

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

**FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA
YENİLİK VE ORJİNALLİK**

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan

Zeki GEVEN

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Rıza AYHAN

Ankara- 2011

ONAY

Zeki GEVEN tarafından hazırlanan “ Fikri Mülkiyet Hukukunda Yenilik ve Orijinallik ” başlıklı bu çalışma, 04. 07. 2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim dalında doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

.....

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Başkan)

.....

.....

Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ

.....

.....

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

.....

.....

Doç. Dr. Mertol CAN

.....

.....

Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

.....

ÖNSÖZ

Bir fikrî ürünün, korumayı hak edip etmediğini, fikrî mülkiyet hakkının tanınma amacına uygun niteliklere sahip olup olmadığını belirleyebilmek için, öncelikle, gereken niteliklerin neler olduğunun ortaya konulması, mevcut hak türlerinin bu nitelikler karşısındaki durumunun incelenmesi, fikrî ürünlerde bu niteliklerin varlığını tespiti yarayan kriterlerin belirlenmesi ve hâlihazırda kriterlerin uygulanma durumunun ve amacı karşılamaya uygunluğunun açıklanması gerekmektedir.

Yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterleri, çoğu zaman birbirleriyle kaynaşmış vaziyette bulunsalar da, bir fikrî mülkiyet hakkının tesisi, korunması ve hükümsüzlüğünde, farklı işlevleri yerine getiren ve fikrî ürünün farklı özelliklerine işaret eden kriterlerdir.

Fikrî mülkiyet hukukunda yenilik ve orijinallik özelliklerinin incelendiği bu çalışma için, her türlü desteğini esirgememiş, gerek bilgi gerekse diğer üstün vasıflarıyla yolumuzu aydınlatmış olan kıymetli hocam, tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Rıza AYHAN'a şükranlarımı sunarım. Yine bu vesileyle, desteklerini esirgemeyen, emeği geçen hocalarıma, aileme, tüm dost ve çalışma arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Zeki GEVEN

Ankara 2011

İÇİNDEKİLER

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK VE ORJİNALLİK

GİRİŞ	1
-------------	---

Birinci Bölüm

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

§1. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ TANIMI	4
§2. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ TÜRLERİ	4
A. ESER HAKLARI	5
I. Fikir ve Sanat Eserleri	5
II. Bağlı Haklar	6
B. SİNAİ MÜLKİYET HAKLARI	7
I. Patent	7
II. Faydalı Model	8
III. Endüstriyel Tasarım	8
IV. Entegre Devrelerin (Yarı İletkenlerin) Topoğrafyaları	9
V. İslahçı Hakları	10
VI. Ticaret Unvanı	11
VII. Marka	11
VIII. İşletme Adı	12
IX. Coğrafi İşaret	13
§3. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ AMAÇLARI	14
A. GENEL OLARAK	14
B. TRİPS ANLAŞMASI'NDAKİ DÜZENLEME	16
C. AMACA UYGUNLUK İNCELEMESİNİN GEREKLİLİĞİ	17
§4. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ TEMEL NİTELİKLERİ VE TÜRLERDEKİ GÖRÜNÜMÜ	21

A. TEMEL NİTELİKLER	21
I. Fikri Ürün Olma	21
II. Toplumu Geliştirme	22
a - Yenilik	22
b - Öngörme Faaliyeti İçerme	23
c - Topluma Sunulma	26
III. Teşvik Edicilik	28
a - Sınırlı Süreli Koruma	29
b - Tekel Hakkı	30
c - Topluma Yapılan Katkı Karşılığı Olma	31
d - Toplumun Tercihini Etkileme	31
e- Topluma Sunma Anında Başlama	32
B. MEVCUT HAK TÜRLERİNİN TEMEL NİTELİKLERE	
UYGUNLUĞU	33
I. Fikir ve Sanat Eserleri	35
II. Bağlı Haklar	35
III. Patent - Faydalı Model	36
IV. Endüstriyel Tasarım	36
V. Entegre Devre Topoğrafyaları	36
VI. Islahçı Hakları	37
VII. Ticaret Unvanı	37
VIII. Marka	39
IX. İşletme Adı	41
X. Coğrafi İşaretler	44
XI. Alan Adları	49
§5. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ TEMEL NİTELİKLERİNİN	
KORUMA TALEP EDİLEN FİKRİ ÜRÜNDE BULUNUP	
BULUNMADIĞINI TESPİTTE KULLANILAN KRİTERLER	52
A. KRİTERLER VE İŞLEVLERİ.....	53
I. Gelişme gösterme.....	53
II. Yenilik	53
III. Orijinallik	54

B. KRİTERLERİN UYGULANMASI	55
I. Kavram Bağlamında Kriterlerin Uygulanması	55
II. Düzey Bağlamında Kriterlerin Uygulanması	58
a- Fikrin ifade şeklinin korunması	61
b- Fikri üründe serbest bilgilerin kullanılması	74
c- Bilgi kullanımının engellenememesi	75
d- Standart bir düzey konulmasının zorluğu	76
e- Araştırma zorluğu	77
f- Engelleme yetkisinin bulunmaması	79
g- Şartları sağlayan fikrî ürün bulmanın güçlüğü	81
h- Emek harcanması	82
III. Kriterlerin Uygulanmasında Uyumsuzluk Nedenleri	85
a- Fikrî Mülkiyet Haklarının Temel Niteliklerini Taşımama	85
b - Tescil Zorunluluğu Bulunmaması	85

İkinci Bölüm

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KAVRAMI

§1. YENİLİK KAVRAMI	86
§2. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KAVRAMI	86
§3. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK TÜRLERİ	93
A. OBJEKTİF YENİLİK - SUBJEKTİF YENİLİK	93
B. BASİT YENİLİK - NİTELİKLİ YENİLİK	94
C. MUTLAK YENİLİK - NİSPÎ YENİLİK	95
§4. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KRİTERİ VE UYGULAMASI	98
A. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KRİTERİ (ALENİLEŞMİŞ FİKRİ ÜRÜNLERDEN NİTELİKLİ FARKLILIK TAŞIMA)	98
I. Kavram	98

II. Alenileşme Koşulları	99
a- Açıklamanın Varlığı ve Nitelikleri	99
b- Açıklamanın Alenileşmeye Uygunluğu	102
c- Vasıtanın Alenileşmeye Uygunluğu	104
d- Toplumun Öğrenme İmkânına Kavuşması	104
B. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KRİTERİNİN	
UYGULAMASI	109
I. Genel Olarak	109
II. Yeniliğin Aranacağı Zaman	110
III. Fikri Ürünün Yenilik Yönünden Kıyaslanacağı Bilgiler	116
a- Genel Olarak	116
b- Alenileşmeyi Sağlayan Açıklama Şekilleri	117
i- Yazılı veya Sözlü Açıklamalar	117
ii- Kullanma	118
iii- Sergileme	124
iv- Satış	125
v- Önceki Tarihli Yayınlanmamış Başvurular	128
vi- Herhangi Bir Yolla Yapılan Açıklamalar	130
IV. Kıyaslamanın Yapılacağı Coğrafi Kapsam	130
V. Kıyaslamayı Yapacak Kişi	131
VI. Kıyaslamada Dikkate Alınacak Kitle	133
VII. Kıyaslama	136
§5. YENİLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKKI TÜRLERİNDEKİ	
ÖZELLİKLERİ	143
A. YENİLİK KAVRAMININ BELİRTİLDİĞİ TÜRLER	143
I. Patent	143
II. Endüstriyel Tasarım	148
III. Islahçı Hakları	161
B. YENİLİK KAVRAMININ AÇIKÇA	
BELİRTİLMEDİĞİ TÜRLER	172
I. Eser	172
II. Entegre Devre Topoğrafyası	180

III. Marka	190
IV. Coğrafi İşaret	202
V. Ticaret Unvanı	211
VI. İşletme Adı	214
§6. YENİLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KURULMASINA VE SAHİPLİĞİNE ETKİLERİ	215
§7. YENİLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE ETKİLERİ	216

Üçüncü Bölüm

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORJİNALLİK KAVRAMI

§1. ORJİNALLİK KAVRAMI	219
§2. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORJİNALLİK KAVRAMI	219
§3. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORJİNALLİK TÜRLERİ	233
A. OBJEKTİF ORJİNALLİK - SUBJEKTİF ORJİNALLİK	233
B. BASİT ORJİNALLİK - NİTELİKLİ ORJİNALLİK	235
C. MUTLAK ORJİNALLİK - NİSPÎ ORJİNALLİK	237
§4. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORJİNALLİK KRİTERİ VE UYGULAMASI	239
A. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORJİNALLİK KRİTERİ (FARKLILIĞIN FİKRİ ÜRÜN SAHİBİNE HAS ÖZELLİK OLMASI)	239
B. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORJİNALLİK KRİTERİNİN UYGULAMASI	244
I. Genel Olarak	244
II. Orijinalliğin Aranacağı Zaman	245
III. Fikri Ürünün Orijinallik Yönünden Kıyaslanacağı Bilgiler	248
IV. Kıyaslamanın Yapılacağı Coğrafi Kapsam	251
V. Kıyaslamayı Yapacak Kişi	252
VI. Kıyaslamada Dikkate Alınacak Kitle	252
VII. Kıyaslama	254

§5. ORİJİNALLIK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKKI TÜRLERİNDEKİ ÖZELLİKLERİ	261
A. ORİJİNALLIK KAVRAMININ BELİRTİLDİĞİ TÜRLER	261
I. Eser	261
II. Endüstriyel Tasarım	264
III. Entegre Devre Topoğrafyası	266
B. ORİJİNALLIK KAVRAMININ AÇIKÇA BELİRTİLMEDİĞİ TÜRLER	269
I. Patent	269
II. Marka	271
III. Coğrafi İşaret	278
IV. Islahçı Hakları	280
V. Ticaret Unvanı	282
VI. İşletme Adı	283
§6. ORİJİNALLIK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KURULMASINA VE SAHİPLİĞİNE ETKİLERİ	284
§7. ORİJİNALLIK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE ETKİLERİ	284
SONUÇ	286
KAYNAKÇA	291
ÖZET	305
ABSTRACT	306

KISALTMALAR

AB.	: Avrupa Birliği
ABTasYön	: Avrupa Parlamentosu'nun 13. 10. 1998 tarihli Tasarımların Yasal Korunması Hakkındaki 98 / 71 / EC Sayılı Yönergesi
ABD.	: Amerika Birleşik Devletleri
ABDPK.	: Amerika Birleşik Devletleri Patent Kanunu
Anl.	: Anlaşması
BATİDER.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
b.	: Basım
Bkz.	: Bakınız
B.K.	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CDPA.	: Copyright, Designs and Patents Act (İngiltere Eser, Tasarım ve Patent Kanunu
CoğİşKHK.	: 555 Sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
CTM.	: Community Trade Mark (Avrupa Birliği Topluluk Markası)
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dn.	: dipnot
E.	: Esas
EndTasKHK.	: 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
EntDevKan.	: Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun
EPOEBA.	: European Patent Office- Enlarged Board of Appeal
EPOTBA.	: European Patent Office- Technical Board of Appeal
FMR.	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK.	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
Green Paper	: Green Paper On The Legal Protection Of Industrial Design Commission Of The European Communities, Brussels, 1991

HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
H.U.M.K.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IPH.	: Intellectual Property Handbook, WIPO Pub. No: 489
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: madde
MarKHK.	: 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MK.	: Medeni Kanun
PatKHK.	: 551 Sayılı Patentlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
PCT.	: Patent İşbirliği Anlaşması
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: sayı
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TPE.	: Türk Patent Enstitüsü
TPE YİDK.	: Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
TRIPS.	: (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması eki Ticaretle Bağlantılı Fikri Haklar Anlaşması
TST.	: Ticaret Sicil Tüzüğü
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
UPOV.	: Union for the Protection of New Varieties of Plants (Uluslararası Yeni Bitki Çeşitlerini Koruma Birliği)
USPTO	: United States Patent and Trademark Office (Amerika Birleşik Devletleri Patent Ofisi
vb	: ve benzeri

vd.	: ve devamı
WIPO.	: World Intellectual Property Organisation (Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı)
YBitK.	: Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunması Hakkında Kanun
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yn.	:Yazar notu

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK VE ORJİNALLİK

GİRİŞ

Toplumunu kalkındırma hedefini taşıyan her devletin, meşru sınırlar içindeki bir ticari hürriyeti, kendisine tabi insanlara sağlama yükümlülüğü vardır¹. Bu yükümlülüğün, yine toplum menfaati nedeniyle tanınmış istisnalarından biri de, fikrî mülkiyet haklarıdır.

İnsanoğlu, yaratılışı gereği, gelişime muhtaç bir varlıktır. Bu gelişim de, - çoğu zaman bir ihtiyacı karşılamak mecburiyetinde kalmış - bazı nitelikleri itibariyle diğer insanlardan farklılık arzeden; toplumun çekici gücü, lokomotif, uygarlığın yapıcısı durumundaki insanlar vasıtasıyla gerçekleşmiştir. İnsanoğlunun gelişime muhtaçlığının süreklilik arzemesi, gelişimin de süreklilik arzemesini beraberinde getiren bir olgudur. İşte, gelişimin süreklilik arzemesi zorunluluğu, gelişime muhtaç insanlardan müteşekkil toplumun menfaati gereği, toplumun çekici gücü, lokomotif, uygarlığın yapıcısı durumundaki bu insanların korunmasını, teşvikini zorunlu kılmaktadır.

Bu denklemin bir sonucu olarak ortaya çıkan fikrî mülkiyet haklarının, varlık sebebi ve amacı, fikrî ürünler meydana getirip, bunları toplumla paylaşmayı teşvik edici bir politika oluşturarak, bunun sonucunda toplumun, ekonomik, sosyal, kültürel ve teknolojik gelişmesini sağlamak² ; yolu da, fikrî

¹ Aynı yönde Rıza AYHAN, Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Selçuk Üniversitesi Yayını, KONYA, 1990 (Rekabet), s. 5; Karş. Ş. Memedali BİLGİŞİN, Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, İstanbul, 1950, s. 242.

² Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7; PatKHK. m. 1; EndTasKHK. m. 1; EntDevK. m. 1; YBitK. m. 1; ABD Copyright Kanunu m. 1 / 8 - 8; Naci KINACIOĞLU, “ Türkiye’de Fikrî Hakların Gelişimi ve Nazari Esasları ”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990 (Esaslar), s. 548; Catherine COLSTON / Kirsty MIDDLETON, Modern Intellectual Property Law, 2. b., London, 2005, s. 1; Guy TRITTON, Intellectual Property in Europe, London, 1996, s. 1; Cahit SULUK / Temel NAL (Sami KARAHAN / Tahir SARAÇ), Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara, 2007,

ürün sahibine, ciddi maddi ve manevi kazanımlar sağlayan mutlak ve inhisarî nitelikteki bir hakkın, belli bir süre için tanınması şeklinde benimsenmiştir. Hakların, toplumun menfaati için ortaya konulmuş bu amacı, toplumun anılan gelişmeleri - belli bir süreden sonra olsa dahi - serbest kullanımının sağlanmasını ve korumayı hak etmeyen fikrî ürünlere koruma tanınmamasını gerektirmektedir.

Fikrî ürün sahibine ciddi maddi ve manevi kazanımlar sağlayan mutlak ve inhisarî nitelikteki bu haklar, toplumun diğer fertlerinin hürriyet sahasını, bir tek şahıs lehine şarta bağladığı ve sınırlandırdığından; korumanın, ancak hakların konuluş amacına uygun, yani toplumun gelişmesini sağlayan, toplumun bilgi havuzunu zenginleştiren, kısaca bu korumayı hak eden fikrî ürünlere tanınması gerekir³.

Bir fikrî ürünün, korumayı hak edip etmemesi de ancak, hakkın tanınma amacına uygun niteliklere sahip olmasıyla belirlenebilecektir. Bu belirleme, amaca uygunluk için gereken niteliklerin neler olduğunun ortaya konulmasını, mevcut hak türlerinin bu nitelikler karşısındaki durumunun incelenmesini, fikrî ürünlerde bu niteliklerin varlığını tespiti yarayan kriterler belirlenmesini ve hâlihazırda kriterlerin uygulanma durumunun ve amacı karşılamaya uygunluğunun açıklanmasını da zorunlu kılmaktadır.

Fikrî mülkiyet haklarının amaçları dikkate alındığında, temel nitelikler, hak konusunun bir fikrî ürün olması, bu ürünün toplumu geliştirmesi ve sağlanan hakkın teşvik edici olması şeklinde tezahür etmektedir. Fikrî ürünlere hak tesisi için bu temel niteliklerin kapsamındaki bir kısım özelliklerin mutlaka aranması gerektiği; fikrî ürünün korumadan ve

s. 8; Karş. Intellectual Property Handbook, 2. B., WIPO Publication No: 489, Geneva, 2004 (IPH), s. 3 (WIPO, bu amaca ticaretin dürüst ve rekabetin koşullarına uygun yürütülmesini teşvik etmek amacını da eklemektedir ki kanaatimizce bu amacın ticaret hukukunun amacı olduğunu gözden kaçırmaktadır.); Ünal TEKİNALP, Fikrî Mülkiyet Hukuku, 4.b., İstanbul, 2006, s. 31 vd.(Müellif, mevzuatta bu amacın belirtildiğini, bazı KHK' lerde rekabetin geliştirilmesinin de amaçlar arasında yer aldığını ifade etmektedir ki kanaatimizce bu amaç, WIPO'nun görüşündeki yaklaşımın bazı KHK'lerde yer bulmasından başka bir şey değildir.).

³ Aynı yönde Ernst E. HİRŞ, Hukuki Bakımdan Fikrî Say, C. II, İstanbul, 1943 (Fikri Say II), s. 12.

kendinden beklenen faydayı sağlaması için de bazı özelliklerin gerekli olduğu görülmektedir. Hak tesisi için mutlaka bulunması gereken nitelikleri tespitinde orijinallik, yenilik, gelişme gösterme kriterleri kullanılmaktadır.

Yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterleri, çoğu zaman birbirleriyle kaynaşmış vaziyette bulunsalar da, bir fikrî mülkiyet hakkının tesisi, korunması ve hükümsüzlüğünde, farklı işlevleri yerine getiren ve fikrî ürünün farklı özelliklerine işaret eden kriterlerdir. Bilhassa, gelişme gösterme kriteri, fikrî mülkiyet hakkı tanınmasının asli amacına uygunluğu araştırması nedeniyle, olmazsa olmaz bir kriter vasfı taşımakta; bir fikrî ürünün korumayı hak edip etmediğini tespitinde, en zor, en külfetli incelemeyi oluşturmakta; yenilik ve orijinallik gibi kriterlerin, fiilen bir ön süzgeç işlevi görmesini de gerektirmektedir.

Bu çalışma da, ilk bölümde, bir fikrî üründe yenilik ve orijinallik özelliklerinin neden gerekli olduğu; bu özelliklerin varlığını araştıran kriterlerin işlevi nasıl yerine getirdikleri; mevcut kabullerde, bu kriterlerin uygulanma kabiliyeti ve düzeyleri ile varsa uygulanmalarını engelleyen olguların neler olduğu ortaya konulmaktadır. Bu ilk bölüm, yenilik ve orijinallik özellikleri ile doğrudan ilişkili olmadığı kanaati uyandırır da, aynı kaynaktan doğan, sebep sonuç ilişkisi bağlamında ayniyet taşıyan, korudukları yön dışında farklılığı olmayan fikrî mülkiyet hakkı türlerinin, yenilik ve orijinallik yönünden farklı esaslara tabi tutulmalarını gerektiren bir durumun bulunmadığının ortaya konulması için elzemdir. Çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde ise, fikrî mülkiyet hakkının tesisi, korunması ve hükümsüzlüğünde büyük önemi bulunan; aynı zamanda, gelişme gösterme incelemesine - çoğu zaman - gerek bırakmama, böylelikle kişi ve kurumları birçok inceleme ve masraf külfetinden kurtarma potansiyeline sahip yenilik ve orijinallik özellikleri ile bu özelliklere ilişkin kriter ve uygulamalar incelenmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

FİKRÎ MÜLKİYET HAKLARI

§1. FİKRÎ MÜLKİYET HAKLARININ TANIMI

Fikrî mülkiyet hakları, - tarım da dâhil olmak üzere - sanayi, ticaret, hizmet, bilim alanları ile edebiyat ve diğer sanat alanlarında, zihinsel faaliyetlerin sonucunda üretilen, toplumu geliştirme vasfına sahip fikir ürünlerini koruyan yasal haklardır.

§2. FİKRÎ MÜLKİYET HAKLARININ TÜRLERİ

WIPO'nun kurulmasına dair Stockholm Anlaşması'nın 2 / viii maddesine göre, “ fikrî mülkiyet haklarının kapsamına şu türler girmektedir:

- I- Edebi, sanatsal ve bilimsel çalışmalar
- II- Fikir ve sanat eserlerine bağlı, icracı sanatçıların, kayıt üreticilerinin ve yayıncıların hakları
- III- Buluşlar
- IV- Bilimsel keşifler
- V- Endüstriyel tasarımlar
- VI- Markalar, ticari unvanlar ve diğer tasarımlar
- VII- Haksız rekabete karşı koruma

ile sanayi, bilim, edebiyat veya sanat alanlarındaki zihinsel faaliyetlerin sonucunda oluşan diğer tüm haklar ⁴ ”.

Anlaşma hükümlerine göre, ilk iki bölümdeki haklar, fikrî mülkiyet haklarının eser hakları⁵ kısmını; diğer bölümlerdeki haklar ise, sınaî mülkiyet

⁴ IPH, s. 3.

⁵ Fikrî mülkiyet hakları iki ana dala ayrılmaktadır. Uluslar arası hukukta bu ayrım “ intellectual property ” ana başlığı altında, “ industrial property ” ve “ copyright ” şeklinde olmasına rağmen,

hakları kısmını oluşturmaktadır. Eser haklarını düzenleyen Bern Anlaşması ile sınaî hakları düzenleyen Paris Anlaşması' nın bir bütün oluşturması da dikkate alındığında fikrî mülkiyet haklarının bu türleri kapsadığı anlaşılmaktadır. Yine Trips Anlaşması'nın düzenlemelerinde, bu türler ile, yeni bir tür olarak ortaya çıkmış entegre devre topoğrafyalarının yer aldığı görülmektedir. WIPO' nun, fikrî mülkiyet haklarını iki ana başlık altında değerlendirdiği, eserler ile bağlı hakların eser hakları; buluşlar, endüstriyel tasarımlar, markalar, coğrafi işaretler ve haksız rekabetin önlenmesi ile ilgili hakların da, sınaî mülkiyet hakları olarak adlandırdığı görülmektedir.

A . ESER HAKLARI

I . Fikir ve Sanat Eserleri

Fikir ve sanat eserleri hakları, Bern Anlaşması'nın 2. maddesine göre, edebiyat, bilim, sinema, müzik, koreografi, pandomim ile heykeltraşlık ve mimari de dâhil olmak üzere güzel sanat eserlerinden oluşur. Ancak, hükümde, belirtilen bu türler sınırlandırılmamıştır. Nitekim, zamanla bu türlere bilgisayar yazılımları, veri tabanları, multimedya ürünleri de dâhil olmuştur. Bilgisayar yazılımları, Türkiye'de olduğu gibi, birçok ülkede fikir ve sanat eserlerine ilişkin kanunlarla korunmaktadır. Ancak, bilgisayar programlarının, teknik çözüm veya teknik olmayan metod olup olmaması kriterine göre, topluma kültürel bir katkı sağlamaktan daha ziyade sanayi, teknoloji ve ticarete ilişkin katkı sağlıyorsa ve seri üretime konu olabilme niteliği taşıyorsa, Avrupa Patent Sistemi örneğinde olduğu gibi, patent korumasından faydalanması yaklaşımı bulunmaktadır.

hukukumuzda copyright terimini karşılayacak şekilde “ fikir ve sanat eserleri ”, “ fikrî hak ” veya “ telif hakları ” terimleri kullanılmaktadır. Ancak fikrî hak teriminin, kanaatimizce sınaî haklarında fikrî hak olması ve bu iki daldan birini değil, her ikisini kapsaması nedeniyle, kullanılması uygun olmayacaktır. Telif hakkı terimi de, kanaatimizce, fikir ve sanat eserlerinin tümünü kapsayacak şekilde kullanılamayacaktır. Fikir ve sanat eserleri kavramı ise, uzunluğu nedeniyle tercih edilmemektedir. Bu nedenlerle çalışmada, fikir ve sanat eserleri ile bunlar kaynaklı bağlı hakları kapsayacak tarzda “ eser hakkı ” terimi kullanılmıştır. Terim sorunu ile ilgili bkz. HİRS, Fikri Say II, s. 5; K. Emre GÖKYAYLA, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara, 2001, s. 23 vd.

Fikir ve sanat eserleri hakları, hak sahibine, kullanma ve 3. kişilerin izni olmaksızın kullanımını engelleme hakkını verir. Bu hakkın kapsamına ekonomik ve manevi haklar girer⁶.

Eser hakları, herhangi bir formaliteye gerek olmaksızın doğar (Bern Anl. m. 5; FSEK. m. 8); hak sahibi gerçek kişi ise ölümünden, tüzel kişi ise, eserin yayınından en az 50 yıl sonra sona erer (Bern Anl. m. 7). Hukukumuzda, bu süre 70 yıldır (FSEK. m. 27).

II. Bağlı Haklar

Bağlı haklar, fikir ve sanat eserlerinden doğan haklardır. Ancak, esere değil, onun icrası veya yayınlanması için katkı mahiyetindeki faaliyetlere tanınan haklardır. Bağlı haklar, icracı sanatçılara; bir icrayı ya da sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcılarına ve yayımcılara tanınmış haklardır. Bağlı haklar, eser sahibinin maddi ve manevi haklarına zarar vermemek koşuluyla kullanılabilirler (FSEK. m. 1 / B - j, k ve m. 80). Şöyle ki, eser sahibinin izni olmadan eseri icra edemez yahut radyo ve televizyonda yayınlamayabilirler. Birinci gruptaki icracıların hakları, eseri kendilerine özgü yorumlamaları, seslendirmeleri veya sahnelemeleri nedeniyle doğmaktadır. Yapımcılar ile yayımcıların hakları ise, eserin fonogram veya radyo, televizyon vb. yoluyla yayınlamalarına yaptıkları ekonomik yatırımdan kaynaklanmaktadır⁷. Bağlı haklar, sahiplerine, fikir sanat eserinden kaynaklanan haklara benzer bir koruma imkânı vermektedir. Bağlı hakların korunmasına dair Roma Anlaşması ile kişisel kullanım, alıntı gibi bazı hak sınırlamaları getirilmiş, hakların koruma süresinin en az 20 yıl olduğu düzenlenmiştir (m. 14). Bu süre, kaydedilmemiş icralarda icra tarihinden, fonogram üretiminde ve yayında yayın tarihinin yıl sonundan başlamaktadır. Trips Anlaşması ise icracı ve yapımcılara 50, yayın kuruluşlarına 20 yıllık bir

⁶ Aynı yönde TEKİNALP, s. 7.

⁷ Aynı yönde TEKİNALP, s. 13.

süre öngörmüştür (m.14 / 5). Hukukumuzda ise, bağlı hak sahiplerine 70 yıllık bir koruma sağlanmıştır (FSEK. m. 80 / b,c ve m. 82 / 5, son).

B . SINAÎ MÜLKİYET HAKLARI

I . Patent

Patent, buluş sahibine, buluşu üzerinde, belirli bir süreyle sınırlı olarak tanınan haktır. Buluş, tarım da dahil olmak üzere sanayi ve teknoloji alanındaki spesifik bir sorunun çözümü; tekniği zenginleştiren, ilerleme sağlayan ve yenilik unsuru taşıyan insan fikridir⁸.

Bir buluşun, patentle korunabilmesi için, bazı şartları gerçekleştirmesi gerekir. Patentlenebilme kriterleri olarak adlandırılan bu şartlar, buluşun yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir olması ve patent verilemeyecek bir konuda olmamasıdır (PatKHK. m. 5, 6). Patent hukukuyla sağlanan koruma için, buluşun fiziksel olarak ortaya konmuş olması şart olmayıp, patentlenebilme kriterlerini taşıması yeterlidir.

Patent isteme hakkı, hizmet buluşları dışında, sadece buluşu yapana veya haleflerine ait olup, başkalarına devredilebilir (PatKHK. m. 11, 19). Patent hakkı, başvurudaki istemlerin kapsamında korunur (PatKHK. m. 83). Patentin koruma süresi incelemeli patentte yirmi, incelemesiz patentte ise yedi yıldır (PatKHK. m. 60, 72). İncelemesiz patent, koruma süresi içerisinde incelemeli patente dönüştürülebilir. Bu koruma sürelerinin tamamlanması, sahibinin patent hakkından vazgeçmesi, yıllık ücretlerin veya ek ücretlerin süresinde ödenmemesi hallerinde hak sona erer, patent toplumun malı olup, herkesin kullanımına açık hale gelir (PatKHK. m. 133).

⁸ TEKİNALP, s. 13; Ali Necip ORTAN, Avrupa Patent Sistemi, C. I, Ankara, 1991 (C. I), s. 74.

II . Faydalı Model

Faydalı model hakkı, tekniğin bilinen durumunu aşma kriterini gerçekleştiremeyen, ancak yeni ve az da olsa teknik bir ilerleme sağlayan ve tekniğin bilinen durumundan kolayca çıkarılamayan bu tür fikir ürünlerinin korumadan mahrum bırakılmaması için kabul edilmiştir⁹. Küçük buluş veya küçük patent diye anılan¹⁰ bu buluşların da, tekniğin bilinen durumunu aşma dışındaki patentlenebilme kriterlerini taşıması gerekir.

PatKHK.'si ile sağlanan faydalı model koruması içinde, buluşun fiziksel olarak ortaya konmuş olması şart olmayıp, PatKHK. m.154' de belirtilen kriterleri taşıması yeterlidir. Patent ile olan benzerlikleri nedeniyle PatKHK. m. 166, açık bir hüküm bulunmadığı ve faydalı modelin özelliği ile çelişmediği takdirde, patentler için öngörülen hükümlerin, faydalı model için de uygulanacağını hükme bağlamıştır. Faydalı model hakkının koruma süresi 10 yıl olup, bu süre uzatılamaz. Faydalı model başvurusu, patent başvurusuna dönüşebilir. Ancak, aynı buluş için hem patent hem de faydalı model belgesi alınamaz. Faydalı model, tasarım olarak da tescil edilebilir. Bu halde faydalı model, EndTasKHK. hükümleri ile korunur.

III . Endüstriyel Tasarım

Tasarım, bir ürünün tümü veya bir parçasındaki çizgileri, dış hatları, renkleri, biçimi, dokusu, esnekliği, malzemesi, süslemesi gibi, insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerin oluşturduğu, iki veya üç boyutlu genel görünümüdür (ABTasYön. m. 1; EndTasKHK m. 3).

Çoğu ülkede, tasarımların korunması için aranılan temel şartlar tasarımın yeni, orijinal veya ayırt edici olmasıdır. Tescil şartlarının

⁹ Ali Necip ORTAN, İşçi Buluşları Hukuku, İzmir, 1987 (İşçi), s. 69; Feyzan Hayal ŞEHİRALİ, Patent Hakkının Korunması, Ankara, 1998, s. 15.

¹⁰ TEKİNALP, s. 15.

incelenerek tescile karar verilen İngiltere vb. ülkeler olduğu gibi, Fransa gibi incelemesiz sistemin kabul edildiği ülkeler de bulunmaktadır¹¹. Hukukumuzda da, mehz AB Yönergesinde olduğu gibi incelemesiz sistem kabul edilmiş olup, sadece yeni ve ayırt edici niteliğe sahip tasarımlar korunur (ABTasYön. m. 3 / 2; EndTasKHK m. 1 / II).

AB ve Türk hukukunda, tescilli tasarımların koruma süresi, başvuru tarihinden başlamak üzere, beş yılda bir yenilenmek kaydıyla, 25 yıldır (ABTasYön. m. 10; EndTasKHK m. 1 / II). Tasarım hakkı, koruma süresinin dolması veya tasarım belgesi sahibinin hakkından vazgeçmesi sebeplerinden birinin gerçekleşmesi ile sona erer ve tasarım toplumun kullanımına açık hale gelir.

Endüstriyel tasarım hakkının sağladığı koruma, tescil yoluyla elde edilir (EndTasKHK m. 1 / II). Tescilsiz tasarımların ise, FSEK ve TTK' nun hükümleriyle korunması mümkündür. AB' de, tescilsiz tasarımların yeni ve ayırt edici olması şartıyla kamuya sunulmalarından itibaren 3 yıl süreyle korundukları görülmektedir¹².

IV . Entegre Devrelerin (Yarı iletkenlerin) Topoğrafyaları

Entegre devre, elektronik bir işlevi veya bunun yanında diğer fonksiyonları yerine getirmek üzere tasarlanmış, bir yarı iletken maddenin içine veya üzerine, çok küçük elemanların, bir grup halinde biçimlendirilip, uygun bir şekilde birbirine bağlanması suretiyle oluşturulmuş tümleşik bir devredir. Entegre devre topoğrafyası ise, entegre devreyi oluşturan tabakaların üç boyutlu dizilimini gösteren, üretim amacıyla hazırlanmış ve herhangi bir formatta sabitlenmiş görüntüler dizisidir. Bu dizideki her görüntü, entegre devrenin üretiminin herhangi bir aşamasındaki yüzeyinin tamamının veya bir kısmının görünümünü oluşturur (EntDevKan. m. 2).

¹¹ Dan JOHNSTON, Design Protection, 4th Edition, Cambridge, 1995, s. 208.

¹² JOHNSTON, s. 209; Cahit SULUK, Tasarım Hukuku, Ankara, 2003, s. 555.

Bir topoğrafyanın korunabilmesi için orijinal olması yeterlidir (EntDevKan. m. 4). Daha önce bilinen elemanların ve ara bağlantıların düzenlenmesinden oluşan bir entegre devre topoğrafyası ise, ancak bütün olarak ele alındığında bir araya getiriliş şekli bakımından orijinalise korumadan yararlanabilmektedir (EntDevKan. m. 5). Entegre devre topoğrafyası koruma hakkı, sadece tescille elde edilir (EntDevKan. m. 4).

Tescilli topoğrafya hakkının koruma süresi, 10 yıl olup (EntDevKan. m. 6 / II), hak, koruma süresinin dolması veya entegre devre topoğrafyası hakkı sahibinin bu hakkından vazgeçmesi hâllerinden birinin gerçekleşmesi ile sona erer. Hakkın sona ermesi hâlinde, sona erme sebebinin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren topoğrafya toplumun kullanımına açık hale gelir (EntDevKan. m. 21).

V. İslahçı Hakları

Tarım, bahçivanlık ve ormancılık alanlarındaki yetiştiricilere sağlanan hakların amacı, bitki çeşitlerinin geliştirilmesini özendirmek ve yeni çeşitlerin oluşturulmasını sağlamaktır.

Çeşit, ıslahçı hakkının verilmesi için gerekli şartların karşılanıp karşılanmadığına bakılmaksızın, bir veya birden fazla genotipin ortaya çıkardığı bazı özelliklerin kendisini göstermesiyle tanımlanan, aynı tür içindeki diğer genotiplerden en az bir tipik özelliği ile ayrılan ve değişmeksizin çoğaltmaya uygunluğu bakımından bir birim olarak kabul edilen en küçük taksonomik kısım içerisinde yer alan bitki grubunu ifade etmektedir (YBitK. m. 2). Yeni, farklı, yeknesak ve durulmuş olduğu tespit edilen bitki çeşidi, YBitK.'da belirtilen diğer şartları karşılaması halinde, ıslahçı hakkı verilerek korunur (YBitK. m. 3).

Bir çeşidin ıslahçı hakkı, hizmet sözleşmelerindeki durumlar hariç, ıslahçıya ve onun hukuki haleflerine ait olup, ıslahçının birden çok olması

halinde taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa, ıslahçılar müşterek mülkiyet hükümleri çerçevesinde hak sahibi olurlar (YBitK. m. 11). Koruma süresi, ıslahçı hakkının tescilinden itibaren 25 yıl olup, bu süre ağaçlar, asmalar ve patates için istisna olarak 30 yıldır (YBitK. m. 10).

VI. Ticaret Unvanı

Ticaret unvanı bir ticari işletmenin sahibinin adı olup, tacir, ticari işletmesi ile ilgili işlemlerini bu ad altında yapar. Ticaret unvanı, bir taciri diğer tacirden ayırma işlevine sahip olduğundan, varsa, bu kişilere ait ticari işletmeleri de ayırdetmektedir¹³. Özellikle, teşebbüsün, mallarını, tanınan bu unvanı sayesinde sattığı durumlarda, ticaret unvanının bir marka haline geldiği söylenebilir¹⁴. Ticaret unvanı, kişisel unsurlar da içeren mutlak bir haktır. Ticaret unvanı, işletmeden ayrı olarak devredilemez, ancak, işletmenin devrinde, devreden, isterse unvanı muhafaza edebilir (TTK. m. 51). Her ticaret unvanı, aynı koruma çevresinde diğer ticaret unvanlarından açıkça ayırt edilebilecek bir şekilde olmalıdır (TTK. m. 43 / 2, 47 / 2).

VII. Marka

Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini, bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla; kişi adları,

¹³ Aynı yönde TTK. m. 41 vd. (Yeni TTK.'nın yürürlük tarihinin 01.07.2012 olması nedeniyle, çalışmada yürürlükteki Kanun esas alınmıştır.); BİLGİŞİN, s. 159 vd. ; Ernst E. HİRŞ, Ticaret Hukuku Dersleri, 2. b, İstanbul, 1946 (Ticaret), s. 143 vd. ; Halil ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 3. b., İstanbul, 1960 (Ticaret), s. 77; Turgut S. EREM, Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, İstanbul, 1958, s. 178 ; Ekrem EDGÜ, Ticaret Hukuku I, Ankara, 1964, s. 96; Yaşar KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, Ankara, 1968, s. 369 vd.; Sait Kemal MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, C. I, Ankara, 1970, s. 256; Rıza AYHAN / Hayrettin ÇAĞLAR / Mehmet ÖZDAMAR, Ticari İşletme Hukuku, 3. b., Ankara, 2010 (İşletme), s. 148; Erdoğan MOROĞLU / Abuzer KENDİGELEN, Notlu - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 2. b. , İstanbul, 2007, s. 49; Reha POROY / Hamdi YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, 11. b. , İstanbul, 2006, s. 321; Sabih ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, Ankara, 2009 (İşletme), s. 251; İsmail DOĞANAY, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, 4. b. , İstanbul, 2004, s. 349; Mehmet HELVACI (Hüseyin ÜLGEN / Ömer TEOMAN / Abuzer KENDİGELEN / Arslan KAYA / N. Füsün NOMER ERTAN), Ticari İşletme Hukuku, 3.b, İstanbul, 2009, s. 309; Sami KARAHAN, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2005 (İşletme), s. 133; Hayrettin ÇAĞLAR / Mehmet ÖZDAMAR, “ Ticaret Unvanının Korunması ”, SÜHFD, C. 14, S. 2, Konya, 2006, s. 120.

¹⁴ HİRŞ, Ticaret, s. 143.

sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları vb. her türlü işaret olabilir (MarkHK. m. 5). Son dönemde, bunlara ek olarak hologram markaları, melodilerden oluşan ses markaları gibi yeni işaret türleri de ortaya çıkmaktadır. Markalarda bulunması şart olan en önemli iki karakter özelliği taşımaları, yani ayırt edici olmaları ve aldatıcı olmamaları halinde, eğer tescili engelleyen başka bir neden de yoksa, belirtilen bu işaretlerin marka olarak tescili mümkündür (Paris Anl. m. 6 mükerrer 4 / B; MarkHK. m. 5, 7, 8).

Markalar, işlev vb. nedeniyle ticaret, hizmet, garanti markaları, ortak marka gibi değişik gruplara ayrılmaktadırlar.

Tescilli markanın koruma süresi on yıl olup, yenilenmek ve kullanılmak kaydıyla sonsuza kadar hak olarak kalır. Marka hakkı, hâlihazırdaki kabullere göre, diğer fikrî mülkiyet haklarından farklı olarak belli bir süre geçmekle toplumun kullanımına açık hale gelmez. Marka hakkı, koruma süresinin dolması ve markanın süresi içinde yenilenmemesi ve marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesi nedenlerinden birinin gerçekleşmesi ile sona erer (MarkHK. m. 45).

VIII. İşletme Adı

İşletme sahibini hedef tutmaksızın, doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan adlar da, işletme adı olarak, tescil ettirmek zorundadır ve bunlara ticaret unvanlarına ilişkin hükümler uygulanır¹⁵. Ticaret unvanını sadece tacirler kullanabilirken, işletme adını esnaflar da kullanabilir¹⁶. İşletme adı, işletmeden ayrı olarak

¹⁵ EREM, s. 193 vd.; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 166 vd.; HELVACI (ÜLGEN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 336 vd.; KARAHAN, İşletme, s. 153; DOĞANAY, s. 382; Karş. HİRŞ, Ticaret, s. 149; ARSLANLI, Ticaret, s. 78; EDGÜ, s. 98 vd.; KARAYALÇIN, s. 397 vd.; ARKAN, İşletme, s. 264; MOROĞLU / KENDİGELEN, s. 54; DOĞANAY, s. 381.

¹⁶ ARSLANLI, Ticaret, s. 79; EREM, s. 195; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 166; ARKAN, İşletme, s. 263; Yedigâr İZMİRLİ, “ Tacir - Esnaf Sifatının Tayininde İşletme Unsuru ”, Jale

devredilebilir (TTK. m. 51). İşletme adı da, aynı koruma çevresinde diğer işletme adlarından açıkça ayırt edilebilecek şekilde olmalıdır¹⁷.

IX. Coğrafi İşaret

Coğrafi işaretler, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri nedeniyle kökenin bulunduğu bir yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş bir ürünü gösterir ve kullanılan bir madde, malzeme, üretim yöntemi vb. sebeple özdeşleşmiş ürünlerin ayırt edilmesini sağlar¹⁸. Bu özdeşleşme, tüketicie, üründe aradığı bazı özelliklerin bulunduğunu göstermektedir. Örneğin, Roquefort peyniri, Hereke halısı gibi.

Coğrafi işaret, menşe adı ve mahreç işareti olarak ikiye ayrılır. Bir ürünün, tüm özelliklerinin veya esaslı unsurlarının veya özelliklerinin sadece belli bir yöre, alan, bölge veya ülkede yetişmesi yahut bulunması, o bölgeden kaynaklanması halinde menşe adı söz konusu olur. Tescili için de, coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, alan veya ülkeden kaynaklanan bir ürün olması; tüm veya esas nitelik veya özelliklerinin bu bölgeye özgü doğa ve beşeri unsurlardan kaynaklanması; üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinin tümüyle bu bölge sınırları içinde yapılması şartlarını birlikte taşıması gerekir. Bu nedenle, menşe adını taşıyan ürünler ait oldukları coğrafi bölgenin dışında üretilemezler. Örneğin, Roquefort peynirinin üretilmesi ve alışılmış lezzetini taşıması için, Roquefort bölgesinde bulunan mağaralarda belli bir süre bekletilmesi gerekir. Başka bir bölgede, aynı usullerin uygulanmasıyla bile söz konusu lezzet oluşmamaktadır.

AKİPEK' e Armağan, Konya, 1991, (465 - 478), s. 465; HELVACI (ÜLGEN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 336; KARAHAN, İşletme, s. 154.

¹⁷ ARSLANLI, Ticaret, s. 78 dn. 2; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 166; MOROĞLU / KENDİGELEN, s. 54; HELVACI (ÜLGEN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 337; Karş. ARKAN, İşletme, s. 264.

¹⁸ Aynı yönde POROY / YASAMAN, s. 322; HELVACI (ÜLGEN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 350.

Bir ürünün, belirgin bir unsur veya özelliğinin sadece belli bir yöre, alan, bölge veya ülkede yetişmesi yahut bulunması; ürün başka bir bölgede üretilebilse veya yetişebilse bile belirtilen özelliğin o bölgeden kaynaklanması halinde ise mahreç işareti söz konusudur. Tescil edilebilmesi için, coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, alan veya bölgeden kaynaklanan bir ürün olması; belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özelliklerinin bu bölge ile özdeşleşmiş olması; üretimi, işlenmesi veya diğer işlemlerden en az birisinin bu bölgede yapılması gerekir. Bu nedenle, mahreç işaretini taşıyan ürünler, ait oldukları bölgenin dışında üretilebilmelerine rağmen, bu belirgin nitelik nedeniyle söz konusu coğrafi bölgeyle özdeşleşmektedir.

Ürünlerin öz adı olmuş işaretler, coğrafi işaret olarak korunmazlar (CoğışKHK. m. 5).

§3. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ AMAÇLARI

A . GENEL OLARAK

Herhangi bir kavramın tarif ve tanınmasındaki hedef, bu kavramın tahsis edildiği amacı gerçekleştirmesidir. Bunun bir gereği olarak, herhangi bir subjektif (nisbi) kavram, bununla ifade edilmek istenen konuya ve amaca göre yorumlanmalıdır¹⁹. Fikrî mülkiyeti koruyan hakların ve bunlara ilişkin kavramların da, tahsis edildikleri amaç dikkate alınarak yorumlanması gerekir. Fikrî mülkiyeti koruyan hakların tanınması ve bu haklara ilişkin düzenlemeler yapılmasının iki ana nedeni bulunmaktadır. Birinci neden, - toplumun kullanımına açılacağından - bu fikir ürünlerini meydana getiren kişilere, fikrî ürünleri üzerinde yasal haklar tanıyarak, onların emeklerini ödüllendirmek, bu kişileri korumak ve yeni fikrî ürünler meydana getirmeleri için teşvik etmektir. Bu insanlar toplumun çekici gücü, lokomotif, uygarlığın yapıcıları olduğundan toplumun gelişimi için desteklenmeleri gerekir. İkinci

¹⁹ Ernst E. HİRŞ, Hukuki Bakımdan Fikrî Say, C. I, İstanbul, 1942 (Fikri Say I), s. 15.

neden ise, fikrî ürünler meydana getirip, bunları toplumla paylaşmayı teşvik edici bir politika oluşturarak, bunun sonucunda toplumun, ekonomik, sosyal, kültürel ve teknolojik gelişmesini sağlamaktır²⁰. Bu amaçlar dikkatlice irdelendiğinde, ilk bakışta fikrî ürün sahibinin bireysel menfaatini koruma şeklinde beliren birinci amacın da, aslında toplumsal nitelikteki ikinci amaca hizmet etmekte olduğu görülmektedir. Fikrî ürün sahibinin korunması amacıyla, tekel niteliğindeki hak şeklinde tanınan teşvikin de, bu kişinin herhangi bir fikrî çabasının değil, bu fikrî çabanın topluma gelişme kazandırma niteliğinin karşılığı olduğu açıktır²¹. Bu teşvikin bir diğer özelliği de, fikrî ürün sahibinin dışındaki 3. kişilere, “ toplumu geliştiren herhangi bir fikrî ürün ortaya koyduklarında kendilerinin de ödüllendirileceği ” mesajını vermesidir. Tüm bunlar göstermektedir ki, fikrî mülkiyet haklarının varoluşunun odağında toplumun geliştirilmesi yer almaktadır²². Yani, fikrî mülkiyet hakkı tanınmasındaki temel amaç, hak konusunun toplumsal yönden ekonomik, sosyal, kültürel ve teknolojik gelişmeyi sağlamasıdır. Katkısı olan kişileri korumak ise tali bir amaçtır.

Fikir ürünlerini meydana getiren kişilere tanınan bu haklar, teşvik etme amacını gerçekleştirebilmesi için, mutlak ve inhisarî niteliktedir. Fikrî ürün sahibine verilen tekel yetkisinin, tüm yararlanma şekilleri açısından kullanımı engelleme niteliği, hak sahibine, çok ciddi maddi kazanımlar sağlamaktadır. Her ne kadar, hakların varoluş sebebi yönünden, toplum için meydana getirilen bir şeyin, toplumdan alıkonulması bir tezat teşkil etse de, bu alıkoyma belli bir süre ile sınırlandırılmış, bu sürenin bitmesiyle toplumun fikrî

²⁰ Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7; PatKHK. m. 1; EndTasKHK. m. 1; EntDevK. m. 1; YBitK. m. 1; ABD Copyright Kanunu m. 1 / 8 - 8; KINACIOĞLU, Esaslar, s. 548; COLSTON / MIDDLETON, s. 1, 151; TRITTON, s. 1; SULUK / NAL (KARAHAN / SARAÇ), s. 8; Karş. IPH, s. 3; TEKİNALP, s. 31 vd.

²¹ Aynı yönde Ernst E. HİRŞ, Fikrî ve Sınai Haklar, İstanbul, 1948 (Sınai), s. 81; SULUK / NAL (KARAHAN / SARAÇ), s. 31; COLSTON / MIDDLETON, s. 1; TRITTON, s. 1; John H. BARTON, “ Non - Obviousness ”, IDEA - The Journal of Law and Technology, S. 476 (2003), (475 - 508), s. 476 (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/idea43&collection=journals&id=485&print=34§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009).

²² Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 136; TEKİNALP, s. 31 vd. ; SULUK / NAL (KARAHAN / SARAÇ), s. 8; COLSTON / MIDDLETON, s. 1; TRITTON, s. 1; BARTON, s. 476.

ürünü serbestçe kullanımı sağlanmıştır²³. Bu tezaadın etkilerini hafifletmeye yönelik bir esas olarak, fikrî ürünün korunmasını talep, fikrî ürün sahibinin ihtiyarına bırakıldığı için, hakkın bu koruma süresi olmadan serbest kullanımının başlaması da engellenmiş değildir. Fikrî mülkiyet korumasını talep için, fikrî ürün sahibine belli bir süre tanınması; bu süre zarfında talepte bulunulmayan fikrî ürünlerin yenilik vb. niteliklerinin ortadan kalktığı kabul edilerek korunmaması da, “ fikrî ürün sahibinin menfaati ile toplumun menfaati dengesinin sağlanması²⁴ ”, böylelikle toplumsal amacın zedelenmemesi düşüncesinin bir ürünüdür. Aksine bir kabul durumunda, fikrî ürün sahibine, fikrî ürününden belli bir süre yararlandıktan sonra başvuru yaparak, koruma süresini başlatma ve bir de bu süreden yararlanma imkânı verilmiş olacağından, toplum, daha uzun süre serbest kullanabilme hakkından mahrum kalacak ve günümüz dengesi fikrî ürün sahibi lehine bozulmuş olacaktır²⁵. Fikrî mülkiyet hakkının, topluma daha sonra da gelişmeler kazandırmayı teşvik amaçlı tanınması; koruma süresi ve hak talep süresi gibi sınırlandırılmalara tabi tutulması; koruma için gerekli nitelikleri taşımayan hakların hükümsüz kılınarak toplumun serbest kullanımının önünün açılması vb. düzenlemeler, bu haklar da toplum menfaatinin odak noktası olarak seçildiğinin göstergeleridir.

B . TRIPS ANLAŞMASI'NDAKİ DÜZENLEME

Hakların amaç ve temel esaslarını ortaya koyan Trips Anlaşması'nın 7. maddesi, isabetli şekilde, bir üçlü sac ayağı denklemlerle, toplumu geliştirici bir fikre karşılık, teşvik edici koruma sağlanması ve bunun dengeli olmasını düzenlemektedir.

²³ Aynı yönde AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 136; TEKİNALP, s. 577; David I. BAINBRIDGE, Intellectual Property, 6. b., Harlow, 2007, s. 347; SULUK / NAL (KARAHAN / SARAÇ), s. 4.

²⁴ Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7.

²⁵ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 124, Nuşin AYİTER, İhtira Hukuku, Ankara, 1968 (İhtira), s. 22 vd.; Jeremy PHILLIPS / Alison FIRTH, Introduction to Intellectual Property Law, 4. b., London, 2001, s. 45; William H. FRANCIS / Robert C. COLLINS, Cases and Materials on Patent Law, 5. b., MN, 2002, s. 183.

C. AMACA UYGUNLUK İNCELEMESİNİN GEREKLİLİĞİ

Sahibine, ciddi kazanımlar sağlayan mutlak ve inhisarî nitelikteki bu haklar, toplumun diğer fertlerinin hürriyet sahasını, bir tek şahıs lehine şarta bağlamakta ve sınırlamaktadır. Bu nedenle, korumanın, ancak hakların tanınmasındaki asli amaca uygun, yani toplumun gelişmesini sağlayan, toplumun bilgi havuzunu zenginleştiren, yeni fikirlere de zemin teşkil eden, kısaca bu korumayı hak eden fikrî ürünlere tanınması²⁶, hak etmeyen fikrî ürünlere koruma sağlanarak toplumun serbest bilgiyi kullanmasının - herhangi bir sınırla - engellenmemesi gerekir. Bir başka deyişle, haklı veya haksız olmasına bakılmaksızın bir kişiye bu koruma sağlanarak tali amacın “ görünüşte ” gerçekleştirilmesi için, asli amaç feda edilemez. Koruma sağlanırken, toplum ile hak sahibinin menfaati dengesinin gözetilmesi; hak etmeyen fikrî ürünlere koruma sağlanarak, toplumun serbest kullanabileceği fikrî ürünlerden, bir karşılıkla faydalanmak zorunda bırakılmasının önlenmesi gerekir²⁷. Aksi takdirde, toplum haksız surette bir kayba uğratılırken, görünüşte fikrî ürün sahibine, hakkı olmayan bir menfaat sağlanmış olur ki, bu hakkaniyet gibi hukukun temel bir ilkesiyle de bağdaşmaz. Bu nedenle, bilinen fikrî ürünlerden herhangi bir farklılığı ile kaynağını sahibinden alan bir gelişme sağlama niteliği bulunmaksızın, salt istifade ve istiane suretiyle gerçekleştirilen fikrî ürünler böyle bir korumayı hak etmezler²⁸. Bu ürünlere koruma sağlanması, asli amaca açıkça aykırıyken, istifade ve istianede kullanılan önceki gerçek hak (fikrî ürün) sahibinin, haklarından yeterince faydalanmasını ve teşvikini de engellemekte, manevi yönden olumsuz etkilemekte ve tali amaca da aykırı olmakta, bu amacın da görünüşte gerçekleştirilmesi sonucunu doğurmaktadır²⁹.

²⁶ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; SULUK / NAL (KARAHAN / SARAÇ), s. 31; COLSTON / MIDDLETON, s. 2; BARTON, s. 476.

²⁷ Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7; AYİTER, İhtira, s. 22 vd.; Bahadır ERDEM, Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2002, s. 56.

²⁸ Aynı yönde HİRŞ, Sınai, s. 80.

²⁹ Aynı yönde George BENJAMIN, “ Is Originality or Dignity of Invention Really a Ghost in Patent Law ”, Journal of the Patent Office Society, Vol. XXIII, No. 8, 1941, (624 - 627), s. 625 (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos23&collection=journals&id=630&print=4§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009); SULUK / NAL (KARAHAN / SARAÇ), s. 31;

Şüphesiz ki, her insan, tüm insanların eşit olmasının zorunlu bir gereği olarak, bir fikrî ürün meydana getirme ve korunma hakkına sahiptir. Ancak bu, hak etmese bile, her çabanın / emeğin, bir fikrî ürün olarak kabulünün veya herkese bir fikrî mülkiyet hakkı ve tekel niteliğindeki bir korumanın bahşedilmesinin zorunlu olduğu şeklinde de yorumlanamaz³⁰. Fırsat eşitliği sağlanması ile bu fırsatı değerlendiremeyen kişilere hak bahşedilmesi çok farklı olgulardır. Öncelikle, koruma talep edilen ürünün, bir fikrî ürün olup olmadığının, fikrî ürün ise, hak tanınmasını gerektiren niteliklere sahip olup olmadığının tespit edilmesi ve bu vasıfları taşımayan ürünlerin koruma kapsamına alınmaması³¹; vasıfları taşıyan ürünlerin de ait oldukları türün gerektirdiği amaca uygun diğer vasıflara sahip olmamaları halinde, bu korumadan yararlandırılmaması gerekir. Bu tarzdaki ürünler oluşturulurken harcanan zaman ve emek, niteliklerine uygun başka bir şekilde, örneğin, kişilik hakkı, haksız rekabet, ortakçılık, yarıcılık³² vb. şeklinde, hukukun diğer mekanizmalarıyla korunması yoluna gidilmelidir.

Bu korumadan, ancak hak eden bir fikrî ürün ortaya koyan kişinin faydalanması, hakkaniyetin ve hakların varoluş sebebinin gereğidir. Aksi takdirde, toplumu ileriye götüren gelişmeler zaten ortaya çıkmayacaktır. Basit bir çalışmayla hak sahibi olma imkânının bulunduğu ortamda, - istisnai

Tasarımlardaki benzer mevcut yaklaşımın yaratıcı tasarımlara engel olduğu görüşü için bkz. Levin in FRANZOSİ, European Design Protection: Commentary to Directive and Regulation Proposals, The Hague, Kluwer, 1996, s. 67 (L. BENTLY / B. SHERMAN, Intellectual Property Law, 2. b. New York, 2004, s. 624 dn. 6'dan naklen); Etkin bir koruma olmayışının olumsuz sonuçları için bkz. Jay A. ERSTLING, " The Semiconductor Chip Protection Act and Its Impact on the International Protection of Chip Designs ", Rutgers Computer & Tech. L. J. 303 (1989), s. 306 (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/rutcomt15&collection=journals&id=309&print=48§ioncount=1&ext=.pdf>) (21. 04. 2010).

³⁰ Aynı yönde NAL / SULUK (KARAHAN / SARAÇ), s. 34.

³¹ Aynı yönde Kemal ŞENOCAK / R. Cemal HANEDAN, " Telefon Zil Seslerinin Fikrî ve Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi ", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, C. 7, Özel Sayı, İzmir, 2005, s. 285 (Müellifler, " eserlerde mevcut koruma şartlarına ek olarak ' Fikrî muhtevaya sahip olma ' şartının da aranması gerektiği " görüşündedirler.); COLSTON / MIDDLETON, s. 2.

³² Ortakçılık ve yarıcılık, bir kişinin sahip bulunduğu haklarını, bir 3. kişinin kendi çaba ve politikalarına göre değerlendirmesi ve bunun karşılığı olarak elde ettiği kazancın bir kısmını kendisine vermesi karşılığında, bu kişinin kullanımına bırakması olarak açıklanabilir. (Ortakçılık ve yarıcılık ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. Seyfullah EDİS, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. b. Ankara, 1989, s. 103).

kişiler dışında - kimse gerçek fikrî ürün ortaya koymaya uğraşmayacaktır. Bunun yanı sıra, “ gerçek ” fikrî ürünlerin sahipleri, bunu hak etmeyen insanlarla eşit kılınmış ve böylece mağdur edilmiş olurlar ki, bu, zamanla toplumun çekici gücü durumundaki bu kişilerin de çabalarından vazgeçmesine ve hakların asli amacının bir ütopya haline gelmesine neden olur. Bu korumanın sağlandığı fikrî ürünün, bu korumayı hak edecek niteliklere sahip olması, tavizsiz şekilde aranacak, kesin bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir fikrî üründe, bu niteliklerin aranmasında ne kadar titiz davranılır yani koruma şartları ne kadar yerinde ve ağır olursa, bu şartları sağlayan bir fikrî ürünün, farklı ve gelişme sağlayan özellikleri o derecede net olarak ortaya çıkar³³. Başta, kendini hak sahibi gibi gösterme veya fikri ürüne sadık kalmama fiilleri olmak üzere, bu özellikleri, hukuka aykırı şekilde kullanan kişilerin bu fiilleri de aynı derecede net şekilde ortaya çıkacağı ve bu kişiler ciddi yaptırımlarla karşılaşacağından, bu fiilleri ika etmek yerine, yeni fikrî ürün geliştirmek zorunda kalacaklardır. Bu ise, toplumun gelişmesini sağladığı ve aynı zamanda fikrî ürün sahiplerini teşvik ettiği için, hakların varoluş nedeni / amacı da gerçekleşmiş olacaktır. Aksi takdirde, diğer kişiler, küçük değişikliklerle, kendi fikrî mülkiyet haklarına ve korumaya sahip olacak; herhangi bir yaptırımla da karşılaşmayacaklarından, yeni fikrî ürün geliştirmek zorunda kalmayacaklardır. Bunun ilk sonucu, gerçek fikrî ürün sahiplerinin, emeğinin karşılığını alamaması ve kendilerini kullanılmış hissetmeleri sonucunda çabalarından vazgeçmeleri, hakların amacını gerçekleştirecek kişilerin yok edilmeleri olacaktır. İkinci sonuç ise, toplumun gelişme düzey ve hızının da buna bağlı olarak çok düşük olacağıdır ki, bunun hakların amacına temelden aykırılığı da ortadadır.

Fikrî mülkiyet haklarının tanınmasındaki amaçlar dikkate alındığında, hak tanınacak bir fikrî üründe aranan en önemli özellik olarak, toplumsal yönden kültürel, ekonomik, sosyal veya teknolojik gelişmeyi yahut başka bir

³³ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 624; Sabih ARKAN, Marka Hukuku, C. I, Ankara, 1997 (C. I), s. 100; Haydar ARSEVEN, Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul, 1951, s. 145; Dilek CENGİZ, Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul, 1995, s. 23; SULUK, s. 263, 315 dn. 142 ve 143.

ifadeyle topluma önceden var olmayan bir faydayı sağlayıcı olma niteliği karşımıza çıkmaktadır³⁴. Herhangi bir subjektif kavramın, tarif ve tanınmasını sağlayan amaca göre yorumlanmasının gereği olarak, - hakkın oluşması ve sona ermesi safhalarındaki önemleri de dikkate alındığında - yenilik, orijinallik, ayırtedicilik, buluş basamağını aşma, farklılık, yeknesaklık vb. gibi nisbi kavramların, toplumu geliştirme, topluma fayda sağlama amacına uygun olarak yorumlanması zorunluluğu doğmaktadır. Elbette ki, bu kavramların neyi ifade ettikleri, amacın gerçekleşmesinde işlevlerinin ne olduğu gibi hususlar dikkate alınarak bir yorumlama yapılacaktır. Bu hususlar dikkate alındığında, tüm bu nisbi kavramların yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme nitelikleri başlıklarından birinin kapsamında bulunduğu; bu üç niteliğin de hakların varoluş sebebinin gereği olduğu, bir ürünün bu sebebe uygun olup olmadığını tespitinde değişik işlevler yerine getirdiği görülmektedir³⁵.

Her ne kadar, yenilik veya orijinallik niteliği, duruma göre bu türler açısından aranan ve öncelikle zikredilen nitelik olsa³⁶ veya bazı türlerde salt orijinallik, ayırtedicilik şartı aranıyor görünse ve mevcut kabullerden kaynaklanan bazı uygulama hataları olsa da, tüm türlerde, gelişme gösterme şartı, açıkça veya zımnen aranmakta ve karşılanması beklenmektedir. Aranan şart, bu şartın aranma nedeni, fonksiyonu vb. yönlerden dikkatlice incelendiğinde; bazen tekniğin bilinen seviyesinin aşılması³⁷, bazen orijinallik³⁸, bazen ayırt edicilik³⁹, bazen de farklılık⁴⁰ şeklinde ifade edilen şartların gelişme gösterme şartının değişik tezahürleri olduğu ortaya

³⁴ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 6, 7, 12 ve 116. (Müellif, bu amacı “ cemiyetin fikir ve kültür servetini çoğaltma” şeklinde ifade etmekte, buluşlar yönünden ise, tekniği zenginleştirme olarak özelleştirmektedir.); AYİTER, İhtira, s. 31 ve 51 (Müellif, bunu “ ihtiram vasfı, teknik ilerlemedir ” şeklinde ifade etmektedir.); COLSTON / MIDDLETON, s. 1; TRITTON, s. 1; ERDEM, s. 56.

³⁵ Bkz. s. 53 vd.

³⁶ Karş. BLUM / PEDRAZZINI, Das schweizerische Patentrecht, Bd. 1, s. 74 - 75 (ORTAN, İşçi, s. 43'ten naklen) ; ORTAN, C. I, s. 91 (Müellife göre, “ patent hukukunda, buluş faaliyetinin olup olmadığının araştırılması, ön şart olarak yenilik niteliğinin varlığı halinde söz konusu olacaktır”).

³⁷ BENTLY / SHERMAN, s. 443; William CORNISH / David LLEWELYN, Intellectual Property, 5nd Edition, London, 2003, s. 176; IPH, s. 20; Özgür ÖZTÜRK, Patent Verilebilirlik Şartları, Ankara, 2008, s. 149.

³⁸ HİRŞ, Fikrî Say II, s. 54; BENTLY / SHERMAN, s. 89 dn. 16; Şafak N. EREL, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. b., Ankara, 2009, s. 32.

³⁹ David MUSKER, Community Design Law Principle and Practice, London, 2002, s. 28.

⁴⁰ Deborah E BOUCHOUX., Intellectual Property for Paralegals, 2. b., New York, 2005, s. 310.

çıkılmaktadır. Nitekim *Bently / Sherman*, patent hukuku açısından “ *buluş basamağında farklılığın nitelikli olmasının arandığı; farklılığın, nitelik itibarıyla, tekel hakkı tanınmasını hak edecek düzeyde tekniğe katkı sağlaması gerektiğini* ” belirtirken⁴¹; *Musker* de, tasarım hukukunda aynı işlevi ayırt ediciliğin yerine getirdiğini belirtmekte, “ *tasarımda, ayırt edicilik testi nitelik yönündendir* ” demektedir⁴². Bir fikrî ürün, yenilik veya orijinallik gibi değişik şekillerde ifade edilen şartları karşılarsa bile, aranan bu gelişme gösterme şartını karşılamaması halinde hakkı ve korumayı elde edememektedir⁴³.

Ş4. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ TEMEL NİTELİKLERİ VE TÜRLERDEKİ GÖRÜNÜMÜ

A. TEMEL NİTELİKLER

I. Fikrî Ürün Olma

Bu hakların konusunu, bir düşünce faaliyetinin sonucunda ortaya çıkan fikrî ürün oluşturmaktadır. İnsanlar, bir ürünü bedensel yahut zihinsel çabaları ön planda olarak meydana getirir. Fikrî ürünler, kişinin bedensel faaliyetini içerse de, daha büyük ölçüde zihinsel faaliyetinin sonucunda ortaya çıkmaktadırlar. Üzerinde hak oluşturulan ürünün, bir fikrî çabanın, bir düşünce faaliyetinin sonucunda oluşan fikrî ürün olması, bu hakları diğer haklardan ayıran en önemli özelliklerden biridir⁴⁴. Bu nedenle hak, her ne

⁴¹ BENTLY/ SHERMAN, s. 443; Aynı yönde CORNISH / LLEWELYN, s. 176; IPH, s. 20; ÖZTÜRK, s. 149.

⁴² MUSKER, s. 28.

⁴³ *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.*, 36 F. Supp. 2d. 191, 197 (S. D. N. Y. 1999) (Mary Campbell WOJCIK,, “ The Antithesis of Originality: Bridgeman, Image Licensors, and the Public Domain ”, Hastings Comm. & Ent. L. J. 257 (2007 - 2008), (257 - 286) , s. 260’dan naklen <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/hascom30&collection=journals&id=275&print=30§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009).

⁴⁴ Aynı yönde AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 134; TEKİNALP, s. 106; Fırat ÖZTAN, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara, 2008, s. 87; COLSTON / MIDDLETON, s. 2; ERDEM, s. 12; GÖKYAYLA, s. 137.

kadar somut, maddi bir varlık üzerinde tecessüm etse de, bu cisimden bağımsız olarak soyut fikrî ürün üzerinde tesis edilmektedir⁴⁵.

Düşünce faaliyetinde bulunma, niteliği gereği sadece insana has bir özellik olması nedeniyle, fikrî ürün, ancak bir gerçek kişi tarafından ortaya konulabilir⁴⁶. Bu, tüzel kişilerin hak sahibi olmalarına engel değildir ve hizmet ilişkisi, devir vb. yollarla tüzel kişilerin hak sahibi olmaları mümkündür.

II. Toplumu Geliştirme

Bir fikrî mülkiyet hakkından söz edilebilmesi için, konusunun fikrî ürün olması yeterli olmayıp, bu fikrî ürünün toplumu geliştirmesi ve geliştirme karşılığında da fikrî ürün sahibinin teşvik edilmesi esaslarına uygun olması gerekir. Bu nedenle, Trips Anlaşması'nın 7. maddesinde, hakların amaçları açıklanırken, toplumu geliştirme, fikrî ürün sahibini teşvik etme ve bunların arasında denge sağlanması vurgulanmaktadır.

Hakların ikinci niteliği olarak ortaya çıkan toplumu geliştirme özelliği, doğası gereği bazı vasıfları bünyesinde barındırmak zorundadır.

a - Yenilik

Bir fikrî ürünün toplumu geliştirmesi ve bu korumayı hak etmesi için, önceki fikrî ürünlerden nitelikleri itibariyle farklılıklar taşıması, yani toplumun bilgi havuzuna daha önce var olmayan, bilinmeyen bir şeyler katan niteliklere sahip bulunması, yeni bir fikrî ürün olması gerektiği sonucuna ulaşılır. Aksi halde, toplumca daha önce bilinmekte olanlardan esaslı bir farklılığı olmayan, bu nedenle toplumu geliştirme imkânı da bulunmayan bir fikre koruma

⁴⁵ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 134; KAYA (ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / NOMER ERTAN), s. 355; SULUK / NAL (KARAHAN / SARAÇ), s. 4.

⁴⁶ Aynı yönde AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 134; TEKİNALP, s. 106; ÖZTAN, s. 83; Ahmet KILIÇOĞLU, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Ankara, 2006, s. 103; ŞENOCAK / HANEDAN, s. 285; Tahir SARAÇ, “ Patent İsteme Hakkı ve Hakkın Sahibi ”, Prof. Dr. Hayri DOMANİÇ’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, s. 524; ERDEM, s. 12.

sağlanmış ve toplumun serbestçe kullanma hakkına sahip olduğu bir fikrî ürüne, karşılığı olmayan bir bedel ödemesine yol açılmış olacaktır.

Ayrıca, önceden bilinen bu fikrî, bir fikrî mülkiyet hakkıyla korunuyor olması da yüksek ihtimaldir. Bu durumda, koruma, gerçek hak sahibi olan (önceki) kişiyle birlikte, hakkı olmayan (sonraki) bir kişiye de tanınmış, aynı fikrî ürün üzerinde birbirinden farklı iki hak sahipliği tesis edilmiş olur⁴⁷ ki, bu gerçek hak sahibi olan kişinin hakkının tekel niteliğini ortadan kaldırıp, hakından yeterince faydalanamamasına ve hakların teşvik amacının işlevini görememesine neden olur. Bu nitelik, günümüz fikrî mülkiyet hukukunda, bir yönüyle, çifte hak sahipliğini önleyerek gerçek hak sahibi ve toplumun menfaatlerini korur. Bir yönüyle de, fikrî ürünün topluma arzından sonra belli bir süre içinde hak ihdası talebinde bulunmaya zorlayarak, toplumun serbest kullanımının kısıtlandığı sürenin toplum aleyhine uzamasını engeller⁴⁸. Bu engellenmenin yapılmaması, toplumun serbest kullanımının kısıtlandığı sürenin toplum aleyhine uzayarak topluma zarar verdiği gibi, tekel korumasını da hak sahibinin teşviki amacından çıkarak tatmini aracına dönüştürür. Tatmin edilmiş hak sahiplerinin yeni gelişmeler için teşviki söz konusu olmadığından, her iki durumda, hakların asli amacı olan toplumun gelişmesini sağlama amacını engeller.

b – Öngörme Faaliyeti İçerme

İnsanlar fikirlere iki yolla sahip olur. Birinci yol, başkalarının ifade ettikleri ve kendisinin öğrendiği fikirleri benimseyerek kendine göre ifade etmesidir. Bunu yaparken ister istemez mihanikî melekelerini yahut esası etkilemeyen önemsiz (trivial) fikrî çabalarını da kullanacak, örneğin bir cümlede bir kelimeyi vurgulu söylemeyi yahut bir tasarımın başka bir renk de yapılmasını düşünecektir. İkinci yol ise, kendisinin gerçekleştirdiği bir fikrî çabanın sonucunda ulaştığı, daha önce bilinmeyen, ayrı bir esas olarak

⁴⁷ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 443.

⁴⁸ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 443; BOUCHOUX, s. 311.

topluma katkı sağlayacak fikirlerdir. Buna bağılı olarak, bir fikrî ürün de iki şekilde ortaya konulur. İlk hali, kişinin kendisine ait bir fikrî katkısı bulunmaksızın, başkalarının benimsenilen fikirlerinin ortaya konuluşudur ki, taklit, kopya vb. şekillerde ifade edilmektedir. İkinci hali ise, kendi fikrî çabalarının, yeteneklerinin sonucu olarak, kendinden gelişme sağlayıcı bir fikrî katarak oluşturdukları fikrî ürünlerdir. Bu son hal de, günümüzde, yaratıcı fikir⁴⁹ veya fikrî yaratma⁵⁰ şeklinde ifade edilmektedir.

Bir fikrî ürünün, toplumun bilgi havuzuna daha önce var olmayan, bilinmeyen bir şeyler katan, toplumu geliştiren niteliklere sahip bulunması, bu fikrî ürünün öngörücü bir fikrî çabanın sonucu olmasını zorunlu kılar⁵¹. Bu nedenle öngörücü bir çabanın sonucu olmaktan ziyade mihanikî bir melemenin ürünü olan yahut önemsiz fikrî çabalar sonucunda oluşan fikrî ürünler korunmaz⁵². Kişinin, sadece başkalarının ifade ettikleri ve kendisinin öğrendiği fikirleri benimseyerek kendine göre ifade etmesi ve bu sırada emek harcamış olması, koruma için yeterli değildir⁵³.

Gelişim yani daha önce bilinmeyen, ayrı bir esas ile topluma katkı sağlanması, yani öngörücü bir fikrî çabanın ürünü olması iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, daha önce hiçbir şekilde öngörülmemiş bir fikrî ürün ortaya konulması; ikincisi ise ortaya konulan fikrî ürünün, daha önce mevcut olan fikrî ürünlerden, topluma - tekel hakkı tanınmasını hakkaniyete uygun gösterecek düzeyde - fayda sağlayan farkları bulunan⁵⁴ bir ürün olmasıdır. Aksi takdirde, ortaya konulan fikrî ürün daha önceki bir fikrî ürünün kopyası, taklidi, benzeri olacaktır. Bu, her şeyden önce toplumsal bir gelişme

⁴⁹ HİRŞ, s. Fikrî Say II, s. 12; BLUM / PEDRAZZINI, s. 74 - 75 (ORTAN, İşçi, s. 43'ten naklen) Aynı yönde ŞENOCAK / HANEDAN, s. 285; COLSTON / MIDDLETON, s. 1.

⁵⁰ Naci KINACIOĞLU, " Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği ", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998, s. 212; Avrupa Database Dir. m. 3 (1); Avrupa Software Dir. m. 1 (3).

⁵¹ Aynı yönde BLUM / PEDRAZZINI, s. 74 - 75 (ORTAN, İşçi, s. 43'ten naklen).

⁵² Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say II, s. 13; BENTLY / SHERMAN, s. 89.

⁵³ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 89.

⁵⁴ Kastedilen fark, ürünün kalitesi, fiyatı vb. konu dışı farklar değildir. Taklit olan ürün dahi, orijinalinden kalite vb. yönlerden farklı olabilir. Aynı yönde AYİTER, İhtira, s. 51; COLSTON / MIDDLETON, s. 1, 2; ERDEM, s. 56 .

içermediği ve topluma bir katkı sağlamadığı gibi, hakkaniyete de aykırılık teşkil edecektir. Hak etmemiş kişiye, çok ciddi kazanımlar sağlayan bir hakkın bahşedilmesi; önceki fikrî ürün sahibinin teşvikinin engellenmesi; toplumun da karşılığını almadığı bir bedel ödemesi söz konusu olacaktır. İkinci olarak da, fikrî mülkiyetin varoluş sebebi olan gelişim sağlanmasını engelleyecektir. İnsanların daha zor olan yeni bir fikrî ürün ortaya koyma, onu tasarlama, belki yıllarca sürececek bir araştırma, geliştirme çaba ve maliyetine katlanma yerine; daha kolay olan mevcudu taklit yahut hazır bir fikrî ürünü çalma, gasbetme yönüne gitme ihtimali daha yüksektir ve bu fiiller bir gelişimi ortaya çıkarmayacaktır. Bu fiilleri ika eden kişiler her zaman yeni fikrî ürün geliştiren bir kişiye muhtaç olacak, böyle bir kişi bulunmadığı sürece de bir fikrî ürün ortaya koyamayacak, yani gelişim sağlayamayacaklardır. Unutulmamalıdır ki, her taklit bir asıla muhtaçtır. Ayrıca, önceki fikrî ürün sahibinin teşvikinin engellenmesi, bu kişilerin çabalarını ve gelişim sağlayan fikrî ürün ortaya koymalarını olumsuz etkileyeceğinden, topluma bunların sağladığı ürünler de azalacaktır. Toplumun yeni gelişmelerde faydalanacağı ürün sayısının toplamda azalması, toplumun gelişmesini de engelleyecektir.

Daha önce hiç öngörülmemiş yahut öngörölmüş fikrî ürünlerden farklı bir ürün ortaya konulması, yani öngörücü fikir olması, bir yandan o fikrî ürünün yeni olması, öte yandan gelişme sağlayan bir fikrî ürün olması anlamlarına gelmektedir. Bu farklılık, nicelik itibarıyla yeniliği, nitelik itibarıyla de gelişme sağlamayı ortaya koymaktadır⁵⁵.

Öngörücü çabanın sonucu olan bir fikrin, arka planda kalan ancak diğer vasıflardan önemsiz olmayan bir özelliği ise sahibine has olmasıdır. Kişilerin düşünce faaliyetlerinin, aynı sonuca ulaşabilme ihtimali var ise de, kişinin düşünme tarzı, düşünme zamanı, zekâsı, eğitim seviyesi, hissiyatı, kavrayabilme ve ilişkilendirebilme yeteneği, sezgileri vb. etkenler nedeniyle

⁵⁵ Aynı yönde BENTLY/ SHERMAN, s. 443; CORNISH / LLEWELYN, s. 176; MUSKER, s. 28; IPH, s. 20; ÖZTÜRK, s. 149.

fikrî ürünlerde farklılıklar olması kaçınılmazdır⁵⁶. Aynı anda, aynı şeyi, aynı tarzda ve aynı düşünce sürecinde iki kişinin düşünebilmesi ihtimali yok denecek kadar düşüktür. Bu nedenle, her kişinin düşünce faaliyetinin ve bu faaliyet sonucunda ortaya çıkan fikrî ürünün, o kişiye has özellikler içermesi doğası gereğidir. Yani, bu fikrî ürün, öngörücü bir fikrî çabanın sonucu olmasının yanı sıra - oluşma sürecinin zımnen barındırması nedeniyle - sahibinin hususiyetini, kişisel özelliğini (individual character) taşıyan, bir başka deyişle orijinal bir ürün olmak zorundadır⁵⁷. *Hirş ve Blum / Pedrazzini*, bunu “ yaratıcı fikir olma ” şeklinde ifade etmektedirler⁵⁸ ve sonuç açısından bakmaktadırlar. Yaratıcı fikir olma, o kişinin kendine has yetenekleri (pratik zeka, sezgi, ilham vb.) ile oluşturulduğu için orijinallik niteliğini de zorunlu olarak barındırmaktadır. Troller ise, daha ziyade sebep açısından kabul edilecek bir yaklaşımla, fikrî ürünü meydana getiren kişinin sezgisel bir yaklaşımla sonuca vardığı görüşündedir ki⁵⁹, sezgisel yaklaşım o kişinin kendine has yeteneklerini katması yani orijinallik⁶⁰, varılan ve yaratıcı kabul edilen sonuç ise gelişim sağlama özelliğini ortaya koymaktadır. Müelliflerin, aynı durumu tespit ettikleri, aralarındaki farkın sebep veya sonuç açısından bakmalarından kaynaklandığı görülmektedir. Ancak, bu görüşlerdeki ortak nokta, kişinin bu şekildeki fikrînin hem orijinallik, hem de gelişim sağlama özelliği taşıdığıdır ki, bu iki özellik ödüllendirilmesi gereken her fikrî üründe, mutlaka aranması gereken iki özellik olarak karşımıza çıkmaktadır.

c. Topluma Sunulma

Fikrî mülkiyet hakkının, toplumu geliştirme karşılığında veriliyor olmasının zorunlu bir gereği olarak, fikrî ürünün topluma sunulması; bunun için de zorunlu olarak fikrî ürünün topluma sunulabilir nitelikte olması

⁵⁶ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12.

⁵⁷ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 116; AYİTER, İhtira, s. 31 dn. 6; BENTLY / SHERMAN, s. 2.

⁵⁸ HİRŞ, s. Fikrî Say II, s. 12; BLUM / PEDRAZZINI, s. 74 - 75 (ORTAN, İşçi, s. 43’ten naklen).

⁵⁹ TROLLER, s. 146, 147 (ORTAN, İşçi, s. 44’ten naklen).

⁶⁰ BENTLY / SHERMAN, s. 88.

gerekir⁶¹. Bazı müelliflere göre, fikrî ürün, maddi bir cisim olarak ortaya konulsa da, bu cisimden bağımsız olarak tekrar edilebilir niteliktedir⁶². Bu kabul, buluş vb. açısından doğru olmakla birlikte, tüm fikrî ürünler yönünden geçerli bir kabul değildir. Örneğin, bir ressam tarafından ortaya konulan tablo tektir. Her ne kadar baskı yahut yeniden yapma ile çoğaltılabilir ise de ilk yapılmış (orijinal⁶³) hali tektir. Bu tabloda toplumun yararlanması, cisim olarak tekrarlamakla değil sergileme, tekrar gösterme vb. suretiyle gerçekleşmektedir. Bu nedenle, bu niteliğin, aynı anlamı ifade etmekle birlikte, tüm fikrî ürünleri kapsar tarzda, toplumdaki herkesin faydalanmasına sunulabilir nitelikte olma şeklinde ifade edilmesi daha uygun olacaktır. Bu nitelik, özellikle ıslahçı haklarında, çeşidin yeknesaklık ve durulmuşluk olarak iki koruma şartı şeklinde aranması nedeniyle daha da ön plana çıkmaktadır.

Yine, hakların amacının, fikrî ürünün - belli bir süre bir bedel ödemek suretiyle olsa da - toplumun kullanımına sunulması suretiyle toplumun geliştirilmesi olması nedeniyle, hak, fikrî ürünün uygulamaya konulabilecek tarzda topluma sunulmuş olması halinde tanınmaktadır⁶⁴. Her ne kadar, bazı mevzuatlarda fikrî ürünün meydana getirilme anının korumanın başlangıç anı olarak kabul edilmesine rastlanılsa da⁶⁵, fikrî mülkiyet hukukunda fikrî ürünün korunmaya başlanacağı an topluma sunulma anıdır⁶⁶.

Korumanın, topluma sunulma anında başlamasının iki farklı yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, fikrî ürünün topluma sunulması ile genel hükümlere dayalı korumanın başlaması ve tescile yönelik talep haklarının güvence altına alınmasıdır. Fikrî ürün sahibi, tescil edilmemiş olsa bile, fikrî

⁶¹ Aynı yönde BLUM / PEDRAZZINI, s. 74 - 75 (ORTAN, İşçi, s.43'ten naklen); TROLLER, s. 146, 147 (ORTAN, İşçi, s.44'ten naklen).

⁶² HİRŞ, Fikrî Say I, s. 14 ve 118; BLUM / PEDRAZZINI, s. 74 - 75 (ORTAN, İşçi, s. 43'ten naklen); TROLLER, s. 146, 147 (ORTAN, İşçi, s. 44'ten naklen).

⁶³ Orijinal kelimesi, burada, sözlük anlamlarından biri olan, " ilk, asıl " anlamıyla kullanılmıştır.

⁶⁴ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 6; AYİTER, İhtira, s. 31 (Müellif, bunu bir netice halinde somutlaşmış fikir şeklinde ifade etmektedir.); KINACIOĞLU, Esaslar, s. 549; ÖZTAN, s. 89; EREL, s. 87; ŞENOCAK / HANEDAN, s. 287; TRIPS Anlaşması m. 9 / 2; Bern Sözleşmesi m. 2.

⁶⁵ Örneğin, Washington Anlaşması m. 3 / 2 hükmü.

⁶⁶ Halil ARSLANLI, Fikrî Hukuk Dersleri II, İstanbul,1954, s. 1.

ürününe yönelik tecavüzleri, genel hükümlere göre menedebilmekte, tescil isteme hakkının gasbına yönelik hukuki taleplerde bulunabilmektedir⁶⁷. İkinci yön ise, - tescil vb. yerine getirilmesi suretiyle - hak türü ile ilgili özel düzenlemenin sağladığı korumadan yararlanılmasına olanak vermesidir.

Bu hususla ilgili olarak vurgulanması gereken bir diğer nokta da, özellikle tescile tabi haklarda, koruma için yapılan başvurunun da, bir topluma sunma şekli olmasıdır. Bir fikrî ürünün, başvuru tarihinden önce topluma sunulması zorunlu olmayıp, bu sunma başvuru ile de gerçekleşebilir.

III. Teşvik Edicilik

Fikrî mülkiyet haklarının varoluş sebebi olan toplumu geliştirme, toplumun bu fikrî ürünü mümkün olduğunca uzun süre serbestçe kullanabilmesini gerektirir. Aksi takdirde, var olan ancak kullanılamayan bir fikir söz konusu olacak, bu da doğal olarak toplumun gelişmesine bir katkı sağlamayacaktır. Fikrî ürün sahibine bir bedel ödenerek kullanılma ihtimali var ise de, bu bedeli toplumdaki herkesin, üstelik daima ödeme imkânına sahip olamayacağı dikkate alındığında, toplumun gelişme yolunda bu fikirden yeterince faydalanamayacağı ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık, toplumun bu fikrî ürünü varoluşundan itibaren tüm yararlanma şekilleri açısından serbestçe kullanımının sağlanması da, - topluma hibe niyeti taşıyanlar hariç - fikrî ürün sahiplerinin toplumu geliştirici fikir üretme düşüncesini zayıflatacak veya ortadan kaldıracaktır. Her iki durum da toplumun, geliştirici fikirlerden mahrum kalması sonucunu doğuracaktır. Bu gerçeklikler, fikrî ürün sahibini teşvik etmeyi sağlayacak ancak toplumun serbest kullanım hakkına azami süre sahip olacağı bir denge noktasının bulunmasını zorunlu kılmaktadır⁶⁸.

⁶⁷ Aynı yönde PatKHK m. 12 ve 13; MarKHK. m. 8 ve 42 / I - b; EndTasKHK. m. 19; CoğışKHK. m. 11; EntDevKan. m. 7, 19 / 2 ve 25; TTK m. 57; TEKİNALP, s. 14.

⁶⁸ Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7.

a - Sınırlı Süreli Koruma

Günümüz fikrî mülkiyet hukukunda, bu denge noktası, hak sahibinin çabasına karşılık, süreyle sınırlandırılmış bir tekel hakkıyla serbest kullanımı engellemek şeklinde oluşturulmuştur. Teşvik edicilik için, hak sahibini yeni fikirler geliştirmeye yöneltecek ancak yeni fikrî ürün ortaya koyma iradesini ortadan kaldırmayacak sınırın geçilmemesi gerektiğinden, hakkın süreyle sınırlandırılması yönüne gidilmiştir. Bu kabulde, hakkın belirli bir süre hak sahibine kazanım sağlaması gerekir. Aksi takdirde, - belirli bir süreden sonra dahi - toplumun bu fikrî ürünleri ancak bir bedel ödeyerek kullanabilmesi, toplumun fikrî üründen yeterince faydalanmasına engel oluşturacak ve fikrî mülkiyet haklarının varoluş sebebinin ve amacının gerçekleşmesine engel teşkil edecektir⁶⁹. Bu nedenle, koruma süresi sona eren fikrî ürün, sona erme sebebinin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren, toplumun malı sayılır ve herkesin kullanımına açık hale gelir⁷⁰. Aynı şekilde, - elde edilen kazanımlar çoğu zaman tatmin edici olduğu için - bu kişilerin yeni bir fikrî ürün ortaya koyma iradeleri ortadan kalkabilecek, mevcut tekel hakkının meyvelerini toplamaya çalışmak, bu kişiyi yeni fikirler geliştirmekten alıkoyabilecektir.

Bu niteliğin bir diğer görünümü de, doğa kaynaklı veya yasal bir mecburiyet nedeniyle toplumun serbest kullanımına açılmayacak olan fikrî ürünlerin, fikrî mülkiyet hakkına konu edilemez olmalarıdır. Koruma süresi içinde toplumun ciddi bir bedel ödemesine neden olan tekel niteliğindeki bu haklar, sınırlı sürenin sonunda bile olsa, serbest kullanımına açılarak, topluma fayda sağlaması karşılığında tanınmaktadır⁷¹. Oysa, aşağıdaki⁷² açıklamalarımız karşısında, ticaret unvanı ve menşe işaretlerinde olduğu gibi, fikrî ürünlerin, doğa kaynaklı veya yasal bir mecburiyet nedeniyle, sahibinden hiçbir zaman ayrılamayacağı, niteliği gereği toplumun serbest kullanımına

⁶⁹ Aynı yönde AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 136.

⁷⁰ Aynı yönde AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 136; TEKİNALP, s. 577; BAINBRIDGE, s. 347.

⁷¹ Aynı yönde SULUK / NAL (KARAHAHAN / SARAÇ), s. 31.

⁷² Bkz. s. 37 vd., 45 vd.

açılmayacağı⁷³ hallerde, fikrî ürün olmaktan kaynaklanan tekel hakkı, karşılıksız sağlanmış olacak ve hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir.

b - Tekel Hakkı

Günümüz fikrî mülkiyet hukukunda, toplumun serbest kullanımına ayrılan sürenin arttırılması, fikrî ürün sahibinin teşvikine ayrılan sürenin kısaltılması anlamına geldiğinden, denge, fikrî ürün sahibine tanınan hakkın etkin bir hak olması zorunluluğunu doğurmaktadır. Bu zorunluluğun sonucu olarak, bu haklar, sahibine, inhisarî yetkiler sağlayan haklar olarak kabul edilmiştir. Fikrî ürün sahibi, ürünü üzerinde, ilgili mevzuatın cevaz verdiği her türlü tasarrufta bulunma (MarKHK. m. 15; EndTasKHK. m. 39 vd.; EntDevKan. m. 17)⁷⁴, ürününden diğer kişilerin yararlanmasına izin verme (MarKHK. m. 20; EndTasKHK. m. 41; EntDevKan. m. 18) ve izni olmaksızın başkalarının yararlanmalarına engel olma (MarKHK. m. 62; EndTasKHK. m. 49; EntDevKan. m. 26) yetkilerini haizdir. Üçüncü kişiler, hak sahibinin izni olmadan, fikrî ürün konusunu üretemezler, satamazlar, kullanamazlar veya kişisel ihtiyaçtan başka bir nedenle elde bulunduramazlar (PatKHK m. 73; MarKHK. m. 61; EndTasKHK. m. 17; EntDevKan. m. 11). Bu yetkilerin, genellikle maddi yönü ön plana çıkmakta ve fikrî ürün sahibine ciddi boyutta ekonomik kazançlar sağlayabilmektedir.

⁷³ Aynı yönde AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 136 vd.; ARKAN, İşletme, s. 258; Oğuz Kürşat ÜNAL, Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara, 2005, s. 332; HELVACI (ÜLGİN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 323; KARAHAN, İşletme, s. 133; ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 120.

⁷⁴ Cevaz verilen tasarruflar kapsamında üzerinde özellikle durulması gereken husus, hak sahibinin bu tekel hakkının fahiş fiyatla satış imkânı verip vermeyeceğidir. Tekel hakkının, başka kişilerin haksız yararlanmasını engelleme amacıyla verilmesi, fahiş fiyatla satışın cevaz verilmemesi gereken bir hukuka aykırılık olduğu kabulü ve hepsinden önemlisi, bunun, toplumun büyük bir kesimini, fikrî ürünü bedelini ödeyerek de olsa kullanmaktan mahrum bırakıcı etkisi nedeniyle bu hakların amaçlarına aykırılığı karşısında, kanaatimizce, bu imkân tekel hakkının kapsamına giremez. Fahiş fiyatla satışın hukuka aykırılığı hususunda bkz. İ. Yılmaz ARSLAN, Rekabet Hukuku, 4.b., Bursa, 2007, s. 507 vd.

c - Topluma Yapılan Katkı Karşılığı Olma

Fikrî mülkiyet hakkına konu fikrî ürün, sahibinin hiçbir mecburiyeti yokken, topluma gelişim sağlayacak bir fikrî çabayı ortaya koymayı tercih etmesi sonucunda oluşmakta⁷⁵; toplum da kendisine sağlanan bu faydanın karşılığını, tekel niteliği taşıyan bu haklar yoluyla, ciddi bir bedel şeklinde ödemektedir. Bu karşılık da, sadece, topluma katkı sağlamış kişinin mağdur edilmemesi, tercihinin doğru olduğunu göstermek ve daha sonra da aynı tercihi yapmakta teşviki için verilmektedir. Oysa, doğa kaynaklı veya yasal bir mecburiyet nedeniyle ortaya konulan fikrî ürünlerde, topluma gelişim sağlayacak bir fikrî çabayı ortaya koymayı tercih etme saiki olmadığı gibi, kişi, çabasının karşılığını bir yükümlülüğünü ifa etme, bir yükümlülükten ve onu yerine getirmeme durumunda oluşacak yaptırım vb. den kurtulma biçiminde almakta, fikrî mülkiyet hakkı mükerrer bir ödüllendirme haline gelmektedir. Örneğin, ticaret unvanında tacirin topluma⁷⁶ karşı hukuk güvenliği amaçlı yasal bir yükümlülüğünü yerine getirmesi söz konusudur. Yine, menşe işaretlerinde olduğu gibi, doğal bir özelliğin kullanımı sonucunda hukuk güvenliği amaçlı bir mecburiyetin bulunduğu hallerde, fikrî ürün olmaktan kaynaklanan tekel hakkı, karşılıksız sağlanmış olmaktadır.

d - Toplumun Tercihini Etkileme

Fikrî mülkiyet haklarının tanınmasındaki amaçlardan birinin, hak sahibini teşvik etmek olması karşısında, - teşvikin niteliği gereği - hak sahibinin o fikrî ürün sayesinde maddi yahut manevi kazanımlar elde etmesi gereklidir. Maddi yahut manevi kazanımlar ise, kural olarak o fikrî ürünün tercih edilmesiyle mümkün olabilecektir. O ürünün tercihi ise, ancak

⁷⁵ Aynı yönde SULUK / NAL (KARAHAHAN / SARAÇ), s. 31.

⁷⁶ Kanaatimizce, benzeri bir durum da hizmet buluşlarında vardır. Ancak, işçinin yükümlülüğü topluma karşı değil işverenine karşıdır. PatKHK. m. 17 vd. da yer alan, hizmet buluşu / serbest buluş ayrımı, hizmet buluşlarındaki tam hak talebi / kısmi hak talebi ayrımı ve tam hak talebi halinde işçiye ödenecek bedelin belirlenmesinde önem taşıyan “ görev ” sınırı da fikrî çabanın ihtiyarilik özelliğini ortaya koymakta; işçi bazı hallerde yükümlülüğünü yerine getirmiş olması nedeniyle patent hakkına sahip olamamakta; topluma katkı sağlayan kişi pozisyonuna işveren geçmektedir.

diğerlerinden farkının - ki bu o ürünle sağlanan gelişimdir - nitelikli olması sayesinde söz konusu olabilecektir. Her ne kadar bir ürünün tercihini etkileyen fiyat vb. başka etkenler var ise de, bunların fikrî mülkiyet hakkı tanınmasıyla yahut bu haktan kaynaklanan teşvikle ilgisi bulunmamaktadır.

Bu özellik, fikrî ürünlerde bir koruma şartı olarak kabul edilmemiştir (örneğin, Bern Anl. m. 5 / 2 hükmünde, eserin güzel olma şartının aranmaması gibi)⁷⁷. Özelliğin, fikrî mülkiyet haklarının hedeflediği teşvikten öte, bizzat fikrî ürünün kendi albenisiyle ilgili olup, hakkın tesisi ve koruma sağlanmasından sonraki devreye ilişkin bulunmasından ötürü, bu kabul de yerindedir. Ancak, fikrî mülkiyet koruması sağlanmasının bir koşulu olmamakla birlikte, o ürünün tercihini sağlayabilecek nitelikli bir fark veya farklılıklara sahip olması, özellikle yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme özelliklerine yönelik inceleme de, dikkate alınabilecek bir olgudur.

e- Topluma Sunma Anında Başlama

Toplumun faydalanma imkânına kavuşması ve dolayısıyla bu faydanın karşılığını ödeme borcu yani fikrî ürün sahibinin teşviki, fikrî ürünün topluma sunulması anında başlamaktadır. Fikrî ürün sahibinin haklarını korumaya özen gösterip göstermemesi, beklediği verimi alıp alamaması gibi hususlar bu gerçeği değiştirmemektedir. Günümüz fikrî mülkiyet hukukunda, fikrî ürün sahibinin tespiti ile ona sağlanan hakların teşvik niteliğinden çıkmaması ve topluma ayrılan serbest kullanım süresinin kısalması için, bu haklarda topluma sunma tarihi, koruma sağlanıp sağlanmamasında özel bir önem taşımaktadır. Fikrî ürün sahibine, koruma talebinde bulunup bulunmamayı değerlendirmesi için verilen yeniliği kaldırmayan açıklama süresi, bu nedenle sınırlandırılmaktadır⁷⁸.

⁷⁷ Aynı yönde ÖZTAN, s. 101.

⁷⁸ Bkz. s. 113 vd.

B. MEVCUT HAK TÜRLERİNİN FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ TEMEL NİTELİKLERİNE UYGUNLUĞU

Yenilik ve orijinallik gibi temel niteliklerinin varlığını tespitiye yönelik kavramların, koruma talep edilen bir ürüne uygulanma kabiliyeti için, bu ürünün ait olduğu türün, temel niteliklere uygun olması bir ön şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Türün bu niteliklere uygun olmaması halinde, niteliklere yönelik kavramların da türe ve kapsamındaki ürüne uygulanamaması, uyumsuzluğu kaçınılmaz olacaktır. Örneğin, sesleri kayda alan fonogram yapımcılarının haklarındaki gibi, türün vasıflarının fikrî ürün olmayı yahut gelişme göstermeyi gerektirmediği⁷⁹ hallerde, temel niteliklere uygunluğu ortaya koyan yenilik gibi kavramların da tür kapsamındaki ürünlerde aranma ihtiyacı hissedilmeyecektir. Bu hakkın bir türü olduğu iddia edilen türün, temel nitelikleri taşıması şarttır. Türün koruduğu yönün, kendine has bazı özellikleri olması, onu bu temel niteliklerden vareste kılmaz. Bir elmanın türü olabilmek için nasıl elmanın asli niteliklerini taşımak gerekiyor ve bir armut bu nitelikleri taşımadığı için ne olursa olsun elma olarak nitelendirilemiyorsa, fikrî mülkiyet haklarının temel niteliklerini taşımayan bir hakkında, bu hakların bir türü olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Bu bağlamda, bazı hak türlerinin, açıkça fikrî mülkiyet haklarının temel nitelikleriyle bağdaşmamasına, Trips Anlaşması hükümlerine aykırılık oluşturmalarına rağmen, tür olarak kabulü kanaatimizce uygun değildir. Bu türler, fikrî mülkiyet haklarının genel yapısını bozmakta, bir hak olmasına rağmen mevcut kabuller nedeniyle hukuka aykırılık teşkil etmekte, meşru ticareti kısıtlamakta, bu hukuktaki belli bir standardizasyonun sağlanmasına da engel olmaktadır.

Bu türlerin Paris ve Bern Sözleşmelerinden beri fikrî mülkiyet haklarının kapsamında kabul edilmesi de açık aykırılığı ortadan kaldırmamakta, bu sözleşmelerin olduğu tarihteki hukuki ortamın dikkate

⁷⁹ Karş. ÖZTAN, s. 706 vd.

alınmasını gerektirmektedir. Kanaatimizce, anılan tarihlerde başka bir hukuki mekanizma ile korunamayan hakların, bazı bağlantıları nedeniyle fikrî mülkiyet haklarını düzenleyen bu sözleşmelere alınması söz konusudur. Örneğin, Paris Sözleşmesi'nin imzalandığı tarihte, ilk akdeden devletlerden Hollanda dışında, bir haksız rekabet mevzuatı olan yoktur. Sözleşmeyi 1884 yılında ilk akdeden devletlerden İsviçre dahi, haksız rekabeti, özel bir kanunla ancak 1943 yılında düzenlemiştir⁸⁰. Ticaret unvanı gibi ticari ad haklarına ise, ilk kez 1896 tarihli Alman Medeni Kanunu (BGB)'nun 12. maddesindeki ad hakkını düzenleyen hükümde rastlanmaktadır. Oysa ki, bu hakların sözleşmede tür olarak sayılmasını sağlayan bağlantılar, onlara fikrî mülkiyet haklarının temel niteliklerini kazandıran hususlar değildir. Ayrıca, bu türleri korumaya uygun hukuki kurumlar günümüzde mevcuttur ve bu türlerin niteliklerine de uygundur. Bu sözleşmelerin bir diğer önemli özelliği ise, fikrî mülkiyet haklarının, temel niteliklerinin ve amacının ne olduğuna dair hiçbir düzenleme olmaksızın, sadece tür olarak bazı hakların sayılmış olmasıdır. Paris Sözleşmesi'nde, bu hakların ne gibi ortak vasıflara sahip olmaları nedeniyle “ sınai haklar ” başlığı altında birleştirildiği anlaşılamamaktadır. Oysa, Trips Anlaşması'nın 7. maddesinde fikrî mülkiyet haklarının amaçları düzenlenmekte, her ne kadar temel nitelikler belirtilmese de, bu amaçlardan temel nitelikler çıkarılabilmektedir. Bu nedenle, türlerin taşınması gereken temel niteliklerin tespitinde Trips Anlaşması'nın 7. maddesinin dikkate alınması gerekmektedir.

Kanaatimizce, bu nitelikleri taşımayan ve bazı hatalı yaklaşımların ıslahı suretiyle bile taşır hale gelemeyecek türler, fikrî mülkiyet hakkı kapsamından çıkarılmalı⁸¹; bu ürünler oluşturulurken harcanan zaman ve emek, ticari ad ve işaret hakkı, haksız rekabet, manevi hak vb. hukuki niteliklerine uygun başka bir şekilde korunmalıdır.

⁸⁰ AYHAN, Rekabet, s. 8.

⁸¹ Aynı yönde ŞENOCAK / HANEDAN, s. 285.

I. Fikir ve Sanat Eserleri

Eser hakları, bir düşünce faaliyetinin sonucunda ortaya konulmaları nedeniyle fikrî ürün olma niteliğine sahip bulunmaktadır. Da Vinci'nin Mona Lisa tablosunda olduğu gibi, daha önce benzeri dahi öngörülmeleyen bir fikrî ürünü toplumun bilgi havuzuna kazandırmaya, toplumun bunları yeni gelişimlerde kullanma suretiyle faydalanmasına uygun oldukları için toplumu geliştirme vasfına da sahiptirler. Eserler, topluma sağlanan bir katkı karşılığında hak elde edilmesine, hak sahibinin teşvik edici tarzda korunmasına ve toplumun serbest kullanımına açılabilmeğe uygun olmaları nedeniyle hakların teşvik niteliğine de uygundurlar.

II. Bağlı Haklar

Bağlı hakların - icracı sanatçıların fikir vb. katkısı sayesinde fikrî ürünün ortaya çıkması hali dışında- bir fikrî ürüne ilişkin olmaları söz konusu değildir⁸². Toplumu geliştirme vasfına sahip bir fikrî ürün de bulunmamaktadır⁸³. Bu vasıflara sahip bir faydayı topluma sağlamış olmamaları nedeniyle, karşılık olarak teşvik edilmeleri niteliği de bulunmamaktadır. Bağlı hak sahiplerinin “ meydana getirilmiş ” bir fikrî ürünü topluma ulaştırma da oynadığı rolü⁸⁴ yerine getiren kişiler bütün türlerde bulunmaktadır. Ancak, bunların hiçbirisi farklı bir hak tesis edilerek korunmamaktadır. Niteliği itibariyle, bu haklara en yakın bulunan işçi buluşlarında dahi, iki farklı hak tesis edilmemekte; sadece tesis edilen tek bir patent hakkının işçiye mi, işverene mi yoksa her ikisine ortak şekilde mi ait olacağı belirlenmektedir. İstisnai hallerde, icracı sanatçıların katkısı sayesinde fikrî ürünün ortaya çıkması durumunda da (örneğin, bir müzik eserinde olduğu gibi), bir eser hakkının birlikte sahipliği söz konusu olacağından ayrı bir bağlı hak ihdasını gerektiren durum bulunmamaktadır.

⁸² Karş. TEKİNALP, s. 253; ÖZTAN, s. 706 vd.

⁸³ Karş. TEKİNALP, s. 253; ÖZTAN, s. 706 vd.

⁸⁴ Karş. TEKİNALP, s. 253; ÖZTAN, s. 706 vd.

Yine, oluşuma katkısı olmayıp, sadece oluşturulmuş bir eseri icra eden sanatçıların kendi icralarından dolayı eserin elde ettiği bir başarı varsa, bu haklarının hukuki niteliklerine uygun başka bir şekilde örneğin, ortakçılık, yarıcılık vb. şeklinde korunması mümkündür.

III. Patent - Faydalı Model

Buluşlar, bir düşünce faaliyetinin sonucunda ortaya konulmaları nedeniyle fikrî ürün olma niteliğine sahip bulunmaktadır. Graham Bell'in telefonu örneğindeki gibi, toplumu geliştirme vasfına da sahiptirler. Faydalı modeller de yenilik kriteri aranmasına rağmen buluş basamağı kriterinin aranmayışı, buluşların toplumu geliştirme vasfına sahip olmadıklarından değil, aranması gereken gelişme gösterme düzeyiyle ilgili bir sorunu oluşturmaktadır. Buluşlar, hakların teşvik niteliğine de uygundur.

IV. Endüstriyel Tasarım

Tasarımlar, bir düşünce faaliyetinin ürünü olmaları nedeniyle fikrî ürün olma niteliğine sahip bulunmaktadır. Kaplumbağa modeli araba tasarımında olduğu gibi, toplumu geliştirme vasfına da sahiptirler. Tasarımlar da, süre yönünden sınırlı bir koruma olması nedeniyle, hakların teşvik niteliğine uygundur.

V. Entegre Devre Topoğrafyaları

Topoğrafyalar, bir düşünce faaliyetinin sonucunda ortaya konulmaları nedeniyle fikrî ürün olma niteliğine sahip bulunmaktadır. İlgili alanda daha önce öngörülmemeyen bir fikrî ürünü toplumun bilgi havuzuna kazandırıp, yeni ürünler geliştirilmesine basamak teşkil edebildiği için toplumu geliştirme vasfına da sahiptirler. Topoğrafyalar, sınırlı süreden sonra toplumun serbest kullanımına açılmaya uygun olmaları nedeniyle, hakların teşvik niteliğine de uygundur.

VI. Islahçı Hakları

Yeni bitki çeşitleri, zihinsel faaliyetin daha yoğun olduğu bir çalışmanın ürünü olmaları nedeniyle fikrî ürün olma niteliğine sahip bulunmaktadır. Mevcut haliyle daha önce öngörülmemiş bir fikrî ürünü, toplumun faydalanmasına sundukları için toplumu geliştirme vasfına da sahiptirler. Yeni bitki çeşitleri, koruma süresinin dolmasıyla toplumun serbest kullanımına açılmaları nedeniyle hakların teşvik niteliğine de uygundur.

VII. Ticaret Unvanı

Ticaret unvanları, içerdikleri kişi adları veya fantezi eklerin, bir düşünce faaliyetinin ürünü olması nedeniyle, fikrî ürün olma niteliğine sahiptirler⁸⁵.

Buna karşılık, daha önce öngörülmemiş bir fikrî ürünün, toplumun bilgi havuzuna kazandırılması, toplumun gelişmesine katkı sağlaması imkânı bulunmadığı için toplumu geliştirme vasfına sahip bulunmamaktadırlar. Bir fikrî ürünün toplumun bilgi havuzuna katılması değil, sahibinin malvarlığına ciddi faydalar sağlayan bir değer katılması söz konusudur. Saiki de toplumun geliştirilmesi değil, hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır⁸⁶. Hukuk güvenliğinin ve bunun devamlılığının sağlanabilmesi için de zorunlu olarak ilânihaye sahibine bağlı kalmak zorundadır. Bu ise, fikrî ürünün hiçbir zaman işaret ettiği kişiden başka bir kişi tarafından kullanılamayacağı, sahibinden ayrılamayacağı yani serbest kullanıma açılmayacağı anlamına gelir. Hukuk güvenliği yönünden diğer ayırt edici işaretlerden farklı olarak, ticaret unvanı kullanımı zorunludur.

Yine, hukuk güvenliği açısından sahibine ilânihaye bağlı kalmak zorunda olması, topluma sağlanan bir katkının karşılığı olmaması ve koruma süresinin sınırlandırılmaması nedeniyle hakların teşvik niteliğine de uygun

⁸⁵ Karşı görüş için bkz. TEKİNALP, s. 20.

⁸⁶ Aynı yönde EDİS, s. 10.

değildir. Unvan sahibine tanınan tekel hakkının, tüm yararlanma şekilleri açısından ilânihaye olması, fikrî mülkiyete değil maddi mülkiyete ilişkin bir özelliktir⁸⁷.

Tacirler, faaliyetlerinde sürekli olarak bir ticaret unvanı kullanmak zorundadırlar⁸⁸. Bu nedenle, ticaret unvanlarının ortaya konuluşu, diğer fikrî ürünlerden farklı olarak, toplumun gelişmesine katkı sağlama saiki taşımayıp, genel hükümlerdeki bir yükümlülüğü yerine getirme saikinin sonucudur. Bu kişiler, yükümlülüğü yerine getirme saikinin karşılığını da, yine genel hükümlerdeki bir tekel hakkıyla almakta; ayrıca yükümlülüğünü ifa etme ve onu yerine getirmeme durumunda oluşacak yaptırım vb. den kurtulmakta, fikrî mülkiyet hakkı ise mükerrer bir ödüllendirme haline gelmektedir. Bu yükümlülük kaynağını, tacirin, ticari işletmesinin varlık kazanmasından, sona ermesine kadar yapacağı hukuki işlemlerde kullanması gereken bir adının olması; sadece ayırdediciliği sağlamak için değil, hukuk güvenliği bağlamında hak ve sorumlulukların tacirin şahsında doğabilmesi gerekliliğinden⁸⁹ almaktadır. Bu sebeple, ticaret unvanının, diğer fikrî ürünlerden farklı olarak, tüm yararlanma şekilleri açısından, tacirin bu faaliyeti hukuken sona erinceye kadar sahibine bağımlı kalması zorunludur⁹⁰. Aynı durum, bir kişinin adı içinde geçerlidir ve benzeri bir koruma da Medenî Kanun ile sağlanmaktadır⁹¹. Bu yönüyle, ticaret unvanı, bir fikrî mülkiyet hakkından daha ziyade, genel hükümlerdeki adın korunması hükümlerine daha yakın olup, tek farkı adın tacire ait oluşudur⁹². Nitekim, ticari ad hakları bu fark baskın hale gelinceye kadar da, 1896 tarihli Alman Medeni Kanunu'nun 12. maddesinde ad hakkını düzenleyen hükümde olduğu gibi, ad hakkı olarak

⁸⁷ Aynı yönde SULUK / NAL (KARAHAN / SARAÇ), s. 4.

⁸⁸ Aynı yönde BİLGİŞİN, s. 183; HİRŞ, Fikri Say I, s. 10; ARSLANLI, Ticaret, s. 77; KARAYALÇIN, s. 389; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 142; ARKAN, İşletme, s. 258; MOROĞLU / KENDİGELEN, s. 48; DOĞANAY, s. 349; ÜNAL, s. 332; HELVACI (ÜLGEN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 323; KARAHAN, İşletme, s. 133; ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 120.

⁸⁹ Aynı yönde HİRŞ, Ticaret, s. 140.

⁹⁰ Aynı yönde EDGÜ, s. 106; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 142 vd.

⁹¹ Aynı yönde EDİS, s. 10; Hüseyin HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 94.

⁹² Aynı yönde HELVACI (ÜLGEN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 309.

kabul edilmiştir. Hukuk güvenliği ilkesinden doğan mecburiyet, bu hakların ilânihaye bir tekel hakkıyla korunmalarının temel gerekçesini oluşturmakla birlikte, tekel hakkının, kaynağını genel hükümler yerine fikrî mülkiyet hukukundan almasını gerektirmemektedir. Başlangıçta, yani ticaret unvanının oluşturulması sırasında bir fikrî çabanın bulunması ve bir tekel hakkıyla korunmalarının gerekmesi, ticaret unvanının fikrî mülkiyet hakkı olmasını gerektirmez. Aynı durumlar, bir çocuğa ad verilmesi sırasında da vardır ama bu, adın fikrî mülkiyet hakkı ile korunmasını gerektirmemektedir. Her tekel hakkının, fikrî mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmesi bir zorunluluk değildir.

Fikrî mülkiyet haklarının üç temel niteliğinden ikisini taşımayan, hukuk güvenliği nedeniyle bu niteliklerden ikisini taşıma şansı da bulunmayan ticaret unvanı hakkının, fikrî mülkiyet haklarının temel niteliklerini ortaya koyan tek düzenleme olan Trips Anlaşması m. 7 hükmü karşısında fikrî mülkiyet hakkı türü olarak kabulü mümkün değildir. Bu nedenden ötürü, ticaret unvanları, genel hükümler içerisinde düzenlenmiş ve diğer fikrî mülkiyet hakkı türlerinden farklı olarak özel bir mevzuata konu edilmemiştir.

VIII. Marka

Mevcut marka hukukunda, markanın, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini, bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan işaret olduğu, korunmaya değer bir ayırt etme vasfı bulunduğu⁹³ belirtilmekte, bunun doğal sonucu olarak da, teşebbüse ait bu vasfın başka kimselerin kullanımına açılmasının söz konusu olamayacağı ve marka hakkı korumasının ilânihaye olması⁹⁴ gerektiği kabul edilmektedir.

⁹³ Aynı yönde HİRŞ, Ticaret, s. 153; ARKAN, C. I, s. 2; KAYA (ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / NÖMER ERTAN), s. 364; Karş. TEKİNALP, s. 356.

⁹⁴ Aynı yönde BİLGİŞİN, s. 212; TEKİNALP, s. 375; Sabih ARKAN, Marka Hukuku, C. II, Ankara, 1998, s. 170; KAYA (ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / NÖMER ERTAN), s. 354, 356; Hamdi YASAMAN / Sıtkı Anlam ALTAY / Tolga AYOĞLU / Fülürya YUSUFOĞLU / Sinan YÜKSEL, Marka Hukuku, C. II, İSTANBUL, 2004, s. 840; SULUK / NAL (KARAHAN / SARAÇ), s. 4.

Bu işaretler de, bir düşünce faaliyetinin sonucunda ortaya konulmaları nedeniyle fikrî ürün olma niteliğine sahip bulunmaktadır⁹⁵.

Buna karşılık, bu marka yaklaşımı nedeniyle, daha önce varolmayan bir fikrî ürünün toplumun bilgi havuzuna kazandırılmasına, toplumun bunları yeni gelişmelerde kullanma suretiyle faydalanmasına uygun olmamakta, toplumu geliştirme vasfına sahip bulunmamaktadırlar. Bunun nedeni, yaklaşımdaki, korumanın ilânihaye olması ve markanın toplumun kullanımına açılmasının söz konusu olamayacağı kabulüdür. Markanın toplumu geliştirmekte kullanılmak için toplumun bilgi havuzuna katılması değil, teşebbüsün malvarlığına ciddi faydalar sağlayan bir değer katılması söz konusu olmaktadır. Bu yaklaşım, temel niteliklere aykırılık nedeniyle Trips Anlaşması m. 7 hükmü başta olmak üzere hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

Yine mevcut yaklaşım nedeniyle marka hakkı, topluma sağlanan bir katkının karşılığı olmaması ve koruma süresinin sınırlandırılmaması nedenleriyle hakların teşvik niteliğine de uygun değildir. Marka sahibine tanınan tekel hakkının ilânihaye olması, fikri mülkiyete değil maddi mülkiyete ilişkin bir özelliktir⁹⁶ ve teşvik edici olma yerine tatmin edici vasıftadır.

Mevcut yaklaşımdaki bir marka hakkı, toplumun serbest kullanımına açılmama yönüyle toplumu geliştirme amacına; hakkın ilânihaye olması gerektiği yönüyle de hak sahiplerini teşvik amacına yani Trips Anlaşması m. 7 hükmündeki fikrî mülkiyet haklarının amaçlarına aykırı olmaktadır. Bu durumda, fikrî mülkiyet haklarının üç temel niteliğinden ikisini taşımayan marka hakkının, bu hakların bir türü olarak kabulü mümkün olmayacaktır.

⁹⁵ TEKİNALP, s. 5.

⁹⁶ Aynı yönde SULUK / NAL (KARAHAHAN / SARAÇ), s. 4.

IX. işletme adı

Ticaret unvanı ve marka gibi işletmenin - başta itibara dayalı yararlar olmak üzere - hukuki yararlarını koruma altına almayı hedefleyen⁹⁷ işletme adının, işletmeyi gösterdiği ve ayırt ettiği kabul edilmekte⁹⁸; en azından sicil çevresinde işletmeye ait bu vasfın başka kimselerin kullanımına açılmasının söz konusu olamayacağı ve hakkın korunmasının ilânihaye olması gerektiği doğal sonuç ve uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşletme adı, bir düşünce faaliyetinin sonucunda ortaya konulması nedeniyle fikrî ürün olma niteliğine sahip bulunmaktadır⁹⁹.

Buna karşılık, daha önce öngörülmemiş bir fikrî ürünün, toplumun bilgi havuzuna kazandırılması, toplumun serbest kullanımına açılması söz konusu olmadığından, toplumu geliştirme vasfına sahip bulunmamaktadır. Her ne kadar daha önce öngörülmemiş bir fikrî ürün ortaya konulsa da, fikrî ürünün toplumun bilgi havuzuna katılması değil, sahibinin malvarlığına ciddi faydalar sağlayan bir değer katılması söz konusudur. Saiki de toplumun geliştirilmesi değil, işletmenin ayırt ediciliğinin sağlanmasıdır ki yukarıda açıklandığı üzere bu işlev marka veya ticaret unvanı hakkıyla zaten sağlanmaktadır. Dolayısıyla da, marka hakkındaki mevcut yaklaşım veya ticaret unvanındaki hukuk güvenliği kaynaklı mecburiyet nedeniyle, ilânihaye sahibine bağlı kalma, toplumun serbest kullanımına açılmama zorunda olduğu görüntüsüne kavuşmaktadır. Her ne kadar bir fikrî ürün olsa da, toplumun serbest kullanımına açılmama ve topluma katkı sağlama niteliklerinin bulunmamasının, Trips Anlaşması'nın 7. maddesinde belirtilen temel niteliklere; marka veya ticaret unvanı hakkıyla zaten sağlanmakta olan bir koruma için ek bir kısıtlama yapmasının da bu Anlaşma'nın 8 / II.

⁹⁷ Aynı yönde KARAYALÇIN, s. 398.

⁹⁸ HİRŞ, Ticaret, s. 150; ARSLANLI, Ticaret, s. 78; KARAYALÇIN, s. 397; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 166; DOĞANAY, s. 382.

⁹⁹ Karşı görüş için bkz. TEKİNALP, s. 20.

maddesindeki esasa aykırılığı nedeniyle, işletme adının, fikrî mülkiyet haklarının kapsamından çıkarılması zorunlu olmaktadır.

Yine, ilânihaye sahibine bağlı kalmak zorunda olması, topluma sağlanan bir katkının karşılığı olmaması ve koruma süresinin sınırlandırılmaması nedeniyle hakların teşvik niteliğine de uygun değildir. İşletme adı da, tanınan tekel hakkının sahibine ilânihaye olması nedeniyle, teşvik edici olma ve fikrî mülkiyet olma niteliklerinden çıkmaktadır¹⁰⁰.

Kanaatimizce, Trips Anlaşması'nın 7. ve 8 / II. maddelerinde belirtilen hükümlere aykırılıktan daha önce incelenmesi gereken husus, işletme adının, aynı korumayı günümüz marka hakkının zaten sağlaması nedeniyle, ayrı bir tür olarak korunmasının gerekmemesidir. Bunların ayrı bir hak türü olarak kabulüne dayanak olan ilk gerekçe, bu adın, işletmeyi (menşei¹⁰¹) gösterdiği ve ayırt ettiği kabulüdür ki¹⁰², bu işlev markanın işlevlerinden sadece biridir¹⁰³. Ayrıca bu işlevin, ticaret unvanındaki şube eki ve diğer eklerle¹⁰⁴, buna ilişkin korumadan faydalanması da zaten mümkündür¹⁰⁵. İşletmenin, varlık kazanmasından, sona ermesine kadar yapacağı hukuki işlemlerde kullanması gereken adı, zaten sahibinin adıdır, ad veya ticaret unvanı hükümleriyle (TTK. m. 43 vd.) zaten korunmaktadır. İtibarın

¹⁰⁰ Aynı yönde SULUK / NAL (KARAHAN / SARAÇ), s. 4.

¹⁰¹ HİRŞ, Ticaret, s. 142 [Müellifin, eserindeki "... işletmeyi gösteren adları ve ondan sonra ' işletmede ' imal edilen veya satışa çıkarılan malların menşei (yani işletmeyi- yn.) bildiren işaret ve alametleri gözden geçireceğiz" görüşünde, kanaatimizce, işletme adı ile markanın, aynı şeyi yani işletmeyi gösterdiği / bildirdiği gözden kaçmaktadır.].

¹⁰² HİRŞ, Ticaret, s. 150; ARSLANLI, Ticaret, s. 78; KARAYALÇIN, s. 397; DOĞANAY, s. 382.

¹⁰³ ARSLANLI, Ticaret, s. 79; KARAYALÇIN, s. 403; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 176; ARKAN, C. I, s. 38; TEKİNALP, s. 356; DOĞANAY, s. 407; BENTLY / SHERMAN, s. 694; BAINBRIDGE, s. 583; CORNISH / LLEWELYN, s. 587; KAYA (ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / NOMER ERTAN), s. 363; Hamdi YASAMAN / Sıtkı Anlam ALTAY / Tolga AYOĞLU / Fülürya YUSUFOĞLU / Sinan YÜKSEL, Marka Hukuku, C. I, İSTANBUL, 2004, s. 18; Hanife DİRİKKAN, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, 2003, s. 12; Aynı yönde BİLGİŞİN, s. 199; HİRŞ, Ticaret, s. 150.

¹⁰⁴ Aynı yönde TST. m. 23 / 4; ARSLANLI, Ticaret, s. 79 dn. 2 (Müellif, " işletme adı bir ilave halinde ticaret unvanına da dercedilebilir. Bu halde ilave ticaret unvanının bir unsuru olarak ticaret unvanı hakkındaki hükümlere tabidir." görüşündedir.); EREM, s. 193; KARAYALÇIN, s. 398; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 151; DOĞANAY, s. 350; HELVACI (ÜLGEN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 337.

¹⁰⁵ Nitekim, donatma iştiraki ve adi şirketlerde de, aynen " müessese " de olduğu gibi, ayrı bir kişilik bulunmaması söz konusu iken, bunlara ticaret unvanı koruması sağlanmaktadır.

korunması da, haksız rekabet hükümleriyle (TTK. m. 57 / 5) sağlanabildiği gibi¹⁰⁶, ad hakkı, fantezi ekler veya şube eki sayesinde ticaret unvanı hakkıyla yahutta marka hakkıyla da korunabilmektedir.

İşletme adının kabulüne dayanak gösterilen ikinci gerekçe ise, ticaret unvanı kullanamayan, esnafların korunması amacıdır. Bu halde, tacirler yönünden ticaret unvanının yerine getirdiği taciri ve ticari işletmeyi gösterme, ayırdetme, reklam, garanti, şöhret kazandırma vb. işlevleri esnaf yönünden bizzat esnafın adı veya unvanının yerine getirebileceği de açıktır. Hal böyleyken, işletme adı şeklinde ayrı bir hak türü ihdası yerine, esnafların ayırt edici ad olarak kullandıkları ad veya ibarenin esnaf unvanı olarak adlandırılması ve bu unvanın, ticaret unvanıyla birlikte “ ticari ad ” hakkı başlığı altında aynı hükümlere tabi kılınması yeterli olacaktır. Ayrıca, şöhret kazanma ihtiyacı hisseden esnafların, tacirler gibi, marka hakkından faydalanmaları da mümkündür¹⁰⁷. Hâlihazırda, işletme adının, ticaret unvanında olduğu gibi, işletmenin, hukuki işlemlerinde “ işletme sahibini hak ve sorumluluk sahibi yapıcı ad ” olarak kullanılması durumu da zaten bulunmamaktadır. Oysa, bir ticari ad kullanımı ve resmi kayıt altına alınması, hukuk güvenliği açısından zorunlu olup, bu işlemlerde bizzat işletmenin sahibi olan esnafın adı kullanılmakta (örneğin, bir bono “ Halk Eczanesi ” olarak değil, esnafın adına düzenlenmektedir), hak ve borçlar bu kişinin şahsında doğmaktadır. Hukuk güvenliği açısından zorunlu olmasının yanı sıra, fiilen de kullanılan esnafın adının yahut başka bir unvanın tescili halinde işletme adının işlevlerini yerine getiren bir ticari ad zaten var olmaktadır. Esnaflar yönünden, işletme adı yerine esnaf unvanı hakkının tanınması durumunda, esnaftan bağımsız bir işletme adının tüketicinin korunması bağlamındaki muhtemel aldatıcılık vb. riskleri de ortadan kalkmış olacaktır. Bu durumlar, tacirler açısından da geçerlidir. Her iki gerekçe de, işletme adı şeklinde ayrı bir hak türü ihdasının gereğini açıklayamamaktadır.

¹⁰⁶ Karş. ARSLANLI, Ticaret, s. 79 dn. 2; EREM, s. 195; EDGÜ, s. 98; KARAYALÇIN, s. 394; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 229; MOROĞLU / KENDİGELEN, s. 54; DOĞANAY, s. 382.

¹⁰⁷ ARSLANLI, Ticaret, s. 78.

Bu işletmenin itibarı da tektir ve ayırt edici işaret yönünden ticari hayatta hak ettiği bu tek kişilik mülkiyet, mutlak hak olarak ad veya ticari ad hakkıyla zaten sağlanmakta; itibarı da haksız rekabet hükümleriyle zaten korunmaktadır. Üstelik marka hakkına da sahip olunabilmekte ve bu hakkın önemli bir işlevi olan kaynak gösterme işlevi, işletme adının işleviyle tamamen örtüşmektedir. Oysa bu mevcut yaklaşım, tek bir itibar ile ticari hayatta ticaret unvanı, işletme adı ve marka olarak, ilânihaye, üç kişilik alan sahibi olma ve diğer fertlerin hürriyet sahasını ortadan kaldırma anlamına gelmektedir. Örneğin, Orange Co. şirketinin, Pear Bilgisayar Fabrikasında üretilip sattığı, Apple markalı bir bilgisayarı ele aldığımızda; ürün, fabrika, tacir ve itibar tek olmasına, tek bir faaliyet gösterilmesine ve hukuki yararların sadece haksız rekabet hükümleriyle bile korunabilmesine rağmen, bir kişiye, portakal, armut ve elma gibi tüm toplumun kullanabileceği serbest bilgiler üzerinde, üç kişilik, üstelik ilanihaye bir koruma sağlanmaktadır. Bu itibarın elbette korunması elzemdir ancak bunun tek kişilik bir korumayı hak ederken, üç kişilik ticari hürriyeti kısıtlama ile sağlanmasına gerek bulunmamaktadır. Meşru sınırlar içindeki bir ticari hürriyet, topluma ciddi faydaları bulunan rekabetin temel şartıdır¹⁰⁸. Böyle bir tür, Trips Anlaşması'nın 7. maddesinde belirtilen fikrî mülkiyet haklarının amaçlarına uygun olmadığı gibi, 8 / II maddesindeki “ ticari hürriyetin, maksadına aykırı ve topluma zarar verici bir şekilde kısıtlanamayacağı ” esasına da aykırılık teşkil etmektedir. Kanaatimizce, işletme adının sadece sicil çevresiyle sınırlı korunması da¹⁰⁹, bu maksadı aşan sınırlama niteliğinin hafifletilmeye çalışılmasıdır ancak özellikle marka hakkı ile zaten korunan bir hukuki yarar için sınırlı bile olsa bir ek kısıtlama aracının izahı mümkün değildir.

X. Coğrafi İşaretler

Mevcut coğrafi işaret hukukunda, coğrafi işaretin, kendisini taşıyan ürünün bölgeye has özelliklerinin toplum nezdinde ayırt edilmesini sağlayan

¹⁰⁸ BİLGİŞİN, s. 242.

¹⁰⁹ Rıza AYHAN, Ticari İşletme Hukuku, 2. b. , Ankara, 2007, s. 322.

işaret olduğu kabul edilmekte¹¹⁰, işaretin korunmaya değer bir ayırt etme vasfı bulunduğu, bölgeye ait bu vasfın başka kimselerin kullanımına açılmasının söz konusu olamayacağı ve hakkın korunmasının ilânihaye olması gerektiği, doğal sonuç ve uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

Coğrafi işaretler, bir düşünce faaliyetinin sonucunda ortaya konulmaları nedeniyle fikrî ürün olma niteliğine sahip bulunmaktadır¹¹¹.

Buna karşılık, mevcut coğrafi işaret hukuku kabullerine göre, daha önce öngörülmeleyen bir fikrî ürünün toplumun bilgi havuzuna kazandırılması ve toplumu geliştirme vasfına sahip olması söz konusu değildir. Bunun nedeni, tanınan korumanın ilânihaye olması ve coğrafi işaretin toplumun kullanımına açılmasının mümkün olmaması kabulüdür. Coğrafi işaretin, toplumu geliştirecek bir fikrî ürünün toplumun bilgi havuzuna katılması değil; işaret sahibinin malvarlığına, ciddi faydalar sağlayan bir değer katılması söz konusu olmaktadır. Bu nitelikler, mevcut kabulleri, Trips Anlaşması'nın 7. maddesinde belirtilen temel niteliklere aykırı hale getirmekte, bu nedenle coğrafi işaretlerin fikrî mülkiyet haklarının kapsamından çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Fikrî mülkiyet haklarının kapsamından çıkarılma gereği, menşe işaretleri açısından uygundur. Bu işaretlerde de, ticaret unvanlarında olduğu gibi, amaç toplumun geliştirilmesi değil, hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk güvenliğinin ve bu güvenliğin devamlılığının sağlanabilmesi için de zorunlu olarak ilânihaye sahibine bağlı kalmak zorundadır. Bu ise, fikrî ürünün hiçbir zaman işaret ettiği bölgeden başka bir bölge tarafından kullanılamayacağı, yani serbest kullanıma açılmayacağı anlamına gelir.

Oysa, mahreç işaretleri, aşağıda¹¹² sebepleri açıklandığı üzere menşe işaretleri gibi sahibinden ayrılamaz, toplumun gelişmesinde kullanılamaz bir fikrî ürün değildir. Bölgenin adı yönünden olmasa da, bölge dışında üretime

¹¹⁰ Aynı yönde AYHAN, s. 415; BENTLY / SHERMAN, s. 963.

¹¹¹ Karşı görüş için bkz. TEKİNALP, s. 20.

¹¹² Bkz. s. 47 vd.

imkân veren özelliklerin başka ürünler geliştirmek ve başka bölgelerle özdeşleştirilerek yeni mahreç işaretleri oluşturmakta kullanılması mümkündür. Bunun dikkate alınmadığı mevcut yaklaşımın terki halinde, mahreç işaretleri fikrî mülkiyet haklarının bu niteliğine sahip hale gelmektedir.

Yine, menşe işaretleri, ticaret güvenliği açısından ilânihaye sahibine bağlı kalmak zorunda olmaları, topluma sağlanan bir katkının karşılığı olmamaları ve koruma süresinin sınırlandırılmaması nedeniyle hakların teşvik niteliğine de uygun değildir. Menşe işareti sahibine ilânihaye olarak tanınan tekel hakkı, teşvik edici olma ve fikrî mülkiyet olma niteliklerinden çıkıp maddi mülkiyete benzemektedir. Oysa, bölgeden ayrılabilir ve toplumca kullanılabilir bir fikrî ürün olduğu ortaya konulup, mevcut yaklaşımdaki tüm yararlanma şekilleri açısından ilânihaye koruma esasından vazgeçilmesi halinde, mahreç işareti, fikrî mülkiyet haklarının bu niteliğine de sahip olmaktadır.

Fikrî mülkiyet haklarının üç temel niteliğinden ikisini taşımayan, hukuk güvenliği nedeniyle bu niteliklerden ikisini taşıma şansı da bulunmayan menşe işareti hakkının, fikrî mülkiyet hakkı türü olarak kabul edilmemesi gerekir. Oysa, mahreç işareti, öz itibarıyla bu temel nitelikleri de taşımaya uygundur ve basit bir ıslah yani, mevcut yaklaşımdaki, toplumun serbest kullanımına açılmayacağı ve hakkın tüm yararlanma şekilleri için ilânihaye olması gerektiği yaklaşımının terki ile aykırılıkları da ortadan kalkmaktadır.

Bir ürünün, tüm özelliklerinin yahut esaslı unsur veya özelliklerinin sadece belli bir yöre, alan, bölge veya ülkede yetişmesi yahutta bulunması, o bölgeden kaynaklanması halinde söz konusu olan menşe işaretinde, ürünün o bölgede üretimi zorunludur¹¹³. Bu bölgenin dışında herhangi bir bölgede yetiştirilmesi mümkün olmadığından dünyada tektir. Bunun doğal sonucu olarak da, o bölgenin özdeşleşen özelliğinin, daha önce, başka bir bölge ile özdeşleşmiş şekilde topluma sunulmuş olması söz konusu edilemediği gibi;

¹¹³ Aynı yönde AYHAN, s. 415; KARAHAN (SULUK / SARAÇ / NAL), s. 247; BENTLY / SHERMAN, s. 964; ŞEHİRALİ, s. 22.

daha sonra, başka bir bölge ile özdeşleşmesi de mümkün değildir¹¹⁴. Yani, fikrî mülkiyet haklarının özelliği olan toplumun serbest kullanımına arz edilebilme ve yeni gelişmeler için kullanılabilme niteliğine - fiilen - hiçbir şekilde sahip olamaz. Önceden benzerinin bile öngörülmemiş olması yönüyle menşe adı, öncü buluşlara benzemektedir. Tek farkı, öncü buluşlar, başka buluşlara temel olabilirken, menşe adı, bölgeye has özdeşleşen özelliğe dair başka bir coğrafi işarete temel olamaz. Bunun nedeni, yapayı elde edilemedikçe, ürüne, o bölgeden kaynaklanan özellikleri verebilme imkânına sahip başka bir yerin Dünya’da bulunmamasıdır. Örneğin, Roquefort peynirinin üretilmesi ve alışılmış lezzetini taşıması için Roquefort bölgesinde bulunan mağaralarda belli bir süre bekletilmesi gerekir. Başka bir coğrafyada, aynı usullerin uygulanmasıyla bile söz konusu lezzet oluşmamaktadır. Roquefort bölgesinde bulunan mağaraların benzerinin başka bir bölgede de var olmaması yahut bu mağaraların şartlarının yapay bir ortamda sağlanamaması halinde anılan peynirlerin üretilmesi söz konusu olamayacaktır. Yapayı yapılabildiğinde ise başka bölgelerde de üretilbileceğinden, zaten menşe değil, mahreç işaretinden söz edilecektir.

Oysa, bir ürünün, belirgin bir unsur veya özelliğinin sadece belli bir yöre, alan, bölge veya ülkede yetişmesi yahut bulunması, ürün başka bir bölgede üretilbilse veya yetişebilse bile, belirtilen özelliğin, o bölgeden kaynaklanması halinde söz konusu olan mahreç işaretinde ise, ürünün o bölgede üretimi zorunlu olmamakla birlikte, bu belirgin nitelik nedeniyle, söz konusu bölgeye bağımlılık vardır¹¹⁵. Bu yönüyle mahreç işaretleri, bölge dışında da gerçekleştirilmesi mümkün özdeşleşen özelliğinin bölgeye şöhret kazandırmakta kullanılmasına ve daha sonra - tüketicinin aldatılmasına, haksız rekabete neden olmaksızın - toplumun serbest kullanımına arz edilebilmesine uygundur¹¹⁶. Örneğin, bir Trabzon ekmeği mahreç işareti,

¹¹⁴ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 964; Gökmen GÜNDOĞDU, Türk Hukukunda Coğrafi İşaret ve Korunması, İstanbul, 2006, s. 63.

¹¹⁵ Aynı yönde AYHAN, s. 417; KARAHAN (SULK / SARAÇ / NAL), s. 248; BENTLY / SHERMAN, s. 964; ŞEHİRALİ, s. 22; GÜNDOĞDU, s. 67.

¹¹⁶ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 964.

özdeşleşen özelliği nedeniyle; Trabzon ve ekmeğine şöhret kazandırmaya, bölge ve halkına ekonomik kazanç, rekabet avantajları sağlamaya; toplumun - üretim usulleri vb. sadık kalarak - başka bölgelerde ve ticarete, serbestçe kullanabilmesine uygundur. Trabzon ekmeğinde kullanılan usule yapılan bazı katkılarla yeni bir usule sahip Bursa ekmeği mahreç işareti oluşturulabilir. Oysa, bir Roquefort peyniri - tüketicinin aldatılmasına, haksız rekabete neden olmaksızın - başka bölgede üretilmemektedir.

Trips Anl. m 7 hükmüne uygun olduğu belirtilen yaratıcı fikrî çaba - teşvik mahiyetinde sınırlı süreli tekel şeklindeki günümüz dengesi dikkate alındığında; fikrî mülkiyet haklarının temel niteliklerine aykırılıkların giderilmesi için, mahreç işareti hakkında da, koruma süresi tavan bir süreyle sınırlandırılmalı; bu tekel hakkı süresi, işaretin bölgeye vasıflı ürün bağlamında şöhret / itibar, rekabet avantajı kazandırmakta kullanılması için tanınmalı; koruma süresi dolunca da, işaret topluma ait serbest bilgi haline gelmelidir. Nitekim, tarımla uğraşan çevreleri kalkındırma amacıyla ortaya çıkmış olan coğrafi işaretlerle¹¹⁷, amaç benzerliği taşıyan ıslahçı haklarında dahi koruma süresi sınırlandırılmıştır.

Birçok yönden garanti markalarına benzeyen menşe işaretlerinin ise, garanti markalarıyla birlikte “ ticari işaretler ” başlığı altında düzenlenmesi uygun olacaktır. Menşe işareti (örneğin, Roquefort peyniri) ile garanti işaretinin (örneğin TSE veya Uluslararası Yün Üreticileri Birliği’nin Woolmark işareti) ortak noktası, tüketicinin aradığı belli bir özelliğin (o menşede üretilmek veya belli bir standardı taşımak) o işareti kullanabilen tüm müteşebbislere bulunduğu, 3. kişi durumundaki bir kurum tarafından garanti / taahhüt edilmesidir¹¹⁸. Hak sahibi, bir özellik üzerinde garanti verme yeteneğine sahip olan kurumdur ve özelliğin yahut garantinin talep çekiciliğinden faydalanmak isteyen tüm müteşebbislere, belli şartları

¹¹⁷ BENTLY / SHERMAN, s. 970.

¹¹⁸ Bunun, bir müteşebbisin kendi marka veya unvanının sağladığı “ müteşebbisin ürünlerinde bazı özelliklerin bulunduğu dair ” şahsi garantiyle karıştırılmaması gereklidir. Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 963; KARAHAN (SULUK / SARAÇ / NAL), s. 127; GÜNDOĞDU, s. 69, 75.

karşılımları koşuluyla hakkını kullandırmaktadır. Bu işaretler de, ticaret unvanı gibi hukuk güvenliğinin sağlanması amaçlıdır ve hepsi ticareti düzenleme amaçlı genel hükümlerin kapsamındadırlar. Nasıl ki, ticari adlar, benzerlerinin tescil edilmesi vb. hallere karşı özel bir hükümle (TTK. m. 43 vd.)¹¹⁹, bunların meşru rekabet kurallarının dışında kullanılmalarına karşı da haksız rekabet hükümleriyle (TTK. m. 57 / 5)¹²⁰ korunuyorlarsa; menşe veya garanti işareti gibi ticari işaretler de benzerlerinin tescil edilmesi vb. hallere karşı özel bir hükümle, hak sahibine karşı girişilen fiillerde haksız rekabetin buna uygun hükmüyle (TTK. m. 57 / 5)¹²¹ ve müteşebbislere karşı girişilen fiillerde haksız rekabetin buna uygun düzenlemesiyle (TTK. m. 57 / 4)¹²² korunabileceklerdir. Yapılması gereken tek şey, menşe, garanti işareti vb. ticari işaretlerin benzerlerinin tescil vb.ni engelleyici bir hükmün, genel hükümler içinde yer almasıdır.

XI. Alan Adları

Kanaatimizce bir fikrî mülkiyet hakkı olmayan¹²³ internet alan adları, world wide web'e dâhil bir bilgisayarın adresi olup¹²⁴, o adresteki makine

¹¹⁹ BİLGİŞİN, s. 184; HİRŞ, Fikri Say I, s. 11; ARSLANLI, Ticaret, s. 88; MİMAROĞLU, s. 262; KARAYALÇIN, s. 391 vd.; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 158; ARKAN, İşletme, s. 257; DOĞANAY, s. 361.

¹²⁰ ARSLANLI, Ticaret, s. 79 dn. 2; EREM, s. 195; KARAYALÇIN, s. 394; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 229; MOROĞLU / KENDİGELEN, s. 54; DOĞANAY, s. 382.

¹²¹ Günümüzde, bazı sertifikasyon firmalarının, - kendi haklarını aşar şekilde - başka sertifikasyon kuruluşlarının garanti markalarını kullandırma fiilleri, kanaatimizce bu kapsamda değerlendirilebilir.

¹²² Aynı yönde EDGÜ, s. 130; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 235; GÜNDOĞDU, s. 116; Yargıtay 11. HD. 27. 12. 1982, E. 5594 (AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 239'dan naklen).

¹²³ Karşı görüş için bkz. N. Fusun NOMER, “ İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar ”, Prof. Dr. Hayri DOMANİÇ'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, s. 401 ve dn. 14'teki müellifler (Müelliflerin, alan adının bir fikrî mülkiyet hakkı olduğuna ilişkin görüşlerini, “ bu adın da menşei gösterme işlevine sahip olmasına, gayrimaddi bir malvarlığı olarak işletmeye dâhil olmasına ” dayandırdıkları görülmektedir. Kanaatimizce, menşei gösterme işlevi zaten alan adının yansıması olduğu hakkın görevi ve sağladığı bir imkândır, alan adı da ayırt etme vasfını zaten o hak sayesinde kazanmaktadır. Kiracılık hakkı vb. durumlarda olduğu gibi, işletmeye dâhil her gayrimaddi malvarlığının fikrî mülkiyet hakkı olarak kabul edilmesi de gerekmemektedir. Alan adının, fikrî mülkiyet hakkına konu ürünlerin özelliklerini taşıyıp taşımadığı, daha da öncesinde ayrı bir hakla korunup korunmadığının, bir hakkın yansıması olup olmadığının incelenmesi, ticari hayatın bir de bu adla kısıtlanmaması gerekir.).

¹²⁴ Mustafa Fadıl YILDIRIM, “ Kişi İsimlerinin İnternet Alan İsmi Olarak Tescili Karşısında İsim Üzerindeki Hakkın Korunması ”, Mukayeseli Hukuk Bülteni, Yıl 19 - 20, S. 1 - 2, Prof. Dr. Aysel

olarak bilgisayarın değil, o bilgisayar kullanılarak yapılan faaliyet ve faaliyeti gösterenin ayırt edilmesi ihtiyacı söz konusudur¹²⁵. Bu ihtiyaç somut dünyada zaten ad, ticaret unvanı, marka vb. bir hak tarafından karşılanmaktadır. Sanal ortamdaki faaliyet ve tarafların da somut dünyadaki faaliyet ve taraflar olması karşısında, alan adları, istisnai haller dışında, özel veya resmi, gerçek veya tüzel, bir kişi veya kurumun adının, ticaret unvanının, markasının sanal ortama yansması olmakta¹²⁶ ve bu nedenle, ilgili adın sahibine göre, jenerik üst düzey alan adının (org, com vb) kullanımı gerekmektedir¹²⁷.

Alan adları, çoğunlukla, kişi veya kurumun reklamında / tanıtımında kullanılan bir araç durumunda olup, niteliği itibariyle de, menşei gösterme vb. işlevler açısından - ayırt edicilik daha önce yansması olduğu ad, ticaret unvanı, marka gibi bir hakla sağlanmış olduğundan - bir adresten, tabeladan farkı bulunmamaktadır¹²⁸. Alan adının, fikrî ürün niteliğine en çok yaklaştığı slogan şeklindeki alan adlarının ise, marka vb. şeklinde korunması zaten mümkündür¹²⁹. Tüm bu hallerde, yansması olduğu hakkın zaten ayırt edicilik kazandırmış olduğu bu araç, ad, ticaret unvanı vb. veya marka kapsamında zaten korunduğundan, yansması olduğu haktan ayrı ve ticari hayatta ek bir kısıtlama oluşturabilecek bir hak ihdasını gerektiren özelliğe de sahip değildir. Son dönemde gelişmekte olan ve henüz istisna niteliğindeki, alan adını taşıyan sitede elektronik ticaret yapılması, arama

ÇELİKEL'e Armağan, İstanbul, 2001, s. 1008; PITTER/ AMATO/ CALLAHAN/ KERR/ TILTON, s. 5 (NOMER, s. 396'dan naklen); Aynı yönde AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 140.

¹²⁵ Karş. AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 140; Mustafa Fadıl YILDIRIM, “ İnternet Alan İsimlerini Tescil Eden Kuruluşların Sorumluluğu ”, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003(Sorumluluk), s. 685; Kanaatimizce, bu nedenden ötürüdür ki, alan adı tescil ettirmek isteyen kişiler kendilerini yahut faaliyetlerini ayırt eden adları tescil ettirmeye çalışmaktadırlar. Yine ziyaretçilerin ihtiyaçları da adı x veya y olan bir makineye ulaşmak değil, kişi ve / veya faaliyete ulaşmaktır. Tüm tarafların hukuki menfaati olan “ ayırt etme ” işlevi tektir ve zaten ad, ticaret unvanı, marka vb. bir hakla gerçekleştirilmektedir. Kanaatimizce, bu tek olan işlevin sanal aleme yansması, - oradaki tarafların da dünyadaki kişiler ve ilişkiler olması nedeniyle - ayrı hak türü ihdasında hiçbir menfaat olmaması, hele ilânihaye bir korumayla ticari hayatın kısıtlanmasına neden olacak ayrı bir hak türü ihdasına gerek bulunmaması sonucunu doğurmaktadır.

¹²⁶ Aynı yönde NOMER, s. 400.

¹²⁷ Aynı yönde NOMER, s. 415.

¹²⁸ Aynı yönde WEBER, s. 407 (NOMER, s. 401 dn. 14'ten naklen).

¹²⁹ Aynı yönde AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 171; KARAHAN (SULUK / SARAÇ / NAL), s. 130; NOMER, s. 409 vd.

motoru gibi - somut bir ticari işletme olmaksızın - bizzat internet üzerinde faaliyet gösteren teşebbüslerde ise, hukuk güvenliği¹³⁰, tüketicinin aldatılmaması vb. sebeplerle bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Bu hususta, ya teşebbüsün ticaret unvanına sahip somut bir işletmesinin olması (ki ad bu takdirde yine ticaret unvanının yansıması olacaktır) ya da web sitesinin işletme kabul edilerek alan adının - ticaret unvanının işlevini yerine getirmesi nedeniyle bu kapsamda değerlendirilerek - ticaret unvanı hükümlerine tabi olması, hak ve sorumluluğunda alan adı sahibinin kişiliğinde doğması gerekir¹³¹. Zira, bu teşebbüs açısından da, ad veya ticaret unvanı gibi, ihtiyari bir fikrî çabanın ürünü olmayan; teşebbüsün varlık kazanmasından, sona ermesine kadar yapacağı hukuki işlemlerde kullanması gereken bir adının olması; sadece ayırdediciliği sağlamak için değil, hak ve sorumlulukların bu kişinin şahsında doğabilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Örneğin, bir elektronik ticaret işleminde de sözleşmeye aykırılık halinde sorumluluğu doğacak somut bir varlığa ihtiyaç vardır. Yine, somut bir işletmesi bulunmakla birlikte, bu işletmenin internet üzerindeki şubesi (örneğin, bankalara ait siteler) durumunda olan alan adları ise, aynen şube adlarında olduğu gibi, ticaret unvanı kapsamında değerlendirilmeli ve bu hükümlere tabi olmalıdır. Tanıtım veya gelir elde etme amaçlı web siteleri dışında bir site ihtimali yok denecek kadar az olup, bu tür bir alan adı da, dernek yahut vakıf adları bağlamında korunmaya müsaittir. Özetlemek gerekirse, alan adı, kullanım amacına göre zaten bir hakkın koruma kapsamında bulunmakta, alan adının sağladığı düşünülen ayırdedicilik zaten bu hak tarafından sağlanmaktadır. Bu durum özellikle, amaç yaklaşımıyla yani alan adının hangi amaçla kullanıldığı dikkate alınarak yaklaşıldığında veya alan adı tescil kurumlarının tescil sırasındaki uygulamalarının kurallara uygun olması (örneğin, jenerik üst düzey alan adlarının ayrıma sadık kalınarak tescil edilmesi gibi) halinde daha bariz ortaya çıkmaktadır. Örneğin, com uzantılı bir alan adının sadece tacir ve

¹³⁰ Aynı yönde YILDIRIM, s. 1011.

¹³¹ Benzer şekilde, e-imza olarak adlandırılan benzeri uygulamada da aynı esaslar kabul edilmekte, sanal ortamda dolaşıma çıkacak imzanın, somut dünyadaki bağlayıcılığı için, somut dünyadaki bir kuruma bildirimi gerekmektedir.

esnaflara verilmesi gerekmekte, kullanım amacı dikkate alındığında bunun ya ticari ad ya da marka hakkı olduğu ortaya çıkmakta, tescil kurumunun da başvuru sahibinin ticari ad yahut marka hakkını gösteren bir ispat vasıtası sunması halinde adı tescil etmesi gerekmektedir¹³². Somut dünyadaki ilişkilerin sanal ortama yansması olan bu adlara uygulanacak hukuk da, - hak ve sorumluluğun nihayetinde somut dünyada doğabilecek olması nedeniyle - somut dünyadaki kuralların sanal ortama yansması olmalıdır.

§5. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ TEMEL NİTELİKLERİNİN KORUMA TALEP EDİLEN FİKRİ ÜRÜNDE BULUNUP BULUNMADIĞINI TESPİTTE KULLANILAN KRİTERLER

Fikrî mülkiyet haklarının bu üç temel niteliği dikkatle incelendiğinde, hepsinin hakların varoluş sebebini gerçekleştirmek için elzem olduğu, hakların bu üçlü sac ayağı üzerine oturduğu; nitelikler kapsamındaki özelliklerin bir kısmının hak ihdası için mutlaka aranması gerektiği; bazılarının ise, - hakkın verilmesinden sonraki döneme ilişkin olup - fikrî ürünün korumadan ve kendinden beklenen faydayı sağlayarak amacı gerçekleştirmesi için gerekli olduğu görülecektir. Fikrî mülkiyet hukukunda, hakkın tesisi safhasında, bu özelliklerin, koruma talep edilen fikrî üründe var olup olmadığını ortaya koyan bazı kriterler veya kavramlar da oluşmuştur. Fikrî ürünün toplumu geliştirme niteliği “ gelişme gösterme (buluş basamağının aşılması, ayırt edicilik, farklılık vb.) ” ; fikrî ürünün, yenilik ve günümüz dengesindeki sınırlı süreli koruma nitelikleri “ yenilik ”; hakkın teşvik edicilik niteliği ise “ orijinallik ” kriterleri karşılanarak ortaya konulabilmektedir. Bu kriterler, temel niteliklerin varlığını tespitte farklı işlevleri yerine getirmektedirler.

¹³² 07.11.2010 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan İnternet Alan Adları Yönetmeliği EK- 3’te yer alan düzenlemelerde, her ne kadar bazı alt alanların tahsis edileceği taraflar belirtilmiş ise de, kanaatimizce hüküm, sadece kamu hizmeti gören taraflara ilişkin düzenleme yapmış ve başta com alt alanı olmak üzere uyumsuzlukların yaşanması ihtimali yüksek alt alanlara ilişkin uygulama esasları getirmemiş olması nedeniyle eksik kalmıştır. Tescil kurumlarının uygulamalarından dolayı sorumlulukları hakkında geniş bilgi için bkz. YILDIRIM, Sorumluluk, s. 689 vd.

A. Kriterler ve İşlevleri

I. Gelişme gösterme

Gelişme gösterme şartı “ bir fikrî ürünlerdeki farklılığın, fikrî ürünün toplumun bilgi havuzuna - tekel hakkı tanınmasını hakkaniyete uygun gösterecek düzeyde - bir katkı sağlayıp sağlamadığını ” tespiti yöneliktir¹³³. Bu şekilde, fikrî mülkiyet hakkı tanınmasının asli amacı olan “ toplumun geliştirilmesi, toplumun bilgi havuzuna bir katkı sağlanması ” özelliğinin var olup olmadığını tespit işlevini yerine getirmektedir.

II. Yenilik

Yenilik kriteri, günümüz dengesinde, hakların asli ve tali amaçlarına uygunluğu tespiti İki farklı işlevi yerine getirmektedir. Asli amaca yönelik olan en önemli işlevi, koruma süresinin toplum aleyhine uzamasını engelleme¹³⁴ işlevidir. Yukarıda açıklandığı üzere, haklarının varoluş sebebi olan toplumu geliştirme, toplumun bu fikrî ürünü mümkün olduğunca uzun süre serbestçe kullanabilmesini gerektirir. Buna karşılık, toplumun, meydana getiren kişiye hakkaniyete uygun bir karşılığı vermeden, bu fikrî ürünü varoluşundan itibaren serbestçe kullanımının sağlanması da, fikrî ürün sahiplerinin toplumu geliştirici fikir üretme düşüncesini zayıflatacak veya ortadan kaldıracaktır. Her iki durumda toplumun, geliştirici fikirlerden mahrum kalması sonucunu doğuracağından, fikrî ürün sahibini teşvik etmeye yetecek ancak toplumun serbest kullanım hakkına azami süre sahip olacağı bir denge noktasının bulunmasını zorunluluğu¹³⁵, günümüz dengesinde sınırlı süreli bir korumayla sağlanmaya çalışılmaktadır. Yenilik kriteri, bu denge anlayışında, sınırlı koruma süresinin başlangıcını kesin sınırlarla belirleyerek toplum

¹³³ Aynı yönde ÖZTÜRK, s. 149.

¹³⁴ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 443; BOUCHOUX, s. 311.

¹³⁵ Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7.

aleyhine uzamasını engellemektedir. Sınırlı süre belli olduğundan dolayısıyla korumanın biteceği tarihi de belirlemektedir.

Kriterin, tali amaç olan teşvik amacı yönünden işlevi ise, “ bir fikrî ürünün öncekilerden nitelikli şekilde farklı olup olmadığını tespit ederek çifte hak sahipliğinin oluşmasını engellemektir¹³⁶. Bu engelleme, hakkın mutlak ve inhisarî niteliğine kavuşmasını sağlamakta, 3. kişilerin basit farklılıklarla hak sahibi olup, önceki fikrî ürün sahiplerinin haklarının mutlak ve inhisarî niteliğini zedelemelerini önlemektedir. Aynı zamanda, daha önce korunmuş bir fikrî ürünün basit farklılıklar taşıyan haline hak tanınarak, toplumun yeniden bedel ödemesinin önüne geçilmektedir.

III. Orijinallik

Orijinallik kriteri “ bir fikrî ürünündeki farklılığın herkesçe yapılamayacak, sahibine has özelliklerin sonucunda gerçekleşmiş olup olmadığını, fikrî ürün sahibinin fikrî ürünün oluşması için gereken fikrî yeteneklerini kullanıp kullanmadığını yani fikrî ürün sahibinin fikrî ürünün oluşmasına fikrî katkısı olup olmadığını¹³⁷ ” tespitiye yöneliktir. Bu nedenle, “ teşvik edilecek gerçek hak sahibinin kimliğini teşhis ” işlevini yerine getirmekte, başlı başına, hak tanınmasının tali amacıyla ve hakların teşvik niteliğiyle örtüşmektedir. Toplumu geliştiren fikirler ortaya koyabilen, toplumun çekici gücü durumundaki “ gerçek fikir üreticilerinin ” korunması, hak tanınmasının asli amacının gerçekleşmesinde de büyük önem taşımaktadır.

Hak tanınması için mutlaka aranması gereken kriterler orijinallik, yenilik ve gelişim gösterme kriterleri olup¹³⁸, hakkın tanınması safhasında ek olarak bulunması gereken diğer iki özellikten, topluma sunulma şartı, en geç başvuru ile birlikte zaten gerçekleşmiş olmaktadır. Bu kapsamda, toplumun

¹³⁶ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 443; BOUCHOUX, s. 311.

¹³⁷ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 88.

¹³⁸ Aynı yönde Graham v. John Deere Co., 383 US. 1, U. S. 1 1966 (<http://supcourt.ntis.gov>).

faaydalanabilir olması ise, yenilik vb. birçok incelemenin temelini teşkil eden alenileşmenin gereği olarak, açıklamanın uygulanabilir olması görünümünde, ihdas safhasında ayrıca aranmaktadır.

B. KRİTERLERİN UYGULANMASI

Aşağıda ilgili bölümlerde ayrıntılarıyla inceleneceği üzere, fikrî mülkiyet haklarının temel nitelikleri, tüm türler yönünden geçerli bulunmakta ve hak taleplerinde bu niteliklere ilişkin inceleme ihtiyacı karşılanmaya çalışılmaktadır. Buna karşılık, bazı türlerde, bu nitelikleri inceleyen kriterler açıkça zikredilmemekte; bazı türlerde, kriterler farklı kavramlarla ifade edilmekte; bazı türlerde de bu kriterler aynı seviyede ve amaca uygun düzeyde dikkate alınmamaktadır.

I. Kavram Bağlamında Kriterlerin Uygulanması

Mevzuat, içtihat ve doktrin incelendiğinde, yenilik, orijinallik, gelişme gösterme kriterlerinin, tüm fikrî ürünlerde, açıkça, ayrı ayrı arandığına rastlanılamamaktadır. Bu, öncelikle toplumların kavramlara verdiği anlamların ve bu anlamın kapsamının farklılığından kaynaklanmaktadır¹³⁹. Yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin aradığı özellikler, çoğu zaman birbirleriyle kaynaşmış vaziyettedir. Bunun nedeni aralarındaki ayrımların çok hassas olmasıdır. Bu benzerlik ve kaynaşmaları nedeniyle, ülkelerdeki kültür durumuna göre tek kelimeyle ifade edildikleri veya bir kelimenin diğerini de kapsar şekilde birbirlerinin yerine kullanıldıkları da görülmektedir¹⁴⁰. Kavramlar arasındaki bu ince farklılıklar, toplumların, kültürlerindeki kavram kapsamına göre ortadan kalkabilmekte, bu nedenle kaynaşma ve bir kelime

¹³⁹ Arslanlı, hususiyetle ilgili olarak bu durumu, “ Yabancı memleketlerde doktrin ve içtihatlar, bu mefhumların arkasında gizlenen manaları tespit etmiş olduğundan, Kanunda kısa bir tarif daha doğrusu bir tabirle iktifa edilebilir. Bizde vaziyet böyle değildir. Hakkı Telif Kanunu, uzun bir maziye malik olmakla beraber, henüz bu sahada teessüs etmiş vazih bir içtihat yoktur. Bunun için, kanunda hususiyet mefhumunun daha açık bir lisanla tarifi arzu edilirdi ” şeklinde vurgulamaktadır. (ARSLANLI, s. 5).

¹⁴⁰ Örneğin, Trips Anlaşması m. 25 hükmü.

veya ifade ile birçoğunu kapsama söz konusu olmaktadır. Örneğin, İngilizce dilinde, yenilik anlamındaki “ novelty ” kelimesinin anlamlarından biri, “ orijinal olma durumu¹⁴¹ ”; iktisat terimleri sözlüğündeki karşılığı ise, “ varolan bilgi birikiminden yola çıkılarak daha gelişmiş, daha kaliteli, daha işlevsel yeni ürünler geliştirilmesi¹⁴²” yani gelişme göstermedir.

Yine aynı şekilde, bir kritere yönelik incelemenin, farklı kavramlarla ifade edildiğine de rastlanılmaktadır. Bunun nedeni ise - hak türlerinin kendilerine has özelliklerinin daha anlaşılabilir olmasını sağlamak gibi bir iyiniyetten kaynaklanan - kavram karmaşasından başka bir şey değildir. Bu yönlerdeki en somut örnekler, ayırtedicilik (marka, tasarım haklarında olduğu gibi), buluş basamağı (patent hakkında olduğu gibi) ve farklılık (ıslahçı hakkında olduğu gibi) kavramlarıdır. Oysa bu kavramların hepsi, incelemede kullanıldığı hak türünde, fikrî ürünün gelişim gösterme niteliğine sahip olup olmadığının tespiti işlevinde, aynı inceleme yaklaşımı ve beklentiyle dikkate alınan kriterler olup, fikrî ürünün, ait olduğu alanda bir gelişme göstermesi gerektiğini ifade etmektedirler¹⁴³. Bu kriter uygulandığında, başarıya ulaşan bir fikrî ürün - gelişme gösterme şartını karşıladığından - korumayı hak etmektedir. Örneğin, patent hakkı, teknik yöne ilişkin bir fikrî ürün olduğundan, buluşa, buluş basamağı; tasarıma ise görsel yöne ilişkin bir fikrî ürün olduğundan, ayırt edicilik kriteri uygulanmakta, başarılı olması yani belirtilen eşiği aşmış bulunması halinde, gelişme gösterme koşulu sağlandığından hak ve koruma tesis edilmektedir.

Aynı duruma doktrinde de rastlanılmaktadır. Bunun güzel bir örneğini, *Hirş*'in “ *Nasıl ki teknik bir meselenin her hal sureti için değil de ancak yeni bir sureti hal yani muayyen bir ihtira seviyesi ve teknik bir terakki ile temayüz eden hal şekli için bir berat verilebilirse, fikrî mahsullere eser mahiyetini izafe edebilmek için de munzam bir unsura ihtiyaç vardır: Herkes tarafından vücuda*

¹⁴¹ Redhouse sözlüğü.

¹⁴² <http://tdkterim.gov.tr>.

¹⁴³ Aynı yönde BENTLY/ SHERMAN, s. 443; CORNISH / LLEWELYN, s. 176; MUSKER, s. 28; IPH, s. 20; ÖZTÜRK, s. 149.

*getirilemeyen yani bir hususiyeti haiz bulunan mahsuller himayeye layıktır ve ancak bunlara eser vasfı izafe edilebilir*¹⁴⁴ ifadesinde görmekteyiz. İfadenin, patente ilişkin ilk bölümünde, yenilik ve gelişme gösterme şartları tek bir şart haline gelmişken, eserle ilgili kısımda bu şartın eserler yönünden orijinallik şartı haline geldiği görülmektedir. Yine, Ayiter'in " *toplumun malı haline gelmiş veya bir kişinin tekel hakkı altında olan bir fikrî ürünün yeni olmadığı* " şeklindeki görüşünde¹⁴⁵ yer alan, toplumun malı haline gelme, yeni olmamanın yanı sıra, fikrî ürünün sahibi olduğunu iddia eden kişiye ait bir hususiyet taşımamayı yani orijinalliğin bulunmadığını da ifade etmektedir.

Bunların yanı sıra, bir kriterin, kendisiyle ilişkili başka bir kavramın kapsamında değerlendirilmesi de söz konusu olabilmektedir. Örneğin, patent haklarında, orijinallik, " buluşun gerçek sahibi " olma şeklinde zımnen aranılmakta, hatta, ABD' de orijinalliğin " buluşun gerçek sahibi " olmayı ifade ettiği açıkça belirtilmekte (ABDPATK. m. 102 / f)¹⁴⁶; buna karşılık orijinallik, patent mevzuatı ve doktrinde bir kriter olarak açıkça zikredilmemektedir.

Kavram boyutundaki tüm bu yaklaşımlar nedeniyle, mevzuat ve uygulamalarda; bazen orijinallik ve yeniliğin birbirinin ikamesi olarak ancak zımnen diğerini de içerir şekilde kullanıldıkları¹⁴⁷; bazen orijinallik özelliğinin gelişme gösterme özelliği kapsamında zımnen değerlendirildiği (patent, marka, tasarım, ıslahçı haklarında olduğu gibi); yenilik özelliğinin bazen orijinallik (eser hakkında olduğu gibi)¹⁴⁸, bazen gelişme gösterme özelliği kapsamında zımnen değerlendirildiği (marka hakkında olduğu gibi); bazen hem orijinallik hem de yenilik özelliğinin gelişme gösterme özelliği

¹⁴⁴ HİRŞ, Sınai, s. 80.

¹⁴⁵ AYİTER, İhtira, s. 50; Aynı yönde ERDEM, s. 56; Mustafa Reşit BELGESAY, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul, 1955, s. 14.

¹⁴⁶ Aynı yönde BOUCHOUX, s. 304; Roger E. SCHECHTER / John R. THOMAS, Intellectual Property The Law of Copyrights, Patents and Trademarks, MN, 2003, s. 363; FRANCIS / COLLINS, s. 194 vd.; Sheldon W. HALPERN / Craig Allen NARD / Kenneth L. PORT, Fundamentals of United States Intellectual Property Law, London, 1999, s. 203.

¹⁴⁷ Örneğin, Trips Anlaşması m. 25 hükmü; Green Paper on The Legal Protection of Industrial Design, Commission of The European Communities, Brussels, 1991, 2. 3. 7, s. 18 (Green Paper).

¹⁴⁸ Green Paper, 2. 3. 7, s. 18.

kapsamında zımnen değerlendirildiği (marka hakkında olduğu gibi); bazen yenilik ve gelişme gösterme özelliklerinin orijinallik kapsamında zımnen değerlendirildiği (eser hakkında olduğu gibi)¹⁴⁹; bazen de bu özelliklerin hiçbirinin şart olarak belirtilmemesine rağmen değerlendirildiği (coğrafi işaret hakkında olduğu gibi) görülmektedir. Bazı temel niteliklerin bir koruma şartı olarak belirtilmemesi ve bu şarta yönelik bir incelemenin öngörülmemesi, haklarda bu niteliğin gerekmediği veya incelenmediği anlamına gelmemektedir. Hangi kavramla ifade edilirse edilsin veya kapsamı / düzeyi ne olursa olsun, bu özelliklerin varlığına yönelik bir inceleme ihtiyacının karşılanmaya çalışıldığı görülmektedir. Bunun nedeni, yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme özelliklerinin fikrî ürünün farklı yönlerine ilişkin olmaları ve hakların amacını gerçekleştirmekte farklı işlevleri yerine getirmeleridir.

II. Düzey Bağlamında Kriterlerin Uygulanması

Mevzuat, doktrin ve uygulamada, “ bir fikrî ürünün taşıması gereken özelliklerin ve bunları tespiti yarayan kriterlerin hangi düzeyde aranacağı; bir başka deyişle, hangi hak türünde, hangi kriterlerin, hangi anlam ve kapsamda aranacağı ” hususunda, hak türüne ve ülkeden ülkeye değişen yaklaşımlar bulunmaktadır. Kriterlerin aranmasında, düzey boyutunu belirleyen iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, hangi hak türünde, hangi kriterlerin aranması, hangilerinin aranmaması gerektiği hususudur. İkincisi ise, aranacak bu kriterlerin de ne şekilde anlamlandırılacağı, hangi kapsamda aranacağı, aranan kriterin fikrî üründe var olduğunu kabul edebilmek için bulunması gereken düzeyin ne olduğu hususudur.

Hangi hak türünde, hangi kriterlerin aranması gerektiği hususunda, türlere göre ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, patent hakkında yenilik ve buluş basamağının aşılması kriterleri, tasarım hakkında yenilik veya orijinallik kriterlerinden biri ile ayırt edicilik kriteri aranırken, eser haklarında

¹⁴⁹ BENTLY / SHERMAN, s. 89.

sadece orijinallik kriterinin karşılanması hak tesisi için yeterli kabul edilmektedir. Tüm hak türlerinde, bu kriterlerin hepsinin aynı seviyede ve amaca uygun dikkate alınmamaları nedeniyle, bazı haklar açısından, hakkaniyete aykırı iki farklı ayrıcalık oluştuğu görülmektedir¹⁵⁰. Hakkaniyete aykırı ilk ayrıcalık, örneğin tasarım ve eser haklarında olduğu gibi, türün kendi içinde oluşmaktadır. Bu gibi hak türlerinde, ayrıcalık, kriterlere yüklenen anlamların farklılıklar taşıması yahut koruma için aranan kriterlerin seviyesinin düşüklüğü nedeniyle, korumayı gerçekten hak eden kişiler aleyhine doğmaktadır. Örneğin, topluma, görsel yönden ciddi katkı sağlayan, koruma kriterleri ne kadar ağır olursa olsun korumayı hak edebilecek bir tasarımın - ki burada kastedilen emsali hiç olmayan (patent literatüründeki öncü buluş gibi) bir tasarım değildir - sahibiyle, hiçbir fikrî çaba harcamaksızın, salt daha önceki iki tasarımın belirgin özelliklerini kombine eden bir tasarımcı, aynı kriterlere tabi tutulmakta ve aynı korumadan yararlandırılmaktadır. Bunun nedeni, mevcut kabullere göre, böyle kombine bir tasarımın, daha öncekiler arasında yer almadığı için hem yenilik hem de ayırt edicilik kriterlerini karşılayabilmesidir¹⁵¹. Burada kombine tasarımı oluşturan kişi, hiçbir fikrî çabası olmaksızın, üstelik farklı iki kişinin fikrî çabasının semeresine sahip olabilmektedir. Bu, fikrî mülkiyet haklarının korumayı hedeflediği gerçek hak sahipleri aleyhine bir ayrıcalık oluşturmaktadır. İkinci ayrıcalık ise, kriterlere yüklenen anlamların farklılıklar taşıması veya kriterlerin aynı seviyede dikkate alınmamaları nedeniyle, bazı türlerdeki hak sahiplerinin, diğer türlerdeki hak sahiplerinden - nitelik itibarıyla - daha fazla korunuyor olmalarıdır. Yukarıda verilen örnekteki durumda, kombine tasarımı meydana getiren tasarımcı, bu kadar kolay bir şekilde, 25 yıllık aynı etkinlikte bir korumaya sahip olurken; ömrünü tamamen özgün bir buluş faaliyetine harcamış buluş sahibi, patent hakkı ile 20 yıllık aynı etkinlikte bir korumaya sahip olmaktadır.

¹⁵⁰ Aynı yönde Lee v. Runge, 404 US. 887, 1971 (<http://caselaw.lp.findlaw.com>).

¹⁵¹ BENTLY / SHERMAN, s. 604; JOHNSTON, s. 14; Christine FELLNER, Industrial Design Law, London, 1995, s. 58; SULUK, s. 231.

Aynı durum, eser haklarında daha bariz bir şekilde ortaya çıkmakta, çoğu ülkede, yeni olup olmadığı, toplumu kültürel yönden geliştirip geliştirmede dikkate alınmaksızın, sadece orijinallik kriterinin düzeyi olarak aranan “ kopya olmama”¹⁵² kadar basit bir çaba sayesinde, yüzyılı bile aşabilen bir korumaya sahip olunabilmektedir¹⁵³.

Yukarıda belirtildiği üzere, toplumun karşıladıkları ihtiyacı yönünden olan fark dışında hiçbir farkları bulunmayan bu hak türlerine, aynı hatta daha

¹⁵² CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; Hugh LADDIE / Peter PRESCOTT / Mary VITORIA / Adrian SPECK / Lindsay LANE, The Modern Law of Copyright and Design, C. I, 3. Ed., Butterworths, London, 2000, s. 82; Paul TORREMANS, Intellectual Property Law, 3. Ed., London, 2001, s. 178; FELLNER, s. 68; Perry J. SAIDMAN, “ Copyrights: Novelty or Originality ”, Journal of the Patent Office Society, 1973, (314 - 339), (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jptos55&collection=journals&id=340&print=26§ioncount=1&ext=.pdf>), s. 319; Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc, 191 F. 2d 99 (2d Cir.1951) [Davada, eser hakkı tanınabilmesi için çalışmanın toplumun hafızasında öncekilerden ayırt edilebilir versiyon (distinguishable variation) olmasının yeterli olduğu; ‘ ayırt edilebilir versiyonun ’ ise, ‘ alelade bir kopyadan biraz fazlalık taşımayı ’ ifade ettiği belirtilmektedir] [Gregg, OPPENHEIMER, “ Originality in Art Reproductions: Variations in Search of a Theme ”, Copyright L. Sym. 207 (1982), (207 - 244), s. 209’ dan naklen (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/cpyrgt27&collection=journals&id=225&print=38§ioncount=1&ext=.pdf>)] (20. 12. 2009); ATC Distrib. Group, Inc. v. Whatever It Takes Transmission & Parts, Inc., 402 F. 3d (6th. Cir. 2005) (<http://www.ca6.uscourts.gov>).

¹⁵³ Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp., 36 F. Supp. 2d 191,197 (S.D.N.Y. 1999) (Anılan davada, Leonardo da Vinci’nin Mona Lisa tablosu da dâhil olmak üzere bir çok eski tablonun fotoğrafları üzerinde eser hakkı bulunduğu gerekçesiyle dava açan Bridgeman, kısaca “ Bu tabloların fotoğraflarına eklediği renk düzeltme / ayarlama çubuğunun eser koruması için Kanun’un aradığı orijinallik sağlamaya yeterli olduğunu; İngiliz makamlarının eser koruması tesis ettiklerini; her fotoğrafın bizzat kendisinin doğası gereği orijinallik sağlamaya yeterli olduğunu” iddia ve “ bu fotoğrafların Corel tarafından kullanımının engellenmesini” talep etmiştir. Bridgeman’ın iddiaları, Mahkemece, “ bir fotoğrafın bizzat kendisinin orijinallik sağlamaya yeterli olduğu ”, “ ancak, eser korumasında orijinallikğin yeterli olmasının, yaratıcılığın aranmadığı anlamına gelmediği ”, “ orijinallik için gerekli olan değişikliklerin Bridgeman’ ın çalışmalarında bulunmadığı ” gerekçesiyle reddedilmiş, “ eser koruması sağlanabilmesi için, çalışmadaki değişikliklerin eser sahibini teşhis eder nitelikte olması ” aranmıştır.) (WOJCIK, s. 260 vd’ dan naklen) (Bu dava, İngiliz makamlarının eser koruması tesis etmiş olmaları gerçeği ve mevcut orijinallik yaklaşımıyla bu tesisin kabulünün zorunlu olması karşısında, bir kişinin “ Mona Lisa ” tablosu gibi, başkasına aitliği Dünyaca bilinen bir eser üzerinde dahi, çok küçük çabalarla bir tekel hakkı edinebileceğini ortaya koymaktadır. Bunun nedeni, mevcut orijinallik yaklaşımının aradığı “ fotoğrafın kişinin kendi çalışması olması, kopya olmaması ” özelliğinin Bridgeman’ın fotoğrafında bulunmasıdır. Mona Lisa tablosu da yaklaşık 500 yıl öncesine ait olması ve da Vinci’nin haklarının son bulmuş olması nedeniyle bir “ serbest bilgi ” durumundadır. Ancak, eksik olan, eser hakkı tanınmasının asli amacını karşılayan unsur yani kişinin Mona Lisa tablosunun üzerine, topluma - tekel hakkı tanınmasının hakkaniyete uygun gösterecek - ne gibi bir kültürel katkı yaptığıdır. Mahkemenin red gerekçesi de, kanaatimizce - diğer hususlarda mevcut kabullerden kaynaklanan birçok yanlış yaklaşım taşımasına rağmen - bunu, yani, eser haklarında da gelişme gösterme kriterine olan ihtiyacı, isabetli olarak ortaya koymaktadır.).

ayrıcalıklı bir korumanın sağlanmasını, bazı kriterlerin aranmamasını¹⁵⁴, aranan kriterlerde de neden düşük bir düzeyin olması gerektiğini açıklamaya çalışan görüşler bulunmaktadır. Çoğunlukla eser hakları, bazen de tasarım ve topoğrafya doktrininde yer alan bu görüşlerin gerekçeleri çeşitlidir.

a - Fikrin İfade Şeklinin Korunması

Bu gerekçelerin ilki, “ eser hakları, fikrî değil, fikrin ifade şeklini korur¹⁵⁵” iddiasıdır. Bu iddianın geçerliliğini anlamak için ilk önce, fikrî mülkiyet korumasını hak eden bir fikrî üründe, şeklin mi muhtevanın mı korunacağına ilişkin tartışmanın hangi safha için geçerli olduğunun sağlıklı şekilde ortaya konması gerekir. Mantık silsilesinin zorunlu olarak gerektirmesi nedeniyle, “ fikrin mi, fikrin ifade şeklinin mi korunacağı ” tartışmasından önce, cevaplanması gereken sorular, sonuca bağlanması gereken hususlar bulunmaktadır. Bunun nedeni, bu tartışmanın da, varlığını kendisinden önceki bu hususlara borçlu olmasıdır. Öncelikle, eser haklarının ne olduğunun, bir fikrî mülkiyet hakkı olup olmadığının; daha sonra, tartışmanın gerçekleştiği yerin fikrî mülkiyet hakları olması nedeniyle, fikrî mülkiyet haklarının ne olduğunun ortaya konması gerekir. Üçüncü olarak, bir fikrî mülkiyet hakkı olan eser hakkının, koruma kapsamına alacağı fikrî çabalarda, - amacı gereği - hangi özelliği / özellikleri araması gerektiğinin prensip bazında ortaya konması şarttır. Daha sonra, sadece aranılacak bu özelliğe / özelliklere sahip olan fikrî çabaların, fikrî mülkiyet hakları anlamında eser olabileceğinin kabulü ile her çabanın, fikrî mülkiyet hakları ile muhatap olma zorunluluğunun bulunup bulunmadığının tespiti ve nihayet, fikrî mülkiyet hakları anlamında eser olarak nitelendirilemeyecek fikrî çabaların da,

¹⁵⁴ Marka, ticaret unvanı, işletme adı ve coğrafi işaret haklarında yenilik kriterinin asli işlevinde kullanılmasına engel olan ilânihaye koruma ve gerekçeleri yukarıda s. 39 vd. da incelenmiştir.

¹⁵⁵ Alan T. DWORKIN, “ Originality in the Law of Copyright ”, Copyright L. Symp. 60, 1962, s. 60 - 81, s. 61 (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/cpyrgt11&collection=journals&id=80&print=22§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009); SAIDMAN, s. 321; BAINBRIDGE, s. 5; BENTLY / SHERMAN, s. 90; TEKİNALP, s. 99 vd.; Holmes v. Hurst, 174 U.S. (1899) (<http://caselaw.lp.findlaw.com>); Mazer v. Stein, 347 US. 201 (1954) (<http://supcourt.ntis.gov>).

- himayesi gerekiyorsa - kendine uygun bir hukuki kurumla himaye edilmesinin kabulü gerekir.

- Eser hakkı, bir fikrî mülkiyet hakkı mıdır?

- Fikrî mülkiyet haklarının asli amacı toplumu geliştirmek midir?

- Bu asli amacın gerçekleşmesi için, bu amaca ulaşmayı sağlayan kişileri korumayı da tali olarak amaçlamakta mıdır?

- Bu asli ve tali amaçlar da, gelişmeyi ve onu sağlayan gerçek kişiyi tespit edip, hakkı ona vermeyi ve haktan amaca uygun şekilde faydalanmasını sağlamayı zorunlu kılar mı?

- Fikrî mülkiyet hakkı, toplumu ciddi manada kısıtlayan, toplumun maddi / manevi ciddi bir bedel ödemesini sağlayan bir tekel hakkı mıdır?

- Bu ağır bedelin ödenmesini haklı gösterecek bir karşılığın (ki bu karşılığın toplumu geliştirmek olduğu bizzat hakkın varoluş sebebi ve amacı olarak belirtilmiştir) topluma verilmesi gerekli midir?

- Eser hakkının kapsama alanı olan, kültürel / sanatsal yönden de toplumun geliştirilmesi şart mıdır?

- Bir fikrî mülkiyet hakkı olduğu kabul edilen eser hakkının, kapsama alanı olan, kültürel / sanatsal alanda toplumu geliştiren fikrî çabalara tanınması - amacı gereği - şart mıdır? Aksi düşünce eser haklarının bir fikrî mülkiyet hakkı olmasıyla çelişki doğurur mu?

- “ Fikrî mülkiyet hakkı anlamında ” sadece, toplumu, kültürel / sanatsal yönden geliştiren fikrî çabaların, eser olarak nitelendirilmesi gerekir mi?

- Her - özellikle fikrî mülkiyet hakları anlamında eser olarak nitelendirilemeyecek - fikrî çabanın, illa ki fikrî mülkiyet hakları ile muhatap olma zorunluluğunun bulunmayıp, kendine uygun bir hukuki kurumla himaye edilmesi mümkün müdür? sorularına dikkatlice bakıldığında, tümünün “ fikrin mi, fikrin ifade şeklinin mi korunacağı ” tartışmasından önce cevaplanması gereken sorular olduğu ve yanıtlarının çizdiği çerçeve içinde bu tartışmaya geçilebileceği farkedilecektir. Fikrî mülkiyet hakkıyla korunmaya layık bir fikrî ürünün sahip olması gereken kriterlerin tespiti ayrı bir husus; bu kriterlerin aradığı özelliklerin, fikrî üründe bulunup bulunmadığına ilişkin incelemenin, şekil üzerinde mi muhteva üzerinde mi yapılacağı ayrı bir husustur. Bu ayrı

olma durumu şekil - muhteva ayrımının söz konusu olacağı safhayı belirleme açısından önemlidir. Bir fikrî ürünün, fikrî mülkiyet hakkı ile korunmaya değer sayılıp sayılmayacağının belirlenmesinde kullanılacak kriterlerin ne olacağının öncelikle tespiti gerekir. Önce, örneğin, “ gelişme gösterme kriteri aranacak mıdır? ” sorusunun cevabının verilmesi gerekmektedir ki hakların asli varoluş sebebi ve amacının toplumun gelişmesini sağlama olması¹⁵⁶ karşısında, bu soruya olumlu yanıt verilmesi gerektiği, fikrî mülkiyet koruması bekleyen her fikrî ürünün bu kriteri karşılama zorunda olduğu tartışmasıdır. Ancak bundan sonra ki safhada, gelişme göstermenin şekilde mi, muhtevada mı hatta bunların oluşturduğu sinerjiyle ortaya koyduğu etkide mi yahutta bunların hepsinde mi aranacağı tartışılabilir.

Oysa günümüz eser doktrinde şekil - muhteva ayrımı, olması gereken safhanın çok öncesinde ve kapsamı dışında bir role, adeta fikrî mülkiyet korumasının varlık sebebi ve amacını tartışma işlevine soyundurulmaktadır. Bu ayrım, gelişme gösterme kriterinin yükü olan “ bir çabanın, fikrî mülkiyet hakkıyla korunmayı hak edip etmediğine (bir çabanın fikrî mülkiyet hukuku anlamında eser olup olmadığına) karar verme ” yükünün, eser haklarındaki tek koruma kriteri olan hususiyet / orijinallik kavramına yüklenmesi hatasıyla birleştiğinde, çok tehlikeli hale gelmekte, fikrî mülkiyet haklarının varlık sebebi ve amacını ortadan kaldırmaktadır. Fikrî ifade şeklinin orijinalliği başarmasının çok kolay olması; “ orijinal olmayı başarmakla, gelişme göstermeyi başarmanın ” aynı şey olmadığının gözden kaçmasıyla birleştiğinde, fikrî mülkiyet korumasının varlık sebebi ve amacı tamamen ortadan kaldırılmış olmaktadır. Yani, masum bir safha belirleme hatası olarak kalmamakta, önceki safhada kabulü gereken “ fikrî ürünün gelişme göstermesi ” zorunluluğu - bu safha doğrudan atlanmış olduğundan - dikkatten kaçmakta ve ‘ fikrî mülkiyet hakkıyla korunmaya layık ’ bir fikrî ürünün sahip olması gereken en temel özelliğin unutulmasına neden olmaktadır. Bir kişi, Shakespeare’in “ *olmak ya da olmamak. İşte bütün*

¹⁵⁶ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 136; TEKİNALP, s. 31 vd. ; BARTON, s. 476.

mesele bu. ” cümlesinin varolduğu bir ortamda, bu fikrin kendi orijinal fikri olduğunu iddia edemeyecektir. Etse bile bu kabul görmeyecektir. Hele hele, bu fikir üzerinde bir hak iddia edebilmesi mümkün değilken, bir tekel hakkı verilmesi imkânsız olacaktır. Buna karşılık, aynı fikri başka kelimelerle ifade ettiğinde, “ ifade şeklinin kendi orijinal ifade şekli olduğunu ” rahatlıkla iddia edebilecek hatta bunun kabulü dahi gerekebilecektir. Yani, “ fikrin ifade şekli ”, orijinallik incelemesini “ fikre ” nazaran çok daha kolay şekilde geçebilecektir. Dolayısıyla (günümüz eser hukukunda olduğu gibi) bir çabanın, fikrî mülkiyet hakkıyla korunmayı hak edip etmediğine karar verme yükünün sadece orijinallik kavramında bulunduğu bir ortamda, hakkı elde edebilecektir. Oysa, bir önceki safhada ortaya konulan hususların - bu safha doğrudan atlanılmadan - dikkate alınması halinde, bu fikrî çaba fikrî ürünün gelişme göstermesi zorunluluğu yönünden de incelenecek ve ister fikir isterse ifade şeklinde olsun toplumu geliştiren, onun bilgi havuzuna katkı sağlayan ne gibi bir özelliği bulunduğu sorgulanacak; hak etmiyorsa korumadan faydalanması engellenecektir. Shakespeare tarafından ortaya konulan cümle, görünüşte (yani ifade şekli bağlamında) herkesin serbestçe kullanabileceği birkaç kelimeden ve herkesin bildiği basit bir gerçeklikten müteşekkildir. Ancak, bu birkaç kelimeden ve herkesin bildiği basit bir gerçeklikten müteşekkil cümlenin, felsefi derinliği de dikkate alındığında, anlattığı mana üzerine belki bir kütüphane dolusu eser yazılabilecektir. Bu kadar geniş bir manayı bir cümleye yükleyebilmek, fikrî bir yetenek olmasının yanı sıra çok ciddi bir fikrî çabayı gerektirir. İşte tekel hakkı ile ödüllendirilen de zaten budur. Bu vb. bir fikir veya ifade şeklini kapsayan bir fikrî ürün üzerinde, bu kişiye bir fikrî mülkiyet hakkı tanınmasını ve toplumun kısıtlanmasını meşru gösterecek yegâne sebep de, Shakespeare’ın topluma verdiği katkının üzerine, bir katkıyı topluma vermiş yani gelişme göstermiş olmasıdır. Şüphesiz, herkesten bir Shakespeare olması beklenemez. Ancak, Shakespeare’la aynı korumaya¹⁵⁷ sahip olmayı arzulayan bir kişinin, en

¹⁵⁷ Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp., 36 F. Supp. 2d 191,197 (S.D.N.Y. 1999) (Anılan davada, Leonardo da Vinci’nin Mona Lisa tablosu da dâhil olmak üzere bir çok eski tablonun

azından Shakespeare'ın eserine, toplumu geliştirdiği kabul edilebilecek bir katkısı ortaya koyması gerekir. Orijinal olmayı başarmakla, gelişme göstermeyi başarma aynı şey değildir. Tekel korumasını hak edecek kişinin de gelişme göstermeyi başarması öncelikli şarttır, yoksa bunun fikirde mi, fikrin ifade şeklinde mi olduğu değildir. Kısaca, ister eser isterse başka bir fikrî mülkiyet hak türü olsun; ister orijinallik isterse başka bir kriter adı altında incelensin; ister fikir de isterse fikrin ifade şeklinde aransın, fikrî mülkiyet hakkı korumasını arzulayan / hak eden bir fikrî ürünün mutlaka taşıması gereken özelliği toplumu geliştirmesi, onun bilgi havuzuna katkı sağlamasıdır. Bu da, “ fikirde mi, fikrin ifade şeklinde mi? ” tartışmasının safhasının doğru olarak belirlenmesini, önceki safhada kabulü gereken fikrî ürünün gelişme göstermesi zorunluluğunun - bu safha doğrudan atlanmamak suretiyle - dikkatten kaçmamasının sağlanmasını ve fikrî mülkiyet hakkıyla korunmaya layık bir fikrî ürünün sahip olması gereken en temel özelliğin incelenmesini gerekli kılmaktadır.

Bu safha sorunu incelendikten sonra, iddianın kendisini ele aldığımızda, gerekçenin fikrî mülkiyet hukukuna temelden aykırılığı daha net ortaya çıkmaktadır. “ Fikir, toplumun daha önceki birikimine dâhil olduğundan serbesttir, herkese aittir, kullanımı bir kişinin tekeline verilemez ve engellenemez; sadece ifade şekli kişiden kişiye değişiklik gösterebilir, bu nedenle hak / tekel hakkı, sadece bu ifade şekli üzerinde tanınabilir. İfade şekli de kişiden kişiye değişiklik gösterebildiği için, bir kişi, önceki bir fikrin ifade şeklini aynen kopyalamadıkça¹⁵⁸, kendi ifade şekline, kendi bağımsız yaratmasına sahip olacaktır ve bu ifade şekli üzerinde de kendi tekel hakkı oluşacaktır. Aynen kopyalamama sonucunda oluşan farklılık nedeniyle, bağımsız yaratma da orijinallliği sağlamaya ve fikrî mülkiyet hakkıyla

fotoğrafları üzerinde eser hakkı bulunduğu gerekçesiyle dava açan Bridgeman'ın gerekçelerinden biri de “ İngiliz makamlarının eser koruması tesis ettikleridir ”) (WOJCIK, s. 260 vd'dan naklen).

¹⁵⁸ SAIDMAN, s. 319; Aynı yönde CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82; TORREMANS, s. 178; FELLNER, s. 68; SAIDMAN, s. 319; Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc, 191 F. 2d 99 (2d Cir.1951) (OPPENHEIMER, s. 209'dan naklen); ATC Distrib. Group, Inc. v. Whatever It Takes Transmission & Parts, Inc., 402 F. 3d (6th. Cir. 2005) (<http://www.ca6.uscourts.gov>).

korunmaya yeterlidir¹⁵⁹.” şeklinde özetlenebilecek bir mantık yürütmeyi temel edinen bu gerekçe, ilk bakışta akla yatkın gözükse de, hayatın gerçekleri karşısında, fikrî mülkiyet hukukuna taban tabana zıttır.

Birincisi, görüşün fikri “ mutlak olarak (her durumda) toplumun malı kabul ” eden, çıkış noktasındaki hatasıdır. Fikrin (muhtevanın), “ mutlak olarak toplumun malı olması ” ancak iki şekilde söz konusu olabilir. Ya, bu fikirde hiçbir değişiklik, gelişme olması, fikre bir katkı sağlanması mümkün değildir; fikir her şartta aynı haldedir ve bu hal toplumun malıdır, her zaman da öyle kalır. Yahut da, fikri değiştiren, geliştiren; fikre bir katkı sağlayan kişilerin bu faaliyetleriyle ilgili bir hak talebi yoktur, topluma hibe etmişlerdir / hibe etmek zorundadırlar. Fikrin her şartta aynı halde kalacağı iddiası, toplumun / insanlığın fikirsel bazda gelişme göstermeyeceği iddiasıyla aynı anlama gelmekte olup, insanlık tarihi ve gelişimi karşısında böyle bir düşüncenin abesliği ortadadır. Fikri üzerinde koruma talebinde bulunan bir kişinin ise çabasını hibe etme niyeti taşımadığı açıktır. Son ihtimal olan, kişinin bu hibeyi yapma zorunda olması ise, bu çabanın karşılığını vermek için varolduğunu iddia eden bir fikrî mülkiyet hukukunun varlığı karşısında kabul edilemeyecektir. Özetle, fikrin geliştirilebileceği ve çabanın korunabileceği gerçeği karşısında, ortaya iki seçenek çıkmaktadır. Fikirde bir geliştirme yoksa elbette ki korunacak bir şey de yoktur. Eğer bir geliştirme varsa, bu da fikrin, artık toplumun malı durumundaki eski fikir olmadığı, yani toplumun malı olan halinin kapsamı dışına çıkıldığını ortaya koyar. İşte bu kapsam dışına çıkan kısımda, üzerinde fikrî mülkiyet hakkının tesis edilebileceği kısımdır. Yani bir kişinin tekeline verilebilmek yönünden fikrin de, fikrin ifade şeklinden bir farkı yoktur. Fikri oluşturan kelimelerin veya muhtevanın “ bir kısmının ” daha önce toplumun birikimine dâhil olması, fikrin muhtevasına kişisel bir katkı yapılmadığı yani fikrin muhtevasının gelişme göstermediği, muhtevanın toplumun birikimindeki haliyle aynen kaldığı anlamına gelemaz. Muhtevaya yapılan bu katkı da, toplumun birikiminde daha önce hiç bulunmamış bir

¹⁵⁹ SAIDMAN, s. 319 vd. ; Aynı yönde Nuşin AYİTER, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. b. , Ankara, 1981, s. 42.

muhteva olabileceği gibi, bu fikirle bağlantılı olduğu o zamana kadar fark edilmemiş, öngörülememiş ama yine de toplumun birikiminde daha önce varolan bir muhteva dahi olabilir. Tıpkı, tekniğin çok farklı bir alanındaki “ daha önce bilinen ” bir uygulamanın, tekniğin diğer bir alanındaki bir spesifik problemin çözümünde “ öngörülemeyen ” halde kullanılarak yeni bir buluşun gerçekleştirilmesi gibi¹⁶⁰. Bu uç örnekte dahi, her ikisi de ayrı ayrı toplumun birikimine dâhil olan fikrî muhtevaların, daha önce öngörülememiş halde bir araya getirilmesiyle yepyeni bir fikrî muhtevanın oluşturulması söz konusudur. Hatta bu muhtevaların sinerjisi sonucunda, bu fikrî muhtevalardan tamamen bağımsız bir muhtevanın dahi öngörülmesi mümkün olabilir. Fikrin ifade şekliyle hiç ilgisi olmayan, tamamen muhtevaya ilişkin bu gelişme gösterme, bu katkı çeşitleri üzerinde toplumun tüm yararlanma şekilleri açısından serbest kullanım hakkı iddia edilemez. Oluşan yeni fikir topluma ait değildir, ancak toplum, oluşan bu yeni fikirden faydalanacak, bu fikir sayesinde gelişecektir. Fikrî mülkiyet haklarının asli varoluş sebebi ve amacı da zaten kişilerin çabasını ödüllendirmek suretiyle, onları toplumu geliştirecek yeni fikirler üretmeye sevk etmek ve toplumunun gelişiminin sürekliliğini sağlamaktır¹⁶¹. Özetle, bir fikrî ürünü, fikrî mülkiyet hakkıyla korunmaya değer kılan, ona koruma için gereken vasıfları kazandıran unsur, sadece fikrin ifade şeklinde değil, bizzat muhtevasında da bulanabilir.

Üstelik, bir fikrin içeriğini oluşturan malzemelerin hepsi veya büyük bir kısmının - doğa, tarih, bilim, kültür vb. nin nakledegeldiği bilgiler yani “ toplumun bilgi havuzunda yer alan bilgiler ” olması nedeniyle - serbest, herkese ait oluşu, sadece eser haklarında söz konusu olan bir durum da değildir. Diğer fikrî ürünlerde de geçerlidir ve fikrî ürünün varlık sebebidir. İnsanlığın gelişimine karşılık verilen bu haklarda, gelişimin, hak tanınmasını gerektiren bir durumun var olup olmadığı kıyaslamasının yapılabilmesi, gelişimden söz edilebilmesi için bir başlangıç noktasına ihtiyaç

¹⁶⁰ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 117; AYİTER, İhtira, s. 45.

¹⁶¹ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 12; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 136; TEKİNALP, s. 32.

vardır. Her fikrî mülkiyet hakkı türünde - kendi alanındaki ilk örnek olan fikrî ürünler hariç - çıkış noktası hep bu serbest bilgilerdir. Örneğin, eser haklarında “ aşk ” nasıl bir tema ise, patent hakkında “ uçmak ” fikri de bir çıkış noktası / temadır. Eser hakkında bir yazar toplumdaki “ aşk ” temasına ilişkin serbest bilgileri alır, ona kendindeki duygu ve düşüncüyü katar, toplumun kültürel / duygusal vb. seviyesine kendine has bir katkı yapar. Patent hakkında da, bir buluş sahibi, toplumdaki “ uçmak ” temasına ilişkin serbest bilgileri alır, kendi ilişkilendirme yeteneği ve düşünme sistemini katar, toplumun teknik bilgi seviyesine kendine has bir katkı yapar. Bu andan itibaren tartışılacak olan, gerek bu yazar gerekse buluş sahibi tarafından “ kendisince ortaya konulduğu iddia olunan katkının ” gerçekten bir katkı olup olmadığı, bu katkının gerçekten o kişiye has olup olmadığı ve - daha sonraki aşamada - eğer bir katkı varsa bunun yazara / buluş sahibine bir tekel hakkı sağlanmasını gerektirecek düzeyde olup olmadığıdır. Aşkın bir duygu olmasına dayanarak, yazarın ürünü sadece bu duygunun bir ifade şekli olmaya indirgenemez. O ifadeyi okuyan kişi, sadece aşkın bir ifade şeklini değil, - aşkın muhtevası kapsamındaki - “ bu duygunun insana neler hissettirebileceğini ” de öğrenir. Günümüzde, eser hakları dışındaki haklarda da serbest bilgiler kullanılmasına rağmen bunların sınırları rahatlıkla tespit edilebilmekte, serbest bilgilerin kullanılmış olması orijinallik, gelişme gösterme kriterlerinde herhangi bir düzey değişikliği veya istisnai uygulamalar yapılmasına neden olmamakta ve buna gerekçe gösterilmemektedir.

Alman doktrinde de, muhtevayı dışlayan benzeri “ *eser haklarında, eserin içeriğini oluşturan malzemelerin hepsi veya büyük bir kısmının - doğa, tarih, bilim, kültür vb.nin nakled geldiği - serbest, herkese ait bilgiler oluşu nedeniyle, esas itibariyle muhteva veya konunun korunmaması gerekir. Şeklin hususiyet taşıması lazım ve yeterlidir*¹⁶²” görüşüne katılan Ayiter dahi, bir yandan serbest bilgilerin korunmaması gerektiğini ifade ederken, öte yandan “ yaratıcı zihnin dış alemden topladıklarını işleyerek, bunlara çok defa

¹⁶² A. TROLLER, Immaterialgüterrecht 1959, C. I, s. 380 vd. ; A. ZSCHOKKE, der Werkbegriff im Urheberrecht Diss., Bern, 1966, s. 13 (AYİTER, s. 42’den naklen).

kendi hayal gücünün ürünlerini de kattığını¹⁶³, yani fikrî ürünün salt serbest bilgilerden oluşmadığını - tüm fikrî mülkiyet haklarının verilme nedeni olan - kişisel katkıyı da içerdiğini belirtmektedir. Tüm fikrî mülkiyet haklarında, fikrî ürün sahibi, toplumdan serbest olan bilgiyi alır, ona kendinden bir katkı yapar, bu katkı belli nitelikleri (ki en başta gelen, gelişme göstermesidir) taşıyorsa fikrî mülkiyet hakkı doğar. Eserlerin de bu yönden patent, tasarım vb. den bir farkı bulunmamaktadır. Müellifin “ *yaratıcı zihnin muhtevasının bir kısmı eserin muhtevası olur* ” şeklinde ortaya koyduğu ilave faaliyet, zaten tüm türlerde fikrî mülkiyet hakkının doğup doğmamasını belirleyen faaliyettir. Eğer, bu faaliyet belli koşulları karşılıyorsa bir patent, tasarım, eser vb. bir hak doğarken, eğer bu faaliyet belli niteliklere haiz değilse böyle bir hak doğmamaktadır. Bir dağın resmini yapmak fikrinin herkesin aklına gelebilme ihtimali ne kadarsa, uçmak fikrinin de herkesin aklına gelebilme ihtimali o kadardır. Bir dağın resminin hangi açıdan yapıldığında daha tesirli olacağını belirleme nasıl ressama ait bir yetenekse¹⁶⁴, uçmanın gerçekleştirilme şeklini tespitite buluş sahibine ait bir yetenek olacaktır. O dağın resmini ortaya koymak neden daha önce kimse tarafından yapılmadıysa, uçmanın başarılması da o nedenden ötürü daha önce kimse tarafından yapılmamıştır. Çok basit bir şey bile olsa, o fikir daha önce kimsenin aklına gelmemiştir. Bu aklına ilk kez gelen kişinin de, belli koşulları sağladığı takdirde, topluma kazandırdığı bu fikri ürünü nedeniyle ödüllendirilmesi gerekir. Zaten Alman doktrininde de muhtevayı dışlayan bu görüş, zaman içinde, şeklin iç şekil ve dış şekil olarak bölünmesi, sonra da iç şeklin muhtevayı da kapsayacak şekilde geniş bir yorumuna gidilmesi halini almıştır¹⁶⁵. Bu durum, Alman doktrininin muhtevayı dışlayan görüşünün yanlışlığının da zaman içinde anlaşılmış olduğunu ortaya koymaktadır.

¹⁶³ AYİTER, s. 42.

¹⁶⁴ Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp., 36 F. Supp.2d 191,197 (S.D.N.Y. 1999) (Anılan davada, davacının koruma talebini reddeden Mahkeme, “ Fikrî ürün sahibinin, ışık, aç, film yahut kamera seçimi gibi yetenekleri nedeniyle, bir fotoğrafın koruma koşullarını karşılayabilme imkanına sahip olduğunu ” belirtmiştir.) (WOJCIK, s. 266’ dan naklen).

¹⁶⁵ AYİTER, s. 42; Karş. ARSLANLI, s. 8 (Müellif, “ *Eserde şekil yani fikrin tecessüm ettiği zarf, geniş manada anlaşılmalıdır. Eserde, şekil yalnız mahsulün dış zarfına inhisar etmeyip onun ruhunu, özünü tespit eden iç şekle, yani muhtevaya da şamil olabilir* ” düşüncesindedir.).

Yine, bu gerekçe, kendi içindeki çelişkilerin yanı sıra, bizzat muhtevası nedeniyle eser sayılabilecek bir çok fikrî ürünü de karşılamaktan uzak kalmaktadır. Bu nedenle de görüş, “ muhayyele mahsulü bir hikâye, roman, dram, musiki eserlerinin muayyen besteleri ” gibi eserin orijinalliğini, bizzat muhtevanın belirlediği eserleri açıklamakta oldukça zorlanmaktadır.

Kanaatimizce, zihni keşfetme faaliyetinin belirlenmesinde muhteva da şekil de rol oynayabilir. Bunlar bir bütündür. Bazı eserlerde şekil diğerlerinde muhteva ön plana geçebilir. Ancak, eserde orijinalliği belirleyen ana ölçü, sahibinin fikrî faaliyetinin bütünüdür. Bu faaliyetin tekel hakkı tanınmasını meşru gösterecek düzeyde gelişme sağlaması gerekir¹⁶⁶. Muhayyele mahsulü bir hikâye, roman, dram, musiki eserlerinin muayyen besteleri gibi eserin orijinalliğini bizzat muhtevanın belirlediği eserler de, bunu ortaya koymaktadır. Shakespeare’ in anılan cümlesi de muhtevanın daima galip geldiği eserlere güzel bir örnek teşkil etmektedir. Arslanlı’ nın görüşünde açıkça belirtilmese de “ fikrî faaliyetin heyeti mecmuası ” şeklinde zımnen ifade edildiğinin kabul edilmesi gereken durum, orijinalliğin veya gelişme göstermenin eserin şeklinde, muhtevasında, bunların oluşturduğu sinerjiyle ortaya koyduğu etkide veya bunların hepsinde bulunabileceğidir. Shakespeare’ in cümlesinde yer alan etkinin sadece şekil, sadece muhteva veya bunların birleşimiyle açıklanamaması da, kanaatimizce bu yüzdendir.

İkincisi, fikrin bir kişinin tekeline verilerek kullanımın engellenmesi söz konusu değildir. Herhangi bir kişi, toplumun birikimine dâhil serbest bilgileri kullanmakta, serbest bilgileri kullanıp fikrî muhtevaya kendi yeni ve farklı katkılarıyla, aynı serbest bilgiden kendi farklı fikrî muhtevasını oluşturmakta hatta gelişme gösterme özelliğini karşılayan katkılar yapmak şartıyla, bir kişi tarafından oluşturmuş yeni muhtevayı dahi kullanarak daha da gelişmiş kendi

¹⁶⁶ Aynı yönde ARSLANLI, s. 8, 9; AYİTER, s. 44 (Müellif, “ Bu zihni verim, kâh yalnız şekillendirmede, kâh malzemenin toplanıp elden geçirilmesinde, kâh bir fikrîn işlenişinde belirir. ” görüşündedir.); NAL / SULUK (KARAHAN / SARAÇ), s. 37.

fikrî ürününü ortaya koymakta bile serbesttir¹⁶⁷. Bu aynen patent hakkında, alenileşmiş bir buluşun üzerine, buluş basamağını aşan katkılar yaparak yeni bir patent hakkına sahip olmaya benzemektedir. Ancak, muhteva bakımından, toplumun birikimine dâhil serbest bilgilerin dışında yeni bir fikrî muhteva ortaya koymuş kişinin, “ kendi katkısı olan muhtevanın ”, başkalarınca tüm yararlanma şekilleri açısından serbestçe kullanılmasının engellenmesi gereklidir ki bu fikrî mülkiyet haklarının teşvik amacının gereğidir. Bu da yine toplumun faydası için yapılmıştır. Toplumun, daha büyük bir fayda için nispeten küçük bir fedakârlıkta yapması söz konusu olmaktadır ki, bu sadece eser haklarında değil, tüm fikrî mülkiyet haklarında bulunan bir özelliktir.

Muhtevaya ilişkin bu hususlar dikkate alındığında, sadece ifade şeklinin kişiden kişiye değişiklik gösterebileceği ve bunda bir tekel hakkı tanınabileceği düşüncesinin kabul edilemeyeceği üçüncü husus olarak ortaya çıkmaktadır.

Dördüncü yön, bu mantık yürütmede, ister muhtevada isterse ifade şeklinde bulunsun, bu değişikliğin neden gelişme gösterme düzeyinde olmasının aranmamasıdır. Oysa, fikrî mülkiyet haklarının amacı toplumun geliştirilmesidir. Bir fikrî mülkiyet hakkı tanınıp tanınmamasında, orijinallik kriteriyle gelişme gösterme kriteri farklı noktalara işaret eder ve hak tanınıp tanınmamasını meşru gösterecek farklı işlevleri yerine getirirler¹⁶⁸. İster ifade şeklinde isterse muhtevada bulunsun, kişiden kişiye görülebilecek değişiklikler, orijinallik koşulunu karşılamaya yeterli olsa bile, bu fikrî mülkiyet haklarının amacı olan toplumun gelişimini sağlama amacını gerçekleştirmeyebilir ki çoğu halde de gerçekleştirmez. Sadece, toplumun birikimine dâhil serbest bilgilerin kişiden kişiye değişmiş versiyonlarının bulunmasını sağlar ki, bu da toplumun yerinde kalmasından, “ raftaki aynı

¹⁶⁷ Aynı yönde BELGESAY, s. 14; ŞENOCAK / HANEDAN, s. 289; Fred Fisher, Inc v. Dillingham, 298 F. 145, 150 (SAIDMAN, s. 324 dn. 45^{ab}dan naklen).

¹⁶⁸ Aynı yönde NIMMER, M., Copyright 32 (1976), supra note 1 at 86. 2. (OPPENHEIMER, s. 213’ten naklen); Gardenia Flowers, Inc. v. Joseph Markovits, Inc., 280 F. Supp.776, 781 (S.D.N.Y. 1968) (Davada, orijinallik kriteri - gelişme gösterme kriteri ayrımı ortaya konulmuş; daha önce varolan bir çiçeğin, plastikten kopyasının yapılmış olmasında, başvuru sahibince herhangi yeni bir şeyin, bir katkının olmaması nedeniyle koruma reddedilmiştir) (OPPENHEIMER, s. 213’ten naklen)

bilgileri, fikirleri içeren kitap kalabalığından ” başka bir şey değildir. Oysa, fikrî mülkiyet haklarının amacı, kütüphane kataloglarının sayfa sayısını bu şekilde arttırmak değil, daha da gelişmiş fikirlere yol açacak, ışık tutacak gelişmiş fikirlerin ortaya çıkışını sağlamaktır. Hedeflenen, “ gelişme adı verilen merdivene ”, daha sonraki basamaklara dayanak ve temel olacak basamakların eklenmesidir. Eğer, orijinallikle, toplumun gelişmesini sağlayıp sağlamamanın test edildiği iddia ediliyorsa¹⁶⁹, o zaman da gelişme gösterme kriterinin yükü, orijinallik kriterine yüklenmiş demektir. Bu takdirde, orijinalliğin sözlük anlamının, bu işlevi de kapsayacak şekilde değiştirilmesi gerekeceği gibi, düzeyinin de gelişme gösterme kriterine uygun hale getirilmesi gerekecektir. Bu ise, hem zaman alıcı hem de yorucu bir faaliyet olacaktır. Üstelik, bu yapılsa bile fikrî mülkiyet hukukundaki terim standardizasyonu ve ahengini bozması (orijinallik diğer haklarda sadece gerçek hak sahibinin kimliğini teşhis işlevi gören bir kavram iken, eser haklarında hem bu işlevi hem de fikrî ürünün gelişme gösterip göstermediğini tespit işlevini gören bir kavram halini alacaktır), kavram kargaşasını arttırması hali devam edecektir. Hem bu kadar zaman alıcı ve yorucu bir faaliyete girmek, hem de buna rağmen kavram kargaşasını, arttırarak devam ettirmenin bir anlamı bulunmamaktadır. Yine, doktrindeki, “ *hiyerarşide daha üstte olan fikrî ürünler için hususiyet, orijinallik gibi bir koşul aranırken, hiyerarşide daha altta olan fikrî ürünler için, daha zor bir koşul olan düşünce yaratıcılığı (gelişme gösterme - Yn.) koşulunu karşılamasının istenilmesinin bir çelişki oluşturacağı ve bunun orijinallik kavramının farklı anlamlandırılmasını gerektireceği* ” şeklinde eleştirilen¹⁷⁰ yapısal bozukluk ve çelişkilere, orijinallik kavramının da olması gereken anlamından ciddi şekilde saptırılmasına gerek kalmayacaktır.

Yapılması gereken, diğer fikrî mülkiyet haklarında bulunan ve uygulanan; uygulandığında da amaca uygun sonuçlar doğurduğu ispatlanmış, - eser haklarında da, fikrî mülkiyet hakkı olması nedeniyle zaten varolması

¹⁶⁹ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say II, s. 54; OPPENHEIMER, s. 215; EREL, s. 32.

¹⁷⁰ Ünal TEKİNALP, “ Derleme Eser, Düşünce Yaratıcılığı ve Bunun ‘ Hususiyet ’ Üzerindeki Etkisi, FMR- Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2005, C. 5, S. 1 (Hususiyet), s. 76.

gereken - kriter ve terimleri kullanmak suretiyle, eser haklarındaki yaklaşımları ıslah etmektir. Yapılması gereken, salt “ fikir veya ifade şeklinde serbest bilgiler bulunduğu ” için, fikrî mülkiyet haklarının amacından saptırılması ve temel prensiplerinin bozulması değil; bu kriterlere uygun olan fikrî ürünlerin, fikrî mülkiyet hakkıyla korunması; bu kriterlere uygun olmayan çabaların sahiplerine de “ başka bir hukuki himaye türüyle korunma imkânını araştırmaları ” tavsiyesinde bulunmaktır. Gelişme gösterme kriterinin varlık sebebi, zaten serbest bilgiler üzerinde bir tekel oluşmasının engellenmesidir.

Bununla bağlantılı beşinci yön ise, ifade şeklinin farklı olmasının, toplumun birikimine nasıl bir katkı sağlamış olduğunun ve toplumu geliştirdiğinin, toplumun fikrî birikimini zenginleştirdiğinin hatta bunun gelişme gösterme kriterinin aranmamasını sağlamaya yeterli olduğunun izah edilememesidir. İster muhtevada isterse ifade şeklindeki farklılık, eğer toplumun birikimine bir katkı sağlayacak ve toplumu geliştirecek düzeyde ise, fikrî ürün, gelişme gösterme kriterini zaten aşacak olduğu için bu kriterin eser haklarında da aranılması bir problem teşkil etmeyecektir. Bu gelişme, daha önce varolmadığı için, süresinde koruma talep edilmesi halinde yenilik kriterini de evleviyetle karşılayacaktır¹⁷¹. Sağlayacağı faydalardan biri, korunmaya değer özelliği bulunmayan basit çabaların hak konusu olmasının; toplumun, zaten serbest kullanabilmesi gereken fikir ve ifade şekillerine, haksız yere, bir bedel ödemesinin önüne geçilmesi olacaktır. Ayrıca, gerçek eserlerin basit değişik versiyonlarını vb. engelleyerek, gerçek hak sahiplerinin haklarından gerektiği şekilde istifadesinin önü açılacağından eser koruması etkinleşecektir ve bu gerçek hak sahiplerini, yeni gelişmeler ortaya koymakta gerektiği şekilde teşvik edecektir. Bunun yanı sıra, 3. kişiler de basit çabalarla hak elde edemeyecekleri için, onlarda toplumu geliştiren fikrî ürünler ortaya koymaya zorlanacaktır. Özetlemek gerekirse, fikrî mülkiyet hukuku, eser haklarında gerçekleştiremediği amaç ve işlevlerini gerçekleştirmeye başlayacaktır.

¹⁷¹ Aynı yönde FRANZOSİ, s. 51 [Müellif, “ ayırt edici nitelik arz eden bir tasarım aynı zamanda yenidir ” (SULUK, s.245’ten naklen) görüşüyle, “ gelişme gösteren bir fikrî ürün, süresinde koruma talep edilmesi halinde yenilik kriterini evleviyetle karşılar ” görüşümüze paralel bir görüş ortaya koymaktadır.] .

Bu gerekçeye temel olan mantık yürütmenin zaaflarını ortaya koyan bir diğer gösterge de, kendi red sebeplerine sahip “ orijinallik dışındaki kriterlerin varlığını tespitinin zorluğu ” gerekçesiyle desteklenmeye çalışılmasıdır.

Bu gerekçe, tasarım hukukunda, “*bilinen bir çözümün, yeniden değişik yorumlarla ve yaklaşımlarla tasarlanması*” şeklinde ifade edilmektedir¹⁷².

b – Fikri Üründe Serbest Bilgilerin Kullanılması

İkinci gerekçe, “ eser haklarında, eserin içeriğini oluşturan malzemelerin hepsi veya büyük bir kısmının, doğa, tarih, bilim, kültür vb. nin nakledegeldiği, herkese ait, serbest¹⁷³ bilgiler olması nedeniyle, insanların bu unsurları kullanarak bir eser oluşturmalarının engellenemeyeceği¹⁷⁴ ” iddiasıdır. İlk gerekçeye ilişkin açıklamalarımızda da kısmen belirttiğimiz üzere, bir fikrî ürüne eser vasfını kazandıran husus, serbest bilgiler değil, bunların bir düşünce sürecinde harmanlanması, o serbest bilgiler arasındaki ilişkilerin, estetiğin, uyumun, bir gerçekliğin, bir duygunun vb. insanın kültürel, duygusal veya zihinsel yönüne hitabeden bir özelliğin keşfedilmesi veya muhtevaya daha önce serbest bilgilere dâhil olmayan bir katkının yapılması ve bu fark edilenin bir ifade şekliyle ortaya konulmasıdır¹⁷⁵. Zaten, fikrî mülkiyet koruması için aranılan yenilik ve gelişme gösterme gibi kriterlerde, bu serbest bilgilerin herkesçe rahatlıkla kullanılabilmesi, hak etmeyen bir kişinin tekeline verilmesini engellemek için konulmuştur. Bu nedenle korunma talep edilen fikrî ürünlerde tüm kriterlerin aranması; bu fikrî ürünün, serbest bilgilerin üzerine ne eklediği, toplumu geliştiren ne gibi bir katkı yaptığıının ortaya konulması gerekir. Sağlanacak koruma da serbest bilgiler üzerinde değil,

¹⁷² SULUK, s. 229 - 230.

¹⁷³ ARSLANLI, s. 8; AYİTER, s. 42.

¹⁷⁴ SAIDMAN, s. 321.

¹⁷⁵ Aynı yönde BENILY / SHERMAN, s.2 [Müellifler, “ fikrî mülkiyet hukukundaki yaratma (create) kavramının, hak sahibinin işlenmemiş malzemeleri kendi fikrî çabasında beceriyle kullanmasını ifade ettiği ” görüşündedirler.].

yapılan bu katkı üzerindedir¹⁷⁶. Örneğin, buluş basamağının aşılması şartının bile arandığı patent hakkında dahi, koruma zaten bu katkıyı ortaya koyan istemlere verilmektedir¹⁷⁷. Serbest bilgi kısmına dâhil olan istemlerin koruma altına alınması, zaten mümkün değildir¹⁷⁸. Serbest bilgilerin rahat kullanımını hedefleyen kişilerin, bir fikrî üründe bazı kriterlerin aranmaksızın hak tanınmasını değil, tam aksine tüm kriterlerin aranmasını savunmaları gerekir ki, ancak bu durumda, serbest bilgilerin dışında herhangi bir özelliği olmayan fikrî ürünlere tekel hakkı tanınmasının önüne geçilebilecek; topluma katkısı olan fikrî ürünlerde, serbest bilgiler dışındaki gelişme gösteren özelliğiyle sınırlı olarak korunabileceklerdir.

c – Bilgi Kullanımının Engellenememesi

Üçüncü gerekçe, “ insanların bir fikrî ürünlerdeki bilgiyi (örneğin, bir kitaptaki tarifi) kullanması, bundan yararlanması engellenemez¹⁷⁹ ” iddiasıdır. Eğer bu gerekçede kastedilen, bir fikrî ürün üzerindeki, sahibinin fikri çabasının karşılığı olan haklarına zarar vermeksizin kullanım ise, bu haklar amacının toplumu geliştirme olması karşısında elbette ki engellenemez. Bu nedenle, günümüz dengesinde, türlerin hiç birinde, kişisel kullanımı, hatta fikrî ürün sahibiyle rekabet oluşturmamak kaydıyla ekonomik kazanç sağlayıcı bir kullanımı dahi engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Engellenen, bir kişinin fikrî ürününün, fikrî ürün sahibiyle rekabet oluşturan bir şekilde kullanımıdır. Örneğin, bir yolcu uçağı geliştirerek patent almış kişinin, bu uçağı satın alıp yolcu taşımak suretiyle ekonomik kazanç sağlayan kişiyi dahi engelleyebilme imkânı yoktur. Patentine konu uçağı bu kişiye satmakla, hakkını tüketmesi söz konusudur ve satın alan kişinin kazanç getirici kullanımı, fikrî üründen bağımsız ve fikrî ürün sahibiyle rekabet oluşturmayan

¹⁷⁶ Aynı yönde DWORKIN, s. 68; BENTLY / SHERMAN, s. 2; Emerson v. Davies 8. Fed.Cas. 615 (No. 4436) (C. C. D. Mass. 1845) (DWORKIN, s. 68’den naklen).

¹⁷⁷ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 188; FELLNER, s. 58; MORRIS, Robert J., “ Anatomy of a Patent ”, Patent Law for Scientist and Engineers, Taylor & Francis (2005). s. 22; SULUK, s. 230.

¹⁷⁸ Aynı yönde DWORKIN, s. 63 (Müellif, “ Fikrî tekel altına verilmesi anlamına gelen bazı davalarda eser hakkının reddedildiğini ” belirtmektedir.).

¹⁷⁹ DWORKIN, s. 64; SAIDMAN, s. 330.

bir kullanımdır. Ancak, eser hakkının çoğu alt türünde, eser sahibinin fikrî ürününden faydalanmasının tek yolu, bizzat fikrî ürünün kullanımıyla gerçekleşmektedir. Örneğin, bir müzik eserinden yahut bir sinema eserinden faydalanılması, bunun toplumu oluşturan kişilere tekrar tekrar arzıyla söz konusu olmaktadır. Bu tür bir eserden “ bağımsız ” ve fikrî ürün sahibiyle rekabet oluşturmayan bir kullanımın “ mümkün olması ” halinde, bu da elbette engellenemez. Bu yönüyle eser haklarının da, diğer fikrî mülkiyet haklarından bir farkı bulunmamaktadır.

Eğer kastedilen “ bir kişinin fikrî ürününe dair hiçbir hak iddiasında bulunamayacağı bir kullanım ” ise, bu öncelikle haklarının teşvik amaç ve iradesinin inkârı; “ kültürel yöne ilişkin fikrî ürün geliştiren kişilerin, bu çabaları üzerindeki haklarını, topluma hibe etmek zorunda bulundukları ” anlamına gelmektedir. Bu mantığın, hakların amaçlarına aykırılığı açıktır. Günümüz dengesinde kişinin, bizzat kendisinin yapmış olduğu katkı üzerinde süreyle sınırlı bir tekel hakkı olması, teşvik özelliğinin gereğidir. Hiç kimseye de hak tesisi için şartları sağlamaksızın, hak sahibinin bu haklarının teşvik niteliğini ortadan kaldıracak, onu bu haklara ortak edecek bir kullanım imkânı da verilemeyecektir. Hak, serbest bilgiler üzerinde değil, kişinin katkısı üzerinde tesis edilmektedir¹⁸⁰.

d - Standart Bir Düzey Konulmasının Zorluğu

Dördüncü gerekçe, “ her fikrî ürüne uygulanabilecek standart bir düzey, kriter konulmasının (gelişme, yenilik, orijinallik gibi kavramların subjektif olması nedeniyle) zor olması¹⁸¹; bir fikrî ürünün estetiği vb. hususlarının korunmaya değer olup olmadığının halk tarafından anlaşılamayabileceği¹⁸², bir eserde korunması istenilen kısımların patentlerdeki istemler gibi kolaylıkla tarif edilemeyeceği ve

¹⁸⁰ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 188; FELLNER, s. 58; MORRIS, s. 22; SULUK, s. 230.

¹⁸¹ OPPENHEIMER, s. 214; SAIDMAN, s. 331.

¹⁸² OPPENHEIMER, s. 214 - 215; DWORKIN, s. 67; SAIDMAN, s. 335.

açıklanamayacağı¹⁸³ ” gibi, uygulamada zorluk çıkaracağı düşünülen halleri temel edinen bir gerekçedir. Ancak bu temelli gerekçelerin, ilk gerekçe de olduğu gibi inceleme safhasına ilişkin olduğu açıktır. “ Korunmaya layık bir eserin sahip olması gereken kriterlerin tespiti ” ayrı bir husus, “ bu kriterlerin bulunup bulunmadığına ilişkin incelemenin, kim tarafından, ne şekilde yapılacağı, nelere dikkat edileceği vb. ” ayrı bir husustur. Burada da yine bir “ safha belirleme ” sorunu bulunmaktadır. “ Gelişme göstermenin varlığını tespit çeşitli yönlerden zordur, o halde gelişme gösterme koşulunu aramayalım” gibi bir yaklaşım kabul edilemeyecektir. Burada yapılması gereken, hakların varoluş sebebi ve amacı yönünden elzem bir kriteri tartışmak değil, - ne kadar zor olursa olsun - bu kriterin varlığı veya yokluğunu belirlemede kullanılacak prensipleri bulmaktır. Bu prensiplerin tespiti de, diğer fikrî mülkiyet haklarında bulunan ve uygulanan; uygulandığında da amaca uygun sonuçlar doğurduğu ispatlanmış uygulamaların, eser haklarında da kullanılması halinde hiç de zor değildir. Başvuruya - koruma koşullarının bulunmadığı gerekçesiyle - itiraz imkânı tanınmış bir incelemesiz sistemden, [kişinin kendisine ait fikrî çaba kısmının, eser (fikrî mülkiyet) hakkıyla korunmayı hak etmediği ancak korunmasının gerektiği kanaatine ulaşılabilen durumlarda] başka bir hukuki himaye ile örneğin haksız rekabet vb. bir yolla korunabilmesine kadar, çeşitli uygulama imkânları, günümüz fikrî mülkiyet hukuku içinde zaten mevcuttur¹⁸⁴.

e – Araştırma Zorluğu

Bir başka gerekçe “ eser haklarında, tüm kriterler aranır, korunma talep eden kişinin geniş ve imkânsız bir araştırma sürecine girmesi gerekir¹⁸⁵ ” iddiasıdır. Öncelikle, bir fikrî ürün ortaya koyduğunu iddia eden kişinin, ne

¹⁸³ SAIDMAN, s. 334.

¹⁸⁴ Gerek bu prensiplerin tespiti gerekse fikrî mülkiyet hukuku içinde mevcut bulunan ve prensiplerin tespitinde kullanılma kabiliyetini haiz uygulamalar, ayrı çalışma / çalışmalar konusu yapılabilecek kadar geniş olduğundan, bu bölümde ayrıntısına girilmemiştir.

¹⁸⁵ SAIDMAN, s. 333.

düşündüğünü, ne yaptığını vb. bilmemesi mantığa aykırıdır¹⁸⁶. Bu kişinin, en azından kullandığı serbest veya serbest olmayan bilgileri “ büyük ölçüde ” tespit edebilmesi, “ kendisinin ne yaptığını bilmesinin ” bir gereğidir. Elbetteki, bir kişinin kıyaslanması gereken tüm fikrî ürünleri ve dolayısıyla ürününün taşıdığı bir kısım içeriğin, aslında daha önceki bir fikrî üründe yer aldığını yani “ serbest olmayan bir bilgi olduğunu ” bilmesi mümkün olmayabilir. Ancak bu, “ başkasına ait olup olmadığını bilmediği bir şeyin ‘ tekel niteliğindeki ’ hakla sahibi yapılmasını ” yani “ bilgisizliğinin mükâfatlandırılmasını ” zorunlu kılmadığı gibi, bu kişinin “ bilgisizliğinin cezasının, önceki fikrî ürünü ortaya koymuş kişiye verilmesini de ” gerektirmez. Bu kişiye tanınacak bir fikrî mülkiyet hakkı, önceki fikri ürünü ortaya koymuş kişinin tekel hakkının etkisizleştirilmesi ve gerekli faydayı alamaması suretiyle zarar görmesi, cezalandırılması anlamına gelmektedir.

Üstelik, “ eser haklarında, tüm kriterler aranırsa, korunma talep eden kişinin geniş ve imkansız bir araştırma sürecine girmesi ” her halde şart değildir. Örneğin, tasarım haklarındaki incelemesiz sistemde olduğu gibi, eser hakkının koruma altına alınması, diğer kişilere kriterin bulunmaması nedeniyle itiraz ve hükümsüzlüğü sağlama imkânının verilmesi ve hükümsüz kılınan bir eserden kişinin faydalanmasının engellenmesi düzenlenebilir. Bu, eser ortaya koyduğunu iddia eden kişinin, - tüm kriterler aranmasına rağmen - geniş ve imkânsız bir araştırma sürecine girmesi zorunluluğunu ortadan kaldırdığı gibi; 3. kişilere de “ bu fikrî ürünün, kendisinin sahibi olduğu fikrî ürün karşısında, amaca uygun kriterleri taşımadığı için, fikrî mülkiyet hakkıyla korunmaması gerektiğini ortaya koyma; hakkı hükümsüz kılma ve kendi hakkına tecavüz teşkil eden bir ürünün ‘ fikrî ürün olarak korunması ve kendi hakkını etkisizleştirmesini ’ önleme ” imkânı verecek ve bu 3. kişilerin muhtemel mağduriyetlerine de engel olacaktır. Nitekim gelişme gösterme (buluş basamağının aşılması) kriterinin arandığı patent haklarında dahi, üstelik Dünya genelinde araştırma yapılarak patent verilmesine rağmen, “ önceki bir

¹⁸⁶ Aynı yönde ÖZTAN, s. 100.

fikrî ürün karşısında koruma kriterinin bulunmadığı ” ispatlanarak patentin hükümsüzlüğü sağlanabilmekte, iptal edilen patentin sahibi, bu patenti kullanarak önceki patent sahibinin hakkına tecavüz edememektedir. Eser haklarında da, bu imkân verildiği ve ispatlandığı takdirde, sonraki kişinin hak sahipliğini meşru gösterecek hiçbir neden kalmamaktadır. Oysa, - bu gerekçe sayesinde - günümüzde, eser haklarında, gerçek eser sahibi, sadece “ bu kişinin kendisine karşı girdiği tecavüz iddiasını bertaraf edebilme ” imkanına sahiptir. Hatta, bazı mahkeme kararlarında, kişinin başka bir eserdeki özellikleri kullanmasının kasıtlı olmaması halinde, bunun hak sahipliğine engel teşkil etmeyeceği dahi vurgulanabilmektedir¹⁸⁷. Tüm kriterler aranmadığı için, sonraki eser (olduğu iddia olunan çaba) sahibi bu fikrî üründen - toplum ve gerçek eser sahibinin menfaatleri aleyhine - faydalanmaya devam etmekte, sadece önceki eser sahibine karşı hukuki girişimde bulunamamaktadır. Özetlemek gerekirse, üçüncü kişilere koruma koşulunun bulunmadığı gerekçesiyle itiraz ve hükümsüzlüğü sağlama imkânının verildiği bir incelemesiz sistemle de olsa, eser haklarında da tüm kriterlerin bulunması şart koşulabilir. Bu, eser hakkının koruma altına alınmasını da, korunmaması gereken bir eserden kişinin faydalanmasının engellenmesini de sağlayacaktır. Bu çözüm, hakların amacı yönünden elzem kriterlerin, bu gerekçe ile eser hakları yönünden aranmaması durumunu da ortadan kaldırmaktadır.

f - Engelleme Yetkisinin Bulunmaması

Önceki gerekçeye benzer bir diğer gerekçe de, “ sonraki eser sahibinin öncekini engelleme yetkisinin bulunmaması karşısında, önceden ortaya konulmuş fikrî ürünleri bilmekten sorumlu tutulamayacağı; dolayısıyla orijinallik dışındaki özelliklerin bulunmasının şart olmadığı¹⁸⁸ ” şeklinde ifade edilebilecek iddiadır. Bu gerekçe, ilk bakışta, kendi içinde bir denge kurmuş

¹⁸⁷ Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc, 191 F. 2d 99 (2nd Cir. 1951) (DWORKIN, s. 71’den naklen).

¹⁸⁸ Aynı yönde DWORKIN, s. 63; SAIDMAN, s. 330; [Fred Fisher, Inc v. Dillingham, 298 Fed 145 (S.D.N.Y. 1924); Morse v. Fields, 127 F. Supp. 63 (S.D.N.Y. 1954); Gordon v. Weir, 111 F. Supp. 117 (E.D. Mich. 1953), aff’d mem. ,216 F. 2d 508 (6th Cir.1954)] (DWORKIN, s. 63’ten naklen).

gözükse de, fikrî mülkiyet haklarının tanımından amacına kadar geniş bir yelpazede aykırılıklar içermektedir. Fikrî mülkiyet haklarının en önemli özelliklerinden biri, mutlak hak olmasıdır ki, bu da fikrî ürün sahiplerini teşvik amaçlıdır. Bu hakların asli amacı olan toplumun gelişimini sağlama da, bu teşvike bağımlı bulunmaktadır. Oysa bu gerekçe, eser hakkını - hem önceki hem de sonraki fikrî ürün sahipleri içinde geçerli olacak şekilde - mutlak hak olma durumundan çıkarmaktadır. Hak, bizzat eserden maddî ve manevî olarak faydalanan en önemli rakibe karşı ileri sürülememektedir¹⁸⁹. Bu, gerek önceki gerekse sonraki fikrî ürün sahibinin eserden gerektiği şekilde faydalanamamasını sağlamanın yanı sıra, esere ilişkin fikrî mülkiyet korumasının da etkisizleşmesine neden olmaktadır. Bu gerekçenin de dâhil olduğu mantık nedeniyle, eser hakları, sanki diğer fikrî mülkiyet haklarından farklı bir hakmış imajı oluşmakta; bu hem fikrî mülkiyet haklarının genel yapısındaki ahengi; hem de eser haklarının genel yapısını bozmaktadır. Üstelik, “ toplumun bilgi havuzuna katkı – mutlak hak ” terazisinde, kefedekilerden biri olan mutlak hak kaldırınca, karşı kefedeki toplumun bilgi havuzuna katkıya da gerek kalmadığı “ dolayısıyla eser haklarında toplumun bilgi havuzuna katkı sağlanmasını gerektiren bir koşula ihtiyaç bulunmadığı ” sonucunu doğuran çok tehlikeli bir yola sapılmasına neden olunmaktadır. Toplumun bilgi havuzuna katkının bulunmadığı, sadece “ mevcutların kendi aralarındaki rekabetinin ” söz konusu olduğu bir ortamda, gelişimin söz konusu olmayacağı açıktır.

Bu mantık, sonraki fikrî ürün sahibinin tekel hakkını ortadan kaldırdığı gibi önceki fikrî ürün sahibinin tekel hakkını da ortadan kaldırmaktadır. O da sonraki fikrî ürün sahibine karşı tekel hakkını kullanamamaktadır. Burada, korunmayı hak edecek özellikleri bulunmayan sonraki fikrî ürün sahibinin, tekel hakkını hak edecek bir durumu da bulunmayacağından bir kaybı zaten söz konusu değildir. Ancak, “ tekel hakkını hak ettirecek özelliklere sahip önceki eser ” (yani gerçek hak) sahibinin, eserinden hakkın amacına uygun

¹⁸⁹ Aynı yönde NAL / SULUK (KARAHAN / SARAÇ), s. 40.

verimi alması engellenmektedir. Bu, toplumun lokomotifi durumundaki gerçek hak sahibini manevi yönden olumsuz etkileyeceği gibi, toplumu geliştirecek yeni fikir ürünleri üretmedeki şevkini de kıracaktır¹⁹⁰. Bunun yanı sıra, gerçek eserin dejenere edilmesi de söz konusudur. Oysa, diğer fikrî mülkiyet haklarında fikrî ürünün dejenere edilmesi de engellenmeye ve buna karşı korunmaya da özel olarak çalışılmaktadır. Tüm bu zararlar biraraya getirildiğinde bu mantığın, fikrî mülkiyet haklarının tüm amaçlarına aykırı sonuçları barındırdığı açık şekilde ortaya çıkmaktadır.

g - Şartları Sağlayan Fikrî Ürün Bulmanın Güçlüğü

Bir diğer gerekçe, “ bir fikrî ürünün taşınması gereken niteliklerin tamamı aranır ve bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinde titiz davranılırsa, bu şartları sağlayan fikrî ürün bulmak güçleşir¹⁹¹ ” iddiasıdır. Ancak, bu gerekçe de, fikrî mülkiyet korumasının amacı ve hakkaniyetle temelden zıtlık göstermektedir. Öncelikle, - yukarıda¹⁹² da izah ettiğimiz üzere - her insanın bir fikrî mülkiyet koruması elde etme hakkı vardır, ancak bu, hak etmeyen insanlara da bu korumanın bahşedilmesini zorunlu kılmamaktadır. Toplumun gelişmesini sağlayan, korumayı hak edecek fikrî çabayı ortaya koyan, herkes bu hakka sahip olabilir. Bir an için “ bu şartları sağlayan fikrî ürün bulmanın güçleşecek olması ” iddiasının doğruluğu farzedilse bile, bu, topluma hiçbir katkı sağlamayan ürünlere, toplumu kısıtlayan bir koruma sağlanmasının gerekçesi olamaz. Bu, toplumun hem gelişmekten mahrum bırakılması¹⁹³, hem de zaten serbest kullanabileceği, varolan bir fikrî ürüne ancak bedel ödeyerek sahip olabilmesi gibi iki farklı zararı topluma; gerçek hak sahiplerini, bunu hak etmeyen insanlarla eşit kılarak, bu kişilerin çaba göstermekten vazgeçmesine neden olmak ve bu kişilerin hak ettiği koruma yerine mutlak hak niteliği kaldırıldığı için niteliksiz hale gelmiş bir koruma ile hak ettikleri

¹⁹⁰ Aynı yönde SULUK / NAL (KARAHAN / SARAÇ), s. 31.

¹⁹¹ BENTLY / SHERMAN, s. 624 dn. 11 ve 12 deki müellifler; SULUK, s. 262.

¹⁹² Bkz. s. 18 vd.

¹⁹³ Tasarımlardaki mevcut yaklaşımın, yaratıcı tasarımlara engel olduğu görüşü için bkz. FRANZOSİ, s. 67 (BENTLY / SHERMAN, s. 624 dn.6’dan naklen).

kazanımlara engel olmak gibi iki zararı da “ fikrî ürünü ilk kez ortaya koyan gerçek hak sahibine ” vermekte, buna karşılık hak etmeyen bir kişiye menfaat sağlamaktadır. Bu sonuçlar hukukun temel ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi, fikrî mülkiyet korumasının amaçlarıyla taban tabana zıtlık göstermektedir. İkinci olarak, bu şartları sağlayan fikrî ürün bulmanın güçleşecek olması, hiç fikrî ürün ortaya konulmayacağı anlamına gelmeyecektir. Kaldı ki, “ bu şartları sağlayan fikrî ürün bulmanın güçleşecek olması “ iddiasına katılmak mümkün de değildir. Sadece korunmayı hak eden fikrî ürünlerin ve sahiplerinin korunması, hem fikrî ürün üreticilerinin hem de fikrî ürünlerin sayısını arttıracaktır. Bu uygulama, bir yandan, korunmayı hak eden fikrî ürün sahiplerinin haksızlığa uğramamalarını ve şevklerinin kırılmamasını sağlayacağından yeni, gelişme sağlayıcı ürünler ortaya koymaları teşvik fonksiyonunu gerçekleştirecek ve mevcut bu kişilerin adedini sabit tutacaktır. Diğer yandan da; geliştirme için gerekli yeteneklere sahip olduğu halde, kolaycılığa kaçan kişilerin yeteneklerini kullanmalarını ve bunların da gerçek fikrî ürün üreticilerinin arasına katılmasını sağlayacaktır. Azaltacağı şey ise, gerçek eserlerin versiyonlarının oluşturduğu gereksiz kalabalık ve fikrî ürünlerin dejenerasyonu olacaktır.

h - Emek Harcanması

Bu tarz ayrıcalıkları haklı gösterememekle birlikte, başka bir yönden kısmi haklılık payı içeren gerekçe ise, “ çaba ve emek harcamış kişilerin, bu çaba ve emeğinin de korunması gerektiği” görüşüdür. Bu kişilerin çaba ve emeğinin de korunması kesinlikle gerekmesine rağmen, bunun illa ki fikrî mülkiyet korumasıyla olması şart değildir¹⁹⁴. Bu çaba ve emekleri koruyabilecek başka hukuki kurumlar mevcuttur.

Bu gerekçelerin neredeyse tamamı, eser hakları kaynaklı olup, diğer kriterlerin uygulanmaması ile orijinallik kavramının, eser haklarında, kendi

¹⁹⁴ Aynı yönde ÖZTAN, s. 102.

anlam ve işleviyle sınırlı olarak kullanılmaması, eser vasfının yani “ tekel niteliğindeki hakla korunma imkânının kazanılıp kazanılmayacağını tespit ” işlevinde kullanılması sonucunu doğurmaktadır. Bu, diğer fikrî ürünlerin gelişme gösterme kriterini karşılayarak ulaştıkları tekel hakkına, eserlerin sadece orijinallik gibi, üstelik düzeyi de sözlük anlamından dahi düşük tutularak “ kopya olmamaya ” kadar indirgenmiş¹⁹⁵ bir kriteri karşılayarak kavuştuğu anlamına gelmektedir. Doktrinde, koruma için aranması gereken koşullar yönünden, eserlerle diğer türleri birbirlerine en çok yaklaştıran görüşü ortaya koymuş *Nimmer*’in görüşü dahi, bu uçurumu ortadan kaldıramamaktadır. *Nimmer* isabetli olarak, “ *orijinallik kriteriyle gelişme gösterme kriterinin farklı noktalara işaret ettiğini; orijinalliğin fikrî üründeki gelişim sayılan katkının, sahibine has [başkalarından bağımsız olarak geliştirdiği (independent creation)] olmasını ifade ettiğini* ” belirtmesine rağmen, hatalı bir şekilde, - her ne kadar en küçük seviye olarak belirtilmiş olsa da - “ ‘ *fikrî çabanın varlığının* ’ *gelişme göstermenin standardı olduğunu* ” iddia etmektedir¹⁹⁶. Görüş, eser koruması talep edilen bir fikrî üründen, gelişme gösterme özelliğini araması, bunun fikrî çabada bulunacağı yönüyle doğru gibi gözükse de, bu özelliğin salt fikrî çabanın varlığında değil, fikrî çabanın düzeyinde aranmak zorunda olduğunu atlamaktadır. Taklit fiili bile bir fikrî çabayı gerektirir, taklitte bile az da olsa bir fikrî çaba vardır. *Nimmer*’in gelişme gösterme standardı olarak kabul ettiği seviye, diğer türlerde bir yenilik standardı olan nitelikli yenilik seviyesine tekabül etmektedir. Oysa, eser korumasının yani tekel niteliğindeki bir fikrî mülkiyet hakkının “ hak edilebilmesi için ”, gelişme gösterme özelliğinin varlığının kabulü; gelişme gösterme özelliğinin standardın en düşük seviyesinin de sadece bir fikrî çabanın varolması değil, “ fikrî ürüne tekel hakkı tanınmasını, hakkaniyete uygun kılacak düzeyi / eşiği geçmesi ” olarak belirlenmesi

¹⁹⁵ SAIDMAN, s. 319; Aynı yönde CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82; TORREMANS, s. 178; FELLNER, s. 68; SAIDMAN, s. 319; Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc, 191 F. 2d 99 (2d Cir.1951) (OPPENHEIMER, s. 209’den naklen); ATC Distrib. Group, Inc. v. Whatever It Takes Transmission & Parts, Inc., 402 F. 3d (6th. Cir. 2005) (<http://www.ca6.uscourts.gov>).

¹⁹⁶ NIMMER, supra note 1 at 19 - 20 (OPPENHEIMER, s. 211’den naklen).

gerekir. Eser haklarında da ancak bu eşik geçildiğinde gelişme gösterme özelliğinin varlığı kabul edilebilecek ve fikrî mülkiyet korumasının amaçlarına uygun bir uygulama gerçekleştirilmiş olacaktır. Eser haklarının da diğer fikrî mülkiyet haklarından hiçbir farkı olmayıp, bir fikrî ürünün tekel niteliğindeki hakla korunup korunmayacağını tespit etmesi gereken asıl kriter orijinallik kriteri değil, gelişme gösterme kriteridir. Bu hak toplumu geliştirmenin karşılığı olarak verilmektedir¹⁹⁷. Aksi halde, günümüz eser haklarındaki toplumun geliştirilmesini - gerektiği şekilde - aramayalım, bu kadar etkin bir koruma da vermeyelim dengesi şeklinde tezahür eden bu yaklaşım kaçınılmaz olacaktır.

Tasarım ve topoğrafya haklarında ise, her ne kadar diğer kriterler aransa da, bu gerekçelerdeki yaklaşım kriterlerin uygulanmasına etki etmektedir. Ayrıca, tescilsiz tasarım ve topoğrafyada sadece orijinallik koruma için yeterli kabul eden İngiltere gibi ülkelerde, bu yaklaşım sadece eser haklarında değil, bu türlerde de aynen geçerli olmakta; örneğin İngiltere’de orijinallik düzeyi olarak belirlenen kopya olmama koşulunu sağlayan bir topoğrafya da korunabilmektedir¹⁹⁸.

Toplumun, sadece teknolojik yönden değil, kültürel / sanatsal yönden de geliştirilmesi gerekir. Bu faaliyetin karşılığını veren fikrî mülkiyet koruması mekanizması da mevcuttur ve (fiilen tüm kriterlerin arandığı patent haklarında olduğu gibi) amaca uygun hareket edildiğinde, bu görevleri layıkıyla yerine getirdiği, teknolojik gelişme hızına bakarak anlaşılmaktadır. Bu durumda, toplumun, kültürel yönden geliştirilmesini sağlayacak olan eser hakları başta olmak üzere tüm türlerde, aynı mekanizmanın işletilmemesini, tüm kriterlerin aranmamasını meşru gösterecek bir neden bulunmamaktadır.

¹⁹⁷ Aynı yönde BARTON, s. 476 ; ABD. Copyright Kanunu m. 1 / 8 - 8; Graham v. John Deere Co. 383 US. 1 1966 (<http://supcourt.ntis.gov>).

¹⁹⁸ CORNISH / LLEWELYN, s. 558, 566; BENTLY / SHERMAN, s. 687; Uma SUTHERSANEN, Design Law in Europe, London, 2000, s. 32 dn. 28; FELLNER, s. 117.

III. Kriterlerin Uygulanmasında Uyumsuzluk Nedenleri

a- Fikrî Mülkiyet Haklarının Temel Niteliklerini Taşımama

Özellikle yenilik kriterinin marka, coğrafi işaret, ticaret unvanı ve işletme adına uygulanmasında karşılaşılan uyumsuzluklar, mevcut tüm yararlanma şekilleri açısından ilânihaye koruma yaklaşımı nedeniyle, Trips Anlaşması'nın 7 ve 8 / II. maddelerindeki fikrî mülkiyet haklarının temel nitelik ve esaslarına uygunluk göstermemelerinden kaynaklanmaktadır. Kriterlerin uygulanmaya çalışılması, temel nitelikleri taşımayan bu türlerde, temel niteliklerin varlığının araştırılmaya çalışılması gibi abes bir durum oluşturmakta, kaçınılmaz olarak da kriterler bu türlere uymamaktadır.

b - Tescil Zorunluluğu Bulunmaması

Eserler, tescilsiz tasarımlar gibi fikrî ürünler de, tescil zorunluluğunun bulunmaması, bu fikrî ürünlerin, bir ihtilaf çıkıncaya kadar, hakların temel niteliklerine sahip olup olmadıklarını tespiti yönelik inceleme yapılmamasına, dolayısıyla bu incelemedeki kriterlerin uygulanamamasına neden olmaktadır. Hak sahipliğinin oluşması, fikrî ürünün yeniliğinin ve günümüz dengesindeki sınırlı koruma süresinin belirlenmesi, hükümsüzlüğü, hak sahipliğinin ispatı vb. hususlarda büyük önem taşıyan¹⁹⁹ tescil zorunluluğunun, eser hakları yönünden öngörülmemesinin mantıklı bir izahı bulunmamaktadır²⁰⁰.

¹⁹⁹ Aynı yönde HİRŞ, Fikri Say II, s. 99.

²⁰⁰ Karş. HİRŞ, Fikri Say II, s. 99 (Müellif, “ bunun Bern Anlaşması'nın 4. maddesinde tescil şartının yasaklanmış olmasına ” dayandırmaktadır. Ancak, yukarıda s. 41 vd. yaptığımız açıklamalar karşısında Anlaşmanın bu hükmünün de mantıklı bir izahı bulunmamaktadır.).

İKİNCİ BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KAVRAMI

§1 . YENİLİK KAVRAMI

Yenilik, sözlük anlamı itibariyle,

- Yeni olma durumu veya yeni olan bir şeyin özelliği;
- Eskimiş, zararlı veya yetersiz sayılan şeyleri yeni, yararlı ve yeterli

olanlarıyla değiştirme, teceddüt yani gelişme / ilerleme²⁰¹;

- yeni çıkmış şey;
- orijinallik, orijinalite, değişiklik²⁰²
- yeni, alışılmadık, farklı olma özelliği²⁰³

anlamlarında kullanılan yeni kökünden türetilmiş bir isimdir. Yeni ise,

- Yakında meydana getirilmiş
- Daha önce kullanılmamış yahut sahip olunmamış²⁰⁴

anlamlarında kullanılan bir sıfattır.

§2 . FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KAVRAMI

Yenilik kavramı, günümüz fikrî mülkiyet hukukunda, yukarıda belirtilen sözlük anlamlarının tümünü kapsar şekilde, yakında meydana getirilmiş; daha önce kullanılmamış yahut sahip olunmamış, mevcutlardan farklı olan bir başka deyişle aynı yahut benzeri bulunmayan; eskimiş, zararlı veya yetersiz sayılan şeyleri yeni, yararlı ve yeterli olanlarıyla değiştirme, gelişme / ilerleme niteliği taşıma anlamında kullanılmaktadır.

²⁰¹ <http://tdkterim.gov.tr>.

²⁰² REDHOUSE Sözlüğü.

²⁰³ COLLINS Sözlüğü.

²⁰⁴ COLLINS Sözlüğü.

Günümüzdeki süreyle sınırlanmış tekel hakkı dengesinde, koruma sağlanacak fikrî ürün, karşılığındaki maddi / manevi bedeli ödeyecek olan toplum yönünden, yakında meydana getirilmiş olmalıdır. Fikrî mülkiyet hukukundaki koruma, toplumun bilgi havuzunda bulunmayan bir bilginin verilmesine karşılık olarak, belli bir süre toplumun kısıtlanması şeklinde olduğundan; topluma sunma tarihinden önce, toplum tarafından bilinmekte olan fikrî ürünlere koruma sağlanamayacağı gibi, kısıtlama süresinin de bilginin topluma sunulmasıyla başlaması gerekir²⁰⁵. Bu tarihten çok önce meydana getirilmesine rağmen, kimseye açıklanmamış yani sadece meydana getirenin kendisine ait bir sır olarak kalmış olan fikrî ürünlerin, açıklandıktan sonra korunması, toplumdan menfaat temin edilen tekel süresinin uzatılması olmadığı için, buna aykırı değildir²⁰⁶. Sadece fikrî ürün sahibinin sır alanında, bireysel faydalanması söz konusudur. Ancak, bilgiyi gizli tutmakla birlikte, bu bilginin uygulandığı bir ürünün topluma sunulmasıyla faydalanma söz konusu olursa, bu yine fikrî ürünün yeniliğini ortadan kaldırmaktadır²⁰⁷. Fikrî mülkiyet hukukunda yer alan, yapılan bazı açıklamaların yeniliği etkilememesine ve rüçhan haklarına ilişkin hükümlerde, bu açıklamalara ilişkin olarak belli sürelerle sınırlama yapılmış olması, yakın bir süreden önceki fikrî ürünlerin korunmayacağına, dolayısıyla fikrî mülkiyette yenilik kavramından ‘ yakında meydana getirilmiş olmanın ’ anlaşıldığını ortaya koyar.

Koruma sağlanacak fikrî ürün, daha önce kullanılmamış veya kimseye ait olmamış niteliği taşımalı veyahutta bilinenlerden belli bir düzeyde farklı olmalıdır²⁰⁸. Daha önce hiç bilinmeyen bir fikrî ürünün yenilik niteliği tartışmasız olduğundan, bu ürüne ilişkin koruma çok etkin olmakla birlikte, fikrî ürünler çoğu zaman öncekilerden esinlenerek yahut öncekilerin ulaştığı bilgi

²⁰⁵ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 124; AYİTER, s. 22 vd.; BAINBRIDGE, s. 384; PHILLIPS / FIRTH, s. 45; FRANCIS / COLLINS, s. 183.

²⁰⁶ Aynı yönde PHILLIPS / FIRTH, s. 44; HALPERN / NARD / PORT, s. 198; ŞEHİRALİ, s. 9; SULUK, s. 234.

²⁰⁷ Merrell Dow Pharmaceuticals v. Norton (1996) RPC. 76 (HL) (BENTLY / SHERMAN, s. 454’ten naklen).

²⁰⁸ Aynı yönde AYİTER, İhtira s. 50; Aynı yönde BELGESAY, s. 14; ERDEM, s. 56.

düzeyi kullanılarak meydana getirilmektedir. Bu şekilde ortaya çıkan bir fikrî ürün de, koruma şartlarını taşıyorsa, bilinen özellikleri de içermesi nedeniyle korumadan mahrum bırakılamaz. Bir fikrî ürünün tüm özelliklerinin yeni olması gerekli olmayıp, koruma istenilen hususların, örneğin patentlerde koruma talep edilen istemlerin, yeni olması yeterli olacaktır²⁰⁹. Böyle bir fikrî ürün, bazı özellikleri bilinmesine rağmen, yeni olan hususları - ki bu hususlar çoğu zaman gelişmeyi sağlayan hususlarıdır - nedeniyle yenilik özelliği taşıyabilir. Bu yenilik özelliğini ona kazandıran, önceki fikrî ürünlerden belli bir düzeyde farklı olan özellikleridir. Fikrî mülkiyet hukukunda taklit yasak olmakla birlikte, esinlenmenin serbest olması²¹⁰ nedeniyle, önceki fikrî ürünlerle benzer bazı unsurlara sahip olması yenilik niteliğini kaldırmaz. Asıl olan serbesti olup, yasaklama istisnai nitelik taşır. Buna “ yararlanma ilkesi ” denir²¹¹. Ancak, fikrî ürünün özellikleri farklılık ve gelişme göstermiyorsa, başka bir kişinin emeğinden gasp yahut taklit suretiyle haksız faydalanılması, onun emeğinin sömürülmesi nedeniyle yararlanma ilkesi geçerli olmayacaktır. Fikrî mülkiyet hukukunun, önceki kullanımı, yeniliği ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul eden; çifte hak sahipliğini önlemeye yönelik yahut belli bir farklılık taşımayan fikrî ürünlerin yenilik niteliği taşımadığına ilişkin hükümleri, yenilik kavramının bu sözlük anlamıyla da kullanıldığını gösterir.

Koruma sağlanacak fikrî ürün, eskimiş, zararlı veya yetersiz sayılan şeyleri yeni, yararlı ve yeterli olanlarıyla değiştirme, gelişme / ilerleme niteliğini de taşımalıdır. Başta patent hukuku olmak üzere, fikrî mülkiyet hukuku, fikrî ürünün bilinenlerden belli bir düzeyde farklılık göstermesini aramaktadır. Bu farklılık, bilinenlerden küçük çapta bile olsa bir ilerlemeyi, gelişmeyi, fayda sağlamayı, yetersiz olan özelliklerin değişmesini içermediği takdirde, öncekilerle aynı yahut benzer kabul edilmekte ve yenilik özelliği

²⁰⁹ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 188; FELLNER, s. 58; MORRIS, s. 22; SULUK, s. 230.

²¹⁰ SULUK, s. 231.

²¹¹ İlke hakkında fazla bilgi için bkz. TEKİNALP, s. 32. (Müellif, bu ilkeyi her ne kadar *yararlanma ve benzetme serbestisi* ilkesi olarak adlandırsa da, kanaatimizce ilkede benzetme serbestisi olarak bir ifade yer alamaz. Benzetme iradesi, taklit iradesiyle aynı saikten doğar oysa bu saik fikrî mülkiyet hukukunun amaçları ile bağdaşmaz. Yeni bir fikrî ürün ortaya koyma - ki fikrî mülkiyet koruması tanınmasının asıl gayesidir - iradesi taşıyan kişi daha önceki bilgilerden elbette yararlanabilecektir ki bu durum zaten yararlanma ilkesiyle ifade edilmiştir. Yn.).

bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Her ne kadar, özellikle patent hukukunda, gelişme niteliğinin buluş seviyesinin aşılması incelemesinde arandığı düşünülebilirse de, buluş seviyesinin aşılması incelemesinde gelişmenin varlığı değil, varolan gelişmenin tekel hakkı niteliğindeki korumayı hakedecek düzeyde olması aranmaktadır. Nitekim *Bently / Sherman*, bu durumu, “ *yenilikte, farklılığın nicelikli (miktar yönünden) olması aranırken; buluş basamağında, farklılığın nitelikli olmasının arandığı; bu farklılığın, nitelik itibariyle, tekel hakkı tanınmasını hak edecek düzeyde tekniğe katkı sağlaması gerektiği* ” şeklinde ifade etmektedir ²¹². Musker de “ *tasarımda yenilikte, test, miktar yönünden; ayırt edicilikte ise nitelik yönündendir* ” gibi benzeri bir görüşü ortaya koymaktadır²¹³. İşte yenilik incelemesinde, küçük çapta bile olsa bir ilerlemenin gelişmenin aranması, fikrî mülkiyet hukukunda yeniliğin bu anlamı da kapsadığını²¹⁴ ortaya koyar.

Fikrî mülkiyet hukukunda “ yenilik ” kavramı tanımlanmamış, sadece bazı hak türlerinde, türün öne çıkan niteliğine göre varsayımlardan hareketle, varsayımdaki koşulu sağlayan fikrî ürünün yeni sayılacağı açıklanmıştır. Örneğin, patentlerde öne çıkan nitelik, fikrî ürünün işlevsel ve teknik yönüdür²¹⁵. Bu nedenle, patent hukukunda yenilik kavramı, “ Bir buluş, ‘ tekniğin ’ şimdiki durumuna ait değilse, yenidir (PatKHK. m. 1) ” varsayımından ²¹⁶; tasarım hukukunda ise, öne çıkan nitelik fikrî ürünün görsel yönü olduğundan yenilik kavramı, “ bir tasarımın ‘ görsel yönden aynısı ve farklılık göstermeyen benzeri ’ başvuru veya rüçhan tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış ise, yenidir (EndTasKHK. m. 1) ” varsayımından hareketle açıklanmıştır. Ancak, varsayımlarda ortak olan özellik, “ fikrî ürünün, kendi türü için, öne çıkan nitelik yönünden, önceki bilinen ürünlerden belli bir düzeyde farklı olmasının ”

²¹² BENTLY / SHERMAN, s. 443; Aynı yönde CORNISH / LLEWELYN, s. 176; IPH, s. 20; ÖZTÜRK, s. 149.

²¹³ MUSKER, s. 28.

²¹⁴ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 115.

²¹⁵ Aynı yönde HİRŞ, Sınai, s. 79; AYİTER, İhtira, s. 31; ÖZTAN, s. 13; ORTAN, C. I, s. 75; SULUK, s. 233.

²¹⁶ ORTAN, C. I, s. 75.

yeni sayılmayı sağlamasıdır. Her fikrî mülkiyet hakkı türüne has bir yenilik tanımı yapılmayıp, sadece - her türün, kendine has niteliğinden ötürü - yenilik kriteri olarak kullanılacak bir hususun belirtilmesi isabetli ise de, bu durum, genel bir yenilik tanımı yapılmasına engel değildir. Fikrî mülkiyet hakkı yönünden yapılan yenilik tanımı, örneğin patent hukuku yönünden de geçerlidir ve farklı bir yenilik kavramı tanımlanarak, patent hakkının, fikrî mülkiyet hakkından farklı bir hak olduğu izlenimi uyandırmanın bir gereği de yoktur. Fikrî mülkiyet hakkı türlerinin - bir ürün üzerindeki farklı unsurları koruması, bu nedenle farklı niteliklerinin ön plana çıkması nedeniyle - her hak türünün ön plana çıkan niteliği yönünden yenilik incelemesi yapılması, yenilik kavramının farklı anlamı ifade ettiği sonucunu doğurmaz. Ancak, patent hukukunun bir fikrî ürünün işlevsel yani teknik yönüne ilişkin olması nedeniyle, doğal olarak yenilik incelemesinde kriter olarak tekniğin bilinen durumu; tasarım hukukunda da, bir fikrî ürünün görsel yönüne ilişkin olması nedeniyle kriter olarak görselliğin bilinen durumu ön planda incelenmesi yerinde bir uygulamadır²¹⁷.

Fikrî mülkiyet hukukunda tüm hak türleri açısından geçerli, genel bir yenilik tanımının yapılmayışının yanı sıra, bir diğer eksiklik de, bazı fikrî mülkiyet hakkı türlerinde, aranan kriterler arasında yenilik kelimesinin kullanılmamış olmasıdır. Bu haklara verilebilecek en güzel örnek, marka hakkıdır. Ancak, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, marka hakkında da, “ tescili talep edilen markanın daha önceki bir marka ile aynı yahut benzer olmaması, bir başka deyişle mevcutlardan farklı olması ” şartı aranmaktadır (40 / 94 sayılı AB. Konsey Direktifi m. 7 / 1- b; MarKHK. m. 7 / I - b). Mevcutlardan farklı olan, aynısı yahut benzeri olmayan bir markanın yeni olduğu izahtan varestedir. Bir an için bu şartın sadece daha önce tescil edilmiş ” markalarla aynı yahut benzer olmama şeklinde olduğu eleştirisi akla gelse de, daha önce üstün hak sağlamış tescilsiz markaların da aynı yahut benzer olma nedeniyle tescil engeli oluşturması karşısında sonuç

²¹⁷ SULUK, s. 233.

değişmemektedir. Yine, daha önce mevcut olan bir markanın tescilli olmadığı bir mal veya hizmet sınıfında tescilin istenmesi halinde, daha önce işaret olarak mevcut olan bir markanın varolduğu dolayısıyla yeni olmadığı eleştirisi akla gelse de, burada yeniliği oluşturan hususun markanın daha önce varolmadığı bir mal veya hizmet sınıfında oluşması, yani o mal veya hizmet sınıfında varolmayan bir markanın ilk kez ortaya çıkması nedeniyle sonuç değişmemektedir. Belli bir düzeydeki farklılık, farklı mal veya hizmet sınıfında oluşmaktan kaynaklanmaktadır.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, fikrî mülkiyet hukukunda yenilik kavramı, kanaatimizce, “ her fikrî mülkiyet hakkı türünde, o türde ön plana çıkan unsur yönünden, fikrî ürünün koruma talep edilen özelliklerinin; yeniliği kaldırmayan açıklama süresi de dikkate alınmak suretiyle başvuru veya rüşhan tarihinden önce, toplumca bilinmemesi yahut bilinenlerden ilerleme sayılabilecek düzeyde farklı olmasıdır ” şeklinde tanımlanabilir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, her fikrî mülkiyet hakkının tanınma amacı dikkate alındığında, taşınması gereken temel niteliklerden biri yeniliktir. Yenilik ile amaçlanan, önceki fikrî ürünlere oranla sağlanan gelişmenin, en azından, ilgili alandaki ortalama bir uzman tarafından, zahmet çekmeksizin²¹⁸ yapılamayacak, basit değişikliklerden öte²¹⁹ bir gelişme olmasıdır ki, ancak bu takdirde insanlık da gelişme göstermiş olacaktır. Bu bağlamda yenilik basamağından (innovation threshold) söz edilmektedir²²⁰. Aranılan gelişmenin düzeyini belirlemede, yenilik incelemesinde dikkate alınacak bilgileri tespit için kullanılan yer, zaman, açıklama şekli vb. kriterler ile esasa ilişkin yaklaşımlarda, hukuk düzenleri farklı ifadeler kullanmakta, farklı

²¹⁸ HİRŞ, Fikrî Say I, s. 116; TROLLER, s. 146, 147 (ORTAN, İşçi, s. 44’ten naklen) ORTAN, s. C. I, s. 76; BAINBRIDGE, s. 378 vd. ; BENTLY / SHERMAN, s. 450; Simon THORLEY / Richard MILLER / Guy BURKILL / Colin BIRSS / Douglas CAMPBELL, Terrel on the Law of Patents, 16. Ed., London, 2006, s. 226; HALPERN / NARD / PORT, s. 196 dn. 76; Ian MUIR / Mathias BRANDI - DOHRN / Stephan GRUBER, European Patent Law, 2. Ed., Oxford, 2002, s. 185; TORREMANS, s. 60.

²¹⁹ Tasarımda bu durum ticari değişiklikten (*trade variant*) daha öte şeklinde ifade edilmektedir. SULUK, s. 229 dn. 40.

²²⁰ SULUK, s. 229 dn. 41.

düzenleme ve uygulamalara sahip bulunmaktadır. Tüm bu etkenlerin katılımıyla oluşan “ yenilik için gerekli gelişme düzeyi ”, bazı hukuk düzenlerince oldukça düşük tutulurken, bazılarınca daha yüksek tutulmaktadır. Örneğin, bazı hukuk düzenlerinde, yenilik kıyaslamasının yapılacağı bilgilerin coğrafya, zaman veya açıklanma şekli gibi sınırlamalara tabi tutulması, aranılan gelişme düzeyini oldukça düşürmektedir.

Yer yönünden, bazı ülkeler sadece kendi ülkelerindeki mevcut bilgilerin yenilik incelemesinde dikkate alınacağını öngörürken (yer yönünden nisbi yenilik), bazı ülkeler ise Dünya genelindeki mevcut bilgileri yenilik incelemesinde dikkate almaktadır (yer yönünden mutlak yenilik). Bunun sonucunda, tüm Dünya genelindeki bilgileri dikkate alan bir ülkede yeni olarak kabul edilemeyecek bir fikrî ürün, başka bir ülkede - sadece o ülkede bilinmeme şartını sağladığı için - yeni kabul edilebilmektedir. Özetle, bu ikinci ülkede yenilik için aranılan gelişme düzeyi oldukça düşmüş olmaktadır.

Yenilik incelemesinde, hangi ana kadar olan bilgilerin dikkate alınacağı yönünden ise, hâlihazırda, hemen hemen bütün ülkelerin benimsediği esas, “ fikrî mülkiyet hakkına ilişkin başvurunun tarihi veya varsa rüçhan tarihi yahut başvurudan önce herhangi bir şekilde topluma açıklama varsa, bu açıklama tarihine kadar olan bilgilerin ” dikkate alınmasıdır.

Hangi nitelikteki bilgilerin dikkate alınacağı yönünden ise, topluma sunulmuş (kamuya arzedilmiş) bilgilerin dikkate alınacağı esası, genel olarak kabul görmekle birlikte, bu sunumun ne şekilde yapılmış olması gerektiği konusunda farklı yaklaşımlara rastlanılmaktadır²²¹.

²²¹ Örneğin, AB Tasarım Tüzüğü m. 8; AB TasYön m. 6; Aynı yönde SULUK, s. 235.

Yenilik ve yenilik incelemesi ile ilgili ilkeler, sadece hakkın ihdası aşamasında değil, hakkın hükümsüzlüğü, başvuru veya koruma çerçevesi vb. gibi diğer hükümlerin uygulanmasında da geçerli olmaktadır.

§3 . FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK TÜRLERİ

Subjektif bir kavram olması nedeniyle, yenilik kavramına yüklenen anlam kişiden kişiye, yere, zamana göre değişiklik gösterebilmektedir. Bu nedenle, kavramın bu yönlerine göre farklı gruplandırmalar yapılmaktadır.

A . Objektif Yenilik - Subjektif Yenilik

Yenilik, “ yeniliğin belirlenmesinde neyin veya kimin dikkate alınacağı ” bağlamında, “ objektif yenilik ” ve “ subjektif yenilik ” olarak ikiye ayrılmaktadır.

Subjektif yenilik, kişi veya toplumun çoğunluğunu teşkil etmeyen kişilerin, kendi değerlerine yani subjektif kriterlere göre, bir şeyi yeni kabul etmesidir²²².

Buna karşılık, objektif yenilik, bir şeyin toplumun çoğunluğunca benimsenmiş, kişiye göre değişmeyen, objektif kriterlere göre yeni kabul edilmesi veya hukuk düzenince böyle varsayılmasıdır²²³.

Doktrinde bazı müelliflere göre, subjektif yenilikte fikrî ürün, sadece sahibi için yenidir, mevcut teknik durum için bir yenilik yoktur²²⁴. Kanaatimizce, sadece fikrî ürün sahibi açısından değil, incelemeyi yapan ortalama uzmanın bilgisi dikkate alındığında, belli bir bölgedeki toplumun çoğunluğunca yeni kabul edilme dahi, subjektif yenilik kapsamında

²²² AYİTER, İhtira, s. 51; Tahir SARAÇ, “ Patent Hukukunda Yenilik Kavramı ve Yeniliğin Belirlenmesi ”, SÜHFD., C. 9, S. 1 - 2, Konya, 2006, s. 198.

²²³ Aynı yönde AYİTER, İhtira, s. 51; BENTLY / SHERMAN, s. 444, 453.

²²⁴ AYİTER, İhtira, s. 51; SARAÇ, Yenilik, s. 198.

olabilmelidir. Eğitim durumu, bölgesel gelişmişlik düzeyi vb. birçok etken nedeniyle bir toplulukça bile yeni kabul edilebilecek bir fikrî ürün, yeni olmayabilir.

Objektif yenilikte ise, kişilerin, fikrî ürünü yeni olarak nitelendirmesi önem taşımamakta, fikrî ürünün kişiye göre değişmeyen, uygulandığında toplumun büyük çoğunluğunun aynı sonucu benimseyeceği objektif kriterlere göre yeni olup olmadığı tartışılmaktadır²²⁵. Aksi takdirde, yani objektif kriterlerin uygulanmayıp, subjektif yeniliğin fikrî mülkiyet hakkı tanınması için yeterli görülmesi durumunda, aynı olan yahut yeterli farklılığı bulunmayan fikrî ürün üzerinde, birden çok kişinin ayrı ayrı hak sahipliği²²⁶ ve günümüz dengesi bağlamında, toplumun daha uzun süre serbest kullanım hakkından mahrumiyeti söz konusu olabilecektir. Bu da, gerçek hak sahibinin ve toplumun mağduriyetine neden olup, fikrî mülkiyet hakkı tanınmasındaki amaçların gerçekleşmesini - hak sahibinin teşviki amacıyla doğrudan, gelişim sağlanması amacıyla ise dolaylı olarak - engelleyecektir.

Fikrî mülkiyet hukuku, yeniliğin tespitinde tekniğin bilinen durumu ve ortalama uzman²²⁷ vb. objektif kriterlerden hareket etmiş, başvuru tarihinden önce, herhangi bir şekilde topluma sunulan ve ortalama bir uzman tarafından bilindiği varsayılan bilgilerin yeni sayılamayacağı belirtilmiştir. Bunun nedeni, ancak objektif olarak yeni olan bir fikrî ürünün, toplumun var olan bilgi durumunu yükseltebilecek ve bir ilerleme teşkil edebilecek oluşudur²²⁸.

B. Basit Yenilik - Nitelikli Yenilik

Yenilik, “ yeniliğin belirlenmesinde dikkate alınan farklılığın boyutu ” bağlamında, “ basit yenilik ” ve “ nitelikli yenilik ” olarak ikiye ayrılmaktadır.

²²⁵ AYİTER, İhtira, s. 51; Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 444, 453 (Müellifler, “ yapılmış açıklamanın, kaçınılmaz sonucu olarak buluşun meydana geliyor olması halinde, açıklamanın objektif olarak yeniliği ortadan kaldırdığını ” ifade etmektedirler.).

²²⁶ SARAC, Yenilik, s. 198.

²²⁷ Örneğin, PatKHK. m. 9 hükmü.

²²⁸ AYİTER, İhtira, s. 51; Aynı yönde ERDEM, s. 56.

Daha önceki çalışmaların arasında tıpatıp aynısı olmayan bir çalışma, basit anlamda yenidir. Kıyaslandığı önceki çalışmalardan, çok küçük bile olsa bir farklılığı bulunmaktadır ve bu küçük farklılık ilk kez ortaya çıktığı için onu yeni kılmaktadır²²⁹.

Nitelikli yenilikte ise, yeniliğin bir şeyin esasını etkileyen nitelikte olması aranır²³⁰. Bu halde, fikrî ürünün, önceki benzerlerinden gelişim sağlayacak düzeyde farklı kılan özellikler içermesi gerekir²³¹. Öte yandan nitelikli yenilik şartını, gelişme gösterme koşuluyla karıştırmamak gerekir. Gelişme gösterme koşulunda, incelenen bu nitelikli yeniliğin yani gelişim sağlayan unsurun varlığı değil, tekel hakkı tanınmasını hak edecek düzeyde olması aranmaktadır.

C. Mutlak Yenilik - Nispî Yenilik

Yenilik, " yeniliğin belirlenmesinde yer, zaman veya kişilere istisnalar tanınıp tanınmaması " bağlamında, " mutlak yenilik " ve " nispi yenilik " olarak ikiye ayrılmaktadır.

Fikrî mülkiyet hukukunda mutlak yenilik, fikrî ürünün, başvuru tarihinden önce ve dünyanın hiçbir yerinde topluma açıklanmamış olmasıdır²³². Bu bağlamda, bir fikrî ürün, sır saklama yükümlülüğünde olan kişilere açıklanmışsa yenilik özelliğini yitirmemektedir²³³.

Nispî yenilik ise, koruma talep edilen bir fikrî ürünün, başka ülke veya bölgede bilinmesine rağmen, başvuru yapılan ülkede ilk kez ortaya çıkıyor

²²⁹ SULUK, s. 237.

²³⁰ SULUK, s. 237.

²³¹ Aynı yönde SARAÇ, Yenilik, s. 199.

²³² SULUK, s. 234.

²³³ SULUK, s. 235.

olması²³⁴ başta olmak üzere, yer, zaman veya kişiler yönünden tanınan bazı istisnalar yüzünden, fikrî ürünün yenilik vasfının etkilenmemesidir.

Mutlak yenilik kriteri, pratikte uygulanma zorluğunun olması, fikrî ürünün koruma şartlarını karşılamadığını 3. kişilere tartışma fırsatı vermenin pratik bir yaklaşım olmaması, zaman ile para kaybına neden olması, yabancı bir ülkedeki bilgilere ulaşma ve ispatta yaşanan güçlükler, fikrî ürün sahibi ve yatırımcıları belirsizliklerle karşı karşıya bırakması gibi nedenlerle eleştirilmekte ve nispi yenilik kriterini benimseyen ülkelerin gerekçesini oluşturmaktadır²³⁵. Ancak, bu gerekçelerin hiçbiri, hak etmeyen bir kişiye koruma sağlanmasına ve toplumun serbest kullanma hürriyetinin kısıtlanmasına gerekçe olamaz. Ayrıca, günümüzde bilgiye ulaşma araçlarındaki çokluk, bilgideki sınırsızlık ve bilgi iletişimindeki hızlilik göz önüne alındığında, bu gerekçelerin geçerli olamayacağı açıktır²³⁶. Bunun yanı sıra, hak sahipleri çoğu zaman tacirdir ve ilgili alanda basiretli bir tacir gibi hareket etme zorunluluğunun ve faaliyetinin bir gereği olarak, sektöründeki gelişme vb.ni, hem de dünya çapında bilmek zorundadır²³⁷. Nispi yeniliğin kabulü, fikrî mülkiyet hukukuna has gerekçelerden daha ziyade, ekonomik, teknolojik, sosyal nedenlerin belirlediği ülke politikalarına dayanmaktadır. Bu kabulün, ülke politikasını belirleyen ekonomi temelli iki etkisi bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde, gerçekte yeni olmayan fikrî ürünlere, nispi yenilik sayesinde fikrî mülkiyet hakkı tanınarak, ülkedeki fikrî ürünlerin, yabancılara ait fikrî mülkiyet haklarına tecavüz ediyor durumuna düşmesi engellenmektedir. Bununla tazminat, lisans vb. herhangi bir ekonomik kayba uğranılmaksızın, fikrî ürünlerin ilgili ülkede kullanımı sağlanmaktadır. İkincisi ise, yabancı ülkelerde meydana getirilen fikrî ürünlerin, ilgili ülkede de korunması için hak sahiplerine kısa sürede tescil ettirme baskısı kurularak, hızlı bir teknoloji transferi sağlanmaktadır²³⁸.

²³⁴ SULUK, s. 235.

²³⁵ HALPERN / NARD / PORT, s.200; SULUK, s. 241; SARAÇ, Yenilik, s. 198.

²³⁶ HALPERN / NARD / PORT, s.200; SARAÇ, Yenilik, s. 199.

²³⁷ Aynı yönde SULUK, s. 241.

²³⁸ Aynı yönde SARAÇ, Yenilik, s. 199.

Hukuk düzenleri, mutlak yenilik veya nisbi yenilik kriterlerinden herhangi birini benimseyebildikleri gibi, aynı kriterleri benimseyen hukuk düzenleri de, bu kriterlerden farklı şeyleri anlamaktadır. Hukuk düzenlerinin bazılarında mutlak yenilik kabul edilmiş gözükmeyle birlikte, mevzuatlarındaki “ belli bir zamandan önceki belgelerin incelemede dikkate alınmayacağı veya sadece yazılı belgelerin dikkate alınacağı²³⁹, alenileşen bilgilerin piyasadaki ürünlerle sınırlı olması, bilgilenmiş kullanıcı kriterinin dikkate alınması gibi ” vb. bazı ibareler nedeniyle, aslında nispi yeniliğin uygulandığı görülmektedir. Örneğin, AB hukukunda, kural olarak mutlak yeniliğin kabul edildiği belirtilmekle birlikte²⁴⁰, Birlik ülkelerinde, sadece ilgili sektörde uzman birinin ticari hayatın normal akışında öğrenebileceği tasarımlar yenilik özelliğini yitirmekte ve alenileşen bilgiler, piyasadaki ürünlerle sınırlandırılmaktadır (AB Tasarım Tüzüğü m. 8; AB TasYön m. 6)²⁴¹.

Hali hazırda, fikrî ürünün yenilik özelliği taşıyıp taşımadığının tespitinde, kıyaslama yapılacak bilgilere (state of art, prior art) nelerin dâhil olduğu (örneğin, piyasada bulunmayan ürünlerin dikkate alınıp alınmayacağı gibi) ve bunlar kullanılarak yapılan yenilik incelemesinin düzeyi, koruma talep edilen ülke veya kurumun o konudaki düzenlemelerine bakılarak belirlenir. Bunun nedeni, koruma sağlayacak ülkenin yeniliğe ilişkin hukuki düzenlemelerinin, bilgilerin nitelikleri, açıklanma şekli, yer ve zamanı gibi hususlar yönünden farklılıklar içerebilme ihtimali²⁴² ve ülkesellik ilkesi gereğince bu düzenlemelerin belirleyici olmasıdır. En önemli farklılığı da, mutlak veya nisbi yenilik koşulunun aranması oluşturmaktadır. Bu farklı yaklaşım, mikro ölçekte hak sahipleri, makro ölçekte devletler arasında eşitsizliğe yol açmaktadır. Yenilik ve yenilik incelemesine ilişkin hükümlerin belli bir standarda kavuşturulması gerekmektedir. Bu husus, her ülkenin yahut kurumun düzenlemelerine bırakılamaz. Bırakıldığı takdirde, o ülke yahut kurumun siyasi, ekonomik vb. gayeleri incelemeyi etkileyecek ve

²³⁹ BENTLY / SHERMAN, s. 444 dn. 9.

²⁴⁰ FELLNER, s. 276.

²⁴¹ Aynı yönde SULUK, s. 235.

²⁴² Green Paper, 2. 3. 7, s. 18 vd.

lkeden ülkeye yahut kuruma göre değişkenlik arzeden bir fikrî mülkiyet koruması çıkacaktır ki, günümüzde, tüm uluslar arası çabalara rağmen standart bir koruma sağlanamamıştır. Bunun yanı sıra, bu yaklaşım, hukukun temel ilkelerinden²⁴³ olan hukuk güvenliği ve hakkaniyet ilkelerini de zedelemektedir.

ř4. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KRİTERİ VE UYGULAMASI

A. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KRİTERİ (ALENİLEşMİş FİKRİ ÜRÜNLERDEN NİTELİKLİ FARKLILIK TAşIMA)

I . Kavram

Yenilik kavramı, farklı fikrî mülkiyet haklarında, farklı varsayımlarla ifade edilmeye çalışılmışsa da, bu kavram ile ulaşılmak istenen amacın, fikrî üründe ortaya çıkan belli bir düzeydeki gelişmenin, fikrî ürün türünün ön plana çıkan niteliği yönünden, daha önce toplum tarafından bilinmiyor yani toplum yönünden alenileşmemiş olması veya bilinenlerden belli bir düzeyde farklılık tařıması²⁴⁴ olduğu görülmektedir. Kriteye ilişkin varsayımın, farklı fikrî mülkiyet haklarında, farklı şekillerde ifade edilmiş olması, ya yasama faaliyetleri sırasındaki özensizlikten ya da uygulamadan doğan ihtiyaçların o hakka ait bazı terimlerle daha kolay anlaşılabilir olacağı kabulünden; bazı fikrî mülkiyet hakkı türlerinde hiçbir şekilde ifade edilmemesi ise, fikrî ürün türünün “ n plana çıkan niteliğine ” odaklanılmasından kaynaklanmaktadır. Ancak tanımlama ne şekilde yapılırsa yapılsın yahut kullanılan kelimeler ne olursa olsun, amacın, “ o fikrî ürün türünün ön plana çıkan özelliği yönünden, toplum tarafından daha önce ‘ bilinmeyen ’ belli düzeydeki bir farklılığı taşıması ” olduğu açıktır.

²⁴³ EDİS, s. 151.

²⁴⁴ Aynı yönde HİRş, Fikrî Say I, s. 120; BAINBRIDGE, s. 378 vd.; BENTLY / SHERMAN, s. 443; CORNISH / LLEWELYN, s. 176; HALPERN / NARD / PORT, s. 195; FRANCIS / COLLINS, s. 183.

Fikrî mülkiyet hukukunda aleniyet (bilinme), bir fikrî ürünün; toplumun ona ulaşabileceği, onu uygulamaya koyabileceği, ondan faydalanabileceği şekilde ortaya çıkması olup, bunun gerçekleştiği andan itibaren fikrî ürün, toplum tarafından bilinir hale geldiği gibi, fikrî ürünün - ek bir araştırma, çalışma vb. - zahmet çekilmeksizin ulaşılacak sonuçları da öngörülebilir hale gelmektedir²⁴⁵. Bir fikrî ürünün zahmet çekilmeksizin ulaşılacak sonuçlarının öngörülebilir olmasında, bilinenlerden kolaylıkla çıkarılabilmesinde iki yol söz konusudur. Ya fikrî ürün ilgili alanda bilinenler arasındadır (örneğin, tekniğin bilinen durumunda daha önce tanımlanmış bir buluştur) ya da önceden bilinenlerin zorunlu sonucu, teknik etkisi yahut versiyonudur²⁴⁶. Toplum tarafından bilinmekte olan bir fikrî ürün, yeni olarak nitelenemeyeceği için, hak talep tarihinde varolan, alenileşmiş bu bilgiler, farklılık taşımayan sonraki fikrî ürünlerin yeniliğini kaldırır ve hakkın verilmesine / tescile engel olurlar.

II . Alenileşme Koşulları

Bir bilginin alenileşmiş kabul edilebilmesi için sahip olması gereken özellikler şu şekilde sıralanabilir:

a- Açıklamanın Varlığı ve Nitelikleri

Fikrî mülkiyet hukuku, sadece açıklanmış fikirleri koruduğu gibi, yapılacak yenilik incelemesi de - zorunlu olarak - açıklanmış önceki fikirleri dikkate alabilecektir.

Önceki açıklama, sonraki fikrî'n yenilik incelemesine esas alınan zamanda, ortalama bir uzmanın, genel uzmanlık bilgisini kullanarak, yeni

²⁴⁵ BAINBRIDGE, s. 378 vd; BENTLY / SHERMAN, s. 443; Aynı yönde HİRŞ, Sınai, s. 80; ÖZTAN, s. 91.

²⁴⁶ Aynı yönde BAINBRIDGE, s. 378; BENTLY / SHERMAN, s. 452 dn. 63; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 232; COLSTON / MIDDLETON, s. 160; PHILLIPS / FIRTH, s. 44.

fikirler üretmeden, daha fazla araştırma, deneme vb. yapmadan yani ek herhangi bir zahmete katlanmadan, açıklanmış o fikrî ürünü anlamasını ve tekrar gerçekleştirebilmesini sağlayacak veya bilginin içeriğinden çıkarılabileceği doğal sayılabilen, öngörülebilir sonuçları doğuracak düzeyde olursa, yeniliğe engel açıklama niteliği taşır²⁴⁷. Açıklama, kendi alanında ortalama bir uzmandan daha fazla çalışma yapmış, sezgi vb. kişiye özel birikimlere sahip olan ve bu birikimlerin katkısıyla fikrî ürünü tekrar gerçekleştirebilen bir uzmana bilgi veriyorsa veya uzman daha sonra edindiği ek bilgi, araştırma vb. ile fikrî ürünündeki öngörülen gelişmeye ulaşabiliyorsa, önceki açıklama yeniliği ortadan kaldırıcı açıklama sayılamaz²⁴⁸. Bu durumda, ya nitelikli bir uzmanın değerlendirmede esas alınması²⁴⁹ veya sonra açıklanan fikrin, önceki fikir olmayıp, katlanılan ek zahmetle orantılı gelişmiş bir fikir olması söz konusu olur. Oysa, özellikle patent hukukunda yenilik incelemesinde esas alınacak olan, ortalama bir uzmandır²⁵⁰. Yine, bir fikrî ürünün farklılık gösterip göstermediği, sonraki fikrî ürünün ortaya konulduğu andaki toplumun bilgi durumuna göre belirlenmelidir. Bundan sonra ek zahmete girilerek ulaşılabilecek her bilgi, yeni fikrî ürünün ortaya konulduğu anda toplumun bilgi havuzunda olmayan bir bilgidir. Fikrî ürün sahibi de, zaten bu ek zahmete katlanmış ve gelişmiş fikrî ürünü ortaya koymuş olması karşılığında hak elde etmektedir.

Alenileşmiş bu açıklamanın sonucunda, rakipler de dâhil tüm kişiler, bu fikrî ürünü inceleyerek nasıl üretildiğini, fonksiyonlarını, sonuçlarını ve

²⁴⁷ Aynı yönde HİRŞ, Sinai, s. 81, 86; ORTAN, C. I, s. 79; BAINBRIDGE, s. 379; BENTLY / SHERMAN, s. 453; CORNISH / LLEWELYN, s. 176; TRITTON, s. 58, 60; COLSTON / MIDDLETON, s. 156; BOUCHOUX, s. 303 ; SCHECHTER / THOMAS, s. 366; FRANCIS / COLLINS, s. 203; PHILLIPS / FIRTH, s. 45; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 214; HALPERN / NARD / PORT, s. 193, 214 [Gambro Lundia AB v. Baxter Healthcare Corp, 110 F.3d 1573, 1576 (Fed. Cir. 1997)]; MUIR / BRANDI – DOHRN / GRUBER, s. 185; Hugh LADDIE / Peter PRESCOTT / Mary VITORIA / Adrian SPECK / Lindsay LANE, The Modern Law of Copyright and Design, C. II, 3. Ed., Butterworths, London, 2000, s. 1976.

²⁴⁸ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 79; BAINBRIDGE, s. 379; BENTLY / SHERMAN, s. 450; Tahir, SARAÇ, “ Sinai Mülkiyet Hukukunda Ön Kullanımın Yeniliğe Etkisi ”, Prof. Dr. Ömer TEOMAN’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul, 2002, s. 641.

²⁴⁹ ORTAN, C. I, s. 80; IPH, s. 20.

²⁵⁰ THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 224; MUIR / BRANDI –DOHRN / GRUBER, s. 178; TORREMANS, s. 60; IPH, s. 20.

sağladığı katkıyı belirleme imkânına kavuşmuş olmaktadırlar²⁵¹. Önceki açıklamanın, fikrî ürün sahibi veya onunla herhangi bir bağlantısı olmayan herhangi bir üçüncü kişi tarafından yapılmış olmasının da bir önemi bulunmamaktadır²⁵². Önem taşıyan husus, bu bilginin toplumun bilgi havuzunda var olmasıdır. Yukarıda²⁵³ belirtilen gerekçeler karşısında kabulü zorunlu olan mutlak yeniliğin aranması nedeniyle, açıklamanın, dünyanın herhangi bir yerinde²⁵⁴, herhangi bir zamanda²⁵⁵, herhangi bir dilde²⁵⁶ yapılması yeterli kabul edilmiştir.

Açıklamanın, sadece, yazılı, sözlü olması veya kullanımı şart olmayıp, toplumca ulaşılabilir olmak kaydıyla, açıklamanın her türlü, fikrî ürünü toplumun zihnine ulaştırmış, toplumun bilgi birikimini zenginleştirmiş sayılır²⁵⁷. Örneğin, bir dergide makale olarak yayınlanması, önceki kullanımı, önceki tarihli yayınlanmış başvurular²⁵⁸, bir şeyin sergilenmesi, satımı²⁵⁹, bir uzmanlık dersi ile ilgili olarak derslik veya TV’de uygulanması²⁶⁰, arkeolojik kazılarda ortaya çıkması gibi. ABD’ de bilinme, kullanılma, satılma, yurtdışında yazılı bir metinde tanımlanma, başvuruya konu olma, yeniliği

²⁵¹ Aynı yönde SARAÇ, Ön Kullanım, s. 637.

²⁵² CORNISH / LLEWELYN, s. 175.

²⁵³ Bkz. s. 95 vd.

²⁵⁴ PHILLIPS / FIRTH, s. 43; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 219; MUIR / BRANDI – DOHRN / GRUBER, s. 182; TORREMANS, s. 53; COLSTON / MIDDLETON, s. 153; FELLNER, s. 276; TEKİNALP, s. 499; Tahir SARAÇ, “ Sınai Hakların Korunmasında Yenilik Şartı Açısından ‘ Tekniğin Bilinen Durumu ’ Kavramı ve Kapsamı ”, BATİDER, C. XXII, S. 2, s. 130.

²⁵⁵ COLSTON / MIDDLETON, s. 153; FELLNER, s. 51; SARAÇ, Teknik, s. 129.

²⁵⁶ BENTLY / SHERMAN, s. 446; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 219; MUIR / BRANDI – DOHRN / GRUBER, s. 181; Aynı yönde ARKAN, C. I, s. 101; ÖZTÜRK, s. 157; Tyler Corp. v. Kysor Corp. ,777 F.2d 687 (Fed. Cir. 1985).

²⁵⁷ Aynı yönde AYİTER, İhtira, s. 53 vd.; BAINBRIDGE, s. 378 dn. 32; BENTLY / SHERMAN, s. 443, 445; CORNISH / LLEWELYN, s. 175; TRITTON, s. 58, 244; PHILLIPS / FIRTH, s. 43; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 214; MUSKER, s. 34; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. II, s. 1984; MUIR / BRANDI – DOHRN / GRUBER, s. 182; TORREMANS, s. 53; SUTHERSANEN, s. 42; FELLNER, s. 276; KINACIOĞLU, Esaslar, s. 549; Ünal TEKİNALP, “ Yeni Patent Hukukunda ‘ Buluş Sahibi ’ İlkesi ve Gasp Davalarına İlişkin Bazı Sorunlar ”, İÜHF (Prof. Dr. Orhan Münir ÇAĞIL’a Armağan Sayısı), C. LV, S. 4 / 1997, s. 131 (Buluş Sahibi); TEKİNALP, s. 499; ÖZTAN, s. 102; ORTAN, C. I, s. 76; Nevzat YOSMAOĞLU, Patentler, Know How’lar, Markalar, s. 3; ŞENOCAK / HANEDAN, s. 288; ÖZTÜRK, s. 152.

²⁵⁸ BAINBRIDGE, s. 378; BENTLY / SHERMAN, s. 446.

²⁵⁹ BENTLY / SHERMAN, s. 446.

²⁶⁰ ORTAN, C. I, s. 76.

kaldıran açıklama şekilleri olarak belirtilse de²⁶¹, toplum tarafından değerlendirme imkânı veren her türlü açıklama şeklinin yeniliği kaldıracağı kastedilmektedir²⁶². Açıklamanın her türlü şekilde olabileceğinin kabulü isabetlidir. Toplumun bilgiye ulaşım kaynakları, zaman içerisinde geliştiği gibi çeşitleri de artmaktadır. Günümüzdeki teknolojik gelişmeler dikkate alındığında, bu gelişmenin ve çeşitliliğin daha da artması kuvvetle muhtemeldir. Bu takdirde, toplumun bir bilgiye sadece yazılı veya sözlü yollarla ulaşabileceğinin kabulü, yazılı veya sözlü olarak yayınlanmamış ancak toplumca bilinmekte olan birçok bilginin yeni sayılmasına ve fikrî mülkiyet korumasının kapsamına girmesine neden olabilecektir²⁶³. Bu nedenledir ki, İngiltere gibi fikrî mülkiyet hukukunun gelişmiş olduğu ülkelerde de, bu husus dikkate alınarak, önceki mevzuatta aynı amaca yönelik olarak kullanılan “ yayınlama ” terimi, “ toplumca değerlendirilebilir olma ” terimiyle değiştirilmiştir²⁶⁴. Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi bazı ülke veya kurum mevzuat ve uygulamalarında alenileşmeyi sağlayan açıklama türlerini kısıtlayıcı düzenlemelere rastlanılmaktadır²⁶⁵.

b - Açıklamanın Alenileşmeye Uygunluğu

İkinci gereklilik, açıklamanın, ilgili alandaki ortalama bir uzmana, - ek herhangi bir zahmete katlanmaksızın - fikrî ürünü ortaya koyabilmesini (usule ilişkin fikrî üründe usulü uygulayabilmesini) sağlayacak düzeyde bilgi vermesi²⁶⁶ yani açıklamanın alenileşmeye uygunluğudur. Çoğu durumda bir

²⁶¹ BOUCHOUX, s. 303; SCHECHTER / THOMAS, s. 325; FRANCIS / COLLINS, s. 183 vd.

²⁶² SCHECHTER / THOMAS, s. 325 ; HALPERN / NARD / PORT, s. 195; In re Wyer, 655 F. 2d 221 (CCPA. 1981) ; Philips Elec. V. Thermal Inc. ,450 F.2d 1164 (3rd Cir. 1971).

²⁶³ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 121 (Müellif, İhtira Beratı Kanunu’nda neşredilmenin yeniliği kaldırmasına rağmen, radyo yayınında yapılan tarifi yeniliği kaldırmamasını haklı olarak eleştirmektedir.).

²⁶⁴ BAINBRIDGE, s. 378 dn. 33; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 216.

²⁶⁵ AB Tasarım Tüzüğü m. 8; AB TasYön m. 6; Aynı yönde SULUK, s. 235.

²⁶⁶ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 118; AYİTER, İhtira, s. 53; BAINBRIDGE, s. 378 vd ; BENTLY / SHERMAN, s. 451; COLSTON / MIDDLETON, s. 155; IPH, s. 20; AISENBERG, Irwin M., “ A Step beyond Novelty, Utility and Non – Obviousnes ”, IDEA - The Journal of Law and Technology, S. 128 (1984 – 1985) (127 – 176), s. 127 vd. (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/idea25&collection=journals&id=137&print=50§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009); Gunter KELLER, “ Summary of Some Recent Decisions on the Board of Appeal of the EPO

arada bulunsalar da, açıklamanın varlığı ve açıklamanın uygulanabilirliği, iki farklı olgu olup, bu farklılık özellikle patent haklarında ve kimya, eczacılık gibi alanlardaki buluşlarda bariz şekilde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, açıklamanın, buluşu tarifte yetersiz olması nedeniyle, buluş uygulamaya konulamıyorsa, bu açıklamanın yenilik incelemesinde dikkate alınmaması gerekir²⁶⁷. Açıklama var olmasına rağmen, ortalama bir uzman tarafından uygulamaya konabilmeye yani alenileşmeye uygun değildir. Buna karşılık, sadece açıklanmış kimyasal bileşiğin analiz yapılarak içeriğinin tespit edilmesi, ortalama uzmanın ek bir çalışma yapması olarak değerlendirilmeyip alenileşmiş bir açıklama söz konusu olur²⁶⁸. Özellikle, patentlenebilme için buluş konusu ürünün somut olarak ortaya konulmasının şart olmayıp, tarifnamedeki buluşun uygulamaya konulabilir olmasının kabulü karşısında, bu ayırım daha da önem kazanmaktadır ki, uygulanabilme imkânını sağladığı için, buluş konusu ürün somut olarak ortaya konmamasına rağmen, mühendis çizimleri dahi yeniliği ortadan kaldıracıdır²⁶⁹. Buna karşılık, mikrobiyolojik bir usulle ilgili buluşlarda, ilgili mikroorganizma ulaşılabilir değilse, açıklamanın uygun sayılabilmesi için ya mikroorganizmanın özellikleri ile ilgili bilgilerin açıklamada yer alması ya da açıklama sahibi tarafından en geç açıklama tarihine kadar, milletlerarası anlaşmalara uygun olarak kurulmuş yetkili bir tevdi merciine bir mikroorganizma kültürünün verilmiş olması gerekir²⁷⁰.

Regarding Questions of Novelty, Inventive Step and Structural Obviousness ", Journal of the Patent Office Society (1993) (237 – 242), s. 238 <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos75&collection=journals&id=251&print=6§ioncount=1&ext=.pdf> (20. 12. 2009); SARAÇ, Ön Kullanım, s. 641; PatKHK. m. 46 / I; Maclaren v. B – I - W Group, Inc., 187 USPQ 345, 351 (N.Y. 1975); H. K. Porter Company, Inc. v. The Gates Rubber Company, 187 USPQ 692, 711 (Colorado 1975); Chicago Steel Foundry Co. v. Burnside Steel Foundry Co., 132 F. 2d 812, 56 USPQ 537 (7th Cir.1943); Barrett v. United States, 405 F. 2d 502, 156 USPQ 565 (Ct. Cl. 1968) (AISENBERG, s. 127 vd.'ndan naklen); EPOTBA T 0279 / 89 (KELLER, s. 238'den naklen).

²⁶⁷ BAINBRIDGE, s. 378 vd.; CORNISH / LLEWELYN, s. 184; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 216.

²⁶⁸ Aynı yönde MUIR / BRANDI – DOHRN / GRUBER, s. 186; ÖZTÜRK, s. 190.

²⁶⁹ BOUCHOUX, s. 303; SCHECHTER / THOMAS, s. 332 SARAÇ, Ön Kullanım, s. 630; ÖZTÜRK, s. 154; Pfaff v. Wells Electronics Inc., 525 US 55 (1998).

²⁷⁰ Aynı yönde PatKHK. m. 46 / II.

c - Vasıtanın Alenileşmeye Uygunluğu

Üçüncü gereklilik, bilginin açıklandığı kaynağın alenileşmeyi sağlamaya uygunluğu²⁷¹, yani açıklamanın yapıldığı vasıtanın, bunu topluma ulaştırmaya uygun olmasıdır. Örneğin, bir şeyi satın alan, o şeyin özelliklerini onu parçalamaksızın dış görünümünden anlayamasa dahi, salt zilyetliği altında bulundurma aleniyet için yeterli sayılır²⁷². Bu, tersine mühendislik suretiyle bile olsa öğrenme olanağına sahip olunmasından kaynaklanır. Yine, bilginin tecessüm ettiği şey, teşhir edilmekteyse, - bir uzmanın dış görünümüne bakarak alandaki ortalama bilgi ile anlayabileceği kabul edilen düzeye kadar - aynı sonuç geçerliken, fikrî ürünün anlaşılmasını sağlayan bilgiler, teşhirdeki o şey ayrıntılı incelenmeksizin (detaylı hesaplamalar ve çizimler yardımıyla anlaşılabilen komplike makinelerde olduğu gibi²⁷³) ulaşamıyorsa ²⁷⁴ veya ürün, üretim usulü veya içeriği hakkında bilgi vermiyorsa (örneğin, bileşenlerine ayıramayan ürünler ile kimyasal usullerle üretilen ürünler genellikle içerikleri hakkında bilgi vermezler) yahut da fikrî ürün hakkındaki hatırdaki tutulması güç bir şekilde hızlı, imalı veya karışık konuşmalar duyulduysa, bunların alenileştiği, toplumca ulaşılabilir hale geldiği söylenemez ²⁷⁵. Aynı şekilde, bir müzik eserinin, kimsenin dinleyebilmesine imkân vermeyen bir formatta kayıt malzemesinde yer alması halinde, vasıtanın ve açıklamanın alenileşmeye uygun olduğu iddia edilemeyecektir.

d - Toplumun Öğrenme İmkânına Kavuşması

Dördüncü gereklilik, *Ayiter*'e göre belli bir şahıs grubunun²⁷⁶, bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, toplumu temsilen tek bir kişinin bile olsa,

²⁷¹ Aynı yönde HİRS, Fikrî Say I, s. 120.

²⁷² ORTAN, C. I, s. 77.

²⁷³ SARAÇ, Ön Kullanım, s. 641.

²⁷⁴ BENTLY / SHERMAN, s. 449.

²⁷⁵ AYİTER, İhtira, s. 53; ORTAN, C. I, s. 77; BAINBRIDGE, s. 380; SARAÇ, Teknik, s. 129; Aynı yönde bkz, PLG Research Ltd. & Another v. Ardon International Ltd & Others, 1993 FSR 197.

²⁷⁶ AYİTER, İhtira, s. 53; Aynı yönde TEKİNALP, s. 500; ÖZTAN, s. 213 vd.

fikrî ürün hakkında bilgi sahibi olma²⁷⁷, bu bilgiyi serbestçe kullanabilme ve yayabilme olanağına kavuşmuş olmasıdır²⁷⁸. Bu andan itibaren fikrî ürün, onu meydana getiren kişinin sır alanından çıkmış²⁷⁹, bir tek kişi bile olsa, bu kişinin fikrî ürünü uygulaması, topluma sunması, bunlardan daha önemlisi fikrî ürünün hak sahipliği için girişimde bulunması mümkün hale gelmiştir. Bu andan itibaren, fikrî ürünün toplum tarafından öğrenilememesi; sır saklama sözleşmesi veya güven ilişkisi²⁸⁰ gibi öğrenmiş kişinin topluma duyurmasını önleyen haller hariç, fikrî ürünü meydana getirenin insiyatifinde değildir. Her ne kadar, bazı eserler için toplum kavramının birden çok kişiyi ifade ettiği haller söz konusu olabilir de, bu istisnai bir durum olarak kabul edilmelidir²⁸¹. Örneğin, bir buluş uzman tarafından görüldüğünde yeniden uygulanacak düzeyde anlaşılabilirken, bir müzik eserinde çoğu zaman bu mümkün olmaz. Bir müzik eserini, ilk kez dinleyen yahut bir tiyatro eserini ilk kez izleyen bir kişinin - kayıt vb. hali hariç - onu yeniden, aynı şekilde ortaya koyabilmesi yahut topluma yayabilmesi imkânsız denecek kadar zordur. Benzeri hallerde, patentlerde de alenileşme gerçekleşmemiş sayılmaktadır²⁸².

Fikrî ürün sahibinin, topluma açıklama düşüncesinin bulunmadığını²⁸³ ve hakkını koruma iradesini ortaya koyan sır saklama sözleşmesi, fikrî ürüne ilişkin bilginin verileceği kişiye, bu bilgiyi serbestçe kullanabilme ve yayabilme hakkının bulunmadığının bildirilmesi²⁸⁴ ve bu kişinin de koşulu kabulüyle oluşan sözleşmedir. Bu sözleşme çerçevesinde, bu kişilerle sınırlı olmak

²⁷⁷ ORTAN, C. I, s. 77; BENTLY / SHERMAN, s. 446; BAINBRIDGE, s. 382; CORNISH / LLEWELYN, s. 178; COLSTON / MIDDLETON, s.154; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 215; Aynı yönde BOUCHOUX, s. 304; SCHECHTER / THOMAS, s. 331; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 217; MUIR / BRANDI – DOHRN / GRUBER, s. 186; TEKİNALP, Buluş Sahibi, s. 131; EREL, s. 89.

²⁷⁸ BENTLY / SHERMAN, s. 448; BAINBRIDGE, s. 382.

²⁷⁹ Aynı yönde ÖZTAN, s. 211; EREL, s. 87.

²⁸⁰ ORTAN, C. I, s. 78; TRITTON, s. 58; COLSTON / MIDDLETON, s. 154; HALPERN / NARD / PORT, s. 212; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. II, s. 1976; MUIR / BRANDI –DOHRN / GRUBER, s. 186, 187; SUTHERSANEN, s. 44.

²⁸¹ Karş. BENTLY / SHERMAN, s. 446 dn. 22.

²⁸² AYİTER, İhtira, s. 53; ORTAN, C. I, s. 77.

²⁸³ Aynı yönde James W. FALK, “ Originality or Novelty in Cases of Misappropriation of Ideas ”, Journal of the Patent Office Society (1951) (888 – 901), s. 890 (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos33&collection=journals&id=916&print=14§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009).

²⁸⁴ Aynı yönde BAINBRIDGE, s. 381.

kaydıyla, bir fikrî ürüne ait bilgilerin verilmesi, bunların artık alenileşmiş olduğu sonucunu doğurmaz²⁸⁵. Özellikle, henüz başvurusu yapılmamış fikrî ürünün, lisans sözleşmeleri görüşmesi sırasındaki tanıtımı veya teşhiri²⁸⁶, bilimsel bir konferansta açıklanması²⁸⁷ sır saklama yükümü çerçevesinde mümkün olabilir. Bu şekilde, bir açıklamanın alenileşme sonucunu doğurmamasındaki en belirleyici etken, sır saklama yükümünün varlığıdır²⁸⁸. Örnek bir olayda, parça üreticisi, dikiz aynasını, çeşitli araba fabrikalarını gezerek göstermiş, taraflar arasında herhangi bir sır saklama yükümü bulunmadığı için de, alenileşmenin gerçekleştiği sonucuna varılmıştır²⁸⁹. Yine, benzeri bir olayda, sözleşme taraflarından biri, buluş konusu ürünü, belirtilen sonucu gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği yönünden bağımsız bir uzmana inceletirme imkânı talep etmiş, karşı tarafta herhangi bir sır saklama yükümü olmaksızın bunu kabul ettiğinden aynı sonuca ulaşılmıştır²⁹⁰. Sır saklama yükümü, taraflar arasında sârih veya zımnî olarak kararlaştırılmış olabileceği gibi, doğruluk ve güven ilkeleri gereği, olayın özelliklerinden (zımnî olarak) doğduğu da kabul edilebilir²⁹¹. Özellikle, sözleşme veya iş ilişkisinden böyle bir güven ilişkisinin doğabileceği kabul edilebilir²⁹². Bu bağlamda, gerek fikrî ürün sahibinin, gerekse sır saklama yükümü altında fikrî ürünün açıklandığı kişinin, işçi, mühendis vb. “ bir özel hukuk sözleşmesi veya benzeri bir hukuk ilişkisi gereği, işverenin gösterdiği belli bir işle ilgili olarak, görevini işverenin emir ve direktifi altında ona karşı yerine getirmekle

²⁸⁵ HİRŞ, Fikrî Say I, s. 120 (Müellif, “ böyle bir kullanımdan ötürü, hak sahibinin mağduriyet yaşamaması için, aleniyet şartının mevzuatta yer alması gerektiği ” düşüncesindedir.); AYİTER, İhtira, s. 53; ORTAN, C. I, s. 78; Aynı yönde BAINBRIDGE, s. 382; TRITTON, s. 58; COLSTON / MIDDLETON, s. 154; HALPERN / NARD / PORT, s. 212; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. II, s. 1976; MUIR / BRANDI – DOHRN / GRUBER, s. 186, 187; SUTHERSANEN, s. 44; FELLNER, s. 276; ÖZTÜRK, s. 181.

²⁸⁶ ORTAN, C. I, s. 78.

²⁸⁷ BENTLY / SHERMAN, s. 448 dn. 36.

²⁸⁸ ORTAN, C. I, s. 78; TRITTON, s. 58; COLSTON / MIDDLETON, s. 154; HALPERN / NARD / PORT, s. 212; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. II, s. 1976; MUIR / BRANDI – DOHRN / GRUBER, s. 186, 187; SUTHERSANEN, s. 44; SULUK, s. 272.

²⁸⁹ ORTAN, C. I, s. 78; EPA - T 194 / 86.

²⁹⁰ BAINBRIDGE, s. 382.

²⁹¹ HİRŞ, Fikrî Say I, s. 123; ORTAN, C. I, s. 78; Aynı yönde BAINBRIDGE, s. 380; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. II, s. 1996; SUTHERSANEN, s. 44; SARAÇ, Ön Kullanım, s. 635; ÖZTÜRK, s.181; Ayrıca bkz. EndTasKHK. m. 6 / II.

²⁹² HİRŞ, Fikrî Say I, s. 123; ORTAN, C. I, s. 78; BAINBRIDGE, s. 381; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 217; SULUK, s. 272; SARAÇ, Ön Kullanım, s. 635.

yükümlü olan²⁹³ personelinin sır saklamakla yükümlü oldukları varsayılır²⁹⁴. Yine bir makalenin incelenmesinde, hakemlerin doğruluk ve güven ilkeleri gereği, sır saklama yükümü vardır²⁹⁵. Ayrıca, gizli patentler açısından bunu inceleyen kurumların da sır saklama yükümü bulunmaktadır (PatKHK. m. 125 / III). *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*’ a göre, “ bir grubun şirketleri arasındaki bildirme dahi alenileşme sayılmaz²⁹⁶”.

Açıkça sır saklama yükümlülüğünün kararlaştırılmadığı, dolayısıyla, sır saklama yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hakkında tereddüde düşülen durumlarda, açıklamayı öğrenen kimsenin, kendisini, elde ettiği bilgiyi başkalarına nakletmeme konusunda bir yükümlülük altında hissedip hissetmediğine bakılır²⁹⁷.

Sır saklama yükümlülüğü bulunan bir kişinin, bu yükümlülüğe aykırı olarak elde etmiş olduğu bilgileri başkalarına açıklaması halinde, o andan itibaren bu bilgiler, tekniğin durumuna ait olur, başka bir deyişle bilgilerin yeniliği ortadan kalkar²⁹⁸. Bu andan itibaren, yükümlülüğe aykırı hareket, alenileşmeyi engellemeyip, sadece sır saklama sözleşmesinin tarafları arasında ve sözleşmeye aykırılığa dayalı bir hukuki sorun teşkil edebilir²⁹⁹. Açıklama, yeniliği kaldırmayan açıklama süresinde yapıldıysa yenilik kalkmayacaktır.

²⁹³ Aynı yönde PatKHK. m. 16; Vahit DOĞAN, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara, 1996, s. 2 - 6.

²⁹⁴ SARAÇ, Ön Kullanım, s. 635.

²⁹⁵ EPOTBA T 0381 / 87.

²⁹⁶ LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. II, s. 1976.

²⁹⁷ THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 217; SARAÇ, Ön Kullanım, s. 635; SULUK, s. 272; Beachcombers International Inc. v. Wilde Wood Creative Products Inc., 31 F3d. 1154, 31 USPQ 2d. 1653 (Fed. Cir. 1994).

²⁹⁸ HİRŞ, Fikrî Say I, s. 123; AYİTER, İhtira, s. 54; ORTAN, C. I, s. 78; SULUK, s. 272; SARAÇ, Ön Kullanım, s. 636; ÖZTÜRK, s. 183; FALK, s. 889, 894.

²⁹⁹ Aynı yönde FALK, s. 889, 894.

Bu gereklilikle ilgili önem taşıyan hususlardan bir diğeri, fiilen öğrenmeye gerek olmayıp, bu öğrenme olanağının bulunmuş olmasıdır³⁰⁰. Alenileşme koşullarını sağlayan bir açıklama, kişilere öğrenme olanağını da sağlamış kabul edilir. *Ortan*'a göre “ *olanağın bulunmuş olmasının yeterliliği ilkesi, açıklamanın yazılı bir şekilde veya bir madde içinde tecessüm ettirmek suretiyle yapılmış olması hallerinde geçerli*³⁰¹ ” iken, kanaatimizce, toplumca ulaşılabilir hale gelmeyi sağlayacak her şekil için geçerli olmalıdır. Bu fikrî ürünün, örneğin karışık veya hatırdaki tutulması güç olmayan sözlü açıklamasını duyan kişi de bu olanağa kavuşabilir.

Ayiter, alenileşmenin varlığı için ayrı bir şart olarak, “ *fikrî ürüne ilişkin sahadaki bir uzmanın bunu öğrenmesi gerektiği* ” görüşündedir³⁰². Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Açıklamanın, ortalama bir uzmanın fikrî ürünü uygulamaya koyabileceği düzeyde anlaşılabilir ve açık olması ayrı bir olgu, bu açıklamayı bir uzmanın öğrenmesinin şart olması ayrı bir olgudur. Her zaman bir fikrî ürünün anlaşılabilmesi için, o alanda ortalama bir uzman olunması şart değildir³⁰³. Ayrıca, alenileşme için önem taşıyan özellik, bu bilgiyi serbestçe kullanabilme ve yayabilme imkânının elde edilmesidir ki uzman olmayan bir kişi bile öğrenme imkânına kavuşmakla bu imkâna da kavuşmuş olmaktadır.

Hangi andan itibaren, yapılan bir açıklamanın, toplumca ulaşılabilir hale geldiği konusu, ispat sorunu olup, somut olayın özelliklerine ve

³⁰⁰ ORTAN, C. I, s. 77; BENTLY / SHERMAN, s. 446 dn. 25; TRITTON, s. 58; COLSTON / MIDDLETON, s. 155; FRANCIS / COLLINS, s. 205; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 215; MUSKER, s. 35; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. II, s. 1975; MUIR / BRANDI – DOHRN / GRUBER, s. 185; SARAÇ, Teknik, s. 125; Guidelines for Examination in the European Patent Office, Part D, Chapter V. 3. 1. 3. 1, Munich, 2005, (EPO, Guidelines); In re Wyer, 655 F. 2d 221 (CCPA 1981); Beachcombers International Inc. v. Wilde Wood Creative Products Inc., 31 F. 3d 1154, 31 USPQ. 2d 1653 (Fed. Cir. 1994).

³⁰¹ ORTAN, C. I, s. 77.

³⁰² AYİTER, İhtira, s. 53; Aynı yönde SARAÇ, Teknik, s. 124 (Müellif, “ öğrenen kişinin uzman olabileceği gibi, sunulan bilgi ile ilgilenen kimse de olabileceği ” görüşündedir. Ancak, kanaatimizce, alenileşme için bilgiyi öğrenen kişinin, o bilgi ile özel olarak ilgilenen kimse olması da şart değildir. Önem taşıyan husus, kişinin, bu bilgiyi serbestçe kullanma ve yayma imkânına kavuşmasıdır. Yn.).

³⁰³ Aynı yönde SARAÇ, Hak Sahibi, s. 525.

hakkaniyete göre bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir³⁰⁴. Örneğin, Avrupa Patent Kurumu, bir kararında, bilimsel bir dergide yayınlanan makale üzerinde durmuş, burada yer alan bilgilerin açıklanmış sayılması için, derginin gönderilmesi anını değil, abone adresine ulaşması anını esas almıştır³⁰⁵. Ayrıca, böyle bir derginin kütüphane kataloğuna kayıt edilmesi şartının da aranmayacağını, toplumu temsilen bir kişinin³⁰⁶ dahi yeni dergiyi sorması olanağının, açıklamanın toplumca ulaşılabilir hale gelmesi bakımından yeterli olacağı kabul edilmiştir³⁰⁷. Doktrindeki bir görüş de, doktora tezinin kütüphane kataloğuna kaydı yapılmadan, okuyuculara verilemeyeceği düşüncesinden hareketle, açıklamanın henüz toplumca ulaşılabilir olmadığı sonucuna varmaktadır³⁰⁸. *Bainbridge*' de benzeri şekilde, “ *yayınlanmamış bir başvurunun geri çekilmesi halinde bunun tekniğin durumuna dâhil sayılmayacağı ve başvuru sahibinin yeni bir başvuru yapabileceği* ” düşüncesindedir³⁰⁹.

B. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KRİTERİNİN UYGULAMASI

I . GENEL OLARAK

Fikrî mülkiyet hukukunda, yenilik kriteri yukarıda sözü edilen şekilde olmakla birlikte, yenilik kriterinin hâlihazırdaki uygulanması, tüm fikrî mülkiyet hakkı türlerinde aynı şekilde değildir. Bazı türlerde, terim olarak yenilik koşulu hiç aranmamakta, bazılarında bu kriter yenilik koşulu şeklinde ifade edilmemekte, incelemesiz tasarım tescili sistemi gibi bazı sistemlerde, yenilik koşulu bulunmasına rağmen itiraz yahut hükümsüzlük davası olmadan yenilik incelemesi yapılmamakta, yenilik koşulunun bulunduğu ve incelemenin yapıldığı haklarda ise bazı farklı uygulamalara rastlanılmaktadır. Bu bölümde

³⁰⁴ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 76.

³⁰⁵ ORTAN, C. I, s. 76.

³⁰⁶ BAINBRIDGE, s. 378 dn. 33.

³⁰⁷ ORTAN, C. I, s. 77.

³⁰⁸ ORTAN, C. I, s. 77; BENTLY / SHERMAN, s. 446 dn. 25.

³⁰⁹ BAINBRIDGE, s. 380.

yenilik kriterinin uygulaması, genel hatlarıyla incelenmekte olup, türlerdeki farklılıklar ilgili bölümlerde açıklanmaktadır.

II . YENİLİĞİN ARANACAĞI ZAMAN

Yeniliğin aranacağı zaman, fikrî ürün üzerinde hak sahipliğinin doğduğu iddia olunan andır³¹⁰.

Hâlihazırda bu an, tescile tabi haklarda, fikrî mülkiyet hakkına ilişkin başvurunun yapıldığı gün, saat ve dakika; eğer bir rüçhan talebinde bulunulmuşsa, rüçhan tarihi³¹¹; başvuru veya rüçhan tarihinden belli bir süre öncesinde olmak şartıyla, başvuru sahibi kaynaklı açıklama tarihidir. Tescile tabi olmayan haklarda (örneğin eserlerde ve tescilsiz tasarımlarda) ise, fikrî ürünün ortaya konulduğu, topluma sunulduğu tarihtir³¹². *Suluk*, “ *tasarım daha önce kamuya sunulmuş olsa dahi incelemede, (başvuru veya varsa rüçhan tarihini ifade eden) referans tarihine göre inceleme yapılacağı* ” görüşünde olup ³¹³, bunu yeniliği kaldırmayan açıklama süresi (grace period) içinde, tasarımın yeniliğinin etkilenmeyeceğinin düzenlenmesine dayandırmaktadır. Bu, başvuru sahibi açısından geçerli bir düşünce olsa da, diğer başvuru sahipleri açısından geçerli değildir. Bunun nedeni, önceki açıklamanın başvuru sahibince yapılması halinde yeniliği kaldırmayan açıklama olarak nitelendirilirken, bu kişinin veya yasal haleflerinin dışındaki 3.

³¹⁰ Yabancı doktrinde “ priority date ” olarak tabir edilen, bu an başvuru tarihi, rüçhan tarihi ya da - yasal sınır içindeki - daha önceki bir tarihi ifade eder şekilde kullanılmaktadır. Tercümesi ise “ rüçhan (öncelik) tarihi ” şeklindedir. “ Rüçhan tarihi ” ifadesi, Hukukumuzda ayrı ve daha dar bir anlamda, başvuru ve sergilemeden kaynaklanan öncelik hakkını ifade etmektedir. Oysa, fikrî ürün sahibinin başvuru veya sergileme olmaksızın korunan önceki açıklamaları da vardır. Bu nedenle, karışıklığa neden olmadan “ priority date ” ifadesiyle kastedilen tüm zaman dilimlerini kapsamı için bu ifade kullanılmıştır.

³¹¹ Paris Ant. m. 4 / B; HİRŞ, Fikrî Say I, s. 121; AYİTER, İhtira, s. 51 vd.; BENTLY / SHERMAN, s. 627; BAINBRIDGE, s. 500; TRITTON, s. 244; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. II, s. 1970; MUSKER, s. 25, 34; SUTHERSANEN, s. 37; IPH, s. 19; FELLNER, s. 51 TEKİNALP, s. 503; ARKAN, C. I, s. 74; YOSMAOĞLU, s. 3; SULUK, s. 234 (Müellif, “ başvuru veya varsa rüçhan tarihinin referans tarihi olarak adlandırıldığını ” belirtmektedir).

³¹² BENTLY / SHERMAN, s. 627; BAINBRIDGE, s. 500; TRITTON, s. 244; SULUK, s. 234.

³¹³ SULUK, s. 239.

kişilerce yapılan başvuruların yeniliği incelemesinde dikkate alınıp yeniliği ortadan kaldırmasıdır³¹⁴.

Bu tarihten önce, alenileşmiş olan bilgiler, toplumun bilgi birikimini oluşturur ve bu birikime dâhil olan hususlar yönünden yeniliği kaldırıcı etkilidir. Açıklamanın bu andan önce, örneğin patent hakkı için bir gün önce yapılmış olması dahi, yeniliğin ortadan kalkması için yeterlidir³¹⁵.

Başvurunun yapıldığı günün, incelemede esas alınması, fikrî ürünün ilk kez bu başvuruya ortaya çıkması durumunda geçerlidir. Ancak, iki hal de, yenilik incelemesinde esas alınan tarih, önceki bir zamana çekilmektedir. İlk hal, bu başvurunun, önceki başvuruya veya sergilemeye dayalı olarak, rüçhan hakkı süresi içinde yapılan sonraki başvuru niteliğinde ortaya çıkması; ikinci hal ise, (belli bir süreyle sınırlı olarak) başvurudan önce, hak sahibi kaynaklı bir açıklama yapılmasıdır. Her iki hal de de, gerçek hak sahibinin, fikrî ürününü koruma altına alabilmesi amacıyla belli bir süre tanınmışken; bu süre sınırlandırılarak, fikrî ürününden, toplumun menfaati aleyhine daha uzun süre faydalanması da engellenmiştir.

Bunlardan ilk halde, toplumun bilgi durumunun belirlenmesinde ve yenilik incelemesinde esas alınan an olarak, rüçhan hakkının doğduğu gün kabul edilerek hak sahibinin mağduriyeti engellenmiştir³¹⁶. Rüçhan hakkı, başvuru sahibince yapılmış daha önceki bir tescil başvurusu veya başvuru konusu fikrî ürünün daha önce sergilenmesine dayalı olarak, gerçek hak sahibi olması nedeniyle, geçici koruma amaçlı tanınmış bir imtiyazdır. Başvuruya dayalı rüçhan tüm ülkelerce kabul edilmişken, sergileme rüçhanı bazı ülkelerde rüçhan olarak adlandırılmayıp, yeniliği kaldırmayan açıklama

³¹⁴ Aynı yönde TEKİNALP, Buluş Sahibi, s. 130.

³¹⁵ TEKİNALP, Buluş Sahibi, s. 130; BENTLY / SHERMAN, s. 446 dn. 25; COLSTON / MIDDLETON, s. 152; SULUK, s. 275 dn. 260.

³¹⁶ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 78.

olarak kabul edilmektedir³¹⁷. Bunun nedeni, Paris Sözleşmesi' nin m. 11 / 1 hükmüne göre, taraf devletlerin, rüçhan hakkı değil, geçici koruma sağlamakla yükümlü olmalarıdır. Başvuruya dayalı rüçhan hakkında, incelemeye esas alınacak tarih; ilk başvurunun yapıldığı tarihtir. Sergileme rüçhanında ise; ürünün sergiye konuluş tarihi³¹⁸, bu tarihin kesin olarak bilinmediği durumda kanaatimizce - sergileme fiilinin nitelikleri ve amaçları ile hayatın olağan akışı gereğince, serginin açılışından önce ürünün konulması gerekeceğinden - tanık vb. delillerle de olsa ispatlanmak şartıyla, açılıştan mutad bir süre öncesi, bunun ispatlanamaması halinde, varsa sergi yönetiminin kurallarına göre ürünün teşhir yerine konması için verilen son tarihtir. Bu da yoksa serginin açılış günüdür³¹⁹.

Rüçhan hakkı yönünden, başvuru içeriğindeki koruma talep edilen bazı unsurlar için, farklı rüçhan taleplerinde bulunulması halinde, o unsur için rüçhan hakkının doğduğu gün farklı olarak kabul edilebilir³²⁰. Bu durumda, bir unsur için birden çok rüçhana dayanılmışsa, o unsur yönünden dikkate alınacak tarih en eski tarihli rüçhanın tarihidir (PatKHK. m. 52 / 3). Özellikle patent başvurularında, istemler dikkate alındığından ve bazı istemler daha önce farklı farklı başvurularla patentlenmiş bulunabileceğinden, başvuruda farklı rüçhanlara dayanılması söz konusu olabilmektedir. Her ne kadar buluş sahibinin, aynı istemi de içeren yeni bir patent başvurusu yapmak yerine, ek patent alması şeklinde bir düşünce akla gelebilirse de, ek patent daha önceki buluşun iyileştirilmesi yahut buluş basamağını aşmayan gelişmelerde söz konusu olmaktadır. Oysa, buluş sahibinin daha önceki patentlenmiş istemleri de kullanarak buluş basamağını aşacak bir buluş yapması da mümkündür.

İkinci halde ise, gerçek hak sahibinin mağduriyetinin engellenmesi, başvurudan belli bir süre öncesine kadar yapılmış, hak sahibi kaynaklı (hak

³¹⁷ Avrupa Patent Anlaşması m. 55 / 1 - b; PatKanTas. m. 8'de sergileme, ülkemiz açısından da sergi rüçhanı yerine yeniliği kaldırmayan açıklama olarak düzenlenmektedir.

³¹⁸ Aynı yönde Paris Sözleşmesi m. 11; AYİTER, İhtira, s. 52.

³¹⁹ Aynı yönde HİRSŞ, Fikrî Say I, s. 122.

³²⁰ ORTAN, C. I, s. 79.

sahibi veya yasal haleflerince³²¹ yahut da bunlardan bilgi edinen kişilerin aşikâr bir suistimali ile yapılmış) açıklamaların yeniliği kaldırmayacak açıklama³²² olarak kabulüyle sağlanmıştır. Yani, başvurudan belli bir süre öncesinde olmak şartıyla, hak sahibi kaynaklı açıklama tarihinden sonraki açıklamalar, başvuru sahibi lehine yenilik incelemesinde dikkate alınmamaktadır. Buna karşılık, yapılan bu önceki tarihli açıklama, başvuru sahibi veya yasal haleflerinin dışındaki 3. kişilerce yapılan başvuruların yeniliği incelemesinde dikkate alınır ve yeniliği ortadan kaldırır. Yeniliği kaldırmayan açıklamaların, gerçek hak sahibine, korumaya kavuşmada bir öncelik hakkı sağlamadığı doktrinde savunulsa da³²³, kanaatimizce, bu açıklamalar da, 3. kişilerin başvurularında yeniliği kaldırırken, açıklama sahibinin başvurusunun yeniliğini kaldırmadığı için gerçek hak sahibine, korumaya kavuşmada, tescil sahibi olmada fiilen bir öncelik hakkı oluşturmaktadır. Fikrî ürün sahibinin, koruma için tescil vb. uzun süreli ve maliyetli bir çabanın içine girmeden önce, fikrî ürününün potansiyel değerini tespit edebilmesi, şüphesiz en doğal haklarından biridir. Ancak, kişinin hak sahipliğini ispata ve hakkının korunmasına yarayacak, tescile tabi haklardaki başvuru veya tescile tabi olmayan haklardaki diğer işlemlerden (örneğin noter tespiti vb.) önce, fikrî ürünün kamuya sunulması, bu kişinin hakkını kaybı, başkasının fikrî ürünü sahiplenmeye çalışması, hatta gerçek hak sahibinin başkasının hakkına tecavüz eder duruma düşmesi tehlikesini doğurur. Bir fikrî ürün, çoğu zaman sahibinin uygun olmayan kullanımı, açıklama veya hareketleriyle yeniliğini, dolayısıyla korunma imkânını kaybeder. İşte yeniliği kaldırmayacak açıklama süresi, gerçek hak sahibi veya haleflerine, potansiyel haklarını kaybetmeden, fikrî ürününü denemek, kullanmak, değerlendirmek, böylece fikrî ürünün potansiyel değerini ve koruma çabasının gerekli olup olmadığını belirlemek imkânı sağlamak için

³²¹ BENTLY / SHERMAN, s. 631; CORNISH / LLEWELYN, s. 177, 545; BAINBRIDGE, s. 501; TRITTON, s. 245; SUTHERSANEN, s. 44; PatKanTas. m. 8 / 1.

³²² Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 448; Kutlu OYTAÇ, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul, 2002, s. 38; EREL, s. 89 (Müellif, yenilikle ilgili bir açıklama yapmaksızın, “ söz konusu durumda eserin alenileşmiş sayılamayacağını ” belirtmektedir); SULUK, s. 239 (Müellif, “ bu süreyi yeni sayılma süresi olarak ” adlandırmaktadır).

³²³ ORTAN, C. I, s. 89; ÖZTÜRK, s. 222.

tanınmıştır³²⁴. Bu süre, genellikle oniki ay yahut bir yıl olarak mevzuatlarda yer almakta olup³²⁵, nelerin yeniliği kaldırmayan açıklama sayılacağı, bunun süresinin başvuru veya rüçhan tarihinden geriye doğru hesaplanacağı vb. hususlarda ülkeler arasında farklılıklara rastlanmaktadır. Bu süre, çoğu ülkede; başvuru veya varsa rüçhan tarihinden geriye doğru hesaplanmakta ve rüçhan hakkında dikkate alınan öncelik tarihine ilave olarak, bir süre daha geriye çekme / yayma şeklinde düzenlenmektedir³²⁶. Avrupa patenti başvurusunda ise, başvuru, önceki bir başvuruya dayanan sonraki başvuru niteliğinde olsa da, - rüçhan tarihinden değil - bu başvurunun yapılmış olduğu tarihten geriye doğru hesaplama yapılmaktadır³²⁷. ABD’ de de aynı uygulama geçerli olup “ grace period ” olarak ifade edilmekte, bu imkân yabancı başvurulara ise, rüçhan hakkı olarak sağlanmaktadır (ABDPK. m. 102 / b.)³²⁸. Dikkatlice incelendiğinde, Avrupa patenti uygulamasıyla, ABD patent uygulamasının, sonuç itibariyle birbirinin benzeri olduğu söylenebilir. Tek farkları ise, ABD.’ de sadece kullanım ve satış fiilleri yeniliği kaldırmayan açıklama sayılırken, Avrupa patenti uygulamasında, gerçek hak sahibi kaynaklı tüm açıklama şekillerinin yeniliği kaldırmayacak açıklama olarak kabul edilmesidir.

Belirtilen bu süre içinde, gerçek fikrî ürün sahibi veya yasal haleflerince yapılan açıklamaların dışında, bunlardan bilgi edinen kişilerin aşikâr bir suistimali ile yapılmış açıklamalar da, yeniliği kaldırmayacak açıklama olarak kabul edilmektedir. Aşikâr bir suistimalden ne anlaşılması

³²⁴ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 447, 631; CORNISH / LLEWELYN, s. 177; TRITTON, s. 245; COLSTON / MIDDLETON, s. 154; BOUCHOUX, s. 303; SCHECHTER / THOMAS, s. 326; Paul GOLDSTEIN, International Intellectual Property Law, Foundation Pres, New York, 2001, s. 319; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. II, s. 1997; HALPERN / NARD / PORT, s. 211 vd.; SUTHERSANEN, s. 44; FELLNER, s. 53; SULUK, s. 275 ; SARAÇ, Teknik, s. 134.

³²⁵ FELLNER, s. 276; Tasarımlar yönünden İngiltere’de 6 ay olduğu hakkında bkz. (BENTLY / SHERMAN, s. 627; TRITTON, s. 244 dn. 43); Japonya’da da 6 ay olduğu hakkında bkz. (SULUK, s. 275).

³²⁶ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 630; TRITTON, s. 245; COLSTON / MIDDLETON, s. 154.

³²⁷ ORTAN, C. I, s. 88; BENTLY / SHERMAN, s. 448 dn. 38.

³²⁸ ABD’deki Grace period uygulaması hakkında daha fazla bilgi için bkz. BOUCHOUX, s. 303; SCHECHTER / THOMAS, s. 326; GOLDSTEIN, s. 319.

gerektiği, yargı kararlarına bırakılmış bir husustur³²⁹. Suistimal ile ifade edilmek istenen, sadece kötü niyetli bir biçimde yapılmış olan kasti veya kusurlu fiiller (açıklamalar) değildir. Anlatılmak istenen, gerçek fikrî ürün sahibinin haklarının, açıklama fiilleriyle zarara uğratılmasıdır³³⁰. Açıklama, yazılı, sözlü veya kullanım fiiliyle olabileceği gibi, bir başvuruda bulunmuş olma suretiyle de yapılmış olabilir. *Cornish / Llewelyn*, “ *ispatlanmak kaydıyla, aşikâr bir suistimal sonucunda yapılmış açıklamaların çok farklı şekilleri olabileceği* ” görüşündedir³³¹. *Bently / Sherman* ise, gizlilik anlaşmasına aykırı açıklamayı da bu kapsamda değerlendirmektedir³³².

Burada vurgulanması gereken önemli bir husus, Avrupa Patent Anlaşması’ nın m. 55 / 1 - b hükmünde, buluşun başvuru sahibi veya onun selefine resmi ya da resmi olarak kabul edilmiş, olan sergide, Uluslararası Sergilemeye ilişkin Antlaşma çerçevesinde, sergilenmiş olmasının, sergileme rüçhanı olarak değil, yeniliği kaldırmayan açıklama olarak değerlendirilmiş olmasıdır³³³. Böyle bir sergilemenin yapılmış olması halinde, başvuru sahibi, başvurusunda bu durumu belirtmeli ve bu tarihten itibaren dört ay içinde de sergiyi düzenlemiş olan yerden gerekli belgeyi alarak, Avrupa Patent Ofisi' ne vermelidir. Aksi halde, bu sergileme, yeniliği kaldırıcı sayılacaktır³³⁴.

Yeniliği kaldırmayan açıklama sayılma süresinin sınırlı olmasının amacı, fikrî ürün sahibini tescile zorlamak³³⁵ ve - tekel hakkının süreyle sınırlandırılması esasını kabul etmiş günümüz dengesi gereği - koruma süresini uzun tutarak haksız menfaat sağlamasını engellemektir³³⁶.

Gerek rüçhan gerekse yeniliği kaldırmayan açıklamada, yenilik incelemesinin bu tarihten önceki bilgilere göre yapılması esası, hak sahibinin

³²⁹ ORTAN, C. I, s. 89.

³³⁰ ORTAN, C. I, s. 89.

³³¹ CORNISH / LLEWELYN, s. 181.

³³² BENTLY / SHERMAN, s. 448; Karşı görüş için bkz. SARAÇ, Teknik, s. 134.

³³³ BENTLY / SHERMAN, s. 448; CORNISH / LLEWELYN, s. 182; ORTAN, C. I, s. 89.

³³⁴ ORTAN, C. I, s. 89.

³³⁵ BOUCHOUX, s. 304.

³³⁶ BOUCHOUX, s. 304; SCHECHTER / THOMAS, s. 332; HALPERN / NARD / PORT, s. 211 vd.

bu ilk sunumunda korunmasını istediği unsurlar yönündendir³³⁷. *Bently / Sherman*, “ yeniliği kaldırmayan açıklama süresinin, hak sahibinin test edebilmesi için verildiğinden, ilk açıklama tarihinin, fikrî ürünün - test sonucuna göre yapılmış - esas etkilemeyen şekilde değişmiş hali için de geçerli olduğunu ” savunmaktadır³³⁸. Bu düşünce, sadece ilk açıklanan hal ile başvuruadaki halin kıyaslanması sonucunda, esas etkilemeyen şekilde bir değişiklik olmasıyla sınırlı şekilde geçerli kabul edilmemesi halinde, tehlikeli sonuçlara yol açabilecektir. Aksi takdirde, hak sahibinin her defasında küçük değişiklikler yaparak, ilk açıklama tarihinin verdiği avantajdan faydalanmaya kalkışmasının önü açılmış olur³³⁹.

III. FİKRİ ÜRÜNÜN YENİLİK YÖNÜNDEN KIYASLANACAĞI BİLGİLER

a - Genel Olarak

Yenilik incelemesinde, - yukarıdaki prensiplere göre belirlenen - esas alınacak tarihten önce, yazılı veya sözlü biçimde, kullanım yoluyla ya da herhangi bir şekilde yapılan açıklama suretiyle, toplumca ulaşılabilir hale getirilmiş yani alenileşmiş bilgiler dikkate alınmaktadır³⁴⁰. Bunun yanı sıra, ortalama bir uzmanın sahip olduğu genel uzmanlık bilgileri de, yenilik incelemesi yönünden alenileşmiş bilgilere dâhildir³⁴¹. Ortalama bir uzmanın, genel uzmanlık bilgisiyle, bilinen şey veya usulleri değiştirmek, genişletmek vb. şekilde yaptığı uygulamalar kural olarak ibdai faaliyet sayılmazlar³⁴². Bu tür uygulamalar, fikrî ürünün öngörülebilir sonuçları kapsamındadır. Sonuç itibariyle, o ana kadar varolan bilgiler zaten toplumun bilgi birikimine dâhildir. Fikrî mülkiyet hakkı tanınmasının asli amacı olan “ toplumun bilgi birikimini

³³⁷ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 631; ORTAN, C. I, s. 79; PatKHK. m. 52 / 3.

³³⁸ BENTLY / SHERMAN, s. 631.

³³⁹ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 631.

³⁴⁰ ORTAN, C. I, s. 76; BENTLY / SHERMAN, s. 446 dn. 25; COLSTON / MIDDLETON, s. 152; Aynı yönde SULUK, s. 230; IPH, s. 19; Karşı görüş için bkz. SARAÇ, Yenilik, s. 196.

³⁴¹ ORTAN, C. I, s. 76; BENTLY / SHERMAN, s. 453; Aynı yönde TRITTON, s. 62; MUIR / BRANDI-DOHRN / GRUBER, s. 192; SARAÇ, Yenilik, s. 196.

³⁴² HİRŞ, Fikrî Say I, s. 116.

zenginleştirmenin ” gerçekleşebilmesi için, mevcut birikime bir katkının olması gerekeceğinden, koruma talep edilen fikrî ürünün kıyaslaması, mevcut bilgiler dikkate alınarak yapılır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, bazı ülkelerin veya kurumların mevzuat ve uygulamalarında, alenileşmeyi sağlayan açıklama türlerini kısıtlayıcı düzenlemelere rastlanmasıdır. Koruma talep edilen ülkenin veya kurumun mevzuatında belirtilen açıklama şekillerinin kapsamı, ülkesellik ilkesi gereği, yeniliğin belirlenmesinde etkileyici olmaktadır. Örneğin, bazı açıklama şekillerinin dikkate alınmayışı, normal şartlarda korunamayacak bir fikrî ürünün, koruma altına alınmasına neden olabilmektedir.

b - Alenileşmeyi Sağlayan Açıklama Şekilleri

i - Yazılı veya Sözlü Açıklamalar

Bilginin açıklanmasında yazının, basılı materyalin kullanıldığı açıklamalar, yazılı açıklamalar olarak tasniflenmektedir. Kitaplar, gazeteler, dergiler, kataloglar, el yazılı eserler vb. bu tür açıklamalara örnek gösterilebilir. Bunların nüsha adedinin bir önemi de yoktur. Yazılı açıklamalara ilişkin olarak büyük önem taşıyan hususlardan biri, gizli patentlerin - çok istisnai haller dışında - alenileşme olarak kabul edilmemesi gerekliliğidir. Bunun yanı sıra, yazılı açıklamalar arasında olmalarına rağmen, yayınlanmamış önceki tarihli başvurular, kendilerine has bir önem taşıdıkları için aşağıda ayrı bir bölüm halinde açıklanmıştır.

Bilginin açıklanmasında sözün kullanıldığı açıklamalar ise, sözlü açıklamalar olarak tasniflenmektedir. Konferans, sempozyum, sunum vb. bu tür açıklamalara örnek gösterilebilir. Bunların da geniş bir kitleye yapılması şart olmadığı gibi, sözlü açıklamanın - fikrî ürünün anlaşılmasını sağlamak kaydıyla - tekrarı adedinin de bir önemi de yoktur. Bir kere yapılması bile

yeterli olabilir. Ancak, sözlü açıklama iddialarının büyük bir bölümünün, ispat vasıtalarının kısıtlı olması nedeniyle ispatlanamadığı da bir gerçekliktir³⁴³.

ii - Kullanma

Fikrî mülkiyet hukukunda kullanım kavramı, dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda kullanım kavramı, hakkın fiilen kullanımını ifade etmektedir³⁴⁴. Geniş anlamda kullanım kavramı ise, hakkın kendine has özellikleri kapsamında gerçekleştirilebilen, onun muhtevasının gerçekleştirilmesini sağlayan, fikrî ürünü bilinir kılan bütün yararlanma şekillerini içerir³⁴⁵. Doktrinde bazı müellifler, sınaî mülkiyet hukukunda kullanım kavramının geniş anlamda kullanıldığı görüşündedirler³⁴⁶. Hukuki düzenlemeler ve fikrî mülkiyet hukukunun kabul ettiği kurumlar karşısında bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Öncelikle, ilgili düzenlemelerin hükümleri dikkatle incelendiğinde “ üretilmesi, satılması, **kullanılması** veya ithal edilmesi veya bu amaçlar için kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir nedenle olursa olsun elde bulundurulması ” fiillerinin ayrı ayrı sayıldığı, kullanımın sadece bu fiillerden biri olduğu, ayrıca sergileme vb. fiilleri de içeren torba bir fiil olarak “ kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir nedenle olursa olsun elde bulundurulma ” fiilinin de münferiden düzenlendiği açıkça görülmektedir. Bu düzenlemeler, kullanım fiilinin dar anlamda anlaşıldığını da ortaya koymaktadır. Amerikan hukukunda da, kullanma kavramı dar anlamda kullanılmaktadır³⁴⁷. Bunun yanı sıra müelliflerin kullanım fiili olarak saydıkları sergileme, satış, uygulama / çalışma şeklini gösterme, fikrî mülkiyet hukukunda ayrı açıklama şekilleri olarak ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Hatta, Hukukumuzda olduğu gibi, bunlardan sergilemeye ayrı bir kurum olarak rüçhan hakkı gibi, kullanıma tanınmayan imtiyazlar tanınmıştır. Bunun yanı sıra, sergilemeyi rüçhan hakkı olarak kabul etmeyen ülkelerde, önceki

³⁴³ BAINBRIDGE, s. 380.

³⁴⁴ SARAÇ, Ön Kullanım, s. 627.

³⁴⁵ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 122; SARAÇ, Ön Kullanım, s. 627; A. Necip ORTAN, Avrupa Patent Sistemi, C. II, Ankara, 1992, s. 57.

³⁴⁶ SARAÇ, Ön Kullanım, s. 627 ve dn. 12'deki müellifler.

³⁴⁷ SCHECHTER / THOMAS, s. 327 vd.

kullanıma sağlanan yeniliği kaldırmayan açıklama olarak kabul imkanı, sergilemeye de ayrıca tanınmıştır. Usulü uygulamaya elverişli araçların tedariki ise, dar veya geniş anlamda kullanım olarak nitelemez. Bu tarz bir fiille, henüz tecavüzün gerçekleştirilmemiş olduğunu belirten çok sayıda yargı kararı da mevcuttur. Ticaret mevkiine koyma ise “ kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir nedenle olursa olsun elde bulundurma ” fiili kapsamındadır. Üçüncü olarak, müelliflerin kullanım olarak ifade ettikleri bu fiiller dikkate alındığında kullanım fiilinin neredeyse “ alenileşme ” kavramının anlamını karşılayacak hale geldiği görülmektedir.

Fikrî ürünün yenilik niteliğini kaybedebilmesi için, herhangi bir şekilde kullanılmış olması yeterli olmayıp, ancak belirli şartları gerçekleştiren bir kullanım yenilik niteliğine zarar verebilir. Bu şartlar şunlardır:

1. Fikrî ürünün, daha önce de, incelenen başvurdaki haliyle kullanılmış olması gerekir³⁴⁸. Eğer başvuru, kullanımdan daha geliştirilmiş özellikleri içeriyorsa, bu özellikleri yönünden koruma altına alınabilecektir. Örneğin, patent başvurusunda yeni bir istem varsa kullanım bu istemin yeniliğine etki etmeyecektir.

2. Kullanımın aleni olması gerekir. Fikrî ürünün yeniliği kaldırıcı kullanımı, fikrî ürünü, toplum tarafından bilinir hale getiren, herhangi bir sınırlama ya da sır saklama yükümlülüğü bulunmayan, hak sahibi dışında bir başka kimse tarafından kullanılması, yani aleni kullanımıdır³⁴⁹. Fikrî ürünün, hak sahibi veya sır saklama vb. yükümlülükler altında izin verdiği kişilerin dışındaki kişilerin, fikrî ürünle ilgili bilgi edinemeyecekleri bir ortamda kullanılması, gizli kullanımdır³⁵⁰. Bu tür kullanım ve kullanım sonucu elde edilen bilgiler, alenileşme gerçekleşmediği sürece, yeniliği ortadan

³⁴⁸ Aynı yönde SARAÇ, Ön Kullanım, s. 629.

³⁴⁹ HALPERN / NARD / PORT, s. 212; SARAÇ, Ön Kullanım, s. 635.

³⁵⁰ Aynı yönde BAINBRIDGE, s. 382.

kaldırmaz³⁵¹. Hak sahibinin, toplumu temsilen hiç kimse tarafından öğrenilmemiş kendi kişisel kullanımı, fikrî ürün sadece kendisine ait sır alanında kaldığından, bir başka deyişle alenileşmemiş olduğundan yeniliği ortadan kaldırmaz. Bir fikrî ürün, toplumca bilinmemek kaydıyla, bir kişi tarafından yüzlerce yıl bile kullanılabilir. Fikrî mülkiyet hukukunda yenilik, toplum için yeni olmayı ifade etmektedir³⁵². Gizli kullanımda da, topluma açıklama iradesi bulunmamaktadır ve bunun ispatı açısından fikrî ürün sahibinden, fikrî ürüne serbestçe ulaşılmasını engellemeye yönelik tedbir vb. alması da beklenmektedir³⁵³.

Kullanımın aleni olması demek, toplumun onu görmesinin şart olması demek de değildir³⁵⁴. Buluşların, biyoteknolojiden elektroniğe kadar çeşitlendiği günümüzde, insanların büyük bir bölümü, çoğu zaman kullanılan buluşu bile görmemektedir³⁵⁵. Ancak, örneğin bir radyonun içinde kullanılması gibi, alenen görülmediği hallerde dahi, cihazı alan kişinin, içinde yer alan fikrî ürünü de öğrenme imkânına kavuşması nedeniyle, kullanım alenileşmeyi sağlamaya yeterli olacaktır.

3. Kullanım fiilinin yeniliği ortadan kaldırabilmesi için, fikrî ürünün alenileşmesini sağlaması, yani ilgili alandaki ortalama bir uzmana, fikrî ürünü yeniden meydana getirebilmek, usule ilişkin fikrî ürünlerde yeniden uygulayabilmek için gerekli bilgileri vermiş olması gerekir.

4. Kullanımın ispatlanması gerekir. Avrupa Patent Kurumu tarafından konulan ilkeye göre; kullanımın alenileşme ve böylece tekniğin bilinen durumuna dâhil sayılabilmesi için aşağıdaki üç unsurun ispatlanması gerekir³⁵⁶,

- buluşun kullanıma başlanma tarihi

³⁵¹ THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 216; SARAC, Ön Kullanım, s. 636.

³⁵² PHILLIPS / FIRTH, s. 44; Aynı yönde HALPERN / NARD / PORT, s. 198.

³⁵³ Aynı yönde SCHECHTER / THOMAS, s. 333 ve 334; HALPERN / NARD / PORT, s. 212.

³⁵⁴ BAINBRIDGE, s. 382; SCHECHTER / THOMAS, s. 327 vd.

³⁵⁵ SCHECHTER / THOMAS, s. 328.

³⁵⁶ ORTAN, C. I, s. 77; SARAC, Ön Kullanım, s. 642; EPATBA T 194 / 86.

- kullanımın kapsamı
- kullanımın hangi şartlar altında yapıldığı (örneğin, nerede veya sır saklama sözleşmesi çerçevesinde yapıp yapılmadığı gibi)

Eğer bu üç hususta ispat için yeterli delil getirilemezse, ileri sürülen kullanımın tekniğin durumuna dâhil olmadığı kabul edilecektir.

Medeni hukukdaki ispat yükü ilkesine göre, “ *kanunda aksine hüküm bulunmadıkça herkes iddiasını, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla mükelleftir*³⁵⁷ ”. Yeniliği ortadan kaldıran kullanımın ispatı yükü, fikrî ürünün yeni olmadığını iddia eden kimsededir ve “ fikrî ürünün başvuru / yeniliği kaldırmayan açıklama tarihinden önce kullanılmış olduğu ” iddiasını ispat etmek zorundadır. Kanaatimizce, kullanım toplum tarafından biliniyor ise, uzman, - sadece metinleri değil - toplumun bilgi durumunu, tekniğin bilinen seviyesini, genel bilgilerle sınırlı olarak bilmek zorunluluğunda olduğu için, buluşun yeni olmadığını iddia eden kimsenin ispat yükümlülüğü kalkabilir. Mevcut düzenlemelere göre, kullanım fiili, bir maddi vakıa olması ve maddi vakıaların ispatının herhangi bir şekle tabi olmaması nedeniyle, her türlü delille ispatlanabilir. Buna karşılık resmi sicil ve senetler belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların “ içeriğinin ” doğru olmadığını ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, herhangi bir şekle tabi değildir (MK. m. 7)³⁵⁸. Kullanım fiilinin alenileşmeye neden olarak bir fikrî ürünün korunmasını engelleme yeteneği bulunması; bunun birçok tecavüz fiilini hukuka uygun hale getirebilme yeteneği nedeniyle insanları istismara yöneltme potansiyeli; kullanıma tanık olduğunu iddia eden bir kişinin, kullanımla kıyaslanan fikrî ürünün aynı şey olup olmamasına karar verecek bilgi düzeyine sahip bulunmasının her zaman söz konusu olamayacağı vb. dikkate alındığında, sadece tanık delili kabul edilmemelidir.

³⁵⁷ Bilge ÖZTAN, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 28. b. , Ankara, 2008, s. 211; İhsan ERDOĞAN, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, Ankara, 2002, s. 3.

³⁵⁸ ERDOĞAN, s. 3.

Doktrindeki bazı müelliflere göre, “ kullanımın deneme amacı dışında bir amaçla gerçekleştirilmiş olması gerektiği ” şeklinde ek bir şart aranmakta ve “ deneme amaçlı kullanımların yeniliği kaldırıcı olmadıkları³⁵⁹” görüşü belirtilmektedir. Kanaatimizce, deneme amacıyla yapılan kullanımların da, yeniliği kaldırıcı olmaları bakımından bir farkları yoktur. Öncelikle, deneme amaçlı önceki kullanımın yeniliği etkilemediği ABD’ de ³⁶⁰ bile, deneme amaçlı her kullanıma aynı imkân sağlanmamakta, uygulamada, buluşun topluma açılmaksızın deneme imkânının bulunup bulunmadığına, buluş sahibinin gizli kullanım için gereken tedbirleri alıp almadığına ve deneme sürecine ilişkin test vb. bilgilere özellikle dikkat edilmektedir³⁶¹. Deneme amaçlı olsa bile, bazı şartları taşımayan kullanım, fikrî ürünü topluma açıklama özelliği gösterirse ve tanınmış belirli süreden önce olursa, yeniliği etkilemektedir. İkinci olarak, buluşun, teorik olarak sonucu gerçekleştirmesi imkanı koruma için yeterli olduğundan, buluşun sonucu gerçekleştirdiğinin ispatlanmış olması, dolayısıyla deneme amaçlı fillerin gerçekleştirilmesi de şart değildir³⁶². Bu ispat, örneğin ilaçlar için ruhsatlandırma vb. safhalarda şart koşulabilir ki, bunun da patent hakkıyla bir ilgisi yoktur. Buluşun, beklenen etkiyi doğurup doğurmadığının belirlenebilmesi için de, zaten yeniliği kaldırmayan açıklama süresi (grace period) denilen yeterli bir süre tanınmıştır³⁶³. Bunun dışında, buluş sahibinin - alenileşmeye sebep olmaksızın³⁶⁴- buluşunu gizli olarak, on yıllarca bile denemesine engel bir durum yoktur³⁶⁵. Eğer, deneme amacına böyle bir ilave koruma sağlamanın saiki, hak sahibini patent başvurusunun getirdiği ekonomik külfetlerden korumak ise, patent başvurusu, araştırma ve inceleme aşamasına kadar ekonomik külfet getiren bir prosedür de değildir. Buluş sahibi, başvurusunu yaptıktan sonra araştırma ve inceleme aşamasına kadar denemelerine devam edebilme; buluşun beklenen faydayı sağlamayacağının anlaşılması

³⁵⁹ HİRŞ, Sinaî, s. 83; SARAÇ, Ön Kullanım, s. 639; Aynı yönde YOSMAOĞLU, s. 4.

³⁶⁰ BENTLY / SHERMAN, s. 447 dn. 32.

³⁶¹ SCHECHTER / THOMAS, s. 333 ve 334; Aynı yönde HALPERN / NARD / PORT, s. 212.

³⁶² Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 453.

³⁶³ SCHECHTER / THOMAS, s. 332; HALPERN / NARD / PORT, s. 211 vd.

³⁶⁴ Karşı görüş için bkz. SARAÇ, Ön Kullanım, s. 639.

³⁶⁵ PHILLIPS / FIRTH, s. 44; Aynı yönde HALPERN / NARD / PORT, s. 198.

halinde başvuruyu takipsiz bırakarak patent tescilinde önemli miktarı oluşturan harcamalardan kurtulma imkânına sahiptir. Üçüncü olarak, fikrî mülkiyet hukukunda, deneme fiilleri için ayrı bir koruma süresi tanınmış değildir. Bu nedenle deneme fiillerinin en yoğun yaşandığı ilaç patentlerinde dahi önce patent başvurusu yapılır, daha sonra yıllar süren deneme sürecine girilir. Ayrıca, koruma süresini uzun tutarak fikrî ürün sahibine toplum aleyhine haksız menfaat sağlayacak³⁶⁶, suistimale müsait, ilave bir koruma imkânı sağlanmasının da bir dayanağı yoktur. Bu yaklaşım aynı zamanda yeniliği kaldırmayan açıklama süresinin amaçlarına da aykırıdır.

Tüm açıklama şekillerinde geçerli olduğu üzere, kullanım fiilinin nerede gerçekleştirildiği, mutlak veya nispi yenilik kriterinin kabul edilmesine göre değişiklik göstermektedir. Yeniliğin belirlenmesinde, mutlak yenilik kriterini benimseyen ülkeler açısından, kullanımın yeniliğe engel olması için, nerede gerçekleştirildiğinin bir önemi olmadığı gibi, geniş bir bölgede veya geniş kitlelerce kullanılması da şart değildir³⁶⁷. Dünyanın herhangi bir yerinde, fikrî ürünün aleni bir şekilde kullanılmış olması yeterlidir. Ancak, nispi yenilik kriterinin benimsenmiş olduğu ülkelerde ise, kullanımın yeniliğe engel teşkil edebilmesi için, bu ülkenin mevzuatında belirtilen coğrafyada gerçekleşmiş olması gerekir. Aksi takdirde, bu kullanım yeniliğe engel olmayacaktır.

Hirş ve Ayiter, Paris Sözleşmesinin 2. mükerrer 5. maddesindeki kullanımları alenileşme olarak kabul etmemektedir³⁶⁸. Bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Anılan düzenleme, yeniliğin belirlenmesine ilişkin bir düzenleme olmayıp, korumayı kazanmış patent sahibinin haklarını düzenleyen bir hükümdür ve hükmün amacı, hükümdeki kullanımın, patent sahibinin haklarına tecavüz teşkil etmeyeceğini ortaya koymaktır. Aksine bir kabul halinde, örneğin “ hava veya kara araçlarının yapımında veya işletilmesinde kullanılan cihazların veya bu araçların aksamalarının

³⁶⁶ SCHECHTER / THOMAS, s. 332; HALPERN / NARD / PORT, s. 211 vd.; BOUCHOUX, s. 304.

³⁶⁷ Aynı yönde BAINBRIDGE, s. 380; SCHECHTER / THOMAS, s. 327 vd.

³⁶⁸ HİRŞ, Sınai, s. 84; AYİTER, İhtira, s. 55.

kullanılması ” hiçbir şekilde alenileşme sayılmayacak, dolayısıyla - aynısı bile olsa - bunlara ilişkin bir buluşun, yeniliğini engellemeyecek, belki yüzyıl sonra bile, kullanılmış bir cihazın patentlenebilmesi mümkün hale gelecektir.

Önceki kullanımın yeniliğe engel olması için, ticari amaçlı olması şart değildir³⁶⁹. Fikrî ürünün açıklandığı kişinin, bilgiyi ne amaçla değerlendirdiği, hatta değerlendirip değerlendirmede bile önemli değildir. Öğrenme imkânına kavuşması yeniliğin kalkması için yeterlidir. Burada önem taşıyan, fikrî ürünün hak sahibinin sır alanından çıkıp çıkmamasıdır. Konuya, fikrî ürün sahibinin niyeti açısından bakıldığında da sonuç değişmemektedir. Bunun yanı sıra, kullanımın hukuka aykırılığı, örneğin başvurudan önceki belli bir süre içinde yapılan suistimal niteliğindeki kullanımlar, yeniliğin belirlenmesinde önem taşır³⁷⁰ ve belli süre için gerçek hak sahibi veya haleflerince yapılan başvurunun yeniliğine etki etmez. Ancak bunların dışındaki 3. kişilerce yapılan başvuruların yeniliğini ortadan kaldıracaktır.

iii - Sergileme

Sergileme, bir fikrî ürünün yahut fikrî ürünün tecessüm ettiği ürünün teşhiri, tanıtımıdır. Bu açıklama şekli, özellikle resim, heykel vb. fikrî ürünlerde çok daha büyük önem taşımaktadır. Her ne kadar, bunların da çoğaltılması mümkün ise de, bu tipteki fikrî ürünlerin orijinal³⁷¹ halinin tek olması nedeniyle, sergileme, çoğu zaman, bu fikrî ürünlerden, iktisadî faydalanmanın da tek yolu durumundadır. Bir fikrî ürünün sergileme ile alenileşmesinde - bir uzmanın dış görünüşüne bakarak, alandaki ortalama bilgi ile anlayabileceği kabul edilen düzeye kadar - fikrî ürünün alenileşmesi söz konusu olurken, fikrî ürünün anlaşılmasını sağlayan bilgiler, teşhirdeki o şey ayrıntılı incelenmeksizin (detaylı hesaplamalar, çizimler yardımıyla anlaşılabilen komplike makinelerde

³⁶⁹ LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. II, s. 1976.

³⁷⁰ Karşı görüş için bkz. SARAÇ, Ön Kullanım, s. 628.

³⁷¹ Orijinal kelimesi ilk, asıl anlamında kullanılmıştır.

olduğu gibi³⁷²) ulaşılamıyorsa ³⁷³, veya ürün, üretim usulü veya içeriği hakkında bilgi vermiyorsa (örneğin, bileşenlerine ayrılamayan ürünler ile kimyasal usulle üretilen ürünler genellikle içerikleri hakkında bilgi vermezler) bunların alenileştiği toplumca ulaşılabilir hale geldiği söylenemez ³⁷⁴.

iv - Satış

Para ile değiştirilmesi mümkün ve iktisadî değeri olan bütün maddi ve maddi olmayan varlıkların, satılması kabil olduğundan³⁷⁵, maddi olmayan varlık niteliğindeki fikrî ürünlerin de satımı mümkündür. Bir satışın yeniliğe engel teşkil edebilmesi için, alenileşmeye uygun olması yani satış konusu fikri ürüne ilişkin olarak, ortalama uzman tarafından uygulamaya konulabilecek seviyede bilginin verilmesi gerekli ve yeterlidir³⁷⁶, satış konusu varlığın, akdin yapılması anında mevcut olmasına veya satıcının mamelekinde bulunmasına gerek yoktur³⁷⁷. Buna karşılık, henüz alenileşmeye uygun hale gelmemiş bir fikrî ürünün, akdin taraflarınca satım akdinin konusu yapılabilmesi mümkün ise de, akdin veya eklerinin ortalama uzman tarafından uygulamaya konabilecek seviyede bir fikrî ürünü ihtiva etmemesi halinde, bunun yeniliğe bir etkisi olmayacaktır. Yeniliği ortadan kaldırmak için, fikrî ürünün yahut fikrî ürünün tecessüm ettiği ürünün satışı teklifi bile yeterli olup, teklifin sonucunun hiçbir önemi yoktur ³⁷⁸. Teklif veya

³⁷² SARAÇ, Ön Kullanım, s. 641.

³⁷³ BENTLY / SHERMAN, s. 449.

³⁷⁴ AYİTER, İhtira, s. 53; ORTAN, C. I, s. 77; BAINBRIDGE, s. 380; SARAÇ, Teknik, s. 129.

³⁷⁵ Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I / 1, 6. b., İstanbul, 2003, s. 79.

³⁷⁶ Aynı yönde HALPERN / NARD / PORT, s. 214.

³⁷⁷ TANDOĞAN, s. 79.

³⁷⁸ BOUCHOUX, s. 304 SCHECHTER / THOMAS, s. 331; HALPERN / NARD / PORT, s. 214; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. II, s. 1976; Karş. SARAÇ, Ön Kullanım, s. 632; Karşı görüş için bkz. ÖZTÜRK, s. 187 (Müellif, “ satımda alenileşme tarihinin, kısıtlama olmaksızın teslim tarihi olduğu görüşünde, icap, kabul, sözleşmenin kurulması safhalarını dikkate almaksızın, akdin ifasını alenileşme için gerekli görmektedir. Oysa, fikrî mülkiyet hukukunda, alenileşme için fikrî ürünü öğrenme imkanına kavuşulması yeterli kabul edilmektedir. Bu imkâna da, satış teklifiyle dahi kavuşulmaktadır.).

satış fiilinin sayısı önem taşımayıp, bunun bir kez gerçekleşmesi yeniliği kaldırmaya yeterlidir³⁷⁹.

Fikrî ürün sahibinin, örnek ürünleri, “ sır saklamakla yükümlü oldukları sonucunu doğuran bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu ” satış temsilcilerine göndermesi³⁸⁰ veya satış görüşmesi amacıyla sır saklama yükümü altında, sınırlı sayıda kişiye göndermesi, satış olarak değerlendirilemez. Bu kapsamın dışındaki satış temsilcileri de, 3. kişi konumunda olup³⁸¹, bu kişilerin fikrî ürüne ilişkin bilgiyi herhangi bir şekilde öğrenme imkânına kavuşmaları, yeniliği ortadan kaldıracaktır.

Yeniliğin ortadan kalkabilmesi için, satış veya en azından satış teklifinin ispatlanması gerekir³⁸². *Saraç*’a göre, “ gerçekte istemli buluşun satışa sunulduğu, hatırlatıcı not, çizimler, mektuplaşma ve tanık beyanları gibi deliller aracılığıyla da ispatlanabilir³⁸³” ise de, bu ispat vasıtaları, ancak fikrî ürünü uygulamaya koyacak ölçüde bilgi ihtiva etmeleri halinde dikkate alınabileceklerdir.

Özellikle işçi vb. tarafından gerçekleştirilen hizmet buluşlarında görüldüğü üzere, işçinin, işverene fikrî ürünü satışı veya satış teklifi yahut da işverene “ buluşun gerçek bir serbest buluş sayılıp sayılmayacağı konusunda bir kanaate varabilmesi için ” verilmesi yeniliği ortadan kaldırmaz³⁸⁴. Ancak bu durum, işçi vb.nin serbest buluşları ile üniversite mensuplarının buluşları gibi fikrî ürünler de söz konusu olmaz. Hizmet buluşlarında, taraflar arasında sözleşmeden kaynaklanan karşılıklı bir sır saklama yükümlülüğü bulunmakta iken, serbest buluşlarda, kural olarak böyle bir yükümlülüğün söz edilemez³⁸⁵.

³⁷⁹ Aynı yönde BOUCHOUX, s. 304; SCHECHTER / THOMAS, s. 331; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 217; MUIR / BRANDI – DOHRN / GRUBER, s. 186; EPO, Guidelines, Part D, Chapter V. 3. 1. 3. 3; SARAÇ, Ön Kullanım, s. 633; Karş. ÖZTÜRK, s. 180.

³⁸⁰ Karş. SARAÇ, Ön Kullanım, s. 633.

³⁸¹ Aynı yönde SULUK, s. 273.

³⁸² Aynı yönde SARAÇ, Ön Kullanım, s. 633.

³⁸³ SARAÇ, Ön Kullanım, s. 634.

³⁸⁴ Aynı yönde SCHECHTER / THOMAS, s. 331.

³⁸⁵ Aynı yönde PatKHK. m. 36.

Bunun yanı sıra, sır saklama yükümü sadece bu taraflar arasında geçerli olduğundan, bu kişilerin - sır saklama yükümü olmaksızın - bir 3. kişiye açıklama yapmaları, satış teklifinde bulunmaları yeniliği kaldırıcı etkilidir³⁸⁶. Hâlihazırda, fikrî ürünün tescilini isteme hakkının devrinde ise, taraflar arasında bir halefiyet ilişkisi doğması nedeniyle yeniliğin kalkması söz konusu değildir. Nitekim, yeniliği kaldırmayan açıklama imkânından yararlanmak da dâhil olmak üzere, fikrî ürün sahibinin yetkilerinin bu halefe geçtiği doktrinde kabul görmektedir³⁸⁷. Mülkiyeti devir niteliği taşımadığı için satım akdi olmayan, kullandırma akdi niteliğindeki lisans sözleşmelerine ilişkin olarak *Schechter / Thomas*, “ *lisans verme teklifinin de fikrî ürünün yeniliğini kaldırıcı olmadığı* ” görüşündedir³⁸⁸. Fikrî ürünün korunmasını isteme hakkının devrinde mülkiyeti devir niteliğinin bulunması, fikrî üründen iktisaden faydalanma haklarının tümüyle bir 3. kişiye devri niteliğinde olduğundan yeniliği kaldırmamaktadır. Oysa, inhisarî lisanslar hariç, lisansta böyle bir durum bulunmamaktadır. Kaldı ki, inhisarî lisansta da fikrî ürün sahibinin hakkını açıkça saklı tutmak kaydıyla, fikrî üründen faydalanmaya devam etme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca, fikrî ürün sahibinin her türlü lisansı süre ve coğrafi bakımdan sınırlama imkânı mevcuttur. Bu nedenlerle, taraflar arasında sır saklama yükümü olmayan hallerde, görüşe katılmamaktayız.

Saraç, “ *satışın ticari amaçla yapılmış olup olmamasına göre yeniliğin etkileneceğini* ” belirtmekte³⁸⁹ olup, görüşe katılmak mümkün değildir³⁹⁰. Satımın kendisi, bizatihi bir şeyin ticaretinin yapılmasıdır ki, ticari amacın olmaması bu nedenle kavrama temelden zıtlık taşır. Görüşün gerekçesini teşkil eden “ fikrî ürün sahibinin üründen iktisaden faydalanmasının söz konusu olmamasına³⁹¹ ” uyan bedelsiz devri, bir karşı edim bulunmadığından,

³⁸⁶ Aynı yönde PatKHK. m. 21.

³⁸⁷ BENTLY / SHERMAN, s. 631; CORNISH / LLEWELYN, s. 177, 545; BAINBRIDGE, s. 501; TRITTON, s. 245; SUTHERSANEN, s. 44.

³⁸⁸ SCHECHTER / THOMAS, s. 331.

³⁸⁹ SARAÇ, Ön Kullanım, s. 640.

³⁹⁰ Aynı yönde SULUK, s. 273.

³⁹¹ SARAÇ, Ön Kullanım, s. 640 dn. 60.

bağışlama olarak kabul etmek gerekecektir³⁹². Bu, satım akdinin, karşılıklı borç yükleyen bir akit olup, alıcının karşı ediminin belli bir semeni ödeme olmasından kaynaklanmaktadır³⁹³. Oysa, fikrî ürünün, hak sahibinin sır alanından çıkıp çıkmaması dışında, açıklamanın hangi amaçla yapıldığı önemli değildir. Toplumun öğrenme imkânına kavuşması yeniliğin kalkması için yeterlidir. Fikrî ürün sahibinin niyeti de sonucu değiştirmemektedir.

v - Önceki Tarihli Yayınlanmamış Başvurular

Başvurunun yeniliğinde incelemeye esas alınacak tarihten önce yapılmış ancak daha sonra yayınlanmış başvurular, yenilik incelemesinde, alenileşmiş bilgilere dâhildir³⁹⁴. *Bainbridge ve Colston / Middleton*, genel kurala katılmakla birlikte “ *yayınlanmamış patent başvurularının tekniğin bilinen durumu karşısında incelenmiş olması kaydıyla önceki tekniğe dâhil olduğu* ” düşüncesindedir³⁹⁵. Bu genel kuralın nedeni, çifte hak sahipliği oluşmasının önlenmesi³⁹⁶ ve / veya günümüz dengesi gereği, aynı fikrî ürüne ayrı bir koruma süresi verilip toplumun daha uzun süre serbest kullanımdan mahrum bırakılmamasıdır³⁹⁷. Bu yüzden sadece, 3. kişilerin başvuruları için değil, aynı kişinin daha önce yapmış olduğu başvurular açısından da uygulanmaktadır³⁹⁸. Aynı kişinin yaptığı başvurularda her ne kadar çifte hak sahipliği yoksa da, koruma süresinin uzatılması söz konusu olmaktadır.

İkinci başvurudan sonra yayınlanan önceki tarihli başvuru, başvuru veya varsa rüçhan tarihinden itibaren tekniğin bilinen durumuna ait sayılmaktadır³⁹⁹. Bunun için başvurunun geçerli bir şekilde yapılmış olması,

³⁹² Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. b., İstanbul, 2008, s. 155.

³⁹³ TANDOĞAN, s. 78, 84; ERDOĞAN, s. 511; Aynı yönde EREN, s. 155.

³⁹⁴ BENTLY / SHERMAN, s. 447, 637; CORNISH / LLEWELYN, s. 177; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 235; TEKİNALP, s. 499; ORTAN, C. I, s. 84; ÖZTÜRK, s. 163

³⁹⁵ BAINBRIDGE, s. 380; COLSTON / MIDDLETON, s. 152.

³⁹⁶ BENTLY / SHERMAN, s. 447, 637; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 235; TORREMANS, s. 53; ORTAN, C. I, s. 84.

³⁹⁷ Aynı yönde BOUCHOUX, s. 311.

³⁹⁸ CORNISH / LLEWELYN, s. 120.

³⁹⁹ ORTAN, C. I, s. 85.

yayınlanmadan önce geri çekilmemiş veya herhangi bir nedenle geçersiz sayılmamış olması⁴⁰⁰, mevzuata göre belirlenmiş sürede⁴⁰¹ yayınlanmış olması gerekir. Bu şartları sağlamış ve yayınlanmış bir başvurunun, yayından sonraki hukuki mukadderatı bu uygulamayı etkilememektedir.

Bu çatışma bir ülke sınırları veya kurum içinde gerçekleşen başvurular arasında kolaylıkla giderilebilirken, farklı ülke veya kurum nezdinde yapılan başvurular arasında çıktığında sorunlarla karşılaşılabilir. Örneğin, Avrupa patent uygulamasında, bir ülkede yapılan önceki tarihli başvurunun, sonraki tarihli Avrupa patent başvurusunun yeniliğini engellemesi, ancak o üye devlet, ikinci başvuruda korunma istenen devletler arasında sayılmışsa⁴⁰² söz konusu olmaktadır, Avrupa patenti başvurusu önceki tarihli ise, belirlenmiş o üye devletteki yeni tarihli başvurular karşısında, tıpkı o ülkedeki önceki tarihli başvuruymuş gibi etki yapmaktadır⁴⁰³. Avrupa patent başvurusu ile üye ülkedeki başvuru, aynı başvuru veya rüçhan tarihine sahipse, üye devletlerin, çifte koruma sağlama veya buna izin vermeme konusunda düzenleme serbestisi vardır⁴⁰⁴. Benzeri bir düzenlemede, PCT. m. 45'te yer almaktadır. Hükme göre, başvuru sahibi bölgesel bir patenti de seçilmiş ülke olarak belirtebilme imkânına sahiptir. Bunun anlamı, Avrupa patent başvurusunun sahip olduğu, önceki tarihli başvuru etkisindeki avantajlı durumuna, PCT. başvurusunun evleviyetle sahip olacağıdır. Ancak, hükmün ikinci fıkrasında, üye devletlere, kendilerinin seçilmiş ülke olarak belirtildiği bir PCT. başvurusunu, taraf oldukları bölgesel patent başvurusu olarak kabul edip etmeme serbestisi sağlanmaktadır. Gerek ülkelere sağlanan bu serbestiler ve gerekse başvurunun yayınlanmış olması vb. hususlara göre yeniliğin belirlenmesi, hak sahipliği hususunda istismara açık bir muğlaklık oluşturmaktadır. Oysa ki, yeniliğin belirlenmesinde önem taşıyan husus,

⁴⁰⁰ ORTAN, C. I, s. 85; Aynı yönde SULUK, s. 234.

⁴⁰¹ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 85; SULUK, s. 234.

⁴⁰² Bunun yanı sıra, ikinci başvurunun yeniliğini kaldırması, Avrupa patentinin verilmesi işlemi sırasında Avrupa Patent Ofisi nezdinde değil, Avrupa patentinin verilmesinden sonra, önceki başvurunun yapıldığı ülkede " Avrupa patentinin hükümsüzlüğü" davasının açılması halinde söz konusu olabilmektedir (Avrupa Patenti Anl. m. 139 / 2; 138 / 1 , a) ORTAN, C. I, s. 87.

⁴⁰³ ORTAN, C. I, s. 87 vd.

⁴⁰⁴ ORTAN, C. I, s. 88.

alenileşmenin varolup olmadığı, bir bilginin toplumu temsil eden kişilerce öğrenilme imkânının doğup doğmadığıdır. Bunun da hangi coğrafyada gerçekleştiğinin bir önemi bulunmadığı gibi, alenileşmenin, şekillerinden sadece biri olan yayınlanmış olma şeklinde gerçekleşmesi de şart değildir.

vi - Herhangi Bir Yolla Yapılan Açıklamalar

Bir fikrî ürünün, toplumun bilgi birikimini zenginleştirmeye uygun açıklama şekillerinin sadece yukarıda belirtilen şekiller olamayacağının kabulü gerekir. Özellikle, kapsamı itibariyle yazılı, sözlü vb. tek bir kavramla ifade edilmesi güç açıklama şekillerinin de etkisiyle, açıklama şekillerinin her türlüşünün alenileşmeyi sağlayacağının kabulü, hukuki metinlerde özellikle belirtmek istenmiştir. Örneğin, bir fikrî ürünün televizyonda açıklanması, disket, CDROM vb. kayıt taşıyıcılar, elektronik telekomünikasyon hatları aracılığıyla yapılan açıklamalar⁴⁰⁵, yazı, ses ve görüntü unsurlarını birlikte içeren multimedya ürünleri, analog ya da dijital formdaki kayıtlar⁴⁰⁶ gibi açıklama şekilleri, tek bir kavramla ifade edilmesi güç açıklama şekilleri olarak karşımıza çıkarken, arkeolojik kazılarda ortaya çıkan bilgiler, fotoğraflar, kaset, mikrofilm⁴⁰⁷ vb. açıklama şekilleri de dikkate alındığında, toplum tarafından değerlendirme imkânı veren her türlü açıklama şeklinin yeniliği kaldıracağının kabulü gerekmektedir⁴⁰⁸.

IV. KIYASLAMANIN YAPILACAĞI COĞRAFİ KAPSAM

Fikrî mülkiyet hukukunda mutlak yenilik ilkesinin genel olarak kabulü ve bunun gerekliliği karşısında, başvuru tarihinden önce, dünyanın herhangi

⁴⁰⁵ Japon Patent Kanunu m. 29 / 1 - 3.

⁴⁰⁶ ŞENOCAK / HANEDAN, s. 288.

⁴⁰⁷ Philips Elec. v. Thermal Inc. ,450 F. 2d 1164 (3rd Cir. 1971).

⁴⁰⁸ Aynı yönde SCHECHTER / THOMAS, s. 325; HALPERN / NARD / PORT, s. 195; In re Wyer, 655 F. 2d 221; Philips Elec. v. Thermal Inc. ,450 F. 2d 1164 (3rd Cir.1971).

bir yerinde ve herhangi bir şekilde kamuoyunca ulaşılabilir hale getirilen yani alenileşmiş fikrî ürünler, yeni değildirler⁴⁰⁹.

V. KIYASLAMAYI YAPACAK KİŞİ

Patent gibi bazı fikrî mülkiyet hakkı türlerinde ortalama uzman tabiri kullanılsa da, yenilik incelemesini kimin yapacağı açıkça düzenlenmiş değildir. Bazı türlerde kullanılan, uzman yahut bilgilenmiş kullanıcı gibi tabirlerin de, kıyaslamayı yapacak kişiden daha ziyade kıyaslama da “ dikkate alınacak ” kişi anlamında kullanıldığı görülmektedir. Oysa, uygulamada gerek hakların ihdası safhasında gerekse hükümsüzlük gibi yenilik incelemesinin söz konusu olduğu safhada, yenilik incelemesi, isabetli şekilde ortalama uzmanlar tarafından yapılmaktadır⁴¹⁰.

Uzman, belli bir zamanda, ilgili fikrî mülkiyet alanında ortalama bilgiye sahip kişi olup, alandaki alenileşmiş bilginin mevcut durumunu, spesifik olmayan genel bilgileri, özellikle araştırma raporunda atıf yapılan dokümanları bilmesi, anlayabilmesi, normal araçlarla ve yine normal yeteneğiyle bildiklerini rutin olarak uygulayabilmesi yeterlidir⁴¹¹. *Tekinalp* ise, “ ortalama uzmanın yeterli olmadığı, alanındaki sayılı uzmanlar arasında olması gerektiği ” görüşündedir⁴¹². *Tekinalp*, bu uzman kavramını, her ne kadar tekniğin bilinen seviyesinin aşılması incelemesinde kullanmışsa da, kanaatimizce, her iki inceleme de aynı tabana oturan bir incelemedir. Aynı alenileşmiş bilgilerin kullanılması ve kıyaslanması söz konusudur. Gerek yenilik gerekse tekniğin bilinen seviyesinin aşılması incelemesinde kıyaslamamanın yapılabilmesi için, incelemeyi yapacak kişinin, önceki açıklamaları ve koruma talep edilen fikrî ürünü anlayıp uygulamaya koyabilecek düzeyde olması gerekecektir. Her iki incelemenin arasındaki fark

⁴⁰⁹ ORTAN, C. I, s. 74; BAINBRIDGE, s. 378; ŞEHİRALİ, s. 9.

⁴¹⁰ Farklı görüşler için bkz. SULUK, s. 257 dn. 169.

⁴¹¹ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 95, 96; BAINBRIDGE, s. 379; BENTLY / SHERMAN, s. 450; TRITTON, s. 62; MUIR / BRANDI – DOHRN / GRUBER, s. 192.

⁴¹² TEKİNALP, s. 503.

ise, tekniğin bilinen seviyesinin aşılması incelemesinde, gelişmenin varlığı değil, varolan gelişmenin tekel hakkı niteliğindeki korumayı hakedecek düzeyde olmasının aranması olup, bu farklı bir uzman tanımını gerektirmemektedir. *Tekinalp*'in, bu uzman kavramı, tekniğin bilinen seviyesinin aşılması incelemesi yönünden dikkate alındığında dahi uygun değildir. Alanındaki sayılı uzmanlar arasında olan bir kişinin, - normal şartlar altında patent korumasını hak edecek düzeyde gelişme sağlayan - bir buluşu, mesleki birikimi nedeniyle basit bir gelişme olarak algılayabilmesi ve korumadan mahrum bırakabilmesi ihtimal dâhilindedir. Oysa, alandaki sayılı bir uzmana çok basit gelebilecek bu gelişme, o ana kadar sayılı uzmanlarca düşünülmemiş olduğu için ortaya çıkmıştır ve bunu ortaya koyan kişinin mükafatlandırılması da fikrî mülkiyet hukukunun amacıdır.

Ortalama uzmanın seçilmiş olmasının faydası, öncelikle tekniğin bilinen durumuna ait olan yazılı vb. açıklamalar (örneğin, bir makalede yayınlanmış buluş) ile piyasa satılan ürünler ayrımı yapıldığında ortaya çıkmaktadır⁴¹³. Yazılı vb. açıklama veya başvuru olarak tekniğin bilinen durumuna dâhil olmuş her fikrî ürünün, toplumun huzuruna çıkması söz konusu değildir. Bir kısmının sonuçlanamaması, geri çekilmesi vb. sebeple; bir kısmının ise, ekonomik fayda sağlamayacağı için tescillenmesine rağmen üretilmemesi söz konusu olabilmektedir. Ortalama uzman, hem piyasadakini hem de ilgili alandaki bilgileri bilmek zorunda olduğu için yerinde bir seçimdir.

İncelemeyi yapacak uzman, çoğu zaman tek kişi olmasına rağmen, bazı özel durumlarda bir araştırma ya da üretim timinin de tek bir kişi (uzman) olarak kabulü yerinde olacaktır⁴¹⁴. Özellikle gelişmiş teknik dallara ilişkin fikrî ürünlerde, örneğin, bilgisayar, telefon tesisatı ve kompleks kimyevi maddelerin üretiminde, uzmanın, bir kişi olarak değil, bir kişi grubu olarak kabulü gerekebilir⁴¹⁵.

⁴¹³ BENTLY / SHERMAN, s. 448.

⁴¹⁴ ORTAN, C. I, s. 96; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 224.

⁴¹⁵ ORTAN, C. I, s. 96.

VI . KIYASLAMADA DİKKATE ALINACAK KİTLE

Hâlihazırda, yenilik incelemesinde dikkate alınacak kitleye ilişkin açık bir düzenleme olarak, sadece patent hakkında “ ortalama uzman ” kavramına rastlanmakta ve yeni olduğu kabul edilebilecek fikrî ürünün, “ ilgili alandaki ortalama bir uzman tarafından bilinmeyen ya da öngörüleemeyen, ek bir zahmete katlanılmaksızın gerçekleştirilemeyen bir fikrî ürün olması ” aranmaktadır. Her ne kadar, tasarımlardaki “ bilgilenmiş kullanıcı ” kavramının da dikkate alınacak kitle olduğu iddia edilebilirse de, bu kitlenin yenilik değil, ayırt edicilik koşulunda yer aldığı görölmektedir. Markalarda ise, yenilik koşulundan yahut incelemesinden sözedilmemekle birlikte, markaların ayırt ediciliği / karıştırılma ihtimali hususunda, “ vasat tüketici kitlesi ” dikkate alınmaktadır. Yenilik incelemesinin söz konusu olduğu diğer haklarda ise, açıkça bir kitle kavramı yer almamaktadır.

Fikrî mülkiyet hukukunda, yeniliğin, fikrî ürünün ortalama bir uzman tarafından bilinmeyen ya da öngörüleemeyen, ek bir zahmete katlanılmaksızın gerçekleştirilemeyen bir fikrî ürün olması; ancak bu takdirde toplumun bilgi havuzuna bir katkı sağlanması ve sağlanan koruma ile toplumun serbest kullanım hürriyetinin kısıtlanmasının hakkaniyete uygun kabul edilebilmesi mümkün olacağından, patent hukukundaki ortalama uzman kavramının, yenilik incelemesinde dikkate alınmasının yerindeliği ortaya çıkmaktadır. *Ayiter*'de benzeri bir düşünce ile “ *Pozitif hukuk, inhisarî bir himaye konusu yaratmakla herkese riayet mükellefiyeti yüklemektedir. Böyle genel bir riayet mükellefiyeti doğuran hallerde, riayetin nerede başlayacağını, nerede biteceğinin bilinmesi gerekir*⁴¹⁶” görüşünü ortaya koymaktadır. Bunun yanı sıra, toplumun diğer kesimlerinin fikrî ürünle ilgili alandaki gelişmeleri sürekli takip etmeyeceği, buna karşılık ortalama uzmanın kendi alanındaki gelişmeleri takip edeceğinin kabulü, bu kavramın yerindeliğini ortaya koyan bir diğer sebeptir. Ortalama uzman kavramı aynı zamanda, tüm fikrî mülkiyet hakkı

⁴¹⁶ AYİTER, s. 38.

türlerinde de uygulanabilecek bir kriterdir. Örneğin, tasarım hakkı için de, yenilik incelemesinde, ilgili alandaki ortalama bir tasarımcı kriterinin uygulanması ve bu tasarımcı tarafından bilinmeyen ya da öngörülemeyen ek bir zahmete katlanılmaksızın gerçekleştirilemeyen bir tasarımın yeni kabul edilmesi, fikrî mülkiyet hakkının amacına da daha uygun olacaktır.

Gerek marka hukukunda dikkate alınan “ vasat tüketici kitlesi ” gerekse tasarım hukukundaki “ bilgilenmiş kullanıcı ” kriterleri, yenilik yönünden değil, daha ziyade tecavüz yönünden yaklaşımların bir eseri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kriterler, tecavüzün varlığı veya yokluğu incelemesinde kullanılabilirlerse de, hatta - tüm türler için geçerli olmak üzere - tecavüz fiillerinde kriter olarak “ vasat tüketici kitlesi ” nin dikkate alınması gerekse de, yenilik incelemesi ile tecavüz incelemesi çok farklı kurumlardır⁴¹⁷.

Yenilik incelemesi, incelenen fikrî ürünün, bir hakkın ihdası için gereken şartları taşıyıp taşımadığına yönelik olup; tecavüzde ise, gerçekleşen bir fiilin “ ihdas edilmiş ve korunan ” bir hakka tecavüzünün varolup olmadığı incelenmektedir⁴¹⁸. Ayiter, bunu “ *Eser üzerindeki hakkın korunabilmesi için evvela ortada bir eser bulunmalıdır. Bu yüzden hukukçu önce ‘ ne eserdir? ne eser değildir? ’ sorusunu cevaplandırmaya mecbur olacaktır* ” şeklinde ifade etmektedir⁴¹⁹. Yenilik incelemesinde, incelenen fikrî ürünün daha önce bilinip bilinmediği, tecavüzde ise gerçekleşen bir fiilin “ korunan ” hakka tecavüzün varolup olmadığı incelenmektedir. Her ikisi de, kıyaslananlar arasında bir benzerlik bulunup bulunmadığı temeline dayalı inceleme olmakla birlikte, aralarında farklılık bulunmaktadır. Yenilik incelemesinde, ortalama uzmanın ilgili alandaki mevcut bilgisiyle (ki bu düzey, doğal olarak, vasat tüketicinin bilgi düzeyinin çok üstündedir) yapılamayacak hatta öngörülemeyecek bir farklılık olması aranmaktadır. Bu, benzememezlik çitasını haliyle çok

⁴¹⁷ Karş. Akar ÖÇAL, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara, 1967, s. 71 (Müellif, her iki kurumun farklı olduğunu, yenilik incelemesinin iki süzgeçten biri olduğunu kabul etmekle birlikte “ koruma koşulları ile tecavüz koşullarını düzenleyen hükümlerde aynı hususların sayılmasının Kanun koyucunun iki hüküm arasında ilişki kurmak iradesini gösterdiği ” düşüncesindedir.).

⁴¹⁸ Aynı yönde ARSEVEN, s. 141.

⁴¹⁹ AYİTER, s. 39.

yükselten bir kabuldür. Yani bir uzmanın “ benzememe ” yargısına vardığı bir durumda, vasat tüketicinin evleviyetle “ benzememe ” ye karar vereceği aşikârdır⁴²⁰. İkinci olarak, ortalama uzmanın benzeyip benzememede dikkate alabileceği, dolayısıyla fikrî ürünün korunmayı gerektirip gerektirmediği hususunda yararlanacağı bilgiler toplamı, daha geniş olmaktadır. Bununla bağlantılı üçüncü farklılık, uzmanın “ öngörülebilir ” fikrî ürünleri de benzerlik incelemesinde dikkate alacak olmasıdır. Oysa ki vasat tüketicinin dikkate alabilecekleri “ mevcutlarla ” sınırlıdır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, ortalama uzmanın yenilik incelemesinde dikkate alınması, daha hakkın ihdası aşamasında korunmayacak fikrî ürünlerin elenmesi nedeniyle, tüketiciyi yanıltma ihtimalinden bu safhada kurtaracaktır⁴²¹. İkinci bir fayda, korunmayı hak etmeyen bir kişinin, tecavüz safhasına kadar geçecek az veya çok sürede haksız yararlanmasına engel olacaktır. Bunun yanı sıra, gelişme gösterme incelemesi vb. zaman ve emek kaybına neden olan bir çok külfetten kurum, uzman ve tarafları da kurtaracaktır. Vasat tüketicinin benzememe yargısına vardığı bir durumda, uzmanın geniş bilgisi, daha çok fikrî üründe kıyaslama yapması ve hatta mevcut olmadığı halde öngörülebilecek fikrî ürünleri de dikkate alması karşısında, benzer olduğu ve kişiye tekel hakkı tanınmaması gerektiği yargısına ulaşabilecektir. Bu sonuç, hakların amaçlarına uygunluğun yanı sıra, vasat tüketicinin dikkate alınmasının gayesi olan vasat tüketicinin korunması açısından da daha elverişlidir. Ayrıca, uzmanın, incelemesi sırasında vasat tüketicinin bakış açısından bakmasına da engel değildir.

Nitekim, bir dönem yenilik incelemesinde tecavüz varlığı / yokluğundan hareket eden ters tecavüz (reverse - infringement) testi⁴²² kullanılmış ise de, bunun maksada en uygun yöntem olmadığı anlaşılmış ve uygulanan tek yöntem olma vasfını yitirmiştir. Bu yöntemden faydalanılabilecek olması,

⁴²⁰ Aynı yönde ARKAN, C. I, s. 103; YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 399 (Müellifler, “ malın son alıcısı uzmanlar ise, markalar arasında iltibas tehlikesinin azalacağı ” görüşündedirler.).

⁴²¹ Aynı yönde ÖÇAL, s. 71 (Müellif, “ yenilik incelemesinin bir ön süzgeç vazifesi görerek tecavüz hükmünün sağladığı himayeye başvurma ihtimalinin azalacağı ” görüşündedir.).

⁴²² BENTLY / SHERMAN, s. 450; CORNISH / LLEWELYN, s. 182; COLSTON / MIDDLETON, s. 151.

tecavüz ile yenilik kavramlarının aynı incelemeye tabi tutulmasını ve tecavüz incelemesinde kullanılacak kriterlerin yenilik incelemesinde kullanılmasını zorunlu kılmaz. Yenilik incelemesini yapan uzmanın, karar verirken, diğer inceleme esaslarına ek olarak başvurunun önceki alenileşmiş bilgiye tecavüz edip etmediğinden faydalanması da mümkündür.

Kıyaslamada uzmanın dikkate alınmasında, özel bir önem verilmesi gereken husus, uzman sıfatını taşıyan kişilerin, belirtilen bu yaklaşım yerine çeşitli saiklerle, subjektif değerlendirmeleri içerecek yaklaşımlarda bulunmalarının engellenmesidir⁴²³. Bu bağlamda, özellikle, kendilerinin mevcut bilgilerle yapabilecekleri veya öngörebilecekleri fikrî ürünlerin tespitinde dikkatli davranmalarını sağlayıcı - örneğin, kararlarından ötürü sorumluluklarını gerektirici - düzenlemelere de mevzuatlarda yer verilmelidir. Bunun yanı sıra, değerlendirmelerinin, uzmanlık bilgileri içinde yer alan bilgilere yahut yazılı veya kanıtlanmış olmak kaydıyla diğer açıklamalara dayanmasının sağlanması, tedbirler arasında sayılabilir.

VII . KIYASLAMA

Burada, öncelikle, dikkate alınacak tekniğin durumunun belirlenmesindeki bir husus incelenmelidir. Özellikle, patentlerde yahut tasarımlarda yenilik incelemesinde başvurunun sınıflandırılması ve incelemenin ilgili sınıf bazında yapılması büyük önem taşımaktadır. Sınıflandırmanın uzmanca yanlış yapılmış olduğu hallerde, başvuruların, salt ilgili sınıf bazında yenilik yönünden incelenmesi, aynı içeriğe sahip önceki bir fikrî ürünün, başka bir sınıfta belirtilmiş olması nedeniyle dikkate alınmaması ve başvurusu yapılan fikrî ürünün yeniliğine karar verilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Buna mahal verilmemesi için, uzmanca yapılmış sınıflandırmanın uygunluğunun, yenilik incelemesine girilmeden önce kontrolünü sağlayan düzenlemeler yapılması uygun olacaktır.

⁴²³ Aynı yönde AYİTER, s. 39.

Yenilik incelemesi üç aşamalıdır. İlk aşama da, koruma talep edilen fikrî ürünün koruma istenilen unsurları tespit edilir. İkinci aşamada, yenilik incelemesinde esas alınan tarihteki alenileşmiş bilgiler tespit edilir. Üçüncü aşamada ise, bu unsurların toplumun sahip olduğu bilgilerle karşılaştırılması yapılır⁴²⁴. Uzman, incelemeyi yaptığı zaman itibariyle değil, yenilik için incelemeye esas alınan zamandaki tekniğin durumunu dikkate alacaktır⁴²⁵.

Karşılaştırma, fikrî ürünün koruma talep edilen unsurları (örneğin, patent istemleri⁴²⁶) için yapılır ve bu unsurlar yorumlanırken başvuru da yer alan diğer açıklamalar (örneğin, patent tarifname ve resimleri) da dikkate alınır. Bu unsurlar, daha önce yapılmış her bir münferit açıklamanın, genel içeriğiyle kıyaslanır⁴²⁷. Karşılaştırmada önemli olan, kelime kelimesine aynılık değil, fikrî ürün olarak tarif edilen özelliklerin içeriğinin aynı (eşdeğer) olmasıdır⁴²⁸. Bu yorum, özellikle kimya sektöründe görüldüğü üzere, bir maddede uygulanan reaksiyonun, eşdeğer başka bir madde kullanılarak, eşdeğer başka bir ürün elde etmek için kullanılmasını ifade eden kıyas (analogi) hakkında da kural olarak geçerlidir. Bilinen, teknik sorunun kendisi değilse de, buna eşdeğer bir sorun, öncekinde uygulanan veya ona benzeyen araçların yardımı ile çözülmektedir⁴²⁹ ki bu, ilgili alandaki ortalama bir uzmanın genel bilgileri dâhilinde sayılması gereken bir husustur. Eşdeğerlik kavramı, doktrinde bazı müelliflerce salt fikrî üründe kullanılan

⁴²⁴ Aynı yönde COLSTON / MIDDLETON, s. 152.

⁴²⁵ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 94; EPATBA. 2 / 83; IPH, s. 19; Karşı görüş için bkz. ÖZTÜRK, s. 196 (Müellif, “ yenilik değerlendirmesinin – önceki açıklamanın başvuru sahibi kaynaklı olup olmaması ayrımını yapmaksızın- önceki tekniğe dâhil bilginin alenileştiği tarihteki uzman gözüyle yapılmasının gerektiğinin kabul edildiği ” görüşündedir. Kanaatimizce, görüşün, patent hukukundaki genel kabullere aykırılığı, özellikle, başvuru sahibince yapılmış önceki tarihli bir açıklama veya rüçhan talebi bulunmaması halinde daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Bu halde, önceki tekniğe dâhil bilginin alenileştiği tarihteki bir uzmanın gözüyle / genel bilgisiyle incelemenin yapılması halinde, ancak bu alenileşme tarihinden önceki bilgiler dikkate alınacağından, incelenen başvurunun tarihine kadar ki dönemde 3. kişilere ait alenileşmiş bilgilerin dikkate alınmaması söz konusu olacak ve başvurunun evleviyetle yeni kabul edilmesi gerekecektir.).

⁴²⁶ Aynı yönde PatKHK. m. 83 / I; ORTAN, C. I, s. 79; IPH, s. 19; MORRIS, s. 22.

⁴²⁷ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 79.

⁴²⁸ Aynı yönde PatKHK. m. 83 / IV; Karş. ÖZTÜRK, s. 235.

⁴²⁹ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 117; AYİTER, İhtira, s. 45; BENTLY / SHERMAN, s. 444; PatKHK. m. 83 / V.

araçlara hasredilirken⁴³⁰, kanaatimizce fikrî ürünün niteliğine göre usullere ilişkin de olabilir. Örneğin, patentlerde - buluş spesifik bir sorunun çözümü olduğu için - eşdeğerlik çözüme ilişkindir. Bu, çözümde kullanılan araçlarda olabileceği gibi, usulde de olabilir. Markalarda, telaffuz, anlam vb. yönlerden gerçekleştirilebilir yahut tasarımda salt renk farklılığı vb. eşdeğer kabul edilmeye neden olabilir. Buna karşılık, aynı şeyi ifade ettikleri “ çok iyi bilinmeyen ” eşdeğerlerin kullanılmasının gelişme gösterme koşuluyla ilgili olduğu ve yeniliği etkilemeyeceği kabul edilmektedir⁴³¹. Yenilik incelemesinde eşdeğerlerin kullanılmasının sınırını teşkil eden “ çok iyi bilinmeyen ” kavramı muğlak olup, bunun daha somut hale getirilmesi gerekir. Aksi takdirde, bazı eş değer çözümlerin, subjektif değerlendirmeler sonucunda yenilik incelemesine dâhil edilmemesi nedeniyle, çifte hak sahipliği sağlanması tehlikesi kaçınılmaz olacaktır⁴³². Burada “ çok iyi bilinmeyen ” kavramı, uzmanın genel bilgileri dâhilinde ek zahmete katlanmaksızın bilebileceğinin veya öngörebileceğinin kabul edilebildiği düzeydeki eş değer (muadil) çözümlerin dışındaki çözümleri ifade etmelidir. Eşdeğer kavramının isabetli kullanımı, korunamayacak fikrî ürünleri bu safhada eleyeceğinden, gelişme gösterme incelemesine gerek bırakmayacaktır.

Fikrî ürünün yeniliği kıyaslanırken, karşılaştırıldığı açıklanmış münferit bilgilerin kapsamı önemlidir. Burada, ortalama uzman varsayımından hareket edilir ve ortalama bir uzmanın ek herhangi bir araştırma, inceleme vb. zahmete katlanmaksızın içeriğini bildiği veya sonuçlarını öngörebildiği fikrî ürünlerin, yeniliği kaldırması ölçüsü kullanılır. Doktrinde, yenilik incelemesinde “ fikrî ürünün, birleştirilmesi muhtemel olan bilgi kaynaklarının birleştirilmesi ile oluşan toplam bilgi ile karşılaştırılması, yani mozaik yapılmasının mümkün olmadığı ” görüşü, hâkim görüşdür⁴³³. Doktrindeki bazı

⁴³⁰ HİRŞ, Sinai, s. 81; AYİTER, İhtira, s. 45, 90.

⁴³¹ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 87; ÖZTÜRK, s. 235; EPO, Guidelines, Part C, Chapter IV. 7. 2; Karş. KELLER, s. 238.

⁴³² Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 87.

⁴³³ BENTLY / SHERMAN, s. 449, 634; CORNISH / LLEWELYN, s. 183; TRITTON, s. 60; TORREMAN, s. 60; COLSTON / MIDDLETON, s. 152; FRANCIS / COLLINS, s. 185; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 224; HALPERN / NARD / PORT, s.

müellifler, mozaik yasağını kabul etmekle birlikte, bu yasağın istisnası olarak, başvuruda referans olarak gösterilen dökümanların birleştirilebileceği görüşündedir⁴³⁴. *Bently / Sherman*, “ *mozaik yasağının tek istisnasını, sadece, ikinci dökümanın birinci dökümanın kaçınılmaz sonucu olduğu hallerde, uzmanın iki dökümanı birlikte inceleyebilmesinin teşkil ettiği* ”⁴³⁵ düşüncesindedir. Buna karşılık, *Colston / Middleton*, “ *bilinen iki maddenin birleştirilmesinin*”⁴³⁶, *Muir / Brandi-Dohrn / Gruber* de, “ *eğer kombinasyonları söz konusu değilse, aynı dökümandaki iki spesifik cismin birleştirilmesinin dahi*”⁴³⁷, mozaik yasağına aykırılık teşkil edeceği görüşündedirler. Doktrindeki bazı müellifler, mozaik yasağının, sadece patentlerde değil, diğer fikrî mülkiyet hakkı türlerinde, örneğin, tasarımlarda da uygulanabileceği görüşündedir⁴³⁸. *Fellner*, “ *ticari hayatta herkesin kullandığı değişikliklerin, incelemede esas alınan bir açıklamayla birleştirilebileceği* ” görüşündedir⁴³⁹

Sadece yenilik incelemesiyle sınırlı olmak kaydıyla, mozaik yasağı kabul edilmesi gereken bir ilke olmakla birlikte, bunun en önemli istisnasını, “ *ortalama uzmanın genel bilgilerine temel teşkil eden açıklamaların birleştirilebilmesi* ” oluşturur. Öncelikle, tekniğin durumuna sadece kelime kelime yazılı dökümanlar değil, uzmanın genel bilgileri de girer⁴⁴⁰. Uzmanın genel bilgileri, tekniğin durumunda yer alan ayrı bir dökümanmış gibi kabul edilemez. Bu genel bilgiler, zaten geçmişteki birçok dökümanın

195; *MUIR / BRANDI - DOHRN / GRUBER*, s. 177; *LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE*, C. II, s. 1976; *FELLNER*, s. 52; *ORTAN*, C. I, s. 91; *ÖZTÜRK*, s. 233; *IPH*, s. 19.

⁴³⁴ *TRITTON*, s. 60; *TORREMANS*, s. 60; *THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL*, s. 224; *LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE*, C. II, s. 1976; *CORNISH / LLEWELYN*, s. 183; Karş. *KELLER*, s. 238; *EPOTBA*. 0666 / 89 (<http://legal.european-patent-office.org>).

⁴³⁵ *BENTLY / SHERMAN*, s. 449. Kanaatimizce, Müellif her ne kadar bunu bir istisna olarak kabul etmişse de, burada aslında bir istisna yoktur. Tekniğin bilinen durumundaki bir bilginin öngörülebilir sonuçları (ki bunun şekillerinden biri, bilginin kaçınılmaz olarak çıkan sonuçlarıdır) da tekniğin bilinen durumuna dâhildir. Yani, önceki dökümanın kaçınılmaz sonuçları zaten tekniğin bilinen durumuna dâhil olduğundan ikinci dökümanın birinciyle birleştirilmesine gerek bile yoktur.

⁴³⁶ *COLSTON / MIDDLETON*, s. 161.

⁴³⁷ *MUIR / BRANDI - DOHRN / GRUBER*, s. 177.

⁴³⁸ Aynı yönde *BENTLY / SHERMAN*, s. 634; *LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE*, C. II, s. 1976; *FELLNER*, s. 52.

⁴³⁹ *FELLNER*, s. 52.

⁴⁴⁰ *ORTAN*, C. I, s. 76; *KELLER*, s. 238; *EPOTBA*. 0279 / 89 (<http://legal.european-patent-office.org>).

birleştirilmesiyle oluşmuş toplam bir bilgidir. Bu bilgilerle uygulamaya konulabilen bir fikri ürünün yeniliğinin bulunmadığı da tartışmasızdır. Bunun yanı sıra, yenilik incelemesinin, uzmanın subjektif değerlendirmelerini taşınamaması, değerlendirmenin genel uzmanlık bilgileri içinde yer alan bilgilere yahut yazılı veya kanıtlanmış olmak kaydıyla, diğer açıklamalara dayanması gerekir⁴⁴¹. Fikrî ürün, bilinen durumdan doğrudan ve şüphesizce çıkarılabiliyorsa yeni değildir⁴⁴². Yani, genel uzmanlık bilgileri de dâhil olmak üzere, değerlendirmede yararlanılan unsurların, şüpheyi yer bırakmayacak düzeyde somut olarak ortaya konulması gerekir. Bu, “ ortalama uzmanın genel bilgilerine temel teşkil eden açıklamalar ile dökümanların birleştirilmesini ve hatta bir ispat vasıtası olarak somut şekilde ortaya konulmasını ” zorunlu kılar. Ticari hayatta herkesin kullandığı değişiklikler kavramının, ortalama uzmanın genel bilgileri kavramıyla aynı amaca yönelmiş, paralel bir kavram oluşu karşısında, *Fellner*’in tasarımlara ilişkin düşüncesinin de görüşümüzle paralellik arzettiği görülmektedir.

Kanaatimizce, ikinci istisna, sadece başvuruda referans olarak gösterilen değil, gösterilebilecek⁴⁴³ nitelikteki dökümanların birleştirilmesidir. Başvuru sahibi, başvurusunda kasten veya ihmal yahut bilgisizlik sonucunda, tekniğin bilinen durumuna ait bir referansı göstermemiş olabilir. Ancak, referansı göstermemiş olması, bu bilginin alenileşmemiş olduğu anlamına gelmez. Kaldı ki, başvuru sahibinin, korumayı elde etmek için - menfaati gereği - böyle bir referansı göstermeyecek oluşu da, hayatın olağan akışı içinde kuvvetle muhtemeldir. Hayatın olağan akışı içinde, kimse taklit ettiği bir fikrî ürünü, başvurusunda belirtmeyi düşünmeyecek, bunu, en azından kendini küçük düşürmemek için yapmayacaktır.

⁴⁴¹ EPOEBA 0001/92; EPOTBA. 0021/83.

⁴⁴² CORNISH / LLEWELYN, s. 183; TRITTON, s. 60; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 229; HALPERN / NARD / PORT, s. 195; MUIR / BRANDI - DOHRN / GRUBER, s. 184; TORREMANS, s. 60; ÖZTÜRK, s. 194.

⁴⁴³ Bu durum, “ patent başvurularında tarifnamede tekniğin bilinen durumunun açıklanması gerektiği için gösterilmesi gereken ” şeklinde de ifade edilebilir.

Uzmanın, birleştirilmesi kabul edilebilecek bu dokümanlardan, hangi kuralı çıkardığı ve hangi koşullar altında dokümanların tümünden ya da bir kısmından bir kombinasyona varabileceğinin de belirlenmesi gerekmektedir. Eğer, tekniğin durumuna ait bir doküman, kombine şekilde birden çok özelliği içermekteyse, yenilik incelemesinin konusu olan başvurudaki yeni olduğu iddia olunan unsurların, önceki dökümanda aynı amaca, çözüme yönelik olarak kullanılıp kullanılmadığına bakılması gerekir⁴⁴⁴.

Ayrıca, açıklamaların birleştirilebilmesi, başvurunun yeniliğinin incelenmesinde esas alınan zamanda mümkün olmalıdır⁴⁴⁵.

Daha önce bilinen bir bilginin, yeni bir teknik etkisinin ortaya konulması fikrî ürünün yeni sayılmasını sağlamaz⁴⁴⁶. Ancak, şayet netice, her uzman için bir “ öngörülemeyen sonuç ” teşkil ediyor veya o zamanki teknik duruma nazaran önemli faydalar sağlıyorsa, istisnaen bir buluş kabul edilebilir⁴⁴⁷. Aynı şekilde, bilinen bir aracın, ortalama uzmanca öngörülemeyen farklı bir teknik fonksiyon için kullanılması da yeniliği sağlayabilir⁴⁴⁸.

Bilinen araçların malzeme veya ebatlarında değişiklik yapılması kural olarak korunmazken, böyle bir değişiklikle sanayide fayda sağlanan bir gelişme oluşuyorsa korunabilir⁴⁴⁹. Özellikle teknik neticenin, nicelik itibariyle veya nitelikçe artmasında yahut da teknik neticenin iktisaden daha kolay, çabuk, ucuz, basit veya daha iyi elde edilmesinde yani teknik vasıta da bu durum görülebilir. Bir aletin üretimi için kullanılagelen bir maddenin yerine, bilinmekte olan, ancak bu aletin üretiminde şimdiye kadar kullanılmayan başka bir maddenin kullanımı fikrî, maliyeti azaltmak veya maliyeti yüksek olduğu için üretilmeyen bir aletin üretilmesini sağlamak gibi iktisaden fayda

⁴⁴⁴ Karş. ORTAN, C. I, s. 92.

⁴⁴⁵ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 92.

⁴⁴⁶ COLSTON / MIDDLETON, s. 151; MUIR / BRANDI - DOHRN / GRUBER, s. 187; ÖZTÜRK, s. 191.

⁴⁴⁷ Aynı yönde HİRŞ, Sınai, s. 81.

⁴⁴⁸ Aynı yönde AYİTER, İhtira, s. 43; CORNISH / LLEWELYN, s. 185; THORLEY / MILLER / BURKILL / BIRSS / CAMPBELL, s. 222; BOUCHOUX, s. 300.

⁴⁴⁹ HİRŞ, Fikrî Say I, s. 117; AYİTER, İhtira, s. 43.

sağlıyorsa ve fikrî ortaya konulması ortalama bir uzmanın iktidarını aşıyorsa buluş kabul edilebilir⁴⁵⁰.

Yapılan bu kıyaslama sonucunda, eğer fikrî üründe koruma talep edilen unsurlar, toplumun bilgisine dâhil olan unsurlar değilse yahut önceki fikrî ürünlere oranla, ilgili alandaki ortalama bir uzman tarafından, zahmet çekmeksizin yapılabilecek / öngörülebilecek basit değişikliklerden öte bir gelişmeyle, bunların yeni olduğuna karar verilecektir⁴⁵¹. Her ne kadar, Avrupa Patent Kurumu' nun yerleşmiş uygulamasına göre, yenilik niteliğinin kalkmış sayılabilmesi için, tekniğe ait sayılan bireysel bilgilerin özellikleri ile buluşun özelliklerinin tamamen birbirine uyması gerekiyorsa da⁴⁵², bununla sadece aynı olma şartının kast edilmediği, benzerlik ve basit farklılığın ötesinde bir farklılık taşımamanın da şartın kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu kanaat, korunma talep edilen teknik bilginin (buluş), önceki ve tekniğin durumuna ait sayılan bilgilerin özdeşi olması veya onlardan birinin basit değişikliği ya da tamamlanması olması yahut eş değer (muadil) çözümlerde dâhil olmak üzere, tekniğe ait sayılan önceki bir bireysel bilginin uzmana açıkladığı veya onun uzmanlık alanındaki genel bilgisiyle öngörülebilir hale gelen her çözümün, yeniliği kaldırıcı etkili kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır⁴⁵³.

Buna karşılık, uzmanın, mevcut bilgilerden çok özel bir çalışma ve eğitimle çıkarabileceği çözümler, yenilik incelenmesinde birbirine uyma olarak kabul edilemez. Keza, kendisi bilgi vermediği sürece, bilgi edinmeye yönlendirici özendirmeler de yeniliği kaldırıcı etkili değildir.

Yenilik incelemesinde son zamanlara kadar reverse - infringement testi olarak adlandırılan bir yöntemden faydalanılmakta ve bu testte, “ incelemede kullanılan alenileşmiş bilgi, eğer patent tescilinden sonra ortaya konulsaydı

⁴⁵⁰ HİRŞ, Fikrî Say I, s. 117.

⁴⁵¹ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 76.

⁴⁵² ORTAN, C. I, s. 79.

⁴⁵³ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 80.

patent hakkına tecavüz eder miydi? ” sorusunun cevabına göre fikrî ürünün yeni olup olmadığına karar verilmekteyken, yeni yaklaşımda istemin amaçsal yapısı dikkate alınmaktadır⁴⁵⁴.

§5. YENİLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKKI TÜRLERİNDEKİ ÖZELLİKLERİ

A. YENİLİK KAVRAMININ BELİRTİLDİĞİ TÜRLER

I. Patent

Yenilik, patente konu olan buluşun, ait olduğu alanda, kimse tarafından bilinmemesi veya bilinenlerden belli bir düzeyde farklı olmasıdır. Patent hakkının, bir fikrî ürünün işlevsel yani teknik yönüne ilişkin olması nedeniyle, alenileşmiş bilgiler patent hukukunda, “ tekniğin durumu ” olarak ifade edilmekte, yenilik incelemesinde kriter olarak tekniğin bilinen durumu ön planda incelenmektedir. Bu nedenle patent hukukunda, “ yenilik kavramı ”, fikrî mülkiyet hukukundan farklı bir şekilde tanımlanmamış, sadece bir varsayımdan hareketle, “ bir buluş, tekniğin şimdiki durumuna ait değilse, yenidir ” şeklinde bir açıklamaya gidilmiştir⁴⁵⁵.

Burada özellikle belirtilmesi gereken hususlardan biri, Avrupa Patent Ofisi Dava Kurulu’ nun, istisnalar haricinde, patent tarifnamelerini, uzmanın genel bilgisine, yani tekniğin bilinen durumuna dâhil kabul etmeyişi⁴⁵⁶ ki, bunun kabul edilmesi mümkün değildir. Patent başvurusu sırasında sunulan tarifname, istemler, resimler gibi başvuru ekleri sayesinde, buluş konusu bilinir hale gelmektedir. Bir buluşa patent koruması sağlanabilmesi için, bu başvuru eklerinde, buluşun uygulanabilmesini sağlayacak ölçüde

⁴⁵⁴ BENTLY / SHERMAN, s. 450; CORNISH / LLEWELYN, s. 182.

⁴⁵⁵ ORTAN, C. I, s. 75; PatKHK.’nın 7. maddesinin “ *Tekniğin bilinen durumuna dâhil olmayan buluş yenidir* ” şeklindeki ifadesinin bir “ varsayım ” olduğu, bu varsayımın başka bir anlatımla “ tekniğin bilinen durumuna dahil olan buluşun yeni olmadığı ” şeklinde de ifade edilebileceği, PatKHK.’nın Gereğesinin 7. maddesinde belirtilmiştir.

⁴⁵⁶ BAINBRIDGE, s. 379 dn. 41.

açıklanmasının şart olması karşısında, buluşun, başvuruyla birlikte tekniğin bilinen durumuna dâhil olacağı aşikârdır. Avrupa Patent Ofisi İnceleme Direktiflerine göre de, uzman; sadece başvuruda atıf yapılan dokümanları değil, özellikle “ araştırma raporunda ” atıf yapılan dokümanları bilmesi gereken kişidir. Sınıflandırmanın doğru yapılmış olması halinde, araştırma raporunda mutlaka yer alması gereken bir dokümanı bilmek zorundaki uzmanın, genel bilgisi içinde bu patent tarifnamelerinin bulunması da, bizzat Avrupa Patent Ofisi İnceleme Direktiflerinde düzenlenmiştir. Kurumun, kendi direktifleriyle çelişmemesi gerekir.

Patent hakkı tescile tabi bir haktır. Ancak, yeniliğin aranacağı zaman yönünden genel esaslar geçerli olmakla birlikte, diğer tescile tabi haklardan farklı olarak, başvurunun yapıldığı gün ve fakat başvurudan önce yapılan açıklamalar, tekniğin durumuna ait sayılmaz, bu nedenle de, patentin verilmesine engel olmaz ⁴⁵⁷. Patent hakkı yönünden böyle bir istisna tanınması, diğer tescile tabi hakların başvurusunun hazırlanmasına oranla, patent başvurusunun hazırlanmasının bir güne sığdırılmasının neredeyse imkânsız oluşundan ötürü uygun olmaktadır.

İncelemeye esas alınan zamanın, her durumda, başvurunun tümü için aynı olması gerekmez⁴⁵⁸. Patent başvurusu, sadece bir tek buluşu veya genel nitelikte bir ana buluş fikrî etrafında gerçekleştirilmiş olan ve birbirlerine bu ana buluş fikrî ile bağlı birden çok buluşu içerebilir (PatKHK. m. 45). Bu nedenle, çeşitli patent istemleri veya aynı patent isteminin çeşitli versiyonları için, farklı farklı ülkelerdeki başvurulara dayalı olarak, çeşitli rüçhan taleplerinde bulunulması mümkündür (PatKHK. m. 52 / 2, 3, 4). Bu durumda, dayanılan her rüçhan hakkı, sadece ilgili istem veya unsurlar yönünden tekniğin durumuna dâhil sayılmayacaktır.

⁴⁵⁷ AYİTER, İhtira, s. 52; ORTAN, C. I, s. 78; Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 446 dn. 25.

⁴⁵⁸ Aynı yönde ORTAN, C. I, s. 79.

Patent hukuku, mutlak yenilikte karar kılmıştır. Yani, başvuru tarihinden önce, dünyanın herhangi bir yerinde ve herhangi bir şekilde kamuoyunca ulaşılabilir hale getirilen⁴⁵⁹ alenileşmiş bilgiler, yeni değildirler. Ancak, PCT. m. 11 hükmündeki, “ başvurunun kabul edilmiş dillerden birinde yapılmamış olması halinde, uluslar arası başvuru tarihi olarak tercümenin verildiği tarihin kabul edilmesi” düzenlemesi, herhangi bir dildeki alenileşmenin yeterli olması esasına aykırıdır. Başvuru, verildiği ilk haliyle buluşu ortaya koymuş olmasına rağmen, tercümenin verildiği tarihe kadar yapılacak başvurular karşısında öncelik hakkını kaybetme riski altında bulunmaktadır. İstismara yol açabilecek bu düzenlemeden vazgeçilmelidir.

Patent hukukunda aranılan yenilik objektif ve nitelikli yeniliktir. Bunun en somut örneği, ortalama uzman ve tekniğin bilinen durumu gibi iki objektif kriterden hareket edilmesidir. Patent hukukunun, nakil buluşları, kıyas gibi geliştirmeleri yeni kabul etmemesi, ortalama bir uzmanın öngörebileceği sonuçları tekniğin bilinen durumuna dâhil kabul etmesi gibi hususlar dikkate alındığında, buluşun, önceki bilinenlerden basit farklılığı aşan özellikler içermesini yani nitelikli bir yenilik aradığı anlaşılmaktadır.

Yenilik incelenmesinde, buluş, tekniğin şimdiki durumuna ait olan bilgilerle karşılaştırılır. Buluşun karşılaştırılan konusu, koruma talep edilen " patent istemlerine⁴⁶⁰ " göre belirlenir. Yapılacak karşılaştırma sonucunda, buluş ile bilinen kurallar arasında gelişim sağlayan bir farklılık varsa buluş yenidir. Söz konusu farklılıkların sayısının bir önemi yoktur, tek bir özelliğin bile farklı olması yeterlidir. Ancak koruma, eğer bu farklılık, ayrı bir istem oluşturuyorsa sadece bu istem yönünden sağlanmalıdır.

Yenilik kriteri ve uygulamasına ilişkin olarak yukarıda açıklanan genel esaslar, bu ayırık durumlar dışında patentler yönünden de geçerlidir.

⁴⁵⁹ ORTAN, C. I, s. 74; BAINBRIDGE, s. 378; ŞEHİRALİ, s. 9; SARAÇ, Ön Kullanım, s. 644.

⁴⁶⁰ ORTAN, C. I, s. 79; MORRIS, s. 22.

Hukukumuzda da, patent hakkı açısından aynı esaslar benimsenmiştir (PatKHK. m. 7 vd). Buna karşılık, doktrindeki bazı müellifler, “ *faydalı modellere ilişkin yenilik kriterinin, Kararnamenin 156. maddesindeki düzenleme nedeniyle nispi yenilik kriteri olduğu; bu yüzden, faydalı modeller açısından ‘ kullanımin ’ yeniliğe engel teşkil edebilmesi için fiilin ülke içinde gerçekleştirilmiş olması gerektiği* ” görüşündedir⁴⁶¹. Bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Öncelikle anılan madde hükmünde, başvuru tarihinden önce, dünyada herkesin ulaşabileceği şekilde, yazılı olarak “ veya bir başka yolla açıklanmış ”, buluşların yeni olmadığı belirtilmektedir ki, kullanım fiili de bir açıklama şeklidir⁴⁶². Bu kriter ortaya konulduktan sonra, ayrıca bir de “ yöresel veya ülke çapında kullanılmış ise ” gibi gereksiz ve önceki ifadeyle çelişkili bir ibarenin kullanılması, yasama özensizliğinden başka bir şey değildir; ki bu özensizlik anılan hükmün gerekçesinde “ aranılanın dünya çapında mutlak bir yenilik olduğu ” belirtildiği için daha da açık anlaşılmaktadır. Hazırlanan PatKanTas. m. 130 hükmünde faydalı modeller için ayrı bir kriter belirtilmeyerek, yenilik tanımı bakımından PatKanTas. m. 7 / II hükmüne tabi kılınması suretiyle, bu özensizliğin giderildiği görülmektedir.

Buluşun yeniliğinin incelenmesinde, esas alınacak tarih olarak başvuru⁴⁶³ veya varsa rüçhan tarihi (PatKHK. m. 7, 49, 50) kabul edilmekle birlikte, başvuru veya varsa rüçhan tarihine eklenen oniki aylık bir yeniliği kaldırmayan açıklama süresi kabul edilmiştir (PatKHK. m. 8). Hükümde, bu sürenin sadece buluş sahibine tanındığı anlamı çıkmakta, buluş sahibinin haleflerinin bu süreden yararlanıp yararlanamayacakları hususunda bir boşluk olduğu görülmektedir. Aynı şekilde, buluş sahibinden elde edilen

⁴⁶¹ SARAÇ, Teknik, s.120; ÖZTÜRK, s. 148 dn. 3.

⁴⁶² Aynı yönde SARAÇ, Teknik, s. 120.

⁴⁶³ Her ne kadar, PatKHK. m. 43 / II hükmünde, “ Patent başvurusunun incelenmesi sırasında, patent verilmesi istenilen buluş konusunun, ilk başvurudaki kapsamın dışına çıkacak şekilde kısmen veya tamamen değiştirilmesi halinde, *başvuru tarihi değişiklik ile ilgili başvurunun yapıldığı tarihtir.* ” şeklinde bir düzenleme yapılmış ise de, PatKHK. m. 64 / III hükmünde, “ Patent istem veya istemlerinde yapılacak değişikliklerle başvuru kapsamının genişletilemeyeceği ” düzenlendiğinden, “ kapsamı genişlememiş ” istem için değişiklik değil, başvuru tarihinin esas alınması gerekir. Aksi takdirde, başvuru sahibinin, salt istemi açıkladığı vb. bir değişiklikten ötürü, rüçhan, yeniliği kaldırmayan açıklama süresi hatta buluşunun yeni sayılmaması gibi hak kayıplarına uğrayabilmesi söz konusu olacaktır.

bilginin açıklanmasının “ aşikâr bir suistimal ” sayılması şartı açıkça yer almamakla birlikte, PatKHK. m. 8 / I - b bendinde yer alan “ açıklanmaması gerektiği halde açıklanması ” ve “ buluş sahibinin bilgisi veya izni olmadan ” ibareleriyle bu şartın kastedildiği düşünülebilir. PatKHK. m. 8 hükmünde, açıklamayla ilgili oniki aylık sürenin başlangıcı hususunda, patent başvurusunda “ rüçhan talebinde ” bulunulup bulunulmamasına göre, ikili bir ayrıma gidilmiş olup; imkân, rüçhan talebi yoksa başvuru tarihinden, varsa rüçhan hakkı tarihinden önceki oniki ay içinde yapılan açıklamaları kapsamaktadır. Rüçhan hakkı, hem önceki başvuruya, hem de sergilemeye tanınmıştır (PatKHK. m. 49, 50).

Hazırlanan PatKanTas. m. 7 / 3 hükmündeki, “ uluslararası veya bölgesel anlaşmalar yolu ile yapılan patent ve faydalı model başvuruları ve tescillerinin de yayınlanmamış önceki başvuruların, ilk içerikleri itibariyle tekniğin bilinen durumuna dahil olması bağlamında, ulusal patent ve faydalı model başvuruları gibi kabul edildiği ” düzenlemesiyle, fiilen uyumlu olan uygulamamızın mevzuat olarak da taraf olduğumuz uluslararası anlaşmalara uyum sağladığı görülmektedir.

PatKanTas. m. 8 / I hükmünden, yeniliği kaldırmayan açıklama süresinin oniki aydan altı aya indirildiği, yeniliği kaldırmayan açıklama imkânından gerçek hak sahibinin haleflerinin de yararlanabileceği ve sergilemenin rüçhan hakkı yerine yeniliği kaldırmayan açıklama haline dönüştürüldüğü anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, imkânın haleflere tanınması isabetli olsa da, diğer düzenlemeler, yeniliği kaldırmayan açıklama süresi tanınmasının amaçlarıyla bağdaşmamaktadır. Tanınan bu sürenin kısalığı, fikri ürün ve onun verimliliğinin test edilmesi için verilen bu imkânın, başta başvurusunun hazırlanması dahi geniş zaman harcanmasını gerektiren patent hakları olmak üzere, amacını gerçekleştirmesine yeterli olmayacaktır. Yine, rüçhan haklarının fikri ürünün korunmaya değerliğinin değil, herhangi bir ülkede korunmaya değerliğinin testi amaçlı olması karşısında, sergilemenin rüçhan hakkı yerine yeniliği kaldırmayan açıklamaya

dönüştürülmesi isabetli olmamıştır. Hak sahibinin, mevcut düzenlemedeki, farklı amaçlarla yararlanma imkânı sunan, yeniliği kaldırmayan açıklama süresi ve rüçhan şeklindeki iki süresi tasarımı ile sadece kısaltılmış yeniliği kaldırmayan açıklama süresine indirgenip ciddi boyutta kısaltılmaktadır.

II. Endüstriyel Tasarım

Fikrî mülkiyet hakkı sağlanan fikrî ürünlerin temel özelliklerinden olan yenilik, tasarım hakkında ürünün görünümü yönünden ortaya çıkar⁴⁶⁴. Fikrî mülkiyet hukukundaki yenilik kriteri, tasarım hakkı için de aynen geçerli olup, yenilik ile aranan, tasarımın toplumca bilinmemesi veya toplumca bilinen tasarımlardan nitelikli farklı olmasıdır⁴⁶⁵. Yeni olduğu iddia olunan tasarımın, işte bu farklılık düzeyini aşmış olması gerekir ki, bu eşiğe doktrinde yenilik basamağı da denilmektedir⁴⁶⁶. Aranan bu farklılığın düzeyi, uyumlaştırmadan önceki İngiliz ve Avustralya hukukunda “ *ticari değişiklikten (trade variant) daha öte olma* ” şeklinde belirtilmiştir⁴⁶⁷. Tescilsiz tasarımları, orijinallik gibi kolay karşılanabilir bir kriterle koruyan bu ülkelerde bile, fikrî üründe bulunan farklılıkların, önemsiz değişiklikler olmaması, tasarımda, bir gelişme unsurunun bulunması gerektiği belirtilmektedir⁴⁶⁸. Aynı kriter, AB hukukunda ve hukukumuzda “ *sonraki tasarım öncekinden ‘ küçük denemeyecek farklılık gösteriyorsa ’* ” veya “ *öncekilerden esaslı farklılık gösteriyorsa*⁴⁶⁹ ” şeklinde ifade edilmiş ve bunun dışında yenilik değerlendirmesinde ne gibi kriterlere başvurulacağı belirtilmemiştir. Bu kabullerdeki “ daha öte ”, “ küçük denemeyecek farklılık ” ve “ öncekilerden esaslı farklılık ” kavramları çok muğlak kavramlardır. Tekinalp'e göre, “ *Fark, aynı olmayı ortadan kaldırmıyor, mevcut tasarım ‘ görünümünü ’ sürdürüyor; fark, sadece mevcut görünüme, yani mevcut tasarıma ek, onda bir değişiklik, ondan bir sapma*

⁴⁶⁴ MUSKER, s. 27; FRANCIS / COLLINS, s. 717; SULUK, s. 233.

⁴⁶⁵ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 625, 632; BAINBRIDGE, s. 500; CORNISH/LLEWELYN, s. 545; TRITTON, s. 244; COLSTON / MIDDLETON, s. 431; SUTHERSANEN, s. 37; FELLNER, s. 51; SULUK, s. 229.

⁴⁶⁶ SULUK, s. 229 dn. 41.

⁴⁶⁷ CORNISH / LLEWELYN, s. 545; FELLNER, s. 51; SULUK, s. 229.

⁴⁶⁸ TORREMANS, s. 341.

⁴⁶⁹ SULUK, s. 231.

niteliği taşıyorsa, yani farklılık ‘ mevcut tasarım ’ esas alınarak ondan hareketle yapılmışsa küçüktür⁴⁷⁰”. Hirş de, “ tasarımın, tamamen veya kısmen yeni olması gerekir. Bununla tasarımın, onu şimdiye kadar bilinen aynı türden tasarımlardan ayırt edilmesini sağlayacak bir karakteristik özelliğinin bulunması gerektiği anlaşılır⁴⁷¹” görüşündedir. ABD’de ise, tasarımlar, patentlere ilişkin hükümlere tabi olduğundan, tasarımlardaki yenilik incelemesi de, patentteki gibidir⁴⁷².

Bir tasarımın, önceki benzerlerinden farklılığının nasıl tespit edileceği, bir tasarımın yeni olabilmesi için neleri karşılaması gerektiği hususunda belli kriterler ortaya koyma çalışmaları başarıya ulaşmamıştır. İngiliz hukukunda yeniliği belirlemek için ,

- Tasarımcının çaba ve mahareti,
- Tasarımın üçüncü kişilerce taklit edilmesi,
- Tasarımın ticari başarısı

gibi bazı kriterler kullanılmıştır. Bu kriterler, farklılığın ve dolayısıyla yeniliğin tespitinde kullanılabilecek kriterler değildir. *Suluk* da, “ *tasarımcı çok gayretli ve maharetli olmasına rağmen, geliştirdiği tasarım yeni olmayabilir. Yine üçüncü kişiler tasarımı değişik nedenleriyle taklit edebilir. Bunun yanında tasarım, reklam gibi etkenlerden dolayı başarıya ulaşmış bulunabilir, ama buna rağmen bu tasarım, yenilik özelliğini taşımayabilir⁴⁷³*” görüşündedir. Bazı müelliflere göre, “ *çalışmaların başarısızlığının nedeni, yenilik için, ne / ne kadar yeni özellik gerekli sorusuna verilecek cevabın bilimsel olmaktan ziyade, duygusal ve subjektif olmasıdır ve bu nedenle, somut olayın özelliklerine göre bir sonuca varılması daha uygundur⁴⁷⁴* .” Yenilik kavramının subjektif olması, tasarım hukukunda objektif kriterler konulamayacağı /

⁴⁷⁰ TEKİNALP, s. 616; Aynı yönde Donald G. CASSER, “ Trade Regulation: Legal Protection of Commercial Design ”, Trademark Reporter, Vol. 50, (1960), (135 – 151), s. 139 (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/thetmr50&collection=journals&id=267&print=17§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009).

⁴⁷¹ HİRŞ, Fikrî Say I, s. 192.

⁴⁷² BOUCHOUX, s. 309; SCHECHTER / THOMAS, s. 311; FRANCIS / COLLINS, s. 716; PHILLIPS / FIRTH, s. 379.

⁴⁷³ LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 1133 – 1135; SULUK, s. 237.

⁴⁷⁴ LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 1129; SULUK, s. 238.

konulmaması gerektiği anlamına gelmez. Objektif kriterler konulması, sadece koruma için ispat yükünü taşıyan kişiyi değiştirir. Buna karşılık, tüm tasarımlar yönünden hukuk güvenliği sağlanmış olacaktır. Tasarım hukukunda, ilgili mercilerin kararlarına karşı itiraz mekanizmaları, örneğin, objektif kriterlere göre, tasarımının yeni olmadığına karar verilmiş bir başvuru sahibinin, tasarımının yeni olduğu şeklindeki kendi subjektif kanaatinin doğruluğunu ispatlayarak, tasarımının korunmasını sağlama imkânı bulunmaktadır.

Tasarım doktrinde,

- “ - *Yeni bir ürün tasarlanması,*
- ***Üretilmekte olan bir ürünün yeniden tasarlanması,***
- ***Üretilmekte olan ürünün gruplandırılması,***
- ***Eski bir ürünün yeni bir doğrultuda tasarlanması,***
- ***Eski bir ürünün yeni bir teknoloji için tasarlanması,***
- ***Eski bir ürünün yeniden tasarlanmış gibi yapılmasının,***

öncekilerden farklı tasarım ‘ geliştirmenin ’ değişik şekilleri olduğu ” ⁴⁷⁵, bu nedenle, yeniliğin, “ *önceden hiç bilinmeyen veya bilinen bir çözümün, yeniden değişik yorumlarla ve yaklaşımlarla tasarlanması ”* şeklinde tanımlandığı görülmektedir⁴⁷⁶. Tasarım doktrinde, yeniliğin bu şekilde tanımlanması olağandır ve bu anılan bilim dalı yönünden subjektif bir değerlendirmedir ki eski veya üretilmekte olan tasarımlar dahi bu tanımlamada yeni kabul edilebilmektedir. Buluşlar yönünden de, bir mühendisin yapacağı yenilik tanımı çok farklı olabilir. Ancak, tasarım hakkı, bir hukuk konusu olup, tanımlamada hakkın tesisi ve kapsamı konularında objektif kriterler konulması hukuk güvenliğinin bir gereğidir. Bu tanım, daha önce hiç bilinmeyen tasarımlar yönünden isabetli gözükse de, daha önce bilinen tasarımlar yönünden yanlış sonuçları akla getirebilecek bir muğlaklık içermektedir. Muğlaklığın giderilmesi için, değişik yorumlarla ve yaklaşımlarla tasarlamanın sınırlarının objektif şekilde çizilmesi; yani bu tasarlamanın, tasarım koruması için gerekli şartları sağlamış, bu kapsamda öncelikle,

⁴⁷⁵ Önder KÜÇÜKERMEN, Endüstri Tasarımı – Ürün Tasarımında Adımlar, İstanbul, 1997, s. 30 vd.

⁴⁷⁶ SULUK, s. 229 - 230.

yenilik için aranılan farklılık düzeyini aşmış olması, daha sonra da farklılığın tasarım korumasını hak edecek nitelikte olma şartını sağlaması gerekir. Aksinin kabulü halinde, yeni olmayan bir tasarıma hak tanınması yahut önceki tasarımın farklılık oluşturmeyen yeni halinin koruma altına alınması; günümüz dengesindeki, hak sahibinin sınırlı koruma süresinin toplum menfaatlerine aykırı şekilde uzatılması söz konusu olur. Bu da, fikrî mülkiyet korumasının ruhuna ve amaçlarına aykırıdır. Burada ortaya çıkan durum, yeniden tasarlama (redesign) kavramının yanlış yorumlanmasına da neden olabilmektedir. Yeniden tasarlama, geçmişte beğeni ve başarı kazanmış bir tasarımın farklılık arzeden bir ifadesidir, ancak, yeniden yapılan bu tasarımdaki farklılıklar da, öncekinin üzerine inşa edilen küçük farklılıklar değil, koruma şartlarını karşılayacak düzeyde olmalıdır⁴⁷⁷.

Benzerlik yönünden kıyaslanabileceği bir tasarım dahi olmadığından, daha önce toplumca hiç bilinmeyen bir tasarımın, “ toplumca bilinen tasarımlardan tamamen yahut en azından belli bir düzeyde farklı görünümün bulunması ” şartını sağlayacağı ve yeni olarak kabul edileceğini izaha gerek bulunmamaktadır. Buna karşılık, öncekilerden esinlenerek oluşturulan tasarımların, yenilik için, öncekinden korumayı gerektirecek düzeyde bir farklılık taşıması gereklidir⁴⁷⁸. Hirş de, “ *tasarımdaki her kısmın yeni ve orijinal olmasının şart olmadığı, kısmen eskiden bilinen, kısmen yeni tasarım unsurlarıyla yeni bir tip meydana getirilmesinin yeterli olduğu; genel görünümdeki yeniliğin ölçüsü olarak, insan gözünün, tasarımın bilinen tasarımlardan farklılığını, ilk bakışta, açıkça hissetmesi olduğu* ⁴⁷⁹” görüşündedir. Hirş’in bu görüşü dikkatle incelendiğinde, tasarımda mutlaka yeni ve orijinal unsurların bulunması ve bu unsurlar sayesinde yeni bir görünüm elde edilmesinin arandığı; bunun ölçüsünün ise “ ilk bakışta ve açıkça hissedilmesi ” olduğu görülmektedir. Bu ölçü, tasarımlardaki yenilik incelemesinde günümüzde de en önemli sorun olarak karşımıza çıkan

⁴⁷⁷ Aynı yönde SULUK, s. 239.

⁴⁷⁸ Aynı yönde SULUK, s. 231.

⁴⁷⁹ HİRŞ, Fikrî Say I, s. 192 vd.; Aynı yönde SULUK, s. 231.

muğlaklığı giderecek ölçülerden birisidir. Günümüz mevzuatında incelemelerde esas alınan “ tasarımın genel izlenimiyle ” kastedilen de, insanın ilk bakışta elde ettiği izlenimden başka bir şey olmasa gerekir⁴⁸⁰.

Tasarım hukukunda, yenilik hususunda somut kriterlerin bulunmayışı nedeniyle, “ bilinen (yeni olmayan) özelliklerden oluşturulan kombinasyonun, yeni bir tasarım olarak ortaya çıkabileceği⁴⁸¹” şeklinde bir görüş de doktrinde yer almaktadır. *Suluk*, her kadar “ *bir tasarım başka bir tasarımla benzer özellikler taşıyabileceği gibi, farklı özelliklere de sahip olabilir. Belirleyici olan husus, genel görünümde farklılığın olup olmadığıdır* ” gerekçesi ile bu görüşü isabetli buluyorsa da, bu gerekçesinde, yeni olduğu iddia edilen tasarımın farklı özelliklere de sahip olması ve bunun genel görünümde farklılık oluşturması haline dayanmaktadır⁴⁸². Kanaatimizce, bu görüş, sadece yenilik incelemesinde ve ancak *Suluk*’un gerekçesiyle birlikte kabul edilebilecek bir görüştür. Aksi takdirde, görüş, her şeyden önce Trips Anlaşması’nın m. 25 / 1 hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Anılan hükümde, “ Tasarımların bilinen tasarımlardan veya ‘ *bilinen tasarım özellikleri kombinasyonundan* ’ önemli ölçüde farklı olmaması halinde, yeni veya orijinal sayılmaması gerektiği” açıkça ifade edilmektedir. Ayrıca, böyle bir tasarım yenilik şartını sağlamış kabul edilse bile, bu tasarım olarak korunabileceği sonucu da doğurmaz. Koruma için asıl belirleyici olan, tasarımın gelişme göstermiş olup olmadığı (ayırtedicilik sağlaması) olacaktır. Bir kombinasyon tasarımın, korunup korunamayacağına karar verirken, sonuç itibarıyla etkiye ve bu etkinin tekel hakkı tanınmasını hakkaniyete uygun kılacak düzeyde bir katkısının bulunup bulunmadığına bakılmalıdır⁴⁸³. Buradaki sahip olunan farklı özelliklerin, salt bir tasarımda bulunmayan bir unsurun “ başka bir tasarımdan alınarak ” kombine bir tasarım oluşturulması - ki bu takdirde genel görünüm doğal sonuç olarak farklılık gösterecektir - şeklinde ortaya çıkması bu tasarımın korumayı hak ettiği anlamına gelmemelidir.

⁴⁸⁰ Aynı yönde SULUK, s. 253.

⁴⁸¹ BENTLY / SHERMAN, s. 604; JOHNSTON, s. 14; FELLNER, s. 58; SULUK, s. 231.

⁴⁸² SULUK, s. 231.

⁴⁸³ Aynı yönde BENJAMIN, s. 626.

Tasarım hukukunda, gerek tescilli gerek tescilsiz tasarımlar için yeniliğin aranacağı zaman yönünden bir farklılık bulunmamaktadır. Sadece, tescilsiz tasarımların ayrı bir mevzuatla veya genel haksız rekabet koruması kapsamında değerlendirilmesine göre, ülkeler arasında farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, AB. Topluluk Tüzüğü'nün 11. maddesinde tescilsiz tasarımların yeni ve ayırt edici olması şartıyla, topluma sunulmalarından itibaren 3 yıl süreyle korundukları görülmektedir⁴⁸⁴. Bunun yanı sıra, bazı ülkelerde rüçhan tarihi değişiklik gösterdiği için, incelemeye esas alınan tarih de değişebilmektedir. Örneğin, İngiliz hukukunda, tasarımlar için rüçhan tarihi 6 ay olarak belirlenmiştir⁴⁸⁵. Doktrinde bazı müelliflere göre, “ önceki tarihli açıklama, yeniliği kaldırmayan açıklama süresi içinde 3. kişilerce bağımsız olarak geliştirilen tasarımların yeniliğini etkilememekte, yani öncelik oluşturmamaktadır⁴⁸⁶”. Açıklamanın, 3. kişilerin başvurularında alenileşmiş bilgilere dâhil olması nedeniyle yeniliği kaldırırken, açıklama sahibinin veya yasal haleflerinin başvurusunun yeniliğini kaldırmadığı için, gerçek hak sahibine, korumaya kavuşmada - rüçhan hakkından ayrı olarak - fiilen bir öncelik hakkı oluşturmaması karşısında bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Tasarımlar bakımından, alenileşmiş bilgilerde sınırlama yapan hükümlere rastlanılmaktadır. Örneğin, hukukumuza mehzaz teşkil eden AB hukukunda da, kural olarak mutlak yenilik kabul edilmiş olmakla birlikte, düzenleme güvenlik klozu ile sınırlandırılmıştır. Güvenlik klozu, “ Toplulukta, ilgili sektörde faaliyet gösteren uzmanlaşmış çevrenin, normal iş faaliyetlerini sürdürürken haberdar olmadığı tasarımların ” yeniliğe engel teşkil etmemesidir. Ancak bu çevre, normal iş hayatında, tasarımı, dünyanın başka bir yöresinde öğrenme imkânına sahipse kloz uygulanmamaktadır⁴⁸⁷. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, bu sınırlama hukuka aykırıdır⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ JOHNSTON, s. 209; SULUK, s. 555.

⁴⁸⁵ COLSTON / MIDDLETON, s. 431.

⁴⁸⁶ BENTLY / SHERMAN, s. 631; COLSTON / MIDDLETON, s. 432.

⁴⁸⁷ BENTLY / SHERMAN, s. 628; SUTHERSANEN, s. 43; SULUK, s. 240 dn. 93.

⁴⁸⁸ BENTLY / SHERMAN, s. 629 dn. 32 deki müellifler; SULUK, s. 240 dn. 95; Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 193 (Müellif, “ mutlak yeniliğin kabulü ile sadece piyasadaki ürünlerin değil, koruma süresi bitmiş olanların da incelemede dikkate alınması gerektiği ” görüşündedir).

Yine, yenilik incelemesinde kıyaslama yapılacak alenileşmiş bilgilere, uzmanın sahip olduğu genel uzmanlık bilgilerinin de dâhil olup olmasına ilişkin herhangi bir hüküm mevcut düzenlemelerde yer almasa da, düzenlemelerin amacından, mutlak yeniliğin arandığının açık olması karşısında, bu bilgilerinde dâhil kabul edilmesi yerinde olacaktır. Nasıl ki, buluşlarda ilgili alandaki ortalama bir uzman, genel uzmanlık bilgilerini yenilik incelemesinde kullanabiliyorsa, aynı imkânın bir tasarım uzmanına tanınmasına da, bir engel bulunmamaktadır. Alenileşmiş bilgilerin, salt “ uzmanın genel uzmanlık bilgileriyle sınırlandırılmış olması ” nedeniyle eleştirilen Topluluk hukukundaki güvenlik klozunda dahi, uzmanın genel uzmanlık bilgilerini, yenilik incelemesinde kullanabildiği düşünüldüğünde, bu imkânın tanınması gerekliliği açıkça ortaya çıkmaktadır.

Tasarım hukukunda da, alenileşme şekillerinde farklılık bulunmamakla birlikte, yayınlanmamış başvuruların bu şekillerden olup olmadığına ve yeniliğe engel teşkil edip etmeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Tüm fikrî mülkiyet haklarında, çifte hak sahipliğinin önlenmesi ve toplumun serbest kullanımdan mahrumiyet süresinin haksız uzatılmaması gereği bulunması karşısında, genel esasın, tasarımlar yönünden de kabulüyle, yayınlanmamış başvuruların da yeniliğe engel teşkil etmesi gerekir.

Yenilik incelemesinde, farklılığın küçük ayrıntıda olması, önemsiz değişiklik olması gibi ölçütlerin kime göre belirleneceği yani kıyaslamada dikkate alınacak kitle yönünden bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁸⁹. Bu nedenle, ayırtedicilik incelemesinde dikkate alınan bilgilenmiş kullanıcının⁴⁹⁰, yenilik incelemesinde de dikkate alınacak kitle olduğu iddia edilebilirse de, bu kitle, ne yenilik, ne de ayırtedicilik incelemesi yönünden uygun bir kitle değildir. Bunun nedeni, bilgilenmiş kullanıcının, ilgili alanda, uzman kadar

⁴⁸⁹ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 632.

⁴⁹⁰ BAINBRIDGE, s. 528; TRITTON, s. 244; COLSTON / MIDDLETON, s. 433; PHILLIPS / FIRTH, s. 379; SULUK, s. 253 vd.

bilgiye sahip olmadığı gibi⁴⁹¹, vasat tüketici de olmamasıdır⁴⁹². Musker, her ne kadar “ *bilgilenmiş kullanıcı, ilgili sektördeki tasarım özgürlüğünü ve sektörde herkesçe bilindiği varsayılan tasarımları da bildiği için, sonraki tasarımın derecesini de tespit edebilecektir*⁴⁹³” düşüncesinde ise de, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Öncelikle, bilgilenmiş kullanıcının uzman olmaması nedeniyle seçenek özgürlüğünü tespit edebilmesi söz konusu değildir⁴⁹⁴. Tasarımda, seçenek özgürlüğünü etkileyen ergonomi, aerodinamik vb. gibi, sadece ilgili alanın uzmanlarının bilebileceği birçok teknik özellik yer almaktadır. İkinci olarak, bilgilenmiş kullanıcı, sadece piyasadaki tasarımları bilebilecek konumdadır. Bu, sektördeki herkesçe bilindiği “ varsayılan ” tasarımları da bildiği anlamına gelmez. “ Biliyor varsayılmakla ”, “ bilmek ve bu bilmeyi değerlendirmede kullanmak ” aynı şey değildir. Örneğin, ilgili bültende yayınlanmış ancak piyasaya sunulmamış bir tasarımın, bilgilenmiş kullanıcı tarafından bilinmesi ve - delil olarak temin edilip sunulmadıkça - değerlendirmede dikkate alınması ihtimali çok düşüktür ama bilgilenmiş kullanıcı bunu biliyor varsayılmaktadır. Aynı durum, yabancı bir ülkede alenileşmiş tasarımlar açısından da söz konusu olacaktır. Bir de, yayınlanmamış önceki başvurular düşünüldüğünde, bu ihtimal neredeyse ortadan kalkmaktadır. Oysa ki, tüm bu unsurların da katılımıyla oluşan alenileşmiş bilgilerle bir kıyaslama yapılarak, bir tasarımın korunabilir olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir. İncelemede bu kadar büyük önemi bulunan ama bilgilenmiş kullanıcının sahip olmadığı bu unsurlar nedeniyle, bilgilenmiş kullanıcının kriter olarak alınması yapısına ve amacına aykırıdır. Buna karşılık, bilgilenmiş kullanıcı kriteri, “ salt piyasadaki ürünlerle incelemeye uygun ” bir kriter olması ve incelemeyi “ salt piyasadaki ürünlerle sınırlandırması ” nedeniyle, güvenlik klozu ile çok uyumludur ve aynı şekilde hukuka aykırıdır.

⁴⁹¹ TRITTON, s. 244; COLSTON / MIDDLETON, s. 433.

⁴⁹² BAINBRIDGE, s. 528; COLSTON / MIDDLETON, s. 433.

⁴⁹³ MUSKER, s. 32.

⁴⁹⁴ Aynı yönde SULUK, s. 321.

Yukarıda ayrıntılarıyla açıklandığı üzere, yenilik ve ayırt edicilik incelemesi tasarım korumasının “ hak edilip edilmediğine ” yönelik iki incelemedir. Bunu en iyi tespit edebilecek kitle de ilgili alandaki ortalama uzmandır⁴⁹⁵. Bir an için, hakka tecavüz teşkil edip etmeme (reverse infringement) testi uygulansa bile, bu kez de en ideal kitlenin vasat tüketiciler olması gerekecektir. Bu testten hareket eden *Green Paper*’ da bilgilenmiş kullanıcıyı değil, alışılmış tüketici veya toplumun ilgili kesimini önermiştir⁴⁹⁶. Doktrinde, vasat tüketici kitlesinin dikkate alınması görüşünü savunan müelliflerin de, çoğunlukla tecavüz yaklaşımıyla hareket ettikleri görülmektedir⁴⁹⁷. *Hirş* ise, farklı bir yaklaşımla “ *tasarımın ancak herkesin nazarında diğer tasarımlardan ayrıldığı takdirde korumayı hak edeceğini; bir uzmanın derin bilgi ve tecrübesi sayesinde en ince noktalardan edineceği intibanın önemli olmadığı; tasarımın vasat tüketicide bıraktığı intibanın dikkate alınması gerektiğini, çünkü tasarımın asıl amacının vasat tüketiciyi etkilemek olduğunu* ”⁴⁹⁸ savunmaktadır. *Hirş*’in bu görüşü, “ tasarımın ancak herkesin nazarında diğer tasarımlardan ayrıldığı takdirde korumayı hak edecek olması ” yönünden çok isabetli ise de, bu sonuca ulaştıracacağı düşünülen kitle, anılan sonucu gerçekleştirmeye uygun değildir. Vasat tüketici, - yukarıda da ayrıntılarıyla açıkladığımız üzere - alenileşmiş bilgilere tam anlamıyla vakıf olmadığı için, “ tasarımın diğer tasarımlardan ayrıldığı ve korumayı hak ettiği ” kanaatine kolaylıkla ulaşabilecekken, uzman, sahip olduğu bilgiler sonucunda bu kanaate ulaşmayabilir. Örneğin, ülkemizdeki vasat tüketici kitlesi, ABD’de varolduğu halde, ülkemizde bilinmeyen bir tasarımın yeni olduğu kanaatine kolaylıkla ulaşabilecekken, bir tasarım uzmanı, ABD’deki tasarımı bilmesi nedeniyle tasarımın yeni olmadığına karar verebilecektir. Görüşte yer alan “ herkesin nazarında ” olgusu, büyük önem taşımaktadır, çünkü, yeni olmadığı halde tasarım koruması bahşedilen bir tasarım, tüm toplumun, tüm dünyadaki insanların hürriyet sahasını

⁴⁹⁵ Aynı yönde COLSTON / MIDDLETON, s. 432 (Müellifler, “ Kıyaslamanın tüketiciden ziyade tasarımcı gözüyle yapılması gerektiği ” görüşündedirler.).

⁴⁹⁶ *Green Paper*, 5. 5. 6. 2, s. 72.

⁴⁹⁷ SCHECHTER / THOMAS, s. 311; HALPERN / NARD / PORT, s.273 ; *Gorham v. White*, 81 U.S. 511, 528, 20 L. Ed. 731 (1871); *Avia Group Int v. LA Gear*, 853 F2d. 1557 (1988).

⁴⁹⁸ *HİRŞ*, Fikrî Say I, s. 194.

sınırlandırma imkanına sahiptir. Bu derece etkin bir korumayı hak edip etmeme değerlendirmesi, imkânları gereği kısıtlı bilgi düzeyine sahip bir kitleye bırakılamayacaktır. Tasarımın asıl amacının vasat tüketiciyi etkilemek olması da, vasat tüketicilerin bakış açısı sayesinde, böyle bir korumanın, hak etmeyen bir kişiye sağlanmasının gerekçesi olamayacaktır. Vasat tüketici kitlesi, kendi adına “ hak etmemiş bir kişi lehine, kendi hürriyetinin sınırlandırılmasını ” uygun görse bile, toplum salt vasat tüketicilerden oluşmamaktadır. Oysa, uzmanın yapacağı değerlendirme, aynı zamanda vasat tüketicilerin menfaatlerini de koruma niteliğine sahiptir. Bu nedenlerle, yenilik incelemesinde, genel esaslarda belirttiğimiz şekilde ortalama uzmanın dikkate alınması gerekir.

Bu hususlar dışında, yenilik incelemesine ilişkin genel esaslar, tasarım hakkı yönünden de geçerlilik arz etmektedir.

Kanaatimizce, tasarımlardaki yenilik incelemesinde kıyaslama genel esaslardaki gibi olup, üçüncü aşama kendi içinde üç kademeli olarak yapılmalıdır. Başvuru sahibinin başvurusunda korunmasını talep ettiği görsel unsurlardan ilk aşamada seçenek özgürlüğü bırakmayan görsel unsurlar inceleme dışı bırakılmalıdır⁴⁹⁹. Seçenek özgürlüğü bulunmayan görsel unsurlar, tasarımın yeniliği incelemesinde dikkate alınamaz⁵⁰⁰. Bunun nedeni, bu görsel unsurlar, insanın fikrî çabasından ziyade, ürünün fonksiyon vb. den kaynaklandığı için⁵⁰¹, tasarımcıların hareket serbestisine sahip olmaması⁵⁰²; ancak bu görsel özelliklerin dışında kalan görsel unsurlarda farklılaştırma gerçekleştirilebilecek bulunmasıdır⁵⁰³. Aksine bir kabul halinde, o tasarımın sahibine, ürünün tasarımı yanında, bizzat ürün üzerinde de tekelleşme

⁴⁹⁹ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 626; Karş. TRITTON, s. 245; COLSTON / MIDDLETON, s. 433 vd.

⁵⁰⁰ Yargıtay 11. HD. 07. 07. 1998 tarih 1998 / 5217 E. 1998 / 5233 K. Sayılı karar (FMR. C. I, S. 2 / 2001, s. 212 - 214); Yargıtay 11. HD. 2000 / 6593 E. 2000 / 7474 K. Sayılı karar (SULUK, s. 318 dn. 154'ten naklen).

⁵⁰¹ SULUK, s. 314.

⁵⁰² TRITTON, s. 244; SULUK, s. 262.

⁵⁰³ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 589; SULUK, s. 319.

imkânı verilmiş olacaktır⁵⁰⁴. Bir tasarımın, seçenek özgürlüğü bırakmadığının kabulü için, tasarım sayesinde teknik bir fonksiyonun elde edilmiş olması ve bu teknik fonksiyonun sadece bu şekilde tasarlanmakla elde edilebilmesi gerekmektedir⁵⁰⁵. Seçenek özgürlüğü bırakmayan fikrî ürün, tasarım olarak korunamazken, şartları varsa buluş olarak korunabilmesi mümkündür⁵⁰⁶. Tasarım faaliyetinin yoğun olduğu ve crowded art olarak nitelenen sektörlerde (örneğin, tekstil sektöründe) olduğu gibi, seçenek özgürlüğünün sınırlı olduğu tasarımlarda, çok az bir katkı bile tasarımı yeni kılabilirken⁵⁰⁷, seçenek özgürlüğünün geniş olduğu tasarımlarda, farklılıkların da büyük olması aranacaktır⁵⁰⁸. Bazen bir ürün, tasarımcıya birden çok seçenek sunmakla birlikte, maliyet, ergonomi veya estetik gibi herhangi bir nedenle esas olarak tek bir seçenek sunar. Bu hususların fikrî mülkiyet hukukuyla ilgisinin bulunmaması nedeniyle, seçenek özgürlüğü olmamasının dikkate alınabileceği haller, sadece teknik fonksiyondan kaynaklanan hallerle sınırlıdır⁵⁰⁹. Ancak, yeni ve ayırt edici nitelikte olmak kaydıyla, modüler sistemler seçenek özgürlüğü sunmama kapsamında değerlendirilmezler (EndTaskHK. m. 10 / 3).

İkinci aşamada, kalan unsurlardan artık ilgili sektörde herkesin kullanageldiği görsel unsurlar inceleme dışı bırakılmalıdır⁵¹⁰. Ki, bu iki husus koruma kapsamının belirlenmesinde, “*kıyaslanan tasarımların farklılıklarından çok ortak özelliklerine ağırlık verilir ve tasarımcının tasarlama açısından seçenek özgürlüğüne sahip olması dikkate alınır*” şeklinde ifade edilmektedir. Örneğin, renk farklılığı, kural olarak tasarımı yeni kılmaz. Tasarımlarda, renk asli unsur olmayıp, tali unsurdur. Tasarım hazırlanırken istenilen renk

⁵⁰⁴ SULUK, s. 315.

⁵⁰⁵ Aynı yönde SULUK, s. 317.

⁵⁰⁶ HİRŞ, Fikrî Say I, s. 192.

⁵⁰⁷ BENTLY / SHERMAN, s. 634; BAINBRIDGE, s. 501; MUSKER, s. 33; SUTHERSANEN, s. 38; Green Paper, 5. 5. 8. 3, s. 74; SULUK, s. 263.

⁵⁰⁸ BENTLY / SHERMAN, s. 634; BAINBRIDGE, s. 501; MUSKER, s. 33; Green Paper, 5. 5. 8. 4, s. 74; SULUK, s. 251, 263.

⁵⁰⁹ Aynı yönde SULUK, s. 320; SUTHERSANEN, s. 33.

⁵¹⁰ Aynı yönde CASSER, s. 139; [Knapp v. Brumer Co. 273 Fed. 380 (2nd Cir. 1921); Imperial Glass Co. v. A. H. Heisey & Co., 294 Fed. 267 (6th Cir. 1923) (CASSER, s. 139’den naklen)]; Karş. SULUK, s. 238.

seçilebileceği gibi, bir tasarımın rengi değiştirilerek versiyonları da oluşturulabilecektir⁵¹¹. *Fellner* de, renk farklılıklarını, ilgili sektörde herkesin kullanageldiği önemsiz detaylarda farklılığa örnek göstermektedir⁵¹². Yargıtay da, doğada sınırlı sayıda bulunan renklere tekel hakkı tanınmasının mümkün olmadığı görüşündedir⁵¹³. Renk, tasarımı oluşturan özelliklerden biri olduğu için, fikrî mülkiyet hukukunda başlıbaşına bir koruma sebebi oluşturamazken, özellikle rengin önem taşıdığı sektörlerde, diğer unsurlarla birlikte meydana getireceği kombinasyonun korunabilmesi nedeniyle önem taşıyabilir⁵¹⁴.

Bu ayıklama yapıldıktan sonra kalan unsurlar, yenilik incelemesinin üçüncü aşamasında dikkate alınmalı, tasarım sahibinin mevcut tasarımın genel görünümüne ne gibi bir unsur kattığı ve bu katılan unsurun nitelikli yeni yani tasarımın esasını etkileyici olup olmadığı; katılan bu unsur sayesinde tasarımın “ genel görünümünde ” esaslı bir farklılığın oluşup oluşmadığı; özellikle tasarımın genel görünüm itibarıyla önceki bir tasarımın versiyonu olarak algılanıp algılanamayacağı (yani öngörülebilir olup olmadığı) incelenmelidir⁵¹⁵. Burada da, ilgili alandaki ortalama bir uzmanın, zahmet çekmeksizin öngörülebileceği sonuçlar, fikrî ürünün alenileşmesi kapsamında bulunmalı; önceden bilinen fikrî ürünlerin zorunlu sonucu, teknik etkisi yahut **versiyonu**⁵¹⁶ olan fikrî ürünler, öngörülebilir olma kapsamında değerlendirilerek fikrî ürünün yeni olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

⁵¹¹ Aynı yönde FELLNER, s. 59; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 1135 - 1136; Valeo Vision SA v. Flexible Lamps (199 RPC 205).

⁵¹² FELLNER, s. 59; Aynı yönde CASSER, s. 139; [In re Cohn, 80 F. 2d 65 (CCPA 1935) (CASSER, s. 139’ dan naklen)].

⁵¹³ SULUK, s. 245; Yargıtay 11. HD, 28. 10. 1997 tarih 1997 / 8257 E.1997 / 7514 K. (FMR, C. I, S. 4 / 2001, s. 210 – 211); Yargıtay 11. HD 07. 07. 1997 tarih 1997 / 3559 E. 1997 / 5453 K. (FMR, C. I, S. 4 / 2001, s. 212 – 214); Yargıtay HGK., 20. 12. 2000 tarih 2000 / 11 - 1804 E. 2000 / 1814 K. (FMR, C. I, S. 2 / 2002, s. 187 – 192).

⁵¹⁴ Aynı yönde ARKAN, C. I, s. 73; Sami KARAHAN, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, KONYA, 2002, s. 28; SULUK, s. 244; Yargıtay 11. HD 07. 07. 1997 tarih 1997 / 3559 E. 1997 / 5453 K. (FMR, C. I, S. 4 / 2001, s. 212 - 214); 11. HD, 10. 03. 1997 tarih 1996 / 8650 E. 1997 / 1586 K.

⁵¹⁵ Aynı yönde Green Paper 5. 5. 6. 2, s. 72; Karş. TEKİNALP, s. 616.

⁵¹⁶ Aynı yönde BAINBRIDGE, s. 378; BENTLY / SHERMAN, s. 452 dn. 63.

İnceleme sırasında, doktrindeki bazı müelliflere göre, ortak noktalara ağırlık verilmesi gerekirken⁵¹⁷; bazı müellifler benzerlik ve farklılıklara aynı ağırlığın verilmesi gerektiği⁵¹⁸, Suluk ise, “ *bilgilenmiş kullanıcının dikkatini çekebilecek özelliklere daha fazla ağırlık verilmesi düşünülebilir*⁵¹⁹ ” görüşündedir. Kanaatimizce, ilk iki aşamadaki elemelerden sonra kalan unsurlara ağırlık verilerek ve katılan bu unsur sayesinde tasarımın genel görünümünde esaslı bir farklılığın oluşup oluşmadığına odaklanılarak inceleme yapılmalıdır. Bunun nedeni, tasarımı öncekilerden farklı kılma potansiyelinin çoğunlukla bu unsurlarda olması, istisnai hallerde, bu unsurlarla bilinen unsurların kombinasyonunun farklılık oluşturmasıdır.

Bu aşamada, önem taşıyan hususlardan biri de, patentteki kıyasa benzer şekilde, bilinen bir tasarımın, başka bir ürüne uygulanmasının da istisnai haller hariç yenilik olarak kabul edilemeyecek oluşudur⁵²⁰. Örneğin, bir otomobil tasarımının, oyuncak arabaya uygulanması halinde yeni bir tasarımın varlığından söz edilemez⁵²¹. Önceki tasarımın farklı ürünlere uygulanması halinde tasarımın yeni kabul edilmesi, iki boyutlu tasarımlarda (örneğin, bir halı deseninin bir vazoya uygulanması) söz konusu olmazken⁵²², üç boyutlu tasarımlar da istisnaen farklı sonuca varılabilir⁵²³. Örneğin, İngiltere’ de *Westminster Abbey adlı* yapının kuzey yönündeki son kısmın şekli, bir kaşık sapına uyarlanmış ve bu kaşık sapının tasarımı yeni kabul edilmiştir⁵²⁴. Ancak bir tasarım, farklı sınıftaki ürüne uygulansa dahi, aynı amaçla kullanılmışsa, bu takdirde, sonraki ürüne uygulanan tasarım yeni kabul edilmemelidir. Sözgelimi, İngiltere’ de görülen bir davada, eski bir gaz

⁵¹⁷ TRITTON, s. 245; COLSTON / MIDDLETON, s. 433 vd. ; Aynı yönde EndTasKHK. m. 11 / II.

⁵¹⁸ LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. II, s. 2008.

⁵¹⁹ SULUK, s. 255.

⁵²⁰ Aynı yönde LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. II, s. 1979.

⁵²¹ SULUK, s. 265.

⁵²² FELLNER, s. 55; SULUK, s. 266 dn. 221 ve 222; [Re Clarke's Registered Design 2 Ch. D. 38 (1896)].

⁵²³ SULUK, s. 266.

⁵²⁴ SULUK, s. 266.

lambasının tasarımı, elektrikli lambaya uygulanmış ve ikinci tasarım yeni kabul edilmemiştir⁵²⁵.

Genel esaslarda olduğu gibi, kıyaslama sonucunda, bir tasarım diğerinden, tasarımın esasını etkilemeyen birçok farklılık içerse dahi, yeni kabul edilemezken⁵²⁶, tasarımda en az bir unsurun esası etkileyen (nitelikli) farklılığa sahip olması halinde tasarımın yeniliğine karar verilecektir⁵²⁷.

Uygulamada, mahkemelerin, buluşlarda yeniliği belirlerken kullandığı kriterlerden, - tasarımların niteliği gereği - görsel yönden uygulanabilecek olanları tasarımlara uygulaması; ABD’ de tasarımların patentle korunduğu ve İngiliz hukukunda içtihatlarda bu yolun izlendiği dikkate alındığında, patente ilişkin önceki içtihat hukukundan ve patentle ilgili hükümlerden faydalanması düşünülebilir⁵²⁸.

Hukukumuzda da, gerek Trips Anlaşması’ nın 25. maddesine uygun olarak mutlak - objektif nitelikli yenilik koşulunun kabul edilmiş olması⁵²⁹, gerek mehzaz A.B. hukukunun güvenlik klozu ve değerlendirmede farklılıklara ağırlık verilmesi ilkesi dışındaki düzenlemelerinin aynen benimsenmiş olması karşısında, yukarıda yaptığımız açıklamalar, hukukumuz yönünden de geçerli olmaktadır.

III . Islahçı Hakları

Islahçı hakkına konu fikrî ürünlerle, daha önce bilinen bitkilerin özellikleri kullanılarak, ya daha önce bilinen türlerden tamamen farklı bir bitki yahut da daha önce bilinen bitkinin verimliliği; tad, şekil, besin değeri vb. bitki

⁵²⁵ FELLNER, s. 55.

⁵²⁶ SULUK, s. 253.

⁵²⁷ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 192; FELLNER, s. 55; SULUK, s. 249.

⁵²⁸ Aynı yönde SULUK, s. 233.

⁵²⁹ Aynı yönde SULUK, s. 240.

nitelikleri gibi yönlerden farklı bir çeşidi ortaya konulmaktadır⁵³⁰. Birinci halde, tıpkı öncü buluşlarda olduğu gibi, bilinmeyen bir ürün oluşurken; ikinci halde - ki nedeni aşağıda açıklanacağı üzere, türetilmiş bitkiler de bu gruba girmektedir - bilinen bir çeşidin, daha önce bilinmeyen, daha farklı, belli özellikleri itibariyle gelişmiş hali ortaya konulmaktadır. Bu iki şekilden hangisi olursa olsun, fikrî ürünün uygulanması sonucu ortaya çıkan bitki türü, bilinenlerden farklı olduğu için yeni bitki çeşidi olarak ifade edilmektedir.

Bu ürünlerde, her ne kadar tarım yahut ormancılığa ilişkin ve canlı organizmalarla ilgili bir fikrî çaba olsa da, yeni bir ürün ortaya konulmak üzere yapılan “ teknik ” bir çalışma olması nedeniyle, teknik bir fikrî üründür. Bunlar da, sebep ve sonuçları itibariyle buluşlara çok büyük benzerlik gösterirler. Ortaya çıkan, her ne kadar bir bitki çeşidi ise de, bu fikrî ürün, esas itibariyle bir yönleme ilişkindir. Bu nedenle, biyoteknolojik buluşlardan esaslı bir farkı bulunmamaktadır. Varolan tek fark, biyoteknolojik buluş, benzeri tüm biyolojik materyallere uygulanabilen bir yöntem iken, buradaki fikrî ürünün bir (melez bitkilerde iki) biyolojik materyal temel alınarak uygulanan bir yöntem oluşudur. Buluş, nasıl - tarım da dahil olmak üzere - teknoloji alanındaki spesifik bir problemin çözümü ise, biyoteknolojiye yahut bitki çeşidine ilişkin fikrî ürünler de, biyoloji alanındaki spesifik bir problemin çözümüdür. Bu çözüm sayesinde ya daha önceki bitkilerle gerçekleştirilemeyen bir işlev gerçekleştirilmekte yahut mevcut bitkilerle sağlanabilen bir sonuç, maliyetin azaltılması, verimliliğin yükseltilmesi, ürünün niteliklerinin artırılması, farklılaştırılması, kalitelileştirilmesi vb. yönlerden çok daha geliştirilmiş bir hale gelmektedir. Örneğin, bir bitkinin daha fazla verim sağlaması, gelişiminin çok hızlı hale gelmesi, bitki zararlılarına dirençli hale gelmesi, besin değerinin yahut aromasının değişmesi vb. gibi gelişmeler ortaya çıkmaktadır. Yine, buluşlarda olduğu gibi, fikrî ürünün ilgili olduğu biyolojik alanla ilgilenen kişiler, daha önce benzer bir bitkiyi düşünmemiş veya düşünmekle birlikte,

⁵³⁰ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 579; FRANCIS / COLLINS, s. 743; PHILLIPS / FIRTH, s. 394; BOUCHOUX, s. 310; Mustafa TÜYSÜZ, Yeni Bitki Çeşitleri Üzerindeki Islahçı Hakkı, Ankara, 2007, s. 134.

spesifik bazı noktalardaki çözüm eksikliği nedeniyle bitkiyi gerçekleştirememiş olabilirler. Sonuç olarak, bitkinin ortaya konulmasını sağlayan ve daha önce başka kimse tarafından düşünülmemiş, hazırlanmamış, uygulanmamış bu spesifik problem çözümü, bitkiye yenilik niteliğini kazandırmıştır. Patentle olan bu benzerlikleri nedeniyle, ABD bu fikrî ürünleri patentle veya sui generis bir sistemle iki farklı şekilde korumaktadır⁵³¹. AB’nde ise, yeni bir bitki çeşidi geliştirme, ıslahçı hakkı olarak korunurken; - bitki çeşidi değil de - yeni bir bitki çeşidi yetiştirme yöntemi geliştirmenin, biyoteknolojik buluş bağlamında, patent koruması elde edebileceği kabul edilmektedir⁵³². Fikrî mülkiyet haklarına ilişkin temel uluslararası düzenlemelerden Trips Anlaşması’nın 27 / 3 - b maddesinde de “ Üye ülkelerin, bu hakları, patentle veya sui generis bir sistemle yahut bunların her ikisinden oluşan bir sistemle koruyabilecekleri ” belirtilmiştir.

Islahçı haklarının Korunmasına ilişkin olarak, Trips Anlaşması’nın ve YBitK.’nin temelini oluşturan UPOV Anlaşması’nın 5 / 1 maddesinde, ıslahçı hakkının korunmasının şartlarından biri olarak belirtilen yenilik, 6. maddede “ çoğaltım veya hasat materyallerinin, koruma için yapılan başvurudan belli bir süre (koruma istenen ülkede bir; diğer ülkelerde dört, ağaç ve asma çeşitlerinde altı yıl) öncesine kadar, satım vb. bir yolla işletilmemiş olması ” şeklinde tanımlanmıştır. *Van der Kooij*, bu düzenleme nedeniyle, “ ıslahçı haklarında yeniliğin, daha önce pazarlanmış olup olmama incelemesi olduğunu ” belirtmektedir⁵³³. Ancak bu düzenleme, fikrî mülkiyet hukukunun genel esasları çerçevesinde, bir yenilik tanımından daha ziyade, “ yeniliği ortadan kaldırmayan açıklamaların ” ifadesidir. Nitekim, *Bently / Sherman* da, “ ıslahçı hakkında, yeniliği kaldırmayan açıklama süresinin daha güçlendirilmiş olduğunu ” belirtmektedir⁵³⁴. Bunun nedeni, alenileşme şekillerinden sadece biri olan satım vb. bir yolla işletilmenin yeniliği ortadan

⁵³¹ N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN, *Islahçı Hakkı*, Ankara, 2006, s. 48 vd.

⁵³² ODMAN, s. 52.

⁵³³ von der KOOIJ P.A.C.E., *Introduction to the EC Regulation on Plant Variety Protection*, London, 1997, s. 21; Aynı yönde TÜYSÜZ, s. 122; TRITTON, s. 431.

⁵³⁴ BENTLY / SHERMAN, s. 579.

kaldıran açıklama olarak kabul edilmesidir. Oysa, yenilik, bu veya diğer açıklama şekilleriyle, bitki çeşidinin daha önce topluma sunulmamış olmasıdır. Bu düşüncemizi teyit eden diğer husus, aynı Anlaşma'nın - 5 maddede de ikinci koruma şartı olarak belirtilen - “ farklılık ” başlığını taşıyan 7. maddesinde, “ daha önce bilinenlerden farklı olma ” şeklinde ifade edilen şart dikkate alındığında, diğer türlerde yenilik olarak belirtilen “ daha önce bilinmeme ” özelliğinin bu haklarda “ farklılık ” diye adlandırılmasıdır⁵³⁵. “ Daha önce bilinenlerden farklı olma ” ifadesi, farklılığı ifade ettiği kadar; kıyaslanan, farklı olduğu kabul edilen şeyin de daha önce bilinmediğini, zorunlu olarak ortaya koyar. Yukarıda ayrıntılarıyla izah edildiği üzere, ‘ bilinmiyor olma ’, tüm fikrî mülkiyet haklarında yeniliği ifade etmektedir. Bir an için ıslahçı haklarının, kendine has özellikleri nedeniyle kavramlara farklı anlamlar yüklenebileceği düşünülse bile, yapılan düzenleme yine izah edilememektedir. Patent korumasına çok büyük benzerlikleri olan ıslahçı hakkında “ gelişme gösterme koşulunu ” ifade eden bir düzenleme olmaması; bu koşulu karşılaması gereken “ farklılık ” koşulunun, yenilik tanımıyla; “ yenilik ” koşulunun da, yeniliği kaldıran açıklama şeklerinden sadece biriyle doldurulmuş olması söz konusudur. Bouchoux'un , “ *ıslahçı hakkındaki farklılık koşuluyla, patentteki gelişme gösterme, buluş basamağını aşma, alışılmadık olma koşulunun büyük ilişkisi olduğu*⁵³⁶ ” görüşü de, kanaatimizce “ farklılık ” koşulunun, gelişme gösterme koşuluna duyulan ihtiyacı karşılamasının gerektiğini ortaya koymaktadır. Islahçı hakkına ilişkin bu iki düzenleme dikkatle incelendiğinde, bilinme (alenileşme) kavramının benimsendiği, ancak yeniliği ifade eden kavramın yanlış bir başlık (farklılık) altına yerleştirildiği ve sadece çeşidin ticari amaçlı fiillerle ortaya konulmasının alenileşme olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Anlaşmanın, yenilikten toplum tarafından bilinmiyor olmayı anladığı, ancak “ çeşidin, başvurudan önceki belirtilen süre içerisinde satım vb. bir yolla işletilmiş

⁵³⁵ Aynı yönde TÜYSÜZ, s. 123; TRITTON, s. 431; Karşı görüş için bkz. van der KOOIJ, s. 15 (Müellif, bu görüşümüzün aksi görüşte olmasına karşılık, “ *ıslahçı haklarındaki bu düzenlemenin, fikrî mülkiyet hukukunun genel esaslarından farklı olduğunu kabul etmekte; aynı zamanda ıslahçı haklarındaki farklılık kavramının, patent haklarındaki yenilik kavramıyla aynı anlama geldiğini* ” de ifade etmektedir.); ODMAN, s. 102.

⁵³⁶ BOUCHOUX, s. 310.

olması halinde, toplum tarafından bilindiğini ” kabul ettiği ortaya çıkmaktadır. Her türlü açıklama yeniliği ortadan kaldırıcı olmalıdır ki, bu düşüncemizi teyit eder mahiyetteki kabul, UPOV Anl. m. 7 hükmünde, “ bir tescil başvurusunun konusu olan veya - herhangi bir şekilde - bilinen duruma dahil olan çeşitlerden farklı olma ” şeklinde ortaya konulmaktadır. Yine bu düşüncemizi teyit eder mahiyetteki bir durum, UPOV Anlaşması’nın 1978 tarihli metninde, yeni sayılma için sadece “ satışa sunulmama ” şartı aranırken; 1991 tarihli metninde, bu şartın “ satım vb. bir yolla işletilmemiş olma ” şekline dönüştürülmesidir⁵³⁷. Bu değişiklik, Anlaşma taraflarının, “ yeniliği kaldıran açıklamaların sadece satım yoluyla olmayacağını, bunun yanı sıra başka açıklama şekillerinin de olabileceğini ” fark ettiklerini göstermektedir. Ancak, daha öncelikli olarak farkedilmesi gereken husus, bu şekillerin hepsinin alenileşmeyi sağlayan, bir başka deyişle yeniliği ortadan kaldıran açıklama şekilleri olduğu; bundan önce, yeniliğin toplum tarafından bilinmeme şeklinde tanımlanması gerektiği; bu açıklama şekillerinin toplum tarafından bilinmeye neden oldukları için yeniliği ortadan kaldırdıkları ve yeniliği ifade eden kavramın yanlış bir başlık (farklılık) altına yerleştirildiğidir.

Satım, bir bilginin açıklama şekillerinden sadece biridir. Bir bilgi, toplum tarafından sadece bilgiyi içeren ürünün satılması halinde öğrenilmez. Diğer açıklama şekilleri de, bilginin toplum tarafından bilinir ve uygulanabilir hale getirilmesini sağlar⁵³⁸. Ayrıca, başka şekillerle, toplumca bilinme koşulunun gerçekleştiğinin kanıtlanması da mümkündür⁵³⁹. Yukarıda⁵⁴⁰ ayrıntılarıyla açıklandığı üzere, toplumca bilinmekte olan bir şeyin de, yeni olduğu iddia edilemez. Aksi düşüncenin kabulü halinde, bir makalede, daha önceki başvurularda, bir sempozyumdaki tebliğde açıklanmış, bilinen bir bitki çeşidinin, sırf pazarlanmamış olduğu için yeni kabul edilmesi ve koruma altına alınarak, hak sahipliğini hak etmemiş bir kişinin mükâfatlandırılması

⁵³⁷ van der KOOIJ, s. 22; Aynı yönde TÜYSÜZ, s. 123.

⁵³⁸ Aynı yönde UPOV. Anl. m. 7; YBitK. m. 6 / 2 ve 3.

⁵³⁹ UPOV- The Notion of Breeder and Common Knowledge, s. 7 (http://www.upov.int/export/sites/upov/en/about/pdf/c_extr_19_2_rev.pdf).

⁵⁴⁰ Bkz. s. 110 vd.

söz konusu olur ki, bu düşüncenin fikrî mülkiyet düşüncesiyle temelden zıtlık taşıdığı aşikârdır. *Odman*'da, kanaatimizce UPOV. Anlaşması'nın 6. maddesindeki bu hatalı düzenlemenin etkisiyle, “ *İslahçı hakkında, yenilik için kamuya sunulmamış olma şartının aranmadığı* ” görüşündedir ve bu düşüncesine dayanak olarak EntDevK.'nun 6 / 1 maddesindeki benzerliği göstermektedir⁵⁴¹. Aşağıda izah edilen nedenlerle, bu düşünceye katılmak mümkün olmadığı gibi, dayanak gösterilen EntDevK.'nun 6 / 1 maddesi ile bu hükme temel alınan Washington Anlaşması'nın hatalı yönleri de aşağıda ⁵⁴² izah edilmiştir. *Odman*, anılan bu görüşü belirttikten sonra “ ... *sırf herhangi bir şekilde kamuya açıklama dolayısıyla yenilik süresinin (kanaatimizce yeni sayılma süresinin) işlemeye başlayacağı düşünülebileceği için, Kanunda umuma sunma ibaresinin uygun olmadığı* ” görüşünü belirtmektedir⁵⁴³. Oysa, yeniliği kaldırmayan açıklamalar ve bunun bir süreyle sınırlandırılmasındaki amaç dikkate alındığında, yeni sayılma süresinin işlemeye başlamasından daha doğal bir şey olamayacağı açıktır. İslahçı hakkının, diğer türlerden daha ayrıcalıklı bir korumayı hak edecek özelliği de bulunmamaktadır.

Anlaşmanın 6. maddesinde, her ne kadar, “ yeni sayılma süresinin çeşidin ‘ kullanım amacıyla ‘ satımı vb.den başlayacağı⁵⁴⁴ ; bu süre içinde ticaretinin yapılmasının yeniliği etkilemeyeceği⁵⁴⁵” öngörülmüşse de, bunun kabulü mümkün değildir⁵⁴⁶. Fikrî mülkiyet haklarında, alenileşme ve yeni sayılma süresinin başlayabilmesi, sadece fikrî ürünün kullanım amaçlı satımı şartına bağlanmamıştır. Nitekim bu hatalı yaklaşım, toplumun hakkaniyetin gerektirdiğinden daha uzun süre, serbest kullanımdan mahrum bırakılması nedeniyle, fikrî mülkiyet haklarının temel esaslarına ve amaçlarına aykırı olmakta; - Paris Anlaşması hükümlerince, belli bir süreden önceki sergileme

⁵⁴¹ ODMAN, s. 102.

⁵⁴² Bkz. 181 vd.

⁵⁴³ ODMAN, s. 103.

⁵⁴⁴ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 579; ODMAN, s. 103.

⁵⁴⁵ PHILLIPS / FIRTH, s. 394.

⁵⁴⁶ Aynı yönde PHILLIPS / FIRTH, s. 394.

yeniliği kaldırmasına rağmen - “ sergileme de dahi ”, yeni sayılma süresinin işlemeye başlamayacağı şeklinde düşüncelere yol açmaktadır⁵⁴⁷.

UPOV Anlaşması'ndaki mevcut bu düzenlemelerin, hem eksik hem de yanlış olduğu görülmektedir. Düzenlemede yenilik, farklılık başlığı altında ifade edilmiş; farklılık da, “ gelişim sağlamayı ” ifade etmesi gerekirken, muğlak bir tanım olarak kalmıştır. Düzenlemede bilinmeme olgusunun ‘ kim ’ yönünden söz konusu olduğuna dair açık bir ifade de bulunmaktadır. Ayrıca, “ yurtdışındaki çeşitlere tanınan uzun sürenin, yurtiçindekilere tanınmaması ” düzenlemesi de hakkaniyete aykırıdır.

Kanaatimizce, amacına uygun olmasa da, bu düzenlemeler ve Anlaşmanın 11. maddesi dikkatle incelendiğinde, hükümle, patent hakkındakine benzer bir yenilik incelemesi hedeflendiği anlaşılmaktadır. Bu durum, her ne kadar farklılık başlığı altında ifade edilmiş olsa da, “ daha önce bilinmeme ” şartının aranılması, yenilik incelemesinde esas alınan zamandan belli bir süre öncesine kadar gerçekleşen fiillerin yeniliği ortadan kaldırmaması, sağlanan gelişmenin açıkça ayırt edilebilir (clearly distinguishable) düzeyde olması gerekliliği, Anlaşmanın 11. maddesinde rüçhan hakkının ayrıca düzenlenmesi vb. den anlaşılmaktadır.

Yine, Anlaşma'nın 6. maddesinde, yenilik incelemesinde, Dünya genelindeki bilgilerin dikkate alınacağını ortaya konması, düzenlemenin mutlak yeniliği aradığını ortaya koymaktadır.

Anlaşma'nın 7. maddesinde tekniğin bilinen durumu gibi objektif bir kriterin uygulanması, aynı zamanda koruma talep edilen çeşidin, öncekilerden farklılıklarının esaslı olup olmadığını tespitte kullanılacak kriterler oluşturmaya yönelik çalışmalar⁵⁴⁸ koruma için objektif yeniliğin hedeflendiğinin göstergesidir.

⁵⁴⁷ ODMAN, s. 103 dn. 131.

⁵⁴⁸ ODMAN, s. 98 dn. 106 ve 107.

Anlaşma'nın 14 / 5 - a (i) maddesi hükmünde, korunan çeşit üzerinde, yeterince emek harcamadan yapılan değişikliklerle, sözde farklı bir çeşit geliştirilmesinin⁵⁴⁹ korunmayacağına belirtilmesi, nitelikli bir yenilik arandığını ortaya koymaktadır.

Anlaşma'nın hedeflediği koruma şekline ulaşmak için, çok büyük bir çaba sarfetmeye gerek de bulunmamaktadır. Fikrî mülkiyet haklarındaki yeniliğe ilişkin temel esasların Anlaşma'ya dâhil edilmesi yeterli olacaktır. Öncelikle 6. maddede yer alan yenilik tanımının “ çeşidin, incelemeye esas alınan zamanda bilinmiyor olması ” şeklinde değiştirilmesi, “ bilinmemeyi tespitte ortalama bir uzmanın bilgisinin ” kriter olarak alınması; maddedeki mevcut hükmün, “ yeniliği ortadan kaldırmayan açıklamalar ” olarak diğer benzeri açıklamalarla bir arada düzenlenmesi; alenileşmeyi sağlayan açıklama türleri olarak sadece “ çoğaltım veya hasat materyallerinin, koruma için yapılan başvurudan belli bir süre öncesine kadar satım vb. bir yolla işletilmemiş olması ”nın değil tüm açıklama şekillerinin kabulü gereklidir. Bunun yanı sıra, 7. maddedeki farklılık şartının da, amacına uygun olarak, gelişme gösterme şartını ortaya koyacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Hükümde belirtilen “ açıkça ayırt edilebilir düzeyde farklı olma ” şartı ise, özellikle ayırtedilebilir ibaresi nedeniyle muğlak bir şarttır. Bu kriterin somutlaştırılması gerekmektedir.

Bitki çeşidi geliştirmeye yönelik fikrî ürünün, teknik yöne ilişkin olması nedeniyle, yenilik incelemesinde kriter olarak bitki çeşitlerinin ve geliştirme yöntemlerinin (teknik yönlerinin) bilinen durumu ön planda incelenmeli, alenileşmiş olan bu işlevsel / teknik bilgiler yenilik incelemesinde dikkate alınmalıdır. Nitekim ABD'de, yenilik incelemesi patentteki esaslara göre yapılmaktadır.⁵⁵⁰ *Phillips / Firth* ise, “ *buradaki yenilik incelemesinin, ticari kullanım şartı nedeniyle, patenttekenden daha dar kapsamlı olduğu* ”

⁵⁴⁹ ODMAN, s. 95.

⁵⁵⁰ BOUCHOUX, s. 310.

görüştüğüdür⁵⁵¹. Tüysüz de, “ *yeniliğin diğer alanlardaki buluşlara etkisi nasılsa, ıslahçı hakkında da aynı şekilde olduğu* ” görüşündedir⁵⁵².

Yenilik, kısaca, koruma talep edilen bitki çeşidinin, daha önce doğada bulunmaması⁵⁵³, kimse tarafından bilinmiyor olmasıdır. Anlaşma'nın 6 ve 11. maddelerindeki düzenlemeler dikkatle incelendiğinde, - bu haklar tescile tabi haklardan olduğu için - yenilik incelemesinde başvuru veya rüçhan tarihinin esas alındığı⁵⁵⁴ anlaşılmaktadır ki, bu kabul fikrî mülkiyetin temel esaslarıyla da uyum içindedir. Rüçhan hakkının süresi oniki ay olarak belirlenmiştir⁵⁵⁵. Mevcut düzenlemelerde yer verilmeyen bir husus olarak, bu tarihten önce, her türlü vasıta ile toplumun bilgisine dâhil olan açıklamaların, yeniliği ortadan kaldırıcı olarak kabul edilmesi; ancak, hak sahibince gerçekleştirilen herhangi bir şekilde yapılmış açıklamaların, belli bir süreyle sınırlı olarak, yeniliği kaldırmamasının öngörülmesi gerekmektedir.

Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus, bitki çeşitlerinin, çoğaltım materyali veya hasat edilmiş materyal vb. farklı şekillerle bilinir hale gelebilmesidir. Herhangi bir yolla topluma sunulan ve çeşidin alenileşmesini sağlayan ürün, çeşidin çoğaltım materyali olabileceği gibi hasat edilmiş materyali de olabilir⁵⁵⁶. Çeşidin, gerek çoğaltım materyali gerekse hasat edilmiş materyali, çeşidi yeni ve diğerlerinden farklı kılan fikrî ürünün toplumca öğrenilmesini sağlamaya yeterlidir. Hasat edilmiş materyali (*örneğin, yeni bir patates çeşidini*) alıp, onu kullanarak mamul madde (*örneğin, patates cipsi*) elde eden kişiler de topluma dâhildir. Yani alenileşme, daha hasat edilmiş materyal, bu kişilere satıldığı yahut satışının teklif edildiği anda gerçekleşmektedir⁵⁵⁷.

⁵⁵¹ PHILLIPS / FIRTH, s. 394.

⁵⁵² TÜYSÜZ, s. 89.

⁵⁵³ BOUCHOUX, s. 310.

⁵⁵⁴ van der KOOIJ, s. 21.

⁵⁵⁵ van der KOOIJ, s. 21.

⁵⁵⁶ Aynı yönde FRANCIS / COLLINS, s. 743 (Müellifler her ne kadar, Yeniliğin tohum vb. de olabileceğini belirtmekte iseler de, bunun karşıt anlamından, bu unsurların yeniliği kaldırabileceği de ortaya çıkmaktadır.); Karşı görüş için bkz. ODMAN, s. 103.

⁵⁵⁷ Karşı görüş için bkz. ODMAN, s. 103 dn. 130.

Alenileşmeye neden olan açıklama şekilleri, yeniliği kaldırmayan açıklamalar, incelemeye esas alınan zamanın belirlenmesine ilişkin esaslar, kıyaslamayı yapacak kişi ve kıyaslamada dikkate alınacak kitle yönlerinden genel esaslar, kanaatimizce, ıslahçı hakları için de geçerlidir.

Yeniliğin incelenmesinde, yeni bitki çeşidi, tekniğin şimdiki durumuna ait olan bilgilerle karşılaştırılır. Yeni bitki çeşidinin karşılaştırılan konusu, çeşidin, koruma talep edilen " teknik özelliklerine " göre belirlenir. Yapılacak karşılaştırma sonucunda, çeşidin koruma talep edilen teknik özellikleri ile bilinen kurallar arasında nitelikli bir farklılık varsa, çeşit yeni kabul edilir. Yenilik, renk, şekil vb. dış görünüşle ilgili (morfolojik) özelliklerde olabileceği gibi; tohum, bağışıklık vb. kimyasal / biyolojik yapı ile ilgili (fizyolojik) yahut aroma, koku vb. de de olabilir⁵⁵⁸. Söz konusu farklılıkların sayısının bir önemi yoktur, tek bir özellik sınıfının bile farklı olması yeterlidir⁵⁵⁹. Ancak koruma, sadece bu farklılıkla sınırlı olarak sağlanmalıdır.

Hukukumuzda, birkaç farklılık dışında yukarıdaki esaslar benimsenmiştir. Bu farklılıkların ilki, yenilik tanımında, alenileşmeyi sağlayan açıklama türleri olarak, sadece " satım vb. bir yolla işletilmemiş olmanın " değil, " kullanım amacıyla hak sahibi tarafından veya onun rızasıyla satılmamış veya umuma sunulmamış olmanın " yani, tüm açıklama şekillerinin kabul edilmesidir. Tanımda yer alan, " umuma sunulmama " ibaresi, düzenlemedeki yukarıda açıklanan ve fikrî mülkiyet hukukuyla bağdaşmayan eksik düzenlemenin, son anda düzeltildiği kanaati uyandırmaktadır. Ancak, bu düzenleme de, " kullanım amacıyla " demek suretiyle konulan ön şart yüzünden, hatalı bir şekle bürünmektedir, çünkü, alenileşmeye neden olan açıklamaların, salt kullanım amacıyla olması gerekmez. Örneğin, bir sempozyumda yapılan açıklama da, kullanım amaçlı olmamasına rağmen, alenileşmiş olarak kabulü gerekir. Bir an için, kullanım

⁵⁵⁸ BOUCHOUX, s. 310; Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 579; FRANCIS / COLLINS, s. 743; PHILLIPS / FIRTH, s. 394; TÜYSÜZ, s. 134.

⁵⁵⁹ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 580; van der KOOIJ, s. 15; ODMAN, s. 111; TÜYSÜZ, s. 131.

ibaresinin geniş anlamda kullanıldığı düşünülse bile, kullanım ibaresinin geniş anlamının satımı da içermesi nedeniyle, bu defa da metindeki “ satılmamış ” ibaresi çelişki oluşturmaktadır.

Farklılık ise, YBitK.’un 6. maddesinde, “ Başvuru veya rüçhan hakkı tarihinde, herkesçe bilinen çeşitlerden açıkça ayırt edilebilen çeşit, farklı sayılır. ” şeklinde tanımlanmaktadır. Düzenlemede yer alan, herkesçe bilinme ibaresi, aranılan yenilik düzeyini minimum seviyeye indiren, yapılan her başvurunun yeni olduğuna karar verilmesini gerektirebilecek kadar tehlikeli ve kabul edilemez bir ibaredir. Bunun nedeni, düzenlemeye göre, farklılık incelemesinde dikkate alınabilecek önceki çeşitlerin taşınması gereken temel özelliğin, herkesçe bilinen bir çeşit olma şeklinde belirtilmesidir. Bu koşulu sağlamayan çeşit dikkate alınamayacağından, doğal olarak koruma talep edilen çeşidin farklı sayılmasını da engelleyemeyecektir. Dünyadaki her bitki çeşidinin, herkesçe bilinmesi gibi bir durum söz konusu değildir. İlgili alandaki olağanüstü uzmanın dahi söz konusu çeşidi bilememesi ihtimal dâhilindedir. Kaldı ki, ilgili alandaki olağanüstü uzmanın dahi bilemeyebileceği söz konusu çeşidi, - belki ilgili alanın adını dahi duymamış kişileri bile kapsamında barındıran - herkesin bilmesi neredeyse imkânsızdır. Herkesçe bilinmeyen bir çeşidin de, yenilik (kanundaki tabiriyle farklılık) incelemesinde dikkate alınamayacak olması karşısında, başvurulanan bitki çeşidinin yeni ve farklı olduğunun kabulü zorunlu olacaktır. Toplumdaki bir kişinin bile, kıyaslama yapılan o çeşidi bilmediğinin ispatlanması halinde, başvurusu yapılan çeşidin yeni ve farklı olduğunun kabulü zorunlu hale gelecektir. Zaten, mehaz UPOV. Anlaşması’nın 7. maddesinde kullanılan “ common knowledge ” ibaresi ile de, “ herkesçe bilinme ” değil, buluşlarda geçerli olan “ tekniğin bilinen durumu ” kastedilmiştir⁵⁶⁰. Her ne kadar Kanunkoyucu, bu ibareyi, YBitK.’un 6. maddesinin 2 ve 3. fıkralarındaki, kaynağını UPOV Anlaşması’nın 1978 tarihli metninin 6 / 1 - a maddesinden alan⁵⁶¹ varsayımla düzeltmeye çalışmışsa da, bu varsayımı da, hükümde belirtilen açıklama şekilleriyle sınırlamıştır.

⁵⁶⁰ PHILLIPS / FIRTH, s. 394.

⁵⁶¹ van der KOOIJ, s. 16.

Açıklama, bu şekillerden biriyle yapılmamışsa, örneğin, kıyaslama yapılan bitki çeşidi bir sempozyumda açıklanmış veya bir sergide sergilenmişse, herkesçe bilinmiyor kabul edilecek ve yukarıda belirttiğimiz yanlış sonuç doğacak, başvuruya koruma sağlanacaktır. Varsayımda belirtilen katalog teriminin de, ilgili mevzuat çerçevesinde ticareti yapılan çeşitlerin yayımlandığı listeyi ifade etmesi (YBitK. m. 2 / I) karşısında bu ihtimal daha da kuvvetlenmektedir. Bu liste, çeşidin bulunduğu alanla ilgilenen kişilerin dahi bilmediği, takip etmediği bir bilgi olabilir. Kanaatimizce, herkesçe biliniyor varsayılmada, alenileşmeye ilişkin genel esaslar uygulanması, tek bir kişinin dahi bilgiyi öğrenme ihtimali yeterli olmalıdır⁵⁶².

Diğer bir farklılık ise, “ yeniliği kaldırmayan açıklamaların” genel esaslarda olduğu gibi, fikrî ürün sahibinin haklarının kaybını, suistimalini vb. önleyen tarzda YBitK. m. 5 / II’ de düzenlenmesidir.

Bu farklılıklar dışında, mehzaz düzenlemelere ve yeniliğe ilişkin açıklamaların tamamı, hukukumuz yönünden de geçerli olmaktadır.

B. YENİLİK KAVRAMININ AÇIKÇA BELİRTİLMEDİĞİ TÜRLER

I. Eser

Eser haklarında, hâlihazırda, sadece orijinal olma yahut sahibinin hususiyetini taşıma şeklinde ifade edilen bir koşulun karşılanması, koruma için yeterli kabul edilmektedir. Bu kavramların kapsamı da, yukarıda⁵⁶³ arzettiğimiz üzere, toplumlardaki kültür farklılıklarına göre değişim göstermektedir. Ancak, gerek doktrin gerek uygulamada bu kavramın yeniliği de kapsar şekilde kullanıldığı; yeniliğin her ne kadar bir koruma şartı olarak belirtilmese⁵⁶⁴ ve asgari seviyede olsa da, bir nitelik olarak eserde bulunmasının arandığı

⁵⁶² Aynı yönde TÜYSÜZ, s. 132.

⁵⁶³ Bkz. s. 55 vd.

⁵⁶⁴ ÖZTAN, s. 97.

görülmektedir. Doktrinde bazı müellifler, “ orijinalliğin, içerisinde zımnen yenilik ve gelişmeyi de içerdiğini ” ifade etmektedir⁵⁶⁵. Öztan ise, eserlerde de subjektif yeniliğin bulunması gerektiği görüşündedir⁵⁶⁶. Yine, Ayiter’in, “ *toplumun malı haline gelmiş veya bir kişinin tekel hakkı altında olan bir fikrî ürünün yeni olmadığı* ” şeklindeki görüşü de⁵⁶⁷, toplumun malı haline gelme ibaresi ile, yeniliğin bulunmamasının yanı sıra, fikrî ürünün sahibi olduğunu iddia eden kişiye ait bir hususiyet taşımamayı yani orijinalliğin bulunmadığını ifade etmektedir. Toplumun malı haline gelme ifadesi, aynı zamanda, alenileşmiş bilgilerin bir yönüyle yenilik incelemesinde, bir yönüyle de orijinallik incelemesinde kullanılmasının güzel bir örneğini oluşturmaktadır. Aynı durum Öztan’ın, “ *umuma mal olmuş şey, yeni bir eser yaratma yönünden elverişli olmaktan çıkmıştır*”⁵⁶⁸ düşüncesinde de görülmektedir. Tüm bu görüşler, eser haklarında da yeniliğin fiilen ve kavramsal boyutuyla arandığını; ancak bunun bir koruma koşulu olarak kabul edilmediğini ve haliyle yenilik incelemesine ilişkin düzenlemelere ve görüşlere yer verilmediğini ortaya koymaktadır. Ancak sorunun, yeniliğin bir koruma koşulu olarak kabul edilip edilemeyeceği, edilirse objektif / subjektif, basit / nitelikli yeniliklerden hangisinin aranacağı, yeniliğin kriterinin ve uygulamasının nasıl olacağı hususlarında toplandığı görülmektedir.

⁵⁶⁵ BAINBRIDGE, s. 37; Aynı yönde SCHECHTER / THOMAS, s. 22; PHILLIPS / FIRTH, s. 142 (Müellifler, “ *eserdeki orijinallik, patentteki yeniliğin karşılığı olmasına rağmen, daha basit şekilde karşılanabilir* ” görüşündedirler.); KILIÇOĞLU, s. 85 (Müellif, “ *eserler yönünden FSEK. m. 1 - B / a bendinde yer alan ‘ sahibinin hususiyetini taşıma ’ ibaresinin; bağlı haklar yönünden ise, FSEK. m. 80. hükmünde yer alan icracı sanatçı haklarındaki ‘ özgünlük ’ ve fonogram yapımcıları ile yayıncı haklarındaki ‘ ilk defa tespit ’ ibarelerinin yenilik şartını ifade ettiği*” görüşündedir); Karş. HİRŞ, Fikrî Say II, s. 54 (Müellif, “ *bir eserin orijinal olarak nitelenebilmesi için, kendisinden evvelki eserlerden müstakil olması, toplumun manevi hazinesine yeni unsur ve servetler katması gerektiği, ancak bu niteliklere sahip eserlerin korunması gerektiği* ” görüşündedir); ŞENOCAK / HANEDAN, s. 289 (Müellifler, “ *şüphesiz, korunması için sahibinin hususiyetlerini taşıması gereken eserin tamamen yeni bir şey olması zorunlu değildir* ” görüşündedirler.); EREL, s. 32; BELGESAY, s. 14 (Müellif, “ *diğerinin eserinde şekillenmemiş bir fikir kırpılarak, yeni eser vücuda getirilebilir.*” görüşündedir).

⁵⁶⁶ ÖZTAN, s. 96 - 97 (Müellif, “ *yaratma faaliyetinin asgari seviyesinin yaratma çizgisi olması gerekir. Bunun varolup varolmadığı, insanda bıraktığı toplam etkinin, daha önce mevcut eserlerle, toplu mukayesesi suretiyle verilebilir. Ancak, bundan eserin objektif bir yeniliğinin olup olmadığının araştırılacağı anlamı çıkmaz. Fakat, yenilik mevcut eserin aynen tekrarının korunmayacağını ifade de kullanılabilir yani subjektif yenilik aranmıştır.*” görüşündedir).

⁵⁶⁷ AYİTER, İhtira, s.50; Aynı yönde BELGESAY, s. 14.

⁵⁶⁸ ÖZTAN, s. 95.

Eserlerin oluşumundan, bu kapsamdaki fikrî ürünlerin çeşitlerinin fazlalığından, tarihi sebeplere kadar geniş bir sebepler yelpazesinin sonucunda, gerek mevzuat gerekse doktrinde “ eserlerin koruma koşullarının asgari seviyede tutulması ” yaklaşımı, bu kapsamda yeni sonuçların yahut ilk olmanın değil, ferdi yaratmaların korunduğu gerekçesiyle, yeniliğin aranmayacağı görüşü hâkim bulunmaktadır⁵⁶⁹. Bu nedenle, hâlihazırda, mevzuatlarda, eser ve bağlı hakların korunma şartı olarak yenilik koşuluna yer verilmemektedir. Haliyle, bir yenilik incelemesi de yapılmamaktadır. Ancak, bu sebeplerin hiçbiri, yukarıda açıkladığımız⁵⁷⁰ üzere, korumayı hak edecek bir fikrî ürünün taşıması gereken niteliklerin ve bu kapsamda yeniliğin aranması; toplumun geliştirilmesi, fikrî ürün sahibinin teşvik edilmesi, “ fikrî ürün sahibinin menfaatleri - toplum menfaatleri ” dengesinin sağlanması gereklerini ortadan kaldırmamaktadır.

Yenilik, kısaca hakka konu olan eserin (bağlı haklarda icranın veya tespitin) , “ koruma talep edilen haliyle bilinmiyor veya ilk kez ortaya konulmuş olması yahut da bilinenlerden basit değişiklikten öte farklı olması ” anlamı taşımaktadır. Eserlerde de, önceki eserlerden esinlenmek söz konusu olabilir. Ancak bu esinlenme miktarı, eseri diğerlerinden belli bir düzeyde farklı kılmıyorsa aynılık (taklit, kopya) söz konusu olacaktır. Eserlere, bir fikrî hak olarak koruma sağlanmasının nedeni, toplumun kültürel gelişmesini sağlamaları olması karşısında, eserlerde de öncekilerden belli bir düzeyde farklılık olmalı ve bu farklılıklar basit değişikliklerden öte olmalıdır⁵⁷¹. Doktrinde veya mevzuatta, eserler yönünden, yeniliğe koruma şartı olarak

⁵⁶⁹ BENTLY / SHERMAN, s. 88; BOUCHOUX, s. 169; SCHECHTER / THOMAS, s. 22 vd.; Aynı yönde TORREMANS, s. 178; TEKİNALP, s. 99; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 84; Karş. ÖZTAN, s. 96 - 99.

⁵⁷⁰ Bkz. s. 21 vd.

⁵⁷¹ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 89; COLSTON / MIDDLETON, s. 255; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; TORREMANS, s. 178; GOLDSTEIN, s. 159; Sadece orijinallik bağlamında Aynı yönde ARSLANLI, s. 4 (Müellif, “ Koruma talep edilen eser, kıyaslandığı önceki eserin hususiyetini taşıyorsa, kendine ait bir hususiyeti (yani nitelikli farklı bir özelliği-Yn.) yoksa müstakil bir eser vasfını kazanamaz.” görüşündedir.); BOUCHOUX, s. 168 vd.; SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd; HALPERN / NARD / PORT, s. 49; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82 vd.; Alman Hukukunda, niceliksel (miktarca) etki gösterecek düzeyde, belli bir yaratıcılığın (level of creativity) bulunması gerektiği görüşü için bkz. GOLDSTEIN, s. 163; SUTHERSANEN, s. 177.

yer verilmemiş olması, bu şartın aranmadığı / aranmamasının gerektiği anlamına gelmez. Yenilik, böyle etkin bir koruma tanınmasının gereği olarak, her fikrî ürünün özünde olması gereken bir niteliktir. Bu haklarda da, yenilik şartının karşılanması; fikrî ürünle sağlanan gelişmenin, önceki fikrî ürünlere oranla ilgili alandaki ortalama bilgi ve yeteneğe sahip bir uzman tarafından, zahmet çekmeksizin (ilave bir fikrî çaba harcamaksızın) yapılamayacak, basit değişikliklerden öte bir gelişme olması aranmalıdır. Bu bağlamda düşünüldüğünde, örneğin, mevcut bir eseri tercüme etmek bir ortalama uzmanın zahmet çekmeksizin yapamayacağı farklılık olması nedeniyle yenilik için yeterli olacaktır. Tıpatıp aynısı olan bir eser taklit veya kopya olarak nitelendirilirken, tıpatıp aynısı olmamakla birlikte farklılığı esasa ilişkin olmayan (ki bu basit anlamda yeniliği ifade eder) bir çalışma, sahibinin hususiyetini taşıyor ve dolayısıyla koruma şartını sağlıyor kabul edilmektedir⁵⁷². Buna katılmak mümkün değildir. Burada en azından ifade edilişin öncekinden esasa ilişkin bir farklılık taşıması aranmalıdır. Örneğin, bir fikrin farklı kelimelerle, aynen açıklanması değil; bu fikrin hedeflediği topluma kültürel katkının, “ maksada daha uygun ” kelimelerle, daha anlaşılabilir şekilde sağlanmış olması aranmalıdır.

Alenileşme, her ne kadar yenilik kriteri olsa da, aşağıda açıklanacağı üzere orijinallik incelemesi de, alenileşmiş bilgileri temel alan bir incelemedir. Bu nedenle, yenilik koşulu kapsamında açıklanmasa da, eserlere ilişkin düzenlemelerde, orijinallik incelemesi yönünden konulan alenileşme esasları, yenilik için de geçerli olmaktadır. Eserlerde, topluma sunmanın gerçekleştiği yer yönünden, alenileşmeyi sağlayan bilgiler konusunda da ülkelerin farklı yaklaşımları bulunmaktadır. Yer yönünden, bu haklardaki temel düzenleme olan Bern Sözleşmesi, dünya genelindeki mevcut açıklanmış bilgileri alenileşmede dikkate almakta iken, bazı ülkeler sadece kendi ülkelerindeki mevcut bilgilerin alenileşmeyi sağlayacağını öngörmektedir⁵⁷³. Bu kabuller, yenilik bağlamında, yer yönünden mutlak veya nisbi yenilik kabullerinin

⁵⁷² KILIÇOĞLU, s. 85.

⁵⁷³ CDPA. s. 175 / 2; BENTLY / SHERMAN, s. 110.

karşılığıdır. Yukarıda sebeplerini açıkladığımız üzere mutlak yeniliğin kabulü zorunluluğu, eserler için de geçerlidir. İnternet üzerinde makale, müzik paylaşım sitelerinin kurulduğu, hatta bir sektör haline geldiği günümüzde, nisbi yenilik anlayışının saikleri kabul edilemez.

Yine, doktrinde “ aynı konunun, teorik de olsa, ikinci bir defa daha yaratılmasının korunabileceği ” kabul edilmektedir⁵⁷⁴. Hâkim görüş, “ eserlerin öncekilerden belli bir düzeyde farklı olması ve bu farklılıkların basit değişikliklerden öte olması gerektiğini ” belirtmekle birlikte yeniliğin / farklılığın objektiflik niteliği hakkında görüş bildirmemektedir⁵⁷⁵. Salt “ eser sahibinin çalışması olmasını ” yeterli kabul eden bu anlayışın eser sahibine göre yani subjektif yeniliği benimsediği anlaşılmaktadır. Yeniliğin düzeyi ne şekilde belirlenirse belirlensin, bunun mutlaka objektifleştirilmesi gerekir. Objektif yenilik ve gelişme sağlama koşulları, aynı konudaki ikinci çalışma yapılmasına ve bu çalışmanın, önceki fikrî üründen korunmayı hak edecek düzeyde gelişme sağlamasına engel olmadığı gibi, tam aksine fikrî mülkiyet koruması sağlanmasının amacı da bizzat budur ve koruma da zaten bu nedenle verilmektedir. Ancak, bu niteliğe haiz olmayan ikinci bir çalışma, elbette ki ilk eserin ihlali olacaktır. Kendisi toplumun gelişmesini sağlayıcı bir fikrî ürünü toplumun bilgi havuzuna katmayarak, fikrî mülkiyet korumasını hak etmediği gibi, ilk eserin korumasının da sonuçlarını doğurmasına engel olmakta, ayrıca bir nevi ilk eser üzerinde çifte hak sahipliğinin oluşmasına neden olmaktadır. İkinci olarak, fikrî mülkiyet hukukunun amaçlarına uygun yenilik, “ toplum yönünden ” yeniliktir çünkü, koruma ile eser sahibine sağlanan menfaat, “ eseri yaratanın ” değil, toplumun maddi veya manevi varlıklarından karşılanmaktadır.

⁵⁷⁴ DWORKIN, s. 65; BENTLY / SHERMAN, s. 89; ÖZTAN, s. 99 - 100; Feist Publications Inc v. Rural Telephone Service Co, 499 US. (1991) (<http://caselaw.lp.findlaw.com>).

⁵⁷⁵ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 89; COLSTON / MIDDLETON, s. 255; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; TORREMANS, s. 178; GOLDSTEIN, s. 159; Sadece, orijinallik bağlamında Aynı yönde BOUCHOUX, s. 168 vd.; SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd; HALPERN / NARD / PORT, s. 49; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82 vd.; Alman Hukukunda, niceliksel (miktarca) etki gösterecek düzeyde, belli bir yaratıcılığın (level of creativity) bulunması gerektiği görüşü için bkz. GOLDSTEIN, s. 163; SUTHERSANEN, s. 177.

Doktrinde, buna karşılık, “ *geleneksel olarak kullanılan ad, slogan, başlık veya bazı işaretlerin korunmamasında olduğu gibi, topluma mal olmuş değerlerin eser sahibince bilinmese bile, koruma kapsamında yer alamayacağı* ” görüşü de belirtilmektedir⁵⁷⁶. Bu görüş, eser haklarındaki mevcut yaklaşımın, fikrî mülkiyet haklarına ne derece aykırı olduğunu ortaya koyan güzel bir örnek teşkil etmektedir. Öncelikle, - eser haklarına ilişkin olarak çoğunluğun yaklaşımında yer alan subjektif yenilik anlayışı dikkate alındığında - toplumun geleneksel olarak kullanageldiği unsurlar koruma kapsamına alınmazken, daha önce bir kişi tarafından ortaya konulmuş eserin (o eserin diğerlerinden farklı kılan özelliğini kullanıyor olsa bile) farklı bir ifadesinin korunabileceği sonucu çıkmaktadır. Bunun sonucunda, koruma kapsamına alınmayan unsurların topluma mal olanlarla sınırlandırılması; topluma ait bilgilere tecavüz edilmesini yasaklamasına rağmen, toplumca “ bir kişiye ait olduğu bilinen ” unsurlara tecavüzün mümkün olduğu gibi bir sonucu doğurur ki, bu kabul edilemez. Aksi takdirde, “ bağışlama ” niyeti taşıyan kişilerin dışında eser üreticisi kalmayacağından, toplum, hâlihazırdaki kendisine mal olmuş unsurlarla yetinmek zorunda kalacaktır ki, günümüzde yaşanan durum da, bunun somut bir örneğidir. Bir kişinin eserini, diğerlerinden farklı kılan özelliğini bile kullanan ancak önemsiz farklılıklar içeren eserlerin de koruma altına alınması, diğerlerinden farklı kılan özelliği ortaya koyan gerçek eser üreticisinin de üretme niyetini ortadan kaldırmaktadır. Bu sonucun engellenmesi için, Öztan’ın “ *objektif olarak varlığı bilinen bir husus, yaratıcı özellikler taşıyor sayılmaz*⁵⁷⁷ ” şeklindeki görüşü esas alınmak ve objektif olarak varlığı “ ispatlanabilen ” hususlarda dâhil edilmek üzere, ortaya çıkan bilgi durumunun, yine objektif bir kriter olan ortalama uzman⁵⁷⁸ tarafından, objektif kriterlere göre yapılacak inceleme sonucunda eserin yeniliğini kaldırmasının yani objektif yeniliğin kabulü, fikrî mülkiyet korumasının amaçlarına daha uygun olacaktır.

⁵⁷⁶ SCHECHTER / THOMAS, s.25; Aynı yönde Magic Marketing v. Mailing Services of Pittsburg, 634 F.Supp. 769 (W. D. Pa. 1986); Karş. ÖZTAN, s. 99 - 100 .

⁵⁷⁷ ÖZTAN, s. 100.

⁵⁷⁸ Karşı görüş için bkz. DWORKIN, s. 63.

Koruma için hâlihazırda tescil (başvuru) şartı bulunmadığı için⁵⁷⁹, eser hakları yönünden, rüçhan hakkı veya yeniliği kaldırmayacak açıklama süreleri de söz konusu olamamakta; eserin topluma arz tarihi, korumanın başlangıç tarihi ve dolayısıyla yeniliğin belirlenmesinde esas alınan tarih olmaktadır. Kanaatimizce, bu durum ve koruma süresinin patent, tasarım gibi diğer fikrî mülkiyet haklarına nazaran daha uzun tutulmuş olması; niteliksiz bir koruma ile mağdur edilen gerçek eser sahiplerinin mağduriyetlerinin, bir parça olsun hafifletilmesi düşüncesinin ürünüdür ki, niteliksiz korumaya neden olan mevcut yaklaşımın doğru olmadığına ikrarı anlamına da gelmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu hakların tescile tabi olmamasının kabul edilebilir bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu haklarda da bir yandan tüm kriterler aranarak sadece hak eden ürünlere koruma sağlanması, yani korumanın nitelikli kılınması buna karşılık, tescil zorunluluğu getirilmesi, bağlı olarak rüçhan ve yeniliği kaldırmayan açıklama sürelerinin tespit edilmesi, yenilik incelemesinde başvuru veya rüçhan tarihinin esas alınması ve yeniliği kaldırmayan açıklama süresi de dikkate alınarak yenilik hakkında karar verilmesi gerekir.

Bir an için, eserin koruma şartlarını taşıyıp taşımadığı incelemesinin zorluğu, tescilin zorunlu olmamasına gerekçe gösterilebilirse de, tasarım vb. haklarda olduğu gibi, şekli inceleme sonucunda tescil edilmek ve 3. kişilere koruma şartlarının bulunmaması nedeniyle itiraz ve hükümsüz kılma imkânları tanınmak suretiyle, bu zorluk ortadan kolaylıkla kaldırılabilir. Ayrıca, açık ve şüpheye yer vermeyecek şekilde, yenilik veya diğer bir kriterden yoksun olduğunun anlaşılması halinde, ilgisinin karşı görüşleri alındıktan sonra, red gerekçesinin dayanakları da bildirilmek suretiyle, tescil makamınca başvurunun reddine ve aksini mahkemede ispat ederek hak sahibi olabilmeye imkân veren bir düzenleme de yapılabilir. Patent haklarındaki başvurunun reddine yönelik bu uygulama tüm hak türlerinde de uygulanmaya müsaittir.

⁵⁷⁹ COLSTON / MIDDLETON, s. 261.

Öztan, “ eser vasfının kazanılması yönünden, alenileşme veya yayımlanmış olmanın şart olmadığı⁵⁸⁰, bu nedenle yaratmanın tayininde esas alınacak anın, eserin yaratıldığı an olduğu ” görüşündedir⁵⁸¹. Bu görüş, müellifin de belirttiği gibi “ eserin oluşması ” yönündendir. Ancak benzeri bir kabul, kanaatimizce, “ eser olarak korunma ” yönünden “ topluma açıklanmamış bilgilerin korunamayacağı ” ilkesi gereğince, yenilik incelemesinde esas alınmaya uygun olmayacaktır⁵⁸². Yine, fikrî ürün sahibinin korunma ihtiyacının doğabilmesi için, üçüncü kişilerin bu hakka zarar verebileceği bir ortamın doğması şarttır⁵⁸³; ki bu da ancak fikrî üründen haksız surette yararlanma imkânının doğması yani toplumun bunu öğrenmesiyle mümkün olur. Fikrî ürünün doğma anı ile fikrî ürün sahibinin korunması ihtiyacının ve bunun için verilen hakkın doğumu anı farklıdır. Bir fikrî ürün, doğmuş olmasına rağmen, yıllarca bile, gizli şekilde, sahibince bireysel olarak kullanılabilir; alenileşmediği için de, sahibinin toplumdaki kişilere karşı korunma ihtiyacı doğmaz. Korunma yani fikrî ürünün toplumsal semerelerinden sorunsuz şekilde faydalanmanın hak edilebilmesi için, o fikrî ürünün toplumun bilgi havuzuna katılması; eser sahibinin haklarına tecavüz fiillerinin gerçekleşebilme riskinin de doğması gereklidir. Patent hakkında da, benzeri şekilde, buluş, gerçekleştirildiği anda buluş vasfını kazanmaktadır. Ancak, alenileşip toplumun bilgi havuzuna katılınca kadar patentle ilgili bir hakkın konusu olmamaktadır. Üstelik, bir fikrî ürünü üretmiş ancak topluma sunmamış kişilerin hak kayıplarını (başvuru hakkının gaspı vb.) önleyici, mekanizmalar da, fikrî mülkiyet hukuku içinde oluşturulmuştur⁵⁸⁴. Topluma sunulmamış bir fikrî ürün üzerindeki hak sahipliğinin, gereken düzeyde ispat gücüne sahip delillerle ispatlanma imkânı da bulunmaktadır.

Alenileşmeye neden olan açıklama şekilleri, yeniliği kaldırmayan açıklamalar, kıyaslamayı yapacak kişi ve kıyaslamada dikkate alınacak kitle

⁵⁸⁰ ÖZTAN, s. 102.

⁵⁸¹ ÖZTAN, s. 97.

⁵⁸² Aynı yönde ÖZTAN, s. 89.

⁵⁸³ Karş. BENTLY / SHERMAN, s. 29.

⁵⁸⁴ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 448; EREL, s. 89; CORNISH / LLEWELYN, s. 181; ÖRTAN, C. I, s. 89.

yönlerinden, genel esaslar, eserler için de geçerli olmalıdır. İngiltere’de, eserlerin korunması hususunda alenileşme olarak topluma sunmanın yanı sıra ticari yayınlama şartının arandığı da görülmektedir⁵⁸⁵. Bu şartın, kabulü mümkün değildir, çünkü, eser, ticari yayınlama niyeti olsun veya olmasın açıklama ile toplumun bilgi havuzuna dâhil olmakta, toplumca değerlendirilebilir hale gelmektedir. Aksinin kabulü halinde, ticari olarak yayınlanmamış ama topluma sunulmuş bir eserin, tıpatıp aynısının ortaya konulması halinde dahi, ikinci eserin yeni olduğu iddia edilebilecektir.

Eser hakları, insanların ruhsal yahut zihinsel bazı ihtiyaçlarını karşılama yönü ön plana çıkan haklardır. Bu nedenle, yenilik incelemesinde, kriter olarak, önceki eserlerin ruhsal yahut zihinsel bazı ihtiyaçları karşılama yönü dikkate alınmalı; koruma talep edilen eserin, bu yönden mevcutlardan farklı içeriğinin bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Bir an için, bu farklı içeriğin eserin geneline etkisinin olup olmadığının da incelenmesi gerekliliği akla gelebilirse de, bu hususun gelişme gösterme koşulu kapsamında değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. Kıyaslama, genel esaslara göre belirlenmiş alenileşmiş eserlerle yapılmalıdır. Söz konusu farklılıkların sayısının bir önemi olmamalı, koruma, mevcutlardan farklı olan içerik - ve korumanın diğer şartları da var ise bu içeriğin eserin geneline etkisi - kapsamıyla sınırlanmalıdır.

II. Entegre Devre Topoğrafyası

Topografyalar, her ne kadar çizimle ifade edilen bir fikrî ürün olsa ve bu nedenle tasarıma yaklaştığı düşünülebilirse de, bir entegre devrenin oluşumunu ortaya koydukları için, teknik bir fikrî üründür. Sebep ve sonuçları itibariyle, buluşlara çok büyük benzerlik gösterirler. Buluş, nasıl teknoloji alanındaki spesifik bir problemin çözümü ise, topoğrafyaya göre şekillenen entegre devre de spesifik bir problemin çözümüdür. Bu çözüm sayesinde, ya

⁵⁸⁵ CDPA. s. 175 / 2; BENTLY / SHERMAN, s. 110.

daha önceki devrelerle gerçekleştirilemeyen bir işlev gerçekleştirilmekte yahut mevcut devrelerle gerçekleştirilebilen bir işlev, maliyet, hız, kapasite, hacim vb. yönlerden çok daha geliştirilmiş bir hale gelmektedir. Örneğin, bilgisayarlarda kullanılan RAM'lerin çok hızlı hale gelmesi, harddisklerin kapasitesinin artması yahut kapladıkları hacmin daha küçülmesi vb. gibi gelişmeler ortaya çıkmaktadır. Yine, buluşlarda olduğu gibi, devrenin ait olduğu alanla ilgilenen kişiler, daha önce benzer bir devreyi düşünmemiş veya düşünmekle birlikte spesifik bazı noktalardaki çözüm eksikliği nedeniyle devreyi gerçekleştirememiş olabilirler. Sonuç olarak, devrenin gerçekleştirilmesini sağlayan ve daha önce başka kimse tarafından düşünülmemiş, hazırlanmamış, uygulanmamış bu spesifik problem çözümü, devreye yenilik niteliğini kazandırmıştır. Patentle olan bu benzerlikleri nedeniyle topoğrafyalar, Amerika Birleşik Devletleri'nde önceleri patent korumasından faydalandırılmış, daha sonra da 1984 'de " Semiconductor Chip Protection Act " ile sui generis bir korumaya sahip olmuştur. İngiltere'de ise tescilsiz tasarım korumasına göre, yani sadece orijinallik şartını karşılamakla korunmaktadır⁵⁸⁶.

Topoğrafyaların Korunmasına ilişkin olarak Trips Anlaşması' nın ve EntDevK.' nun temelini oluşturan Washington Anlaşması' nın 3 / 2 - a maddesinde, topoğrafyanın korunmasının şartlarından biri olarak, " tasarlama sırasında entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları arasında bilinmiyor olma " düzenlenmiştir. Bu maddenin başlığı her ne kadar " orijinallik " olsa da, madde de, hem orijinallik ayrı bir şart olarak belirtilmiş; hem de orijinallik " kişinin kendi fikrî çabasının sonucu olması " şeklinde ayrıca açıklanmıştır. Ancak, orijinalliğin anlamı yukarıdaki bilinmeme şartını kapsamamaktadır. Dolayısıyla bunun, orijinalliğin kapsamı dışında bir şart olduğu, ayrı bir şeyi ifade ettiği açıktır. Yukarıda ayrıntılarıyla izah edildiği üzere " bilinmiyor olma ", tüm fikrî mülkiyet haklarında yeniliği ifade etmektedir. Bu bir yasama özensizliğinden kaynaklanmaktadır, ki

⁵⁸⁶ CORNISH / LLEWELYN, s. 558, 566; BENTLY / SHERMAN, s. 687; SUTHERSANEN, s. 32 dn. 28; FELLNER, s. 117.

Anlaşma'da çelişkili yahut fikrî mülkiyet hukukunun genel kabullerine aykırı birçok hükme de rastlanılmaktadır.

Bu düzenleme dikkatle incelendiğinde, hükümle patent hakkındakine benzer bir yenilik incelemesi hedeflendiği, ancak çok kötü kaleme alındığı anlaşılmaktadır. Bu durum, yenilik incelemesinde kullanılan, “ incelemeye esas alınan zamanda bilinmeme gerekliliği ”nin, “ tasarlama sırasında ” şeklinde; “ incelemede esas alınan alandaki ortalama uzman ”ın da, “ entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları ” şeklinde ifade edilmesinden anlaşılmaktadır. Düzenlemede, iki objektif kriter konulmasının hedeflendiği, ancak, mevcut bu düzenlemenin hem eksik hem de yanlış olduğu görülmektedir. Şöyle ki, “ bilinmemeye esas alınan zaman ”, hiçbir fikrî mülkiyet hakkında “ fikrî ürünü meydana getirme anı ” değildir, fikrî ürünün alenileştiği ve korunmaya başlanacağı andır. Bu, tescile tabi haklarda başvuru veya rüçhan tarihidir ki, topoğrafya hakkı da tescile tabi bir haktır. Oysa, hükümde bunun “ tasarlama sırasında ” şeklinde ifade edildiği görülmektedir. Bunun kabulü halinde, bir tasarlayıcının, başvurusunu 2008 yılında yaptığı bir topoğrafya için “ bunu 1996 yılında tasarladım, o tarihte bu topoğrafya belirtilen kişiler tarafından bilinmiyordu ” şeklindeki iddiasına ve dolayısıyla yenilik incelemesine esas alınan anın, eski tarihlere çekilmesi suretiyle, yeniliğin çok muğlak bir hale gelmesine meydan verilmiş olur. Bu takdirde, 2008 yılında yeni olmadığı bilinen bir topoğrafyanın, 1996 yılında varolan alenileşmiş bilgilerle kıyaslanması ve çoğu durumda yeni olduğuna karar verilmesi söz konusu olabilecektir. Bu durum ise, hak gasplarına yol açabilecek olmasının yanı sıra, hukuk güvenliği ilkesi ve fikrî mülkiyet hukukuyla bağdaşmaz. Anlaşma tarafları da, bu uyumsuzluğun farkında oldukları kanaatini uyandırmaktadır, çünkü, Anlaşma' nın 7 / 2 - a maddesi hükmünde, “ taraf devletlerin, ‘ tescil başvurusu anına kadar ’ topoğrafyaları korumama konusunda serbest oldukları ” ayrıca düzenlenmektedir. Ancak bu düzenleme dahi, koruyup korumama hususunda taraf devletleri serbest bırakması nedeniyle, hukuka aykırılığı gidermekten çok uzaktır. Metindeki ikinci yanlışlık, bilinmemenin “ entegre devre üreticileri ve entegre devre

topoğrafyası tasarlayıcıları ” için kabul edilmiş ve aynı zamanda bunlarla sınırlanmış olmasıdır. Öncelikle, çoğunlukla hak için başvuru sahibi olabilecek bu kişiler objektif bir kriter olamazlar. İkincisi, bu kişilerin topoğrafya alanındaki mevcut bilgileri - patentlerdeki ortalama uzmanda olduğu gibi - bu alana ilişkin genel bilgidir ve diğer açıklamaların yanı sıra, bu genel bilgiler zaten tekniğin bilinen durumuna dâhildir. Örneğin, bir akademisyenin, her iki gruba da girmedığı halde, bir topoğrafyayı biliyor olması çok yüksek bir ihtimaldir. Bu yanlışlıkların yanı sıra, Anlaşmada, bilinme (alenileşme) kavramına nelerin dâhil olduğuna, rüçhan hakkı ve yeniliği ortadan kaldırmayan açıklamalara, incelemeyi yapacak kişiye ilişkin düzenlemelere de rastlanılamamaktadır. Aynı şekilde, “ bilinen ” eleman ve ara bağlantıların düzenlenmesinden oluşan bir entegre devre topoğrafyasında yeniliğe ilişkin bir düzenleme de yer almamakta, adeta orijinallik kavramının kendi içinde barındırdığı zayıf bir yenilikle yetinilmektedir. Doktrinde de, sadece orijinallik bağlamında, bilinen elemanlardan oluşan kombinasyonun orijinallik şartlarını sağlaması gerektiğini belirtmektedir⁵⁸⁷. Kanaatimizce, bilinen elemanlardan oluşan kombinasyonun topoğrafyayı oluşturması halinde, bu kombinasyonun yenilik ve gelişme gösterme şartlarını da sağlaması gerekir.

Tüm bunların yanı sıra, yeniliğin aranacağı zaman yönünden de, düzenlemelerde vahim bir çelişki bulunmaktadır. Hükümlerde, bir yandan “ tasarlama sırasında bilinmeme ” aranırken, diğer yandan “ ilk kez ticarî açıdan piyasaya sürüldüğü tarihten itibaren iki yıl içinde, tescil başvurusunun da yapılmış olması kaydıyla koruma sağlanacağı ” düzenlenerek yeniliğin aranacağı zaman bakımından birbiriyle çatışan iki düzenleme yer almaktadır. İlk halde, fikrî ürün sahibine yenilik ve orijinallik için belirsiz bir tarih ibrazı imkânı tanınırken, ikinci düzenleme de bu imkân iki yılla sınırlanmaktadır. Her ne kadar ikinci düzenleme, koruma süresi bağlamında düşünülmüş ise⁵⁸⁸ de, bu hüküm 3. kişilerce yapılacak topoğrafya

⁵⁸⁷ FELLNER, s. 118; SUTHERSANEN, s. 89.

⁵⁸⁸ Aynı yönde SUTHERSANEN, s. 90.

başvurularının yeniliğini ortadan kaldırmaya müsait bir düzenlemedir. Ancak, her iki düzenlemenin de, fikrî mülkiyet hukukuyla bağdaşır yanı yoktur. Tasarlama sırasında bilinmeme düzenlemesinin fikrî mülkiyet hukukuna aykırılığı yukarıda⁵⁸⁹ belirtilmiştir. Bu şekilde adlandırılmasa da, yeniliği kaldırmayan açıklamaların süresinin iki yıl olarak belirlenmesinin de izahı mümkün değildir. Bunun yanı sıra, düzenlemede sadece ticarî kullanım yeniliği ortadan kaldırıcı olarak öngörülmektedir. Kullanımın ticarî olmaması halinde, yeniliğin aranacağı zaman yine ucu açık, belirsiz bir zaman haline gelmektedir. Doktrinde de, orijinallik kapsamında - kanaatimizce yanlış olan - aynı görüş yer almakta; topoğrafyanın, Dünyanın herhangi bir yerinde ticari kullanılmamış olmasının gerektiği; ticari kullanımın, satış, kiralama vb. ticari dağıtım şekillerinin hepsini veya bunların teklif edilmesini kapsadığı belirtilmektedir⁵⁹⁰. Ancak, gizlilik şartıyla yapılan kullanım bu kapsamda değerlendirilmemektedir⁵⁹¹. Yukarıda⁵⁹² kullanıma, özellikle de kullanımın ticarî olup olmamasının bir önem taşımayacağına ilişkin açıklamalarımız karşısında, bunun kabulü de mümkün değildir ki, Anlaşmada, ülkelere sadece ticari kullanılmayı değil, herhangi bir şekilde topluma sunulmuş topoğrafyaları korumama hakkının verilmiş olması⁵⁹³ da, bu düşüncemizi desteklemekte, yasama özensizliğinin bir diğer örneğini teşkil etmektedir. Düzenlemelerde, yeniliği kaldırmayan açıklamaların süresinin iki yıl olarak değil de, başvuru veya rüçhan tarihinden geriye doğru bir yıl olarak belirlenmesi gereklidir. Ancak, bunun için öncelikle bir rüçhan hakkı ve süresinin mevzuatlarda yer alması gereklidir ki, bunun bulunmaması, gerçek hak sahibi açısından da tehlike oluşturacaktır. Bunun yanı sıra, iki yıllık bir yeni sayılma süresi de, 3. kişilerce yapılacak topoğrafya başvurularının yeniliğini ortadan kaldırarak bu kişilere; günümüz dengesine aykırı şekilde, toplumun serbest kullanım süresini geciktirerek de topluma zarar vermektedir. Her ne kadar, rüçhanın söz konusu olduğu durumlarda, yeniliği

⁵⁸⁹ Bkz. s. 182 vd.

⁵⁹⁰ SUTHERSANEN, s. 89.

⁵⁹¹ SUTHERSANEN, s. 90.

⁵⁹² Bkz. s. 124 ve 127.

⁵⁹³ SUTHERSANEN, s. 90.

kaldırmayan açıklama süresi de iki yıla ulaşıyor ise de, rüçhanın söz konusu olmadığı durumlarda, bu süre, bir yıl olması nedeniyle farklılık arzedecektir.

Yenilik, kısaca entegre devre topoğrafyasının alenileşmemiş olmasıdır. Öncelikle, topoğrafya hakkının tanınabilme şartları arasına bir yenilik şartı konulması ve orijinallik başlığı altında düzenlenmiş bulunan “ entegre devre topoğrafyasının bilinmiyor olmasının ”, yenilik şartı olarak belirlenmesi gerekir. Orijinallik, fikrî mülkiyet hukukunda, sahibinin hususiyetini taşıma şeklindeki farklı bir anlam ve işlevi daha yüklenmiştir ki bu anlam, topoğrafyanın kişinin kendi fikrî çabasının sonucu olması şeklinde ifade edilmektedir (Washington Anl. m. 3 / 2 – a). Bu yönüyle orijinallik şartı, özellikle “ bilinen ” eleman ve ara bağlantıların düzenlenmesinden oluşan entegre devre topoğrafyalarında elzem hale gelmektedir ki bu dahi yeterli değildir. Orijinallik şartına ek olarak, fikrî ürünün korumayı hak edecek bir gelişme sağlamasını tespit edecek, patentteki buluş basamağını aşma şartına benzer bir şartın daha düzenlemelere eklenmesi gerekecektir. Yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme şartlarının, bir fikrî ürünün farklı özelliklerine ilişkin oldukları, çoğu zaman birbirleri ile çok yakınlaştıkları hatta bazen birbirleri yerine kullanılabildikleri görülmekle birlikte, bunların her fikrî üründe ayrı ayrı bulunmaları, hedefledikleri amaçları nedeniyle zorunludur.

Yenilik incelemesinde, kriter olarak topoğrafyalara ilişkin hangi yönün ön planda inceleneceği hususunda, İngiliz hukukunda olduğu gibi, topoğrafyayı bir tasarım olarak kabule imkan bulunmamaktadır. Tasarımın hedefi görünüm yönünden yani göze hitap eden bir farklılık oluşturmak ve bunun korunmasını sağlamaktır. Oysa, topoğrafyanın hedefi göze hitap eden bir farklılık oluşturmak değil, bu çizimler / tasarımlar sayesinde, farklı işlevi gerçekleştiren bir entegre devrenin oluşmasını sağlamaktır ki, bu yönüyle bir buluşta kullanılan çizimlere / resimlere yaklaşmaktadır. Tasarlanan topoğrafya yahut bunun kullanıldığı entegre devre bile, çoğu zaman tüketiciler tarafından görülmeyecektir. İngiliz hukukundaki bu benimsemenin temelinde, kanaatimizce, “ topoğrafya korumasının, topoğrafyanın

bünyesindeki içerik, işlem, sistem vb. ni değil sadece topoğrafyanın kendisini (görünümünü) kapsayacağı⁵⁹⁴ ” düzenlemesinin yanlış yorumlanması yatmaktadır. Entegre devre, bünyesinde daha önce bilinen elektronik vb. parçaları ihtiva eder. Bu parçalar, bir devrede, farklı yerlerde, farklı şekillerde kullanılmalarına göre, farklı işlevleri / sonuçları doğurabilirler. Bu parçaların başka kimselere ait patent vb. fikrî mülkiyet haklarıyla korunuyor olmaları da muhtemeldir. Topoğrafya tasarlayıcısının ortaya koyduğu fikrî ürün ise, bilinen bu malzemeleri “ belli bir şekilde yerleştirmesi ” sonucunda, ortaya çıkacak olan ve yeni bir işlevi vb. sağlayan bir entegre devrenin temelini oluşturmasıdır. Topoğrafya tasarlayıcısı, görünüme yönelik bir çalışma yapmamaktadır. Bir ürünün işlevini yerine getirebilmesi için, ürünün parçalarının bulunması gereken yerleri belirlemektedir. Bilinen bu malzemelerin, salt devrede yahut topoğrafya da kullanılmış oldukları için topoğrafya sahibinin tekeline verilmesi mümkün değildir. Koruma altına alınan husus, topoğrafya tasarlayıcısının, ürünün işlevini yerine getirebilmesi için belirlediği, “ hangi ürün parçasının, nerede bulunması gerektiğini gösterir şema ” dır⁵⁹⁵. Bu şema, bir tablo yahut görsel yöne hitabeden bir amaç için değil, tıpkı patent başvurularındaki resimler gibi, teknik bir fonksiyonu ve nasıl uygulanacağını gösterme amaçlıdır. Bu nedenle, anılan düzenleme yapılmış, korumanın, topoğrafyanın içerdiği malzemeleri vb. değil, sadece tasarlayıcısının bilinen bu unsurları, bilinmeyen bir şekilde yerleştirmesini yani topoğrafyanın görünümünü kapsadığı belirtilmek istenmiştir. Ancak, düzenleme, topoğrafyanın ve bunun uygulandığı entegre devrenin işlevinin korunmadığı anlamına gelmez. Topoğrafya, bir entegre devreyi meydana getirmek; entegre devre de elektronik bir işlevi yerine getirmek amacıyla yapılmaktadır; bir tablo gibi, toplumun kültürel, duygusal gelişimini sağlamaması karşısında, toplumun teknolojik gelişimini sağladığı için Trips Anlaşması’nın 7. maddesine uygun olmaktadır. Topoğrafya hakkının, bir fikrî ürünün işlevsel yani teknik yönüne ilişkin olması nedeniyle, doğal olarak alenileşmiş olan işlevsel / teknik bilgiler dikkate alınmalıdır. Örneğin, özellikle

⁵⁹⁴ BENTLY / SHERMAN, s. 687; SUTHERSANEN, s. 89.

⁵⁹⁵ Aynı yönde ERSTLING, s. 303.

topoğrafya şeklinde çizimi vb. olmayan ancak aynı işlevi / sonucu, aynı şekilde vb. gerçekleştiren bir entegre devre de, topoğrafyanın yeniliğini ortadan kaldıracak olmalıdır. Bu devre, şema halinde somut olarak bulunmasa bile, o şemanın bilindiğini ve devrede uygulandığını ortaya koymaktadır. Bu kapsamda, aynı patentlerde olduğu gibi, çizim vb. unsurların, fikri ürünün alenileşmesini sağlamaya yeterli olduğu hallerde, topoğrafyanın görünümünü de yeniliği kaldırma da etkili olmalıdır.

Washington Anlaşması'nda, incelemeye esas alınan zamanda bilinmemesi gerekliliğinin, "tasarlama sırasında" şeklinde; bilinmemede esas alınan alandaki ortalama uzmanın, "entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları" olarak; incelemede dikkate alınacak coğrafi kapsamın da "dünyanın herhangi bir yerindeki açıklamanın yeterli olduğu (m. 7 / 1)" şeklinde belirtilmesi karşısında, mutlak yeniliği hedeflediği anlaşılmaktadır. Ancak, mutlak yenilik şartı için, düzenlemelerdeki yukarıda belirtilen yanlışlıkların giderilmesinin yanı sıra; başvuru, rüçhan veya yeniliği etkilemeyen açıklama tarihinden önce alenileşmiş tüm bilgilerin, yeni kabul edilmeyeceğinin hüküm altına alınması gerekir. Bunun için öncelikle, alenileşmiş bilgilerin sadece "entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları" tarafından bilinenlerle sınırlandırılmasının kaldırılması şarttır.

Aynı şekilde, aranılan yeniliğin objektif yenilik olduğu, ortalama uzman ve tekniğin bilinen durumuna benzeyen iki objektif kriterden hareket edilmesinden anlaşılmaktadır.

Anlaşma'nın 3 / 2 - b hükmünde, "bilinen eleman ve ara bağlantıların düzenlenmesinden oluşan entegre devre topoğrafyalarının bile, koruma için gereken şartları taşımasının aranması", ortalama bir uzmanın öngörebileceği sonuçları tekniğin bilinen durumuna dahil kabul etmesi, bunun yanı sıra, - amacını karşılamaktan uzak olsa da - aranılan orijinallik şartının amacı vb.

dikkate alındığında; topoğrafyanın, önceki bilinenlerden basit olmayan farklılıklar içermesinin, yani nitelikli bir yeniliğin arandığı sonucuna ulaşılır.

Alenileşmeye neden olan açıklamalar, bunların şekilleri vb. hususunda yenilik bölümünde yapılan açıklamalar, topoğrafyalar yönünden de geçerli olmalı, özellikle ticari kullanım şartı kaldırılmalıdır. Topoğrafya başvurusu tarihinde veya bu tarihten sonra yayınlanmış olan ve başvuru tarihinden önceki tarihli başvuruların yayınlanan ilk metinlerinin de, tekniğin bilinen durumuna dâhil sayılması gerekir. Bunun yanı sıra, rüçhan hakkı ve süresinin mevzuatta yer alması ve yeniliği kaldırmayan açıklama süresinin de ayrıca belirlenmesi, günümüz dengesinin gereği olan sınırlı koruma süresinin ayrı bir hükümde düzenlenmesi ve bu sürenin “ yeniliği kaldırmayan açıklama ” süresinden bağımsız şekilde belirtilmesi, uygun olacaktır.

Yine, yenilik incelemesinde, kıyaslamanın alandaki ortalama bir uzman tarafından gerçekleştirilmesi; dikkate alınacak kitlenin de “ entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları ” olarak değil, “ ortalama uzman ” şeklinde belirlenmesi uygun olacaktır.

Yeniliğin incelenmesinde, topoğrafya, tekniğin, koruma talep edilen zamandaki durumuna ait olan bilgilerle karşılaştırılmalıdır. Topoğrafyanın karşılaştırılan konusu, koruma talep edilen " entegre devrenin yerine getirdiği elektronik işlevleri tanımlayan bilgilere, bunları gerçekleştiren devre ve şekillerine " göre belirlenmelidir.

Yapılacak karşılaştırma sonucunda, topoğrafya ile bilinen kurallar arasında, gelişim sağlayan nitelikli bir farklılık varsa, topoğrafyanın yeni olduğu kabul edilmelidir. Söz konusu farklılıkların sayısının bir önemi bulunmayıp, tek bir özelliğin bile farklı olması yeterlidir. Ancak koruma, sadece bu farklılık yönünden sağlanmalıdır.

Mehaz düzenlemelerdeki hükümlerin aynen alınmış olması nedeniyle, yukarıda yaptığımız açıklamaların tamamı hukukumuz yönünden de geçerli olmaktadır. Buna karşılık, EntDevKan.'unun en önemli eksikliklerinden biri de, m. 16'ya göre re'sen bir yenilik veya orijinallik incelemesinin öngörülmemiş olması ve inceleme yapılmaksızın başvuru tescil edilmesine rağmen, tescilin ilanından itibaren belli bir süre verilerek, 3. kişilere itiraz imkânı tanınmamış olmasıdır. Tasarımlar yönünden kabul edilen incelemesiz sistemin, topoğrafya hakkına da tanınmış olmasının makul bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu nedenle, PatKHK. m. 54 / II hükmüne benzer şekilde, başvuru konusunun, açık ve şüpheye yer vermeyecek şekilde, yenilik niteliğinden yoksun olduğunun anlaşılması halinde, ilgisinin de karşı görüşleri alındıktan sonra, red gerekçesinin dayanakları da bildirilmek suretiyle, başvurunun reddine imkan veren bir düzenlemenin yapılması gerekir. Ayrıca, topoğrafyalar için, incelemesiz sistem kabul edilmiş olsa bile, bunun anlamı “ her başvurunun tescil ve koruma hakkına sahip olduğu ” değildir. Nitekim, tasarım hukukunda da incelemesiz sistem kabul edilmiş olmasına rağmen, tescilden itibaren 6 aylık bir itiraz süresi ve itiraz sebeplerinin haklılığı yani tescile engel bir durumun varlığı halinde başvurunun reddi cihetine gidilmektedir. EntDevKan.'unun uygulamasında ise, koruma şartlarına haiz olmasa bile, bir başvuruya itiraz imkânı olmayıp, bunu sağlamanın tek yolu mahkemede açılacak bir hükümsüzlük davası ile hakkı hükümsüz kıldırmasıdır. Bu, kararın kesinleşmesine kadar tescil sahibinin, hiçbir hakkı olmadığı halde topoğrafya korumasından faydalandırılmasına yol açabilecektir. Bu nedenle, EntDevKan. m.16'ya göre, tescilin ilanından itibaren belli bir süre verilerek, 3. kişilere itiraz imkânı tanınmalı ve yeniliğin bulunmaması, EntDevKan. m. 19 / 1 - a bendindeki, topoğrafyanın koruma şartlarına haiz olmamasından kaynaklanan hükümsüzlük sebebi içinde yer almalıdır.

III. Marka

Fikrî mülkiyet haklarının bazı türlerinde, aranan kriterler arasında yenilik kelimesinin kullanılmamış olması, fikrî mülkiyet doktrinini, “ bazı haklarda yenilik niteliğinin aranmamış olduğu⁵⁹⁶ ” şeklindeki yanlış bir kanaate ulaştırmıştır ki, bu nedenle *Karayağçın* ve *Öztürk* dışındaki yerli ve yabancı doktrinde, marka hakkında, yenilik koşulunun arandığına dair bir görüşe rastlanılamamaktadır. *Karayağçın*’ın görüşü, mülga 551 sayılı Markalar Kanunu’ na ilişkin olmasına rağmen, MarKHK. m. 7 / 1 - b hükmüne benzer bir düzenlemeye ilişkindir⁵⁹⁷. *Öztürk* de, benzeri bir görüş belirtmektedir⁵⁹⁸. Marka hakkında da, tescili talep edilen markanın, daha önceki bir marka ile aynı yahut benzer olmaması, mevcutlardan farklı olması niteliği aranmaktadır (40 / 94 sayılı AB. Direktifi m. 7 / 1 - b; MarKHK. m. 7 / 1 – b) ki bu yenilik kriteriyle aranan mevcutlardan nitelikli farklı olma özelliğinden başka bir şey değildir. Mevcutlardan farklı olan, aynısı yahut benzeri olmayan bir markanın yeni olduğu izahtan varestedir. Bir an için, “ bu şartın sadece ‘ daha önce tescil edilmiş ’ markalarla aynı yahut benzer olmama şeklinde olduğu ” eleştirisi akla gelse de, daha önce üstün hak sağlamış tescilsiz markaların da, aynı yahut benzer olma nedeniyle tescil engeli oluşturması karşısında, aynı sonuca ulaşılmaktadır. Yine, “ daha önce mevcut olan bir markanın, tescilli olmadığı bir mal veya hizmet sınıfında tescilinin istenmesi halinde, daha önce işaret olarak mevcut olan bir markanın var olduğu dolayısıyla yeni olmadığı ” düşünülebilirse de, burada, markanın daha önce var olmadığı bir sınıfta oluşmasının, yeniliği sağlaması nedeniyle sonuç değişmemektedir.

Buna karşılık, marka hakkında, tüm yararlanma şekilleri açısından ilânihaye koruma esasının benimsenmiş olması nedeniyle, yenilik kriterinin en önemli işlevi olan, koruma süresinin toplum aleyhine uzamasını engelleme işlevinde kullanılmadığı görülmektedir. Koruma süresinin sınırlandırılmadığı

⁵⁹⁶ BENTLY / SHERMAN, s. 699.

⁵⁹⁷ KARAYALÇIN, s. 414.

⁵⁹⁸ ÖZTÜRK, s. 147.

bir kabul de, sürenin başlangıcının tespitine de (çifte hak sahipliğini önleme dışında) gerek kalmamaktadır. Bu işlevde kullanılmama nedeniyle, işlevin gerektirdiği genel yenilik esasları da, marka hakkında geçerli olamamakta, örneğin sınırlı bir yeniliği kaldırmayan açıklama süresi belirlenmemektedir. Kriter, sadece çifte hak sahipliğini önleme işleviyle ve bu çerçevedeki uygulamalarla sınırlı olarak kullanılabilir.

Yenilik, markanın, ait olduğu mal veya hizmet sınıfında, toplum tarafından bilinmiyor veya bilinenlerden belli bir düzeyde farklı olmasıdır⁵⁹⁹. Marka, yukarıda da değinildiği gibi, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini, kendisiyle özdeşleşmiş vasfı taşıması bağlamında toplum nezdinde ayırt etmeye, bundan kaynaklanacak itibarın o işletmeye ulaşmasına yarayan işarettir. Fikrî ürün, nasıl ki buluşlarda teknik yönden, tasarımlarda görsel yönden ortaya çıkıyorsa, markalarda da ayırt edici olma yönü ile ortaya çıkar. Markanın ait olduğu mal veya hizmet sınıfında faaliyet gösteren kişiler, daha önce bu markayı düşünmemiş veya düşünmekle birlikte topluma arzetmemiş olabilirler. Sonuç olarak bu markanın, mevcut haliyle, ait olduğu mal veya hizmet sınıfında, ayırt etmek maksatlı topluma ilk kez arzı, markaya yenilik niteliğini kazandırmaktadır⁶⁰⁰.

Markada da önceki markalardan esinlenmek söz konusu olabilir. Ancak, bu esinlenme miktarı, markayı diğerlerinden belli bir düzeyde farklı kılmıyorsa, marka öncekinin aynı veya basit farklılık düzeyindeki değişik hali ise, marka başvurusunun reddine neden olmaktadır. Doktrinde, markalar yönünden yenilik ve gelişme basamağı kavramlarına yer verilmemiş olması, markalar yönünden yenilik ve gelişme unsurlarının aranmadığı veya gerekmediği anlamına gelmez. Örneğin, patentlerde uygulandığı şekilde,

⁵⁹⁹ Aynı yönde KARAYALÇIN, s. 414; İrfan DÖNMEZ, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, 2. b., İstanbul, 1992, s. 9; Karş. TEKİNALP, s. 349 (Müellif, “ ayırtedici unsurun belirlenmesinde yararlanılabilecek dört kriterden biri olarak belirttiği ‘anlamsızlığı’, kelimenin icat edilmiş olması ” şeklinde açıklamaktadır); ARSEVEN, s. 141 (Müellif, “ İltibas incelemesinde, hâkimin yeni, orijinal bir marka mı ihdas edilmiş, yoksa başkasına ait bir marka mı taşıyır edilmiş bunu arayacaktır ” düşüncesindedir.).

⁶⁰⁰ Aynı yönde YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 183; ARSEVEN, s. 101.

nicelik ve nitelik yönlerinden farklılık ayrımı, tüm fikrî mülkiyet haklarına uygulanma kabiliyetine sahiptir. Markalar yönünden bu ayrım, markanın sahip olduğu ayırt ediciliği sağlayan unsurunun, nicelik yönünden önceki markalardan farklı olması halinde markanın yeniliği; bu unsurun, nitelik yönünden önceki markalardan korunmayı hak edecek düzeyde farklı olması halinde ise, gelişme gösterme özelliğine sahipliği şeklinde ortaya çıkar. Bu durumu somutlaştırmak gerekirse, marka, önceki markanın tüm unsurlarını aynen taşıyorsa markanın aynı olduğu, yenilik ve gelişme basamağı taşımadığı dolayısıyla korunamayacağı sonucuna varılacaktır. Marka, önceki markanın ayırt edici unsurundan nitelikli farklılık taşıyorsa, markanın yeni olduğu sonucuna varılacak ve farklılığın “ niteliğinin düzeyi ” incelenecektir. Eğer bu farklılık, nitelik itibariyle de, tekel hakkının tanınmasının hakkaniyete uygun kabul edilebileceği bir düzeyde ise yani topluma ayırt etme kabiliyetine sahip bir işaret kazandırma (gelişme gösterme) koşulunu karşıladığı ve dolayısıyla korunabileceği sonucuna varılabiliyorsa tescil edilecektir. Eğer bu farklılık, nitelik itibariyle, ayırt etme kabiliyetine sahip olma düzeyinde değilse; örneğin, önceki markanın itibarına zarar veriyor veya ayırt edici karakterini zedeliyorsa, markanın gelişme basamağı taşımadığı, önceki marka ile ayırt ediciliği bulunmadığı ve dolayısıyla korunamayacağı sonucuna ulaşılabilecektir.

Marka hakkında, inceleme, ayırt etme yönünden yapılacağından, yenilik kavramı, fikrî mülkiyet hukukundan farklı bir şekilde tanımlanmamış, sadece “ aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markaların ” tescil edilemeyeceği şeklinde bir açıklamaya gidilmiştir. Günümüz marka hukukunda, yenilik incelemesi olarak adlandırılmasa da, marka hakkının öne çıkan niteliği nedeniyle, alenileşmiş bilgiler “ önceki tescilli veya başvurusu yapılmış marka ” olarak ifade edilmekte ve yenilik incelemesi ayırt edicilik yönünden bu bilgilerle kıyaslama şeklinde yapılmaktadır. Bu düzenleme de, fikrî mülkiyet hukukunun genelinde “ yenilik ” incelemesinin işlevlerinden biri olan, bir markanın (fikrî ürünün) tek sahibi olması yani çifte hak sahipliğinin önlenmesi için getirilmiş bir

hükümdür⁶⁰¹. Yine, diğer fikrî mülkiyet haklarında olduğu gibi, önceki açıklamadan (ki bu genellikle ticari hayatta kullanım olarak ortaya çıkar) kaynaklanan haklar da korunmuştur. Görüldüğü üzere, marka tescil sürecinde yapılan bu inceleme, amaç ve sonuçları itibariyle, diğer fikrî mülkiyet haklarında söz konusu olan yenilik incelemesinden farklı bir inceleme değildir. Bazı ayrıntılarında farklılık olması, yenilik koşulunun ve incelemesinin bulunmadığı sonucunu doğurmaz. Diğer fikrî mülkiyet haklarında da, - kendilerine has özelliklerinden kaynaklanan - ayrıntılarda farklılıklar mevcuttur.

Markaların yeniliğine ilişkin ana düzenleme bu olmakla birlikte, mevcut marka yaklaşımı dikkate alındığında, “ sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesine göre tanınmış markaların tescil edilememesinin (40 / 94 sayılı AB. Direktifi m. 7 / 1 - h; MarKHK. m. 7 / 1 – i) de ” bu ana düzenlemeyi tamamlayıcı nitelikte olduğunun kabulü gerekecektir. Hükmün temelini teşkil eden Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesi, “ aynı veya benzer ürünlerde kullanıldığının ‘ herkesçe bilindiği ’ mütalaa edilen tanınmış markaların tescil edilemeyeceğini ” öngörmektedir. Bu tür markaların en önemli vasfı olarak ortaya çıkan “ herkesçe bilinme ”, fikrî mülkiyet hukukunda, yeniliğin ortadan kalkmasını ifade eden anahtar kavramdır ki, yeniliğin ortadan kalkması için herkesçe bilinme değil, toplumu temsilen tek kişinin bilmesi dahi yeterli kabul edilmektedir⁶⁰². Tanınmış markanın herkesçe bilinme özelliğinin sonucu olarak, sonraki başvurunun yapıldığı ülkede, aynı veya benzer sınıflar için tescil ettirilmemiş⁶⁰³ hatta

⁶⁰¹ Aynı yönde BİLGİŞİN, s. 206; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 182; POROY / YASAMAN, s. 376; Reha POROY / Ünal TEKİNALP, “ Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar ”, Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN’ın Anısına Armağan, Ankara, 1990, s. 336, 339; YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 185, 227; KAYA (ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / NOMER ERTAN), s. 374; OYTAÇ, s. 85; A. Lerzan YILMAZ, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul, 2008, s. 152; Yargıtay 11. HD. 26. 05. 2000 tarih 2000 / 2762 E. 2000 / 4717 K.; Karş. BENTLY / SHERMAN, s. 804.

⁶⁰² Aynı yönde KARAYALÇIN, s. 414 - 415.

⁶⁰³ Karş. BENTLY / SHERMAN, s. 704; KARAHAN, s. 79; YILMAZ, s. 181; DÖNMEZ, s. 7, 33.

kullanılmamış⁶⁰⁴ olsa bile bir tanınmış markanın tescile engel olması söz konusu olmaktadır⁶⁰⁵.

Bu ret sebepleri dikkate alındığında, amaçlarının, toplum tarafından daha önce bilinen, alenileşmiş markalardan nitelikli farklılığı bulunmayan, yani yeni olmayan marka başvurularını korumamak olduğu görülmektedir.

Marka hukukunda, tanınmış markalar yönünden mutlak⁶⁰⁶, diğer markalar için yer yönünden nisbi yenilikte karar kılınmıştır. Yani, başvuru tarihinden önce, dünyanın herhangi bir yerinde ve herhangi bir şekilde kamuoyunca ulaşılabilir hale getirilmiş ve tanınmış olan markalar yeniliği ortadan kaldırırken, diğer markaların yeniliğinde ilgili ülkede yenilik aranmaktadır. Bu, marka hakkının, diğer fikrî mülkiyet haklarından yenilik yönünden bir farklılığı olup, yukarıda⁶⁰⁷ açıkladığımız marka yaklaşımından kaynaklanmakta ve bu yaklaşımın etkilerinin hafifletilmeye çalışılmasına örnek teşkil etmektedir. Aksi takdirde, yani dünyanın herhangi bir yerindeki bir markanın tescile engel olması halinde, marka oluşturan kişilerin seçenek özgürlüğü, diğer fikrî ürün üreticilerinden daha kısıtlı olacağından⁶⁰⁸, bu hafifletme olmadığı takdirde, ticari hayatın kısıtlanması şiddetini hissettirecektir. Örneğin, elma kelimesi farklı dillerde farklı şekilde yazılıyor olsa bile elma tek bir nesnedir ve yeni elma türleri geliştirilmedikçe elma kelimesi aynı şeyi ifade edecektir. Markaların yeniliği incelemesinde, kelimelerin anlamları da dikkate alındığından, mutlak yeniliğin kabulü halinde, elma ibaresini bir sınıfta tescil ettiren kişinin dışında, dünya genelinde hiç kimse bu kelimeyi tescil ettiremeyecektir.

⁶⁰⁴ ARKAN, C. I, s. 92.

⁶⁰⁵ ARKAN, C. I, s. 92 - 93, 104; YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 245; DİRİKKAN, s. 64; YILMAZ, s. 181.

⁶⁰⁶ Karş. ARKAN, C. I, s. 92; YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 185; Aksi yönde bkz. Yargıtay 11. HD. 26.05.2000 tarih 2000 / 2762 E. 2000 / 4717 K.

⁶⁰⁷ Bkz. s. 39.

⁶⁰⁸ Aynı yönde ARSEVEN, s. 142.

Aranılan yeniliğin objektif olmasının hedeflendiği, “ aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markaların tescil edilemeyeceği ”nin kabulü, mal ve hizmet sınıflarının tespitinde uluslar arası bir anlaşmanın (Nice Anlaşması) kullanılması⁶⁰⁹, “ sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesine göre tanınmış markaların tescil edilememesinin ” kabulü ile tanınmış markalara ilişkin objektif kriterler koymaya yönelik çalışmalar, - yukarıdaki açıklamalarımız ışığında kanaatimizce yanlış olmakla birlikte - “ vasat tüketici kitlesinin dikkate alınması (MarKHK. m. 8 / 1 – b) ” gibi objektif bir kriterin uygulanması vb.den anlaşılmaktadır. Ancak, “ aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olmanın ” objektif kriterlerinin verilmemiş olması, objektif yenilik anlayışıyla bağdaşmamaktadır.

Aranılan yeniliğin nitelikli olmasının hedeflendiği “ aynı veya benzer sınıftaki, aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markaların tescil edilemeyeceği ”, dolayısıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerliği ortadan kaldıracak düzeyde bir farklılığın aranmasından anlaşılmaktadır. Buradaki nitelikli yenilik ile gelişme gösterme koşulundaki bilinenlerden farklılığın nitelikli olması karıştırılmamalıdır. Örneğin, farklı sınıftaki bir başvuru nitelikli yenilik şartını sağlamakta iken, karıştırılma vb.ne sebep olması halinde gelişme gösterme koşulunu karşılamadığı için reddedilebilecektir.

Markadaki yenilik incelemesinde de, ortalama bir uzmanın genel uzmanlık bilgisi dikkate alınmalı, incelemede esas alınan zamandan önceki bilinen, alenileşmiş markalardan, belli bir düzeyde farklı olmayan markalar tescil edilmemelidir. Bunda da ortalama bir uzmanın, genel uzmanlık bilgisiyle, markalardaki bilinen şey veya usulleri değiştirmek, genişletmek vb. şekilde yapabileceği uygulamalar gelişme sayılmamalıdır. Örneğin, simit markası varken yapılan simitçi ibareli marka başvurusu, ErKay markası

⁶⁰⁹ AYHAN, s. 328; KARAHAN, s. 38 vd.; YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 226; Aynı yönde BAINBRIDGE, s. 584.

varken yapılan Özerkay ibareli marka başvurusu, basit yenilik boyutunu geçemeyecektir. Ancak, mevcut düzenleme ve uygulamalara göre yapılan yenilik incelemesinde, bilinen alenileşmiş marka olarak sadece tescil edilmiş markalar dikkate alınmakta (MarKHK. m. 7 / I – b) yani patent veya tasarım haklarındaki tekniğin bilinen durumuna nazaran, kıyaslamada dikkate alınan toplumun bilgi havuzu oldukça daraltılmış olmaktadır. Her ne kadar, markanın yeniliğini ortadan kaldıracak önceki kullanım vb. den ötürü 3. kişilere itiraz imkânı tanınmışsa da (MarKHK. m. 8 / III), bunun için 3. kişinin marka üzerinde bir hakkı olması ve buna dayalı itiraz etmiş olması şarttır⁶¹⁰. Uzmanın, resen inceleme imkânı da bulunmamaktadır. Oysa patent de uzman, daha önceki tescilli patent dökümanlarının yanı sıra diğer alenileşmiş bilgileri resen dikkate alabilmektedir ve gerçek hak sahibinin dışındaki 3. kişilerde - buluş üzerinde hakları olmamasına rağmen - itiraz edebilmektedir. Bu farklı uygulama, kanaatimizce, “ - önceki tescilsiz kullanım vb. de dâhil olmak üzere - markanın, niteliği itibariyle, diğer fikrî mülkiyet haklarından daha geniş bir alana yayılması ve bu kadar geniş bir alanı, ortalama bir marka uzmanının sürekli takip edemeyecek oluşu ” kabulünden kaynaklanmaktadır. Bu farklı uygulama, uzmanın, incelemede, mevcut tesciller dışında ulaşabildiği alenileşmeyi sağlayan objektif kaynakları da dikkate almasına; markanın yeni olmadığına ortaya konulması için, itiraz imkânının önceki kullanım nedeniyle gerçek hak sahibinin yanı sıra 3. kişilere de sağlanmasına engel değildir. Haksız marka tescili yahut kullanımı, tüketicileri hatta rakipleri bile etkilemektedir. Bu kişilere tanınacak itiraz imkânı sayesinde “ marka korsanlığı ” tabir edilen eylemlerin de azaltılması sağlanmış olacaktır.

Yeniliğin aranacağı zaman, fikrî ürün üzerinde hak sahipliğinin doğduğu iddia olunan andır. Bu an, marka hakkı da tescile tabi bir hak

⁶¹⁰ Aynı yönde AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 186; ARKAN, C. I, s. 96; KARAHAN, s. 9; BENTLY / SHERMAN, s. 878; DOĞANAY, s. 410; DÖNMEZ, s. 4; ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 135; Yargıtay HGK. 07. 02. 1968 Tarih ve 66 – 1445 / 67 sayılı karar (MOROĞLU / KENDİGELEN, s. 56’dan naklen); Karşı görüş için bkz. MİMAROĞLU, s. 309 (Müellif, “ önceki kullanımdan kaynaklanan üstün hakkın ancak tescil edilmiş olmak kaydıyla mümkün olabileceği ” görüşündedir.).

olduğundan, fikrî mülkiyet hakkına ilişkin başvurunun yapıldığı gün, saat ve dakika; eğer bir rüçhan talebinde bulunulmuşsa rüçhan tarihi; başvuru veya rüçhan tarihi öncesinde tescilsiz kullanım varsa hak sahibi kaynaklı açıklama tarihidir. Ancak, marka da diğer fikrî mülkiyet haklarından farklı olarak, sınırlı bir yeniliği kaldırmayan açıklama süresi belirlenmediğinden, marka sahibinin belli bir süreden önceki açıklaması, başvurusunu yaptığı markanın yeniliğini kaldırmamaktadır. Bu, markanın diğer fikrî mülkiyet haklarından farklılık gösteren bazı özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Günümüz dengesinde, diğer türlerde, toplumun fikrî ürünü belli bir süreden sonra serbest kullanabilmesi benimsenmiş, koruma ve yeniliği kaldırmayan açıklama süreleri bu nedenle sınırlandırılmıştır. Oysa, marka hakkında belli bir süreden sonra toplumun fikri ürünü serbest kullanım imkanı sağlanmamıştır. Bunun en önde gelen gerekçesi de; yukarıda⁶¹¹ açıkladığımız mevcut marka yaklaşımıdır. Bu nedenle, markalarda yenilik kriteri sadece çifte hak sahipliğini önleme işleviyle geçerli olmakta, yeniliğin aranacağı zaman da, sadece bu andan önce başka bir marka bulunup bulunmadığı bağlamında önem taşımaktadır. Sınırlı bir yeniliği kaldırmayan açıklama süresi belirlenmemesine gösterilebilecek ikinci gerekçe ise, markanın işlevini yerine getirebilecek şekilde ortaya çıkmasının zaman alan bir durum olduğu düşüncesidir⁶¹². Oysa bu sebep, reklam vb. ile işlevi gerçekleştirebilir olmanın çok kısa sürede sağlanabilir olması, diğer türlerde de haktan istifade edilebilmesi için az veya çok bir zamanın kaybediliyor olması, fikri ürünün beklenen faydayı getiremeyeceği riskinin taşınması vb. haller karşısında kabul edilemez.

İnceleme anının belirlenmesinde markalar yönünden oluşabilen bir ayrık durum da şudur. Çeşitli mal veya hizmet sınıfları için, aynı işareti taşıyan farklı başvurular yapılmış veya farklı sergilemeler gerçekleştirilmiş olabilir. Hal böyle olunca, başvuru sahibi, aynı işarete ilişkin olarak çeşitli mal

⁶¹¹ Bkz. s. 39.

⁶¹² Aynı yönde YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 183; ARSEVEN, s. 85.

veya hizmet sınıfları için farklı rüçhan taleplerinde bulunmuş olabilir. Bu yüzden, markanın yenilik incelemesinde esas alınan tarihin, her zaman başvurunun tümü için aynı olması gerekmeyp, inceleme rüçhanda belirtilen sınıf için, o rüçhan tarihi dikkate alınarak yapılmalıdır. Farklı rüçhan tarihine dayanma, farklı sınıflar için mümkün olabilirken, bunun tersi, yani aynı sınıfı taşıyan ancak farklı işaretlere ilişkin olan rüçhan taleplerinde mümkün değildir. Markalarda, rüçhan hakkının süresi de altı ay olarak belirlenmiştir (MarkHK. m. 25, 26).

Marka hukukunda kıyaslamada dikkate alınacak kitle olarak, özellikle markanın aynı yahut benzer olup olmaması, karışıklığa sebebiyet verip vermeyeceği, haksız bir yararın sağlanıp sağlanamayacağı vb. hususlarda vasat tüketici kitlesinin⁶¹³ dikkate alınması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. Ancak yukarıda yaptığımız açıklamalar⁶¹⁴ karşısında, bu kitle tecavüz vb açısından uygun olabilirse de, yenilik incelemesinde ortalama uzmanın dikkate alınması daha uygun olacaktır.

Markanın karşılaştırılan konusu, koruma talep edilen " mal ve hizmet sınıfları ile işarete " göre belirlenir. Mal ve hizmet sınıflarının tespitinde, uluslar arası bir anlaşma (Nice Anlaşması) kullanılmakta, bu yönden benzerlik incelemesi, alt grup bazında yapılmakta⁶¹⁵, farklı sınıfın karıştırılmaya neden olup olmayacağı ise, kanaatimizce, gelişme gösterme koşulu olarak incelenmektedir.

" İşaret " yönünden, yenilik ve gelişme gösterme (ayırt edicilik) koşulunun incelemelerinin ayrı değerlendirilmesi gerekir. Yenilik için nitelikli farklılık taşıması yeterli olmasına rağmen; gelişme gösterme koşulunda,

⁶¹³ MİMAROĞLU, s. 308; ARKAN, C. I, s. 103; ARSEVEN, s. 146; YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 399; KARAHAN, s. 105; DOĞANAY, s. 400; DÖNMEZ, s. 8; OYTAÇ, s. 158; B. Fatih DOĞAN, " Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma ", BATİDER, C. XXIV, S. I, Ankara, 2007, s. 222; Karş. BENTLY / SHERMAN, s. 812.

⁶¹⁴ Bkz. s. 133 vd.

⁶¹⁵ KARAHAN, s. 38 vd.; YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 226; Aynı yönde AYHAN, s. 328; BAINBRIDGE, s. 584.

işaretin, tekel hakkıyla korunmayı hak eden nitelikte bir gelişmeye, farklılığa sahip olması gerekecektir. Hal böyle olunca, önceden bilinen bir markanın aynı yahut basit farklılık düzeyindeki değişik hali, yeni sayılmamayı gerektirecektir. Buna karşılık, işaretlerin benzer olması, nitelik itibariyle farklı olduklarını yani yenilik taşıdıklarını ortaya koymakta ve gelişme gösterme koşulunun yani korumayı hak eden nitelikte bir gelişmeye, farklılığa sahip olup olmadığının incelenmesini gerektirmektedir⁶¹⁶. Doktrindeki bazı müellifler de, “ *markanın aynı olmasının tamamen kopya edilmesini ifade ettiği*⁶¹⁷, *ayırtedilemeyecek kadar ‘ aynı ’ olmanın ise, aynı veya ayırtedilemeyecek kadar az değiştirilmesi olduğu* ” görüşündedir⁶¹⁸. Bu görüş dikkatle incelendiğinde, kastedilenin, önceden bilinen bir markanın aynı yahut basit farklılık düzeyindeki değişik hali olduğu açıktır. Buna karşılık, doktrindeki müelliflerin bazıları, “ *işaretin aynısının (taklit) veya karışıklığa sebep olacak düzeyde benzerinin (tağyir) iltibas oluşturacağı* ” görüşünde⁶¹⁹ iken, diğer bir kısım müellif de, “ *sadece karışıklığa sebep olacak düzeyde benzerinin iltibas ifade ettiği* ” görüşündedir⁶²⁰. Bu görüşlerin de dikkatle incelenmesi halinde, temelde, ayniyet ve / veya benzerlik halinde bir marka korumasının hak edilemeyeceği düşüncesinin olduğu görülmektedir. Görüş, netice itibariyle doğru sonuca ulaşırsa da, yenilik ve gelişme gösterme ayrımı yapılmamakta, korumanın reddinin hangi kriterin yokluğuna dayalı olduğu belirtilmemektedir. Kanaatimizce, önceden bilinen bir markanın aynı yahut basit farklılık düzeyindeki değişik hali olması, yenilik koşulunun yokluğuna delalet etmelidir. Nitelikli farklı olmasına rağmen, tekel hakkıyla korunmayı hak eden nitelikte bir farklılığa sahip olmaması (halk tarafından karıştırılma, haksız bir yararın sağlanması, önceki markanın itibarına zarar verilmesi veya

⁶¹⁶ Karş. TEKİNALP, s. 412.

⁶¹⁷ HİRŞ, Ticaret, s. 157; TEKİNALP, s. 412; ARSEVEN, s. 137; ÖÇAL, s. 105; KARAHAN, s. 44.

⁶¹⁸ HİRŞ, Ticaret, s. 157; ARSEVEN s.138 (Müellif, “ buna karşılık muhtelif esaslı unsurlardan sadece birinin alınmasının taklit olarak değerlendirilemeyeceği ” görüşündedir.); ÖÇAL, s. 105; YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 228; KARAHAN, s. 44; KAYA (ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / NOMER ERTAN), s. 374.

⁶¹⁹ KARAYALÇIN, s. 461; MİMAROĞLU, s. 305; KARAHAN, s. 39; ÖÇAL, s. 108; ARSEVEN, s. 140; DÖNMEZ, s. 77 - 78; DOĞANAY, s. 419.

⁶²⁰ TANSI, Ömer Celal, Ticaret Hukukunda Alameti Farika İltibasları, İBD, 1965, C. XIX, S. 5, s. 301; CENGİZ, s. 7.

ayırt edici karakterini zedelemesi vb. de kapsar) ise, gelişme gösterme koşulunun yokluğuna delalet etmeli ve korumanın reddine neden olmalıdır.

Markanın ayırt ediciliğinin özellikle esas unsurda bulunması gerektiği⁶²¹ düşüncesinden hareketle, özgün ve karakteristik esas unsurun kullanımı, markanın aynı olması şeklinde kabul edilirken⁶²², yardımcı unsur niteliğindeki unsurların aynen alınması, aynılık olarak kabul edilmemektedir⁶²³. Bir markanın biçim veya söyleyiş yahut da mana itibarıyla eşinin kullanılması da, o markanın aynen kullanıldığı anlamına gelir⁶²⁴. Ayırt ediciliğin, özellikle esas unsurda bulunması gerekirken, nitelik itibarıyla farklılığın yeterli olması karşısında, yenilik için, farklılığın hangi unsurda olduğu önem taşımamaktadır. İşaretteki bu farklılığın, korumayı hak eden bir farklılık olup olmadığı, yani ayırt ediciliğinin bulunup bulunmadığı gelişme gösterme koşulu olarak bir sonraki safhada incelenecektir.

Yenilik incelemesinde de, “ markanın korumayı hak edip etmediğinde ” olduğu gibi⁶²⁵, genel görünüme dikkat edilir. Markadaki unsurların, görsel yönleri, telaffuz ve anlamı incelemede dikkate alınır⁶²⁶. Kelimeden oluşan markalarda, şeklin yanı sıra, kelimenin çıkardığı sese de önem verilmesi gerekir⁶²⁷. İşaretler arasındaki yazı farkı, stili ve formu, grafik düzeni, renk unsurlarının farklı olması vb. ayniyeti ortadan kaldırmaz⁶²⁸.

⁶²¹ KARAYALÇIN, s. 413; KARAHAN, s. 16; Aynı yönde ARKAN, C. I, s. 76 dn. 18.

⁶²² HİRŞ, Ticaret, s. 158; KARAYALÇIN, s. 432; ARSEVEN, s. 137, 141; ÖÇAL, s. 105; KARAHAN, s. 44; KAYA (ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / NOMER ERTAN), s. 374.

⁶²³ KARAHAN, s. 50.

⁶²⁴ KARAHAN, s. 46 vd. ; Aynı yönde YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 228.

⁶²⁵ Aynı yönde HİRŞ, Ticaret, s. 158; ARKAN, C. I, s. 76; POROY / YASAMAN, s. 376; YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 228, 401; Hamdi YASAMAN, “ Tanınmış Marka ”, İÜHF Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 704; ARSEVEN, s. 142; DÖNMEZ, s. 8; KARAHAN, s. 16; CENGİZ, s. 7.

⁶²⁶ HİRŞ, Ticaret, s. 158; KARAYALÇIN, s. 414; MİMAROĞLU, s. 308; ARSEVEN, s. 143; DOĞANAY, s. 400; Yargıtay HGK. 13. 12. 1961 tarih T / 16 E. 45 K.; Case C – 206 / 04 P, ECR, 2006, Page I – 02717, Para. 11.

⁶²⁷ HİRŞ, Ticaret, s. 157; Karş. ARSEVEN, s. 143 (Müellif, “ kelimelerin daha ziyade okunmak, telaffuz edilmek için kullanıldığı gerekçesiyle, kelimeden oluşan markalarda, kelimenin çıkardığı sese, şeklinden daha fazla önem verilmesi gerektiği ” düşüncesindedir.).

⁶²⁸ YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 228.

Başvurusu yapılan marka ile sicilde kayıtlı markalar arasında yapılacak karşılaştırma sonucunda, markanın sahip olduğu mal ve hizmet sınıfları ve işaret unsurlarının, nitelik yönünden önceki markalardan farklı olması halinde, markanın yeni olduğu sonucuna ulaşılabacaktır⁶²⁹. Söz konusu farklılıkların sayısının bir önemi yoktur; tek bir özelliğin (örneğin, farklı bir mal veya hizmet sınıfının bulunması yahut markada farklı bir görsel, işitsel, anlamsal unsurun bulunması) bile farklı olması yenilik için yeterlidir. Ancak koruma, farklılık oluşturan unsur itibarıyla sağlanacaktır. Örneğin, uygulamada aynı veya benzer olan mal ve hizmet sınıfları yönünden başvuru reddedilmekte, farklı sınıf yönünden tesciline karar verilmektedir⁶³⁰. Markaların kapsadığı mal ve hizmetler ne kadar yakın olursa, markanın koruma altına alınabilmesi için, sonraki markanın işaret olarak öncekinden o kadar farklı olması gerekir⁶³¹.

Burada özellikle vurgulanması gereken husus, bu şekilde yeni olduğu sonucuna ulaşılan markanın tescil edileceği anlamının çıkmayacağıdır. Bundan sonra, markadaki farklılığın, öncekilerden nitelik yönünden tekel hakkıyla korunmayı hak edecek düzeyde olup olmadığını araştıran gelişme gösterme yönünden incelenmesi gerekecektir.

Yukarıda belirtilen düzenlemelerin aynen benimsenmiş olması neticesinde, yaptığımız açıklamalar, Hukukumuz yönünden de geçerli olmaktadır.

Marka hukukunun mevcut düzenleme ve kabullerine göre, yenilik incelemesinin gösterdiği özellikler bu şekilde olmakla birlikte, fikrî mülkiyet hakkının amaçlarına aykırılık teşkil eden, markanın tüm yararlanma şekilleri açısından ilânihaye korunması ve buna dayalı başka uygulamalar nedeniyle

⁶²⁹ Aynı yönde KARAHAN, s. 32.

⁶³⁰ Aynı yönde KARAHAN, s. 35 dn. 2.

⁶³¹ Aynı yönde ARKAN, C. I, s. 97.

fikrî mülkiyet haklarının tümünde geçerli olan yenilik inceleme prensiplerine uyumsuz yönleri ortaya çıkmaktadır.

IV . Coğrafi İşaret

Fikrî mülkiyet doktrininin, yenilik niteliğine ilişkin görüş belirtmediği bir diğer hak da, coğrafi işaret hakkıdır. Oysa yenilik niteliği, mahreç işaretleri başta olmak üzere, coğrafi işaretlerin varlığının gereği olarak, özünde bulunması zorunlu bir nitelikler. Hakkın esaslı noktasını ürünlere katılan ve bölgeden kaynaklanan bir özellik teşkil etmektedir. Ayırdediciliğin sağlanabilmesi için, bu özelliğin daha önce, aynı veya benzeri ürünlerde bilinmeyen (bu ürünlerdeki haliyle bulunmayan), kullanılmamış bir özellik olması şarttır ve bu da yenilik özelliğine tekabül etmektedir. Coğrafi işaret de, koruma hakkını sağlayan zihinsel faaliyet, o coğrafi bölgenin doğal veya kültürel yönden ürünleriyle özdeşleşmiş belirgin bir özelliğini tanıtmak, bölgenin ürünlerini diğerlerinden ayırt etmekte kullanma düşüncesidir⁶³². Toplum tarafından bilinip bilinmemeye esas teşkil edecek olgu da, bölge değil, bölgeden kaynaklanan bir özellik ürünlerin özdeşleşmesi ve bunun bölge ürünlerini ayırt edici bir işarette ortaya çıkmasıdır. Trips Anlaşmasının 7. maddesi karşısında, fikrî mülkiyet hakkının konusu olması için, bölgeyle özdeşleşmeyi sağlayan özelliğin, fikrî ürün olarak yeni olması şarttır. Yoksa, bölgenin belki binlerce yıldır toplumca biliniyor olması dahi mümkündür. Örneğin, İzmit binlerce yıldır bilinmesine rağmen, pişmaniyesi 1940'lı yıllarda ortaya çıkmıştır ve ortaya çıktığı dönem itibarıyla “ yenidir ”. Sadece, kendi bölgesinde böyle bir ürün üretilen kişiler, bunu bölgeye şöhret kazandırmakta kullanmayı düşündükleri takdirde, zaman kaybetmeksizin bu fikri koruma altına alabileceklerdir.

Coğrafi işaretler açısından, “ bu işaretlerle yenilik kavramının yan yana düşünülmemesinin ” en önemli nedeni, o bölgeye ait ürünün bir özelliği

⁶³² Aynı yönde AYHAN, s. 411; BENTLY / SHERMAN, s. 963.

olması nedeniyle, özelliğin toplumca biliniyor olmasının, bölgenin tarihiyle eşdeğer olduğu düşüncesinin refleks halinde insanın aklına gelmesidir. Oysa, doğal özelliklere has menşe işaretlerinde dahi bu eşdeğerliğin olması şart değildir. Yakın zamanda gerçekleşen bir çevre olayı dahi, o bölgeye has ürünlerin oluşmasına neden olabileceği gibi, bölgede önceden var olan ürünlerin ve özelliklerinin yeni keşfedilmesi de söz konusu olabilir. İkinci bir neden ise, belki binlerce yıldır var olan ürünlerin nasıl yeni kabul edilebileceğidir. Bunların yeni olmadığı doğrudur ancak bu durum, bundan sonra ortaya çıkacak coğrafi işaretlerde de yenilik özelliğinin aranmaması gerektiği anlamına gelmez. Aksine bir kabul, coğrafi işaretlerin halen mevcut olanlarla sınırlı olduğu anlamına gelir ki bunun kabulü mümkün değildir. Ayrıca, uzun yıllardır bilinmekte olan bu fikrî ürünlere, bir hakkın konusu olabileceğinin yakın zamanda fark edilmiş olması nedeniyle, hakkaniyet gereği, yenilik kriterinin uygulanmaya başlanmasında bir geçiş dönemi öngörülmesi de zorunlu hale gelmektedir. Coğrafi işaret hakkı, başlangıçta Fransa ve Portekiz öncülüğünde ve sadece bu ülkelerdeki bağlarda yetişen ürünlerin korunmasına yönelik olarak başlamış, gereken önem de verilmemiş bir haktır. Dünyanın çoğu bölgesinde, bu haklar yönünden yeterli bilgilendirme çalışması yapılmadığı gibi, mevzuatına da gereken önem verilmemiştir. Bu nedenle, kanaatimizce tüm ülkelere, coğrafi işaret niteliğini haiz işaretlerinin bir envanterini oluşturmaları ve bölgelerinin coğrafi işaret tescil başvurularını yapmaları için belli bir süre tanınmalı; bu geçiş döneminden sonra yenilik hükümleri, diğer türlerde uygulandığı haliyle yani rüçhan, yeniliği kaldırmayan açıklamalar, belli bir süreden önce yapılan açıklamaların yeniliği kaldırması vb. düzenlemeleri de dâhil olmak üzere uygulanmalıdır. Menşe işaretlerinde, bölgenin o özelliği, başka bir bölge tarafından sahiplenilemeyeceğinden gerekli olmasa da, özellikle mahreç işaretlerinde, çok uzun süredir bir bölgeye has olan özellikli ürünlere ilişkin işaretin tescilinde, başka bölgeler tarafından yapılacak başvurulara nazaran, bu bölgeye üstün hak tanınması gereklidir.

Yenilik niteliği, coğrafi işaret türlerine göre farklılık gösterir. Bir ürünün, tüm özelliklerinin veya esaslı unsurlarının veya özelliklerinin sadece belli bir yöre, alan, bölge veya ülkede yetişmesi yahut bulunması, o bölgeden kaynaklanması halinde söz konusu olan " menşe adında ", ürünün o bölgede üretimi zorunludur⁶³³. Bunun dışında herhangi bir bölgede üretimi söz konusu olmadığından Dünya'da tektir⁶³⁴. Bunun doğal sonucu olarak da, o bölgenin özdeşleşen özelliğinin, daha önce başka bir bölge ile özdeşleşmiş şekilde topluma arz edilmiş olması söz konusu değildir. Bu yönüyle menşe adı, öncü buluşlara benzemektedir⁶³⁵. Tek farkı, öncü buluşlar, başka buluşlara temel olabilirken, menşe adı, bölgeye has özdeşleşen özelliğe dair başka bir coğrafi işarete temel olamaz yani toplumca yeni geliştirmelerde kullanılamaz. Bu özelliği ve hukuk güvenliği nedeniyle menşe işaretlerinin, bir fikrî mülkiyet hakkı olarak korunmaması gerektiği yukarıda⁶³⁶ açıklanmıştır. Buna karşılık, genel hükümlerle korunsu bile, yenilik özelliği, menşe işaretlerinde yine de aranmalıdır. Bir ürünün o zamana kadar başka bir bölgede de üretilebildiği keşfedilemediğinden, menşe adıyla korunuyor olabilir. Ancak, sonra yapılan bir menşe işareti başvurusunda, konu ürünün daha önceki bir ürünle aynı özelliklere sahip olduğu, yani yeni olmadığı anlaşılabilir. Bu takdirde, sonraki başvuruya konu ürün, önceki ürünün bölgenin doğasına bağımlı sonucunu ortadan kaldırıyorsa, önceki işaretin de mahreç işaretine dönüşmesi gerekebilecektir. Örneğin, Roquefort peynirinin aynı özelliklerle başka bir coğrafyada da üretilebildiğinin keşfedilmesi halinde, dünyada o doğal özelliğe sahip iki bölge olduğu ve her ikisinin de - işarete ayırdedicilik sağlamak koşuluyla - ayrı menşe işaret hakkıyla korunması gerektiği sonucu doğarken, peynirin yapay bir ortamda üretilmesi halinde ise, her iki işarete de mahreç işareti hükümlerinin uygulanması gerekebilecektir.

⁶³³ Aynı yönde AYHAN, s. 415; KARAHAN (SULUK / SARAÇ / NAL), s. 247; BENTLY / SHERMAN, s. 964.

⁶³⁴ Aynı yönde AYHAN, s. 415.

⁶³⁵ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 963.

⁶³⁶ Bkz. s. 45 vd.

Mahreç işaretinde ise, ürüne katılan özellik coğrafi bölgede ortaya çıkarılmış olmasına rağmen, ürünün o bölgede üretiminin zorunlu olmaması⁶³⁷ ve bölge ürünlerini ayırt etmekte asıl görevin coğrafi (mülkî) adda bulunması nedeniyle toplumun bu fikrî üründen serbestçe faydalanabilmesi gerekir. Bu nedenle, mahreç işaretinde de, diğer türlerde olduğu gibi, toplumun kendisini geliştirecek bir fikirden serbestçe faydalanamamasının, günümüz dengesine göre belli bir süreyle sınırlandırılması; bu fikri ortaya koyan kişinin (bölgenin) teşvikinin gerektiği gibi sağlanabilmesi için çifte hak sahipliğinin engellenmesi ve toplumun zaten kullanma hakkının bulunduğu serbest bilgilerin kimsenin tekeli altına verilmemesi ihtiyacı vardır. Bu kapsam ve yenilik kriterinin amaçları bağlamında, başvurularda, - geçiş dönemi gerekliliği dikkate alınarak - bölgeden kaynaklanan özelliğin, toplum tarafından, bir bölgeye ait özellik olarak bilinmemesi; biliniyorsa koruma sağlanmaması gerekir.

Nitekim, bir coğrafi işarete de, yenilik niteliği taşımanın arandığını ortaya koyan düzenlemelerden biri, zımnen, coğrafi işarete ilişkin Lizbon Anlaşmasının 3. maddesinde yer alan, “ işaretlerin, hakkın gaspına ve taklide karşı korunması ” hükmünde yer almaktadır. Hakkın gaspı, her ne kadar hak sahipliği ve orijinallikle ilgiliyse de, bir yönüyle de başvurusu yapılan coğrafi işaretin yeni olmadığını, yani daha önce bilinmekte olduğunu ortaya koyar. Her ne kadar, diğer fikrî mülkiyet haklarında, hakkın gaspı, her zaman yeniliğin yokluğunu sağlamaz ise de, coğrafi işarete yeniliği ortadan kaldırır, çünkü hakkın gaspından söz edilebilmesi için, hakkın gerçekte başka bir bölgeye ait olması gerekir. Bölgeye ait bu hak konusunun kolektif niteliği⁶³⁸ de, hakkın, toplum tarafından bilinmeden yani alenileşme gerçekleşmeksizin gaspedilmesi ihtimalini, bu haklarda ortadan kaldırır. Oysa, diğer fikrî mülkiyet haklarında, özellikle sır saklama sözleşmesi vb. hallerde, alenileşme gerçekleşmeksizin başka bir kişiye ait hakkın gasbı

⁶³⁷ Aynı yönde AYHAN, s. 417; KARAHAN (SULUK / SARAÇ / NAL), s. 248; BENTLY / SHERMAN, s. 964; GÜNDOĞDU, s. 67.

⁶³⁸ Aynı yönde HİRŞ, Fikri Say I, s. 9; BENTLY / SHERMAN, s. 963; ÖÇAL, s. 13; HELVACI (ÜLGEN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 350.

mümkün olabilir. Taklit olma için de, aynı husus geçerlidir, çünkü, her taklit bir asıla muhtaçtır. Özellikle mahreç işaretlerinde söz konusu olabilen, coğrafi işaretini tescil ettirmemiş bir coğrafi bölgenin, özelliğinin taklit edilmesi ve tescile başvurusu yapılması halinde, yenilik koşulunun gerekliliği daha da net olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Gaziantep baklavasının özellikleri taklit edilerek, Atina baklavası olarak tescil başvurusunda bulunulması halinde, bir kişiye hak etmediği korumanın verilmesinin önüne geçilebilmesi yani fikrî mülkiyet hakkının amacının gerçekleşebilmesi⁶³⁹ ancak yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme koşullarının aranmasıyla mümkündür. Burada, Atina ve baklavasının özdeşleşmesi nedeniyle korumayı hak ettiği iddia edilebilirse de, bu özdeşleşmeyi sağlayan baklavanın üretim tekniği vb. olması⁶⁴⁰ ve bu özelliğin, daha önce Gaziantep baklavasında kullanıldığının bilinmesi karşısında, Atina baklavası işaretinin yeni olmadığı ortaya çıkacaktır. Coğrafi işaretin tescili aşamasında, “ ürünün tanımı; ürünün ve gerekiyorsa hammaddenin fiziksel kimyasal, mikrobiyolojik ve benzeri ilgili özelliklerini açıklayıcı teknik bilgiler ve belgeler ile ürünün üretim tekniğine ve varsa yerel özel üretim teknik ve şartlarına ilişkin bilgilerin ” talep edilmesinin gereği de, kanaatimizce budur⁶⁴¹.

Ayrıca, günümüz coğrafi işaret hukukunda, her ne kadar yenilik incelemesi olarak adlandırılan bir inceleme ve böyle bir şarta rastlanmasa da, bazı hukuki metinlerde, yenilik incelemesinin kapsamına giren hususlar, korumanın reddi sebebi olarak belirtilmektedir. Örneğin, “ menşei ülkelerde korunmayan veya koruması sona ermiş veya kullanılmayan adlar ve işaretlerin ” tescil edilmeyeceği düzenlemesi (Trips Anl. m. 24 / 9; CoğışKHK. m. 5 / e), her ne kadar başka bir saikle mevzuatta yer almışsa da, yenilik kapsamındaki bir husustur. Koruması sona ermiş veya kullanılmayan adlar ve işaretlerin, daha önceden coğrafi işaret olarak kullanıldıkları ve dolayısıyla

⁶³⁹ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 970 (Müellifler, “ bu haklarla, bir ürünün üretim yöntemi konusunda da tüketicinin aldatılmasının engellenmeye çalışıldığı ” görüşündedirler.).

⁶⁴⁰ Karş. AYHAN, s. 417; KARAHAN (SULUK / SARAÇ / NAL), s. 248; ŞEHİRALİ, s. 22; GÜNDOĞDU, s. 67.

⁶⁴¹ Karş. BENTLY / SHERMAN, s. 972.

toplumca bilindikleri yani yenilik niteliği taşımadıkları ortadadır. Bu halde, çifte hak sahipliği söz konusu olmamasına rağmen, toplumun fikrî ürünü serbest kullanma hakkının süresiz ortadan kaldırılması söz konusudur.

Coğrafi işaret haklarındaki mevcut düzenleme ve uygulamalara göre, bir yenilik incelemesi yapılmamakta, yeniliği ortadan kaldıracak, önceki kullanım vb. den ötürü, 3. kişilere itiraz imkânı da tanınmamaktadır. Ancak, mevzuat yahut doktrinde, coğrafi işaret yönünden yenilik kavramına yer verilmemiş olması, coğrafi işaretler yönünden yenilik unsurunun aranmadığı veya gerekmediği anlamına gelmez. Bu hakların temel niteliklerini taşıması gereken tüm türlerde olduğu gibi, coğrafi işaretin de, amacın gerçekleşmesi için temel nitelikleri taşıması; bunların var olup olmadığına yönelik incelemelerden yenilik incelemesinin yapılması şarttır. Coğrafi işaret, yukarıda da değinildiği gibi bir bölgenin mal veya hizmetlerini toplum nezdinde ayırt etmeye yarayan işarettir. Nasıl ki fikrî ürün, buluşlarda teknik yönden, tasarımlarda görsel yönden ortaya çıkıyorsa coğrafi işaretler de de, ürünün bölgeye has özelliklerini ayırt edicilik yönü ile ortaya çıkar⁶⁴². Coğrafi işarete de, önceki coğrafi işaretlerden esinlenmek söz konusu olabilir. Örneğin, Gaziantep Baklavası gibi, Atina Baklavası da olabilir. Ancak, bu baklavanın kullanılan malzeme ve üretim usullerinin, Gaziantep Baklavası'ndan farklı olması gerektiği gibi, bu farklı özellikleri nedeniyle, farklı bir baklava türü olarak Atina'yla özdeşleşmiş olması da gerekir. Özetle, bu esinlenme miktarı, coğrafi işareti ve işaretin özdeşleştiği ürünü, diğerlerinden belli bir düzeyde farklı kılmalı, aksi takdirde başvuru reddedilmelidir.

Coğrafi işaretin, bir fikrî ürünün bölgesel ürünleri ayırdedicilik yönüne ilişkin olması nedeniyle, doğal olarak yenilik incelemesinde kriter olarak, önceki coğrafi işarete konu ürünlerden ayırdedicilik durumu, yani bölgesel ürünlerin özelliklerinin farklılıkları ön planda incelenmelidir.

⁶⁴² Aynı yönde AYHAN, s. 415; BENTLY / SHERMAN, s. 963.

Yenilik, kısaca hakka konu olan coğrafi işaretin, yani bir bölgede yetişen maddeler, bölgenin sahip olduğu doğal kaynaklar yahut üretim usulleri vb. nin ürünlere belli bir nitelik vermesi ve bu özellikli ürünün o bölgeyle özdeşleşmesinin, toplum tarafından bilinmiyor olması veya önceki coğrafi işaret konusunun niteliklerinden belli bir düzeyde farklı olmasıdır.

Coğrafi işaret hakkının öne çıkan niteliği nedeniyle, alenileşmiş bilgiler, “ tescilli veya başvurusu yapılmış coğrafi işaretler ”, tescil dışında başka bir yolla korunmakta olan coğrafi işaretler (Lizbon Anl. m. 1. 2) ile bir coğrafi bölge ile özdeşleştiği bilinen coğrafi işaretlerden oluşmalı, yenilik incelemesi de ayırt edicilik yönünden bu bilgilerle kıyaslama şeklinde yapılmalıdır. Yine, diğer fikrî mülkiyet haklarında olduğu gibi, hükümlere uygun önceki açıklamadan (örneğin, ticari hayatta kullanım vb.) kaynaklanan haklar da korunmalıdır.

Coğrafi işaretlerin nitelikleri dikkate alındığında, işlevini salt ülke içinde değil, uluslar arası alanda da yerine getirdiği görülmektedir. Bu nedenle, ülke adlarının dahi coğrafi işaret olarak tescili kabul edilmiştir⁶⁴³. Bu durum, coğrafi işaretlerde, mutlak yeniliğin aranması gerektiğini ortaya koymaktadır. Yani, başvuru tarihinden önce, dünyanın herhangi bir yerinde ve herhangi bir şekilde alenileşmiş coğrafi işaretler, yeniliği ortadan kaldırmalıdır.

Aranılan yeniliğin objektif olması da gerekmektedir. Özellikle işarete konu ürünün bölgeye has niteliklerinin ve coğrafi bölgeyle özdeşleşmenin tespitinde objektif kriterler konulmalı, yenilik incelemesinin ilgili alandaki ortalama bir uzman tarafından yapılacağı, düzenlemelerde yer almalıdır⁶⁴⁴.

Aranılan yeniliğin nitelikli olması, kıyaslanan işaretlere konu ürünler arasında esaslı farklılıkların bulunması aranmalıdır.

⁶⁴³ Aynı yönde AYHAN, s. 416; GÜNDOĞDU, s. 65.

⁶⁴⁴ Aynı yönde AYHAN, s. 415.

Coğrafi işaretteki yenilik incelemesinde de, bilinen coğrafi işaretler ile coğrafi işarete konu olan ürün ya da hizmet alanındaki ortalama bir uzmanın genel uzmanlık bilgisi dikkate alınmalı; uzmanın, genel uzmanlık bilgisi içerisinde, alenileşmiş coğrafi işaretleri bilmesi beklenmeli, incelemede esas alınan zamandan önceki, bilinen, öngörülebilir, alenileşmiş coğrafi işaretlerden belli bir düzeyde farklı olmayan işaretler tescil edilmemelidir.

Yeniliğin aranacağı zaman, fikrî ürün üzerinde hak sahipliğinin doğduğu iddia olunan andır. Bu an, coğrafi işaret hakkı da tescile tabi bir hak olduğundan, fikrî mülkiyet hakkına ilişkin başvurunun yapıldığı gün, saat ve dakika; eğer bir rüçhan talebinde bulunulmuşsa rüçhan tarihi; başvuru veya rüçhan tarihinden öncesinde tescilsiz kullanım varsa, hak sahibi kaynaklı açıklama tarihidir. Ancak, koruma süresinin bir üst tavanının bulunmaması ve bu nedenle bir yeniliği kaldırmayan açıklama süresinin belirlenmemiş olması, coğrafi işaretlerden menşe işaretleri yönünden (hukuk güvenliği nedeniyle) kabul edilebilir olsa da, aynı durum mahreç işaretleri yönünden geçerli değildir.

Coğrafi işaret tescil başvurusu sırasında, işarete konu edilen ürünü, o bölgeye has kılan özelliklerin - aynen patent istemlerinde olduğu gibi - açıkça ortaya konulması gerekir. Mevzuatta da, tescil başvurusu sırasında ürünün tanımı; ürünün ve gerekiyorsa hammaddenin fiziksel kimyasal, mikrobiyolojik ve benzeri ilgili özelliklerini açıklayıcı teknik bilgi ve belgelerin; yöre, alan veya bölgenin coğrafi sınırlarını açıkça tanımlayan ve belirleyen bilgi ve belgelerin; ürünün üretim tekniğine ve varsa yerel özel üretim teknik ve şartlarına ilişkin bilgilerin ve ürünün, tescili talep edilen işaretle uygunluğunu kanıtlayıcı bilgilerin talep edilmesinin istendiği (CoğışKHK. m. 8) görülmektedir. Öncelikle, bu özellikler yönünden kıyaslama yapılmalı, özelliklerin nitelikli farklılık göstermemesi halinde, coğrafi işaretin yeni olmadığına karar verilmelidir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, Gaziantep baklavası üretim usulü, kullanılan malzeme vb. yönlerden Gaziantep'e hastır. Bu durum, sadece Gaziantep'te üretilebileceği anlamına gelmediğinden bir

mahreç işareti söz konusudur. Ancak, üretim usulü, kullanılan malzeme vb. açıklanması halinde, örneğin, Yunanistan’da aynı üretim usulü, kullanılan malzeme vb. yönlerinden nitelikli farklılık göstermeyen bir ürüne, coğrafi işaret koruması sağlanamayacaktır⁶⁴⁵. Eğer, ürünler bakımından gereken nitelikli farklılığın sağlandığı anlaşılırsa, coğrafi işaretin yeni olduğuna karar verilmelidir. Ürünü ve coğrafi işareti, karakteristik özellik itibariyle farklı kılmayı sağladığı takdirde, söz konusu farklılıkların sayısının bir önemi yoktur, tek bir özelliğin (örneğin, ürünü karakteristik olarak farklı kılmaya yetecek farklı bir malzemenin veya usulün kullanılması gibi) bile farklı olması, yenilik için yeterli olacaktır. Ancak koruma, farklılık oluşturan unsura göre olacaktır. Bu şekilde yenilik kriterinin aşılması, koruma sağlandığı anlamına da gelmeyecek, bir sonraki safha olan gelişme gösterme incelemesi koruma sağlanmasında belirleyici olacaktır. Bu incelemede de, başka hususlar, örneğin, işaret olarak farklılığın bulunması, özellikle, adın tercümesinin kullanılması⁶⁴⁶, Ereğli gibi aynı adı taşıyan (eşsesli) coğrafi bölgelerin varlığı⁶⁴⁷ veya işaretin coğrafi ad olmadığı hallerde (örneğin, İstanbul için Kız Kulesi, İzmir için Saat Kulesi, Erzurum için Çifte Minare vb.) önem taşımaktadır⁶⁴⁸. Bunun nedeni, Trips Anlaşması’nda gösterge ibaresinin kullanılmış olmasının⁶⁴⁹, işaretin coğrafi ad olması zorunluluğunu ortadan kaldırmasıdır. Ürünün niteliklerinin farklı olmasının yanı sıra işaret farklılığının da aranmadığı takdirde, aynı türdeki bir ürünün üretim vb.

⁶⁴⁵ Karş. AYHAN, s. 417; ŞEHİRALİ, s. 22 (Müellifler, “ mahreç işareti taşıyan ürünlerin başka bir yörede üretilmeleri halinde, hak sahibi coğrafi bölgeye ait hammadde ve üretim özelliklerinin aynen kullanılması gerektiğini ” belirtmektedirler. Bu görüş, kanaatimizce, bir yönden de, aynı veya önemli farklılığı olmayan hammadde ve üretim özelliklerinin kullanılmasının başka bir coğrafi işarete konu edilemeyeceğini ortaya koymaktadır.) BENTLY / SHERMAN, s. 974 (Müellifler, “ incelemenin dürüst ticaret uygulamaları ve karışıklığa sebebiyet verme bağlamında incelendiğini ” belirtmektedirler. Kanaatimizce, Müelliflerin temas ettiği bağlam, genel hüküm niteliğindeki haksız rekabet hükümleri kapsamındadır ve yerindedir. Ancak, ister genel hükümlerdeki bir ticari işaret hakkı ister bir fikrî mülkiyet hakkı söz konusu olsun incelemenin, bu bağlamdan daha önce, hakların taşınması gereken “ temel nitelikler ” bağlamında da yapılması uygun olacaktır.).

⁶⁴⁶ Aynı yönde GÜNDOĞDU, s. 128.

⁶⁴⁷ Karş. BENTLY / SHERMAN, s. 978; GÜNDOĞDU, s. 56.

⁶⁴⁸ AYHAN, s. 415; GÜNDOĞDU, s. 19; Burçak YILDIZ, “ Avrupa Birliği Hukukunda Coğrafi İşaretlerin Korunması ”, FMR., C. 8, S. 2008 / 2, Ankara, 2008, s. 40; AB. 510 / 2006 sayılı Coğrafi İşaret Tüzüğü m. 3, 3, c. 1.

⁶⁴⁹ Aynı yönde HİRŞ, Ticaret, s. 162; Zekeriyya ARI, “ Coğrafi İşaret Kavramı ve Coğrafi İşaretlerin Tescili ”, Prof. Dr. Ömer TEOMAN’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul, 2002, s. 59; Burçak YILDIZ, “ Trips’de Coğrafi İşaretler ”, FMR, C. 8, S. 2008 / 3, Ankara, 2008, s. 59.

niteliklerinde farklılık yapılmasına rağmen, aynı işaretin konulması suretiyle kanuna karşı hile yapılmasına veya tüketicinin aldatılmasına olanak verilmiş olur. Örneğin, İstanbul ile özdeşleşmiş bir ürünle aynı türde ancak üretim vb. niteliklerinde farklılık yapılmış bir ürünün üzerine, Kız Kulesi işaretinin konulması halinde, kötüniyetli kişilerin, tüketici nezdinde itibas oluşturmak suretiyle olsa da, coğrafi işaretten kaynaklanan faydayı sağlayabilme imkânları bulunmaktadır⁶⁵⁰.

Hukukumuzdaki duruma bakıldığında, uluslararası düzenlemelerde olduğu gibi CoğışKHK.'da da yenilik şartına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı görülmekte ve yukarıda yaptığımız açıklamaların, hukukumuz açısından da geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

V . Ticaret Unvanı

Ticaret unvanının asli işlevinin tacirleri “ ayırt etmek “ olması karşısında, bu işaretlerin de, işlevini yerine getirebilmesi için, markalarda olduğu gibi, kendine özgü unsurlar taşıması gerekir. Kendine özgü unsur, niteliği gereği ilk kez bu unvanla ortaya çıkacağından, daha önceki ticaret unvanlarından farklı olacaktır. Yenilik incelemesi de, ticaret unvanının, daha önce toplum tarafından bilinen unvanlardan, belli bir düzeyde farklı olup olmadığı incelemesidir. Ticaret unvanında belli unsurların bulunmasının zorunlu olması, bu zorunlu unsurların özellikle konu unvanlarında herkesin kullanabileceği / kullanması gereken unsurlar olması, her ticaret unvanının, aynı koruma çevresinde diğer ticaret unvanlarından açıkça ayırt edilebilecek bir şekilde olması⁶⁵¹ ve bunun için gerektiğinde ek yapılmasının zorunlu olması⁶⁵² kuralları birlikte düşünüldüğünde, ticaret unvanının ayırt edicilik işlevini çoğu zaman bu ekleri sayesinde gerçekleştirebilecekleri sonucuna ulaşılır⁶⁵³. Bu

⁶⁵⁰ Karş. BENTLY / SHERMAN, s. 978.

⁶⁵¹ BİLGİŞİN, s. 184; HİRŞ, Fikrî Say I, s. 11; ARSLANLI, Ticaret, s. 88; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 151.

⁶⁵² Aynı yönde HİRŞ, Ticaret, s. 148; ARSLANLI, Ticaret, s. 88; KARAHAN, İşletme, s. 135.

⁶⁵³ Aynı yönde HİRŞ, Ticaret, s. 148; ARSLANLI, Ticaret, s. 88; KARAHAN, İşletme, s. 135.

durum, özellikle unvanda kullanılan gerçek kişi veya ortak ad soyadının sıklıkla karşılaşılan ad ve soyad olması halinde belirginleşmektedir.

Ticaret unvanının yeniliği hususunda, mutlak yeniliği benimseyen görüşe göre, bir unvanı tescil ettirmek isteyen kişinin, aynı koruma çevresinde hiç tescil edilmemiş bir kelime bulması gerekirken⁶⁵⁴, diğer görüşe göre, ayırtediciliği sağlamak koşuluyla, mevcut haliyle ilk kez kullanılan bir unvan yenilik koşulunu karşılamıştır⁶⁵⁵. Ancak, ayırtediciliği sağlayacak unsurun, öncelikle, tacirin unvanında yer alan, iştiğal konularını belirten eklerden daha ziyade, fantezi kelimelerde aranması; markalarda olduğu gibi, unvanlarda ayırt ediciliği sağlayan esaslı unsurun bu kelimeler vb. olarak dikkate alınması gerekir⁶⁵⁶. Markalarda olduğu gibi ticaret unvanlarında da ayırt ediciliği sağlayan unsur, herkesin kullandığı ibarelerden daha ziyade, toplumun dikkatini çekici, hafızada yer edinen fantezi ibarelerle sağlanmaktadır. Ayrıca, bu kabul, sektör bazında farklı kelimelerin, tali unsurlar olarak incelemede dikkate alınmasını da engellememektedir.

Ticaret unvanının, aynı koruma çevresinde diğer ticaret unvanlarından açıkça ayırt edilebilecek bir şekilde olması⁶⁵⁷ ve bunun için gerektiğinde ek yapılması zorunluluğu, ticaret unvanının da önceki unvanlardan bir farklılık taşımasının yani yeniliğin arandığını ortaya koymaktadır.

Buna karşılık, ticaret unvanı hakkında, ilânihaye koruma esasının benimsenmiş olması ve hukuk güvenliğinin gereği bunun bir zorunluluk teşkil etmesi nedeniyle, yenilik kriterinin, en önemli işlevi olan, koruma süresinin toplum aleyhine uzamasını engelleme işlevinde kullanılmadığı görülmektedir. Koruma süresinin sınırlandırılmadığı bir kabul de, sürenin

⁶⁵⁴ Yargıtay 11. HD. 09. 04. 2002 tarih 342 E. 3318 K. Sayılı karar; Karşı görüş için bkz. KARAHAN, İşletme, s.138.

⁶⁵⁵ Aynı yönde Sami KARAHAN, “ Ticaret Unvanının Tescilinde Yenilik Şartı ”, KTO., S. 2, 1992 (Yenilik), s. 32 vd.

⁶⁵⁶ Aynı yönde HİRŞ, Ticaret, s. 148; ARSLANLI, Ticaret, s. 88; Karşı görüş için bkz. Sanayi Ticaret Bakanlığı’nın 19.06.2003 tarih ve 5161 sayılı Genelgesi.

⁶⁵⁷ BİLGİŞİN, s. 184; HİRŞ, Fikrî Say I, s. 11; ARSLANLI, Ticaret, s. 88; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 151.

başlangıcının tespitine de (çifte hak sahipliğini önleme dışında) gerek kalmamaktadır. Bu işlevde kullanılmama nedeniyle, işlevin gerektirdiği genel yenilik esasları da, ticaret unvanı hakkında geçerli olamamakta, örneğin sınırlı bir yeniliği kaldırmayan açıklama süresi belirlenememektedir. Kriter, sadece çifte hak sahipliğini önleme işleviyle ve bu çerçevedeki uygulamalarla sınırlı olarak kullanılabilir.

Aranılan yeniliğin, ticaret unvanındaki bu ayırt ediciliğin, şahıs unvanlarında ilgili sicil çevresi, konu unvanlarında ise tüm Türkiye genelinde aranması koşulu nedeniyle, nisbi yenilik olduğu düşünülebilirse de⁶⁵⁸ Paris Sözleşmesi'nin, ticaret unvanlarının tüm akit devletlerce korunma zorunluluğunu düzenleyen m. 8 ile koruma şeklini düzenleyen m. 2 / 1. hükümleri gereğince bir çatışma halinde, sonraki tarihli unvanda uygun değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Oysa, unvanlar fikri mülkiyet hakkı türlerinden farklı olarak, nisbi yenilik aranmasına uygun oldukları gibi, meşru ticareti kısıtlamama gereği de dikkate alındığında, bu bir zorunluluk haline de gelmektedir. Unvanlar, gerçek veya tüzel kişi de olsa bir vatandaş ifade etmektedirler. Bu vatandaşlık bağı, tabi bulunduğu devletin farklı olması nedeniyle, nasıl vatandaşlar arasında doğal bir ayırt edicilik kaynağı ise, vatandaş ifade eden unvan açısından da bu özellik sözkonusu olmaktadır. Ahmet Güzel ismindeki bir Türk tacir ile bir Alman tacir arasında, vatandaş oldukları devletlerin farklılığı başlı başına bir ayırt edicilik kaynağıdır. Bu ayırt edicilik kaynağı, ister *ultra* isterse *intra vires* ilkesi benimsensin, sadece unvanda tabi bulunan devletin uluslar arası kısaltmasının yer almasıyla bile yararlanılabilecek niteliktedir. Örneğin, unvanları benzer iki şirketten birinin unvanında GmbH ibaresinin yer alması bile, bu şirketlerden birinin Alman şirketi olduğunu anlatmaya, kendilerini, ürünlerini, sahibi oldukları maddi ve gayrimaddi malvarlıklarını ayırt etmeye yetebilmektedir. Günümüzde, bulmacalarda bile en çok karşılaşılan sorulardan olan devletlerin uluslar arası

⁶⁵⁸ Aynı yönde HİRŞ, Ticaret, s. 148; KARAYALÇIN, s. 391 vd.; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 151; POROY / YASAMAN, s. 330; ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 129; Karş. BİLGİŞİN, s. 184; HİRŞ, Ticaret, s. 147.

kısaltmaları da, vasat tüketicilerce bile anlaşılabilir. Her ne kadar, alan adlarında farklı ülke kodu taşıyanların aynı alan adı sahibine ait olabilmeleri gibi kanaatimizce yanlış bir uygulama yapılsa da, unvanda bu imkânın verilmesi hukuka aykırı olacaktır. Merkezi yurtdışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye’de bulunan şubeleri, kendi ülke kanunlarının ticaret unvanı hakkındaki hükümleri saklı kalmak kaydıyla, unvanlarında merkezlerini, şubenin bulunduğu yeri ve şube olduklarını belirten ek almak zorundadırlar (TTK. m. 42 / IV).

Yenilik incelemesinde, esas alınan zaman, tescil başvurusunun yapıldığı tarihtir (TTK. m. 42 / 1).

Hâlihazırda, ticaret unvanlarının tescili, ilgili Ticaret Sicil Müdürlüklerince gerçekleştirildiğinden, yenilik incelemesi; sicil çevresi için, bu müdürlüklerin veritabanlarındaki bilgiler üzerinde; ülke geneli için ise Ticaret Sicil Genel Müdürlüğü veritabanlarındaki bilgiler üzerinde, uzmanlarca (ilgili görevlilerce) gerçekleştirilmektedir.

Tescili istenilen unvan ile önceki unvanların arasında, olması gereken farklılık düzeyine, özellikle kelime markalarının farklılığına ilişkin kriterlerin uygulanması isabetli olacaktır⁶⁵⁹.

VI. İşletme Adı

İşletme adının, sahibi tarafından tescil ettirilmek zorunluluğu⁶⁶⁰ ile aynı koruma çevresinde diğer işletme adlarından açıkça ayırt edilebilecek

⁶⁵⁹ Karşı görüş için bkz. Sanayi Ticaret Bakanlığı’nın 19.06.2003 tarih ve 5161 sayılı Genelgesi.

⁶⁶⁰ EREM, s. 193 vd.; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 166; HELVACI (ÜLGEN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 336 vd.; KARAHAN, İşletme, s. 153; DOĞANAY, s. 382; Karş. HİRŞ, Ticaret, s. 149; ARSLANLI, Ticaret, s. 78; EDGÜ, s. 98 vd.; KARAYALÇIN, s. 397 vd.; ARKAN, İşletme, s. 264; MOROĞLU / KENDİGELEN, s. 54; DOĞANAY, s. 381.

bir şekilde olmaları⁶⁶¹ gerekliliği, bu haklarda da yenilik özelliğinin arandığını ortaya koymaktadır. Bu haklara ticaret unvanlarına ilişkin hükümlerin uygulanması nedeniyle yukarıda ticaret unvanı bahsinde yaptığımız açıklamalar, bu haklar için de geçerli olmaktadır⁶⁶².

Ş6. YENİLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KURULMASINA VE SAHİPLİĞİNE ETKİLERİ

Hâlihazırda, fikrî mülkiyet haklarından sadece patent, tasarım ve ıslahçı haklarında yenilik bir koruma koşulu olarak yer almaktadır. Marka, coğrafi işaret ve entegre devre topoğrafyası haklarında ise, başka kavramlarla ifade edilmekle birlikte, yenilik incelemesinin işlevi yerine getirilmektedir. Ancak, yenilik koşulu olarak belirtilse de belirtilmese de, bu hakların tümünde yenilik kavramına kapsamına giren koşulun bulunmaması, hakların kurulmasına (tescile) ve hak sahipliğinin doğumuna engel olmaktadır. Burada özellikle vurgulanması gereken hususlardan biri ise, patent, marka, coğrafi işaret ve ıslahçı haklarında yenilik kavramı kapsamına giren koşul re'sen incelenirken (PatKHK. m. 54 / II, MarKHK. m. 32, CoğİşKHK. m. 9, YBitK. m. 35), tasarımlarda ancak itiraz üzerine (EndTasKHK. m. 37, 38), entegre devre topoğrafyası haklarında ise, ancak mahkemede bir hükümsüzlük davası açılması halinde (EntDevKan. m.16, 19) incelemenin yapılacağıdır.

⁶⁶¹ ARSLANLI, Ticaret, s. 78 dn. 2; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 166; MOROĞLU / KENDİGELEN, s. 54; HELVACI (ÜLGEN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 337; Karş. ARKAN, İşletme, s. 264.

⁶⁶² EREM, s. 193 vd.; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 167; HELVACI (ÜLGEN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 336 vd.; KARAHAN, İşletme, s. 153; DOĞANAY, s. 382; Karş. HİRŞ, Ticaret, s. 149; ARSLANLI, Ticaret, s. 78; EDGÜ, s. 98 vd.; KARAYALÇIN, s. 397 vd.; ARKAN, İşletme, s. 264; MOROĞLU / KENDİGELEN, s. 54; DOĞANAY, s. 381.

§7. YENİLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE ETKİLERİ

Korunma için yenilik niteliğine sahip olması gereken bir fikrî ürün, yenilik niteliğine sahip değilse korunamayacak, incelemesiz sistemin sonucu olarak vb. koruma altına alınmışsa, hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır⁶⁶³.

Fikrî mülkiyet haklarının tümünde hükümsüzlük söz konusu olabilmekle birlikte, hâlihazırda, niteliği gereği sadece tescile tabi hakların ilgili oldukları sicilden terkinleri gerekmektedir. Eser haklarının, tescile tabi bir hak olmaması, doğal korumadan faydalanması nedeniyle, bu hakların sicilden terkini söz konusu olmamaktadır.

Hukukumuzda da, mehzaz düzenlemelerdeki gibi, her fikrî mülkiyet hakkı açısından; o hakkı düzenleyen mevzuatta öngörülen sınırlı sayıdaki sebeplerden birinin varlığı halinde, söz konusu hakkın mahkeme kararıyla hükümsüzlüğü söz konusu olmakta; tescile tabi olan hakların, hakka ilişkin sicilden terkini sağlanmaktadır. Tescil zorunluluğu bulunmayan eser hakları gibi haklarda hükümsüzlüğün söz konusu olmadığı iddia edilebilirse de, bu haklar da, hâlihazırda tek koruma şartı olarak görülen sahibinin hususiyetini taşıma (orijinallik) koşulunu taşımadıkları takdirde, hüküm ifade etmemekte (FSEK. m. 13) , yani hükümsüz olmaktadırlar. Eser hakkının korunması talebiyle açılan bir davada, hakkın koruma şartına sahip olmaması nedeniyle korunmamasına dair verilen karar da, kanaatimizce hakkın hükümsüzlüğünü ortaya koyan karardır. Buna karşılık, bu hükümsüzlük kararı, herkese karşı geçerli olmayıp sadece davanın tarafları için etki yapmaktadır ki bu da yukarıda⁶⁶⁴ eleştirdiğimiz “ sonraki eser sahibinin öncekini engelleme yetkisinin bulunmaması karşısında, önceden ortaya konulmuş fikrî ürünleri bilmekten sorumlu tutulamayacağı; dolayısıyla eser

⁶⁶³ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 443.

⁶⁶⁴ Bkz. s. 79 vd.

haklarında orijinallik dışındaki özelliklerin bulunmasının şart olmadığı⁶⁶⁵ görüşünün bir sonucudur.

Bu hakları düzenleyen hükümlerde yer alan benzer düzenlemeler; hakkın hükümsüzlüğüne yetkili mahkemece karar verilmesi, Mahkemenin hükümsüzlük kararının - kanunda yer alan geriye etkinin hüküm doğurmadığı durumlar hakkındaki istisnalar (PatKHK m. 131 / 2 vb.) dışında - geçmişe etkili olması, - eser hakkı hariç - hükümsüzlüğüne karar verilmiş olan bir hakkın, hakkın eski sahibi tarafından bir daha kullanılamaması, hakkın hükümsüzlüğüne ilişkin kesinleşmiş kararın - sadece taraflar arasında değil - herkes açısından hüküm doğurması, hakların hükümsüzlük sebeplerinin sınırlı sayıda (clausus numerus) olması ve nihayet kısmi hükümsüzlüğün (PatKHK m. 129 / 3 vb.) mümkün olmasıdır. Sinaî mülkiyet haklarını düzenleyen bu Kanun ve KHK'lerde, hakkın " hükümsüzlüğü " (PatKHK m. 129 / 1 vb.) terimi yanında, " iptal " sözcüğü de kullanılmıştır (PatKHK m. 129 / 3 vb.). Ancak, bu KHK' ler hükümsüzlük ile iptal sebepleri arasında ayırım yapmamıştır. Bu kullanım, terkin sebebinin önceden veya sonradan ortadan çıkması esasına dayanmayıp, özensizliğin bir sonucudur⁶⁶⁶. " Hükümsüzlük " teriminin tescil aşamasında ortaya çıkan ve tescili engelleyen nedenlerde; " iptal " teriminin ise, tescilden sonra ortaya çıkan iptal nedenlerinde kullanılması daha uygun olacaktır⁶⁶⁷.

Halihazırda, sadece, yeniliğin hakkın doğmasının bir şartı olarak öngörüldüğü haklar (patent, tasarım ile ıslahçı hakkı) ile başka kavramlarla ifade edilmekle birlikte, yenilik incelemesinin işlevinin yerine getirildiği marka, coğrafi işaret ve entegre devrelerin topoğrafyası haklarındaki ilgili koşulların fikrî üründe bulunmaması, bir hükümsüzlük sebebi teşkil etmektedir (PatKHK. m. 129 / 1, 165 / I; MarKHK. m. 42 / I - a, b; EndTasKHK. m. 43;

⁶⁶⁵ Aynı yönde DWORKIN, s. 63; SAIDMAN, s. 330; [Fred Fisher, Inc v. Dillingham, 298 Fed 145 (S.D.N.Y. 1924); Morse v. Fields, 127 F. Supp. 63 (S.D.N.Y. 1954); Gordon v. Weir, 111 F. Supp. 117 (E.D. Mich. 1953), aff'd mem. ,216 F. 2d 508 (6th Cir.1954)] (DWORKIN, s. 63'ten naklen).

⁶⁶⁶ ARKAN, C. II, s.155; KARAHAN, s. 6.

⁶⁶⁷ Aynı yönde 89 / 104 sayılı AB. Yönergesi m. 3, 4, 12.

CoğışKHK. m. 21 / I - a, YBitK. m. 52 / I - a; EntDevKan. m. 19 / I). Eser haklarında ise, her ne kadar yenilik şartı olarak adlandırılmasa da, yeniliği de kapsar tarzda kullanılan orijinallik koşulunun bulunmaması da hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmiştir (FSEK. m. 1 / a, b, ı, 13). Hükümsüz sayılma, - eser hakkı hariç - hakkın ve dolayısıyla korumanın sona ermesi anlamına gelir.

Hükümsüzlük davası, hükümsüzlük sebeplerinden herhangi birisinin bulunması halinde, tüketici dernekleri, bazı kuruluşlar ve diğer menfaati olan kişiler tarafından açılabilceğı gibi, sadece menfaati olan kişiler tarafından, karşı dava olarak da ileri sürülebilir. Mahkeme, hükümsüzlük sebebi fikrî ürünün tümü yönünden mevcutsa tam, bir kısmı yönünden mevcutsa sadece bu kısım için hükümsüzlüğe karar verebilir. Hükümsüzlük davası, gerçek hak sahipliğine veya önceki başvuruya dayanıyorsa, istisnalar dışında tam hükümsüzlük söz konusu olur. Önceki başvurunun, sonraki başvurunun bir kısmı ile aynı veya benzer olması, bu istisnalara örnek gösterilebilir. Kısmi hükümsüzlük halinde, fikrî ürünün diğer kısmı geçerliliğini korur.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORİJİNALLİK KAVRAMI

§1 . ORİJİNALLİK KAVRAMI

Orijinallik, sözlük anlamı itibariyle, “ orijinal olma durumu, özgünlük⁶⁶⁸” anlamına gelmekte olup, “ bir şeyin başlangıcı, nedeni yahut kaynağı⁶⁶⁹ ” anlamındaki orijin kökünden türemiş bir isimdir. Orijinal ise,

- Özgün, yani yalnız kendine özgü bir nitelik taşıyan⁶⁷⁰,
 - Fabrikası tarafından yapılan, taklit olmayan
 - Otantik⁶⁷¹
 - ilk, asıl, kopya olmayan⁶⁷²
 - bir şeyin ilk kez yapılması, bir şeye ilk kez kazandırılan karakteristik özellik⁶⁷³
- anlamlarında kullanılan bir sıfattır.

§2 . FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORİJİNALLİK KAVRAMI

Fikrî mülkiyet hukukunda, orijinallik kavramına, hâlihazırda, sadece fikrî ürünün korunması için açıkça şart olarak öngörüldüğü eser ve topoğrafya haklarında yer verilmektedir. Her ne kadar, Trips Anlaşması'nın 25. maddesinde, “ tasarımın korunması şartlarından birini, yenilik veya orijinallik olarak belirleme hususunda ” taraf ülkeler serbest bırakılmış ise de, ülkelerin neredeyse tamamının seçimini yenilik koşulundan yana yaptığı da görülmektedir. Bu nedenle, fikrî mülkiyet hukuku doktrininde, orijinallik

⁶⁶⁸ <http://tdkterim.gov.tr>, REDHOUSE Sözlüğü, COLLINS Sözlüğü.

⁶⁶⁹ COLLINS Sözlüğü.

⁶⁷⁰ <http://tdkterim.gov.tr>, REDHOUSE Sözlüğü.

⁶⁷¹ <http://tdkterim.gov.tr>.

⁶⁷² COLLINS Sözlüğü.

⁶⁷³ COLLINS Sözlüğü.

kavramına ilişkin görüşlere, çoğunlukla eser haklarına, nadiren topoğrafya ve tasarım haklarına ilişkin bölümlerde rastlanılmaktadır.

İngiliz hukukunda, orijinallik, eserlerde, tescilsiz tasarımlarda ve topoğrafyada eserin sahibinin eseri olması, kopya olmaması anlamıyla kullanılmaktadır⁶⁷⁴. Orijinallik için, yaratıcı fikrî çaba⁶⁷⁵ veya sahibinin çalışmasına mührünü vurmuş olması da aranmamaktadır⁶⁷⁶. Doktrindeki müelliflerin bir bölümü, bu genel kabulün yanı sıra “ çalışmanın alelade bir çalışma olmaması, sahibinin az da olsa bir yetenek, emek veya düşünce katkısının bulunması gerektiği ” düşüncesindedir⁶⁷⁷. *Bently / Sherman* ise, “ *orijinallik, fikrî ürünün, sahibinin kendi fikrî çabasıyla meydana getirdiği bir ürün olmasıdır*⁶⁷⁸. *Araştırılan şey, fikrî ürün sahibinin, fikrî ürünün oluşması için gereken fikrî yeteneklerini kullanıp kullanmadığıdır. Bir başka deyişle fikrî ürün sahibinin, fikrî ürünün oluşmasına ne gibi bir fikrî (yetenek) katkısının bulunduğudır. Fikrî ürünün, kaynağını fikrî ürün sahibinden alıp almadığına bakılır*⁶⁷⁹” görüşündedir⁶⁸⁰. Müellifler, ayrıca, “ *önemsiz fikrî çabalar sonucunda oluşan fikrî ürünün korunmayacağı, sadece emek harcanmış olmasının, koruma için yeterli olmadığı* ” görüşünü de ifade etmektedir⁶⁸¹.

ABD’de, orijinallik için, çalışmanın sahibince bağımsız yapılmış olması⁶⁸², sahibinin az da olsa bir fikrî katkısı (creativity) olması, önceki bir fikrî ürünün kopyası veya küçük değişiklik içeren şekli olmaması

⁶⁷⁴ CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82; TORREMANS, s. 178; FELLNER, s. 68.

⁶⁷⁵ CORNISH / LLEWELYN, s. 388; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82 vd; FELLNER, s. 68.

⁶⁷⁶ FELLNER, s. 68.

⁶⁷⁷ COLSTON / MIDDLETON, s. 261 (Müellifler, “ *yaratıcılığın olduğu kadar, emek harcamanın, alinteri dökmenin de orijinalliği sağladığı* ” düşüncesindedir.); PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82 vd.; TORREMANS, s. 178.

⁶⁷⁸ Aynı yönde Avrupa Database Dir. m. 3 (1); Avrupa Software Dir. m. 1 (3).

⁶⁷⁹ BENTLY / SHERMAN, s. 88 dn. 12.

⁶⁸⁰ BENTLY / SHERMAN, s. 88.

⁶⁸¹ BENTLY / SHERMAN, s. 89.

⁶⁸² BOUCHOUX, s. 168 vd.; SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd.; HALPERN / NARD / PORT, s. 49; FRANCIS / COLLINS, s. 892; GOLDSTEIN, s. 159; ERSTLING, s. 307.

aranmaktadır⁶⁸³. Bulunması gereken katkı, yaratıcılık miktarı, çok düşük olarak kabul edilmekte, katkının niteliği önem taşımamaktadır⁶⁸⁴. Ancak, geleneksel olarak kullanılan ad, slogan, başlık veya bazı işaretlerin korunmadığı da görülmektedir⁶⁸⁵.

AB hukukunda da, ABD’ de olduğu gibi fikrî katkı olması aranmaktadır⁶⁸⁶. Alman hukukunda benzer şekilde, belli bir yaratıcılık (level of creativity) bulunması aranmakla birlikte, bunun niceliksel (miktarca) etki gösterecek düzeyde olması yeterli kabul edilmektedir⁶⁸⁷. Fransa’da ise orijinallik, bir fikrî ürüne sahibinin mührünü vurmuş olmasını ifade etmektedir⁶⁸⁸. İsviçre hukukunda da, benzer şekilde fikrî ürünün bireysel bir ifade taşıması, sahibinin damgasını vurduğu bir bireysel zihin faaliyetini yansıtmaması niteliği aranmaktadır⁶⁸⁹. İngiliz doktrininde bazı müelliflerce, AB hukukundaki gibi “ fikrî katkı aranması gerektiği ” düşüncesi belirtilmektedir⁶⁹⁰.

Hukukumuzda ise, İngiliz hukukundaki, eserin sahibinin eseri olması, kopya olmaması anlamını taşıyan görüşler⁶⁹¹ veya Alman hukukundaki belli

⁶⁸³ NIMMER,M., Copyright 32 (1976), supra note 1 at 34 (OPPENHEIMER, s. 207’den naklen); BOUCHOUX, s. 168 vd.; HALPERN / NARD / PORT, s. 49; Trademark Cases, 100 U. S. 82 (1879) (<http://supreme.nolo.com>); Feist Publications Inc v. Rural Telephone Service Co, 499 US. (1991) (<http://caselaw.lp.findlaw.com>) ; Aynı yönde DWORKIN, s. 60 (Müellif, “ Bazı mahkeme kararlarında, bir yaratıcılık veya yetenek bulunmasının, bazı kararlarda emek harcamanın, ama çoğunlukla alınteri dökmenin orijinallik için yeterli kabul edildiğini ” belirtmektedir.); SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd (Müellifler, “ orijinallik için gereken fikrî katkının, alışılmışın dışında olmayı da ifade ettiği ” düşüncesinde olup, görüşteki “ alışılmışın dışında olma ” kavramının, “ çalışmanın alelade bir çalışma olmaması ” ile aynı anlama gelmesi karşısında, İngiliz hukukundakine benzer bir görüşe sahip olunduğu anlaşılmaktadır.); GOLDSTEIN, s. 159 (Müellif, fikrî katkıyı aramaksızın, İngiliz hukukundakine benzer şekilde, “ sahibinin az da olsa bir yetenek, emek ve görüşünün yeterli olduğu ” düşüncesindedir.); COLSTON / MIDDLETON, s. 262.

⁶⁸⁴ SCHECHTER / THOMAS, s. 24; Atari Games v. Oman, 979 F. 2d 242 (D. C. Cir. 1992); West Publishing Co. v. Mead Data Central, 799 F. 2d 1219,1223 (8th Cir. 1986); Tin Pan Apple Inc v. Miller Brewing Co, 30 USPQ. 2d 1791 (S. D. N. Y. 1994).

⁶⁸⁵ SCHECHTER / THOMAS, s. 25; Magic Marketing v. Mailing Services of Pitsburg, 634 F.Supp. 769 (W. D. Pa. 1986).

⁶⁸⁶ COLSTON / MIDDLETON, s. 262; Avrupa Database Dir. m. 3(1); Avrupa Software Dir. m. 1(3).

⁶⁸⁷ GOLDSTEIN, s. 163; SUTHERSANEN, s. 177; Aynı yönde AYİTER, s. 44 (Müellif, anılan düzeyin “verim düzeyi” olarak adlandırıldığını belirtmektedir.).

⁶⁸⁸ SUTHERSANEN, s. 145.

⁶⁸⁹ AYİTER, s. 40.

⁶⁹⁰ TORREMAN, s. 179.

⁶⁹¹ TEKİNALP, s. 99.

bir yaratıcılık bulunması anlamını taşıyan görüşler⁶⁹² olduğu gibi, “ toplumun kültürünü zenginleştiren ve ona katkıda bulunan fikrî ürünlerin korumayı hak ettiği, bunun dışındaki ürünler için toplumun hürriyet alanının kısıtlanmasının haksız ve gereksiz olduğu ” görüşü⁶⁹³ de yer almaktadır. Doktrinde bazı müellifler, “ eserleri korumak için orijinallik (eser sahibine özgülük) niteliği arandığı takdirde, eserlerin kapsamının çok daraltılmış olacağı, hususiyetin varlığı için gereken düzeyin sıradan olmama şeklinde kabul edilmesi ” gerektiği fikrindedir⁶⁹⁴. Doktrindeki hâkim görüş ise, “ fikrî ürünün, kişinin kendine has özellikler taşıması gerektiğidir⁶⁹⁵ ”. Arslanlı ve Öztan, “ bu özelliklerin korumanın kapsamını da belirlediğini ” ifade etmektedirler⁶⁹⁶.

Dikkatlice incelendiğinde, çoğunlukla eser haklarında yer alan bu görüşlerin tamamına yakınında, orijinallik kavramının, fikrî mülkiyet hukukunda, - olması gerektiği şekilde - sadece sözlük anlamı olan, “ orijinal, özgün olma, yalnız kendine özgü bir nitelik taşıma; bir fikrî ürünün karakteristik özelliğiyle ilk kez yapılması; fikrî ürünün, sahibine has özellikler taşıması ” anlamında ve “ gerçek hak sahibinin kimliğini teşhis ” işlevinde kullanılmadığı görülmektedir. Bunun yerine, kendi işlevinin yanı sıra, yenilik kriterinin ve - daha da önemlisi- fikrî mülkiyet hukuku anlamında eser vasfının kazanılması, “ tekel niteliğindeki hakla korunmayı hak edip etmemeyi tespit ” yani gelişme gösterme kriterinin işlevinde kullanılmaktadır⁶⁹⁷. Ancak, orijinalliği açıklamakta kullanılan ifadelerin muğlaklığı karşısında, yenilik ve - özellikle - gelişme gösterme kriterlerinin işlevleri de, sadece görünüşte yerine getirilmektedir. Fikrî mülkiyet hakkı tanınmasının asli amacı toplumun geliştirilmesini sağlama, tali amacı da bunu gerçekleştiren kişilere bir tekel

⁶⁹² ARSLANLI, s. 67; AYİTER, s. 44, 45 (Müellif, bu hususta “ hususiyetin, Kummer’in ‘ tek olmak ’ ifadesindeki haliyle anlaşılması gerektiği, ispat yükünün, ‘ Fikrî ürününün eser olduğunu ’ iddia eden kişiye bırakılması gerektiği ” düşüncesindedir.); ÖZTAN, s. 92; Duygun YARSUVAT, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 3. b., İstanbul, 1984, s. 53; NAL / SULUK (KARAHAN / SARAÇ), s. 36.

⁶⁹³ HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; EREL, s. 32; Yargıtay 11. HD. 23. 03. 2006 2006/929 E. 2007/8748 K

⁶⁹⁴ TEKİNALP, s. 100.

⁶⁹⁵ HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; ARSLANLI, s. 67; ÖZTAN, s. 92; AYİTER, s. 44; EREL, s. 32, 34; YARSUVAT, s. 53.

⁶⁹⁶ ARSLANLI, s. 3; ÖZTAN, s. 92; Aynı yönde NAL / SULUK (KARAHAN / SARAÇ), s. 34.

⁶⁹⁷ Karş. Yargıtay 11. HD. 07. 06. 2007 2006/929 E. 2007/8748 K

hakkı tanıyıp onları teşvik ederek, bu gelişmenin sürekliliğini sağlamaktır⁶⁹⁸. Bu nedenle, bir tekel hakkı verilmekte, karşılığı olarak da toplumu geliştiren bir fikrî katkı istenmektedir. Bir fikrî katkının toplumu geliştirici olması ise, sadece o katkının diğer fikrî ürünlerden kişisel farklılıklar taşıması değil; toplumun bilgi havuzuna, toplumu ileriye götürecek, tekel hakkı tanınmasını haklı gösterecek düzeydeki bir bilgi katkısını sağlamasıdır. Bir Mona Lisa tablosunun oluşturulması, buna karşılık Da Vinci'ye tekel hakkı tanınmasını haklı gösterecek düzeydeki bir fikrî katkıdır. Belki, herkes bir Mona Lisa tablosunu toplumun bilgi havuzuna katacak yetenekte olmayabilir. Ancak bu, Mona Lisa'daki tebessümü ortadan kaldıran yahut tablonun altına bir renk düzeltme çubuğu ekleyen kişinin, topluma, Mona Lisa tablosuyla “ eşit ” bir katkıyı sağladığı anlamına gelmez⁶⁹⁹. Oysa, mevcut orijinallik yaklaşımına göre, bu katkı orijinaldir ve Da Vinci'ye tanınan tekel hakkının aynısından bu kişinin de faydalanması gerekmektedir⁷⁰⁰. Ancak, hala toplumu geliştiren, tek bir eser vardır, Mona Lisa tablosuyla birlikte sayabileceği ikinci bir tablo yoktur. Oysa, fikrî mülkiyet hakkı, - Mona Lisa kadar etkileyici olmayı başaramasa bile⁷⁰¹ - bu tablo sayısının iki ve daha çok olması için tanınmıştır. Mona Lisa tablosundan “ bağımsızlaşamayan ve bağımsızlaşamayacak olan ” ikinci bir versiyonla, Da Vinci'nin çabasının semerelerini, “ topluma zarar vererek ” toplayacak kişiler oluşturmak; amaçlar arasında yer almadığı gibi, amaçların hepsine ve fikrî mülkiyet haklarının varlık sebebine temelden aykırılık oluşturmaktadır.

⁶⁹⁸ Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7; PatKHK. m. 1; EndTasKHK. m. 1; EntDevK. m. 1; YBitK. m. 1; ABD Copyright Kanunu m. 1 / 8 - 8; KINACIOĞLU, Esaslar, s. 548; IPH , s. 3; COLSTON / MIDDLETON, s. 151.

⁶⁹⁹ Aynı yönde Sieff v. Continental Auto Supply F. Supp. 683 (D. Minn. 1941) (DWORKIN, s. 71'den naklen).

⁷⁰⁰ Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp., 36 F. Supp. 2d 191,197 (S.D.N.Y. 1999) (Anılan davada, Leonardo da Vinci'nin Mona Lisa tablosu da dâhil olmak üzere bir çok eski tablonun fotoğrafları üzerinde eser hakkı bulunduğu gerekçesiyle dava açan Bridgeman'ın,gerekçelerinden biri de “ İngiliz makamlarının eser koruması tesis ettikleridir ”) (WOJCIK, s. 260 vd'dan naklen).

⁷⁰¹ Bir eserin katkı sağladığının kabulü için, Dünyadaki, sayılı şöhretli eser arasına girmesi gerekmediği gibi; bir eserin değeri, toplum tarafından hemen anlaşılamayabilir. Van Gogh'un tablolarının, ressamın hayatta olduğu dönemde anlaşılmadığı da, bilinen bir tarihi gerçektir.

Buradan çıkan sonuç, bir fikrî ürünün, orijinal olsa bile, gelişme gösterme koşulunu karşılamaması halinde, fikrî mülkiyet hakkıyla korunmayı hak etmeyeceğidir. Bu nedenle, bir fikrî katkının toplumu geliştirici olması ve fikrî mülkiyet hakkıyla korunmayı hak etmesinin tespiti işlevi iki yolla yerine getirilebilir. Ya orijinallik için aranan düzey gelişme gösterme kriterinin aradığı düzey olarak belirlenir; yahut da fikrî mülkiyet hukukunda zaten varolduğu üzere gelişme gösterme kriteri kendi işlevinde, orijinallik kendi işlevinde kullanılır. Oysa, yukarıda belirtilen görüşlerin tamamına yakınında, bu iki yolun hiçbirisinin tercih edilmediği ve eser hakları yönünden, tekel niteliğindeki bir fikrî mülkiyet hakkı tanınmasının asli amacına yönelik bu incelemenin ortadan kaldırıldığı görülmektedir. Bir gelişme gösterme kriteri düzenlenip inceleme yapılmadığı⁷⁰² ve buna gerek olmadığı iddia edildiği gibi⁷⁰³; orijinallik için aranan düzey de, gelişme gösterme kriterinin aradığı düzey⁷⁰⁴ olarak belirlenmemiştir. Hatta aranan orijinallik düzeyi, kopya olmamaya kadar indirgenmiş⁷⁰⁵, Mona Lisa'daki tebessümü ortadan kaldırmak yahut tablonun altına bir renk düzeltme çubuğu eklemek şöyle dursun, aynen kopyalama dışında yapılacak en küçük değişiklikler dahi, Da Vinci'ye tanınan tekel hakkının aynısından yararlanmayı sağlar durumdadır. Bu haksız durum, patent vb. diğer fikrî ürünlerin, gelişme gösterme kriterini

⁷⁰² CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82; TORREMANS, s. 178; FELLNER, s. 68; TORREMANS, s. 178; BOUCHOUX, s. 168 vd.; SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd.; HALPERN / NARD / PORT, s. 49; FRANCIS / COLLINS, s. 892; GOLDSTEIN, s. 159; SUTHERSANEN, s. 177; ARSLANLI, s. 67; TEKİNALP, s. 99 vd.; ÖZTAN, s. 92; YARSUVAT, s. 53.

⁷⁰³ Aynı yönde DWORKIN, s. 63; SAIDMAN, s. 330; [Fred Fisher, Inc v. Dillingham, 298 Fed 145 (S.D.N.Y. 1924); Morse v. Fields, 127 F. Supp. 63 (S.D.N.Y. 1954); Gordon v. Weir, 111 F. Supp. 117 (E.D. Mich. 1953), aff'd mem. ,216 F. 2d 508 (6th Cir.1954)] (DWORKIN, s. 63'ten naklen).

⁷⁰⁴ CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82; TORREMANS, s. 178; FELLNER, s. 68; TORREMANS, s. 178; BOUCHOUX, s. 168 vd.; SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd.; HALPERN / NARD / PORT, s. 49; FRANCIS / COLLINS, s. 892; GOLDSTEIN, s. 159; SUTHERSANEN, s. 177; ARSLANLI, s. 67; TEKİNALP, s. 99.

⁷⁰⁵ SAIDMAN, s. 319; Aynı yönde CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82; TORREMANS, s. 178; FELLNER, s. 68; SAIDMAN, s. 319; Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc, 191 F. 2d 99 (2d Cir.1951) (OPPENHEIMER, s. 209'dan naklen); ATC Distrib. Group, Inc. v. Whatever It Takes Transmission & Parts, Inc., 402 F. 3d (6th. Cir. 2005) (<http://www.ca6.uscourts.gov>).

karşılayarak ulaştıkları tekel niteliğindeki hakla korunma imkânına, eserlerin sadece orijinallik gibi, üstelik de - sözlük anlamından dahi düşük tutulmuş - “ kopya olmama ” gibi bir düzeyi karşılayarak kavuştuğu anlamına gelmektedir. Bu şekilde bir tekel hakkı sağlanması, fikrî mülkiyet hukukunun toplumsal amacına, korunmayı hak etmeyen bir bilginin toplumca serbestçe kullanımının engellenmesi ve toplumsal gelişimin engellenmesi gibi iki sebeple aykırıdır. Yine, fikrî mülkiyet hukukunun hak sahibine ilişkin bireysel amacına da, gerçek hak sahiplerini, bunu hak etmeyen insanlarla eşit kılarak, bu kişilerin çaba göstermekten vazgeçmesine neden olmak ve bu kişilerin hak ettiği koruma yerine mutlak hak niteliği kaldırıldığı için nitelsiz hale gelmiş bir korumayla, hak ettikleri kazanımlara engel olmak gibi iki sebeple aykırılık teşkil eder⁷⁰⁶. Ortaya çıkan acı tablo, toplumun gelişimini sağlamaya yönelik ulvi amaçlarla konulan fikrî mülkiyet korumasının, bu yaklaşım nedeniyle, tam tersi amaçlara hizmet ediyor oluşudur. Orijinallik kriterine yönelik, eser hakları kaynaklı bu yaklaşımın muhtelif gerekçelerinin; fikrî mülkiyet hukukunun amaçları ve hâlihazırda varolup, kullanılabilecek kavram ve mekanizmaları karşısında, hiçbirinin kabul edilemez oluşu yukarıda⁷⁰⁷ açıklanmıştır. Eser haklarının da, diğer türlerden hiçbir farkı olmayıp, serbest olması gereken bilgilerin sınırını, hangi noktadan sonra kişinin toplumu geliştirici katkısının başladığını, bir fikrî ürünün “ tekel ” niteliğindeki hakla korunup korunmayacağını, bu korumayı hak edip etmediğini belirlemesi gereken kriter, orijinallik kriteri değil, gelişme gösterme kriteri; aranılan da, o fikrî ürünün toplumu geliştiren bir fikrî katkıya sahip olmasıdır⁷⁰⁸.

Doktrinde, eser hakları kapsamındaki bir fikrî ürünün, tekel hakkıyla korunmayı hak edip etmediğine (bir çabanın fikrî mülkiyet hukuku anlamında eser olup olmadığına) karar verme yükü, kanaatimizce hatalı şekilde orijinallik kavramına yüklenmektedir. Yükün yüklendiği kriterin yanlış tespitinde de, kriterler arasındaki yakın ilişki ve “ sanatsallığın aranmamasıyla

⁷⁰⁶ Aynı yönde SULUK / NAL (KARAHAN / SARAÇ), s. 31.

⁷⁰⁷ Bkz. s. 61 vd.

⁷⁰⁸ Karş. Yargıtay 11. HD. 07. 06. 2007 2006/929 E. 2007/8748 K

gelişme göstermenin aranmamasının karıştırılması⁷⁰⁹ ” etkili olmuştur. Ancak, gelişme gösterme özelliği, orijinallik özelliğinin içinde zımnen yoktur; orijinallik özelliği, gelişme gösterme özelliğinin içinde zımnen vardır. Bunun fark edilememesi, yükün hatalı şekilde orijinalliğe yüklenmesine neden olmaktadır. Oysa gelişme gösterme ve orijinallik kavramları, bağlantılı olsalar da birbirinden farklı kriterlerdir ve farklı işlevlere sahiptirler. Ayrıca, fikrî mülkiyet korumasının hak edilip edilmediğini tespit, sadece bir kriterin kullanılmasını zorunlu kılan bir sebep de yoktur. Bir fikrî ürünün tekel hakkıyla korunmayı hak edip etmediği, yukarıda da belirttiğimiz gibi gelişme gösterme kriterinin yüküdür. Bir fikrî ürün orijinal olabilir, ancak gelişme gösterme koşulunu karşılamadığı için fikrî mülkiyet hakkıyla korunmayı hak etmeyebilir. Fikrî mülkiyet hukuku doktrinde yer alan, “ *her hususiyet eser vasfının kazanılması için yeterli değildir*⁷¹⁰ .” ve “ *Yeni eserin hususiyeti, eski eserin hususiyetine galip gelmişse istifade caizdir*⁷¹¹ .” gibi görüşler de, kanaatimizce bunu ortaya koymayı amaçlamaktadır. Buna karşılık, gelişme gösterme koşulunu karşılayan her fikrî ürün orijinallik kriterini evleviyetle karşılamaktadır, çünkü, bu gelişme kaynağını bir kişinin hususiyetinden almak zorundadır. Kanaatimizce, doktrini bu yanılgıya düşüren sebep, diğer türlerde fikrî ürünün geçmesi gereken birkaç kriter kabul edilmişken, eser haklarında sadece tek kritere yüklenilmiş olması ve bu kriterin de gelişme gösterme kriteri olması gerekirken hatalı bir şekilde, orijinallik kavramı olarak belirlenmesinden kaynaklanmaktadır.

Fikrî mülkiyet hukukunda, orijinallik kavramının doğru bir şekilde anlaşılabilmesi, - hiçbir gerek bulunmamasına rağmen - fikrî mülkiyet hukukunun ahengini bozan ve bu hakların amacına tamamen zıt sonuçlar doğuran mevcut uygulamasından kurtarılabilmesi için yapılması gereken, eser hakları kaynaklı bu yaklaşımın bir an önce terk edilmesidir. Fikrî mülkiyet hakkı tanınmasının amaçlarının gerçekleştirilmesinde, - fikrî ürünün

⁷⁰⁹ Aynı yönde ÖZTAN, s. 94; Karş. OPPENHEIMER, s. 209 vd.

⁷¹⁰ AYİTER, s. 43.

⁷¹¹ ARSLANLI, s. 4.

işaret ettikleri farklı noktaları ve gerçekleştirdikleri farklı işlevleri nedeniyle - orijinallik, yenilik ve gelişim gösterme kriterleri, tüm türlerde, ayrı ayrı incelenmesi gereken kriterlerdir. Bu kapsamda orijinalliğin, “ gerçek hak sahibinin kimliğini teşhis ” şeklindeki asli işlevinde kullanılması, alt kavram ve uygulama esaslarının da, bu işleve uygun olması gerekmektedir.

“ Eser haklarını korumak için orijinalliğin sözlük anlamıyla, sadece kendi işlevinde kullanılması ve gelişme gösterme koşulunu karşılamamanın da beklenmesi halinde, eser haklarının kapsamının çok daraltılmış olacağı⁷¹²” gibi bir kaygı da yersizdir. Öncelikle, tekel düzeyinde korunmayı hak edip etmediğine bakılmaksızın, mümkün olduğunca çok fikrî ürünün kapsama alınması gibi bir gerek bulunmamaktadır. Hele, bunun koruma şartlarından, gelişme gösterme gibi bir kısmının aranmaması, bir kısmının da olması gerekenin çok uzağındaki bir düzeyde aranması suretiyle⁷¹³ sağlanmaya çalışılması, hiç de şart değildir. Şüphesiz ki, her insan, bir fikrî ürün meydana getirme ve korunma hakkına, tüm insanların eşit olmasının zorunlu bir gereği olarak sahiptir. Ancak bu, her çabanın / emeğin bir fikrî ürün olarak kabulünün veya herkese tekel etkisine sahip bir fikrî mülkiyet hakkı ve koruması bahşedilmesinin zorunlu olduğu şeklinde de yorumlanamaz⁷¹⁴. Bu kadar etkin bir korumadan, sadece hak eden bir fikrî ürün ortaya koyan kişinin faydalanması, hakkaniyetin bir gereği olup, fikrî mülkiyet hukukunun amaçlarına da uygundur. Orijinallik bağlamında, *Arsanlı ve Öztan*’ın “ *fikrî ürünün taşıdığı, kişinin kendine has özelliklerin korumanın kapsamını da belirlediği*⁷¹⁵ ” görüşü çok isabetli olmakla birlikte, bu görüş, “ nasıl olsa fikrî ürün, sahip olduğu nitelikte doğru orantılı bir korumaya sahip olacağından, niteliksiz fikrî ürünlerin de koruma kapsamına alınmasında sakınca yoktur⁷¹⁶ ” şeklinde yorumlanamaz. Bunun nedeni, niteliksiz fikrî ürünlerin de koruma

⁷¹² Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 624 dn. 11 ve 12 deki müellifler; TEKİNALP, s. 100.

⁷¹³ Ministry of Consumer and Corporate Affairs (Kanada)’in topoğrafya hakkındaki koruma standardına ilişkin görüşü için bkz. ERSTLING, s. 330.

⁷¹⁴ Aynı yönde NAL / SULUK (KARAHAN / SARAÇ), s. 34.

⁷¹⁵ ARSLANLI, s. 3; ÖZTAN, s. 92.

⁷¹⁶ Karş. DWORKIN, s. 63; SAIDMAN, s. 330; [Fred Fisher, Inc v. Dillingham, 298 Fed 145 (S.D.N.Y. 1924); Morse v. Fields, 127 F. Supp. 63 (S.D.N.Y. 1954); Gordon v. Weir, 111 F. Supp. 117 (E.D. Mich. 1953), aff’d mem. ,216 F. 2d 508 (6th Cir.1954)] (DWORKIN, s. 63’ten naklen).

kapsamına alınması yönündeki her gayretin, eser hakkını - hem önceki hem de sonraki fikrî ürün sahipleri için de geçerli olacak şekilde - mutlak hak olma durumundan çıkarması; hakkın, eserden maddi ve manevi olarak bizzat faydalanan en önemli rakibe karşı ileri sürülememesine neden olmasıdır. Bu, gerek önceki gerekse sonraki fikrî ürün sahibinin eserden gerektiği şekilde faydalanamamasını sağlamanın yanı sıra, esere ilişkin fikrî mülkiyet korumasının da etkisizleşmesine neden olmaktadır. Oysa, fikrî mülkiyet haklarının en önemli özelliklerinden biri mutlak hak (tekel hakkı) olmasıdır ki, bu da fikrî ürün sahiplerini teşvik amaçlıdır⁷¹⁷. Bu hakların asli amacı olan toplumun gelişimini sağlama da, bu teşvike bağımlı bulunmaktadır. Bu kabul, aynı hukuk kurallarına tabi olmak durumundaki “ hak etmiş ” fikrî ürün sahiplerine niteliksiz bir koruma kapsamı sağlamaktadır ki, hakların amaçlarıyla bağdaşır yanı yoktur. Bu nedenle, fikrî mülkiyet hukukunun amacına uygun olarak, fikrî ürün sahiplerine etkin bir koruma kapsamı sağlanmalı, bunun için de “ fikrî ürünün, orijinallik bağlamında, bu etkin korumayı hak edecek düzeyde kişinin kendine has özellikler taşıması ” orijinallik kriteri olarak; “ bu özelliklerin tekel hakkını hak edecek düzeyde bir gelişmeye yol açması da ” gelişme gösterme kriteri olarak aranmalıdır.

Yukarıda⁷¹⁸ ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, - hakkın tanınma amacı dikkate alındığında - her fikrî ürünün taşıması gereken temel niteliklerden biri orijinalliktir. Orijinallik ile amaçlanan, önceki fikrî ürünlere oranla sağlanan gelişmenin, fikrî ürün sahibince meydana getirilmiş, fikrî ürün sahibinin hususiyetlerinden kaynaklanmış olmasıdır ki, gerçek fikrî ürün sahibinin emeğinin karşılığının verilmesi ile yeni fikrî ürünler meydana getirmeye teşviki ancak bu takdirde hakkaniyete uygun hale gelir. Üstelik, verilen karşılığın ciddi etkileri olan bir tekel hakkı niteliğinde bulunması dikkate alındığında, terazinin diğer kefesinde yer alan fikrî ürünün, orijinallik de dâhil olmak üzere, bazı niteliklere sahip olması şart hale gelmektedir. Diğer yönden, gerçek fikrî

⁷¹⁷ Aynı yönde ARSLANLI, s. 1; AYHAN, s. 278; AYİTER, İhtira, s. 22 vd.; KAYA (ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / NOMER ERTAN), s. 355; ERDEM, s. 16; GÖKYAYLA, s. 137; Karş. TEKİNALP, s. 7.

⁷¹⁸ Bkz. s. 21 vd.

ürün sahibinin tam olarak tespiti ile teşviki ve hak etmiş bu kişinin yerine başka bir kişinin ödüllendirilmemesi hakların amacını gerçekleştirebilmesi için bir zorunluluktur. Orijinalliğin kendi işlevinde kullanılmamasının bir diğer zararı da burada ortaya çıkmakta, “ gerçek hak sahibini tespit işlevi ”, bazı hak türlerinde, “ başvuru hakkının gaspı ”, “ seçenek özgürlüğü bırakmayan fikrî ürünlerin korunmaması ”, “ herkesin kullanımına açık fikrî ürünlerin korunmaması ” vb. farklı terim ve şartlarla karşılanmaya çalışılmakta, bu nedenle gri alanlar oluşmaktadır. Oysa, bu terimlerle ifade edilmeye çalışılan incelemelerin hepsi, “ tekel hakkından yararlanacak kişinin söz konusu katkısı yapan kişi olup olmaması” temelli incelemelerdir⁷¹⁹.

Aynı şeyin, tüm unsurlarıyla, tamamen aynı olduğu hallere rastlamak neredeyse imkânsızdır. Küçük de olsa farklılıklar, taklit ürünlerde, hatta aynı fabrikanın ürünleri arasında dahi söz konusu olmaktadır. Bir beste sahibine, aynı eserin ikinci kez icra ettirilmesi halinde dahi farklılıklar oluşur. Fikrî mülkiyet hukukunun amaçlarına uygun bir orijinallik kavramının, iki fikrî ürün arasındaki farklılığın niteliğiyle - ki bu gelişim gösterme özelliği şeklinde ortaya çıkar - ve bu farklılığın fikrî ürün sahibine has özelliklerden kaynaklanıp kaynaklanmadığıyla ilgilenmesi gerekir⁷²⁰. Bir fikrî ürün, bir kişiye ait olması ve bu kişinin düşünme tarzı, düşünme zamanı, zekâsı, eğitim seviyesi, hissiyatı, kavrayabilme ve ilişkilendirebilme yeteneği vb. etkenlerle meydana gelmesi nedeniyle, doğal olarak sahibine has özellikleri taşıyacak, bunun sonucunda da diğer kişilerin fikrî ürünlerinden farklı olacaktır. Fikrî mülkiyet haklarının amacı bağlamında aranması gereken, alelade bir kişisel farklılık değil, fikrî ürüne toplumun bilgi havuzunda ayrı bir yer edindirecek kişisel farklılık olmalıdır. Toplumun bilgi havuzunda yer edinmek de sadece rafta, katalogda yer edinmek olarak değil; bir fikrî ürün olarak iz bırakmak şeklinde anlaşılmalıdır. Orijinalliği sağlayan özellik de, herkes tarafından vücuda getirilemeyen, pratik zekâ, ilham vb. sahibine has bir özellik

⁷¹⁹ Karş. KILIÇOĞLU, s. 117.

⁷²⁰ Aynı yönde NIMMER, supra note 1 at 19 - 20. (OPPENHEIMER, s. 211’den naklen).

oluşturulabilen, bir fikrî üründeki, sahibine has bu özelliştir⁷²¹.

Hali hazırda, fikrî mülkiyet hukukunda, tüm türler için geçerli olacak bir orijinallik tanımı yapılmamış, sadece eser ve entegre devre topoğrafyası haklarında bir koruma koşulu olarak açıkça aranmış⁷²², tasarım hakkında ise, Trips Anlaşması'nda, taraf devletler, koruma için yenilik veya orijinallik koşulundan birini aramak hususunda serbest bırakılmıştır (m. 25). Bu kullanımlarda da, entegre devre topoğrafyası ve tasarım hakkında, orijinallik kavramı, yenilik koşulu ile karıştırılmış ve neyin hedeflendiği belli olmayan bir şekilde yer almakta⁷²³; eser hakları mevzuat ve doktrininde⁷²⁴ ise, yenilik, gelişme gösterme ve orijinallik koşullarının tümünün yerine kullanıldığı ve kapsamının da sözlük anlamından dahi düşük seviyede olduğu görülmektedir.

Tüm fikrî ürünlerde aranması gereken orijinallik niteliğinin, sadece eser ve topoğrafya haklarında aranması, aranırken de orijinalliğin tanımından çok uzak, çok düşük bir düzeyde aranmasının izah edilebilir yönü yoktur. Diğer hakların çoğunda, bir şekilde gelişme gösterme kriterine yönelik inceleme yapılması ve fiilen orijinallik kriterine ihtiyaç bulunmadığı iddia edilebilirse de, orijinallik kriterinin aranması ve “ gerçek hak sahibinin kimliğini teşhis ” işlevinde kullanılan diğer kavramların bunu ifade etmesi, fikrî mülkiyet haklarının standardizasyonu ve amaca uygunluğu için şarttır.

Her fikrî mülkiyet hakkı türüne has bir orijinallik tanımı yapılması gereksiz olmasına rağmen, bu durum, tüm türler için geçerli olan genel bir

⁷²¹ HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12.

⁷²² FSEK. m. 1 [Düzenlemede açıkça orijinallik kavramı kullanılmak yerine, (Kanunu hazırlayan Heyet'in Başkanı Ord. Prof. Dr. HİRŞ tarafından) aynı anlamda kullanıldığı belirtilen “ sahibinin hususiyetini taşıma ” koşulu aranmıştır.]; Washington Anlaşması m. 3 / 2 - a; EntDevKan. m. 4.

⁷²³ Washington Anlaşması m. 3 / 2 – a; EntDevKan. m. 5; Trips Anl. m. 25.

⁷²⁴ Bern Anl. m. 2; FSEK. m. 1; CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82; TORREMANS, s. 178; FELLNER, s. 68; TORREMANS, s. 178; BOUCHOUX, s. 168 vd.; SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd.; HALPERN / NARD / PORT, s. 49; FRANCIS / COLLINS, s. 892; GOLDSTEIN, s. 159; SUTHERSANEN, s. 177; TEKİNALP, s. 99; ARSLANLI, s. 67; ÖZTAN, s. 92; YARSUVAT, s. 53; KILIÇOĞLU, s. 114 (Müellif, “ ‘ sahibinin hususiyetini taşıma ’ koşulunun yeniliği ifade ettiği görüşündedir.).

orijinallik tanımı yapılmasına engel değildir, çünkü, yukarıda da belirttiğimiz gibi, orijinallik, koruma sağlanması için her fikrî ürünün taşıması zorunlu olan bir özelliktir. Tek fark, orijinallik özelliğinin, her hak türü açısından ön plana çıkan nitelik yönünden aranacak olmasıdır. Her türe has bir orijinallik tanımı yapılarak, bu hakkın, fikrî mülkiyet hakkından farklı bir hak olduğu zehabı uyandırmanın bir gereği yoktur. Örneğin, patent hukukunun bir fikrî ürünün işlevsel yani teknik yönüne ilişkin olması nedeniyle, doğal olarak orijinallik incelemesinde kriter olarak tekniğin bilinen durumu ön planda incelenmeli, teknik yönden korunması talep edilen fikrî'nin, buluş sahibine has bir çözüm olup olmadığı, buluş sahibinin kendine has bir fikirle, tekniğin bilinen durumuna bir katkı sağlayıp sağlamadığı incelenmelidir.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, fikrî mülkiyet hukukunda orijinallik kavramı, “ her fikrî mülkiyet hakkı türünde, o türde ön plana çıkan unsur yönünden, fikrî ürünün koruma talep edilen farklı özelliklerinin, fikrî ürün sahibince meydana getirilmiş, o kişiye has olmasıdır ” şeklinde tanımlanabilir.

Koruma sağlanacak fikrî ürün, koruma talep edildiği anda, kaynağını sahibinden alan, sadece o kişi tarafından ortaya konulabilen, o fikrî ürünün toplumun bilgi havuzundaki aynı kategoriye giren benzeri diğer fikrî ürünlerden ayırt edilmesini sağlayan, karakteristik özellik veya özelliklere sahip olmalıdır. Daha önce hiç bilinmeyen bir fikrî ürünün orijinallik niteliği tartışmasız olduğundan, bu ürüne ilişkin koruma çok etkin olmakla birlikte, fikrî ürünler çoğu zaman öncekilerden esinlenerek yahut öncekilerin ulaştığı bilgi düzeyi kullanılarak meydana getirilir. Bu şekilde ortaya çıkan fikrî üründe, koruma şartı olan orijinallik düzeyini ve diğer koruma koşullarını taşıyorsa, bilinen özellikleri de içermesi nedeniyle korumadan mahrum bırakılamaz⁷²⁵. Bir fikrî ürünün, tüm özelliklerinin orijinal olması gerekli olmayıp, koruma istenilen hususların, örneğin, patentlerde koruma talep edilen istemlerin, orijinal olması yeterli olacaktır. Böyle bir fikrî ürün, bazı özellikleri bilinmesine rağmen, onun,

⁷²⁵ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 192; ERSTLING, s. 309.

toplumun bilgi havuzunda diğerlerinden ayrı olarak yer almasını sağlayan, fikrî ürün sahibince katılan, *kaynağını fikrî ürün sahibinin kişiliğinden alan bu özellikleri*⁷²⁶ nedeniyle, orijinallik özelliği taşıyabilir.

Kanaatimizce, hak türlerinde aranan kriterler arasında orijinallik kelimesinin kullanılmamış olması, fikrî mülkiyet doktrini, “ bazı hak türlerinde orijinallik niteliğinin aranmamış olduğu ” şeklindeki yanlış bir kanaate ulaştırmıştır ki, bu nedenle yerli ve yabancı doktrinde, bazı haklar için, orijinallik kriterinin arandığına dair görüş beyan edilmemektedir. Bu haklara verilebilecek en güzel örnek, marka hakkıdır. Ancak, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, marka hakkında da “ bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması, yani mal veya hizmetin kaynağını, orijinini işaret etmesi ” şartı aranmaktadır (MarkHKK. m. 5). Bu şart her ne kadar “ ayırt edicilik ” şartı olarak ifade edilse de, bu koşul, orijinalliği zorunlu olarak ihtiva etmektedir, çünkü, marka olan işaret, kaynak olarak işaret ettiği, marka sahibi teşebbüse has olmak durumundadır.

Yine, tasarımlarda aranılan “ ayırt edicilik ” şartı da, - her ne kadar uygulamada yanlış yaklaşımlar olsa da - aynı işleve sahip bulunmaktadır. Tasarımlarda, “ mevcutlardan belirgin farklı olma ” şeklinde açıklanan bu ayırt edicilik şartı ile aranan da, tasarımın gelişme gösterme, toplumun bilgi havuzuna daha önce varolmayan bir katkıda bulunma koşulunu karşılamış olmasıdır ki, gösterilen bu gelişme, sahibine has, ilk kez tasarım sahibi tarafından ortaya konulmuş, karakteristik, insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerdir⁷²⁷.

⁷²⁶ HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; ARSLANLI, s. 6,7; ÖZTAN, s. 92; AYİTER, s. 44; EREL, s. 32, 34; YARSUVAT, s. 53; NIMMER, supra note 1 at 19 - 20. (OPPENHEIMER, s. 211’den naklen); Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

⁷²⁷ Aynı yönde HİRŞ, Fikrî Say I, s. 192 vd.

§3 . FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORJİNALLİK TÜRLERİ

Subjektif bir kavram olması nedeniyle, orijinallik kavramına yüklenen anlam, kişiden kişiye, yere, zamana göre değişiklik gösterebilmektedir. Her ne kadar, fikrî mülkiyet doktrinde, orijinalliğin bu yönlerine göre bir gruplandırma yapılmamış ise de, doktrinde - aşağıda ilgili bölümlerinde inceleneceği üzere - ifade edilen bazı görüşler, böyle bir gruplandırma yapılmasını zorunlu hale getirmektedir. Ancak, bu takdirde, ifade edilen görüşlerin ne tür bir orijinalliği hedeflediği, hedeflenen bu orijinalliğin, fikrî mülkiyet hukukunun amaçlarına uygunluğu ve aranması gereken orijinallik düzeyinin ne olduğu ortaya çıkabilecektir.

A . Objektif Orijinallik - Subjektif Orijinallik

Orijinallik, orijinalliğin belirlenmesinde neyin veya kimin dikkate alınacağı bağlamında, objektif orijinallik ve subjektif orijinallik olarak ikiye ayrılmalıdır.

Subjektif orijinallik, kişi veya (toplumun çoğunluğunu teşkil etmeyen) kişilerin, kendi değerlerine, yani subjektif kriterlere göre, bir şeyi orijinal kabul etmesi; buna karşılık, objektif orijinallik, bir şeyin toplumun çoğunluğunca benimsenmiş, kişiye göre değişmeyen objektif kriterlere göre orijinal kabul edilmesi veya hukuk düzenince böyle varsayılması olmalıdır.

Doktrinde, *Tekinalp*'e göre, “ *hususiyet, kendini anlatımda gösterir. Anlatım sanatsal kişiliği, yaratıcılığı yansıtır, onun mührüdür. Başka bir deyişle, her üslup sahibinin yaratıcılığını yansıtır*⁷²⁸ ”. Buna karşılık, doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, “ herkes tarafından vücuda getirilemeyen bir özelliğe sahip olan fikrî ürün hususiyet taşır⁷²⁹”. Bir şarkıyı,

⁷²⁸ TEKİNALP, s. 99.

⁷²⁹ HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; ARSLANLI, s. 6,7; ÖZTAN, s. 92; AYİTER, s. 44; YARSUVAT, s. 53; EREL, s. 27; NIMMER, supra note 1 at 19 - 20. (OPPENHEIMER, s. 211'den naklen).

ortalama her insan söyleyebilir, bu söyleyişlerin, o kişiye has farklılıklar arzemesi - *Tekinalp*'in ifadesiyle, söyleyiş sahibinin yaratıcılığını yansıtmaması - de, çoğu zaman kaçınılmazdır. Ancak, fikrî mülkiyet hukuku açısından, bu “ hususiyetin ” bir önemi bulunmamaktadır, çünkü, bu bizzat fikrî ürünün hususiyeti değil, onun herhangi bir ifadesinin hususiyetidir. Oysa, fikrî mülkiyet hukukunu ilgilendiren, fikrî ürün ve onun koruma şartlarına haiz olup olmadığıdır. Eğer, bu söyleyişin, fikrî üründen bağımsız olarak korunabilme yeteneğine sahip olduğu iddia edilmekte ise, bu iddianın ayrıca incelenmesi gerekecektir. Benzer bir örnek vermek gerekirse, bir mobilya tasarımını, yüzlerce mobilyacı uygulayabilir. Bu uygulamalar da, - aynı yukarıdaki söyleyişler gibi- o mobilyacıya has farklılıklar arzedebilir ve bu çoğu zaman kaçınılmazdır. Ancak, bu uygulamayı yapan her mobilyacıya, aynı tasarım üzerinde, ayrı bir tasarım hakkı tesisini gerektirmez. Gerek söyleyiş gerekse tasarım uygulamasında ortaya çıkan kişiye has farklılıklar, o söyleyiş veya uygulama için objektif orijinallik olarak kabul edilebilirse de, şarkı veya tasarım açısından subjektif orijinallikten öteye gidemeyecektir. Oysa, fikrî mülkiyet hukukunu ilgilendiren subjektif - objektif orijinallik, fikrî ürün ve onun koruma şartlarına haiz olup olmadığı bağlamındadır. Bu da, o fikrî ürünü diğer fikrî ürünlerden ayıran, versiyon değil, ayrı bir fikrî ürün olmayı sağlayan noktanın, fikrî ürün sahibine has olup olmaması ve bunun objektif olarak kabul edilip edilmemesiyle ilgilidir. Bu noktanın fikrî ürün sahibine has olduğu kanaati, sadece fikrî ürün sahibi ve / veya bazı kişilerde oluşuyorsa subjektif orijinallik vardır, toplumun mevcut bilgi durumu açısından bir orijinallik yoktur. Eğitim durumu, bölgesel gelişmişlik düzeyi vb. birçok etken nedeniyle, bir toplulukça bile orijinal kabul edilebilecek bir fikrî ürün, orijinal olmayabilir.

Objektif orijinallikte ise, objektif kriterlere göre inceleme yapan bir uzmanın dışındaki kişilerin, fikrî ürünü orijinal olarak nitelendirmesi önem taşımamakta, fikrî ürünün kişiye göre değişmeyen, objektif kriterlere göre orijinal olup olmadığı tartışılmaktadır. Objektif kriterlerin uygulanmadığı hallerde, yani subjektif orijinalliğin fikrî mülkiyet hakkı tanınması için yeterli

görülmesi durumunda, aynı olan yahut yeterli farklılığı bulunmayan fikrî ürün üzerinde, birden çok kişinin ayrı ayrı hak sahipliği ve günümüz dengesine aykırı şekilde, toplumun daha uzun süre serbest kullanım hakkından mahrumiyeti söz konusu olabilecektir. Bu da, gerçek hak sahibinin ve toplumun mağduriyetine neden olup, fikrî mülkiyet hakkı tanınmasındaki amaçların gerçekleşmesini - hak sahibinin teşviki amacıyla doğrudan, gelişim sağlanması amacıyla ise dolaylı olarak - engelleyecektir.

Fikrî mülkiyet hukukunun, yeniliğin tespitinde kullandığı, tekniğin bilinen durumu ve ortalama uzman vb. objektif kriterler, kanaatimizce, koruma sağlamayı gerektirip gerektirmeme ortak amacına yönelmiş oldukları için, orijinalliğin tespiti yönünden de objektif orijinalliğin arandığı sonucunu doğurmak zorundadır. Bu nedenle, başvuru tarihinden önce, herhangi bir şekilde kamuya sunulan ve ortalama bir uzman tarafından bilindiği varsayılan bilgilerin orijinal sayılmaması gerekir. Yani, orijinalliğin tespitinde, fikrî ürün sahibinin değil, toplumun bilgi durumu esas alınmalıdır⁷³⁰. Bunun nedeni, sadece objektif olarak orijinal olan bir fikrî ürünün, toplumun varolan bilgi durumunu yükseltebilecek ve bir ilerleme teşkil edecek oluşudur.

B . Basit Orijinallik - Nitelikli Orijinallik

Orijinallik, orijinalliğin belirlenmesinde dikkate alınan farklılığın boyutu bağlamında, basit orijinallik ve nitelikli orijinallik olarak ikiye ayrılmalıdır.

Daha önce tıpatıp aynısı olmayan bir çalışma, basit anlamda orijinaldir. Kıyaslandığı önceki çalışmalardan, çok küçük bile olsa bir farklılığı bulunmaktadır ve bu küçük farklılık, kaynağını çalışma sahibinden aldığı için onu orijinal kılmaktadır. *Tekinalp*'in, “ her üslup sahibinin yaratıcılığını yansıtır⁷³¹ ” görüşü veya diğer müelliflerin “ kişinin kendi çalışması olması ”

⁷³⁰ Aynı yönde ÖZTAN, s. 100.

⁷³¹ TEKİNALP, s. 99.

görüşü⁷³², basit anlamda orijinal kavramına uygun bir tanımlama olmaktadır. Her fikrî ürünün yorumlanması dahi, yorumu yapan kişiden kaynaklanan, o kişiye has farklılıkları taşır. Bu manada orijinaldir. Ancak, bu orijinallik, fikrî ürünün esasının etkilenmiş, başka bir deyişle, “ kendine has özellikleri sayesinde ” toplumun bilgi havuzunda, versiyon olmanın ötesinde, ayrı bir yer edinebilecek düzeye ulaşmış olmasını sağlamıyorsa, bunun basit anlamda orijinal olduğunun kabulü ve ayrı bir fikrî ürün olarak korunmaması gerekir. Aksi takdirde, tek bir fikrî ürün olan müzik eseri yahut bir tasarım üzerinde, yorumlayan adedince, hak sahipliği ve koruma söz konusu olacaktır. Görüşümüzde yer alan, “ toplumun bilgi havuzunda ayrı bir yer edinme ” niteliği ise, “ rafta ayrı bir yer edinme ” olarak anlaşılmamalıdır. Bir kitabın farklı bir yorumu olan kitap da, rafta ayrı bir yer alacaktır ve bu ayrı yeri de, yani aynı alanda yazılmış başka bir kitap bulunduğu “ bilgisi ” de toplumun bilgi havuzuna katılacaktır. Ancak, bu “ asıl varken surete itibar olunmaz ” kuralının işleyişi sonucunda, toplumun hafızasında değil, sadece rafta kalmaya mahkûm olacaktır. Ancak, asıl durumundaki eser, belki yüzlerce yıl da geçse, toplumun hafızasındaki yerini korumaya devam edecektir.

Nitelikli orijinallikte ise, kişiye has katkının bir fikrî katkı olması, bu katkının, bir fikrî ürünün esasını etkileyen, etkilenmiş bu esas sayesinde, toplumun hafızasında, kendine has bir yer edinmesini sağlayabilecek nitelikte olması aranır. Bu halde, fikrî ürünün, önceki benzerlerinden gelişim sağlayacak düzeyde farklı kılabilen özellikler içermesi ve bu özelliklerin kaynağını çalışma sahibinden alması gerekir. Fikrî mülkiyet doktrininde, “ fikrî ürün sahibinin mührünü vurması ” ile ifadesini bulan kavram da, “ toplumun hafızasında kendine has bir yer edinecek bu niteliği ve bu niteliğin fikrî ürünün sahibinden kaynaklanıyor olmasını ” ortaya koymaktadır⁷³³.

⁷³² CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82; TORREMANS, s. 178; FELLNER, s. 68; TORREMANS, s. 178; BOUCHOUX, s. 168 vd.; SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd.; HALPERN / NARD / PORT, s. 49; FRANCIS / COLLINS, s. 892; GOLDSTEIN, s. 159; SUTHERSANEN, s. 177; ERSTLING, s. 307.

⁷³³ Karş. KILIÇOĞLU, s. 117.

Basit orijinallik - nitelikli orijinallik ayrımı, özellikle eser hukukunda yaşanan “ hak etmemiş eserlerin de korunması ve bu nedenle gerçek eser sahiplerinin diğerleriyle eşit duruma düşmeleri gibi ”, fikrî mülkiyet haklarının ruhu ve amaçlarıyla bağdaşmayan uygulamaların asgari düzeye çekilmesini sağlamaya da uygun bir ayrımdır. Bu sayede, basit anlamda orijinallik taşıdığı için ayrı bir eser sıfatı ve korunması sağlanan, ancak gerçek hak sahiplerinin haklarına tecavüz vasfı nedeniyle, fikrî mülkiyet haklarının amaçlarına aykırı sonuçlar doğuran fikrî çabaların koruma dışı bırakılması ve fikrî mülkiyet haklarının işlevini yerine getirmesi sağlanabilecektir.

C . Mutlak Orijinallik - Nispî Orijinallik

Orijinallik, orijinalliğin belirlenmesinde yer, zaman veya kişilere istisnalar tanınıp tanınmaması bağlamında, mutlak orijinallik ve nispi orijinallik olarak ikiye ayrılmalıdır.

Fikrî mülkiyet hukukunda, mutlak orijinallik, fikrî ürünün taşıdığı iddia edilen kişiye has farklılıkların, başvuru tarihinden önce ve dünyanın herhangi bir yerinde, kamuya açıklanan fikrî ürünlerde bulunmamasıdır. Bu bağlamda, bir fikrî ürün, sır saklama yükümlülüğünde olan kişilere açıklanmışsa, yenilik özelliğinde olduğu gibi orijinallik özelliğini de yitirmeyecektir.

Nispî orijinallik ise, fikrî mülkiyet korumasının ülke bazında sağlanması anlamına gelen ülkesellik ilkesine göre, koruma talep edilen bir fikrî ürünün, taşıdığı iddia edilen kişiye has farklılıkların, başka ülke veya bölgede bilinmesine rağmen, başvuru yapılan ülkede ilk kez ortaya çıkıyor olması başta olmak üzere, yer, zaman veya kişiler yönünden tanınan bazı istisnalar yüzünden, fikrî ürünün orijinallik vasfının etkilenmemesidir.

Mutlak yenilik kriterinin eleştirilme ve nispi yenilik kriterinin benimsenmesi gerekçeleri ile bu gerekçelerin kabul edilemeyeceği hususundaki açıklamalar⁷³⁴ mutlak orijinallik kriteri yönünden de geçerlidir.

Günümüzde, entegre devre topoğrafyası hakkı hariç, fikrî mülkiyet haklarında, hakkın tesisi safhasında, “ orijinallik ” adı altında bir incelemeye rastlanılamamaktadır⁷³⁵. Eser haklarında da, hakkın tesisi için bir orijinallik incelemesi yapılmamakta; orijinallik, bu hakların sahipliğine ilişkin bir ihtilaf ortaya çıktığında söz konusu olmaktadır. Entegre devre topoğrafyasında ise, orijinallik şartı, bir tescil şartı olarak aranmakta; yapılan inceleme sonucunda orijinal olduğuna karar verilen topoğrafya, bir hakka konu olmaktadır. Diğer haklarda ise, buluş basamağı, ayırt edicilik gibi gelişme gösterme koşulu anlamına gelen bir şart olarak inceleme yapılmakta; bu, aşağıda ilgili bölümlerde açıklandığı üzere zımnen orijinalliği gerekli kılarsa da, açıkça orijinallik ifadesi geçmediğinden ayrı bir orijinallik incelemesi yapılmamaktadır. Orijinallik incelemesinin öngörüldüğü eser ve topoğrafya haklarında ise, bu inceleme çok yüzeysel bir şekilde gerçekleştirilmekte, incelemede de fiilen mutlak - nisbi orijinallik ayrımının yapılması söz konusu dahi olmamaktadır. Hukuk düzenleri, mutlak orijinallik veya nisbi orijinallik kriterlerinden herhangi birini benimseyebildikleri gibi, aynı kriterleri benimseyen hukuklar da bu kriterlerden farklı şeyleri anlamaktadır. Yine, topoğrafya haklarını düzenleyen Washington Anlaşması’nda yer alan kanaatimizce hatalı hükümlerden orijinallik incelemesi de etkilenmektedir.

Hali hazırda, fikrî ürünün, orijinallik özelliği taşıyıp taşımadığının tespitinde kıyaslama yapılacak bilgilere nelerin dâhil olduğu (örneğin, piyasada bulunmayan ürünlerin dikkate alınıp alınmayacağı gibi) ve bunlar kullanılarak yapılan orijinallik incelemesinin düzeyi, koruma talep edilen ülke veya kurumun o konudaki düzenlemelerine bakılarak belirlenir. Fikrî mülkiyet hukukunda, ülkesellik ilkesi gereğince, koruma sağlayacak ülkenin orijinalliğe

⁷³⁴ Bkz. s. 95 vd.

⁷³⁵ Washington Anlaşması m. 3 / 2 – a; EntDevKan. m. 4.

ilişkin hukuki düzenlemeleri belirleyici olmaktadır. Bu bilgilerin nitelikleri; açıklanma şekli, yer ve zamanı gibi hususlar yönünden, koruma talep edilen ülke veya kurumun, o konudaki düzenlemelerinin farklılık içerebilmeleri karşısında, orijinallik ve orijinallik incelemesine ilişkin hükümlerin, belli bir standarda kavuşturulması gerekmektedir. Yukarıda açıkladığımız mutlak yeniliğin kabulünü zorunlu kılan nedenler, mutlak orijinalliğin aranması gerekliliği yönünden de geçerlidir.

Ş4. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORİJİNALLİK KRİTERİ VE UYGULAMASI

A. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORİJİNALLİK KRİTERİ (FARKLILIĞIN FİKRİ ÜRÜN SAHİBİNE HAS ÖZELLİK OLMASI)

Fikrî mülkiyet hukukunda, " orijinallik kavramı ", sadece topoğrafya hakkını düzenleyen Washington Anlaşması'nda " topoğrafyanın, kişinin kendi fikrî çabasının sonucu olması " şeklinde tanımlanmış, bunun dışında hakları düzenleyen hiçbir anlaşmada tanım olarak yer almamıştır. Doktrinde ise, yukarıda da belirtildiği gibi⁷³⁶, fikrî ürünün sahibine ait olması, kopya olmaması anlamından, bir fikrî ürüne sahibinin mührünü vurmuş olmasına kadar geniş bir yelpazedeki tanımlamalara rastlanılmaktadır.

Orijinallik kavramı, fikrî mülkiyet haklarının çoğu türünde, ayrı bir şart olarak zikredilmemişse de, orijinalliğin arandığı ve bu kavram ile ulaşılmak istenen amacın aynı olduğu görülmektedir. Bu amaç da kısaca, hakka konu fikrî ürün olarak ortaya çıkan gelişmenin, - yani daha önce toplum tarafından bilinen, toplum yönünden alenileşmiş bilgilerden farklılığın - fikrî ürün sahibine has bir özellik olması, kişinin kendi fikrî çabasının sonucunda

⁷³⁶ Bkz. s. 219 vd.

oluşmasıdır⁷³⁷. Bazı fikrî mülkiyet hakkı türlerinde, farklı şekillerde (örneğin ayırt edicilik, farklılık veya yenilik kapsamında ifade edilmesi gibi) ifade edilmiş olması, bu niteliğin, bu anlamıyla fikrî üründe aranmadığı anlamına gelmez. Bu, ya toplumların kullandıkları farklı bir kavrama verdiği anlamın orijinalliği de kapsıyor olmasından⁷³⁸; ya uygulamada orijinallik özelliğinin, patent gibi bazı fikrî mülkiyet hakkı türlerinde diğer özelliklere göre arka planda kalmasından ya da yasama faaliyetleri sırasındaki özensizlikten kaynaklanmaktadır. Örneğin, eser haklarında, orijinallik şartına yoğunlaşılrken, patentte gelişme gösterme şartına yoğunlaşılmaktadır. Ancak, tanımlama ne şekilde yapılırsa yapılsın yahut kullanılan kelimeler ne olursa olsun amacın, “ o fikrî ürünün ön plana çıkan özelliği yönünden toplumun daha önce bilmediği, fikrî ürün sahibine has bir özelliğin katılması ” olduğu açıktır.

Orijinallik incelemesinde, “ fikrî ürünlerdeki farklılığın herkesçe yapılabilecek bir şey olup olmadığı, kaynağını fikrî ürün sahibinin kişiliğine has özelliklerden alıp almadığı ” araştırılmaktadır⁷³⁹. Bu nedenle, doğal olarak, daha önce başka kişilerce yapılabilmiş şeyler dikkate alınmakta, fikrî ürün sahibinin bunun dışındaki katkıları tespit edilmektedir⁷⁴⁰. Bunun da ancak daha önce bilinenlerle kıyaslanarak yapılabilecek olması karşısında; orijinal olup olmama, yani fikrî ürün sahibine has bir özellik olup olmadığı, zorunlu olarak daha önceki fikrî ürünlerle kıyaslama yapılarak belirlenebilmektedir. Fikrî mülkiyet hukuku, sadece açıklanmış fikirleri koruduğu gibi, yapılacak orijinallik incelemesi de, zorunlu bir gereklilik olarak

⁷³⁷ HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; ARSLANLI, s. 6,7; ÖZTAN, s. 92; AYİTER, s. 44; YARSUVAT, s. 53; EREL, s. 27; NIMMER, supra note 1 at 19 - 20. (OPPENHEIMER, s. 211'den naklen); Karş. KILIÇOĞLU, s. 115 vd.

⁷³⁸ Bkz. s. 56 dn. 141.

⁷³⁹ HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; ARSLANLI, s. 6,7; ÖZTAN, s. 92; AYİTER, s. 44; YARSUVAT, s. 53; EREL, s. 27; NIMMER, supra note 1 at 19 - 20. (OPPENHEIMER, s. 211'den naklen); Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.; Karş. CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82; TORREMANS, s. 178; FELLNER, s. 68; TORREMANS, s. 178; BOUCHOUX, s. 168 vd.; SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd.; HALPERN / NARD / PORT, s. 49; FRANCIS / COLLINS, s. 892; GOLDSTEIN, s. 159; SUTHERSANEN, s. 177; TEKİNALP, s. 99 vd.

⁷⁴⁰ Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

ancak açıklanmış önceki fikirleri incelemede dikkate alabilecektir. Bu nedenle inceleme, alenileşmeye ilişkin hususları, yenilik incelemesiyle ortak olarak kullanmakta, orijinallik incelemesi ile yenilik incelemesi çoğu özelliği yönünden birbirine benzemektedir⁷⁴¹. *Ayiter*'in, “ *toplumun malı haline gelmiş veya bir kişinin tekel hakkı altında olan bir fikrî ürünün yeni olmadığı* ” şeklindeki görüşünde⁷⁴² yer alan, toplumun malı haline gelmiş ibaresi orijinallik ve yenilik incelemelerinin aynı veriler üzerinde yapıldığının güzel bir örneğini oluşturmaktadır. Aynı durum *Öztan*'ın, “ *umuma mal olmuş şey, yeni bir eser yaratma yönünden elverişli olmaktan çıkmıştır*”⁷⁴³ düşüncesinde de görülmektedir. Aynı şekilde, incelemede kullanılan veriler, sadece üzerindeki tekel hakkı sona ermiş ve toplumun malı haline gelmiş bilgiler değildir. Üzerinde bir kişinin tekel hakkı devam etmekte olsa bile, toplumun bilgi havuzuna dâhil olmuş yani alenileşmiş bilgiler de incelemede dikkate alınacaktır. Aynı alenileşmiş bilgiler üzerinde, “ öncekilerden nitelikli farklılığı olup olmadığı ” yönüyle yenilik incelemesi, “ farklılığın fikrî ürün sahibine has olup olmadığı ” yönüyle de orijinallik incelemesi yapılmaktadır.

Alenileşmeye ilişkin hususların her iki inceleme için de geçerli olması nedeniyle, özellikle yenilik incelemesinin uygulanmasına ilişkin önceki bölümde yaptığımız açıklamalardaki çoğu husus, orijinallik içinde geçerli bulunmaktadır. Örneğin, orijinallik incelemesinde de dikkate alınması gereken bilgiler, kural olarak koruma talep edilen tarihten önceki (yani alenileşmiş) bilgiler olacaktır⁷⁴⁴. Koruma talep edilen sonraki bir fikrî ürünün, öncekilerden bir gelişmesinin bulunup bulunmadığı, varsa bu gelişmenin fikrî ürün sahibinin şahsına has olup olmadığı ancak önceki fikrî ürünlerle kıyaslama yapılmak suretiyle tespit edilebilecektir. Kıyaslama yapılacak bu bilgilere nelerin dâhil olduğu da, - birkaç istisna dışında - yenilikteki gibi

⁷⁴¹ Karş. OPPENHEIMER, s. 207; Yargıtay 11. HD. 23. 03. 2006 2005/680 E. 2006/3049 K.

⁷⁴² AYİTER, İhtira, s. 50; Aynı yönde BELGESAY, s. 14.

⁷⁴³ ÖZTAN, s. 95.

⁷⁴⁴ Aynı yönde [Gerlach - Barklow Co. v. Morris & Bendien, Inc. 23. F. 2d 159, 161 (2d Cir. 1927) (OPPENHEIMER, s. 209'dan naklen)]; Yargıtay 11. HD. 23. 03. 2006 2005/680 E. 2006/3049 K.

belirlenmelidir. -Yukarıda⁷⁴⁵ belirtilen gerekçeler karşısında kabulü zorunlu olan yer ve zaman yönünden mutlak yeniliğin aranmasında olduğu gibi - dünyanın herhangi bir yerinde, herhangi bir zamanda, herhangi bir şekilde ve herhangi bir dilde toplumun bilgisine sunulmuş fikirlerin orijinalliği kaldırması gerekir. Aksi halde, toplumca bilinmekte ve - koruma süresi dolmamış fikrî ürünler hariç- serbest kullanma imkânının bulunduğu bir fikir üzerinde, bir kişiye, hak etmediği bir tekel, en azından o fikrî'n sahibi olarak anılma imkânı verilmiş olacaktır.

İstisnaî farklılıklardan ilki, önceki açıklamanın, ne zaman yapıldığı önem taşımaksızın fikrî ürün sahibi tarafından yapılmış olmasının orijinalliği ortadan kaldırmamasıdır. Ancak, fikrî ürünün yenilik gibi diğer koruma şartlarını taşımaması nedeniyle, korunması yine mümkün olmamalı, orijinal olma sonucu değiştirmemelidir. Aksine bir kabul, günümüz dengesine aykırı şekilde, fikrî ürün sahibinin hakkının toplumun menfaatleri aleyhine daha uzun süre kullanımı, toplumun serbest kullanabileceği sürenin toplum menfaati - fikrî ürün sahibi menfaati dengesini bozacak şekilde kısaltılması anlamına gelecektir. Yenilik bahsinde belirttiğimiz üzere, yeniliği kaldırmayan açıklama süresinden önceki açıklamaların korumaya engel olmasının nedeni de budur⁷⁴⁶. Önceki açıklamanın, fikrî ürün sahibiyle herhangi bir bağlantısı olmayan herhangi bir üçüncü kişi tarafından yapılmış olması halinde ise, fikrî ürünün orijinalliği ve korunma imkânı bulunmayacaktır.

İki inceleme arasındaki bir diğer farklılık, önceki bilinen fikrî ürünlerle kıyaslamının farklı yönlerden yapılmasıdır. Yenilik incelemesinde, koruma talep edilen fikrî ürünün öncekilerden farklılığının olup olmadığı araştırılırken; orijinallik incelemesinde, öncekilerle olan bu farklılığın, herkesçe yapılabilecek bir şey olup olmadığı, kaynağını fikrî ürün sahibinin kişiliğine

⁷⁴⁵ Bkz. s. 95 vd.

⁷⁴⁶ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 443; BOUCHOUX, s. 311.

has özelliklerinden alıp almadığı sorusunun cevabı bulunmaya çalışılır⁷⁴⁷. Uygulanan test yenilikte fiziki, orijinallikte psikolojiktir⁷⁴⁸. Doğal olarak da, daha önce herkesin / başka bir kişinin yapabildiği şeyler dikkate alınmak durumundadır. Bu da, kural olarak daha önce bilinenlerle kıyaslanarak yapılabilecektir. Orijinalliği, zımnen gelişme gösterme koşulu içinde değerlendiren ülkeler açısından da durum değişmemektedir. Sadece, orijinallik koşulu, gelişim gösterme incelemesinin olduğu safhada göz önüne alınmaktadır. Bu safhada “ fikrî ürünlerdeki bu farklılık belli bir seviyeyi geçiyor mu? ” sorusunun yanı sıra, “ bu farklılık herkesçe yapılabilecek bir şey mi, yoksa kaynağını fikrî ürün sahibinin kişiliğine has özelliklerinden alan bir şey mi? ” sorusunun cevabı bulunmaya çalışılmaktadır. Bazı haklarda, orijinallik incelemesi ile yenilik incelemesi birbirine benzeyen bu özellikleri nedeniyle, çoğu zaman tek inceleme şeklinde yapılmakta (örneğin, entegre devre topoğrafyasında olduğu gibi) veya birbirlerinin yerine diğerini de kapsar tarzda ikame edilmektedirler (örneğin, tasarımlarda⁷⁴⁹ olduğu gibi). Fransa’da da, orijinallik incelemesi, yenilik incelemesine benzer şekilde uygulanmakta; bazı hallerde eser haklarına yenilik incelemesindeki, bazen de tasarım hakkına orijinallik incelemesindeki kuralların uygulanması hallerine rastlanabilmektedir⁷⁵⁰. Bu tarzda bir orijinallik incelemesinin sonucu, yenilik incelemesi için kabul edilen kapsamın, fiilen orijinallik içinde geçerli hale gelmesidir. Örneğin, yer yönünden, hangi coğrafi kapsamdaki mevcut bilgilerin yenilik incelemesinde dikkate alınacağı hususundaki nisbi veya mutlak yenilik kabulü, orijinalliği de etkilemekte, orijinallik incelemesi de o coğrafi kapsamdaki mevcut bilgilerle kıyaslanarak yapılmış olmaktadır. Yine, hangi ana kadar olan veya hangi nitelikteki bilgilerin dikkate alınacağı yaklaşımları da aynı duruma yol açmaktadır.

⁷⁴⁷ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 88; Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

⁷⁴⁸ Karş. BENTLY / SHERMAN, s. 88 dn. 14.

⁷⁴⁹ Trips Anlaşması m. 25.

⁷⁵⁰ SUTHERSANEN, s. 145.

B - FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORJİNALLİK KRİTERİNİN UYGULANMASI

I . Genel Olarak

Fikrî mülkiyet hukukunda, orijinallik kriteri, bu şekilde olmakla birlikte, orijinallik kriterinin hâlihazırdaki uygulanması, tüm fikrî mülkiyet hakkı türlerinde aynı şekilde değildir. Çoğu türde, terim olarak orijinallik koşulu hiç aranmamakta, bazılarında orijinallik koşulu şeklinde ifade edilmemekle birlikte ayırt edicilik vb. kapsamında zımnen değerlendirilmekte, eser hakkında orijinallik koşulu bulunmasına rağmen uyumsuzluk çıkması dışında orijinallik incelemesi yapılmamakta, orijinallik koşulunun bulunduğu ve incelemenin yapıldığı topoğrafya hakkında ise, bazı farklı uygulamalara⁷⁵¹ rastlanılmaktadır. Eserlerin oluşumundan, bu kapsamdaki fikrî ürünlerin çeşitlerinin fazlalığından, tarihi sebeplere kadar geniş bir sebepler yelpazesinin sonucu olarak ortaya çıkan, “ orijinalliğin sadece fikri ürünle sahibi arasındaki ilişkiyi incelemesi ”, bu kapsamda yeni sonuçların yahut ilk olmanın değil, ferdi yaratmaların korunması yaklaşımı⁷⁵² nedeniyle, gerek mevzuat gerekse doktrinde orijinalliğin ne zaman, ne şekilde, kim tarafından, kim dikkate alınarak aranacağına dair görüş bulunmamaktadır⁷⁵³. Mevcut kabullerde, sadece fikri ürünün sahibince meydana getirilmiş olmasına odaklanıldığı için, sahibinin meydana getirdiği anın orijinalliğin arandığı an olarak; yapılacak incelemenin de - sadece bir hak sahipliği yahut tecavüz ihtilafı ortaya çıkması durumunda - uzmanca gerçekleştirilmesinin kabul

⁷⁵¹ İngiltere’de topoğrafya hakkının tescilsiz tasarım hükümlerine göre korunması hakkında bkz. CORNISH / LLEWELYN, s. 558, 566; BENTLY / SHERMAN, s. 687; SUTHERSANEN, s. 32 dn. 28; FELLNER, s. 117; Tescilli koruma için bkz. EntDevKan. m. 4.

⁷⁵² HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; ARSLANLI, s. 6,7; ÖZTAN, s. 92; AYİTER, s. 44; YARSUVAT, s. 53; EREL, s. 27; NIMMER, supra note 1 at 19 - 20. (OPPENHEIMER, s. 211’den naklen); BENTLY / SHERMAN, s. 88; Karş. CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82; TORREMANS, s. 178; FELLNER, s. 68; TORREMANS, s. 178; BOUCHOUX, s. 168 vd.; SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd.; HALPERN / NARD / PORT, s. 49; FRANCIS / COLLINS, s. 892; GOLDSTEIN, s. 159; SUTHERSANEN, s. 177; TEKİNALP, s. 99.

⁷⁵³ Aynı yönde ÖZTAN, s. 97; NAL / SULUK (KARAHAN / SARAÇ), s. 35.

edildiği sonuçlarına zorunlu olarak ulaşılmaktadır. Bu bölümde orijinallik kriterinin uygulaması genel hatlarıyla incelenmekte olup, türlerdeki farklılıklar ilgili bölümlerde açıklanacaktır.

II. Orijinalliğin Aranacağı Zaman

Fikrî mülkiyet hukukunda, hâlihazırda, orijinalliğin açıkça arandığı haklar dışında, orijinalliğin aranacağı zamana ilişkin bir ifade mevzuatlarda ve doktrinde yer almamaktadır. Açıkça belirtilen haklarda da, genellikle fikrî ürünü meydana getirme anının, orijinallik incelemesine esas alınacağı görüşü bulunmaktadır⁷⁵⁴. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Şöyle ki, “ bilinmemeye esas alınan zaman ”, hiçbir fikrî mülkiyet hakkında “ fikrî ürünü meydana getirme anı ” değildir ve olamaz. Topluma katkı karşılığı verilen haklarda, bilinmeme olgusu, fikrî ürün sahibi yönünden değil, toplum yönünden bilinmemedir. “ Fikrî ürünün meydana getirilme anında ”, fikrî ürün sahibinin, “ kendisinin bilmemesi” nedeniyle fikrî ürünün ilk kez ortaya çıktığını düşünmesinin, fikrî mülkiyet hukuku yönünden bir önemi yoktur. Önem taşıyan, bu fikrî ürünün toplumca bilinmekte olup olmamasıdır⁷⁵⁵. Fikrî ürünün meydana getirilme anında toplumca bilinmiyor olsa bile, fikrî ürün sahibinin bunu topluma açıklamasından önce, başka bir kişinin, bu fikrî ürünü, topluma açıklaması ve toplumun faydalanmasına ilk onun sunması halinde, hak - fikrî ürünün gerçek sahibi olmadığı haller hariç – elbette ki bu kişiye tanınacaktır. Bu nedenle, orijinalliğin aranacağı zaman, fikrî ürünün alenileştiği ve korunmaya başlanacağı an olarak belirlenmelidir. Topluma sağlanan bir fayda karşılığında verilen bu haklar da, faydanın söz konusu olabilmesi için, toplumun bundan “ bir bedel ödeyerek ” bile olsa yararlanmaya başlama imkânına kavuşmuş olması gerekir. Toplumun

⁷⁵⁴ Topoğrafya hakkı için bkz. Washington Anl. m. 3 / 2 - a; BAINBRIDGE, s. 578; ERSTLING, s. 342; Eser hakları için bkz. AYİTER, s. 105; KILIÇOĞLU, s. 123. Karş. ÖZTAN, s. 102.

⁷⁵⁵ Aynı yönde Yargıtay 11. HD. 23. 03. 2006 2005/680 E. 2006/3049 K.

kendisine bildirilmemiş yani alenileşmemiş bir fikrî üründen faydalanması söz konusu olamaz⁷⁵⁶.

İkincisi, fikrî ürün sahibinin korunma ihtiyacının doğabilmesi için, üçüncü kişilerin bu hakka zarar verebileceği bir ortamın doğması şarttır ki⁷⁵⁷, bu da ancak fikrî üründen haksız surette yararlanma imkânının doğması yani toplumun bunu öğrenmesiyle mümkün olur. Fikrî ürünün doğma anı ile fikrî ürün sahibinin korunması ihtiyacının ve bunun için verilen hakkın doğumu anının karıştırılmaması gerekir. Bir fikrî ürün, doğmuş olmasına rağmen yıllarca bile sadece sahibince gizli olarak kullanılabilir, alenileşmediği için de sahibinin korunma ihtiyacı doğmaz. Bir fikrî ürünü üretmiş ancak topluma sunmamış kişilerin hak kayıplarını (başvuru hakkının gaspı vb.) önleyici, mekanizmalar, fikrî mülkiyet hukuku içinde de oluşturulmuştur⁷⁵⁸. Topluma sunulmamış bir fikrî ürün üzerindeki hak sahipliğinin, gereken düzeyde ispat gücüne sahip delillerle ispatlanma imkânı da bulunmaktadır.

Üçüncüsü, gelişme sağlayıcı bir fikrî ürün ortaya koyan kişiyi, bunu en kısa sürede toplumla paylaşmaya zorlayıcı hükümler, hakların “ toplumsal gelişmeyi sağlama ” amacına da uygun gözükme⁷⁵⁹.

En önemlisi, hukuk güvenliği ilkesinin zorunlu bir gereği olarak, bir hakkın ihdası için gereken tarihler muğlak bir şekilde bırakılamaz. Oysa, “ fikrî ürünü meydana getirme anı ”, sadece fikrî ürün sahibinin bilebileceği, istismara çok açık ve fikrî ürün sahibinin kendi ihtiyârıyla belirleyebileceği herhangi bir tarih olabilmeye müsaittir. Fikrî ürün sahibi, yukarıda belirttiğimiz gibi bu tarihi istediği bir tarihe çekebilme imkânına sahiptir. Uygulanacak bir çok hukuk kuralını etkileyebilecek, yenilik ve orijinallik incelemesine esas alınan anın eski tarihlere çekilmesi suretiyle, başka kişilerin haklarının

⁷⁵⁶ Aynı yönde ÖZTAN, s. 102.

⁷⁵⁷ Karş. BENTLY / SHERMAN, s. 29.

⁷⁵⁸ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 448; EREL, s. 89; CORNISH / LLEWELYN, s. 181; ORTAN, C. I, s. 89.

⁷⁵⁹ Aynı yönde BOUCHOUX, s. 304.

varlığına veya yokluğuna⁷⁶⁰ mesnet teşkil edecek bu imkânın verilmesi ise, hukuk güvenliğini tamamen ortadan kaldıran bir durumdur.

Tüm bu nedenlerle, orijinalliğin aranacağı zaman, kanaatimizce, tescile tabi bir hak bile olsa, fikrî ürünün topluma sunulduğu tarihtir⁷⁶¹. Burada, yenilik incelemesine esas alınan zamandan bir farklılık oluşmaktadır. Tescile tabi haklarda, başvuru veya rüçhan tarihinden belli bir süre öncesinde olmak şartıyla, başvuru sahibi kaynaklı önceki açıklama yeniliği ortadan kaldırmazken, bu tarihten önceki açıklama, fikrî ürün sahibince yapılsa bile, yeniliği kaldırıcı etkilidir. Yeniliği kaldırıcı etkili sayılmadığı takdirde, günümüz denge anlayışında, fikrî ürün sahibinin korunma süresinin toplum menfaatleri aleyhine uzatılması söz konusu olacaktır. Oysa, fikrî ürün sahibinin açıklaması, bu tarihten önceki bir açıklama bile olsa, orijinalliği kaldırıcı etkili değildir. Burada yapılan inceleme, “ ortaya konulan farklılığın ” daha önce bilinmekte olup olmadığı incelemesi değil, bu farklılığın fikrî ürün sahibine has olup olmadığı incelemesidir. Bu nedenle bir orijinalliği kaldırmayan açıklama süresinden bahsedilemez. Koruma süresinin, toplumun menfaatine aykırı şekilde uzatılmasının önlenmesi işlevi de, halihazırda yenilik kriterinin asli görevlerindendir. Burada dikkat çeken husus, önceki bir açıklamanın orijinalliği kaldırmamasının, sonuç itibarıyla bir farklılığının olmamasıdır. Bu halde, fikrî ürün yenilik ve gelişme gösterme niteliklerini karşılamadığı için, yine de fikrî mülkiyet korumasından faydalanamayacaktır. Burada, hâlihazırda yenilik koşulunun aranmadığı haklar yönünden, korumanın söz konusu olması ihtimali düşünülebilirse de, bu haklar da, hâlihazırda, zaten topluma açıklanma tarihi veya daha önceki bir tarih olan fikrî ürünü meydana getirme anı dikkate alınmaktadır. Bu hususta, ayrıca, eser haklarının da tescile tabi olması, koruma koşullarının tümünün aranması, günümüz denge anlayışı gereği koruma süresinin kısaltılması ve korumanın daha etkin hale getirilmesi gerekliliği de, yukarıda⁷⁶² ayrıntılarıyla açıklanmıştır. Topluma

⁷⁶⁰ Aynı yönde KILIÇOĞLU, s. 103.

⁷⁶¹ Aynı yönde Yargıtay 11. HD. 23. 03. 2006 2005/680 E. 2006/3049 K; Karş. ERSTLING, s. 307.

⁷⁶² Bkz. s. 178 vd.

sunmanın ne zaman ve ne şekilde gerçekleşmiş olacağı ise, yukarıda⁷⁶³ yenilik bölümünde alenileşme şekilleri başlığı altında ayrıntılarıyla açıklanmış olup, bu hususlar orijinallik açısından da geçerlidir.

III. Fikri Ürünün Orijinallik Yönünden Kıyaslanacağı Bilgiler

Fikrî mülkiyet hukukunda, hâlihazırda, orijinalliğin açıkça arandığı haklar dışında, fikrî ürünün, orijinallik yönünden kıyaslanacağı bilgilere ilişkin bir ifade, mevzuatlarda ve doktrinde yer almamaktadır. Orijinallik koşulunun açıkça arandığı haklardan topoğrafya hakkında, Washington Anlaşması m. 3 / 2 - a hükmünde, kanaatimizce yenilik koşulunu ifade etse de, orijinallik koşulu olarak, “ tasarlama anında, entegre devre tasarımcı ve üreticileri arasında bilinmeme / harcialem olmama ” özelliği aranmaktadır. Bu düzenleme, biliniyor olmanın ancak var olanlar arasında gerçekleşebilecek olması nedeniyle, tasarlama anından önceki bilgilerle bir kıyaslama yapılmasını zorunlu kılmaktadır⁷⁶⁴. Eser haklarında ise, fikrî ürünün sahibine ait olması, kopya olmaması anlamından, bir fikrî ürüne sahibinin mührünü vurmuş olmasına kadar geniş bir yelpaze, orijinallik olarak tarif edilmekte, bu koşulu karşılayan fikrî ürünün eser olarak korunacağı kabul edilmektedir⁷⁶⁵. Bu kabule bakıldığında, bir eserin kopya olabilmesi ve korunamaması için kendisinden daha önceki bir asılın bulunmaması gerektiği anlamına ve kıyaslamanın da önceki fikrî ürünlerle yapılacağı kanaatine rahatlıkla ulaşılabilir⁷⁶⁶.

⁷⁶³ Bkz. s. 99 vd.; 117 vd.

⁷⁶⁴ Karş. BAINBRIDGE, s. 578.

⁷⁶⁵ Bkz. HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; ARSLANLI, s. 6,7; AYİTER, s. 44, 45; TEKİNALP, s. 99; ÖZTAN, s. 92; YARSUVAT, s. 53; EREL, s. 32; NAL / SULUK (KARAHAN / SARAÇ), s. 36; CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82; TORREMANS, s. 178; FELLNER, s. 68; BENTLY / SHERMAN, s. 88 dn. 12; BOUCHOUX, s. 168 vd.; SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd.; HALPERN / NARD / PORT, s. 49; FRANCIS / COLLINS, s. 892; GOLDSTEIN, s. 159; ERSTLING, s. 307.

⁷⁶⁶ Karş. BENTLY / SHERMAN, s. 88 vd. (Müellifler, “ orijinallik incelemesinin sadece çalışma ile sahibi arasındaki ilişkiyi incelediği, bu nedenle buluşla tekniğin önceki durumu arasındaki gibi bir ilişkinin aranmadığı” görüşünün yanı sıra, “ orijinalliğin, daha önceki eserlerin sonraki hak edilmeyen eser korumalarını engellemesi işlevini de yerine getirdiği” görüşünü de belirtmektedirler.).

Orijinallik incelemesinde de, kural olarak incelemeye esas alınacak tarihten önce, yazılı veya sözlü biçimde, kullanım yoluyla ya da herhangi bir şekilde yapılan açıklama suretiyle, toplumca ulaşılabilir hale getirilen yani alenileşmiş bilgiler ile ilgili alandaki ortalama bir uzmanın sahip olduğu genel uzmanlık bilgileri, orijinallik incelemesinde dikkate alınmalıdır⁷⁶⁷. Ortalama bir uzmanın, genel uzmanlık bilgisiyle, ilave bir fikrî çabanın içine girmeksizin, bilinen şey veya usulleri değiştirmek veya genişletmek gibi uygulamaları, toplumda (başta ortalama uzmanlar olmak üzere) herkesçe yapılabilir yahut öngörülebilir olduğundan, bunlar kişiye has bir hususiyeti de içermezler. Her ne kadar, özellikle eser haklarında, hususiyet olarak ortaya çıkan unsurun, ortalama bir uzmanca, hatta normal bir kişi tarafından bile öngörülebileceği, akıl edilebileceği; bu nedenle orijinalliğin çıtasının çok yükseltildiği iddia edilebilirse de; ortalama uzmanın, ilave bir fikrî çaba içine girdiği sınırdan sonrası orijinalliği ifade edeceğinden, bu çıtanın yükseltilmesi değil, orijinalliğin nitelikli orijinallik boyutunda olması söz konusu olmaktadır. Eser haklarından bir örnekle açıklamak gerekirse, Shakespeare'in anılan cümlesini, “ **varolmak** veya olmamak. İşte bütün mesele bu. ” haline getirebilmek, sadece bir ortalama uzmanın değil hemen herkesin yapabileceği, öngörebileceği bir uygulamadır. Ancak, cümlenin bu halinin de Shakespeare'in hususiyetinin dışına çıkmadığı tamamen aynı anlamı, aynı anlama gelen kelimelerle ifade ettiği, yapılanın basit bir değişiklikten ibaret olduğu açıktır. Oysa, “ isyan veya itaat ”, “ galibiyet veya mağlubiyet ”, “ siyah veya beyaz ” vb. şeklindeki kullanımlarla, “ bütün mesele ” ye dair farklı anlamları taşıyan veya farklı şekillerle ifade edilmiş, binlerce farklı görüşe ulaşılabilir. İşte bu, farklı şekillerle, farklı anlamlara ulaşma, hatta çok derin felsefi sonuçları bu cümleye yükleme, tamamen kişinin ortaya koyacağı fikrî çaba ve yeteneğiyle orantılıdır ki, orijinalliği ortaya koyan da bu unsurlardır. Yoksa, ulaşılacak her cümle ortalama bir uzman tarafından öngörülebilir, akıl edilebilir cümleler olacaktır. Tıpkı, telefonun varlığını bilen ve bir kabloya mahkûm olmadan telefon etmenin gerektiği zor bir durumda kalmış herkesin

⁷⁶⁷ Aynı yönde COLSTON / MIDDLETON, s. 432.

cep telefonunu öngörebilecek olmasına rağmen, bunun sadece buluş sahibince gerçekleştirilmiş olması gibi. Uzmanın, Shakespeare'in denkleminin kullanıldığı bir cümlemin kurulabileceğini öngörmesi, bu denklemle oluşturulacak her cümleyi öngörmesi anlamına gelmez. Hele, bu cümlelerin muhtevasının neyi kapsayacağını öngörmesi, elbette ki mümkün olmayacaktır. Sonuç itibarıyla, o ana kadar var olan bilgiler zaten toplumun bilgi birikimine dâhildir. Fikrî mülkiyet hakkı tanınmasının asli amacı olan, toplumun bilgi birikimini zenginleştirmenin gerçekleşebilmesi için, mevcut birikime bir katkının olması ve bu katkının fikrî ürün sahibinin hususiyetinden kaynaklanması gerekeceğinden, kıyaslama, mevcut bilgiler dikkate alınarak yapılacaktır⁷⁶⁸. Bu yüzden, alenileşmeyi sağlayan açıklama şekillerine ilişkin yenilik bölümündeki açıklamalar, kural olarak orijinallik açısından da geçerliliğini korumaktadır. Burada belirtilmesi gereken bir husus ise, orijinallik değerlendirmesinde, bazı ülke mevzuatlarında alenileşme için topluma sunmanın yanı sıra ticari yayınlama şartının arandığı hallere de rastlanabilmesidir⁷⁶⁹. Yukarıda⁷⁷⁰, ticari kullanım vb. hususunda yaptığımız açıklamalar karşısında, böyle bir şartın kabul edilemeyeceği açıktır.

Ana kural bu olmakla birlikte, başvuru hakkının gasbı gibi hallerde karşılaşılabileceği üzere, alenileşmemiş bilgilerin de orijinalliği kaldırması mümkün olabilir. Ancak bu takdirde, gerçek hak sahibi olan kişinin, bu vasfını, başvuru sahibine has bir özelliğin bulunmadığını, bu kişinin fikrî ürünü kendisinden elde ettiğini ve istismarı ispatlaması gerekecektir. Bu durumda, alenileşmiş bilgilerin orijinalliği kaldırması ve toplum menfaati nedeniyle hakların hükümsüz kılınmasından farklı olarak, alenileşmemiş bilginin orijinalliği kaldırması ve hükümsüzlükte toplum menfaati bulunmaması nedeniyle, sadece hak sahibinin değişmesi söz konusu olmaktadır.

⁷⁶⁸ Karş. Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

⁷⁶⁹ İngiltere için bkz. CDPA. s. 175 / 2.

⁷⁷⁰ Bkz. s. 124.

IV - Kıyaslamanın Yapılacağı Coğrafi Kapsam

Fikrî mülkiyet hukukunda, hâlihazırda, orijinallik incelemesinde dikkate alınacak alenileşmiş bilgilerin, coğrafi kapsamına ilişkin tek ifade, topoğrafya hakkına ilişkin Washington Anlaşması'nın 7 / 1. maddesinde, “ Dünyanın herhangi bir yerindeki açıklamanın orijinalliği kaldırmaya yeterli olduğu ” şeklinde yer almaktadır. Eser haklarına ilişkin Bern Anlaşması'nın “ eser sahiplerinin haklarının korunacağı coğrafi kapsamı ” ortaya koyan 3. maddesi hükmünden de, benzeri bir anlam zımnen çıkarılabilecektir. Anlaşmaya göre, eser sahiplerinin hakları, anılan coğrafi kapsam da korunacağından, diğer orijinallik taşımayan fikrî ürünlerin korunmasını da engelleyecektir. Her ne kadar, anlaşma hükümleri sadece anlaşmaya taraf ülkelere uygulanabilir ise de, neredeyse tüm ülkelerin⁷⁷¹ Anlaşmaya taraf oldukları dikkate alındığında, coğrafi kapsam, neredeyse Dünya geneline yayılmaktadır. Orijinalliğin açıkça arandığı bu haklar dışında, incelemede dikkate alınacak alenileşmiş bilgilerin coğrafi kapsamına ilişkin düzenleme ve görüşe rastlanamamaktadır.

Yukarıda açıkladığımız mutlak yeniliğin kabulünü zorunlu kılan nedenler, mutlak orijinalliğin aranması gerekliliği yönünden de geçerlidir. Bu nedenle, başvuru tarihinden önce, dünyanın herhangi bir yerinde ve herhangi bir şekilde, kamuoyunca ulaşılabilir hale getirilen yani alenileşmiş fikrî ürünlerde yer alan kişiye has özellikler, fikrî ürünün orijinal sayılmasına engel olmalıdır⁷⁷². Dünyanın herhangi bir yerinde alenileşmiş olan bilgilerin incelemede kullanılacak olması, bütün dillerdeki açıklamaların dikkate alınmasını da zorunlu kılacaktır.

⁷⁷¹ Bern Anlaşması'na hâlihazırda 164 ülke taraf bulunmaktadır. (http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15 (11. 12. 2009).

⁷⁷² Aynı yönde ERSTLING, s. 307.

V . Kıyaslamayı Yapacak Kişi

Fikrî mülkiyet hukukunda, orijinallik incelemesini kimin yapacağı açıkça düzenlenmiş değildir. Topoğrafya hakkında, “ entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları⁷⁷³ ” tabiri kullanılsa da, bu düzenlemede de, ilgili kitlenin, kıyaslamayı yapacak kişiden daha ziyade, kıyaslama da “ dikkate alınacak ” kişi anlamında kullanıldığı görülmektedir. Gerek yenilik gerek orijinallik koşulları, “ tüm toplumun ” hürriyetini, belli bir kişi lehine sınırlayan bir hakkın tanınma koşulları olmaları nedeniyle, en azından toplumun çoğunluğunca kabul edilebilir bir inceleme ve sonucu içermek, yani objektif sonuca ulaşmak zorundadırlar. Bunun bir gereği olarak, inceleme objektif kriterlere dayalı yapılmalıdır. Yenilik bölümünde açıklandığı üzere, toplumun ortalama bilgi birikimini en ideal şekilde bilebilecek kişinin ortalama uzman olması karşısında, kıyaslamayı yapacak kişi, yenilikteki gibi “ ilgili alandaki ortalama uzman ” şeklinde belirlenmelidir⁷⁷⁴. Bir özelliğin, fikrî ürün sahibine has olup olmamasının tespitinde kullanılan, herkes tarafından vücuda getirilemeyen kavramı, vasat tüketiciye göre değişebileceği gibi, nitelikli bir uzmana göre de değişecektir. Vasat tüketici hiçbir orijinallığı bulunmayan bir özelliği dahi kişiye has kabul edebilecekken; nitelikli uzmanda, kendi bilgi seviyesi nedeniyle ortalama uzmanın üstünde olacağından, normal şartlarda orijinal kabul edilecek bir özellik, ona alelade bir özellik gibi gelebilecektir.

VI - Kıyaslamada Dikkate Alınacak Kitle

Fikrî mülkiyet hukukunda, sadece topoğrafya hakkında, “ entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları ” tabirinin, orijinallik incelemesindeki kıyaslama da “ dikkate alınacak ” kişi anlamında kullanıldığı görülmektedir (Washington Anl. m. 3 / 2 – a)⁷⁷⁵. Her ne kadar, tasarım

⁷⁷³ Washington Anlaşması m. 3 / 2 - a; BAINBRIDGE, s. 578.

⁷⁷⁴ Karş. KILIÇOĞLU, s. 117; NAL / SULUK (KARAHAN / SARAÇ), s. 35; Yargıtay 11. HD. 11. 06.1980 5877 E. 3052 K.; Yargıtay 11. HD. 11. 02.2002 8275 E. 8839 K. (ÖZTAN, s. 93’ten naklen); Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

⁷⁷⁵ Karş. BAINBRIDGE, s. 578.

hakkındaki ayırt edicilik incelemesinde bilgilenmiş kullanıcının; marka hakkındaki ayırt edicilik incelemesinde de vasat tüketicinin dikkate alınacağı, doktrin tarafından kabul edilse de, hâlihazırda, bunun bir orijinallik incelemesi olarak ifade edilmeyişi karşısında, orijinallik incelemesindeki kıyaslama da dikkate alınacak kişiyi ifade etmedikleri görülmektedir. Bu kullanımların da, bir an için bu kişiyi ifade ettiği farzedilse bile, topoğrafya hakkındaki düzenlemede yer alan kullanım da dâhil olmak üzere hiçbir kullanım uygun değildir. Yukarıdaki⁷⁷⁶, ortalama uzman dışındaki bir kişinin incelemede dikkate alınmasının, fikrî mülkiyet hukukunun amacıyla bağdaşmamasına ilişkin görüşlerimiz, orijinallik incelemesi açısından da geçerlidir, çünkü, orijinallik incelemesi de, tıpkı yenilik incelemesi gibi, fikrî ürünün, hakkın ihdası için gereken şartları taşıyıp taşımadığına yöneliktir.

Orijinallik incelemesinde, incelenen fikrî üründe varolan farklılıkların, fikrî ürün sahibine has olup olmadığı, daha önce başkasınca yapıлып yapılmadığı incelenmektedir⁷⁷⁷. Her ikisi de, kıyaslananlar arasında bir benzerlik bulunup bulunmadığı temeline dayalı inceleme olmakla birlikte, aralarında farklılık bulunmaktadır. İncelemede, ortalama uzmanın ilgili alandaki mevcut bilgisiyle (ki bu düzey, doğal olarak, vasat tüketicinin bilgi düzeyinin çok üstündedir) yapılamayacak hatta öngörülemez bir farklılık olması ve bu farklılığın kaynağını fikrî ürün sahibinden alması aranmaktadır. Bir uzmanın, “ fikrî ürün sahibine has olma ” yargısına vardığı bir durumda vasat tüketicinin evleviyetle “ fikrî ürün sahibine has olma ” ya karar vereceği aşikârdır. İkinci olarak, ortalama uzmanın “ fikrî ürün sahibine has olma ” da dikkate alabileceği, dolayısıyla fikrî ürünün korunmayı gerektirip gerektirmediği hususunda yararlanacağı bilgiler toplamı, daha geniş olmaktadır. Bununla bağlantılı üçüncü farklılık, uzmanın “ öngörülebilir ” fikrî ürünleri de,

⁷⁷⁶ Bkz. s. 133 vd.

⁷⁷⁷ HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; ARSLANLI, s. 6,7; ÖZTAN, s. 92; AYİTER, s. 44; YARSUVAT, s. 53; EREL, s. 27; NIMMER, supra note 1 at 19 - 20. (OPPENHEIMER, s. 211'den naklen); Karş. CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82; TORREMANS, s. 178; FELLNER, s. 68; TORREMANS, s. 178; BOUCHOUX, s. 168 vd.; SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd.; HALPERN / NARD / PORT, s. 49; FRANCIS / COLLINS, s. 892; GOLDSTEIN, s. 159; SUTHERSANEN, s. 177; TEKİNALP, s. 99.

incelemede dikkate alacak olmasıdır. Oysa ki, vasat tüketicinin dikkate alabilecekleri, “ mevcutlarla ” sınırlıdır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, ortalama uzmanın orijinallik incelemesinde dikkate alınması, daha hakkın ihdası aşamasında korunmayacak fikrî ürünlerin elenmesi nedeniyle, tüketiciyi “ yanılma ihtimalinden ”, bu safhada kurtaracaktır. İkinci bir fayda, korunmayı hak etmeyen bir kişinin, hakkın hükümsüzlüğüne vb. kadar geçecek az veya çok sürede haksız yararlanmasına engel olacaktır. Bunun yanı sıra, gelişme gösterme incelemesi vb. zaman ve emek kaybına neden olan bir çok külfetten kurum, uzman ve tarafları da kurtaracaktır. Vasat tüketicinin “ fikrî ürün sahibine has olmama ” yargısına vardığı bir durumda, uzmanın geniş bilgisi, daha çok fikrî üründe kıyaslama yapması ve hatta mevcut olmadığı halde öngörülebilecek fikrî ürünleri de dikkate alması karşısında “ fikrî ürün sahibine has olmadığı ” ve “ kişiye hak tanınmaması gerektiği ” yargısına ulaşabilecektir. Bu sonuç, fikrî mülkiyet haklarının amaçlarına uygun olmasının yanı sıra, vasat tüketicinin dikkate alınmasının asıl gayesi olan vasat tüketicinin korunması⁷⁷⁸ açısından da daha elverişlidir. Ayrıca uzmanın, incelemesi sırasında vasat tüketicinin açısından bakmasına da engel değildir.

Ortalama uzmanın dikkate alınması, orijinallik incelemesinde bir başka açıdan daha elzem hale gelmektedir. Kaynağını, orijinallik özelliğinden alan, başvuru hakkının gaspı gibi gerçek hak sahibinin tespitini gerektiren hallerde, ortalama uzman dışındaki kişilerin değerlendirmeleri fikrî mülkiyet haklarının amaçlarına uygun olmayacaktır.

VII. Kıyaslama

Orijinallik incelenmesinde, kıyaslamanın bir tarafında, koruma talep edilen fikrî ürünlerdeki sahibine has özellikler; diğer tarafında ise, orijinallik incelemesinde esas alınacak tarihte, toplumun sahip olduğu bilgiler yer alır. Karşılaştırma, fikrî ürünün koruma talep edilen unsurları (örneğin, patent

⁷⁷⁸ HİRS, Fikrî Say I, s. 194.

istemleri) için yapılır. Bu unsurlar, yenilikteki gibi, daha önce yapılmış her bir ‘ münferit ’ açıklamanın genel içeriğiyle kıyaslanmalıdır⁷⁷⁹. İncelenen husus, toplumu geliştiren bir fikrî ürünlerdeki özelliklerin, koruma talep eden kişiye has olup olmadığıdır ki bu özelliklerin başka kişilerce oluşturulup oluşturulmadığını incelemeyi de zorunlu kılar. Bu incelemenin, kişiye has katkının varlığını değil, tekel hakkıyla korunmayı hak edecek düzeyde olup olmasını araştıran gelişme gösterme koşuluyla karıştırılmaması gerekir. Karşılaştırmada önemli olan, kelime kelimesine aynılık değil, özelliklerin içeriğinin aynı olmasıdır. Örneğin, aynı fikrin, aynı anlamı taşıyan farklı kelimelerle ifade edilmesi orijinal olarak nitelenemeyecektir. Fikrî ürünün orijinalliğinin sınanmasında, karşılaştırıldığı münferit bilgilerin aleniyet kapsamına yani her bir bilgiden, neyin bundan böyle bilinir sayıldığına dikkat edilmelidir. Burada da, " ortalama uzman" varsayımından hareket edilmeli, ancak yenilik incelemesinden farklı, ikinci istisna olarak, uzman tarafından, “ fikrî ürünlerdeki özelliklerin herkesçe meydana getirilebilen bir özellik mi, yoksa koruma talep eden kişiye has mı olduğu ” değerlendirmesi yapılır⁷⁸⁰.

Yukarıda da⁷⁸¹ belirtildiği gibi orijinalliğin fikrî ürünün şeklinde, muhtevasında, bunların oluşturduğu sinerjiyle ortaya koyduğu etkide veya bunların hepsinde bulunabileceği dikkate alındığında, fikrî üründe koruma talep edilen unsurların, bu yönlerin en az birinde, herkesçe meydana getirilemeyen, fikrî ürün sahibine has yetenekleri yansıtmaları gerekir. Bu yansımanın bulunduğu hallerde, orijinalliğin varlığı da kabul edilmelidir⁷⁸².

Bir fikrî ürünün, fikrî mülkiyet korumasından faydalanabilmesi için sahip olması gereken orijinallik yani “ fikrî ürün sahibine haslık ” düzeyi hususunda, doktrinde farklı görüşlere rastlanmaktadır. Bir görüşe göre,

⁷⁷⁹ Aynı yönde ÖZTAN, s. 96.

⁷⁸⁰ Aynı yönde SCHECHTER / THOMAS, s. 311; Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

⁷⁸¹ Bkz. s. 61 vd.

⁷⁸² Aynı yönde ÖZTAN, s. 94; Karş. AYİTER, s. 43 (Müellif, “ Yaratma süreci içinde ağırlık merkezi, ifade aracının belli bir plana uyarak şekillendirilmesidir. Şeklin himaye edilebilmesi için şekillendirmenin o zihne özgü yetenekleri aksettirmesi gerekir. Bu başkalığın var olduğu hallerde, hususiyetin varlığı da kabul edilmelidir ” görüşündedir.).

orijinallik, sadece yaratıcı bir muhayyele ve ibda mahsulü olan fikir ürünlerinde bulunmaktadır⁷⁸³. Özellikle, Fransız fikrî mülkiyet doktrinde hâkim olan “ fikrî ürün sahibinin fikrî ürüne mührünü vurması ” ile ifadesini bulan bu görüş, eser haklarında olduğu gibi, orijinallik koşulunun, fikrî mülkiyet korumasından faydalanılabilmesi için tek koşul olarak aranıldığı, gelişme gösterme kriterinin yerine de kullanıldığı takdirde kabul edilebilir. Toplumun haklarını ciddi şekilde kısıtlayan bir hakka konu fikrî ürünün, toplumu geliştirmesi gerekiyorsa⁷⁸⁴, bu özelliğin varolup olmadığını da sadece orijinallik kriteri inceleme imkânına sahipse, elbette ki kriterin aradığı düzeyin de bu olarak belirlenmesi gerekecektir. Oysa, fikrî ürünün, gelişme göstermesi orijinallik kriterinin değil, gelişme gösterme kriterinin aradığı düzeydir ve aranacak orijinallik düzeyini belirleme de kullanılamaz. Doktrindeki bu görüş, gelişme gösterme kriterinin yükünün hatalı olarak başka işlevi bulunan orijinallik kriterine yüklendiğini, bariz şekilde ortaya koymaktadır. Bu hatanın giderilmesi için eser haklarında da bir gelişme gösterme koşulunun aranması, orijinallik kriterinin de kendi işlevinde kullanılması ve bu işlevine uygun bir düzeyi araması gerekecektir.

Doktrindeki diğer görüş, fikrî ürünün çalışmanın sahibince bağımsız yapılmış olmasının, kopya olmamasının orijinalliğin varlığı için yeterli düzey olduğunu kabul eden⁷⁸⁵ görüştür. Bu görüşün, kopya yani tıpatıp aynı olmamayı yeterli kabul etmekle, basit anlamda orijinalliği benimsediği anlaşılmaktadır. Görüşe göre, fikrî ürünün kıyaslandığı önceki çalışmalardan, çok küçük bile olsa bir farklılığı bulunmaktadır, onu kopya durumundan çıkarmaktadır ve bu küçük farklılık kaynağını çalışma sahibinden aldığı için onu orijinal kılmaktadır. Görüş de, bu farklılığın, fikrî çaba yerine - ortaya konulmuş fikrî ürünün esasını etkilemeyen - başka sebeplerden (üretim maliyeti, yorum, fikrî ürünü uygulama kabiliyetinin düzeyi vb.)

⁷⁸³ HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; EREL, s. 32; Karş. Yargıtay 11. HD. 07. 06. 2007 2006/929 E. 2007/8748 K.

⁷⁸⁴ Aynı yönde Yargıtay 11. HD. 07. 06. 2007 2006/929 E. 2007/8748 K.

⁷⁸⁵ ARSLANLI, s. 9; TEKİNALP, s. 99; CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; SCHECHTER / THOMAS, s. 24; FELLNER, s. 68.

kaynaklanabileceği, bu başka sebeplerin fikrî mülkiyet hukukunun varoluş sebep ve amaçlarıyla bir ilgisinin bulunmadığı, bunların – gerekiyorsa - başka hukuki himaye yollarıyla korunması gerektiği gözden kaçırılmaktadır. Oysa fikrî mülkiyet hukukunun ve dolayısıyla orijinalliğin amacı, fikrî ürünün esasını etkileyen bir fikrî çabanın ödüllendirilmesidir yoksa fikrî çabanın daha düşük maliyetle uygulanması yahut bir fikrî ürünü uygulama kabiliyetinin düzeyi değildir⁷⁸⁶. Bir örnek vermek gerekirse, mobilya tasarımının farklı malzeme kullanılması veya daha yetenekli bir kişi tarafından yapılması dolayısıyla oluşan görünüm farklılığı, ayrı bir tasarım oluşturmayacaktır. Bu nedenle, farklılığın, fikrî ürünün esasını etkileyen bir farklılık olması aranmalıdır.

Doktrindeki başka bir görüş ise, fikrî ürünün çalışmanın sahibince bağımsız yapılmış olmasının, kopya olmamasının orijinalliğin varlığı için yeterli olduğunu kabul etmenin yanı sıra, “ bağımsızlığın, çalışmanın alelade bir çalışma olmaması, sahibinin az da olsa bir yetenek, emek veya düşünce katkısının bulunması gerektiği anlamına geldiği ” düşüncesindedir⁷⁸⁷. Önceki paragrafta yaptığımız eleştiriler, bu görüş açısından da geçerli olmaktadır. *Ayiter* ise, yapılacak bu katkının verim düzeyi olarak adlandırıldığını belirttikten sonra, “ *Verim düzeyi fikrî, bizi sübjektif estetik değer yargılarına götürmektedir. Oysa fikir ve san'at hukuku bakımından neyin himaye konusu olacağının belirlenmesinde basit, her türlü estetik değer yargısından kurtulmuş ve uygulamada işe yarayacak kriterlere muhtacdır. Bu gerek karşısında Kummer'e göre hususiyeti tek olmak, var olandan başka olmak şeklinde anlamak zorundayız.* ” görüşünü ortaya koymaktadır⁷⁸⁸.

⁷⁸⁶ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 89 (Müellifler, “ sadece emek harcanmış olmasının, koruma için yeterli olmadığı ” görüşünü ifade etmektedir.).

⁷⁸⁷ Aynı yönde ARSLANLI, s. 67; ÖZTAN, s. 92; YARSUVAT, s. 53; NAL / SULUK (KARAHAN / SARAÇ), s. 36; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK / LANE, C. I, s. 82 vd.; TORREMANS, s. 178 ; GOLDSTEIN, s. 159; Aynı yönde BOUCHOUX, s. 168 vd.; SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd; HALPERN / NARD / PORT, s. 49 (Müellifler, “ çalışmanın sahibince bağımsız yapılmış olması, sahibinin az da olsa bir fikrî katkısı (creativity) olması, önceki bir fikrî ürünün kopyası veya küçük değişiklik içeren şekli olmamasını aramaktadırlar.); SUTHERSANEN, s. 177.

⁷⁸⁸ AYİTER, s. 44.

Kanaatimizce, doktrinde oluşan, aranması gereken orijinalliğin düzeyine ilişkin bu fikir ayrılıklarına, yukarıda izaha çalıştığımız üzere, eser hakları kaynaklı ön sorunlar temel teşkil etmektedir. Oysa yapılması gereken, orijinallik kavramını, eser haklarına ilişkin gereksiz kaygılar nedeniyle, fikrî mülkiyet hukukunun yapısını da bozan bir şekilde kullanmak yerine, olması gereken işlevinde kullanmaktır. Eser haklarına konu fikrî ürünler de, fikrî mülkiyet haklarına konu diğer tüm fikrî ürünler gibi etkin bir korumayı hak etmektedir, bunun için de etkin korumanın gereklerini karşılamak zorundadır. Kültürel veya duygusal yöne ilişkin ürünler olmaları, onları, etkin korumanın varlık sebebi olan toplumu geliştirmek yükümlülüğünden kurtarmamaktadır. Bunun için tüm fikrî mülkiyet haklarında aynı koşullar, fikrî ürünün niteliğine göre farklı yönlerde bulunması gerekse de, aynı düzey ve şekilde aranmalıdır. Bu koşulların en elzemi, gelişme gösterme koşulu olarak belirlenmeli; orijinallik koşulu da amacına ve işlevine uygun şekilde anlamlandırılmalı ve bu düzeyde aranmalıdır. Etkin korumayı hak edecek bir gelişmenin varolup olmadığı, orijinallik kriterinin değil, gelişme gösterme kriterinin görevidir ve ona bırakılmalıdır. Bu yapıldığında, doktrindeki, “ *hiyerarşide daha üstte olan fikrî ürünler için hususiyet, orijinallik gibi bir koşul aranırken, hiyerarşide daha altta olan fikrî ürünler için, daha zor bir koşul olan düşünce yaratıcılığı (gelişme gösterme -Yn.) koşulunu karşılamasının istenilmesinin bir çelişki oluşturacağı ve bunun orijinallik kavramının farklı anlamlandırılmasını gerektireceği* ” şeklinde eleştirilen⁷⁸⁹ yapısal bozukluk ve çelişkilere; orijinallik kavramının da, olması gereken anlamından ciddi şekilde saptırılmasına gerek kalmayacaktır. Yapılması gereken, fikrî mülkiyet hukukunun genel yapısını bozmak değil, eser hakları hukukunda yer alan, kendi içinde de ciddi çelişkiler taşıyan sorunların giderilmesidir. Bu giderme sırasında ihtiyaç duyulacak kaynakları da çok uzakta aramaya gerek yoktur. Fikrî mülkiyet hukukunun amaç ve kurumları buna uygundur. Yapılması gereken tek şey, eser haklarına ilişkin gereksiz kaygılardan kurtulmaktır. Fikrî ürünlerde bulunması gereken nitelikler, tamamen ve gereğine uygun arandığı takdirde, bir eserin tamamı

⁷⁸⁹ TEKİNALP, Hususiyet, s. 76.

şöyle dursun, Shakespeare'ın cümlesi örneğinde olduğu gibi, bir kişinin, bir cümlesi dahi etkin korumadan mahrum bırakılmamış olacaktır. Bu turnusol kağıdıyla yapılan sınanmada, başarılı olamayan fikrî ürünlerin korunmaya çalışılması ise, ne fikrî mülkiyet hukukunun amacına, ne toplumun yararına ne de bizzat bu ürünün sahibinin yararına uygundur.

Kanaatimizce, kendi işlevinde kullanılacak bir orijinalliğin düzeyi, nitelikli orijinallik olmalıdır. Düzey olarak da, kişiye has katkının bir fikrî katkı olması⁷⁹⁰, bu katkının, bir fikrî ürünün esasını etkileyen, etkilenmiş bu esas sayesinde, fikrî ürünün toplumun hafızasında kendine has, önceki fikrî ürünlerden bağımsız bir yer edinmesini sağlayabilecek nitelikte olması aranmalıdır. Bu halde, fikrî ürünün, önceki benzerlerinden gelişim sağlayacak düzeyde farklı kılabilir özellikler içermesi ve bu özelliklerin kaynağını çalışma sahibinden alması gerekir. Doktrinde bazı müelliflerce, orijinallik şartı olarak ifade edilen, bağımsız yaratma olma⁷⁹¹ veya nisbî istiklale sahip olma⁷⁹² da, bir fikrî ürünün asıl sahibinden “bağımsız”, başka bir kişinin adını taşımasını değil; fikrî ürünün, toplumun hafızasında, önceki fikrî üründen ayrı, kendine has, “bağımsız” bir yer edinmesini ifade etmelidir. İncelemede araştırılan şey fikrî ürün sahibinin, fikrî ürünün oluşmasına, esas etkileyen bir fikrî katkısının bulunup bulunmadığıdır. Fikrî ürünün, kaynağını fikrî ürün

⁷⁹⁰ Aynı yönde NIMMER, supra note 1 at 19 - 20. (OPPENHEIMER, s. 211'den naklen) (Müellif, “minimal yaratıcılığın orijinallik için yeterli olacağını ” belirtmiş ise de, kanaatimizce bu düzeydeki bir fikri katkı, sadece orijinallik kriterini karşılama da yeterli olabilecektir. Eser hakkının tanınması için, bunun gelişme gösterme kriterini de karşılaması yani tekel hakkı tanınmasını meşru kılacak düzeyde olması gereklidir.).

⁷⁹¹ NIMMER, supra note 1 at 19 - 20. (OPPENHEIMER, s. 211'den naklen); BOUCHOUX, s. 168 vd.; SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd.; HALPERN / NARD / PORT, s. 49; FRANCIS / COLLINS, s. 892; GOLDSTEIN, s. 159; ERSTLING, s. 307; Karş. Trademark Cases, 100 U. S. 82 (1879) (<http://supreme.nolo.com>) (Anılan davada, Mahkemece, her ne kadar “ markanın, daha önce varolan bir şeyin adaptasyonu olabileceği gerekçesiyle, markalarda orijinallik için fikrî katkıya ihtiyaç bulunmadığı ” sonucuna ulaşılmış ise de, kanaatimizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Buradaki fikrî katkı, orijinal bir kelime ortaya koymak şeklinde değil, markanın “ işareti koruma yönelik bir hak olması ve bu yönden incelemeye tabi olması nedeniyle”, “ bilinmekte olan bir kelimenin ilgili olmayan bir sektörde işaret olarak kullanılması ” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ancak, markanın niteliğinden kaynaklanan ve gözden kaçan bu ayrımı nedeniyle, karar “ orijinallik için fikrî katkıya ihtiyaç bulunmaması karşısında, bağımsız yaratma ve orijinallik kavramlarının, kopya olmama ile aynı şeyi ifade ettiği ” gibi hatalı yorumlamalara yol açabilecektir.).

⁷⁹² ARSLANLI, s. 67; AYİTER, s. 44, 45; YARSUVAT, s. 53; NAL / SULUK (KARAHAN / SARAÇ), s. 36.

sahibinden alıp almadığına bakılır⁷⁹³. Fikrî ürünlerde, orijinallik az veya çok belirgin, muhtelif derece ve vasıflarda olabilir⁷⁹⁴. Bu derecenin tespitinde, yararlanılabilecek en somut ölçü ise, koruma talep edilen unsurların gelişme gösterme koşulunu karşılayıp karşılamaması olacaktır. Orijinalliğin en yüksek derecesi, fikrî ürünle karşılaşıldığında sahibinin teşhis edilebildiği, sahibinin kişiliğinin mührünü taşıyan, ilk kez onun tarafından öngörölmüş olan ve gelişme gösterme koşulunu karşılayan fikir ürünlerinde bulunmaktadır⁷⁹⁵. Gelişme gösterme koşulunu karşılayan bir özelliğe sahip fikrî ürünün - başvuru hakkının gaspı vb. haller hariç - orijinal olduğuna evleviyetle hükmetmek gerekecektir, çünkü, bu özelliğin fikrî ürün sahibinin kişiliğinden kaynaklandığı açık olacaktır.

Aranması gereken orijinallik düzeyini, bir örnekle açıklamak gerekirse, “ serbest bilgi olan adres, telefon numarası, kişi ismi vb. bilgilerin ” bir arada bulunduğu bir rehber veya farklı şairlere ait şiirlerden bir antoloji oluşturmak fikri, ilk kez ortaya konulduğunda, elbette ki orijinallik kriterini karşılayacaktır⁷⁹⁶. Ancak, daha sonra, yine aynı bilgileri ihtiva eden sadece isimlerin, adreslerin vb. bilgilerin gelişigüzel şekilde yer değiştirilmiş halinden ibaret bir rehber veya şiirlerin yerlerinin gelişigüzel şekilde yer değiştirildiği antoloji basit orijinallik boyutunu geçemeyecektir. Oysa, önceki eserde, telefon rehberi alfabetik olarak hazırlanmadığı halde, sonraki telefon rehberinin alfabetik olarak hazırlanmış olması veya antolojide şiirlerin temalarına göre tasniflenmiş olması sonraki rehber veya antolojiye nitelikli orijinallik vasfı kazandırabilecektir⁷⁹⁷. Sonraki bu rehberde, “ adres, telefon numarası, kişi ismi vb. bilgilerin bir arada bulunduğu bir kitap oluşturmak ” fikrînin yanı sıra, “ bu rehberin alfabetik olarak hazırlanmasının kullanım kolaylığı, zaman tasarrufu vb. yönlerden topluma daha faydalı olacağı ”

⁷⁹³ Aynı yönde BENTLY / SHERMAN, s. 88; Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

⁷⁹⁴ ARSLANLI, s. 6; AYİTER, s. 43.

⁷⁹⁵ Aynı yönde ARSLANLI, s. 6, 9; AYİTER, s. 43; ÖZTAN, s. 96.

⁷⁹⁶ Karş. TEKİNALP, Hususiyet, s. 75; Feist Publications Inc v. Rural Telephone Service Co, 499 US. (1991) (<http://caselaw.lp.findlaw.com>).

⁷⁹⁷ Aynı yönde AYİTER, s. 43; DWORKIN, s. 66.

fikrînin katılması söz konusudur. Aynı durum antolojide de tema yönünden bulunmaktadır. Katılan bu ikinci fikrî, nitelikli orijinallik sağlayıp sağlamaması ayrı bir husus, rehber, tekel niteliğindeki bir korumayı (eser hakkı korumasını) hak edecek düzeyde gelişim katması ayrı bir husustur. Eğer, katılan ikinci fikir, nitelikli orijinallik sağlamış ise bu kez, fikrî mülkiyet korumasından faydalanabilmek için, topluma tekel niteliğindeki bir korumayı hak edecek düzeyde gelişim katma yani gelişme gösterme kriterine tabi tutulmalı, ancak bu kriteri de karşıladıktan sonra eser sıfatını ve fikrî mülkiyet korumasını kazanmalıdır. Yine, bilinmekte olan “ ‘ Diesel ’ kelimesinin, akaryakıtla ilgisi olmayan giyim sektöründe marka olarak kullanılması ” fikri, nitelikli orijinallik koşulunu karşılayabilecek bir fikrî katkı olabilecektir⁷⁹⁸.

Yapılan bu kıyaslama sonucunda, orijinalliğin nitelikli olup olmadığına dair verilen karar üzerine, başvuru sahibine, karara itiraz etmek suretiyle, fikrî ürününün gereken düzeyde orijinal olduğunu ispat imkânı tanınarak, uygulamada doğabilecek sıkıntılara karşı bir mekanizma da oluşturulabilir⁷⁹⁹.

Ş5. ORİJİNALLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKKI TÜRLERİNDEKİ ÖZELLİKLERİ

A . ORİJİNALLİK KAVRAMININ BELİRTİLDİĞİ TÜRLER

I . Eser

Bir eserin koruma altına alınabilmesi için güzel olması veya sanatsal değer taşıması şart olmayıp, orijinal⁸⁰⁰ olması yeterlidir. Ancak, bu kavram ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilmekte, İngiltere gibi bazı ülkelerde eserin kopya olmaması yeterliyken⁸⁰¹, ABD, AB ve Almanya gibi bazı ülke

⁷⁹⁸ Aynı yönde ARKAN, C. I, s. 79.

⁷⁹⁹ Aynı yönde AYİTER, s. 45.

⁸⁰⁰ Aynı yönde ÖZTAN, s. 101.

⁸⁰¹ CORNISH / LLEWELYN, s. 388, 558, 566; BAINBRIDGE, s. 37; TRITTON, s. 188; COLSTON / MIDDLETON, s. 261; PHILLIPS / FIRTH, s. 142; LADDIE / PRESCOTT / VITORIA / SPECK /

veya topluluklarda eserin, belli bir fikrî çaba taşıması⁸⁰², Fransa gibi bazı ülkelerde ise eserin, eser sahibine özgü olduğu aranmaktadır⁸⁰³.

Eser haklarında yer alan görüşler dikkatlice incelendiğinde, tamamına yakınında, orijinallik kavramının, olması gerektiği şekilde, sadece sözlük anlamı olan, “ orijinal, özgün olma, yalnız kendine özgü bir nitelik taşıma; bir fikrî ürünün karakteristik özelliğiyle ilk kez yapılması; fikrî ürünün, sahibine has özellikler taşıması ” anlamında ve “ gerçek hak sahibinin kimliğini teşhis ” işlevinde kullanılmadığı görülmektedir. Bunun yerine, kendi işlevinin yanı sıra, yenilik kriterinin ve - daha da önemlisi - fikrî mülkiyet hukuku anlamında eser vasfının yani “ tekel niteliğindeki hakla korunmayı hak edip etmemeyi tespit ” yani gelişme gösterme kriterinin işlevinde kullanılmaktadır.

Fikrî mülkiyet hukukunda, orijinallik kavramının “ her fikrî mülkiyet hakkı türünde, o türde ön plana çıkan unsur yönünden, fikrî ürünün koruma talep edilen özelliklerinin, fikrî ürün sahibince meydana getirilmiş, o kişiye has olmasıdır ” şeklinde tanımlanması, bu anlamıyla ve “ gerçek hak sahibinin kimliğini teşhis ” işlevinde bir koruma koşulu olarak aranmasının, fikrî mülkiyet hakkının tanınma amacına daha uygun olacağı yukarıda⁸⁰⁴ açıklanmıştır ki, İngiltere’de bile koruma seviyesinin yükseltilmesi yönünde görüşler beyan edilmektedir⁸⁰⁵.

Eser hakları, hâlihazırda orijinallik incelemesinin yapıldığı en önemli hak olup, tek koruma koşulunun da orijinallik olması nedeniyle, bu kritere ilişkin esasların çoğuna uygun düzenlemelere zaten sahiptir. Orijinalliğin aranacağı zaman gibi bazı uyumsuzlukları dikkate alındığında, incelemenin

LANE, C. I, s. 82; TORREMANS, s. 178; FELLNER, s. 68; Karşı görüş için bkz. BENTLY / SHERMAN, s. 88.

⁸⁰² BOUCHOUX, s. 168 vd.; SCHECHTER / THOMAS, s. 21 vd; HALPERN / NARD / PORT, s. 49; Feist Publications Inc v. Rural Telephone Ser. Co, 499 US. (1991) (<http://caselaw.lp.findlaw.com>) ; Aynı yönde COLSTON / MIDDLETON, s. 262; GOLDSTEIN, s. 163; SUTHERSANEN, s. 177; Avrupa Database Dir. m. 3 (1); Avrupa Software Dir. m. 1 (3).

⁸⁰³ SUTHERSANEN, s. 145.

⁸⁰⁴ Bkz. s. 21 vd.; 54.

⁸⁰⁵ TORREMANS, s. 179.

genel esaslara göre yapılması, kanaatimizce, uygun olacaktır.

Hukukumuzda ise, orijinallik şartı, eser haklarında, hâlihazırda, her ne kadar orijinallik olarak ifade edilmese de, “ sahibinin hususiyetini taşıma ” şartı olarak öngörülmüştür. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa mesnet teşkil eden ön tasarıyı hazırlayan komisyonun başkanı *Hirş*’te, bu şartın yer aldığı yabancı kanunlardaki terimleri gösterirken, orijinallik tabirini sıkça kullanmıştır⁸⁰⁶. Bu , FSEK.’ndaki “ sahibinin hususiyetini taşıma ” şartının, orijinallik şartına karşılık olarak kullanıldığını ortaya koymaktadır.

Doktrinde, İngiliz hukukundaki, eserin sahibinin eseri olması, kopya olmaması anlamını taşıyan görüşler olduğu gibi⁸⁰⁷, Alman hukukundaki belli bir yaratıcılık bulunması anlamını taşıyan görüşler de⁸⁰⁸ yer almaktadır. Doktrinde bazı müellifler, “ eserleri korumak için orijinallik (eser sahibine özgülük) niteliği arandığı takdirde, eserlerin kapsamının çok daraltılmış olacağı, hususiyetin varlığı için gereken düzeyin sıradan olmama şeklinde kabul edilmesi ” gerektiği fikrindedir⁸⁰⁹. Doktrindeki hâkim görüş ise, “ fikrî ürünün, kişinin kendine has özellikler taşıması gerektirir⁸¹⁰ ”. Bu müelliflerin bir bölümü, “ bir eserde yaratıcılığı ortaya koyan özelliğin, eserin, sahibinin kişiliğinden aldığı özellik olduğu ” görüşündedirler⁸¹¹. *Arslanlı* ve *Öztan*, “ *bu özelliklerin korumanın kapsamını da belirlediğini* ” ifade etmektedir⁸¹².

⁸⁰⁶ HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12 ve 13.

⁸⁰⁷ TEKİNALP, s. 99 vd.

⁸⁰⁸ HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; ARSLANLI, s. 67; ÖZTAN, s. 92; AYİTER, s. 44; EREL, s. 32; YARSUVAT, s. 53.

⁸⁰⁹ TEKİNALP, s. 100; AYİTER, s. 43.

⁸¹⁰ HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; ARSLANLI, s. 67; ÖZTAN, s. 92; AYİTER, s.44; EREL, s. 32, 34; YARSUVAT, s. 53; ŞENOCAK / HANEDAN, s. 288; Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

⁸¹¹ HİRŞ, Fikrî Say II, s. 12; EREL, s. 32, ŞENOCAK / HANEDAN, s. 285.

⁸¹² ARSLANLI, s. 3; ÖZTAN, s. 92; Aynı yönde NAL / SULUK (KARAHAN / SARAÇ), s. 34.

II . Endüstriyel Tasarım

Topluluk hukukunda ve hukukumuzda, tasarımın korunma şartlarından birisi de, ayırt edici niteliğe sahip bulunmasıdır⁸¹³. Bu koşul, her ne kadar ayırtedicilik olarak adlandırılrsa da, tasarımın mevcut tasarımlardan korunmayı hak edecek bir gelişme gösterip göstermediğini amaçlayan bir koşuldur⁸¹⁴. Konumuz yönünden önemi ise, gösterilen gelişme, zorunlu olarak, varlığını fikrî ürün sahibinin kişiliğinden aldığı için, bu koşulun, bir yönüyle de orijinallik içeriyor olmasıdır. Bu, ayırt ediciliğin, İngilizce karşılığı olan, kişiye has (bireysel) özellik (individual character) tabirinden de anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, ayırt edici nitelik incelemesi, gelişme gösterme incelemesi ve orijinallik incelemesinin birlikte yapılması anlamına gelen bir tabir olup, karışıklığa mahal verebilecek bir ifadedir. Bunun yerine yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu incelemenin, gelişme gösterme incelemesi ve orijinallik incelemesi olarak iki ayrı inceleme şeklinde düzenlenmesi gerekir. ABD’de de benzeri bir uygulama olarak, patentlerdeki buluş basamağını aşma kriteri, - patent hükümlerine tabi olduğu için - tasarımlara da uygulanmaktadır ancak orijinallik olarak ifade edilmektedir ve çoğu zaman Graham faktörü olarak adlandırılmaktadır⁸¹⁵. Bu uygulama dikkatlice incelendiğinde, tasarımlarda da gelişme gösterme koşulunun arandığı ve bunun orijinallik olarak ifade edildiği görülmektedir. Alman hukukunda da, tasarımın korunması için orijinallik şartı aranmakta, bunun yaratıcılığı ifade ettiği belirtilmektedir⁸¹⁶. Tasarımda, “ individual character ” ibaresiyle, bir

⁸¹³ EndTasKHK. m. 7; AB TasYön m.5; AB Tasarım Tüzüğü m.6; BENTLY / SHERMAN, s. 633; COLSTON / MIDDLETON, s. 432; SULUK, s. 246.

⁸¹⁴ Nitekim Franzosi’de “ ayırt edici nitelik arz eden bir tasarım aynı zamanda yenidir. ” (SULUK, s. 245’ ten naklen) görüşüyle, yukarıda belirttiğimiz “ gelişme gösteren bir fikrî ürün yenilik özelliğini evleviyetle karşılar. ” görüşümüze paralel bir görüş ifade etmekte; bu durum, her ne kadar ayırtedicilik olarak adlandırılrsa da, incelemenin, tasarımın mevcut tasarımlardan korunmayı hak edecek bir gelişme gösterip göstermediğini amaçlayan bir inceleme olduğunu ortaya koymaktadır. Aynı yönde, SULUK, s. 247; ALRC Report, No 5. 9 [ALRC, ayırt edici nitelik testinin gerekliliklerinden biri olarak “ yenilikteki farklılığın ötesine gidilerek geliştirmenin (innovation) bulunup bulunmadığının incelemesini ” belirtmektedir. (SULUK, s. 247’den naklen) Bu inceleme, geliştirme, kaynağını sahibinin hususiyetinden alacağı için, zımnen orijinallik incelemesini de kapsar. Yn.].

⁸¹⁵ Aynı yönde BOUCHOUX, s. 309; SCHECHTER / THOMAS, s. 310 FRANCIS / COLLINS, s. 728; HALPERN / NARD / PORT, s. 272.

⁸¹⁶ SUTHERSANEN, s. 199.

kişiy e has ve yeni görünüm etkisi vermesinin arandığı, doktrinde ifade edilmektedir⁸¹⁷. Buradaki “ bir kişiy e has ” olma, orijinalliğin ifadesidir⁸¹⁸. Bu durum, Fransız hukukunda , “ orijinallik tasarıma sahibinin mührünü vurmuş olması anlamındadır ⁸¹⁹” şeklinde ifade edilmektedir. *Hirş*, “ ‘ *tasarımlarda ferdi bir şekil vermek suretiyle ’*, görünüm yönünden, hassas olan göz üzerinde ‘ *orijinal ’* bir genel intiba meydana getirilmesi gerektiği ” görüşündedir⁸²⁰. *Suluk*’ta, her ne kadar mevzuatımızda orijinallik şartının aranmadığını ifade etse de⁸²¹, “ *bir tasarımın ayırt edici nitelikleri, o tasarıma has, yani sadece o tasarıma ait özellikleridir*⁸²² ” görüşünü de ortaya koymaktadır. Zaten bu nedenle, ayırtedici nitelikler de, zorunlu olarak fikrî ürün sahibine hastır. *Hirş*, “ *yenilik için, tasarımın tümünün yeni olmasının şart olmadığını, tasarım sahibinin tasarımın esasını kendisinin oluşturması gerektiğini*⁸²³ ” ifade etmekte; *Suluk*’ta, “ *ayırt edici niteliğin, tasarımın esasını oluşturarak, tasarımı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsur olduğunu* ” belirtmektedir⁸²⁴. *Hirş*, her ne kadar, tasarımın esasını oluşturma niteliğini, tasarımda yenilik bağlamında değerlendirmekte ise de, - tasarımda yenilik ve orijinalliği iki ayrı kavram olarak belirtmemesi karşısında -, bu niteliğe her iki kavramın anlamını da yüklediği anlaşılmaktadır. Tasarımın esasını oluşturma niteliği her ne kadar, tasarımı benzerlerinden ayırt etmeye yarama yani önceki bilinenlerden farklı olma noktasında yeniliğe yakın bir anlam taşısa da, kaynağını tasarım sahibinin kişiliğinden alması, o kişiy e has özelliklerin yansıması olması nedeniyle orijinalliği de ifade etmektedir. Aynı durum, *Suluk*’un görüşünde yer alan ve tasarımın ayırt edici niteliği anlamında kullanılan “ tasarıma has özellik olma ” için de geçerlidir. Tasarım hukukunda,

⁸¹⁷ BENTLY / SHERMAN, s. 633 dn. 51; Aynı yönde SCHECHTER / THOMAS, s. 311; SUTHERSANEN, s. 165; OYTAÇ, s. 40; Her şeklin bir tasarım olamayacağı, *görünümde yeterli derecede bireyselliğin olması gerektiği* yönünde Avustralya’da verilen bir mahkeme kararı için bkz. *Malley Ltd v. JW Tomlin Pty Ltd* (1961) 35 ALJR 352 (SULUK, s. 237 dn. 83’ten naklen).

⁸¹⁸ Aynı yönde SCHECHTER / THOMAS, s. 311.

⁸¹⁹ SUTHERSANEN, s. 145; Aynı yönde SULUK, s. 250.

⁸²⁰ HİRŞ, Fikri Say I, s. 191.

⁸²¹ SULUK, s. 246.

⁸²² SULUK, s. 246.

⁸²³ HİRŞ, Fikri Say I, s. 192; Aynı yönde SULUK, s. 231; CORNISH / LLEWELYN, s. 488; Aksi yönde, JOHNSTON, s. 42.

⁸²⁴ SULUK, s. 246.

korunabilir tasarımların belirlenmesinde büyük önem taşıyan seçenek özgürlüğü bırakmayan tasarımların korunmaması ilkesi de, bir yönüyle orijinallik gereğini ortaya koymaktadır. Herkesin aynı şekilde tasarlamak zorunda olduğu bir tasarımda, özgünlük, orijinallik olduğu iddia edilemez⁸²⁵.

Tasarımlarda da, yer alan gelişmenin fikrî ürün sahibinin kendi hususiyetlerinden kaynaklanması ve çözümün bu kişiye has olmasının gerekliliği karşısında, orijinallik hususu, bir koruma koşulu olarak incelenmelidir. Bu, orijinallik şartının, tasarım hakları yönünden bir şart ve inceleme olarak, mevzuatlarda açıkça yer alması şeklinde gerçekleştirilebilecektir. Bu takdirde, tasarım hakkının gaspının hak sahipliğini önlemesi, ayırt edicilik şartının dışında, münferit bir sebepten kaynaklanan ret sebebi gibi gözükme yerine, kaynağını aslından yani orijinal olmamaktan alacaktır.

Kanaatimizce, tasarımlardaki orijinallik incelemesinin de, genel esaslara uygun olarak yapılması yerinde olacaktır. Hukukumuzda, EndTasKHK.'nın 7 / II. maddesine göre piyasada bulunmayan, yani pazarda olmayan veya koruma süresini dolduran tasarımlar, ayırt edicilik yani orijinallik yönünden kıyaslanacak tasarımlara dâhil kabul edilmemektedir. Hukukumuzdaki bu düzenlemenin, fikrî mülkiyet hukukunun temel ilkelerine aykırılığı açıktır⁸²⁶. Bu istisnâî düzenleme hariç, tasarım hukukundaki genel esasların benimsenmiş olması nedeniyle, yukarıdaki açıklamalar hukukumuz yönünden de geçerlidir.

III . Entegre Devre Topoğrafyası

Yukarıda da açıklandığı üzere, topoğrafyaların korunmasına ilişkin Washington Anlaşması' nın 3 / 2 - a maddesinde, topoğrafyanın korunmasının şartları arasında, orijinallik de ayrı bir şart olarak belirtilmiştir.

⁸²⁵ Aynı yönde SULUK, s. 264 dn. 207.

⁸²⁶ Aynı yönde SULUK, s. 248.

Bu maddenin başlığı ‘ Orijinallik ’ şeklindedir ve maddede orijinallik, “ topoğrafyanın, kişinin kendi fikrî çabasının sonucu olması ” şeklinde tanımlanmıştır ki, bu ifade fikrî mülkiyet hukukundaki “ sahibinin hususiyetini taşıma ” ifadesinin, farklı kelimelerle açıklanmaya çalışılmasıdır. Bu yönüyle orijinallik şartı, özellikle “ bilinen ” eleman ve ara bağlantıların düzenlenmesinden oluşan entegre devre topoğrafyalarında, önemli hale gelmektedir. Düzenleme de, gelişme gösterme şartına ilişkin bir hükmün bulunmaması nedeniyle, orijinallik şartının, yenilik şartıyla birlikte gelişme gösterme şartının işlevini de yüklendiği sonucu çıkmaktadır ki, düzenlemeye patentteki buluş basamağını aşma şartına benzer bir şartın daha eklenmesi zorunludur.

Yukarıda da izaha çalıştığımız gibi, fikrî ürün, yenilik ve gelişim sağlama şartlarını da sağlamadığı takdirde zaten korunamayacağı ve yenilik incelemesindeki prensiplerin, aynı şekilde tespit edilen bilgileri kullanması gereken orijinalliğe de fiilen yansıyacak olması karşısında; topoğrafya düzenlemelerinde, yenilik prensiplerine ilişkin yaptığımız eleştiriler, orijinallik yönünden de geçerli olmaktadır. Bu bağlamda, orijinallik için de, “ bilinmemeye esas alınan zamanın ”, “ fikrî ürünü meydana getirme anı ” değil de, “ fikrî ürünün korunmaya başlanacağı an ” olarak kabul edilmesi; bilinmemede “ entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcılarının ” değil de, “ alandaki ortalama uzmanın ” bilgisinin dikkate alınması; bilinme (alenileşme) kavramına nelerin dahil olduğuna ve rüçhan hakkına ilişkin düzenleme yapılması zorunludur.

Topoğrafya hakkı, İngiliz hukukunda tescilsiz tasarım koruması esaslarına göre korunmakta, orijinallik, eser ve bağlı haklarında kullanılan anlamını yani kişinin kendi çalışması olması, kopya olmaması anlamını taşımaktadır⁸²⁷. *Bently / Sherman* ve *Suthersanen*, ayrıca, “ topoğrafyanın,

⁸²⁷ CORNISH / LLEWELYN, s. 558, 566; BENTLY / SHERMAN, s. 687; SUTHERSANEN, s. 32 dn. 28, 89; FELLNER, s. 117 - 118.

alelade bir çalışma olmaması gerektiğini de ” ifade etmektedir⁸²⁸. Erstling ise “ topoğrafyanın ayrıca sektörde bilinen, alışılmış bir çalışma olmaması ” görüşündedir⁸²⁹. Fellner, Suthersanen ve Erstling “ bilinen elemanlardan oluşan topoğrafyalarda, bunların kombinasyonunun bu şartları sağlaması gerektiğini ” de belirtmektedir⁸³⁰. Bu yaklaşımda, tek koruma şartı olarak orijinallik arandığından, koruma da topoğrafyanın bünyesindeki konsept, işlem, sistem vb. ni değil, sadece topoğrafyanın kendisini (görünümünü) kapsadığından, orijinallik sadece bu yönden dikkate alınmaktadır⁸³¹. Yukarıda⁸³² gerekçelerini açıkladığımız gibi, topoğrafya hakkının, bir fikrî ürünün işlevsel yani teknik yönüne ilişkin olması nedeniyle, orijinallik incelemesinde kriter olarak, topoğrafyalara ilişkin tekniğin bilinen durumu ön planda incelenmeli, alenileşmiş olan işlevsel bilgiler dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda, aynı patentlerde olduğu gibi, çizim vb. unsurların, fikri ürünün alenileşmesini sağlamaya yeterli olduğu hallerde, ürünün görünümünü de orijinalliği kaldırma da etkili olmalıdır.

Topoğrafya hakkında, bu hususun dışında, orijinallik incelemesinin genel esaslara göre yapılması uygun olacaktır. Hukukumuzda, EntDevKan.’un hükümleri dikkatle incelendiğinde, Mevza düzenlemelerdeki hükümlerin aynen alındığı, dolayısıyla yukarıda yaptığımız açıklamaların tamamının, hukukumuz yönünden de geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Buna ilave olarak, orijinallik incelemesi, yenilik incelemesindeki esasları büyük ölçüde kullanan bir inceleme olduğu için, EntDevKan.’na ilişkin olarak yenilik bahsinde yaptığımız açıklamalar orijinallik için de geçerli olmaktadır⁸³³.

⁸²⁸ BENTLY / SHERMAN, s. 687; SUTHERSANEN, s. 89.

⁸²⁹ Aynı yönde ERSTLING, s. 307.

⁸³⁰ FELLNER, s. 118; SUTHERSANEN, s. 89; ERSTLING, s. 307.

⁸³¹ BENTLY / SHERMAN, s. 687; SUTHERSANEN, s. 89.

⁸³² Bkz. s. 185 vd.

⁸³³ Bkz. s. 181 vd.

B. ORİJİNALLİK KAVRAMININ AÇIKÇA BELİRTİLMEDİĞİ TÜRLER

I. Patent

Patent hukukunda, orijinallik gibi bir şarttan ve buna yönelik bir incelemeden hiç bahsedilmemiş olmasına rağmen, patent hakkı, orijinalliğin varlığının en bariz şekilde arandığı haklardandır. Gelişme gösterme (buluş basamağı) koşulunun - hiçbir yorum farklılığı olmaksızın - açıkça arandığı bu tek hak da, gelişme gösterme koşulunu karşılama, - başvuru hakkının gaspı vb. haller hariç - zorunlu olarak fikrî ürün sahibinin, daha önce hiç kimsenin yapamadığı bir gelişmeyi bizzat gerçekleştirmiş olduğunu ortaya koymaktadır⁸³⁴. Bu gelişmenin fikrî ürün sahibinin kendi hususiyetlerinden kaynaklandığı ve çözümün bu kişiye has olduğu izahtan varestedir. Bu yüzden patent hukukunda, orijinallik şartı açıkça zikredilmemiş olsa gerektir. Zikredilmemiş olması, bu tür fikrî ürünlerde orijinallik özelliğinin gerekmediği anlamına gelmez. Gelişme gösterme koşulunun bulunması ve buna yönelik inceleme yapılması, bunun da orijinallik şartını ve incelemesini zımnen ortaya koyması nedeniyle, ayrı bir şart ve inceleme olarak öngörülmemiştir.

ABD’ de, orijinallik şartı olarak belirtilmese de, orijinallik kavramı ile eş anlama gelecek şekilde “ buluşu, buluş sahibinin düşünmüş olması ” şartı aranmaktadır (ABDPATK. m. 102 / f)⁸³⁵. Bu bağlamda, örneğin, özellikle buluşu yapanın işçi olduğu hallerde, başvuru sırasında buluşçu olarak gözüken kişinin, hala başvuru sahibinin işçisi olması veya işçinin buluş üzerindeki haklarının başvuru sahibince devralınmış olması gerekmektedir⁸³⁶.

⁸³⁴ Aynı yönde PHILLIPS / FIRTH, s. 49.

⁸³⁵ Aynı yönde BOUCHOUX, s. 304; SCHECHTER / THOMAS, s. 363; FRANCIS / COLLINS, s. 194 vd.; HALPERN / NARD / PORT, s. 203.

⁸³⁶ BOUCHOUX, s. 304; SCHECHTER / THOMAS, s. 363; FRANCIS / COLLINS, s. 194 vd.; HALPERN / NARD / PORT, s. 203.

Buluş da orijinalliğin bulunmasına, yani buluşun, buluşçunun kendi çabalarının sonucu olmasına yönelik kararlara, İngiliz hukukunda da rastlanılmaktadır. Örneğin, Windsurfing International v. Tabur Marine davasında, Hayling Adasında, çocukların yaz aktivitelerinde kullandıkları araç, dava konusu fikrî ürünün, daha önce toplumca bilinmekte olan bir ürün olduğunu ortaya koymuş ve fikrî ürün sahibine has bir özelliğin bulunmaması nedeniyle patentin hükümsüzlüğünü sağlamıştır⁸³⁷.

Gelişme gösterme koşulunun aranması ve manevi haklar tanınmasının yanı sıra, patent isteme hakkının gaspı da, patent hakları yönünden orijinalliğin bulunması koşulunun arandığını ortaya koyan bir başka göstergedir. Her ne kadar bu düzenlemeler, hak sahipliğinin, hak etmeyen kişiye verilmesini engelleme amacına yönelik ise de, bu amaç da, kaynağını gerçek buluş sahibinin fikrî çabasının - yani kendisine has özellikler katmasının - korunması gerekliliğinden almaktadır⁸³⁸.

Buluştaki yer alan gelişmenin, fikrî ürün sahibinin kendi hususiyetlerinden kaynaklanması ve çözümün bu kişiye has olmasının gerekliliği karşısında, buluşun orijinalliği de incelenmeli; orijinallik şartı, patent hakkı yönünden de bir şart ve inceleme olarak açıkça düzenlenmelidir. Hak ihdası safhasındaki bu inceleme, öncelikle gerçek hak sahiplerinin, dava vb. süresince uğrayacağı hak kayıplarını önleyecektir. İncelemenin faydalarından bir diğeri de, yenilik gibi, orijinallikte ikinci bir ön süzgeç vazifesi göreceğinden, gasp davası ile sonradan söz konusu olması yerine, orijinallik koşulunu sağlamayan başvuruların, bu safhada elenmesini sağlayacaktır. Bunun sonucu ise, başvuru sahibi, patent kurum ve uzmanlarını, gelişme gösterme incelemesi gibi uzun zaman, para ve emek kaybına neden olan bir incelemeden kurtarmanın yanı sıra, başvuru sahibinin haksız menfaat temininin de önüne geçmesi olacaktır.

⁸³⁷ COLSTON / MIDDLETON, s. 162.

⁸³⁸ Aynı yönde SULUK, s. 315 (Müellif, “ tasarım korumasındaki amaçlardan birisinin de ‘ özgün ’ tasarımı geliştirenin ‘ emeğini ’ korumak olduğunu ” belirtmektedir.).

Patentlerdeki orijinallik incelemesinin yukarıda belirtilen genel esaslara uygun olarak yapılması yerinde olacaktır. Hukukumuzda da, kaynağını orijinalliğin bulunması koşulundan alan, gelişme gösterme koşulunun aranması (PatKHK. m. 5 ve 9), manevi haklar tanınması (PatKHK. m. 138 / 1 ve 142), patent isteme hakkının gaspının önlenmesi (PatKHK. m. 11 vd. ile 129 / I - d) gibi düzenlemelerin yanı sıra, ABDPATK. m. 102 / f hükmünün benzeri şekilde, buluşu yapanın adının patentte belirtilmesi (PatKHK. m. 15) ve işçi buluşlarına ilişkin düzenlemeler (PatKHK. m. 16 vd.) yer almakla birlikte, bu benzer düzenlemeler ABDPATK.'ndan farklı olarak, patent verilebilirlik şartları arasında sayılmamıştır. Buna karşılık, “ Patent sahibinin, 11. maddeye göre patent isteme hakkına sahip bulunmadığının ispatı ” bir hükümsüzlük sebebi olarak öngörülmüştür (PatKHK. m. 129 / I - d). Bunun yanı sıra, patent isteme hakkının gasbına ilişkin 12. maddeye göre yapılan bir başvurunun da hükümsüzlüğü talep edilebilecektir (PatKHK. m. 129 / I - c). Hükmün aynı amaca yönelik olması gerekirken, hükümde anlaşılamaz biçimde, “ başvuru kapsamının aşıldığının ispatı şartının ” aranması, anılan hükmün neyi amaçladığını muğlak hale getirdiği gibi hükmü de amacından oldukça saptırmaktadır. Aynı sorunun, (yeni) Patent Kanunu tasarısında da yer devam ettiği görülmektedir (PatKanTas. m. 107 / I - c).

II. Marka

Marka hukukunda, orijinallik gibi bir şarttan hiç bahsedilmemiş olmasına rağmen, marka hakkı yönünden yapılan gelişme gösterme (ayırt edicilik) incelemesi, orijinallik incelemesini de zımnen içinde barındırır. Markalar açısından orijinallik gerekmediği düşüncesi, yukarıda ayrıntılarıyla açıklanan bir kavram kargaşasının sonucudur. Oysa, ayırt edicilik, yukarıda da açıklandığı üzere fikrî ürünün, yani işaretin, yalnız “ kendine özgü ” bir nitelik taşıması nedeniyle, diğer tüm markalardan ayrılması, toplumun bilgi havuzunda ayrı bir yer edinmesidir⁸³⁹. İşaretin, belirli bir özgünlüğe sahip

⁸³⁹ Aynı yönde TEKİNALP, s. 348 (Müellif, “ Bir markanın ayırteci niteliği için, işaretin hem kendi simgesel gücüyle diğer işaretlerden ayrılması hem de o malın veya hizmetin hangi teşebbüse ait

olması, diğer markalardan farklı kılan bir hususiyetinin bulunması gerekir⁸⁴⁰. Bu ise, marka olarak ortaya konulan işaretin, sahibinin kattığı unsurlarla sağlanır ki, bu da markanın orijinalliğini ortaya koyar⁸⁴¹. Marka hukukunda ayırt edicilik, sonraki fikrî ürünün, kendinden önceki sadece bir markadan değil, tüm markalardan ayırt edilebilmesidir. Yukarıda izah edildiği üzere, marka hukukunda yapılan ayırt edicilik incelemesinin, bir gelişme gösterme incelemesi olduğu dikkate alınırsa, bu koşul, zorunlu olarak, fikrî ürün sahibinin, daha önce hiç kimsenin yapamadığı bir gelişmeyi (topluma önceden bulunmayan bir marka / işaret kazandırmayı) bizzat gerçekleştirmiş olduğunu ortaya koyar. Bu gelişmenin fikrî ürün sahibinin kendi hususiyetlerinden kaynaklandığı ve çözümün bu kişiye has olduğu açıktır.

Bunun yanı sıra, her ne kadar orijinallik şartı olarak belirtilmemişlerse de, aşağıda açıklanan, herkesçe kullanılmakta / kullanılabilir nitelikte bir işaret olma temelli farklı ret sebepleriyle, hiçbir orijinallik taşımayan

olduğunu göstermesi / ayırt etmesi gerekir. ” görüşündedir); ARKAN, C. I, s. 107; DİRİKKAN, s. 90 (Müellifler, “ markanın orijinal olması da onun ayırt ediciliğini, reklam gücünü, değerini artırır ” görüşündedirler.) Karşı görüş için bkz. SULUK, s. 250 (Müellif, “ marka hukukunda kullanılan *distinctive character* kavramında, bu özellikler aranmadığı gibi, marka korumasındaki amaç, markanın kendisinin bir özellik taşıması olmayıp, kullanıldığı hizmet veya ürünü, başkalarının hizmet veya ürünlerinden ayırt etmektir ” görüşündedir. Ancak, marka ister ürünü isterse ürünün kaynağını ayırtetsin, bu işlevini yerine getirebilmesi için ve bundan önceki safhada, kendisinin diğer marka olan işaretlerden ayırt edilmesi gerekir. Kendisi ayırt edici olmayan bir işaretin, ürünü de ürünün kaynağını da ayırtetmesi söz konusu olamaz. Marka olan işaretin kendisinin ayırt edici özellikleri ise, ona, sahibinin kendinden kattığı, kendine has özellikleri yani işaretin orijinalliğidir.).

⁸⁴⁰ Annette KUR “ Der wettbewerbsliche Leistungsschutz-Gedanken zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Formgebungen, bekannten Marken und ‘ Characters ’ ”, GRUR. 1990, s. 9 (DİRİKKAN, s. 90 dn. 14’ten naklen); KARAYALÇIN, s. 413; KARAHAN, s. 17 (Müellifler, “ Markanın ayırt ediciliği sağlayan esas unsuru, özgün ve karakteristik nitelikte olmalıdır ” görüşündedirler. Görüşte yer alan “ özgün ” kavramı, orijinallığın sözlük anlamlarından biridir.) ARSEVEN, s. 141 (Müellif, “ İltibas incelemesinde, hakim yeni, orijinal bir marka mı ihdas edilmiş, yoksa başkasına ait bir marka mı taşıyıcı edilmiş bunu arayacaktır ” düşüncesindedir.); Farklı görüş için bkz. DİRİKKAN, s. 91; Karşı görüş için bkz. KAYA (ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / NOMER ERTAN), s. 353.

⁸⁴¹ Karş. Trademark Cases, 100 U. S. 82 (1879) (<http://supreme.nolo.com>) (Anılan davada, Mahkemece, her ne kadar “ markanın, daha önce varolan bir şeyin adaptasyonu olabileceği gerekçesiyle, markalarda orijinallik için fikrî katkıya ihtiyaç bulunmadığı ” sonucuna ulaşılmış ise de, kanaatimizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Buradaki fikrî katkı, orijinal bir kelime ortaya koymak şeklinde değil, markanın “ işareti koruma yönelik bir hak olması ve bu yönden incelemeye tabi olması nedeniyle”, “ bilinmekte olan bir kelimenin ilgili olmayan bir sektörde işaret olarak kullanılması ” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bilinmekte olan Diesel kelimesinin akaryakıtlı ilgisi olmayan giyim sektöründe işaret olarak kullanılması gibi. İlgili bir sektörde kullanılması durumunda zaten bir fikrî katkı yahut orijinallikten sözedilemeyeceği için markanın korunması da söz konusu olamayacaktır.).

markaların korumadan dışlanması sağlanmıştır ki, kanaatimizce, bu yönden yapılan inceleme de aslında bir orijinallik incelemesidir. *Dönmez*'de, benzeri bir görüşle, markanın koruma şartlarından birinin orijinallik olduğunu belirtmekte, orijinalliğin ise “ *herkesçe kullanılmakta olmayan bir işaret olmayı* ” ifade ettiğini belirtmektedir⁸⁴².

Kanaatimizce, gelişme gösterme koşulunun (ayırtedicilik) bulunması ve buna yönelik inceleme yapılması, bununda orijinallik şartını ve incelemesini zımnen ortaya koyması; bunun yanı sıra marka hukukunda aşağıda açıklanan farklı ret sebepleriyle hiçbir orijinallik taşımayan markaların korumadan dışlanması nedeniyle, orijinallik ayrı bir şart ve inceleme olarak öngörülmemiştir. Bu inceleme ve ret sebeplerinin, orijinallik şartı olarak zikredilmemiş olması, bu tür fikrî ürünlerde orijinallik gerekmediği anlamına gelmez.

Ayırtediciliğin yanı sıra, hiçbir orijinallik taşımayan markaların korumadan dışlanmasını sağlayan ret sebeplerinden ilki, “ ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markaların ” reddedilmesidir (MarkKHK. m. 7 / I - c). Bu tür markalarda tescilin reddini gerektiren sebep, bu markaların cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak ve üretim zamanı gibi hususlarda, başvuru sahibine has bir özelliğin bulunmayışı, bu tür markaların herkesin kullanımına açık, anonim nitelikte olması ve bu nedenle de bir kişinin tekeline verilemeyecek oluşudur⁸⁴³. Bu ve

⁸⁴² DÖNMEZ, s. 9; Aynı yönde ÖÇAL, s. 121 – 122; OYTAÇ, s. 19; Füsün NOMER, “ Tanınmış Marka: NIKE (İsviçre Federal Mahkemesi’nin 24 Mart 1998 tarihli kararı) ”, Prof . Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999 (Tanınmış), s. 499.

⁸⁴³ Aynı yönde BİLGİŞİN, s. 206; ARKAN, C. I, s. 77 ve dn. 23, 85; Ömer TEOMAN, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Kitap 1, s. 123 - 124; Selçuk ÖZTEK, “ İlaç Markaları Arasında İltibas ve Türk Markalar Hukuku’nun Çözümlememiş Bazı Genel Sorunları ”, Hukuk Araştırmaları, C. 6, S. 1 - 3, s. 15; POROY / YASAMAN, s. 377; KARAHAN, s. 18; YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 227 (Müellifler, “ buradaki işaretlerin ilgili herkes tarafından serbestçe kullanılabilen işaretler olduğunu ” belirtmektedirler.); Selahattin Sulhi TEKİNAY, “ Esas

benzeri düzenlemeler, yukarıda⁸⁴⁴ belirttiğimiz markanın tüm yararlanma şekilleri açısından ilânihaye korunması vb. şeklindeki mevcut yaklaşımın, serbest ticari hayat ve rekabet ortamı için oluşturduğu büyük riski, nispeten hafifletmek, en azından bu serbest bilgilerin tekel altına alınmasını engelleme amacıyla oluşturulmuştur. İşaret üzerinde herhangi bir hakkı bulunmayan kişinin tekeline bırakılması halinde, rekabetin haksız şekilde sınırlandırılması sonucu bu şekilde engellenmiştir⁸⁴⁵.

Bunun yanı sıra, doktrinde, “ malın cins ya da çeşidini gösteren işaretin tescili, bu işaretin doğrudan doğruya ‘ özel bir fikrî çaba harcamaya gerek duyulmaksızın ’ mal veya hizmetin türünü ifade etmesi nedeniyle yasaklandığı ” görüşü de yer almaktadır⁸⁴⁶. Görüşteki, “ özel bir fikrî çaba harcamaya gerek duyulmaksızın ” koşulunun, “ kişiye has, özel bir fikrî çaba harcamaya gerek duyulmaksızın ” anlamını da ihtiva edeceğini izaha gerek bulunmamaktadır.

Bu sebebe bağlı olarak üzerinde durulması gereken husus, bu tür bir işaretin markada münhasıran veya esas unsur⁸⁴⁷ olarak yer almasıdır. Markanın esas unsuru, markanın ayırt edici nitelik taşıyan, *özgün, karakteristik* unsurudur⁸⁴⁸. Tamamlayıcı unsurlar ise, markanın ayırt edici

Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar”, Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, T. İş Bankası Yayınları, s. 69 -78, Ankara, 1988, s. 76; ARSEVEN, s. 84; KAYA (ÜLGEN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / NOMER ERTAN), s. 377; Kemal ŞENOCAK, “ Soyut Renk Markaları ”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 93; YILMAZ, s. 157; CENGİZ, s. 19, 21; Yargıtay 11. HD. 26. 11. 1999 tarih 1999 / 5790 E. 9590 K. (YKD, C. 26, S. 4, Ankara, 2000, s. 556 - 559) ; Yargıtay 11. HD. 09. 11. 2000 tarih 2000 / 6135 E. 2000 / 8767 K, Yargıtay 11. HD. 28. 06. 2001 tarih 2001 / 4176 E. 2001 / 5874 ve Yargıtay 11. HD. 13. 04. 2000 tarih 1999 / 9575 E. 2000 / 2998 K. sayılı kararları (Erdal NOYAN, Marka Hukuku, 4. b., Ankara, 2009, s. 90 - 91’den naklen); Case T – 289 / 02 ECR. 2004, Page II – 02851, Para. 19, 24; Case T – 439 / 04 ECR. 2006, Page II – 01269, Para. 44; Case T – 24 / 00 ECR. 2001, Page II – 00449, Para. 25; Karş. BENTLY / SHERMAN, s. 828 vd.; TEKİNALP, s. 381 (Müellifler, “ anılan bu ret sebebinin kabulünün birinci sebebi olarak işaretin ayırt edici nitelik unsurundan yoksun bulunmasını ” göstermektedir. Kanaatimizce, bu tür bir işaretin ayırt edici niteliğinin bulunmaması, başvuru sahibinin markanın oluşumuna herhangi bir fikrî katkısının olmayışından kaynaklanır.).

⁸⁴⁴ Bkz. s. 39.

⁸⁴⁵ ARKAN, C. I, s. 77.

⁸⁴⁶ TEKİNAY, s. 76; Aynı yönde ARKAN, C. I, s. 78; CENGİZ, s. 24.

⁸⁴⁷ Yargıtay 11. HD. 20. 03. 2001 tarih ve 1245 E. 2188 K. sayılı kararı; ARSEVEN, s. 88.

⁸⁴⁸ KARAYALÇIN, s. 413; KARAHAN, s. 16; Aynı yönde ARKAN, C. I, s. 76 dn. 18; YOSMAOĞLU, s. 119.

nitelik taşımayan, genel nitelikli ve ilgili herkes tarafından kullanılabilen unsurlarıdır. Markanın ayırt ediciliği sağlayan unsurunun tespitinde, markanın hangi unsurunun toplum açısından dikkat çekici ve toplumda kalıcı bir etki bırakan unsur olduğu önem taşır. Bu tür bir işaretin, marka da esas unsur olarak bulunması ya da münhasır bir unsur olması, markanın hükümsüzlüğünü gerektirirken, tamamlayıcı unsurlarda olması hükümsüzlüğü sağlamaya tek başına yeterli olmayacaktır. Bunun yanı sıra, sözcüğün üzerine konulacağı eşyanın türünü vb. göstermeye müsait olmaması halinde, bu sözcük başka bir eşyanın ismi de olsa, marka olarak tescil ettirilebilmektedir⁸⁴⁹. Örneğin, sigara için ‘ Telefon ’, elbise için ‘ Diesel ’ sözcüğü marka olarak seçilebilir⁸⁵⁰. Böyle bir durum, yani “ başka bir ürünün tür isminin, ilgisiz bir sektörde marka olarak oluşturulmasının faydalı, uygun, güzel vb. olacağı fikrî ”, kişinin kendine has fikrî çabasıyla oluşturulmasının yani orijinal bir ibare olmasının da güzel bir örneğini oluşturur. Bu sebeple ilgili bir diğer husus ise, koruma talep edilen ülkenin dilinde tasviri işaret olmamakla birlikte, yabancı dilde tasviri işaret olma durumunun korumaya engel teşkil edip etmeyeceğidir. Matratzen kararında, Almanya’da yatak anlamına gelen bir kelimenin, İspanya’da aynı kategori ürünler için tescil edilebilir olduğuna karar verilmiştir. Buradaki yaklaşım, koruma talep edilen ülkedeki tüketici kitlesinin dikkate alınması yönündedir⁸⁵¹.

Bu nitelikteki bir diğer ret sebebi de, “ ticaret alanında, herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları, münhasıran veya esas unsur olarak içeren markaların ” reddedilmesidir (MarkKHK. m. 7 / I - d). Bu tür markalarda da, tescilin reddini gerektiren sebep, başvuru sahibine has bir özelliğin bulunmayışı, bu tür markaların da herkesin kullanımına açık, anonim

⁸⁴⁹ Aynı yönde ARKAN, C. I, s. 79; POROY / YASAMAN, s. 378; TEKİNAY, s. 76; YILMAZ, s. 158; Yargıtay 11. HD. 25. 01. 1983 tarih 1982 / 5869 E. 1983 / 246 K sayılı kararı (TEKİNAY, s. 76’ dan naklen); Yargıtay 11. HD. 20. 11. 2000 tarih 7674 E. 9346 K. sayılı kararı.

⁸⁵⁰ ARKAN, C. I, s. 79.

⁸⁵¹ CORNISH / LLEWELYN, s. 666; Case C – 421 / 04 ECR. 2006, Page I – 02303, Para. 24; Karş. ARSEVEN, s. 87 (Müellif, “ bu sonucun kabulü için ‘ lisansı az bilinen bir dildeki tasviri işaret olma ’ şartı aramaktadır ”); POROY / YASAMAN, s. 379; ARKAN, C. I, s. 81; KARAHAN, s. 63.

nitelikte olması ve bu nedenle de bir kişinin tekeline verilemeyecek oluşudur⁸⁵².

Kanaatimizce, orijinalliğe aykırılıkla ilgili bir başka ret sebebi de, “ malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretlerin ” reddedilmesidir (MarkKHK. m. 7 / I - e). Bu tür markalarda da, tescilin reddini gerektiren sebep, başvuru sahibine has bir özelliğin bulunmayışı, bu tür markaların herkesin kullanımına açık, anonim nitelikte olması ve bu nedenle de bir kişinin tekeline verilemeyecek oluşudur⁸⁵³. Bir malın, kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirebilmesi için, belli bir şekilde üretilmesi zorunluluğunun bulunduğu vb. haller, başvuru sahibine has bir özelliğe uygun değildir. Örneğin, markadaki rengin malın kendi rengi olması; estetik, fonksiyonel nedenlerle mala bu rengin verilmesi zorunluluğu gibi hallerde bu bağlamda değerlendirilmelidir⁸⁵⁴. Bu özellikler, çok daha önceden, malın ilk veya sonraki üretimiyle ortaya konulmuş özelliklerdir. Ancak, burada istisnaen malın ilk bulanı, başvuru sahibi ise - ki bu takdirde bir patent veya tasarım hakkı da söz konusu olabilir - veya işaret, ayırtediciliği de sağlayacak tarzda kendine has bir özgünlük taşıyorsa (örneğin, Coca - Cola şişesinde olduğu gibi, temelde bir şişe figürü olmalarına rağmen, özgünlükleri nedeniyle, birçok farklı şişe figürü, marka olarak tescil edilmiştir) marka koruması sağlanmalıdır⁸⁵⁵.

⁸⁵² Aynı yönde TEKİNALP, s. 381 vd.; TEOMAN, s. 123 - 124; ÖZTEK, s. 15; DOĞANAY, s. 408; CENGİZ, s. 21; (B. Fatih) DOĞAN, s. 222; Yargıtay 11. HD. 15. 01. 2004 tarih 2003 / 6068 E. 2004 / 229 K sayılı kararı (NOYAN, s. 86’den naklen); Yargıtay 11. HD. 15. 04. 2004 tarih 2003 / 9022 E. 2004 / 4042 K., ; Yargıtay 11. HD. 15. 06. 2004 tarih 2003 / 10890 E. 2004 / 6705 K ve Yargıtay 11. HD. 22. 11. 2002 tarih 2002 / 5352 E. 2002 / 10729 K sayılı kararları (NOYAN, s. 92’den naklen) Karş. BENTLY / SHERMAN, s. 832 vd.

⁸⁵³ Aynı yönde TEKİNALP, s. 381 vd.; YILMAZ, s. 168; In re Orange Communications Inc., 41 USPQ. 2d.1036 (TTAB. 1996); Deere & Co.v. Farmhand Inc.560 F. Supp. 85, 217 USPQ. 252 (S. D. LA. 1982); Case T – 129 / 04 ECR. 2006, Page II – 00811, Para. 47, 49; Case T – 15 / 05 ECR. 2006, Page II – 01511, Para. 39, 40.

⁸⁵⁴ ŞENOCAK, s. 92.

⁸⁵⁵ Aynı yönde BİLGİŞİN, s. 206; POROY / YASAMAN, s. 381; YASAMAN / ALTAY / AYOĞLU / YUSUFOĞLU / YÜKSEL, C. I, s. 240; KAYA (ÜLGİN / TEOMAN / HELVACI / KENDİGELEN / NOMER ERTAN), s. 379; YILMAZ, s. 168.

Yukarıdaki üç sebebin ortak yönlerinden biri olan, herkesin kullanabileceği işaret olmalarına rağmen, bir kişi adına korunmaları halinde rekabeti haksız surette ortadan kaldırmaları⁸⁵⁶ özelliği nedeniyle, anılan bu ret sebepleri, tasarım hukukundaki seçenek özgürlüğü bırakmayan tasarımların korunmamasına benzerler⁸⁵⁷. İkinci olarak, bu tip işaretlerde, özel bir fikrî bir çaba da bulunmamaktadır⁸⁵⁸. Ürünün özelliklerini, meslek vb. ni ifade eden bir ibareyi veya teknik fonksiyonu icra edebilmesi için zorunlu olan bir işareti, *herkes* aynı şekilde kullanmak zorunda olduğundan böyle bir markada özgünlük olduğu iddia edilemez⁸⁵⁹. Ancak, mal ile sadece uzaktan ilişkisi olan basit hatırlatma veya telmihler, markaya tasviri bir karakter vermez⁸⁶⁰.

Bunun yanı sıra, markanın yeniliğe sahip olmaması nedeniyle reddini gerektiren sebepler, çoğu zaman orijinallik incelemesinde de geçerlidir. Yeni marka olmadıkları gibi, aynı zamanda orijinal de değildirler, çünkü daha önceki markanın sahibi olan kişinin hususiyetini taşımaktadırlar. Ancak bu nedenle, her yeni olmayan fikrî ürünün, aynı zamanda orijinal de olmadığı şeklinde bir genellemeye gidilemez. Örneğin, elma ibareli ve şekilli bir önceki markanın bulunduğu ihtimalde, ikinci bir kişinin mevcutlardan çok farklı bir elma şekli için “ elma kelimesini kullanmaksızın ” başvurusu halinde, elmanın şekli farklı ve orijinal olmasına rağmen, salt elmayla ilgili diye, orijinal değildir denemez. Eğer, koruma şartlarını sağlıyorsa, elbette ki korunacaktır.

Yukarıdaki, orijinalliğin bulunmadığı hallere ek olarak, marka hukukunda her ne kadar yenilik veya orijinallik kapsamında değerlendirilmese de, marka sahibinin ticari vekili veya temsilcisinin, haklı bir gerekçesi olmaksızın yaptığı başvurunun reddedilmesinin (MarkKHK. m. 8 / II) de, orijinallik bulunmaması bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Bunun nedeni,

⁸⁵⁶ Aynı yönde TEKİNAY, s. 72; ŞENOCAK, s. 93.

⁸⁵⁷ Aynı yönde ARKAN, C. I, s. 85 dn. 69; Aynı yönde TEKİNALP, s. 384; SULUK, s. 319.

⁸⁵⁸ Aynı yönde TEKİNAY, s. 76; ARKAN, C. I, s. 78.

⁸⁵⁹ PHILLIPS, Commentary, 5.84. (SULUK, s. 264 dn. 207’den naklen).

⁸⁶⁰ TEKİNAY, s. 73.

anılan markanın başvuru sahibinin hususiyetini taşımayıp, yer alan hususiyetin, gerçek marka sahibinin kişiliğine has özellikler olmasıdır. Bu hüküm, nitelikleri gereği, patent isteme hakkının gaspına benzemektedir.

Markada yer alan gelişmenin, fikrî ürün sahibinin kendi hususiyetlerinden kaynaklanması ve çözümün bu kişiye has olmasının gerekliliği karşısında, markanın orijinalliği de incelenmelidir. Bu, orijinallik şartının, marka hakları yönünden de bir şart ve inceleme olarak, açıkça mevzuatlarda yer alması şeklinde gerçekleştirilebilecektir. Bu takdirde, ticari vekil vb. tarafından yapılan başvurulardaki, marka hakkının gaspının hak sahipliğini önlemesi, kendine has bir ret sebebi gibi gözükmek yerine, kaynağını aslından yani orijinal olmamaktan alacaktır.

Kanaatimizce, markalardaki orijinallik incelemesinin de genel esaslara uygun olarak yapılması yerinde olacaktır. Marka hukukundaki genel esasların benimsenmiş olması nedeniyle yukarıdaki açıklamalar, hukukumuz yönünden de geçerlidir.

III. Coğrafi İşaret

Fikrî mülkiyet mevzuat ve doktrininin, “ bazı haklarda orijinallik niteliğinin aranmamış olduğu ” şeklindeki yanlış kanaatinin örneği olan bir diğer hak da, coğrafi işaret hakkıdır. Oysa, orijinallik niteliği, coğrafi işaret hakkında, diğer hak türlerinden çok daha ön plan çıkan bir nitelik olup, bizzat hakkın varoluş sebebidir. “ Hakkın sahibi olan coğrafi bölgeye has ” bir özellik, fikrî ürün olarak koruma altına alınmaktadır⁸⁶¹. Bu nedenle, varlığının gereği olarak, özünde bulunması zorunlu bir niteliktir. Bu durum bizzat, coğrafi işaretin, İngilizce karşılığı olarak kullanılan “ appellation of origin (origin kelimesi orijinal kelimesinin kökenidir - Yn.) ” teriminde dahi görülmektedir.

⁸⁶¹ Aynı yönde AYHAN, s. 411; GÜNDOĞDU, s. 9.

Bunun yanı sıra, bir coğrafi işaretin orijinallik niteliği taşımasının bir zorunluluğu da, zımnen, coğrafi işaret hakkına ilişkin Lizbon Anlaşmasının 3. maddesinde yer alan, “ işaretlerin, hakkın gaspına ve taklide karşı korunması ” düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Hakkın yani hak sahipliğinin gaspı, her ne kadar ayrı bir kavram gibi gözükse de, hakkın başvuru sahibine ait olmadığını, başvuru yapanın hususiyetini taşımadığını yani orijinal olmadığını ortaya koyar.

Coğrafi işaret hakkında da, orijinallik niteliği arandığına dair bir diğer hüküm, coğrafi işaretin, jenerik adına (öz ad) dönüşmüş olması halinde de tescilinin mümkün olmamasıdır. Bunun gerekçesi ise, Cologne (kolonya) örneğinde görülebileceği gibi, bir orijinalliğinin, coğrafi kökene ilişkin ayırt ediciliğin kalmamış olmasıdır⁸⁶².

Orijinallik, kısaca hakka konu olan coğrafi işaretin, yani bir bölgede yetişen ürünlerin, niteliğini aldığı bölgenin sahip olduğu doğal kaynaklar yahut üretim usulleri vb. nin, fikrî ürün sahibine yani o coğrafi bölgeye has olmasıdır. Coğrafi işaret, yukarıda da değinildiği gibi, bir bölgeye has özelliği taşıyan ürünleri, toplum nezdinde ayırt etmeye yarayan işarettir. Coğrafi işaretin, unsurlarından ikisi de, işaretin konulacağı ürünün bir karakteristik (hususiyet) kazanması ve bu karakteristik özellikle, coğrafi kökenin arasında bağlantı bulunmasıdır⁸⁶³. Ürünlerin kazandığı bu hususiyetin kaynağı da, coğrafi kökenidir⁸⁶⁴. Her ne kadar, coğrafi işaret hakkı sahipliğinin, hâlihazırda, bölgeyi temsil eden tüzel kişiliklerin dışında kişilerce de elde edilebildiği eleştirisi akla gelse de, bu, kanaatimizce, yapılan bu uygulamanın yanlışlığından kaynaklanmaktadır.

Coğrafi işaretin de, varlığını bizzat fikrî ürün sahibinin hususiyetlerinden aldığı ve işareti ortaya çıkaran özelliğin bizzat fikrî ürün

⁸⁶² Aynı yönde HİRS, Ticaret, s. 163; ARI, s. 60; OYTAÇ, s. 167; YILDIZ, Avrupa Birliği, s. 36.

⁸⁶³ AYHAN, s. 411; GÜNDOĞDU, s. 9; Aynı yönde Lizbon Sözl. m. 2 / 1; Trips Anl. m. 22 / 1.

⁸⁶⁴ AYHAN, s. 411; GÜNDOĞDU, s. 25.

sahibine has olduğu gerçekliği karşısında, kanaatimizce, orijinallik şartının, bu hakta da bir şart ve inceleme olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Diğer haklarda olduğu gibi, hak sahipliğinin başkasına ait olması sebebine dayalı hükümsüzlük nedeninin kaynağı, orijinallik koşulunu karşılamamak olmalıdır.

Kanaatimizce, coğrafi işaretteki orijinallik incelemesinin de, genel esaslara uygun olarak yapılması yerinde olacaktır. Coğrafi işaret hukukundaki genel esasların benimsenmiş olması nedeniyle, yukarıdaki açıklamalar hukukumuz yönünden de geçerlidir.

IV . Islahçı Hakları

Islahçı hakları hukukunda, orijinallik gibi bir şarttan hiç bahsedilmemiş olmasına rağmen, bu hak da orijinallik gereğinin en bariz şekilde ortaya çıktığı haklardandır. Bu haklarda korunması istenilen fikrî ürün olan yeni çeşidin, farklılık başlığı altında, “ Başvuru veya rüçhan hakkı tarihinde, herkesçe bilinen çeşitlerden açıkça ayırt edilebilen, bir çeşit olması ” şartı aranmaktadır (YBitK. m. 6). Bu koşul, zorunlu olarak, çeşidin özellik sınıflarından en az birinde⁸⁶⁵, fikrî ürün sahibinin, daha önce hiç kimsenin yapamadığı farklılığı bizzat gerçekleştirmesi gerektiğini ortaya koyar. Yapılan bu düzenlemenin gelişme gösterme koşulunu ifade etmesi, yapılan bu incelemenin de patentteki buluş basamağı incelemesine benzer bir etkide olması gerekirken, bundan çok farklı yorumlanmaktadır. Buna gerekçe olarak, “ *buluş basamağı şartının, özellikle usul patenti konusunda, bitkilerin patentlenmesine engel olabileceği, çünkü bitki çeşidi ıslah usullerinin, bilinen geleneksel usuller olduğundan yaratıcı bir aşama içermediği* ” gsterilmektedir⁸⁶⁶. Oysa, American Fruit Growers v. Brogdex Co davası⁸⁶⁷, ıslahçı hakkında da farklılığın, patentteki buluş basamağı incelemesine benzer bir etkide olması gerektiğini, çok güzel bir biçimde ortaya

⁸⁶⁵ Aynı yönde van der KOOIJ, s. 15; ODMAN, s. 111.

⁸⁶⁶ TÜYSÜZ, s. 89 dn. 145.

⁸⁶⁷ American Fruit Growers v. Brogdex Co (S. Ct.1931).

koymaktadır. Anılan davada, borik asit ile işlem görmüş limon meyvesi için patent istenmiş; bu işlemin, depolama ve nakliyat sırasında meyvenin kabuğunda küf oluşmasını engellediği belirtilerek koruma talep edilmiştir. Mahkeme ise, borik asitin anti küf aracı olduğunun bilinmesi, bir başka deyişle, başvuru sahibine has herhangi bir fikrî çabanın bulunmaması nedeniyle, koruma talebini reddetmiştir. Fikrî mülkiyet hakkı, sağladığı tekel yetkisi vb. düşünüldüğünde, zaten bilinen bir husus için, toplumunun serbest kullanımını engellemeyi amaçlayan bir hak değildir. Bu korumaya sahip olmak isteyen kişinin, bunun karşılığını ortaya koyması, toplumun bilgi hazinesine katkıda bulunacak bir gelişme sağlaması gerekir. Bu gelişmenin, farklılığın, fikrî ürün sahibinin kendi hususiyetlerinden kaynaklanacağı ve uygulanan yöntem vb. nin bu kişiye has olacağı izahtan varestedir. Özetle belirtmek gerekirse, bu haklar içinde, gelişme gösterme koşulunun aranması elzem olup,⁸⁶⁸ bu koşul, orijinallik ihtiyaç ve koşulunu da doğal olarak gerektirecektir. Kanaatimizce, bu yüzden ıslahçı haklarında orijinallik şartı açıkça zikredilmemiştir. Zikredilmemiş olması, bu tür fikrî ürünlerde orijinallik gerekmediği anlamına gelmez. Aksi takdirde, anti küf aracı olduğu toplumca bilinmesine ve fikrî ürün sahibine has hiçbir özellik bulunmamasına rağmen; limon meyvesi üzerinde, bir kişiye, tüm Dünya genelinde, 29 yıla varabilecek bir tekel hakkının tanınması söz konusu olur. Gelişme gösterme koşulunun bulunması ve buna yönelik inceleme yapılması, bununda, orijinallik şartını ve incelemesini zımnen ortaya koyması nedeniyle ayrı bir şart ve inceleme olarak öngörülmemiştir.

Islahçı haklarında da orijinallik incelemesinin genel esaslara göre yapılması, kanaatimizce, uygun olacaktır. YBitKan.'un hükümleri incelendiğinde, Mehaz düzenlemelerdeki hükümlerin aynen alındığı, dolayısıyla yukarıda yaptığımız açıklamaların tamamının hukukumuz yönünden de geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

⁸⁶⁸ Aynı yönde BOUCHOUX, s. 310 (Müellif, “ ıslahçı hakkındaki farklılık ile patentteki buluş basamağını aşma / alışılmadık olma şartı arasında büyük ilişki olduğu ” görüşündedir.); Farklı görüş için bkz. PHILLIPS / FIRTH, s. 394 (Müellifler, “ ıslahçı hakkındaki farklılığın patentteki buluş basamağı şartından daha basit olduğu ” görüşündedirler.).

V. Ticaret Unvanı

Ticaret unvanının asli işlevinin tacirleri “ ayırt etmek “ olması karşısında, bu işaretlerin de, işlevini yerine getirebilmesi için, markalarda olduğu gibi, kendine özgü unsurlar taşıması gerekir. Kendine özgü unsurun, niteliği gereği, bu unsuru meydana getiren kişiye has özellikler taşıması gerekecektir. Orijinallik incelemesi de, ticaret unvanının, daha önce toplum tarafından bilinen unvanlardan, belli bir düzeyde farklı olmasını sağlayan, kişiye has özellikler taşıyıp taşımadığı incelemesidir. Ticaret unvanında, belli unsurların bulunmasının zorunlu olması, bu zorunlu unsurların özellikle konu unvanlarında herkesin kullanabileceği / kullanması gereken unsurlar olması, her ticaret unvanının, aynı koruma çevresinde diğer ticaret unvanlarından açıkça ayırt edilebilecek bir şekilde olması⁸⁶⁹ ve bunun için gerektiğinde ek yapılmasının zorunlu olması hükümleri birlikte düşünüldüğünde; ticaret unvanının da, önceki unvanlardan bir farklılık taşıması şarttır. Bu farklılık da kendisini meydana getiren kişiye has özellikler taşıyacağı için, hükümlerin, zımnen de olsa orijinallığı aradığı ortaya çıkmaktadır. Bu zorunluluklar aynı zamanda, ticaret unvanının, ayırt edicilik işlevini çoğu zaman bu ekleri sayesinde gerçekleştirebileceği, özetle, kişiye has özelliklerin ticaret unvanını ayırt edici kılan unsurda olabileceği sonucunu da doğurmaktadır. Bu durum, özellikle unvanda kullanılan gerçek kişi ad soyadının sıklıkla karşılaşılan ad ve soyad olması halinde belirginleşmektedir.

Ticaret unvanında bulunması gereken ayırt ediciliğin, sahibinin şahsına has katkısından kaynaklanabilecek olması; ayırt ediciliğin, şahıs unvanlarında ilgili sicil çevresi, konu unvanlarında ise tüm Türkiye genelinde aranması koşulu nedeniyle, aranılan orijinallığın nisbi olduğu düşünülebilirse de⁸⁷⁰, Paris Sözleşmesi'nin 8. maddesindeki “ ticaret unvanlarının tüm akit devletlerce korunma zorunluluğu ” ve m. 2 / 1. hükmü gereğince bir çatışma

⁸⁶⁹ HİRŞ, Fikrî Say I, s. 11; AYHAN, s. 298.

⁸⁷⁰ Aynı yönde HİRŞ, Ticaret, s. 148; KARAYALÇIN, s. 391 vd.; AYHAN/ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 158; POROY / YASAMAN, s. 330; ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 129; Aynı yönde HİRŞ, Ticaret, s. 147.

halinde, sonraki tarihli unvanda uygun değişikliklerin yapılması gerekmektedir⁸⁷¹.

Orijinallik incelemesinde esas alınan zaman, başvurunun yapıldığı tarih olmaktadır.

Hâlihazırda, ticaret unvanlarının tescili, ilgili Ticaret Sicil Müdürlüklerince gerçekleştirildiğinden, orijinallik incelemesi; sicil çevresi için, bu müdürlüklerin veritabanlarındaki bilgiler üzerinde; ülke geneli için ise, Ticaret Sicil Genel Müdürlüğü veritabanlarındaki bilgiler üzerinde, uzmanlarca (ilgili görevlilerce) gerçekleştirilmektedir.

Tescili istenilen unvan ile önceki unvanların arasında, olması gereken farklılık düzeyine, özellikle kelime markalarının farklılığına ilişkin kriterlerin uygulanması isabetli olacaktır.

VI. İşletme Adı

İşletme adının, sahibi tarafından tescil ettirmek zorunluluğu⁸⁷² ile aynı koruma çevresinde diğer işletme adlarından açıkça ayırt edilebilecek bir şekilde olmaları⁸⁷³ gerekliliği, bu haklarda da orijinallik özelliğinin zımnen arandığını ortaya koymaktadır. Bu haklara ticaret unvanlarına ilişkin hükümlerin uygulanması nedeniyle yukarıda ticaret unvanı bahsinde yaptığımız açıklamalar, bu haklar için de geçerli olmaktadır⁸⁷⁴.

⁸⁷¹ Aynı yönde HİRŞ, Ticaret, s. 148; KARAYALÇIN, s. 396; Yukarıda nisbi yenilik için yaptığımız açıklamalar, nisbi orijinallik için de geçerli olmaktadır.

⁸⁷² EREM, s. 193 vd.; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 166; HELVACI (ÜLGEN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 336 vd.; KARAHAN, İşletme, s. 153; DOĞANAY, s. 382; Karş. HİRŞ, Ticaret, s. 149; ARSLANLI, Ticaret, s. 78; EDGÜ, s. 98 vd.; KARAYALÇIN, s. 397 vd.; ARKAN, İşletme, s. 264; MOROĞLU / KENDİGELEN, s. 54; DOĞANAY, s. 381.

⁸⁷³ ARSLANLI, Ticaret, s. 78 dn. 2; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 166; MOROĞLU / KENDİGELEN, s. 54; HELVACI (ÜLGEN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 337; Karş. ARKAN, İşletme, s. 264.

⁸⁷⁴ EREM, s. 193 vd.; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 167; HELVACI (ÜLGEN / TEOMAN / KENDİGELEN / KAYA / NOMER ERTAN), s. 336 vd.; KARAHAN, İşletme, s. 153;

Ş6 . ORİJİNALLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KURULMASINA VE SAHİPLİĞİNE ETKİLERİ

Orijinallik incelemesi, halihazırda sadece, eser haklarında ve entegre devre topoğrafyalarında koruma koşulu olarak açıkça düzenlenmiş iken; patent, marka, tasarım, ticaret unvanı gibi haklarda gelişme gösterme (buluş basamağı, yahut ayırt edicilik) safhasında zımnen yapılmaktadır. Ancak eser haklarında, hakkın tesisi için bir orijinallik incelemesi yapılmamakta; orijinallik, bu hakların sahipliğine ilişkin bir ihtilaf ortaya çıktığında söz konusu olmaktadır. Entegre devre topoğrafyasında ise, orijinallik şartı bir tescil şartı olarak aranmakta, yapılan inceleme sonucunda orijinal olduğuna karar verilen topoğrafya bir hak ve hak sahipliğine konu olmaktadır. Diğer haklarda ise buluş basamağı, ayırt edicilik gibi gelişme gösterme koşulu anlamına gelen bir şart olarak inceleme yapılmakta, bu yukarıda açıklandığı üzere zımnen orijinallığı gerekli kılssa da, açıkça orijinallik ifadesi geçmediğinden ayrı bir orijinallik incelemesi yapılmamaktadır.

Orijinallik kavramı, bir yönüyle de hak sahipliğinden kaynaklanan davalarda önem arz etmektedir. Anılan bu davalarda, her ne kadar orijinallik şartı, hakkın doğumu veya hükümsüz kılınması için açıkça aranmasa da, dava “ gerçek hak sahipliğine ” ilişkindir ve ispatı orijinallik koşulunun yani “ sahibinin hususiyetini taşıdığı ” nın ispatı şeklinde gerçekleşmektedir⁸⁷⁵.

Ş7. ORİJİNALLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE ETKİLERİ

Gerçek fikrî ürün sahibi olmadığı halde, kendisini fikir ürün sahibi olarak ileri süren kişiler, “ hakkı gasp eden ” olarak nitelenmekte ve hükümsüzlük davalarına muhatap olmaktadır. Her ne kadar, mevzuatta ve

DOĞANAY, s. 382; Karş. HİRŞ, Ticaret, s. 149; ARSLANLI, Ticaret, s. 78; EDGÜ, s. 98 vd.; KARAYALÇIN, s. 397 vd.; ARKAN, İşletme, s. 264; MOROĞLU / KENDİGELEN, s. 54; DOĞANAY, s. 381.

⁸⁷⁵ Aynı yönde PatKHK. m. 13.

doktrinde, hak sahipliğine dayalı hükümsüzlük sebebinin kaynağına ilişkin görüşler yer almasa da, kanaatimizce bu hükümsüzlük sebepleri, kaynağını, fikrî ürünün orijinallik koşulunu karşılamamasından almaktadır.

Hâlihazırda, orijinalliğin hakkın ve hak sahipliğinin doğmasının bir şartı olarak öngörüldüğü haklar yönünden, orijinalliğin bulunmaması bir hükümsüzlük sebebidir. Bu haklardan eser hakları, tescile tabi olmadığından sicilden terkin gibi bir işlem söz konusu olmazken; entegre devre topoğrafyası hakkının hükümsüzlüğüne karar verildiğinde hak sicilden terkin edilmektedir. Diğer haklarda ise, orijinallik ayrı bir şart olarak aranmadığından salt bu sebeple, hakkın hükümsüzlüğü ve terkinini söz konusu olmazken; buluş basamağı, ayırt edicilik gibi gelişme gösterme koşulunu taşımadığı ispatlanan hakkın hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmektedir.

Diğer haklar yönünden, orijinallik kavramı, bir yönüyle de hak sahipliğinden kaynaklanan davalarda önem arz etmektedir. Anılan bu davalarda, her ne kadar orijinallik şartı, hakkın doğumu veya hükümsüz kılınması için açıkça aranmasa da, dava “ gerçek hak sahipliğine ” ilişkindir ve ispatı orijinallik koşulunun yani “ sahibinin hususiyetini taşıdığı ”nın ispatı şeklinde gerçekleşmektedir. Bu davalarda, “ fikrî ürün sahibinin gerçek hak sahibi olmadığının anlaşılması ”, bir hükümsüzlük nedeni olarak incelenmektedir (PatKHK. m. 13, 129 / 1 - c, d; MarKKH. m. 42 / I - b; EndTasKHK. m. 43 / 1 - b; CoğlşKHK. m. 21 / 1 - b; EntDevKan. m. 19 / b; YbitK. m. 52 / c).

Gerçek hak sahipliği sebebine dayalı bir hükümsüzlük davasında hak sahibi, bir gasp davasıyla, gerçek hak sahipliğini ispat ve bu ispat sonucunda hükümsüzlük davası açmak zorundadır. Mahkemenin hükümsüzlük kararıyla, gerçek hak sahibi, mevcut kaydın terkininden sonra, fikrî ürünün, kendi adına tescilini talep edebilmektedir. Gerçek hak sahibinin gasp, hükümsüzlük ve kendi adına tescil davasını birlikte açabilmesi, usul ekonomisi açısından da daha uygun gözükmemektedir.

SONUÇ

Fikrî ürün sahibine çok ciddi maddi ve manevi kazanımlar sağlayan mutlak ve inhisarî nitelikteki fikrî mülkiyet hakları, toplumun diğer fertlerinin hürriyet sahasını, bir tek şahıs lehine şarta bağladığı ve sınırladığından, korumanın, ancak hakların konuluşunun asli amacına uygun, yani toplumun gelişmesini sağlayan, toplumun bilgi havuzunu zenginleştiren, kısaca bu korumayı “ hak eden ” fikrî ürünlere tanınması gerekir.

Hakların amaç ve temel esaslarını ortaya koyan Trips Anlaşması'nın 7. maddesi, toplumu geliştirici bir fikre karşılık, tekel koruması sağlanması ve bunun dengeli olmasını düzenlemektedir. Günümüzdeki denge, terazinin bir kefesine yaratıcı fikri; diğer kefesine de, toplumun tüm yararlanma şekilleri açısından belli bir süre kullanımını engelleme görünümündeki tekel hakkını koymaktadır.

Hakların varoluş sebebine uygun bir korumanın hak eden fikrî ürünlere tanınması için, öncelikle, fikrî mülkiyet hukukundaki kavram, kabul ve uygulamaların, hakların varoluş nedenleri / amaçlarına uygun olarak, bu amaçlar ve gerektirdiği özellikler odak noktası alınarak yeniden düzenlenmesi; fikrî mülkiyet hukukunun hâlihazırda sahip olduğu uygun kavram, kabul ve uygulamaların, varoluş amacına uygun şekilde, tüm haklar için kullanılmaları gerekmektedir.

Bir fikrî ürünün, tekel hakkıyla korumayı “ hak edip etmemesi ” ancak, hakkın tanınma amacına uygun niteliklere sahip olmasıyla belirlenebilecektir. Bunun öncelikli gereği, korunma talep edilen fikrî çabanın, fikrî mülkiyet haklarından herhangi biriyle korunmaya uygun bir tür olmasıdır. Bu şartı sağlamayan, komşu haklar, ticaret unvanı, işletme adı, menşe işaretleri gibi hakların, bu koruma kapsamından dışlanması; bu ürünler oluşturulurken harcanan zaman ve emeğin, hukuki niteliklerine uygun başka bir şekilde örneğin, lisans, alt lisans, manevi hak, haksız rekabet, ortakçılık, yarıcılık vb.

şeklinde korunması yoluna gidilmesi gereklidir. Bu, niteliği itibariyle bir fikrî üründe bulunması zorunlu olan temel nitelikleri taşımadığı halde, fikrî mülkiyet kapsamında değerlendirilen bazı ürünlerin dışlanmasını sağlamasının ve - özellikle eser haklarında görüldüğü üzere - kapsamdaki fikrî ürün çeşitlerinin fazlalığını azaltmasının yanı sıra, fikrî mülkiyet korumasına ilişkin kavram, kabul ve uygulamaların standardizasyonunu da kolaylaştıracaktır.

Yine bu kapsamda değerlendirilebilecek ikinci durum olarak, fikrî mülkiyet hukukunda, türe hatta türün alt dallarına göre ayrıcalıklı durumlar oluşturma uygulamasından vazgeçilmelidir. Eser haklarına farklı bir sistem uygulama, bunların içinde de, günlük mektuplar vb. ürünlere daha farklı bir sistem uygulanması cihetine gidilmektedir.

Fikrî ürünlerin özellikleri dikkatle incelendiğinde, hak tanınması için mutlaka aranması gereken şartlar; fikrî ürünün orijinal olması, yeni olması, gelişim sağlaması, topluma sunulması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Bu niteliklere sahip olmayan, korumayı hak etmeyen fikrî ürünlere koruma sağlanması, bir yönüyle toplumun serbest kullanma hürriyetini ortadan kaldırması yönüyle topluma; hak etmeyen kişilerle eşit muameleye tabi tutulmaları nedeniyle korumayı hak eden ve toplumun gelişmesinde çekici güç durumunda olan “ gerçek ” fikir üreticilerine ve fikrî ürün sahibine tanınan inhisarî yetki dolayısıyla rakiplere zarar vermekte; buna karşılık, hak etmeyen kişilere haksız menfaat sağlanması sonucunu da doğurmaktadır. Bu tarzdaki bir uygulama, ulvi amaçlarla tanınan fikrî mülkiyet haklarının, amacının tam tersi amaçlara hizmet etmesi sonucunu doğurmaktadır. Ülke mevzuat ve uygulamalarının buna yol açmaması, korumayı hak etmeyen, bu bağlamda, yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme koşullarını taşımayan fikrî ürünlere koruma sağlamaması; itiraz ve hükümsüzlük mekanizmalarıyla bütünleşmiş bir incelemesiz sistemle olsa dahi, bu kriterlerin karşılanması; fikrî mülkiyet haklarının amaçlarının gerçekleşmesinde, farklı anlam ve

işlevleri bulunan yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin tüm türlere konu fikrî ürünlerde aranılması ve bu kriterlerde başarı sağlayan fikrî ürünlerin fikrî mülkiyet hakkı korumasından faydalandırılması sağlanmalıdır. Bunun için öncelikle, eser haklarında da, yenilik ve gelişme gösterme kriterlerinin, ayrı kriter olarak amacına uygun şekilde ve açıkça düzenlemelerde yer alması, diğer türlerde de mevcut kriterlerden eksik olanların düzenlemelere eklenmesi ve bu kriterlerin, her türde, aynı işlev ve anlamda kullanılması gereklidir. Bu, patent hakkında olduğu gibi, bir türde başarı sağlayan ve türü hakların amacını gerçekleştirmeye yaklaştıran uygulamaların diğer türlerde de uygulanmasını, şu ana kadar kavram karmaşası nedeniyle fark edilememiş faydaların ortaya çıkmasını sağlayacaktır.

Yine bu kapsamda, tüm türlerde, yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin uygulanmasında bir terminoloji birlikteliğinin oluşturulması gerekmektedir. Bunun sağlanması için, tüm türlerde, yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin açıkça düzenlemelerde yer alması; bazı hak türlerinin kendilerine has özelliklerinin daha anlaşılır olması için başka terim kullanılmasının zorunlu olduğu hallerde ise, kullanılan bu terimin hangi kriterin kapsamında olduğu ortaya konulmalıdır. Bu bağlamda, buluş basamağı, ayırtedicilik, farklılık gibi değişik kavramlarla ifade edilen gelişme gösterme koşulunun, kendi adıyla ifade edilmesi ancak hak türüne göre tezahür şeklinin belirtilmesi; yenilik ve orijinallik kavramlarının anlam kapsamlarının netleştirilmesi terminoloji ahengine örnek gösterilebilir.

Kriterlerin aranabilmesi için bir gereklilik olması karşısında, korunması istenilen eserler, tescilsiz tasarımlar gibi fikrî ürünler için de, tescil zorunluluğu düzenlemelerde yer almalıdır. Hak sahipliğinin oluşması, fikrî ürünün yeniliğinin ve koruma süresinin belirlenmesi, hükümsüzlüğü, ispatı vb. hususlarda büyük önem taşıyan tescil zorunluluğunun, eser hakları yönünden öngörülmemesinin, kanaatimizce mantıklı bir izahı bulunmamaktadır.

Yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin tüm türlerde, aynı düzeyde aranması gerekmektedir. Hak türlerinin, farklı yönlerle ilişkin olması, bu kriterleri karşılaması gereken özelliklerin farklı görünümelerde ortaya çıkması vb. hususlar bir düzey standardının oluşturulmasına engel değildir.

Yine, bir fikrî ürünün “ tekel ” niteliğindeki hakla korunup korunmayacağına yani serbest olması gereken bu bilgilerin sınırının, “ gerçek anlamda korumayı hak edecek bir eserin sahipliğinin ” başladığı noktanın tespit edilmesinin güç olması nedeniyle, bu sınırı tespit etmeye çalışmaktan kaçınılmamalıdır. Bu noktanın, fikrî mülkiyet hakkı korumasının, bu hakka tecavüzün vb. başladığı nokta olması nedeniyle çok büyük önem taşımaktadır ve kesinlikle tespiti gerekir. Bu tespit de, gelişme gösterme kriterini ve bunu karşılayan bir inceleme ve özellik varlığını elzem kılmaktadır. Yani düzeyi ne olursa olsun salt yenilik yahut orijinallik kriterleri yeterli değildir.

Düzy standardı olarak, tüm türlerde, tüm kriterlerin aranmasının yanı sıra; türün karşıladığı ihtiyaç dikkate alınmakla birlikte, her tür için, gelişme göstermenin varlığının kabulü için gereken düzeyin, “ fikrî ürüne ‘ tekel hakkı ’ tanınmasını, - toplumun nazarında - hakkaniyete uygun kılacak düzeyi / eşiği geçmesi ” olarak belirlenmesi gerekir.

Eser hakları yahut tasarım gibi bazı türlerde, hak tesisi safhasında, itiraz ve hükümsüzlük mekanizmalarıyla bütünleşmiş bir inceleme sistem kabul edilse bile, tüm hak türlerinde, fikrî ürünün, açık ve şüpheyeye yer vermeyecek şekilde, yenilik veya diğer bir kriterden yoksun olduğunun anlaşılması halinde, ilgisinin karşı görüşleri alındıktan sonra, red gerekçesinin dayanakları da bildirilmek suretiyle, tescil makamınca başvurunun reddine ve aksini mahkemede ispat ederek hak sahibi olabilmeye imkân veren bir düzenlemenin yapılması gerekir.

Tüm hak türlerinde, 3. kişilere, yapılmış bir koruma talebine, “ koruma talep edilen fikrî ürünün ” herhangi bir kriterden yoksun olduğu ve koruma altına alınamayacağı ” gerekçesiyle itiraz etme, itirazın reddi halinde aksini mahkemede ispat ederek hak hak tesisini engelleme imkânı sağlayan düzenlemeler yapılmalıdır.

Temel niteliklere sahip olma zorunluluğu yönünden, tüm fikrî mülkiyet hakkı türleri eşit olup, aralarındaki fark, hakların farklı ihtiyaçları karşılamalarından kaynaklanmalı ve niteliklerin incelenmesi, korumanın kapsamı, süresi vb. yönlerden bir standardizasyona gidilmelidir.

Son olarak, fikrî mülkiyet haklarının tesisi ve korunması safhalarında karşılaşılabilecek yoruma ihtiyaç bulunan hallerde, “ fikrî mülkiyet haklarının amacına göre yorum ” ilkesi kabul edilmeli ve düzenlemelerde yer almalıdır.

Şüphesiz ki, her insan bir fikrî ürün meydana getirme ve korunma hakkına, tüm insanların eşit olmasının zorunlu bir gereği olarak sahiptir. Ancak bu, her çabanın / emeğin bir fikrî ürün olarak kabulünün veya herkese bir fikrî mülkiyet hakkı ve korunması bahşedilmesinin zorunlu olduğu şeklinde de yorumlanamaz. Bu, hak etmeyen kişilerin, fikrî ürün sahibi olma hak ve hürriyetlerinin kısıtlanması değildir. Aksine, toplumunu kalkındırma hedefini taşıyan her devletin, kendisine tabi insanlara sağlama yükümlü olduğu ticaret hürriyetinin sınırını çizen meşruiyetin gereğidir.

KAYNAKÇA*

A.KİTAP VE MAKALELER

- ARI, Zekeriyya** : “ Coğrafi İşaret Kavramı ve Coğrafi İşaretlerin Tescili ” , Prof.Dr.Ömer TEOMAN’A 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002.
- ARKAN, Sabih** : Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997 (C. I).
- _____ : Marka Hukuku, C.II, Ankara 1998 (C.II).
- _____ : Ticari İşletme Hukuku, 13.b.,Ankara 2009 (İşletme).
- ARSEVEN, Haydar** : Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul 1951.
- ARSLANLI, Halil** : Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul 1954.
- _____ : Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 3. b., İstanbul 1960 (Ticaret).
- ARSLAN, İ. Yılmaz** : Rekabet Hukuku, 4.b., Bursa 2007.
- AYHAN, Rıza** : Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990 (Rekabet).
- _____ : Ticari İşletme Hukuku, 2. b. , Ankara 2007.
- AYHAN, Rıza**
- ÇAĞLAR, Hayrettin /**
- ÖZDAMAR, Mehmet** : Ticari İşletme Hukuku, 3. b., Ankara 2010.
- AYİTER, Nuşin** : İhtira Hukuku, Ankara 1968 (İhtira).
- _____ : Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. b. , Ankara 1981.

* Birden fazla eserine yollama yapılan yazarların eserlerinin yanında ayırt edici kelimeler kullanılmıştır.

- BAINBRIDGE, David I.** : Intellectual Property, 6. b. , Harlow 2007.
- BELGESAY, Mustafa Reşit** : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955.
- BENTLY, L./**
- SHERMAN, B.** : Intellectual Property Law, 2. b., New York 2004.
- BİLGİŞİN, Ş. Memedali** : Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, İstanbul 1950.
- BOUCHOUX, Deborah E.** : Intellectual Property for Paralegals, 2.b., Newyork 2005.
- CENGİZ, Dilek** : Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995.
- CORNISH, William /**
- LLEWELYN, David** : Intellectual Property, 5. b., London 2003.
- COLSTON, Catherine /**
- MIDDLETON, Kirsty** : Modern Intellectual Property Law, 2. b. , London 2005.
- ÇAĞLAR, Hayrettin /**
- ÖZDAMAR, Mehmet** : “ Ticaret Ünvanının Korunması ”, SÜHFD, C. 14, S. 2, Konya 2006.
- DİRİKKAN, Hanife** : Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.
- DOĞAN, B. Fatih** : “ Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma ”, BATİDER, C. XXIV, S. I, Ankara 2007.
(219 - 238)
- DOĞAN, Vahit** : İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996.
- DOĞANAY, İsmail** : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, 4. b. , İstanbul 2004.
- DÖNMEZ, İrfan** : Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, 2.b., İstanbul 1992
- EDGÜ, Ekrem** : Ticaret Hukuku I, Ankara 1964.

- EDİS**, Seyfullah : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. b. Ankara 1989.
- ERDEM**, Bahadır : Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, 2. b., İstanbul 2002.
- ERDOĞAN**, İhsan : Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, Ankara 2002.
- EREN**, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. b., İstanbul 2008.
- EREL**, Şafak N. : Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3.b., Ankara 2009.
- EREM**, Turgut S. : Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, İstanbul 1958.
- FELLNER**, Christine : Industrial Design Law, London 1995.
- FRANCIS**, William H. /
- COLLINS**, Robert C. : Cases and Materials on Patent Law, 5. b. , MN 2002.
- GOLDSTEIN**, Paul : International Intellectual Property Law, New York 2001.
- GÖKYAYLA**, K. Emre : Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara 2001.
- GÜNDOĞDU**, Gökmen : Türk Hukukunda Coğrafi İşaret ve Korunması, İstanbul 2006.
- HALPERN**, Sheldon W. /
- NARD**, Craig Allen /
- PORT**, Kenneth L. : Fundamentals of United States Intellectual Property Law, London 1999.
- HATEMİ**, Hüseyin : Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- HİRŞ**, Ernst E. : Hukuki Bakımdan Fikri Say, C. I, İstanbul 1942 (Fikri Say I).
- _____ : Hukuki Bakımdan Fikri Say, C. II, İstanbul 1943 (Fikri Say II).

- _____ : Ticaret Hukuku Dersleri, 2.b, İstanbul 1946 (Ticaret).
- _____ : Fikri ve Sınai Haklar, İstanbul 1948 (Sınai).
- İZMİRLİ, Yadiğâr** : “ Tacir - Esnaf Sınıfının Tayininde İşletme Unsuru ”, Jale AKİPEK’ e Armağan, Konya 1991 (465 - 478).
- JOHNSTON, Dan** : Design Protection, 4.b., Great Britain 1995.
- KARAHAN, Sami** : Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002.
- _____ : Ticari İşletme Hukuku, Konya 2005 (İşletme).
- _____ : Ticaret Unvanının Tescilinde Yenilik Şartı, KTO., 1992, S. 2 (Yenilik).
- KARAHAN, Sami /**
- SULUK, Cahit /**
- SARAÇ, Tahir /**
- NAL, Temel** : Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2007.
- KARAYALÇIN, Yaşar** : Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, Ankara 1968.
- KILIÇOĞLU, Ahmet** : Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006.
- KINACIOĞLU, Naci** : “ Türkiye’de Fikri Hakların Gelişimi ve Nazari Esasları ”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990 (Esaslar).
- _____ : “ Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği ”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998 (Eser).
- von der KOOIJ, P.A.C.E.** : Introduction to the EC Regulation on Plant Variety Protection, London 1997.
- KÜÇÜKERMEN, Önder** : Endüstri Tasarımı - Ürün Tasarımında Adımlar, İstanbul 1997.

LADDIE, Hugh /

PRESCOTT, Peter /

VITORIA, Mary /

SPECK, Adrian /

LANE, Lindsay : The Modern Law of Copyright and Design, C.I,3.b.,
London 2000 (C. I).

_____ : The Modern Law of Copyright and Design, C.II,3.b.,
London 2000 (C. II).

MİMAROĞLU, Sait Kemal : Ticaret Hukuku, C. I, Ankara 1970.

MOROĞLU, Erdoğan /

KENDİGELEN, Abuzer : Notlu - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat,
2. b. , İstanbul 2007.

MORRIS, Roberta J. : “ Anatomy of a Patent”, Patent Law for Scientist and
Engineers, Taylor & Francis, 2005

MUIR, Ian /

BRANDI - DOHRN, Mathias /

GRUBER, Stephan : European Patent Law, 2. b., Oxford 2002.

MUSKER, David : Community Design Law Principle and Practice, London
2002.

NOMER, Füsün : “ İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği
ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve
İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle
Doğabilecek Hukuki Sorunlar ”, Prof. Dr. Hayri
DOMANİÇ’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001.

_____ : “ Tanınmış Marka: NIKE (İsviçre Federal
Mahkemesi’nin 24 Mart 1998 tarihli kararı)”, Prof Dr.

Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul
1999 (Tanınmış).

NOYAN, Erdal : Marka Hukuku, 4.b., Ankara 2009.

ODMAN BOZTOSUN, N.A: Islahçı Hakkı, Ankara 2006.

ORTAN, Ali Necip : Avrupa Patent Sistemi, C. I, Ankara 1991 (C. I).

_____ : Avrupa Patent Sistemi, C. II, Ankara 1992 (C. II).

_____ : İşçi Buluşları Hukuku, İzmir 1987 (İşçi).

OYTAÇ, Kutlu : Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul 2002.

ÖÇAL, Akar : Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara 1967.

ÖZTAN, Bilge : Medeni Hukukun Temel Kavramları, 28. b., Ankara
2008.

ÖZTAN, Fırat : Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.

ÖZTEK, Selçuk : “İlaç Markaları Arasında İltibas ve Türk Markalar
Hukuku’nun Çözümlememiş Bazı Genel Sorunları”,
Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.6, S.1-3

ÖZTÜRK, Özgür : Patent Verilebilirlik Şartları, Ankara 2008.

PHILLIPS, Jeremy /

FIRTH, Alison : Introduction to Intellectual Property Law, 4. b., London
2001.

POROY, Reha /

YASAMAN, Hamdi : Ticari İşletme Hukuku, 11.b., İstanbul 2006.

POROY, Reha /

TEKİNALP, Ünal : “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof.Dr.Haluk
TANDOĞAN’ın Anısına Armağan, Ankara 1990.

- SARAÇ, Tahir** : “ Patent İsteme Hakkı ve Hakkın Sahibi ”, Prof. Dr. Hayri DOMANİÇ’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001.
- _____ : “ Sınai Mülkiyet Hukukunda Ön Kullanımın Yeniliğe Etkisi ”, Prof. Dr. Ömer TEOMAN’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002 (Ön Kullanım).
- _____ : “ Patent Hukukunda Yenilik Kavramı ve Yeniliğin Belirlenmesi ”, SÜHFD., C. 9, S. 1 - 2, Konya 2006 (Yenilik).
- _____ : “ Sınai Hakların Korunmasında Yenilik Şartı Açısından ‘ Tekniğin Bilinen Durumu’ Kavramı ve Kapsamı ”, BATİDER, C. XXII, S. 2 (Teknik)
- SCHECHTER, Roger E. /**
- THOMAS, John R.** : Intellectual Property The Law of Copyrights, Patents and Trademarks, MN 2003.
- SULUK, Cahit** : Tasarım Hukuku, Ankara 2003.
- SUTHERSANEN, Uma** : Design Law in Europe, London 2000.
- ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal** : Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998.
- ŞENOCAK, Kemal /**
- HANEDAN, R. Cemal** : “ Telefon Zil Seslerinin Fikri ve Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi ”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, C. 7, Özel Sayı, İzmir 2005.

- ŞENOCAK, Kemal** : “ Soyut Renk Markaları ”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003.
- TANDOĞAN, Haluk** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I / 1, 6.b., İstanbul 2003.
- TANSI, Ömer Celal** : “ Ticaret Hukukunda Alameti Farika İltibasları ”, İBD, 1965, C. XIX, S. 5
- THORLEY, Simon /**
MILLER, Richard /
BURKILL, Guy /
BIRSS, Colin /
- CAMPBELL, Douglas** : Terrel on the Law of Patents, 16. b., London 2006.
- TEKİNALP, Ünal** : Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. b. , İstanbul 2006.
- _____ : “ Yeni Patent Hukukunda ‘ Buluş Sahibi ’ İlkesi ve Gasp Davalarına İlişkin Bazı Sorunlar ”, İÜHFM (Prof. Dr. Orhan Münir ÇAĞIL’a Armağan Sayısı), C. LV, S. 4 , 1997 (Buluş Sahibi).
- _____ : “ Derleme Eser, Düşünce Yaratıcılığı ve Bunun ‘ Hususiyet ’ Üzerindeki Etkisi, FMR - Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2005, C. 5, S.1, s. 69-76 (Hususiyet).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi**: “ Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar ”, Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, T. İş Bankası Yayınları, s. 69 -78, Ankara 1988.
- TEOMAN, Ömer** : Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I, Kitap 5, Ankara 1993.

- TORREMANS, Paul,** : Intellectual Property Law, 3. b., London 2001.
- TRITTON, Guy** : Intellectual Property in Europe, London 1996.
- TÜYSÜZ, Mustafa** : Yeni Bitki Çeşitleri Üzerindeki Islahçı Hakkı, Ankara 2007.
- ÜNAL, Oğuz Kürşat** : Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2005.
- ÜLGEN, Hüseyin /**
- TEOMAN, Ömer /**
- HELVACI, Mehmet /**
- KENDİGELEN, Abuzer /**
- KAYA, Arslan /**
- NOMER ERTAN, N. Füsün:** Ticari İşletme Hukuku, 3. b., İstanbul 2009.
- YARSUVAT, Duygun** : Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 3.b., İstanbul 1984.
- YASAMAN, Hamdi /**
- ALTAY, Sıtkı Anlam /**
- AYOĞLU, Tolga /**
- YUSUFOĞLU, Fülürya /**
- YÜKSEL, Sinan** : Marka Hukuku, C. I, İSTANBUL 2004 (C. I).
- _____ : Marka Hukuku, C. II, İSTANBUL 2004.
- YASAMAN, Hamdi** : “Tanınmış Marka”, İÜHF Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978.
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl** : “ Kişi İsimlerinin İnternet Alan İsmi Olarak Tescili Karşısında İsim Üzerindeki Hakkın Korunması ”, Mukayeseli Hukuk Bülteni, Yıl 19-20, S. 1-2, Prof.Dr. Aysel ÇELİKEL’e Armağan, İstanbul 2001.

- _____ : “ İnternet Alan İsimlerini Tescil Eden Kuruluşların Sorumluluğu ”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003 (Sorumluluk).
- YILDIZ, Burçak** : “ Trips’de Coğrafi İşaretler”, FMR, C.8,S.2008/3, Ankara 2008.
- _____ : “Avrupa Birliği Hukukunda Coğrafi İşaretlerin Korunması”, FMR, C.8,S.2008/2,Ankara 2008 (Avrupa Birliği).
- YILMAZ, A. Lerzan** : Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul 2008.
- YOSMAOĞLU, Nevzat** : Patentler, Know How’lar, Markalar, Ankara 1978.

B. ELEKTRONİK KAYNAKLAR:

- AISENBERG**, Irwin M. : “ A Step beyond Novelty, Utility and Non - Obviousnes ”, IDEA- The Journal of Law and Technology, (1984 - 1985) (127 - 176)
(<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/idea25&collection=journals&id=137&print=50§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009)
- BARTON**, John H. : “ Non - Obviousness ”, IDEA - The Journal of Law and Technology, S. 475 (2003), (475 – 508)
(<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/idea43&collection=journals&id=485&print=34§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009)
- BENJAMIN**, George : “ Is Originality or Dignity of Invention Really a Ghost in Patent Law ”, Journal of the Patent Office Society, Vol. XXIII, No. 8, 1941, (624 - 627) (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos23&collection=journals&id=630&print=4§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009)
- CASSER**, Donald G. : “ Trade Regulation: Legal Protection of Commercial Design ”, Trademark Reporter, Vol. 50, (1960), (135 – 151) (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/thetmr50&collection=journals&id=267&print=17§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009)

- DWORKIN**, Alan T. : “ Originality in the Law of Copyright ”, Copyright L. Symp. 60, 1962, s.60-81, s.60 (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/cpyrgt11&collection=journals&id=80&print=22§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009)
- ERSTLING**, Jay A. : “ The Semiconductor Chip Protection Act and Its Impact on the International Protection of Chip Designs ”, Rutgers Computer & Tech. L. J. 303 (1989), s. 306 (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/rutcomt15&collection=journals&id=309&print=48§ioncount=1&ext=.pdf>) (21. 04. 2010)
- FALK**, James W. : “ Originality or Novelty in Cases of Misappropriation of Ideas ”, Journal of the Patent Office Society, (1951) (888 – 901) ([http:// heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos33&collection=journals&id=916&print=14§ioncount=1&ext=.pdf](http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos33&collection=journals&id=916&print=14§ioncount=1&ext=.pdf)) (20. 12. 2009)
- KELLER**, Gunter : “ Summary of Some Recent Decisions on the Board of Appeal of the EPO Regarding Questions of Novelty, Inventive Step and Structural Obviousness ”, Journal of the Patent Office Society,(1993) (237 - 242) ([http:// heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos75&collection=journals&id=251&print=6§ioncount=1&ext=.pdf](http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos75&collection=journals&id=251&print=6§ioncount=1&ext=.pdf)) (20. 12. 2009)
- OPPENHEIMER**, Gregg : “ Originality in Art Reproductions: Variations in Search of a Theme ”, Copyright L. Symp. 207, (1982), (207 – 244), ([http:// heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein](http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein).

journals/cpyrgt27&collection=journals&id=225&print=38§ioncount=1&ext=.pdf) (20. 12. 2009)

SAIDMAN, Perry J. : “ Copyrights: Novelty or Originality ”, Journal of the Patent Office Society, 1973, (314 - 339),
(<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos55&collection=journals&id=340&print=26§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009)

WOJCIK, Mary Campbell : “ The Antithesis of Originality: Bridgeman, Image Licensors, and the Public Domain ”, Hastings Comm. & Ent. L. J. 257 (2007 -2008), (257 – 286)
(<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/hascom30&collection=journals&id=275&print=30§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009)

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15 (11. 12. 2009)

<http://caselaw.lp.findlaw.com>

<http://supcourt.ntis.gov>

<http://supreme.nolo.com>

http://www.upov.int/export/sites/upov/en/about/pdf/c_extr_19_2_rev.pdf

<http://legal.european-patent-office.org>

<http://www.ca6.uscourts.gov>

<http://tdkterim.gov.tr>

C.DİĞER KAYNAKLAR:

Guidelines for Examination in the European Patent Office, Munich, 2005

GREEN PAPER on The Legal Protection of Industrial Design, Commission of The European Communities, Brussels, 1991 (Green paper)

Intellectual Property Handbook, Second Ed.,WIPO Publication No: 489, Geneva, 2004 (IPH)

Yargıtay Kararları Dergisi, C. 26, S. 4, Ankara, 2000

FMR. - Ankara Barosu Fikri Mülkiyet Rekabet Hukuku Dergisi, C. I, S. 2 / 2001, Ankara, 2001

_____ C. I, S. 4 / 2001, Ankara, 2001

_____ C. I, S. 2 / 2002, Ankara, 2002

COLLINS Sözlüğü

REDHOUSE Sözlüğü

ÖZET

FİKRÎ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK VE ORİJİNALLİK

(GEVEN, Zeki, Fikrî Mülkiyet Hukukunda Yenilik Ve Orijinallik, Doktora Tezi, Ankara, 2011)

Bu çalışmada, hakların konuluş amacına uygun, yani toplumun gelişmesini sağlayan, toplumun bilgi havuzunu zenginleştiren, hak eden fikrî ürünlere koruma tanınması için gerekli olan yenilik ve orijinallik özellikleri incelenmiştir. Bir fikrî ürünün, korumayı hak edip etmediğini, fikrî mülkiyet hakkının tanınma amacına uygun niteliklere sahip olup olmadığını belirleyebilmek için, öncelikle, gereken niteliklerin neler olduğunun ortaya konulması, mevcut hak türlerinin bu nitelikler karşısındaki durumunun incelenmesi, fikrî ürünlerde bu niteliklerin varlığını tespiti yarayan kriterlerin belirlenmesi ve hâlihazırda kriterlerin uygulanma durumunun ve amacı karşılamaya uygunluğunun açıklanması gerekmektedir. Yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterleri, çoğu zaman birbirleriyle kaynaşmış vaziyette bulunsalar da, bir fikrî mülkiyet hakkının tesisi, korunması ve hükümsüzlüğünde, farklı işlevleri yerine getiren ve fikrî ürünün farklı özelliklerine işaret eden kriterlerdir. Bu çalışma da, ilk bölümde, yenilik ve orijinallik özelliklerinin neden gerekli olduğu, bu özelliklerin varlığını araştıran kriterlerin işlevleri, bu kriterlerin uygulanma kabiliyeti ve düzeyleri ile varsa uygulanmalarını engelleyen olgular ortaya konulmaktadır. Çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde ise, yenilik ve orijinallik özellikleri ile bu özelliklere ilişkin kriter ve uygulamalar incelenmektedir. Varılan ilk sonuç, fikrî mülkiyet hukukundaki kavram, kabul ve uygulamaların, hakların amaçlarına uygun olarak, bu amaçlar ve gerektirdiği özellikler odak noktası alınarak yeniden düzenlenmesi; bu kavram, kabul ve uygulamaların, hakların varoluş amacına uygun şekilde, tüm haklar için kullanılmalrı gerektiğidir. Tüm türlerde, yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin aynı anlam ve düzeyde aranması ve bu uygulamada bir terminoloji birlikteliğinin oluşturulması gerekmektedir. Kriterlerin aranabilmesi için bir gereklilik olması karşısında, korunması istenilen eserler, tescilsiz tasarımlar

gibi fikrî ürünler için de, tescil zorunluluğu düzenlemelerde yer almalıdır.

ANAHTAR KELİMELE:

FİKRÎ,

MÜLKİYET,

HUKUK,

YENİLİK,

ORİJİNALLİK

ABSTRACT

NOVELTY AND ORIGINALITY IN TERMS OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW

(GEVEN, Zeki, Novelty And Originality In Terms Of Intellectual Property Law, PhD Thesis, Ankara, 2011)

In this study, the novelty and originality features in accordance with the objective to set the rights, i.e, that provides the society to develop, that makes the pool of knowledge rich, that is necessary to obtain preservation for the intellectual products that deserve have been investigated. In order to be able to determine whether an intellectual product deserve protection and it has got the characteristics that suits the purpose to give intellectual rights or not, it especially requires to reveal what are the necessary qualities, to examine the situation of the current types of right against these characteristics, to determine the criterion that helps the existence of these characteristics at the intellectual products and to explain the application situation of the current criterion and the suitability if they are goal oriented. Even the criterion indicating novelty, originality, and development are often mixed with one another, to establish an intellectual property, to preserve it, and when it is invalid, they are the criterion that provide the different functions and points the different characteristics of the intellectual product. In this study, in the first part, why the characteristics of novelty and originality are necessary, the functions that investigate the existence of these features, the applicable capacity and levels of these characteristics, and if it exists, the facts that hinder them to get applied are brought up. In the second and third parts of the study, the characteristics of novelty and originality and the criterion and applications concerning these features are investigated. The first result obtained is that it requires to rearrange the concept in the intellectual property, approval and applications, the rights according to their objectives focusing on these objectives and when it is necessary features;

and it requires to use these concepts, approval, and applications in accordance with the existing aim of the rights for all the rights. In all the types, it requires to consider the characteristics indicating novelty, originality, and development at the same meaning and level, and to constitute a togetherness of terminology. In order to be ask for the criterion, when a necessity exists, the obligation of registration should exist in the regulations for the works demanded to get preserved, and also for the intellectual products like the nonregistered designs.

KEY WORDS :

INTELLECTUAL,

PROPERTY,

LAW,

NOVELTY,

ORIGINALITY.