/wp-content/uploads/2014/10/Mangini\\_report.pdf](https://www.industrydocuments.ucsf.edu/wp-content/uploads/2014/10/Mangini_report.pdf) (E.T. 30.11.2019).

<sup>502</sup> Coughlin/Janecek Jr., s. 6-28.



Table 1. Camel Brand Market Shares and Advertising for Selected Years, 1985–98

Year	Camel Brand Share of Market (%)					Advertising Expenditures (Millions of Current Dollars)
	Under 18 Years of Age	18–20 Years of Age	21–24 Years of Age	18–24 Years of Age	Total Market	
1985		3.3	3.3	3.3	4.4	
1986		3.1	3.3	3.2	4.3	25.7
1987		3.2	2.9	3.0	4.3	18.8
1988		5.3	4.0	4.4	4.3	33.4
1989	8	5.5	4.1	4.7	3.9	39.8
1990		8.3	6.1	7.0	4.3	56.5
1991		10.0	6.6	7.9	4.0	52.4
1992		12.3	9.1	10.3	4.1	35.1
1993	13	11.4	10.1	10.5	3.9	51.3
1994		10.0	10.2	10.1	4.0	33.4
1995		8.7	11.0	10.1	4.4	30.2
1996		9.2	9.5	9.4	4.6	52.4
1997					4.8	
1998	9.6					

Source: RJR proprietary internal tracking data for specific age groups (except under 18). Advertising data include magazines, newspapers, and out-of-home media (e.g., billboards) and exclude other promotional expenditures, such as sponsorship, merchandise, or sales promotion (e.g., coupons). Total market share data are taken from various years of the Maxwell Report. Under-18 data come from TAPS (1989 and 1993) and MTF (Johnston et al. 1999)

Tablo 2.1: Camel Markalı Ürünlerin Yıllara Göre Pazar Payları<sup>503</sup>

Hatta “Joe Camel” o kadar ilgi çekmiştir ki R.J. Reynolds’ın tahminlerinin de ilerisine geçerek 3-6 yaşındaki çocukların %51,1’i bu karakteri sigarayla eşleştirebilir, 6 yaşındaki çocukların %91,3’ü ise karakteri kolayca tanıyabilir düzeye gelmiştir. Bu 6 yaşındaki çocuklar için o dönemde Disney’e ait Mickey Mouse karakterinden sonraki en yüksek tanınırlık oranıdır.<sup>504</sup>

Bu gelişmeler üzerine Janet C. Mangini tüm bu pazarlama faaliyetlerinin çocuklar hedef alınarak yapıldığını, sigara etiketleme ve pazarlama yasasını ihlal ettiğini, haksız ticari uygulamaya ve sebepsiz zenginleşmeye neden olduğunu belirterek 2 Ekim 1991 tarihinde R. J. Reynolds’a dava açmıştır. Yerel mahkeme davayı duruşmasız olarak reddetmiş ancak Janet C. Mangini temyiz yoluna başvurmuştur. Temyiz mahkemesi davacının diğer iddialarını reddetmişse de

<sup>503</sup> John E. Calfee, “The Historical Significance of Joe Camel”, The American Enterprise Institute, <https://www.aei.org/articles/the-historical-significance-of-joe-camel/> (E.T. 30.11.2019).

<sup>504</sup> Paul M. Fischer/ Meyer P. Schwartz/ John W. Richards Jr/Adam O. Goldstein/Tina H. Rojas, “Brand Logo Recognition by Children Aged 3 to 6 Years Mickey Mouse and Old Joe the Camel”, *JAMA*, 1991;266(22), s. 3145-3148. Bununla birlikte gelişmeler üzerine daha sonra Paul M. Fischer tarafından metodolojik açıdan hata yaptıklarını belirten bir düzeltme yayımlanmış ve %51,1’lik oran “%54 ila %60 arasında” olarak düzeltilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Paul M. Fischer, “Recognition of Cigarette Advertisement Product Logos”, *JAMA*, 1997;277(7) s. 532.

çocukların hedef alındığına ilişkin olarak davacıya iddiasını ispatlama olanağı verilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>505</sup>

Gelişmeler üzerine davanın ülke çapında etkileri olmuş, özellikle çocuklar hedef alınarak pazarlama faaliyetleri oluşturulduğunun mahkemede ortaya çıkması üzerine R. J. Reynolds anlaşma yoluna gitmek istemiş, 5 Eylül 1997 tarihinde anlaşma imzalanmıştır. Anlaşmaya göre R. J. Reynolds “Joe Camel” karakterini içerir bütün pazarlama faaliyetlerini sonlandırmış ve on milyon dolar tutarında tazminat ödemiştir.<sup>506</sup> Ancak anlaşmanın en önemli maddesi R. J. Reynolds’ın gençlere yönelik pazarlama faaliyetleri ile özellikle “Joe Camel” karakterinin pazarlanmasına ait bütün özel ve gizli bilgileri kamuya açmasıdır. Nitekim R. J. Reynolds anlaşmaya uygun olarak bütün bu belgeleri kamuya açmış, yukarıda bahsedilen belgeleri de içerir, çocuklara Camel marka sigara alışkanlığının nasıl kazandırılacağına ilişkin yüzlerce belge yayınlanmıştır.<sup>507</sup>

Görüldüğü üzere sigara paketleri ve pazarlama faaliyetleri birbirinden ayrılması çok zor iki kavram olup her biri için kesin sınırlar çizmek mümkün değildir. Üstelik yukarıda Marlboro araştırmasından da görüleceği üzere bu faaliyet tüketicilerin aidiyet hissetmek için ürünü kullanmasına kadar varabilmektedir.

Tüm bu nedenlerle kanaatimizce tütün ürünü paketleri üzerine bir düzenleme yapılmalı ve tüketicilerin bu yönden etkilenmesi engellenmelidir. Ne var ki sorulması gereken soru bu amaca başka yolla ulaşıp ulaşılamayacağıdır. Tütün ürünü paketlerinin tüketicileri etkilemesinin yolu olan marka imajı kanaatimizce fiyatla da büyük oranda ilintilidir. Her ne kadar yukarıda belirtildiği üzere İngiltere’de bu tür önlemler delil olmadığı için reddedilmiş, Fransa’da yeterli olmayacağı öngörülmüşse de gerekli araştırma yapılarak tüm ürünlerde paketlerde boyut, yönlendirme gibi hususlar da dikkate alınarak markanın olduğu gibi ya da daha az kısıtlanacak şekilde kullanılmasına izin verilmesinin sonuçları, bütün ürünler için kademeli vergi yoluyla fiyat uygulamasına gidilmesinin etkileri gibi farklı yöntemler de incelenmelidir. Belirttiğimiz üzere tütün ürünleri paketlerine yönelik bir düzenleme kanaatimizce

<sup>505</sup> ABD Superior Court of the City and County of San Francisco, Mangini v. R. J. Reynolds Tobacco Co. (1994) <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/7/1057.html> (E.T. 30.11.2019).

<sup>506</sup> Bu davalar ABD hukukuna göre kamu adına açılmış ve tazminat da San Francisco ile davaya katılan diğer California şehir ve bölgeleri arasında paylaştırılmıştır.

<sup>507</sup> Tüm belgeler için bkz. <http://www.rjrtdocs.com> (E.T. 30.11.2019).

gerekli olmakla birlikte daha az kısıtlama yapılacak bir müdahalenin olup olmadığı araştırılmadan hakka müdahale edilmesi gereklilik şartı konusunda belirsizlik yaratmaktadır.

Bunun dışında son olarak orantılılık ilkesi incelenmelidir. Bu ilkeye göre mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında denge kurulmaktadır. Kanaatimizce bu da elverişlilik ilkesiyle sıkı bir bağlantı içinde olduğu için eğer elverişlilik mevcutsa düz paketler yönünden kamu sağlığını korumak için tütün ürünü üreticilerinin marka hakkına yapılan müdahalede açık şekilde kamu sağlığı orantılılık şartını sağlamaktadır.

Diğer yandan orantılılık aslında ulusalüstü sınırlamalar dışında, yorumlanması büyük oranda devletlerin kabul ettikleri sisteme bağlı bir ilkedir. Örneğin klasik liberal bir sistemde mülkiyet hakkı genellikle kamu yararından ya da kamu sağlığından üstün tutulduğu için orantılılık ilkesi sağlanmamış olacaktır. Ne var ki Anayasa m. 65'te belirtildiği üzere sosyal devlet anlayışını benimsemiş Türkiye için böyle bir durumdan bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla neredeyse tamamen devletin siyasi yönelimine göre belirlenecek orantılılık ilkesine göre yapılacak incelemeler kanaatimizce bilimsel bir ölçüt olmaktan çok uzaktır.

Tüm bu incelemeler neticesinde kanaatimizce kanunilik ilkesine aykırılıkların olduğu, gereklilik ilkesine uygunluğun belirsiz olduğu, elverişlilik ilkesine uygun bilimsel bir veri ortaya konmadığı için yapılan düzenleme Anayasa'daki mülkiyet hakkı korumasına aykırılık teşkil etmektedir.

#### **d. Kullanmama Nedeniyle Hak Kaybı**

Tütün ürünlerine yönelik düzenlemeler yukarıda belirtildiği üzere mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği gibi özel hukuk açısından kullanmama nedeniyle bazı hak kayıplarına da sebep olmaktadır.

Öncelikle bu hak kayıplarından ilki kullanmama nedeniyle iptal sorunudur. SMK m. 9'da, haklı bir neden olmaksızın beş yıl boyunca kullanılmayan markanın iptal edileceği düzenlenmiştir. Yukarıda belirttimiz üzere şekil içermeyen kelime

markalarının tütün ürünleri üzerinde -yazı tipi farklılaşsa da- kullanılmasına bir engel olmadığı için bu markalarda kullanmama nedeniyle iptal sorunu gündeme gelmeyecektir. Buna karşılık şekil, renk, koku vb. işaretleri içeren markalarda kullanmama nedeniyle iptal sorunu doğacaktır.

Gerçekten de düzenlemeyle birlikte şekil içeren markaların mülkiyet haklarını ortadan kaldıracak bir düzenleme yapılmış, markanın herhangi bir mecrada kullanılması imkansız hale gelmiştir. Markanın kullanılmamasında haklı nedenin varlığının kabul edilebilmesi için marka sahibinin kusurundan kaynaklanmayan ve onun iradesi dışında gelişen durumların söz konusu olması gerekmektedir.<sup>508</sup> ABAD da aynı şekilde haklı nedenin varlığı için marka sahibinin iradesi dışında gelişen durumların varlığını aramaktadır.<sup>509</sup> Nitekim Yargıtay tarafından verilen bir kararda da herkes için geçerli olacak durumlarda markanın kullanılmamasının haklı neden oluşturduğu, yasal düzenlemelerin de kullanmama için haklı neden olacağı açık şekilde belirtmiştir.<sup>510</sup> Bununla birlikte yukarıda Fransız Danıştay'ın kararında belirttiği üzere TRIPS m. 19'da yer alan "*Marka ile korunan mal veya hizmetlere uygulanan ithalat kısıtlamaları veya hükümetçe uygulanan başka koşullar gibi, markanın kullanılmasına engel oluşturan ve marka sahibinin iradesinden bağımsız olarak doğan koşullar, markanın kullanılmaması için geçerli nedenler olarak kabul edilecektir*" hükmü de haklı nedenlere ilişkin taraf devletlere yükümlülükler getirmektedir. Tütün ürünlerine ilişkin düzenlemelerle tıpkı söz konusu Yargıtay kararı ve TRIPS maddesinde belirtildiği gibi markanın kullanılması bizzat yasa

<sup>508</sup> Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.649.

<sup>509</sup> ABAD, C-252/15, Nazneen Investments v. OHIM, T: 17/03/2016, <http://curia.europa.eu> (E.T. 30.11.2019).

<sup>510</sup> "...556 sayılı KHK'nın 14.maddesinde belirtilen haklı nedenle kullanılmamanın daha çok markanın yasal engellerle veya mücbir sebep sayılabilecek, herkes için geçerli olan durumlar nedeniyle kullanılmaması olup, marka haklarına tecavüz edilmesi veya markanın 3. şahıslar tarafından veya davacı tarafından haksız kullanılması suretiyle rekabet edememe nedeniyle markanın kullanılmamasının haklı neden olarak görülmeceği, rakip firmanın ekonomik yönden daha güçlü olmasının tescilli marka sahibinin markasını kullanmasına engel bir durum olmadığından, markaların, kullanıldığı ispatlanmadığından iptali gerekir ise de, davalının markaları kötüniyetle devraldığına yönelik iddia da kanıtlanmadığı gibi, markanın devralınmasının, hükümsüzlük ve iptal nedenleri arasında sayılmadığı, kaldı ki, markaların devir kaydına da rastlanmadığı gerekçesiyle, 2002/15756 no'lu marka yönünden talebin reddine, 2002/16777, 2002/16844, 2005/10643 no'lu markaların 556 sayılı KHK'nın 14.maddesi gereğince iptaline, kötüniyet nedeniyle hükümsüzlük talebinin ise, reddine karar verilmiştir... Davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine gelince, dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir..." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2015/7331 E., 2016/2600 K., 05.03.2015 T. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (E.T. 30.11.2019).

tarafından engellendiği için kanaatimizce bu tür markalar için haklı nedenin varlığı kabul edilecek ve markalar kullanmama nedeniyle iptal edilmeyecektir.

Bununla birlikte şekil içeren markaların kullanılmamasının asıl etkisi tanınmış markanın etkisinin zayıflaması ve tanınmış markanın farklı sınıflarda kullanılmasının engellenmesi konularında olacaktır. SMK m. 6/5'e bakıldığında tanınmış markaların farklı mal ve hizmetlerde dahi belli şartlar altında korunmasının kabul edildiği, bu şartların ise üçüncü kişiye ait marka tesciliyle haksız bir yararın sağlanması, tanınmış markanın itibarının zarar görmesi veya tanınmış markanın ayırt edici karakterinin zedelenmesi olduğu görülmektedir. Bu husus marka hukukunda kısaca sulandırma halleri olarak adlandırılmakta ve tanınmış markalar bu tür sulandırmalara karşı korunmaktadır. Gerçekten de tanınmış markanın farklı mal veya hizmetlerde dahi tescil edilmesi durumunda marka bundan zarar görebilecek, ilk ve en önemli sonuç olarak tanınmış markanın ayırt edici karakteri zedelenebilecektir. Bununla birlikte doğacak sonuçlardan diğerleri tanınmış markadan haksız yarar sağlanarak üçüncü kişinin ticarete öne geçmesi ve üçüncü kişinin markasının kullanıldığı mal veya hizmetlere, hatta markanın kullanım şekline bağlı olarak tanınmış markanın itibarına zarar gelmesi olacaktır.

Tütün ürünlerine ait markalar genel olarak ülkenin bütününde büyük satışları olan, doğal olarak kısa sürede tanınmış hale gelen markalardır. Bu markalar tanınırlığın sonucu olarak tütün ürünlerine ilişkin düzenleme yapılmadan önce toplumda büyük bir bilinirliğe sahip olmakta ve ayırt edici bir karaktere bürünmektedir. Örnek vermek gerekirse Marlboro paketinin üst kısmında yer alan yarım kırmızı kurdele, Camel paketinde yer alan desenli deve, Winfield sigarasında kullanılan aslan logosu ve kırmızı desen, Chesterfield sigaralarındaki asa ve CH işareti dünyada büyük bir ayırt ediciliğe sahip tanınmış markalardır.

Düz paket düzenlemeleriyle birlikte her ne kadar SMK m. 6/5'nin korumasına dokunulmamışsa da hükmün bundan on ya da onbeş yıl sonra tütün ürünleri için uygulanması olanağı ortadan kaldırılmıştır. Gerçekten de şekil içeren markaların tütün ürünü paketlerinde kullanılmasının engellenmesiyle birlikte zaman içinde markanın tanınırlığı ve ayırt edici karakteri ortadan kalkacak, marka görünürde tanınmış olmasına rağmen hiç kimse tarafından bilinmeyen alelade bir markaya dönüşecektir.



Haliyle bir üçüncü kişinin bu markaları farklı sınıfta kullanmak istemesi halinde tanınmış markanın sulandırılma hallerinden en önemlisi olan ayırt edici karakterinin zedelenmesi gibi bir durum söz konusu olmayacak çünkü marka kimse tarafından bilinmeyecek, dolayısıyla ayırt edici bir karakteri olmayacaktır. Marka sahibi bu durumda itiraz etse bile markasının ayırt ediciliği kalmadığı için tanınmış markadan kaynaklı haklarını da kaybedecektir. Bu durum şüphesiz tanınmış markaların korunmasına ilişkin TRIPS ve Paris Sözleşmesi'ne aykırılık anlamına gelmekte, kişilerin Anayasal mülkiyet haklarının eksilmesine neden olmaktadır.

## 2. Alkollü İçecekler Yönünden Müdahale

Türkiye 2013 yılında, Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun<sup>511</sup> ile alkollü içecekler yönünden dünyada ilk kez uygulanacak birtakım kurallar getirmiştir.

Buna göre İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu'na<sup>512</sup> eklenen bir maddeyle ihraç amaçlı üretilenler dışında alkollü içeceklerin marka, tanıtıcı ve ayırt edici işaretlerinin alkolsüz içecek ve sair ürünlerde; alkolsüz içeceklerin ve sair ürünlerin marka, tanıtıcı ve ayırt edici işaretlerinin de alkollü içeceklerde kullanılması yasaklanmıştır.<sup>513</sup> Bunun yanında getirilen yasaklar, yasanın yürürlüğe girmesinden sonra tescil edilecek markalara değil bütün markalara uygulanmıştır.<sup>514</sup>

<sup>511</sup> 6487 Sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG: 24/5/2013, 28674.

<sup>512</sup> 4250 Sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu, RG: 12/06/1942, 5130.

<sup>513</sup> **Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Madde 2 – 8/6/1942 tarihli ve 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanununun mülga 6 ncı maddesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.**

“MADDE 6 -.....

(9) Alkollü içkilerin marka, tanıtıcı ve ayırt edici hiçbir işareti, alkolsüz içki ve sair ürünlerde; alkolsüz içki ve sair ürünlerin marka, tanıtıcı ve ayırt edici hiçbir işareti de alkollü içkilerde kullanılamaz. Ancak, ihraç amaçlı üretilenlerde bu fıkra hükmü uygulanmaz.

<sup>514</sup> **Madde 5 – 4250 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.**

“GEÇİCİ MADDE 1

...

(2) 6 ncı maddenin sekiz, dokuz ve onuncu fıkraları ile ilgili ikincil düzenlemeler bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki ay içinde Sağlık Bakanlığının uygun görüşü alınarak Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından yapılır.

(3) 6 ncı maddenin sekiz, dokuz ve onuncu fıkraları kapsamına giren ürünler, Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından çıkarılacak ikincil düzenlemelerin Resmi Gazete 'de yayımından itibaren on ay içinde anılan fıkralardaki hükümlere uygun hâle getirilir. Uygun olmayan ürünler, bu tarihten itibaren piyasaya arz edilemez.”



İlgili yasayla zorunlu tutulan ikincil nitelikte düzenleme Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu<sup>515</sup> (TAPDK) tarafından yapılmış ve çıkarılan yönetmelikle ayrıntılar düzenlenmiştir.<sup>516</sup> Buna göre alkollü içecek ve alkolsüz içeceklerin ne şekilde karşılaştırılacağı çok sert bir düzenlemeyle belirlenmiştir.<sup>517</sup>

Bununla birlikte TAPDK yayınladığı bir kurul kararında Türk Patent Enstitüsü<sup>518</sup> nezdinde araştırma yaptırdığını; alkollü içeceklere ait markalarla birebir aynı, hizmet sınıfları dışında ve tescil edilmiş ya da koruması başlamış markaların tespit edildiğini belirtmiştir. Buna göre TAPDK eşit olan iki markadan daha sonraki bir tarihte tescil edilmiş ya da koruması başlamış alkollü içeceklere ait markaların kullanılmasının engellenmesine ve piyasada bulundurulmasının yasaklanmasına; aynı şekilde alkollü içeceklere ait markalarla eşit olan sonraki tarihli markaların kullanımının engellenmesine yönelik ilgili kurumlara yazı yazılmasına karar vermiştir.<sup>519</sup>

Görüleceği üzere yasa koyucu, düz paket düzenlemesinin aksine, alkollü içeceklere ilişkin düzenlemelerde markanın mecra ayrılmaksızın her yerde kullanımının yasaklanmasına karar vermiştir.

<sup>515</sup> TAPDK. Kurum 2017 yılında kapatılmış, yetkileri Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı, güncel ismi ile Tarım ve Orman Bakanlığı'na devredilmiştir. Artık bakanlık bünyesinde Tütün ve Alkol Dairesi Başkanlığı Dairesi TAPDK'nın faaliyetlerini yerine getirdiği için olayın gerçekleştirildiği tarihteki ismi yani TAPDK ibaresi kullanılmıştır.

<sup>516</sup> Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG: 11/08/2013, 28732.

<sup>517</sup> **Madde 3** – Aynı Yönetmeliğin 19 uncu maddesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

“Alkollü içkilerin marka, tanıtıcı ve ayırt edici hiçbir işareti, alkolsüz içki ve sair ürünlerde; alkolsüz içki ve sair ürünlerin marka, tanıtıcı ve ayırt edici hiçbir işareti de alkollü içkilerde kullanılamaz. Kurumca bu fıkranın uygulanmasında;

a) Karşılaştırılacak iki unsurun, ambalaj veya içerik yönünden aynı şekil ve tasarıma sahip olup olmadığı veya iki unsur arasında marka, tanıtıcı ve ayırt edici işaretlerin içerdiği öğeler yönünden açık ve doğrudan bir ayniyet, benzerlik veya çağrıştırmaya sebep olmadığı,

b) Karşılaştırılacak iki unsurun, doğrudan veya dolaylı olarak bir alkollü içkiyi tanıtmayı veya başka bir ürün veya firmaya ait unsurlar üzerinden alkollü içkileri dolaylı olarak tanıtmayı amaçlayıp amaçlamadığı ya da alkollü içki kullanımını doğrudan veya dolaylı olarak teşvik edip etmediği veya özendirici etkisinin olup olmadığı,

c) Karşılaştırılacak unsurları kullananlar arasında hukuki veya fiili bir bağlantı ya da menfaat bağı olup olmadığı,

hususlarından birinin mevcudiyeti aykırılık için yeterli kabul edilir.

Üretim, ithalat, dağıtım ve perakende satış faaliyetinde bulunan firmalar, faaliyet sahalarına giren ürünler üzerinde eşdeğer sorumluluk taşırlar.

Kurum, alkollü içki tüketiminden kaynaklanan kamusal, toplumsal ve tıbbi nitelikteki her türlü zararlı etkileri önleyecek düzenlemeleri yaparak bunların uygulanmasına yönelik kararları alır.”

<sup>518</sup> 2017 yılında kurumun ismi Türk Patent ve Marka Kurumu olmuştur.

<sup>519</sup> TAPDK, 9782 Karar numaralı ve 09.09.2015 tarihli Kararı.

Bunun üzerine yönetmelik ve marka sahiplerine ayrı idari işlemlerle bildirilmiş idari işlemlerin iptaliyle ilgili ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da çok sayıda dava açılmıştır. Davalar henüz inceleme aşamasına gelmemiş, incelenmeyi beklemektedir.

Yapılan düzenlemeler, müdahale tipi açısından tartışmasız olarak mülkiyet hakkından yoksun bırakılma şeklindedir. Çünkü düzenlemeyle birlikte tütün ürünlerindeki kelime markalarının aksine alkollü içecek markalarının farklı şekilde kullanılmasına da izin verilmemiş, tıpkı tütün ürünlerindeki şekil markalarında olduğu gibi markanın kendi sınıfı dahil bütün mecralarda kullanımı yasaklanmıştır. Üstelik alkol emtiasıyla ilgisiz sınıflardaki bir markanın -kullanılmasa bile- mevcut olması nedeniyle alkollü içecek markası hiçbir mecrada kullanılamamakta, doğrudan şekilde marka de facto olarak hükümsüz kılınmaktadır. Bunun dışında üçüncü kişilerin marka tescillerinin daha sonra olması halinde bu kez aynı durum üçüncü kişilere yönelik gerçekleşmekte ve alkol emtiasıyla hiç ilgisi olmayan marka hakkı sahiplerinin marka hakları da sona ermektedir. Örneğin gıysi emtiasında tescilli bir marka, daha önce alkol emtiasında tescil edilmiş bir marka nedeniyle kullanılamaz hale gelmekte; markanın ürünler üzerinde kullanılamaması bir kenara reklamlar, afişler, pazarlama faaliyetleri veya mağazalarda, kısacası tüm mecralarda kullanımı engellenmektedir.

Tütün ürünleri konusunda yukarıdaki açıklamalarımızın aksine alkollü içecekler yönünden getirilen düzenlemelerde ne ölçülülük ilkesine ne elverişlilik ilkesine ne gereklilik ne de orantılılık ilkesine uygunluk vardır.

### **3. İlaçlar Yönünden Müdahale**

İlaçlara ilişkin müdahaleler ilaç ismine ilişkin istisna dışında genellikle markanın dolaylı olarak etkilendiği ve bu yönüyle doğrudan olmayan müdahalelerdir. Yasa koyucu ilaç markalarına ilişkin bir müdahaleden çok ilaç kullanımı ve toplum yararını merkeze koyarak birçok düzenleme yapmış, düzenlemeden yeri geldikçe ilaç markaları da etkilenmiştir.

İlaç markalarıyla ilgili olarak devletin müdahalede bulunduğu alanlar genel olarak markanın kullanımı, ambalaj tasarımı ve reklamlara ilişkindir. Bunlardan

markanın kullanımı kendi içinde farklı özellikler arz etmekte olup müdahalenin ne boyutunun anlaşılması için de önemlidir.

Bir ilacın piyasaya sürülmesi tıpkı alkollü içecekler ve tütün ürünleri gibi önceden alınan izne bağlı olsa da ilaç markasının ve ilaç isminin oluşturulması ile kullanılması açısından bunlardan ayrılmaktadır.

Öncelikle belirtilmesi gereken ilaç markası ile ilaç isminin birbirinden farklı hususlar olduğu, buna karşılık ilaç üreticilerinin tercihine bağlı olarak yasal bir engel yoksa tek bir işaretin hem isim hem de marka olarak seçilmesinde bir sorun olmadığıdır. İlaç isminin kabul görmesi Sağlık Bakanlığı'nın iznine bağlı olup, ilaç markalarının tescili ise SMK'ya ve bu nedenle her marka için geçerli tescil prosedürüne tabidir.<sup>520</sup>

İlaç isminin belirlenmesinde Sağlık Bakanlığı ilk olarak ilacın yaygın adına bakmaktadır. Buna göre ilgili ilaç isminin DSÖ tarafından önerilen ve listesi tutulan Mülkiyet Kurulamayan Uluslararası İsim (INN) ile aynı ya da benzer olmaması, ortada bir INN mevcut değilse bilimsel açıdan kaynaklarda geçen etken madde ismiyle karıştırılacak şekilde olmaması gerekmektedir.<sup>521</sup> Bu isimler hiçbir şekilde ve şartta mülkiyet hakkının konusu olmamakta ve tüm herkesin kullanımına açık olduğu için Sağlık Bakanlığı tarafından tek başına ya da karıştırılmaya olanak sağlayacak şekilde ilaç isminde yer almasına izin verilmemektedir.<sup>522</sup>

Bununla birlikte DSÖ tarafından önerilen INN'ler, TPMK tarafından da takip edilmekte olup olası bir marka başvurusunda göz önüne alınmaktadır.<sup>523</sup> Bu isimler başvuru aşamasında, en başta ayırt edici nitelikleri olmadığı için SMK m. 5/b uyarınca, bununla birlikte ayrıca m. 5/c ve m. 5/d uyarınca reddedilmekte, tescil edilip bir kişi adına marka hakkı oluşturması engellenmektedir. Bununla birlikte TPMK'nın Sağlık Bakanlığı'nın gösterdiği özenle ilgili isimleri takip edemediği görülmekte,

<sup>520</sup> Fülürya Yusufoglu, "İlaç Markalarında İltibas", **Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 39-40.

<sup>521</sup> Beşeri Tıbbi Ürünlerin Ambalaj Bilgileri, Kullanma Talimatı ve Takibi Yönetmeliği, RG: 25/04/2017, 30048, m. 4/c.

<sup>522</sup> Fülürya Yusufoglu, "İlaç Markalarında İltibas", **Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 39-47.

<sup>523</sup> Fülürya Yusufoglu, "İlaç Markalarında İltibas", **Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 48.

uygulamada sıklıkla INN'lerin ya da benzer işaretlerin marka olarak tescil edilmesine rastlanmaktadır.<sup>524</sup>

Gerçekten de TPMK tarafından doğal olarak sadece SMK uyarınca bir inceleme yapılmakta, INN'ler her ne kadar takip edilmeye çalışılsa da bu hem Sağlık Bakanlığı kadar titiz olarak yapılamamakta hem de yeterli yetkinliğe sahip olunmaması nedeniyle INN'le çok benzer işaretler tescil edilebilmektedir. Üstelik bir üretici, marka olarak seçtiği işarettten farklı bir işareti ilaç ismi olarak seçerek Sağlık Bakanlığı'na başvurabilmekte, bu halde tescilli marka gözden uzun bir süre kaçabilmektedir.

Marka hakkına ilişkin müdahaleler de işte bu iki prosedürün birbirinden bağımsız ilerlemesinden kaynaklanmaktadır. Bir kişi usulüne uygun şekilde markasını tescil etmiş olduğu halde Sağlık Bakanlığı tarafından ilgili marka ilaç ismi olarak kabul edilmeyebilecektir. Bu halde kişi, markasını ilaçlar üzerinde kullanamayacak, marka hakkına ve dolayısıyla mülkiyet hakkına devlet tarafından müdahale edilmiş olacaktır. Çünkü bir marka, usulüne uygun olarak tescil edildiği halde tescilli olduğu emtiaların dışındaki bir sebeple yani markanın kendisinden kaynaklı sebeplerle kullanılamamaktadır. Halbuki kişi marka tesciliyle birlikte mülkiyet hakkını elde etmekte, yasal sınırlamaların dışında bu hakkını kullanabilmektedir dolayısıyla mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmesi hakka müdahale niteliği taşımaktadır.

---

<sup>524</sup> Başak Tayşi Bilgili, **İlaçların (Beşeri Tıbbi Ürünlerin) Ruhsatlandırılması, Markalarının Oluşturulması, Korunması ve Kısıtlanması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 66-67.

## SONUÇ

Marka hakkı, mülkiyet hakkıyla çok uzun süredir ilişkilendirilmek istenen ancak üzerinde tartışmaların hala güncelliğini korumasıyla henüz fikir birliğine varılmamış bir konudur. Üstelik mülkiyet hakkının Anayasa ile P1M1’de farklı, TMK’da farklı düzenlenmesi özellikle fikri ve sınai haklar alanındaki hukukçuların birbirinden tamamen ayrı bu iki kavram konusunda karışıklık yaşamasına neden olmuş, tartışmalar medeni hukuk ile anayasa hukukunu da içine alacak şekilde genişlemiştir.

Özel hukuktaki ve Anayasa’daki mülkiyet hakkı esasında aynı ortak terimin kullanıldığı farklı kavramlar olup hem birbiriyle ilintili hem de birbirinden farklı kavramlardır. Bazı yazarların Anayasa’daki mülkiyet hakkı yerine isabetli olarak malvarlığı hakkını tercih etmesi kavram farklılığı nedeniyle meydana gelen karışıklığı önemli ölçüde indirgemekte, hatta ortadan kaldırmaktadır. Ne var ki henüz geniş ölçüde kabul edilmemiş bu kavram yerine çalışmamızda anayasal mülkiyet hakkı terimi tercih edilerek kavramların özel hukuktan ayrışmasına çaba gösterilmiştir. Bu kapsamda anayasal mülkiyet hakkı, özellikle bir müessese olarak mevcut olup aynı zamanda bu kapsama giren hakların sürekliliğini de sağlamaktadır.

Özel hukuktaki mülkiyet ise sadece eşya üzerinde kurulabilmekte olup bu konuda özellikle medeni hukukçuların görüş birliği bulunmaktadır. Her ne kadar zaman zaman mülkiyet hakkının eşya üzerinde kurulması eleştirilse de TMK’nın düzenlemesinden hareketle bu konuda farklı bir yaklaşım en azından hukuk sınırları içinde şu an mümkün değildir.

Marka hakkı da yapılan ayırmda özel hukukta eşya olmadığı için mülkiyet hakkının kapsamında korunmamakta ancak özellikle 556 Sayılı KHK döneminde Yargıtay’ın isabetli olarak vermiş olduğu kararlarla kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerinin olduğu açık şekilde ortaya konduğu için mülkiyet hakkı olarak korunmasına gerek de olmamaktadır. Anayasal mülkiyet hakkı konusunda ise AYM’nin isabetli kararları ile birlikte marka hakkı, mülkiyet hakkı kapsamında korunmakta ve anayasal güvenceye sahip bulunmaktadır.

Bununla birlikte SMK ile birlikte marka hakkının kullanma yetkisi içerip içermediği sorunu ortaya çıkmaktadır. SMK m. 155'in çok kötü bir şekilde düzenlenmesi nedeniyle özellikle Yargıtay tarafından kullanma yetkisinin artık olmadığı şeklinde bir karar verilebilme ihtimali bulunmaktadır. Ne var ki yapılan incelemeler ve doktrin görüşleri doğrultusunda maddenin amacının, Yargıtay'ın tescilli markanın kullanımının tecavüz oluşturmayacağı şeklindeki içtihatlarının ortadan kaldırılması olduğu kanaatine varılmıştır. Dolayısıyla marka hakkının kullanma yetkisi içerdiği şeklinde bir çıkarım şu an için hala Türk hukukunda yapılabilmektedir ancak Yargıtay'ın ne şekilde bir uygulama geliştireceği henüz belirli olmadığı için bu yöndeki kararlar önümüzdeki yıllarda konuyu tam olarak aydınlatacaktır.

Mehaz AB düzenlemeleri ve karşılaştırmalı hukuka bakıldığında ise marka hakkının kullanma yetkisi içerdiği ya da içermediği şeklinde bir düzenlemeye İspanya dışında rastlanmamaktadır. İspanya'da marka hakkının kullanma yetkisini içerdiği açık olarak düzenlenmiş olmakla birlikte öncelik hakkı ile dışlama hakkının kullanma yetkisine üstün geldiği de özellikle ABAD'ın ön kararları sonrası yargı yoluyla ortaya çıkmıştır.

Aynı şekilde ABAD kararları incelendiğinde marka hakkının kullanma yetkisi içerip içermediği sorununun tek başına değerlendirilmediği ancak kararlarda buna ilişkin az da olsa yorumların bulunduğu görülmektedir. Bu kapsamda markanın kullanım amacının kaynak gösterme işlevinin yerine getirilmesi olduğu göz önüne alındığında marka hakkının kullanma yetkisini içerdiği şeklinde kararlara rastlanmaktadır. Aynı şekilde lisans alanında ABAD'ın önceki kararlarında lisansın bir kullanma yetkisini değil, dışlama yetkisini lisans alana sağladığı şeklindeki görüşlerinin değiştiği, markayı kullanma yetkisinin de devredildiğini belirttiği görülmektedir. Bundan hareketle kanaatimizce AB düzenlemelerinde marka hakkının kullanma yetkisini içerdiği sonucu çıkmaktadır.

Müşterek hukukta ise bu konuda yargı kararlarıyla kesin bir uygulamanın olduğu görülmekte, özellikle keskin bir kamu hukuku-özel hukuk ayrımı bulunmadığı için marka hakkının kullanma yetkisi içermediği fikrinin yaygın olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu durum aynı zamanda Hohfeld'in hak kuramından kaynaklanmakta

olup marka hakkının negatif talep hakkı olduğu görüşü bu kurama göre belirtilmektedir. Ne var ki Kıta Avrupası hukukunda tedvin edilmiş bir medeni kanunun olması ve hak kuramlarının farklılık arz etmesi nedeniyle Türk hukukunda ya da AB hukukunda bu şekilde bir çıkarımın yapılması -en azından müşterek hukukun dayandığı temellere göre- mümkün değildir.

Bununla birlikte marka hakkının niteliğinin incelenmesi, Anayasa'ya göre marka hakkının kullanma yetkisi içerip içermediğinin belirlenmesi ve devletin müdahalelerindeki dayanağın ortaya konması için gereklidir. Bu kapsamda anayasal mülkiyet hakkı markanın değil marka hakkının kullanılmasını korumakta olup özel hukuktaki marka hakkının niteliği ve kapsamı anayasal mülkiyet hakkı kapsamında aynen korunmaktadır. Özel hukukta marka hakkının kullanma yetkisini içerdiği sonucu çıkarsa bu Anayasa m. 35 tarafından da korunma anlamına gelecek, tam tersi durumda da kullanma yetkisi korunmayacaktır. Bu nedenle Anayasa'da tek başına marka hakkının kullanma yetkisi içerdiğini söylemek kanaatimizce mümkün değildir.

Devletin bu kullanma yetkisine müdahalede bulunmasıyla gündeme gelen ise düz paket düzenlemeleridir. Bu kapsamda sınırlandırmanın ne şartlarla yapılabileceği önem arz etmektedir. Anayasa m. 35 ve m. 13, mülkiyet hakkının ne şekilde sınırlandırılabilceğini belirtmiş olup bunları AIHM uygulamaları da göz önüne alınarak gruplarsak üç şartın sağlanması halinde müdahalenin hukuka uygun olduğundan söz edilmesi mümkündür. Bu şartlar müdahalenin yasayla olması, müdahalenin kamu yararıyla yapılması, ölçülülük ve hakkın özüne dokunulmaması şeklinde sıralanmaktadır. Marka hakkı da anayasal mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğu için bu kapsamda tüm bu şartlar ve gereklilikler marka hakkı sınırlandırılırken birebir uygulanacak ancak marka hakkının karakteristik özellikleri de yeri geldikçe göz önüne alınacaktır.

Bu kapsamda sadece idare değil devletin bütün olarak müdahalesi tez çalışmamızın konusu olduğu için yasama, yürütme, yargı şeklinde bir inceleme yapılması gerekmiştir. Müdahalenin hukuka uygunluğu için yasayla yapılması gerektiği için esas olan yasamanın müdahalesidir. Bu nedenle müdahalenin kaynağı olarak yasama organının gösterilmesi gerekmektedir. Ne var ki yapılan incelemelerde yasamanın genellikle marka hakkına müdahalesinin çok az olduğu görülmüş olup

bunun nedeni marka hakkının kamu yararını ilgilendiren kısmının hemen hiç olmamasıdır. Aynı zamanda daha kolay bir tasnif açısından doğrudan ve dolaylı müdahale ayırımı ile hakkın doğumundan önce ve doğumundan sonra şeklinde ayırım yapılması da gerekmiştir.

Düz paket düzenlemeleri bu kapsamda yasama organının ve verdiği yetkiyle yürütme organının bir müdahalesi olarak ortaya çıkmaktadır. Avustralya’da ilk kez vücut bulan düzenlemeler dünya çapında tepkiyle ve aynı zamanda destekle karşılanmış, hukukçularca birçok farklı görüş dile getirilmiştir. Esasında DSÖ’nün TKÇS ve TKÇS Kılavuzu ile dünyanın gündemine gelen bu düzenlemeleri Avustralya öncü olarak hayata geçirmiş, buna karşılık birçok davayla yüz yüze gelmiştir. Avustralya’da görülen iptal davasında tütün ürünlerinin zararları ayrıntılı olarak ortaya konmuş ve yasanın hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir. Ne var ki Avustralya hukukunda AB hukukunun aksine ölçülülük ilkesi olmadığı için konu genellikle devletin yasa yapma yetkisine göre incelenmiştir.

Avustralya, ulusal hukuktaki dava dışında DTÖ bünyesinde de aleyhine açılmış bir davayla yüzleşmek zorunda da kalmış ve DTÖ tarafından yapılan incelemede marka hakkının kullanma yetkisi içermediği, bununla birlikte getirilen düzenlemelerin TRIPS ile Paris Sözleşmesi’ne aykırı olmadığı, ticareti de engelleyici bir husus taşımadığı ortaya çıkmıştır. Yapılan inceleme DTÖ’nün TRIPS m. 20’yi ilk kez incelemesi nedeniyle de önemlidir. DTÖ bununla birlikte kamu sağlığı açısından düzenleme yapılabilmesi yetkisinin, uluslararası sözleşmelerde marka hakkından daha üstün olduğuna da dolaylı olarak karar vermiştir.

Bununla birlikte İngiltere ve Fransa’da da kamu yararının, kamu sağlığının marka hakkından daha üstün olduğuna yönelik kararlar verilmiştir. Her iki ülkenin kararlarında da dikkat çeken bir detay markanın kaynak gösterme işlevinin etkilenmemesi, markanın olduğu gibi işlev göstermeye aynen devam edeceğinin belirtilmiş olmasıdır.

Türkiye’de yapılan düz paket düzenlemeleri ise uzun süre sonunda gerçekleşmesine rağmen ne Avustralya ne de AB ülkelerinde olduğu gibi özenilerek yapılmıştır. Bu kapsamda tütün ürünlerine yönelik markasal yasakların büyüklüğü göz



önüne alındığında özellikle şekil markalarını kullanma imkanının tamamen ortadan kalktığını söylemek mümkündür. Kelime markaları yönünden mülkiyet hakkının kullanımının kontrolü şeklindeki devlet müdahalesine karşılık şekil markalarında mülkiyet hakkı ortadan kaldırılmıştır. Düzenlemeyle şekil markaları hiçbir şekilde hiçbir mecrada kullanılamayacak, sadece sicilde tescilli markalar olarak varlığını sürdürecektir.

Ayrıca sınırlandırmanın yasallığı açısından da ortada sorunların olduğu gerçektir. Yasada kelime markalarının pakette ne şekilde yer alacağına ilişkin olarak boyut ve renk seçiminin yürütmeye bırakılması, bununla birlikte hiçbir kısıtlama getirilmemesi, sigaranın üzerindeki şekil yasağının yönetmelikle gelmesi kanaatimizce sınırlandırma şartlarından kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca ölçülülük yönünden yapılan incelemede alt ilkelerden olan elverişlilik ilkesine yönelik kapsamlı bir araştırmanın var olmaması, elverişliliğin AYM kararlarına göre ispat yükü her ne kadar tütün üreticilerinde olsa da sağlanamadığı yönünde gösterge olabilir. Buna karşılık kamu sağlığı ve mülkiyet hakkı dengesinde kanaatimizce müdahale orantılı olup gereklilik ilkesi ciddi uyuşmazlıklara neden olabilecek bir konudur. Düz paket yerine daha az kısıtlayıcı düzenlemelerle aynı amaca ulaşabiliyorsa gereklilik ilkesine aykırılık söz konusu olmaktadır. Bu konuda Türkiye’de ciddi çalışmalar yapılmamış olup gereklilik ilkesine aykırılık yönünden yasanın iptali de gündeme getirilebilecektir.

Son olarak düz paket düzenlemeleriyle benzer şekilde alkollü içeceklere ilişkin marka hakkına yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerle farklı sınıfta dahi olsa alkollü içeceklere ait bir markanın kullanılmasına izin verilmemekte, böyle bir kullanım halinde marka hakkı sahibine ceza verilmektedir. Düzenleme düz paket düzenlemelerindeki şekil markalarına benzer şekilde marka hakkını tamamen ortadan kaldırmış, üstelik yasanın bunu yapmasında kamu sağlığını korumaya ne şekilde etkili olacağına bugün dahi anlaşılamamış olması nedeniyle kanaatimizce Anayasa’daki mülkiyet hakkının ihlali meydana gelmiştir.

Sonuç olarak gerek düz paket düzenlemeleri gerekse alkollü içeceklere yönelik düzenlemeler marka hakkını sınırlandırmakta olup düzenlemelerin hiçbir veri olmadan yapılması anayasal sorunlar doğurmakta ve mülkiyet hakkının ihlalini gündeme

getirmektedir. Bu kapsamda lehe ya da aleyhe bütün verilerin toplanması, ardından çalışmalar yapılarak konunun düzenlenmesi hem hukuk nezdinde yasanın sağlam temele oturmasını sağlayacak, hem de tartışma mülkiyet hakkının ihlali boyutundan çıkarak yasanın içeriği önem kazanacaktır.



**KAYNAKÇA**

- Akça, Kürşat “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”,  
**İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015  
Özel Sayı Cilt:1
- Akipek, Jale/  
Akıntürk, Turgut/  
Ateş, Derya **Eşya Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2018
- Akipek, Jale/  
Akıntürk, Turgut/  
Ateş, Derya **Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri Kişiler  
Hukuku-Birinci Cilt**, Beta Yayınları, İstanbul 2019
- Antalya, O. Gökhan/  
Topuz, Murat **Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç  
Hükümleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019
- Aplin, Tanya/  
Davis, Jennifer **Intellectual Property Law: Text, Cases, and  
Materials**, Oxford University Press, Oxford 2016
- Arkan, Sabih **Marka Hukuku, Cilt I**, Ankara Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi Yayınları, Ankara 1997
- Arkan, Sabih **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku  
Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2019
- Ayan, Mehmet **Eşya Hukuku II-Mülkiyet**, Seçkin Yayıncılık, Ankara  
2016

- Aybay, Rona “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 70, 2007
- Ayiter, Nuşin **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, S Yayınları, Ankara 1981
- Ayiter, Nuşin **İhtira Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara 1968
- Bainbridge, David **Intellectual Property**, Pearson Publishing, Londra 2018
- Balmford, James/  
Borland, Ron/  
Yong, Hua-Hie “Impact of the introduction of standardised packaging on smokers' brand awareness and identification in Australia”, **Drug and Alcohol Review Journal**, Vol: 35 (January 2016), <https://doi.org/10.1111/dar.12331> (E.T. 30.11.2019)
- Balta, Tahsin Bekir **İdare Hukuku I: Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1970/1972
- Barracough, Emma “UK rows back on plain packaging”, **Managing Intellectual Property Online**, Aralık 2011. <https://www.managingip.com/Article /2950871/Trade-marks-The-business-of-trade-marks-Jurisdiction-Archive/UK-rows-back-on-plain-packaging.html> (E.T. 30.11.2019)
- Başpınar, Veysel **Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdâhaleler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009

Başpınar, Veysel/  
Ünal, Mehmet

**Şekli Eşya Hukuku Giriş-Zilyetlik-Tapu Sicili,**  
Savaş Yayınevi, Ankara 2018

Beysan, Nazime

**Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından  
Analizi,** On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015

Bilge, Necip

**Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve  
Kurumları,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2010

Bilgili, Başak Tayşi

**İlaçların (Beşeri Tıbbi Ürünlerin)  
Ruhsatlandırılması, Markalarının Oluşturulması,  
Korunması ve Kısıtlanması,** Yayınlanmamış Yüksek  
Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler  
Enstitüsü, İstanbul 2019

Bonadio, Enrico

“On the Nature of Trademark Rights: Does Trademark  
Registration Confer Positive or Negative Rights?”, **The  
New Intellectual Property of Health Beyond Plain  
Packaging,** Edward Elgar Publishing, Cheltenham  
2016

Brown, Abbe/  
Kheria, Smita/  
Iljadica, Marta/  
Cornwell, Jane

**Contemporary Intellectual Property: Law and  
Policy,** Oxford University Press, Oxford 2016

- Bulut, Nihat “Mülkiyet Konusunda Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 3-4
- Burge, David A. **Patent and Trademark Tactics and Practice**, John Wiley&Sons, Toronto 1999
- Cornish, William/  
Llewelyn, David/  
Aplin, Tanya **Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights**, Sweet&Maxwell, Londra 2019
- Coughlin, Patrick J./  
Janecek Jr., Frank J. “A Review of R.J. Reynolds' Internal Documents Produced in Mangini vs. R.J. Reynolds Tobacco Company, Civil Number 939359 -- The Case that Rid California and the American Landscape of "Joe Camel.”” Şubat 1998.  
[https://www.industrydocuments.ucsf.edu/wp-content/uploads/2014/10/Mangini\\_report.pdf](https://www.industrydocuments.ucsf.edu/wp-content/uploads/2014/10/Mangini_report.pdf) (E.T. 30.11.2019)
- Çağlar, Hayrettin “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK m. 14 Hükümünü İptal Eden Kararının Etkileri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXI, Yıl: 2017, Sayı: 1

Davison, Mark “The Legitimacy of Plain Packaging Under International Intellectual Property Law: Why There Is No Right to Use a Trademark Under Either the Paris Convention or the TRIPS Agreement” **Public Health and Plain Packaging of Cigarettes Legal Issues**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2012

Davison, Mark/  
Monotti, Ann L./  
Wiseman, Leanne **Australian Intellectual Property Law**, Cambridge University Press, New York 2012

Dean, Owen H. “Deprivation of Trade Marks Through State Interference in Their Usage”, **European Intellectual Property Review**, No: 10 Vol: 35 2013

Diethelm, Pascal A./  
Timothy, M. Farley “Re-analysing tobacco industry funded research on the effect of plain packaging on minors in Australia: Same data but different results”, **Tobacco Prevention & Cessation**, Vol: 3, Nov. 2017.  
<https://doi.org/10.18332/tpc/78508> (E.T. 30.11.2019)

Diethelm, Pascal A./  
Timothy, M. Farley. "Refuting tobacco-industry funded research: empirical data shows decline in smoking prevalence following introduction of plain packaging in Australia", **Tobacco Prevention & Cessation**, Vol:1, November (2015), <http://www.tobaccopreventioncessation.com/Refuting-tobacco-industry-funded-research-empirical-data-shows-decline-in-smoking-prevalence-following-introduction-of-plain-packaging-in-Australia,60650,0,2.html> (E.T. 30.11.2019)

Dinç, Güney **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2007

Dirikkan, Hanife **Tanınmış Markanın Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003

Dunlop, Sally/  
Dobbins, Timothy/  
Young, Jane M. "Correction", **BMJ Open**, 2015;5:e005836, <https://bmjopen.bmj.com/content/5/8/e005836corr1> (E.T. 30.11.2019)

Dunlop, Sally/  
Dobbins, Timothy/  
Young, Jane M./  
Perez, Donna/  
Carrow, David C. "Impact of Australia's introduction of tobacco plain packs on adult smokers' pack-related perceptions and responses: results from a continuous tracking survey" **BMJ Open**, 2014;4:e005836, <https://bmjopen.bmj.com/content/4/12/e005836> (E.T. 30.11.2019)



- Dural, Mustafa/  
Sarı, Suat **Türk Özel Hukuku Cilt 1**, Filiz Kitabevi, İstanbul  
2018
- Eren, Fikret “Mülkiyet Kavramı”, **Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974
- Eren, Fikret **Mülkiyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016
- Ertaş, Şeref **Eşya Hukuku**, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir 2018
- Esener, Turhan/  
Güven, Kudret **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017
- Evans, Simon/  
Bosland, Jason “Plain Packaging of Cigarettes and Constitutional Property Rights”, **Public Health and Plain Packaging of Cigarettes Legal Issues**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2012
- Fallows, Stephen J. **Food Legislative System of the UK**, Butterworth&Co., Norwich 1988
- Feinberg, Joel **Social Philosophy**, Prentice-Hall Press, New Jersey 1973
- Fendoğlu, Hasan Tahsin **Hukuk Tarihimizde Temel Haklar**, Mimoza Yayınları, Konya 1994
- Fischer, Paul M. “Recognition of Cigarette Advertisement Product Logos”, **JAMA**, 1997;277(7)

- Fischer, Paul M./  
Schwartz, Meyer P./  
Richards Jr, John W./  
Goldstein, Adam O./  
Rojas, Tina H.
- “Brand Logo Recognition by Children Aged 3 to 6 Years Mickey Mouse and Old Joe the Camel”, **JAMA**, 1991;266(22)
- Freeman, Becky/  
Chapman, Simon
- Removing The Emperor's Clothes: Australia And Tobacco Plain Packaging**, Sydney University Press, Sidney 2014
- French, Michael/  
Phillips, Jim
- Cheated Not Poisoned?: Food Regulation in the United Kingdom 1875-1938**, Manchester University Press, Manchester 2000
- Friedmann, Danny
- Trademarks and Social Media, Towards Algorithmic Justice**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2015
- Geiger, Christophe
- Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2016
- Geiger, Christophe/  
Izyumenko, Elena
- Intellectual Property before the European Court of Human Rights, Intellectual Property and the Judiciary**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2018
- Gemalmaz, H. Burak
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul 2017

- Gemalmaz, H. Burak **Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018
- Gören, Zafer “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 6 Sayı: 12, Güz 2007/2
- Gören, Zafer **Temel Hak Genel Teorisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2000
- Gözler, Kemal **Genel Hukuk Bilgisi**, Ekin Kitabevi, Bursa 2019
- Gözler, Kemal **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa 2019
- Gross, Michael **Der Lizenzvertrag**, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt 2015
- Gündüz, Aslan “İktidar ve Milletlerarası Sınırları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 60, Sayı: 1, 2, 3, 1990
- Güngören Bulgan, Birden **Georg Jellinek’in Hak ve Devlet Kuramı**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017
- Güriz, Adnan “Modern Mülkiyet Kavramı ve Toprak Reformu”, **Türkiye’de Toprak Reformu Semineri, 6-8 Haziran 1968, Bildiriler-Tartışmalar**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 244, Ankara, 1968

- Güriz, Adnan **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**, Siyasal Yayınları, Ankara 2018
- Güveyi, Nazmiye “Anglo-Sakson Hukuk Sistemi ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXI, Yıl: 2017, Sayı: 1
- Hohfeld, Wesley Newcomb “Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays”, **Yale Law Journal**, Volume 23, Issue 1, 1913
- Hughes, Nicole/  
Arora, Monika/  
Grills, Nathan “Perceptions and impact of plain packaging of tobacco products in low and middle income countries, middle to upper income countries and low-income settings in high-income countries: a systematic review of the literature”, **BMJ Open** 2016;6:e010391, <https://bmjopen.bmj.com/content/6/3/e010391> (E.T. 30.11.2019)
- İmirlioğlu, Dilek **Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre - 556 sayılı KHK ile Karşılaştırmalı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018
- Johnson, Phillip “Trade Marks without a Brand: The Proposals on Plain Packaging of Tobacco Products” **European Intellectual Property Review**, No: 7 Vol: 34 2012

- Kapani, Münci **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013
- Karaaslan, Pelin "Tescil Hakkının Kazanılması, Muhafaza Edilmesi ve İhlal Edilmesinin Bir Koşulu Olarak "Markanın Kullanılması"", **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 48, 2016
- Karasu, Rauf "Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 2008, Cilt: 24, Sayı: 3
- Kaul, Ashok/  
Wolf, Michael "The (Possible) Effect of Plain Packaging on the Smoking Prevalence of Minors in Australia: A Trend Analysis", **University of Zurich Department of Economics, Working Paper Series 149**, 2014, [http://www.econ.uzh.ch/static/wp/econ\\_nwp149.pdf](http://www.econ.uzh.ch/static/wp/econ_nwp149.pdf) (E.T. 30.11.2019)
- Krasser, Rudolf **Patentrecht: ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, europäischen und internationalen Patentrecht**, C. H. Beck Verlag, Münih 2009
- Kur, Annette "The Right to Use One's Own Trademark: A Self Evident Issue or a New Concept in German, European and International Trademark Law", **European Intellectual Property Review**, No: 4 Vol: 18 1996

- Kur, Annette “Trademarks Function, Don't They? CJEU Jurisprudence and Unfair Competition Principles”, **IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law**, Vol. 45. 2014, Issue 4, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No.14-05
- Lederer, Hans “Verletzungsklage gegen Inhaber einer jüngeren Gemeinschaftsmarke”, **EuZW 2013**, Heft 9/2013
- Lieberman, Jonathan “Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia”, **American Journal of Law & Medicine**, 39 (2013)
- Marsoof, Althaf **Internet Intermediaries and Trade Mark Rights**, Routledge Publishing, Milton 2019
- Mcguire, Mary-Rose “Jurisdiction in Cases Related to a Licence Contract Under Art. 5(1) Brussels Regulation: Case-Note on Judgement ECJ Case C-533/07 – Falco Privatstiftung and Thomas Rabitsch v. Gisela Weller-Lindhorst”, **Yearbook of Private International Law-Vol XI 2009**, Sellier.eip, Münih 2010
- Memişoğlu, Sami Özgür **Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019

- Meran, Necati **Marka Hakları ve Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015
- Metin, Yüksel “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?” **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1, Yıl: 2017
- Mitchell, Andrew D. “Australia's Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO Compatibility” **Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy**, Vol. 5, No. 2, 2010; University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 500
- Moodie, Crawford/  
Bauld, Linda/  
Ford, Allison/  
Mackintosh, Anne Marie “Young women smokers' response to using plain cigarette packaging: qualitative findings from a naturalistic study.” **BMC Public Health**, Vol:14:812 7 Aug. 2014
- Morcom, Christopher “Trademarks, Tobacco and Human Rights”, **Trademark World Magazine**, No: 210/9 (2008)

- Mucan, Burcu/  
Moodie, Crawford “Young adult smokers’ perceptions of plain packs, numbered packs and pack inserts in Turkey: a focus group study” **Tobacco Control Journal**, 2018;27, <https://tobaccocontrol.bmj.com/content/27/6/631> (E.T. 30.11.2019)
- New Zealand Toxic  
Substances Board **Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion**, New Zealand Department of Health, Wellington, 1989
- Nomer Ertan, N. Füsün **Haksız Rekabet Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016
- Nomer, Haluk Nami/  
Ergüne, Mehmet Serkan **Eşya Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019
- Nordemann, Alex/  
Czychowski, Christian “Trademark transactions in Germany: a continental European system moves towards common understanding with the US”, **The Law and Practice of Trademark Transactions: A Global and Local Outlook**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016
- Oğuzman, M. Kemal/  
Barlas, Nami **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018



- Oğuzman, M. Kemal/  
Seliçi, Özer/  
Oktay-Özdemir, Saibe
- Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018
- Oktay-Özdemir, Saibe
- “Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği”,  
**Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004
- Örücü, Esin
- Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı-Mülkiyet Hakkının Sınırlanması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976
- Özbudun, Ergun
- Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2019
- Özsunay, Ergun
- Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye-AB İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015
- Öztürk, Özgür
- Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları**, Arıkan Basım, İstanbul 2008
- Paslı, Ali
- Uluslararası Antlaşmalar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014

- Pekdiğer, Remzi Tamer “Ticari Vekil veya Temsilci Tarafından Sınai Hak İhlali”, **Fikri ve Sınai Haklarda İhlal Halleri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008.
- Pekdiğer, Remzi Tamer/  
Çoşğun, Gizem “Markanın Kullanılmaması Sebebiyle İptaline İlişkin Güncel Sorunların Değerlendirilmesi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 1, Ocak 2019
- Pretnar, Bojan “Ticari Markaların Çeşitli Kamu Politikalarındaki Rolü”, **Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014
- Proudhon, Pierre-Joseph **Mülkiyet Nedir**, Çeviren Devrim Çetinkasap, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2019
- Puig, Sergio “Tobacco Litigation in International Courts”, **Harvard International Law Journal**, Vol. 57, No. 2 (2016)
- Rayle, Rudolf “The Trend Towards Enhancing Trademark Owners' Rights-A Comparative Study of U.S. and German Trademark Law”, **Journal of Intellectual Property Law**, Vol. 7, Iss. 2 [2000]
- Ricketson, Staniforth **The Law of Intellectual Property**, Law Book Co of Australasia, Sidney 1984

Rimmer, Matthew

“The High Court of Australia and the Marlboro Man: The Battle over the Plain Packaging of Tobacco Products”, **Regulating Tobacco, Alcohol and Unhealthy Foods: The Legal Issues**, Routledge, Milton 2014

Roman, Kenneth

**The King of Madison Avenue: David Ogilvy and the Making of Modern Advertising**, St. Martin’s Press, New York 2010

Sağlam, Fazıl

**Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982

Sarı, H. Gürbüz

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010

Senftleben, Martin

“Trademark transactions in EU Law: refining the approach to selective distribution networks and national unfair competition law”, **The Law and Practice of Trademark Transactions: A Global and Local Outlook**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016

- Serozan, Rona “Trademark transactions in EU Law: refining the approach to selective distribution networks and national unfair competition law”, **The Law and Practice of Trademark Transactions: A Global and Local Outlook**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016
- Serozan, Rona **Eşya Hukuku I**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014
- Serozan, Rona **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018
- Sirmen, A. Lale **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2019
- Stephens, Katharine/  
Bond, Toby/  
Rieger-Jansen, Manon/  
Maher, Graham “Plain packaging: the lessons learned so far”, **Managing Intellectual Property Online**, Nisan 2014.  
<https://www.managingip.com/Article/3332019/Plain-packaging-the-lessons-so-far.html> (E.T. 30.11.2019)
- Suluk, Cahit/  
Nal, Temel/  
Karasu, Rauf **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019
- Şehirali Çelik, Feyzan “Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 21 Şubat 2013 Tarihli "Canina Kararı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2013, Cilt: 29, Sayı: 2

- Şehirali Çelik, Feyzan  
Hayal “Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine  
SMK m. 155 Vesilesiyle Bir İnceleme”, **Banka ve  
Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2018, Cilt: 34, Sayı:  
2
- Şehirali Çelik, Feyzan  
Hayal “SMK m. 155 – Varsayımlar ve Olası Değişkenler”,  
**Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2019,  
Cilt: 35, Sayı: 2
- Şehirali Çelik, Feyzan  
Hayal “Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası  
Açılabilir Mi? Yeni Bir Karar, Yeni Bir Ufuk”, **Ankara  
Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**,  
Yıl: 12 Cilt: 12 Sayı: 2011/1
- Şimşek, Suat “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri  
ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan  
Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz–I”,  
**Türkiye Barolar Birliği Dergisi** Sayı: 91, 2010
- Tatar, Dilara Buket **Mülkiyet ve Fikri Mülkiyetin Felsefi Temelleri**,  
Astana Yayınları, Ankara 2014
- Tekinalp, Ünal “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Öne Çıkan Yenilikleri”,  
**6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu**,  
Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü  
Yayınları, Ankara 2017

- Tekinalp, Ünal **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012
- Thompson, Jack Clayton “The Rights Network: 100 Years of the Hohfeldian Rights Analytic”, **Laws Journal**, Vol: 7 2018, <https://www.mdpi.com/2075-471X/7/3/28> (E.T. 30.11.2019)
- Tiryaki, Refik **Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa**, Yetkin Yayınları, Ankara 2008
- Türk Dil Kurumu **Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2019
- Ülgen, Hüseyin/  
Helvacı, Mehmet/  
Kaya, Arslan/  
Nomer Ertan, N. Füsün **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019

- Vardavas, Constantine/  
Filippidis, Filippos T./  
Ward, Brian/  
Faure, Marine/  
Jimenez-Ruiz, Carlos/  
Gratziou, Christina/  
Katsaounou, Paraskevi/  
Lozano, Francisco/  
Behrakis, Panagiotis/  
Radu-Loghin, Cornel
- “Plain packaging of tobacco products in the European Union: an EU success story?”, **European Respiratory Journal**, Nov 2017, Vol. 50 No. 5, 1701232, <https://erj.ersjournals.com/content/50/5/1701232> (E.T. 30.11.2019)
- Voon, Tania
- “Acquisition of Intellectual Property Rights: Australia's Plain Tobacco Packaging Dispute” **European Intellectual Property Review**, Vol:2 2013
- Voon, Tania
- “Third Strike: The WTO Panel Reports Upholding Australia’s Tobacco Plain Packaging Scheme”, **Journal of World Investment & Trade**, Vol. 20 2019
- Wadlow, Christopher
- The Law of Passing-off: Unfair Competition by Misrepresentation**, Sweet&Maxwell, Londra 2011
- Wakefield, Melanie ve diğerleri
- “The cigarette pack as image: new evidence from tobacco industry documents” **Tobacco Control Journal**, 2002;11, [https://tobaccocontrol.bmj.com/content/11/suppl\\_1/i73](https://tobaccocontrol.bmj.com/content/11/suppl_1/i73) (E.T. 30.11.2019)

- Winnett, Celia “‘Just Terms’ Or Just Money? Section 51(Xxxı), Native Title And Non-Monetary Terms Of Acquisition”, **The University of New South Wales Law Journal**, Volume 33, No 3, 2010(10), Sidney
- Wolfrum, Rüdiger/  
Stoll, Peter-Tobias/  
Seibert-Fohr, Anja “General Agreement on Tariffs and Trade”, **WTO - Technical Barriers and SPS Measures**, Brill – Nijhoff, Leiden 2007
- Woods, David “Newsbriefs”, **Canadian Medical Association Journal**, Sayı:136(11) Haziran 1, Ottawa 1987
- Yasaman, Hamdi “Markanın Kullanılmasında Kısıtlamalar” **Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014
- Yasaman, Hamdi/  
Altay, Sıtkı Anlam/  
Ayoğlu, Tolga/  
Yusufoğlu, Fülürya/  
Yüksel, Sinan **Marka Hukuku-556 sayılı KHK Şerhi Cilt 1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004



Young, Jane M./  
 Stacey, Ingrid/  
 Dobbins, Timothy A./  
 Dunlop, Sally/  
 Dessaix, Anita L./  
 Currow, David C.

“Association between tobacco plain packaging and Quitline calls: a population-based, interrupted time-series analysis”, **Medical Journal of Australia**, Vol:200, Issue 1

Yusufoğlu, Fülürya

“İlaç Markalarında İltibas”, **Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014

Yusufoğlu, Fülürya

**Patent Verilebilirlik Şartları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014

### **Diğer Kaynaklar**

ABD Sağlık Bakanlığı  
 Araştırma Raporu

[https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK99237/pdf/Bookshelf\\_NBK99237.pdf](https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK99237/pdf/Bookshelf_NBK99237.pdf) (E.T. 30.11.2019).

Alkolsüz İçecek Sanayii  
 Vergisi Düzenlemesi

<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2018/41/made> (E.T. 30.11.2019).

Avrupa Birliği Fikri  
 Mülkiyet Ofisi (EUIPO)  
 Marka Rehberi

<https://euipo01app.sdlproducts.com/1004922/903850/trade-mark-guidelines> (E.T. 30.11.2019).

Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET)  
Markasının Oluşturulması  
Memorandum'u Avrupa Komisyonu Kabul Tarihi 6 Temmuz 1976 SEC(76) 2462  
<http://aei.pitt.edu/5363/1/5363.pdf> (E.T. 30.11.2019).

Avrupa Komisyonu, İç Pazar, Sanayi, Girişimcilik ve KOBİ'ler Genel Müdürlüğu  
“Food taxes and their impact on competitiveness in the agri-food sector. Final report”, Rotterdam, Temmuz 2014, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/5827/attachments/1/translations/en/renditions/pdf> (E.T. 30.11.2019).

Calfee, John E.  
“The Historical Significance of Joe Camel”, The American Enterprise Institute, <https://www.aei.org/articles/the-historical-significance-of-joe-camel/> (E.T. 30.11.2019).

Carr-Gregg, Michael  
The marketing of tobacco through imaging, Coalition Against Tobacco Advertising and Promotion Adına Kurula Verilen Dilekçe, 1989 <https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/#id=rpwn0037> (E.T. 30.11.2019).

Consultation on  
Introducing Regulations  
for Standardised  
Packaging of Tobacco  
Products

[https://www.gov.uk/government/consultations/  
standardised-packaging-of-tobacco-products-draft-  
regulations](https://www.gov.uk/government/consultations/standardised-packaging-of-tobacco-products-draft-regulations) (E.T. 30.11.2019).

Consultation on  
standardised packaging  
of tobacco products

[https://assets.publishing.service.gov.uk/  
government/uploads/system/uploads/  
attachment\\_data/file/170568/dh\\_133575.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/170568/dh_133575.pdf)  
(E.T. 30.11.2019)

Consultation on the  
future of tobacco  
control: consultation  
report: December 2008  
DSÖ, “Assessment Of  
The Impact of a Public  
Health Product Tax  
Final Report,  
Budapeşte, Kasım 2015”

[https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/  
http://www.dh.gov.uk/en/Consultations/  
Responsestoconsultations/DH\\_091382](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/)  
(E.T. 30.11.2019).  
[http://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/  
pdf\\_file/0008/332882/assessment-impact-PH-tax-  
report.pdf](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/332882/assessment-impact-PH-tax-report.pdf) (E.T. 30.11.2019).

Dünya Sağlık Örgütü  
Tütün Kontrolü  
Çerçeve Sözleşmesi

[http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/  
2004/12/20041225.htm#1](http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/12/20041225.htm#1)

Gervais, Daniel,  
Analysis of the  
Compatibility of  
certain Tobacco  
Product Packaging  
Rules with the TRIPS  
Agreement and the  
Paris Convention,  
JTI Tarafından  
Alınan Uzman  
Görüşü, 2010,

<https://www.jti.com/sites/default/files/key-regulatory-submissions-documents/submissions/eu/12gervais.pdf>  
(E.T. 30.11.2019).

Guidelines for  
implementation of the  
WHO FCTC

[http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/80510/9789241505185\\_eng.pdf?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/80510/9789241505185_eng.pdf?sequence=1)  
(E.T. 30.11.2019).

Healthy Lives, Healthy  
People: Our strategy for  
public health in England

[https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130315114143/http://www.dh.gov.uk/prod\\_consum\\_dh/groups/dh\\_digitalassets/@dh/@en/@ps/documents/digitalasset/dh\\_122347.pdf](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130315114143/http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/@ps/documents/digitalasset/dh_122347.pdf) (E.T. 30.11.2019).

Özkal Sayan, İpek

“Türkiye’de İdari Sistem ve Örgütlenme”,  
[https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=a4fd2244-a04a-0eaa-9547-92e52e4fac36&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=a4fd2244-a04a-0eaa-9547-92e52e4fac36&groupId=252038) (E.T. 30.11.2019).

Plain Tobacco  
Packaging: A  
Systematic Review [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/170568/dh\\_133575.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/170568/dh_133575.pdf) (E.T. 30.11.2019).

Sağlık Bakanlığı  
Bilim Kurulu  
Tarafından Onaylanan  
Besin Profili Modeli  
ve Hazırlanan Gıda  
ve İçecek Listesi <https://www.rtuk.gov.tr/assets/Galeri/Haberler/besinprofiliklavuz.pdf> (E.T. 30.11.2019).

T.C. Fatih Belediyesi  
2009 Yılı Kasım Ayı  
Meclis Kararları <http://fatih.bel.tr/icerik/1278/2009-yili-kasim-ayi-meclis-kararlari/>  
<http://www.fatih.bel.tr/icerik/4436/divanyolu-yeniceriler-ve-gedikpasa-caddesi-1-etap-sokak-sagliklastirma-yapim-isi/> (E.T. 30.11.2019).

ve

T.C. Şanlıurfa Belediyesi  
İlan, Reklâm, Tabela ve  
Tanıtım Yönetmeliği [https://www.sanlıurfa.bel.tr/files/1/yonetmelikler/1\\_buyuksehir\\_tabela\\_yonetmeligi.pdf](https://www.sanlıurfa.bel.tr/files/1/yonetmelikler/1_buyuksehir_tabela_yonetmeligi.pdf)  
(E.T. 30.11.2019).

Tobacco Promotion  
Through Product  
Packaging, Eylül 1989 <https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/#id=jscn0203> (E.T. 30.11.2019).

Türkiye Büyük Millet  
Meclisi Sanayi, Ticaret,  
Enerji, Tabii Kaynaklar,  
Bilgi ve Teknoloji  
Komisyonu Tutanak  
Dergisi, 6'ncı Toplantı,  
26 Nisan 2016 Salı

[https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/  
komisyon\\_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=1608](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=1608)  
(E.T. 30.11.2019).

Tütün üreticisi  
şirketlerin toplantı  
kayıtları

[https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/  
tobacco/docs/#id=jlxn0198](https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/#id=jlxn0198)  
ve [https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/  
tobacco/docs/#id=hmxn0198](https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/#id=hmxn0198) erişim (E.T. 30.11.2019).

Wipo

Intellectual Property Handbook, Wipo Publication,  
2008, [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/  
en/intproperty/489/wipo\\_pub\\_489.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf)  
(E.T. 30.11.2019)

### **İnternet Kaynakları**

[curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

[hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int)

[www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

[www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr)

[www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr)

[www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr)

## ÖZGEÇMİŞ

Burak İsa ALTIN, 1986 yılında Eskişehir’de doğdu. Lise eğitimini 2004 yılında Eskişehir Kılıçoğlu Anadolu Lisesi’nde tamamladıktan sonra aynı yıl Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans eğitimine başladı. Haziran 2008’deki mezuniyetinin ardından yasal avukatlık stajını bitirip 2009 yılında İstanbul Barosu’na kaydoldu. 2010 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde Özel Hukuk Yüksek Lisans ve Kamu Hukuku Yüksek Lisans programlarını kazandı. YÖK’ün aynı anda iki lisansüstü programını birlikte yürütme yönündeki yasal kısıtlamaları nedeniyle ilk olarak özel hukuk alanında yüksek lisans eğitimine başladı.



## TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
Hazırlayanın Adı Soyadı : Burak İsa ALTIN  
Tez Başlığı : DEVLETİN MARKAYA MÜDAHALESİ  
Savunma Tarihi : 09 / 12 / 2019  
Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Halil Ali DURAL

## JÜRİ ÜYELERİ

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Dr. Öğr. Üyesi Halil Ali DURAL

Enstitü Müdürü

Prof. Dr.M. Yaman ÖZTEK