

**KADIR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**



SINAI MÜLKİYET DAVALARINDA BİLİRKİŞİLİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Nilgün SOYDAN BAL

İstanbul, 2013

SINAI MÜLKİYET DAVALARINDA BİLİRKİŞİLİK

Nilgün SOYDAN BAL

**Özel Hukuk Programı'nda Yüksek Lisans derecesi
için gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi amacıyla
Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne teslim edilmiştir.**

KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ

İstanbul, 2013

KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

SINAI MÜLKİYET DAVALARINDA BİLİRKİŞİLİK

Nilgün SOYDAN BAL

ONAYLAYANLAR:

Yard. Doç. Dr. Esra HAMAMCIOĞLU
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard.Doç.Dr. Serdar KALE
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard.Doç.Dr. Mehmet Ertan YARDIM
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ONAY TARİHİ :

“Ben, Nilgün SOYDAN BAL, bu Yüksek Lisans Tezinde sunulan çalışmanın şahsıma ait olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde tez içerisinde belirttiğimi onaylıyorum.”

Nilgün SOYDAN BAL

ÖZET

SINAI MÜLKİYET DAVALARINDA BİLİRKİŞİLİK

Nilgün SOYDAN BAL

Özel Hukuk, Yüksek Lisans

Danışman: Yard.Doç.Dr.Esra HAMAMCIOĞLU

Eylül, 2013

Bu çalışmamızda Fikri Mülkiyet Hakları genel başlığı altında yer alan Sınai Mülkiyet Hakları'ndan ve Medeni Usul Hukuku'nda bilirkişilik düzenlemelerinden kısaca bahsedilecek, sınai mülkiyet davalarında bilirkişilik uygulamaları ve inceleme yöntemleri ele alınacak, bilirkişilik kurumu üzerine doktrin görüşlerine ve Yargıtay kararlarına yer verilecek, Yargıtay kararları ve bilimsel tartışmalar değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sınai Mülkiyet, Marka, Patent, Tasarım, Bilirkişi.

ABSTRACT

EXPERTISE IN INDUSTRIAL PROPERTY CASES

Nilgün SOYDAN BAL

Private Law, Master

Advisor: **Asst. Prof. Dr. Esra HAMAMCIOĞLU**

September, 2013

In this study, Industrial Property Rights and expertise regulations in Law of Civil Procedure under the general heading of Intellectual Property Rights are going to be mentioned briefly, expertise applications and review methods on industrial property cases are going to be discussed, doctrine opinions and Supreme Court decisions on expertise agency are going to be included, Supreme Court decisions and scientific discussions are going to be evaluated.

Key Words: Industrial Property, Trademark, Patent, Design, Expert.

KISALTMALAR

AT.	Avrupa Topluluğu
ABGM.	Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü
BK.	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CD.	Ceza Dairesi
CGK.	Ceza Genel Kurulu
CMK	Ceza Muhakemeleri Kanunu
DTÖ.	Dünya Ticaret Örgütü
E.	Esas
FSEK.	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
HMK.	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSYK.	Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu
HUMK.	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	Karar
KHK.	Kanun Hükmünde Kararname
Mad.	Madde
MK.	Medeni Kanun
RKHK.	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	Sayfa

s.k.	Sayılı kanun
TBK.	Türk Borçlar Kanunu
TCK.	Türk Ceza Kanunu
TK.	Ticaret Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TPE.	Türk Patent Enstitüsü
TRIPS.	Agreement on Trade Related Aspects or Intellectual Property Rights, Inckuding Trade in Counterfeit Goods (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması)
TTK.	Türk Ticaret Kanunu
TV.	Televizyon
Vd.	Ve devamı
Vs.	Ve saire
YİDK.	Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No
ÖZET	V
ABSTRACT	VI
KISALTMALAR	VII
İÇİNDEKİLER	IX
GİRİŞ	XII

BİRİNCİ BÖLÜM SINAI MÜLKİYET HAKLARI

1. KAVRAM	1
2. MARKA HAKKI	4
2.1 MARKA HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	4
2.2 MARKA KAVRAMI VE UNSURLARI	5
2.3 MARKA HAKKININ KULLANILMASI VE SONA ERMESİ	10
2.4 MARKA HAKKI İHLALLERİ, HUKUK VE CEZA DAVALARI	14
2.4.1 KORUMA TEDBİRLERİ	14
2.4.1.1 Delillerin Tespiti	15
2.4.1.2 İhtiyati Tedbirler	16
2.4.2 MARKA HAKKININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ DAVASI	18
2.4.3 MARKA HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN DAVALAR	22
2.4.3.1 Marka Hakkına Tecavülden kaynaklanan Hukuk Davaları	22
2.4.3.2 Marka Hakkına Tecavüzün Olmadığı Hakkında Dava	24
2.4.3.3 Ceza Davaları	25
3. TASARIM HAKKI	28
3.1 TASARIM HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	28
3.2 TASARIM KAVRAMI VE UNSURLARI	28
3.3 TASARIM HAKKININ KULLANILMASI VE SONA ERMESİ	30
3.4 TASARIM HAKKI İHLALLERİ, HUKUK VE CEZA DAVALARI	33
3.4.1 KORUMA TEDBİRLERİ	33
3.4.2 TASARIMIN HAKKINI HÜKÜMSÜZLÜĞÜ DAVASI	34
3.4.3 TASARIM HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN DAVALAR	35
3.4.3.1 Tasarım Hakkına Tecavülden kaynaklanan Hukuk Davaları	35
3.4.3.2 Ceza Davaları	37
3.5 TESCİLSİZ TASARIMLAR	37
4. PATENT HAKKI	38
4.1 PATENT HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	38
4.2 PATENT KAVRAMI VE UNSURLARI	38
4.3 PATENT HAKKININ KULLANILMASI VE SONA ERMESİ	41
4.4 PATENT HAKKININ SINIRLARI	44
4.4.1 Ön Kullanım Hakkı	44

4.4.2 Kanuni Tekel Durumu	44
4.4.3 Zorunlu Lisans	45
4.4.4 Kamu Düzeni	46
4.5 İŞÇİ (ÇALIŞAN) BULUŞLARI	46
4.6 PATENT HAKKININ HUKUKİ İŞLEMLERE KONU OLMASI	49
4.7 FAYDALI MODEL KAVRAMI	50
4.8 PATENT HAKKI İHLALLERİ, HUKUK VE CEZA DAVALARI	52
4.8.1 KORUMA TEDBİRLERİ	52
4.8.2 PATENT HAKKININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ DAVASI	52
4.8.3 PATENT HAKKINA TECAVÜZ OLMADIĞININ TESPİTİ DAVASI	53
4.8.4 PATENT HAKKININ DEVRİ DAVASI	54
4.8.5 PATENT HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN DAVALAR	55
4.8.5.1 Patent Hakkına Tecavülden Kaynaklanan Hukuk Davası	55
4.8.5.2 Patent Hakkına Tecavüzün Tespiti Davası	56
4.8.5.3 Ceza Davaları	57
5. COĞRAFİ İŞARETLER	59
6. ENTEGRE DEVRE TOPOGRAFYALARI	61
7. ISLAHÇI HAKLARI	62
8. TİCARET ÜNVANI VE İŞLETME ADI	63
9. SINAİ MÜLKİYET HAKLARININ HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNE GÖRE KORUNMASI	64

İKİNCİ BÖLÜM MEDENİ USUL HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

1. BİLİRKİŞİLİK KAVRAMI, TANIMI VE TARİHÇESİ	68
1.1 BİLİRKİŞİLİK KAVRAMI	68
1.2 BİLİRKİŞİLİĞİN TANIMI	71
1.3 BİLİRKİŞİLİĞİNİ HUKUKİ NİTELİĞİ	75
1.4 BİLİRKİŞİLİĞİN TARİHÇESİ	79
2. BİLİRKİŞİ NİTELİKLERİ, UZMANLIĞI, SEÇİMİ	82
2.1 BİLİRKİŞİNİN NİTELİKLERİ	82
2.1.1 HUKUKİ EHLİYET	82
2.1.2 MESLEKİ YETKİNLİK VE UZMANLIK BİLGİSİ	83
2.1.3 TARAFSIZLIK	86
2.1.4 DOĞRULUK	87
2.2 BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİ GEREKTİREN HALLER	87
3. BİLİRKİŞİ GÖREVLENDİRİLMESİ, İNCELEME VE RAPOR, BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ, RAPORUN BAĞLAYICILIĞI	90
3.1 BİLİRKİŞİNİN GÖREVLENDİRİLMESİ	90
3.2 BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ VE RAPORU	96
3.3 BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ	104
3.3.1 EK RAPOR	111
3.3.2 YENİ BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ	112
3.4 BİLİRKİŞİ RAPORUNUN BAĞLAYICILIĞI	115
4. BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU, REDDİ VE ÇEKİNMESİ	121

4.1 BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU	121
4.1.1 BİLİRKİŞİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	121
4.1.2 BİLİRKİŞİNİN CEZA SORUMLULUĞU	124
4.1.3 BİLİRKİŞİNİN DİSİPLİN SORUMLULUĞU	124
4.2 BİLİRKİŞİNİN REDDİ VE ÇEKİNMESİ	125
4.2.1 BİLİRKİŞİNİN REDDİ	125
4.2.2 BİLİRKİŞİNİN ÇEKİNMESİ	128
5. UZMAN GÖRÜŞÜ	129

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
SINAİ MÜLKİYET DAVALARINDA BİLİRKİŞİ
İNCELEMESİNİN ÖZELLİKLERİ

1. GİRİŞ	132
2. MARKA DAVALARINDA BİLİRKİŞİLİK	133
2.1 Bilirkişi İncelemesinin Gerekli Olup Olmadığı Tartışması	133
2.2 Bilirkişi Seçimi	138
2.3 Bilirkişi İncelemesi	138
2.3.1 Delillerin Tespiti Taleplerinde Yapılan İncelemeler	138
2.3.2 Marka Hakkına Tecavüz, İptal ve Hükümsüzlük Davalarında Bilirkişi İncelemesi	140
2.3.3 Karıştırma İhtimalinin İncelenmesi	142
2.3.4 Tazminat Hesaplamaları	149
2.3.4.1 Muhtemel Gelire Göre Tazminat Hesaplaması	152
2.3.4.2 Mütecavizin Elde Ettiği Kazanca Göre Tazminat Hesaplaması	153
2.3.4.3 Lisans Örnekesmesi Yöntemine Göre Hesaplama	157
2.3.4.4 İtibar Tazminatı Hesaplaması	158
3. TASARIM DAVALARINDA BİLİRKİŞİLİK	161
4. PATENT ve FAYDALI MODEL DAVALARINDA BİLİRKİŞİLİK	165
5. BİLİRKİŞİNİN RE'SEN YENİLİK ARAŞTIRMASI YAPMA YETKİSİ VE USULÜ	167
6. HUKUKÇU BİLİRKİŞİLER	172
SONUÇ	179
KAYNAKÇA	182

GİRİŞ

Bu çalışmamızda Fikri Mülkiyet Hakları, Fikri Haklar ve Sınai Haklar terimleri benimsenmiştir. Fikri Haklar kapsamında yer alan Fikir ve Sanat Eserleri, Bilgisayar Programları tez kapsamı dışındadır.

Tez çalışmamız 3 bölüme ayrılmış, ilk bölümde genel olarak Sınai Haklar ve hukuki düzenlemeleri, 2.bölümde Medeni Usul Hukukunda bilirkişilik ve 3.bölümde de Sınai mülkiyet Davalarında bilirkişilik uygulamaları incelenmiştir.

Çalışmamızda bilirkişi raporlarının bağlayıcılığı, hukukçu bilirkişiler ve bilirkişinin re'sen mutlak yenilik araştırması yapması yetkisine Yargıtay kararları ve doktrin görüşleri ışığında yer verilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu mad.293'de "uzman Görüşü" olarak adlandırılan düzenleme, mahkemece istenen bilirkişi raporlarının aksine davanın taraflarının kendi istekleri ile alabilecekleri bir mütalaa olduğu üzere çalışma konumuz dışında tutulmuş, sadece terim olarak değinilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SINAI MÜLKİYET HAKLARI

1. KAVRAM

İnsanın fikri emek ve çalışmalarıyla ortaya koyduğu neticelere “fikri ürün” denilmektedir. Fikri ürün, üzerinde tecessüm ettiği maddeden ayrı bir hukuki varlık ve iktisadi değere sahiptir. Fikri ürün, onu meydana getiren düşünce aleminden dış dünyaya açıldığı zaman hukukun ilgi alanına girer¹.

Fikri mülkiyet hakları, insan zihninin düşüncesinin ve ruhunun ürünleri olmaları itibariyle hukuk tarafından en fazla korunmaya layık olan hakların başında gelir. Zira burada olağanın dışında olan ve insan tarafından yaratılan bir emek korunmaktadır². Fikri Mülkiyet Hakları, tarım da dahil olmak üzere sanayi, ticaret, hizmet, bilim alanları ile edebiyat ve diğer sanat alanlarında, zihinsel faaliyetleri sonucunda üretilen, toplumu geliştirme vasfına sahip fikir ürünlerini koruyan haklardır³.

Fikri mülkiyet hakları, bir takım gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklardır. Gayri maddi mallar, Medeni Kanundaki menkul mallar dışında, yaratıcı insan zekasının ürünü olup, üzerinde cisimlendiği maddi mallardan ayrı bir hukuki varlığa ve iktisadi değere sahip olan mallardır. Fikri emek ürünleri olarak nitelenen Fikri Mülkiyet Hakları, geniş anlamda hem fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları hem de sınai hakları kapsar⁴. Dar anlamda Fikri Mülkiyet Hakları ise, sadece bilim ve edebiyat eserleri, sinema eserleri, müzik eserleri, güzel sanat eserleri, bilgisayar programları ve veri tabanları üzerlerindeki hakları içermektedir⁵.

¹ BOZBEL, Savaş; Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1.baskı, İstanbul 2012, s.1.

² ERDEM Bahadır; Fikri Hakların Korunmasında Uygulanacak Hukuk, 1.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2005, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, s.180. (ERDEM, Fikri Hakların Korunması).

³ GEVEN, Zeki; Fikri Mülkiyet Hukukunda Yenilik ve Orijinallik, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, sayı 2, Haziran-Aralık 2011, s.328.

⁴ EREL, Şafak; Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 2009, 3.bası, s.25, 27.

⁵ YÜKSEL, Mehmet; Fikri Mülkiyet Haklarının Tarihsel Temelleri, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2001, sayı 2, s.89.

Ülkemizde Fikri Mülkiyet mevzuatının yeni olması nedeniyle uygulamada bu hakların birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Bu durum esas itibariyle kavramların birbirine karıştırılmasından kaynaklanmaktadır⁶.

Çalışmamızda, fikir ve sanat eserleri için “fikri haklar”; marka, patent, faydalı model, tasarım, coğrafi işaret, ticaret ünvanı/işletme adı, ıslahçı hakları, biyoteknolojik buluşlar için “sınai mülkiyet hakları”, her iki kavramı kapsayacak şekilde de “fikri mülkiyet hakları” terimleri kullanılmıştır. Uygulamada, bu ayrımın “mülkiyet” ve “fikri ürün” kavramları ve bunlara ilişkin hakların hukuki niteliğini tam olarak karşılamadığı yönündeki görüş ağırlıktadır. Ancak bu ayrımın yerine kullanılmış net bir terim birliği bulunmamaktadır⁷.

⁶ SULUK Cahit/ORHAN Ali; Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2008, 1.baskı, C.2, s.9 (SULUK/ORHAN, Fikir ve Sanat Eserleri).

⁷ TEKİNALP'e göre, Türkçede kullanılan “fikri mülkiyet”, “fikri ve sınai mülkiyet” ya da “fikri, sınai ve ticari mülkiyet” kavramlarının anlamları ve kapsamı özdeştir. Söz konusu kavramlar, fikir ve sanat eserlerini, patentleri, markaları, tasarımları, coğrafi işaretleri, topografyaları içermekte ve bunların hepsini birden ifade etmektedir. Temelini 1883 tarihli Paris Sözleşmesinden ve 1886 tarihli Bern sözleşmesinden alan ve fikir ve sanat eserlerini ifade etmek için kullanılan “fikri mülkiyet”, patentlerin, markaların, ticaret ünvanları ve diğer ad ve işaretleri ifade etmek için kullanılan “sınai mülkiyet” terimlerinin kullanılması giderek ağırlığını yitirmektedir. Zira patent, faydalı model ve tasarımlarda da fikri ürün söz konusudur. (TEKİNALP Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, 5.bası, İstanbul 2012, s.1.) EREL, Fikri Mülkiyet Hakları terimi yerine geniş anlamda “Fikri Haklar” terimini kullanmıştır. Geniş anlamda fikri haklar (fikri hukuk), hem fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları ve hem de sınai hakları kapsar. Dar anlamdaki fikri haklar (telif hakları) sadece fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları ele alır. (EREL, s.27.) BEŞİROĞLU'na göre, “sınai mülkiyet” terimi ile buluş, marka, tasarım gibi düşünce ürünlerinin yasal koruma kuralları ifade edilmek istenmiştir. Ancak “sınai hak” ifadesi, bu alandaki kuralların niteliğini ve kapsamını açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bu ifadenin kullanıma devam edilmesi yalnızca bir alışkanlıktan kaynaklanmaktadır ve konuya aykırıdır. (BEŞİROĞLU, Akın; Düşünce Üzerine Haklar Fikir Hukuku, C.1, Temel Kurallar, 2.baskı, Ankara 2002, s.20). SULUK/ORHAN, “fikri mülkiyet” kavramını tercih etmiş, alt bir ayrım yapmamıştır. (SULUK/ORHAN, Fikir ve Sanat Eserleri,s.9). SULUK'a göre Fikri Mülkiyet, fikir ve sanat eserleri ve sınai mülkiyet hakları olmak üzere iki ana kategoriye ayrılmaktadır. (SULUK, Cahit; Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, İstanbul 2004, s.21) (SULUK, Telif Hakları). ERDEM, mevzuata ve konunun niteliğine ve günümüze taşıdığı değerlere uygun olarak “fikri mülkiyet”, “fikri ve sınai mülkiyet” kavramlarını kullanmış, “sınai haklar” ve “fikri haklar” ayrımının doğru olmadığını belirtmiştir. (ERDEM, B.Bahadır, Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2002, 2.baskı, s.10, 21) (ERDEM, Patent Hakkının Korunması). GÜNEŞ, fikri mülkiyet hukukunu, “fikri haklar” ve “sınai mülkiyet hakları” şeklinde ayrım yaparak incelemiştir. (GÜNEŞ, İlhami; Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku, Ankara 2009, 2.baskı, s.10) ŞEHİRALİ, “fikri haklar” başlığı altında “fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar” ve “sınai haklar” ayrımı yapmıştır. (ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal; Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998, 1.baskı, s.3) (ŞEHİRALİ, Patent Hakkının Korunması). BOZBEL ise, fikir ve sanat eseri üzerindeki haklarla sınai haklar arasında kesin bir ayrımın her zaman mümkün olmadığını, bu kavram kargaşasının yabancı doktrinde de yer aldığını belirtmiş ve fikri ürünleri, “Fikri Mülkiyet Hukuku” ana başlığı altında “fikri haklar” ve “sınai haklar” şeklinde tanımlayarak kullanmıştır. (BOZBEL, s.3). GÖKYAYLA'ya göre, fikri mülkiyet ve sınai

Dünyadaki tüm ülkelerin hedefi, ekonomik bakımdan gelişmiş olmak ve bu gelişmişliği her zaman daha ileri götürmek kimi zaman da korumaktır. Ülkelerin ekonomik anlamda gelişmesine en önemli etkenin yeni teknolojilerin üretilmesi, teknolojik gelişmelerin sanayiye uygulanması ve bu geliştirmelerin diğer ülkelerde pazarlanması olduğu tartışılmaz bir gerçektir. Teknolojideki bu gelişmeler, sanayideki yenilikler, buluşlar, özgün tasarımlar ve yeni ürünlerdir. Bu yenilikler ve geliştirmelerin gerçekleştirilmesi ancak bunları gerçekleştirenlere özel haklar ve ayrıcalıklar tanınması ve hakların korunması yolu ile teşvik edilebilir⁸.

Fikri ve sınai haklar hukuku veya başka deyimle fikri mülkiyet hukuku içinde yer alan sınai haklar, daha ziyade başlangıçta ve ortaya çıkmasını takiben bir müteşebbis faaliyetle ilgili olan fikri çaba ürünlerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır⁹.

Sınai Mülkiyet kavramı, genel tanımı ile, sanayide ve tarımdaki buluşların, yeniliklerin, yeni tasarımların ve özgün çalışmaların ilk uygulayıcıları adına, ticaret alanında üretilen ve satılan malların üzerlerindeki üreticisinin ve satıcısının ayırt edilmesini sağlayacak işaretlerin sahipleri adına kayıt edilmesini ve böylece ilk uygulayıcıların ürünü üretme ve satma hakkına belirli bir süre sahip olmalarını sağlayan gayrimaddi bir hakkın tanımıdır¹⁰.

Başlıca sınai mülkiyet hakları; marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım¹¹, coğrafi işaret, ticaret ünvanı/işletme adı, ıslahçı hakları, biyoteknolojik buluşlardır.

mülkiyet terimlerinin kullanılması isabetli değildir. Çünkü teknik olarak mülkiyet taşınmaz ve taşınırlar üzerinde kurulabilir. (GÖKYAYLA, K.Emre; Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara 2001, s.24).

⁸ YALÇINER, Uğur G.; Türk Sınai Mülkiyet Sisteminin Geçmişi, Bugünü ve Yarını, Türkiye’de ve Dünyada Sınai Mülkiyet Koruması Uluslararası Konferansı, İstanbul 1997, Türk Patent Enstitüsü Yayını, s.11. (YALÇINER, Sınai Mülkiyet Sistemi).

⁹ KAYA, Arslan; Gelişmekte Olan Ülkeler Sınai Haklarla İlgili Mevzuatlarını Düzenlerken Neleri göz önünde Bulundurmalıdır ?, Makalelerim I, 1.baskı, İstanbul 2012, s.433. (KAYA, Arslan; Sınai Haklar).

¹⁰ YALÇINER, Uğur G.; Sınai Mülkiyetin İlkeleri, Ankara 2000, s.3-5. (YALÇINER, Sınai Mülkiyetin İlkeleri).

¹¹ Her ne kadar 554 sayılı KHK “endüstriyel tasarım” ifadesini kullansa da grafik tasarımlar ve elle yapılan yani endüstriyel olmayan tasarımlar da aynı mevzuat kapsamında korunduğu üzere çalışmamızda bir üst kavram olan “tasarım” kavramı kullanılmıştır. Ayrıntılar için bkz. SULUK/ORHAN,Fikir ve Sanat Eserleri,s.17; SULUK,Cahit/ ORHAN Ali; Uygulamalı Fikri

2 . MARKA HAKKI

2.1 MARKA HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Türkiye’de markalara ilişkin ilk düzenleme, 1872 tarihli Nizamname’dir. Bu Nizamname, 1888 tarihli “Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname” ile birlikte yürürlükten kalkmıştır. Her iki düzenlemenin kaynağı 1857 tarihli Fransız Kanunu’dur. 3 Mart 1965 tarihinde 551 sayılı Markalar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle Alameti Farika Nizamnamesi yürürlükten kalkmıştır¹².

Sınai mülkiyet hakları konusunda çağdaş düzenlemeler hazırlanması için çalışmalara 80’li yıllarda başlanmış ve bu çalışmalar, AT-Türkiye Ortaklık Konseyi’nin 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı Kararı’ndan sonra ivme kazanmıştır¹³. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’ndan sonra patent, faydalı model, tasarım, markalar ve coğrafî işaretlerin korunmasını sağlamak amacıyla, Bakanlar Kurulu’na Markalar Hakkında KHK çıkarma yetkisini veren 08.06.1995 tarih ve 4113 sayılı kanun kabul edilmiştir.

Türk Marka Hukuku’nun ulusal kaynakları, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şekli ni Gösterir Yönetmelik ve Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği’dir¹⁴.

24.06.1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameyi ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırarak, marka konusunda Türkiye’nin gerçeklerine ve ihtiyaçlarına uygun ve daha iyi işleyebilecek bir sistemi, başta Marka Kanunu Anlaşması olmak üzere uluslararası anlaşmalara uyumu gözeterek kanunla düzenlemeyi amaçlayan ve yenilikler getiren 1/681 sayılı Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı hazırlanmış,

Mülkiyet Hukuku, C.3, Tasarımlar, 1.Baskı, Ankara 2008, s.50-51 (SULUK/ORHAN, Tasarımlar).

¹² YASAMAN, Hamdi/AYOĞLU,Tolga/YUSUFOĞLU,Fülürya/YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul 2004, 1.baskı, C.I, s.2. (YASAMAN/YUSUFOĞLU, Marka Hukuku).

¹³ ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, Ankara 1997, s.17-18. (ARKAN, Marka Hukuku).

¹⁴ TEKİNALP, s.354.

bu tasarı Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonlarında 2009 yılında görüşülmeye başlanmış ancak hükümsüz kalmıştır. Bu tasarı ile, marka tescil başvurusunun bölünmesi prosedürü, başvuru veya tescil işlemleri sırasında talep edilebilecek belgelerin asgariye indirilmesi ve ek süre prosedürü gibi yeniliklerin getirilmesi planlanmış olmasına rağmen gerçekleşmemiştir¹⁵.

2.2 MARKA KAVRAMI VE UNSURLARI

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK mad.5 uyarınca marka, “bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimlerde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir”.

556 sayılı Markalar Hakkında KHK mad.5’de marka olabilecek işaretlerin kapsamının çok geniş tutulduğunu, maddede sayılan işaretlerin marka olabilecek işaretlere örnek olduğunu söylenebilir. Bu anlamda KHK 5.maddede açıkça sayılmamış olsa bile ticaret unvanı, işletme adı, müstear ad, sloganlar, alan adları, çizimler, resimler, simgeler, amblemler, tasarımlar, desenler, geometrik şekiller, grafikler, fotoğraflar, üç boyutlu işaretler, renkler, sesler, kokular marka olarak tescil edilebilecektir¹⁶.

Yabancı sözcükler de marka olabilir. Bilhassa ülkemizde yabancı, özellikle İngilizce sözcükler çok sık kullanılmaktadır. Ancak bu sözcüklerin yanıltıcı olmaması, yani malın başka bir ülkede üretildiği ya da ithal edildiği izlenimini vermemesi gerekir¹⁷.

¹⁵ www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=73228. (Erişim tarihi 30.07.2013).

¹⁶ ER, marka olabilecek işaretleri geleneksel marka formları (kişi adları, sözcükler, harfler, sayılar) ve yeni marka formları (renk, ses, koku, tat, üç boyutlu şekiller) olarak gruplandırılmış, yeni marka formlarının özünde geleneksel marka formlarının yattığını, yeni marka formlarının aslında şimdiden günlük yaşamda her köşeden karşımıza çıktığını belirtmiştir. (ER, Turan Hakkı; Markanın Doğuşu Kurumsallaşması ve Yeni Marka Formları, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.259-282).

¹⁷ YASAMAN, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları II, 1.baskı, İstanbul 2005, Marka Olabilecek İşaretler, s.5.

Slogan, geleneksel olarak “jingle¹⁸” ya da slogan olarak tanımlanır ve bir markanın duygusal ve işlevsel getirilerini tüketiciye ve potansiyel tüketiciye gösteren ya da dramatize eden ifadesel bir satırdır¹⁹. Sloganlar, marka olarak tescil edilebilmektedir. Markaların Korunması Hakkında KHK uyarınca, marka olarak tescil edilebilecek sözcük sayısına bir sınırlama getirilmemiş ve reklam sloganlarının marka olarak tescili mümkün hale gelmiştir. Tescil edilmek istenen reklam sloganının tescil edilebilmesi için ayırt edici niteliğinin bulunması gerekir²⁰.

Kokunun marka olarak tescil edilebilmesi, ayırt edici özelliği olması koşuluyla hukuki açıdan mümkündür. Koku markaları açısından bu unsur, kokunun formülle veya benzer bir şekilde ifade edilmesi ile sağlanabilir. Senta Aromatic Marketing tarafından Avrupa Topluluk Markası için yapılan başvuru olumlu sonuçlanmış ve firma taze kesilmiş çim kokusunu tenis topları için marka olarak tescilletmeyi başarmıştır²¹.

Ayırt edici niteliği olan ve çizimler görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen sesler de marka olabilir. Sesin marka olabilmesi için, öncelikle tüketiciler tarafından algılanabilir olması ve bir bütünlük arz etmesi, sesin kulakta bıraktığı ilk izlenimde, ilk duyumda kavranılabilmesi ve notaya dökülmesi gerekmektedir. Ancak bütün seslerin notaya dökülmesi mümkün olmadığından seste yer alan akustik işaretlerin yanında müziğin özelliklerini gösteren ek açıklamaların yapılması gerekir²². Ses markalarının müzikal türde olması zorunlu değildir. Doğada meydana gelen sesler, bilgisayarda yapay olarak hazırlanan sesler ve ayırt ediciliği olması koşulu ile diğer sesler de marka tescilinin konusu olabilir²³. Nota olarak ifade edilemeyen seslerin marka

¹⁸ Jingle, cıngıl ya da cıngıl kelimesi çoğunlukla reklam müziklerini tanımlamak için kullanılmaktadır.

¹⁹ GÖKALP, Gülnihal; Sloganların Marka Çağrışımı Üzerindeki Etkisi ve Bir Uygulama, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s.28. (www.yok.gov.tr, Ulusal Tez Merkezi) (Erişim tarihi 14.06.2013).

²⁰ KALE, Serdar; Reklam Sloganlarının Taklide Karşı Korunması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, yıl 2008, C.14, sayı 3, s.267.

²¹ ÖZTÜRK, Özge; Koku Markası, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2007, sayı 2, s.63-64.

²² KARASU, Rauf; Ses Markaları, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2007, sayı 2, s.44-45.

²³ EROĞLU, Sevilay; Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, sayı 1, 2003, s.113.

tescilinin konusu olabilmesi için bu seslerin sonogram²⁴ görüntülerinin kayıtları alınabilmektedir. Almanya’da nota ve akustik sesler haricinde sadece sonogramla gösterilmiş ses markaları bulunmaktadır²⁵.

Türkiye’de ilk ses marka başvurusu 2007 yılında Siemens tarafından beş nota ve beş tondan oluşan, pesten tize doğru yükselen bir melodi ile yapılmıştır²⁶.

Soyut renkler de, marka olabilecek diğer işaretler gibi mal ve hizmetlere ilişkin olarak ayırt edicilik, teşhis ve iletişim fonksiyonlarına sahip olduğundan marka olabilir²⁷. Soyut renk markaları, Markaların Korunması Hakkında KHK mad.5’de sayılan işaret türlerine dahildir ve ürüne kimlik sağlayan ayırt edici bağımsız bir işaret olduğundan korunmaktadır²⁸. Kanaatimiz de bu şekildedir ve ayırt ediciliği sağlaması koşulu ile soyut renkler de marka olabilir. Yargıtay aksi görüştedir. Yargıtay 11. HD, 10.03.1997 tarih, 1996/8650 E, 1997/1586 K sayılı kararında, “..Gerek 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 4. maddesi ve gerekse, davalının marka tescil tarihinin 20.6.1992 olmasına göre, somut olaya uygulama imkanı olmayan Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK'nın 5. maddesine göre, renklerin bağımsız marka olarak tescili mümkün olmayıp, ancak, 551 sayılı Kanun'un 4/son bendi gereğince, özel bir şekil verilen veya herhangi bir remiz, tezyinat, çizgi yahut resimle renklerin marka olarak tescili mümkündür. Dosyaya ibraz edilen taraflara ait marka tescillerinin incelenmesinde, her iki tarafın da renk ile ilgili tescillerinin bu yönde ve yasaya uyarılı olduğu görülmektedir. Bu durumda, marka hakkı sahibinin aynı rengi diğer unsurlar ile birlikte tescil ettiren ve kullanan kimseye ileri sürebileceği bir öncelik ve inhisar hakkı yasaca himaye edilmemiş

²⁴ Sonogram : Ses yazımı; sesin çeşitli frekanslarda enerji dağılımını gösterir grafik. (Kaynak <http://www.sozlukturkce.com/word/sonogram/>) (Erişim tarihi 28.08.2013).

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK, Kemal/HANEDAN, Refik Cemal; Telefon Zil Seslerinin Fikri ve Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yıl 2005, C.7, özel sayı Prof.Dr.İrfan Baştuğ Armağanı, s.283-305.

²⁶ Grup Ofis, Sektörden Haberler, Türkiye'nin İlk Ses Markası, 18.12.2007 tarihli internet yayını haber. (<http://www.grupofis.com.tr/turkce/haberler.aspx?hid=71>) (Erişim tarihi 07.08.2013).

²⁷ DOĞAN, Beşir Fatih; Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2005, sayı 4, s.41-42.

²⁸ EROĞLU, s.112.

olup, mahkemece, bu sebebe dayalı istemin reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır”²⁹.

KHK metninde kullanılan “teşebbüs” ifadesinin yerinde kullanılıp kullanılmadığı tartışılmaktadır³⁰. ARKAN’a göre “teşebbüs” yerine “işletme” sözcüğü kullanılmalıdır³¹. TEKİNALP’e göre teşebbüs, tanımın bir unsuru olmamakla birlikte tanımda etkili olan bir kavramdır³². YASAMAN’a göre ise, teşebbüs terimi işletmeden daha geniş bir kavramdır ve KHK metninde kullanılması daha uygundur³³. 556 sayılı KHK metninin genel yapısı dikkate alındığında, daha geniş bir kavram olan “teşebbüs” ifadesinin kullanılması kanaatimizce de uygundur.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun mad.3 uyarınca teşebbüs “piyasada mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma dikkat edilecek olursa işletme unsurları arasında bağımsız karar alabilmek ve ekonomik bütünlüğe sahip olmak özelliklerinin önemli olduğu görülmektedir³⁴. Rekabet Hukuku literatüründe teşebbüs kavramının kullanılmasının yaygınlaştığı saptanmakta ise de, işletme kavramının da teşebbüs yerine kullanıldığı görülmektedir. Bu sorun, Ticaret Kanunu’nda yer alan işletme kavramının ticaret hukuku literatüründe de kullanılmasından kaynaklanmaktadır³⁵. Ticari işletme belirli bir ölçüde devamlı bir niteliği içermekte iken ticari teşebbüs ise belirli ve sınırlı amaçla icra olunan faaliyetleri kapsamaktadır³⁶. Yeni tarihli bazı düzenlemelerde (4054 sayılı RKHK, 556 sayılı KHK, TTK mad.195) teşebbüs teriminin kullanıldığı görülmektedir. Bu düzenlemeler kapsamında teşebbüsün

²⁹ Yargıtay 11. HD, 10.03.1997 tarih, 1996/8650 E, 1997/1586 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 31.08.2013); Benzer kararlar için Bkz.Yargıtay 11.HD, 07.07.1997 tarihli, 1997/3559 E, 1997/5453 K sayılı kararı. (Aktaran TEKİNALP, s.364); Yargıtay 11.HD, 25.06.1998 tarihli, 1997/8873 E, 1998/4815 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 28.08.2013).

³⁰ ÖZDAL, Şule; Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İstanbul 2005, 1.baskı, s.32.

³¹ ARKAN, Marka Hukuku, s.36.

³² TEKİNALP, s.360.

³³ YASAMAN, Marka Hukuku, s.60.

³⁴ BADUR, Emel; Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001, s.50.

³⁵ GÜZEL, Oğuzkan; Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003, s.5.

³⁶ CAMCI, Ömer; Haksız Rekabet Davaları 1, İstanbul 2002, s.97.

ticari işletmeden farklı olarak gelir sağlama amacına yönelik olmasına gerek yoktur³⁷.

Marka, ticaret ünvanı ve işletme adından farklıdır. Marka, ne taciri ne de işletmeyi hedef alır, marka belli bir işletmeye ait mal veya hizmetlerin tanıtılması ve ayırt edilmesine yarar. Marka sahibi olabilmek için ticari işletme sahibi olmak gerekmediğinden tacir olmayan kişiler de marka kullanabilir³⁸.

Bir ürünün markalanmasıyla anonim/isimsiz bir ürün markalı bir ürüne dönüşür. Hukuki anlamda marka bağımsız, devredilebilen, özel değer taşıyan gayri maddi bir servet varlığını ifade eder³⁹.

556 sayılı Markalar Hakkında KHK uyarınca, marka tanımı yapılırken “...ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla..” ibaresi kullanılmıştır. Marka olarak kullanılacak işaretin, bir işletmenin mal ya da hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme gücünün bulunması gerekir. Bu niteliğe sahip olmayan işaretler marka olamaz⁴⁰.(mad.5).

Ayırt edici nitelik, bir işaretin uzun zamandan beri kullanılması, gazetelerde, TV’de veya diğer reklam araçlarında toplumun dikkatine sunulması suretiyle belleklerde yer etmesidir. Bir işaret ya başlangıçtan itibaren ayırt edicidir ya da zamanla kullanılarak, tanınması için yoğun ve devamlı yatırım yapılarak, ilanlar, reklamlar, tanıtıcı programlar, kampanyalar ve yerleştirici çalışmalarla bu niteliği elde eder⁴¹. Bir işareti ilk defa düşünen ve mal veya hizmeti kullanan kişi onun sahibidir. Diğer bir ifade ile yaratma ile marka hakkı doğar. Markanın kullanılması ile markanın ayırt edici ve tanıtıcı niteliği artar ve belirgin hale gelir⁴².

³⁷ ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 17.baskı, Ankara 2012, s.27 (ARKAN, Ticari İşletme Hukuku).

³⁸ ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s.269.

³⁹ YÜKSEL, Ülkü/YÜKSEL MERMÖD, Aşlı; Marka Yönetimi ve Marka Değerinin Ölçülmesi, İstanbul 2005, 1.bası, s.1.

⁴⁰ ARKAN, Marka Hukuku, s.36; konu ile ilgili Bkz.TEKİNALP, s.365; NOYAN, Erdal; Marka Hukuku, Ankara 2009, 4.bası, s.46, YASAMAN/YUSUFOĞLU, Marka Hukuku, s.18.

⁴¹ TEKİNALP, s.365.

⁴² YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları I, İstanbul 2003, 2.baskı, s.33-34. (YASAMAN, Marka Makaleler I).

Markalar Hakkında KHK mad. 5 uyarınca markanın tanımı yapılırken “...kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimlerde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir” ifadesi kullanılmış olup, burada markayı oluşturan ikinci temel unsurun “işaret” olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu tanım uyarınca marka her şeyden önce bir işarettir⁴³. İşaret, bir teşebbüsü çağrıştıran, hedef kitleyi teşebbüse bağlayan, onu temsil ve kısa bir şekilde ifade eden bir simgedir⁴⁴.

2.3 MARKA HAKKININ KULLANILMASI VE SONA ERMESİ

Marka üzerindeki hak mutlak bir haktır. Anılan hak sahibine, markanın başkası tarafından kullanılmasını yasaklamak da dahil inhisari haklar ve yetkiler sağlar. Bu haklar esasta malvarlıksal menfaatleri içerirler de kişisel menfaatlerle de ilişkilidirler. Marka sahibi, markasını kullanarak ya da başkasının kullanmasına izin vererek markasından ekonomik menfaat elde eder. Marka sahibinin kişisel menfaatleri ise ünü ve itibarı ile ilgilidir⁴⁵.

Marka üzerindeki hak, fikir ve sanat eserlerinden ve diğer sınai haklardan farklı olarak yaratma ile ortaya çıkmaz. Çoğu kez, bir ya da bir kaç kelimedenden oluşan markalardaki kelimeler orijinal ve estetik olmadığı gibi herkes tarafından bilinen kelimelerdir. Anlamlı ve yeni olmaları da gerekmez. Bir marka, sadece tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından sahibi lehine hak doğurduğundan dolayı, aynı markanın başka mal ve hizmetler için de başkası adına tescillenmesi mümkündür⁴⁶.

Marka hakkının kazanılması için iki ilke kullanılmaktadır. Bunlar “tescil ilkesi” ve “kullanım ilkesi”dir. Tescil ilkesinde, marka üzerindeki hak, marka siciline markanın kaydettirilmesi ile kazanılır. “Kullanım ilkesi”nde ise bir markayı tescilden önce kullanan ve buna ayırtedici nitelik kazandıran kişi marka üzerinde hak sahibidir.

⁴³ GÜNEŞ, s.78.

⁴⁴ TEKİNALP, s.360.

⁴⁵ TEKİNALP, s.381-382.

⁴⁶ YASAMAN, Marka Hukuku, s.173.

556 sayılı Markalar Hakkında KHK mad.6 uyarınca, marka hakkı tescil ile oluşur ve mad.9/3 uyarınca da üçüncü kişilere karşı bu tescilin yayını tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Bu iki hükmün birlikte değerlendirilip yorumlanması ile marka hakkının, başka bir deyişle marka sahipliğinin tescil ile iktisap edildiği sonucuna varılır. Buna tescil ilkesi denir ve tescil kurucu etkiye haizdir⁴⁷.

Kullanım ilkesinin benimsendiği hukuk sistemlerinde ise, marka hakkının kazanılmasının doğal yolunun kullanım olduğu kabul edilmiştir. Bu kullanım sonucu marka bir işletmenin mal veya hizmetlerini bir diğer işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etme fonksiyonunu yerine getirir. Bu ülkelerde, markanın sicile tescil edilmesi ise açıklayıcı etkiye sahiptir⁴⁸.

556 sayılı KHK'da marka korumasının tescil yoluyla elde edileceği gösterilmiştir. Bu tescil sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir. Gerçek hak sahibinin dava açıp bu markayı tescil ettireceği tarihe kadar kurucu etkiye sahipliği devam eder⁴⁹.

Kural olarak tescilsiz markaları koruma hususunda sadece TTK haksız rekabet hükümlerinden istifade edilebilir. Ancak KHK'da tescil ilkesine körü körüne bağlı kalınmamış ve bu ilke bir ölçüde de olsa yumuşatılmıştır. 556 sayılı KHK, istisnai olarak bazı tescilsiz markalara da koruma sağlamıştır⁵⁰. Bu korumalardan birisi mad.8/3 uyarınca tescilsiz marka sahibine, markanın bir başka kişi adına tescili için yapılan başvuruya itirazda bulunarak bu tescile engel olma hakkı verilmesidir. 556 sayılı KHK mad.42/1 uyarınca da, bu itirazın yapılmaması ya da TPE'ce reddi nedeniyle markanın başkası adına tescil olunması halinde ise, işareti tescil ettirmeden ilk defa kullanan kişiye, marka tescilinin hükümsüz sayılması için dava açma imkanı tanınmıştır.

⁴⁷ MERAN, Necati; Marka Hakları ve Korunması, 1.baskı, Ankara 2004, s.33-34.

⁴⁸ YASAMAN, Marka Hukuku, s.176-177.

⁴⁹ KARAHAN, Sami; Alan Adı İle Diğer Tanıtma İşaretleri (Marka-Ticaret Unvanı ve İşletme Adı) Arasında İltibas-Somut Olay İncelemesi, Prof Dr.Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, 1.baskı, s.122. (KARAHAN, Alan Adı).

⁵⁰ KARAHAN, Sami; Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) Şartı, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2004, sayı 2, s.22. (KARAHAN, Tescilsiz Marka).

Dolayısıyla, 556 sayılı KHK ile, ilk kullanma ilkesiyle yumuşatılmış tescil ilkesinden oluşan karma bir çözüm benimsenmiştir⁵¹.

Tescil ilkesinin istisnalarından biri tanınmış markalardır. Tanınmış markalar, tescil edilmeden de istisnaen korunurlar. Tanınmış marka, sahibinin izni bulunmadan aynı mal ve hizmet için başkasının adına tescil olunamayacağı gibi, tanınmış markanın başkası adına tescili mezkur markanın toplumda ulaştığı tanınmışlık nedeni dolayısıyla haksız bir yarar sağlamasına sebep olacaksa veya markanın itibarına zarar verecekse farklı mal ve hizmetler için de tescil talebi reddedilir, aksi halde hükümsüzlük davası açılabilir⁵².

Marka tescil süreci, marka başvurusu ve eklerinin Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı'na verilmesi suretiyle başlamaktadır⁵³. Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgahı olan veya sınai veya ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile Paris Konvansiyonu ya da DTÖ Kuruluş Anlaşması Hükümleri çerçevesinde başvuru hakkına sahip olan kişiler, markalarının tescili için Türk Patent Enstitüsü'ne başvurabilirler⁵⁴.

Türk Patent Enstitüsü, marka tescil başvurusunun 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK mad.3'de sayılan kişilerden biri tarafından yapıldığını tesbit eder ve başvurunun şekli yönden hiçbir eksiğinin bulunmadığına karar verirse, marka tescil başvurusunu 556 sayılı Markalar Hakkında KHK'nın 7.maddesinde sayılan "mutlak red nedenleri" açısından incelemeye tabi tutar. Türk Patent Enstitüsü, mutlak red nedenleri açısından yapacağı inceleme sonucunda marka tescil başvurusunu reddeder ya da kabul eder. Reddedilen bir marka başvurusuna karşı, başvuru sahibinin, red kararının kendisine tebliğ tarihinden itibaren iki ay içinde itiraz etme hakkı vardır. Türk Patent Enstitüsü tarafından kabul edilen marka başvurusu, Türk Patent Enstitüsü'nce yayınlanan Resmi Marka Bülteni'nde yayınlanarak kamuya duyurulur ve itiraza açılır. Marka başvurusunun Resmi Marka Bülteninde yayınlanmasından itibaren üç ay içinde, ilgili kişilerin markanın mutlak red

⁵¹ ARKAN, Marka Hukuku, s.129.

⁵² TEKİNALP,s.382.

⁵³ KIRCI, Berkay; Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı, Ankara 2009, s.18.

⁵⁴ ARKAN, Marka Hukuku, s.55.

nedenleri ya da nispi red nedenleri açısından uygun olmadığı yönündeki itirazlarını ve gerekçelerini dilekçe ile Türk Patent Enstitüsüne bildirebilirler.

Marka, mutlak ve nispi red nedenleri bulunmadığı takdirde tescil edilir, marka siciline kaydedilir ve bu tescil ile beraber ülkesel olarak hüküm ifade eder. Marka sahibine Marka Tescil Belgesi verilir⁵⁵.

556 sayılı KHK mad.15-22 uyarınca marka sahibi, markasını kendi bizzat kullanabileceği gibi lisans vermek⁵⁶ sureti ile üçüncü kişilere de kullandırabilir, rehin verebilir, devredebilir. Markasının kendisinden izin alınmadan kullanılması halinde de bu kullanımları men edebilir⁵⁷.

556 sayılı KHK, markanın kullanılması zorunluluğunu getirmiştir. Buna göre tescil edilen bir marka, tesciline karar verildiği tarihten itibaren beş yıl içinde “haklı bir neden”⁵⁸ olmaksızın kullanılmazsa veya kullanıma kesintisiz beş yıl ara verilirse marka ilgililerin talebi üzerine hükümsüz sayılabilir.

⁵⁵ ARKAN, Marka Hukuku, s.121.

⁵⁶ Lisans mukavelesi, lisans verenin lisans alana kullanma müsaadesi vererek inhisari hakkı hiç kullanmamayı ya da sınırlı olarak kullanmayı taahhüt ettiği bir akit türüdür (YURTSEVER, Şaziye; Patent Hukuku ve Ceza Korunması ve İlgili Mevzuat, 2.Bası, Ankara 2005, s.80-81). Marka lisans sözleşmesi bir bütün halinde Türk hukukunda düzenlenmemiştir. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK mad.20 ve 21’de marka lisansına ilişkin bazı kurallar öngörülmüştür. Marka lisans sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen ve lisans alana markayı kullanma hakkını veren bir sözleşmedir. İnhisari lisans sözleşmesinde, lisans alan kendisine bırakılan coğrafi bölgede tek başına lisans hakkına haizdir ve markanın sahibi bile bu hakkını saklı tutmadıkça o bölgede kullanamaz. İnhisari olmayan lisans ise, lisans alan kendisine ait coğrafi bölgede markayı kullananlardan sadece biridir ve marka sahibi de markayı bizzat kullanabileceği gibi lisans hakkını başkalarına da tanıyabilir. (TEKİNALP, s.468). YASAMAN/ALTAY, lisans sözleşmesini lisans alana verilen yetkilere göre “basit lisans” ve “inhisari lisans” olarak sınıflandırmış, “inhisari olmayan lisans” yerine “basit lisans” terimini kullanmıştır. Buna göre lisans sözleşmesi, markanın kullanımının belli bir süre için veya süresiz olarak bir başka kimseye devredilmesini konu edinmektedir. KHK mad.21/2, lisansın niteliğinin sözleşmede belirtilmemesi halinde basit lisansın söz konusu olacağı yönünde bir faraziye öngörmektedir. Basit lisans sözleşmesinde lisans alan markanın kullanılması bakımından tekel hakkını haiz değildir. İnhisari lisans sözleşmesinde ise, lisans alana tekel hakkı tanınmakta, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece lisans veren dahi markayı kullanamamaktadır. (YASAMAN/ALTAY, Marka Hukuku, s.740-741).

⁵⁷ GÜNEŞ, s.124.

⁵⁸ Haklı nedenler, yetkili makamlarca alınan kararlar sonucunda üretim yapılamaması, ilgili malın satışa sunulması için gerekli iznin verilmemesi gibi marka sahibinin etki alanının dışındaki olaylardır. (MERAN, s.163). Burada önemli olan nokta, markanın kullanılmasının önündeki engelin ciddi olması, marka sahibinin iradesi ve etki alanı dışında gelişmesidir. (YASAMAN/YÜKSEL, Marka Hukuku, s.649). Markayı kullanmamada haklı sebep gösterilebilecek haller, marka sahibinin iradesi dışında gelişen ve marka sahibinin kişisel gayreti ile çözüm getiremeyeceği sebeplerdir. Dolayısıyla bu sebepler yalnızca mücbir sebep olarak anlaşılmamalıdır. (ÖZARMAĞAN, Müge; Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, 1.baskı, İstanbul 2008, s.47). Yargıtay 11.HD, 09.04.2001 tarih, 844/3429 nolu kararında iflas halini, markayı kullanmamaya haklı neden olarak görmemiştir. (Aktaran TEKİNALP, s.483, YASAMAN/YÜKSEL, Marka Hukuku, s.649).

(mad.14/1) Kullanmamaya dayalı olarak markanın hükümsüzlük ancak bir davanın konusu olabilir, yoksa def'i olarak ileri sürülemez⁵⁹.

Markalar Hakkında KHK'da düzenlenen marka hakkının, marka koruma süresinin dolması ve süresi içinde yenileme işlemlerinin tamamlanmaması (mad.45/a) ya da marka sahibinin hakkından vazgeçmesi (mad.45/b, mad.46) yoluyla sona ermesi mümkün olduğu gibi üçüncü kişiler tarafından açılacak bir dava (mad.42) sonucunda hükümsüz sayılarak sona erdirilmesi de mümkündür⁶⁰.

2.4 MARKA HAKKI İHLALLERİ, HUKUK VE CEZA DAVALARI

Markalara, patentlere, faydalı modellere, tasarımlara, coğrafi işaretlere ilişkin mevzuattan doğan davalar, mutlak anlamda ticari davalardır. Bu konudaki davaların fikri ve sınai haklara ilişkin hukuk mahkemelerinde görülmesi davaların ticari dava sayılmasına engel olmaz⁶¹.

2.4.1 KORUMA TEDBİRLERİ

Fikri mülkiyet hukuku alanındaki düzenlemelerde sadece hakların tespit edilmesi ve bu konuda düzenleme yapılması ile yetinilmemiş, ayrıca bu hakların ihlal edilip tehlikeye düşürülmesi durumunda sağlanacak hukuki korumaya da yer verilmiştir. Normal yargılama ve takip yolunun sonuçlandırılması belirli bir süreye ihtiyaç duyar. Ancak bazı şartlarda normal yargılama prosedürüne sıkı sıkıya bağlı kalınması ve zaman geçirilmesi telafisi imkansız ve güç zararlara sebep olabilir. Bu zararların önüne geçilebilmesi için kesin hukuki koruma elde edilinceye kadar geçici hukuki koruma yoluyla mümkün olur. Bu nedenle fikri mülkiyet hukukunda geçici hukuki koruma sağlayan koruma tedbirleri öngörülmüş ve KHK'larda yer verilmiştir⁶². Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemelerde

⁵⁹ TEKİNALP, s.459.

⁶⁰ ARKAN, Marka Hukuku, C.2, s.155.

⁶¹ ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s.101.

⁶² ÖZEKES, Muhammet; Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yıl 2002, sayı 2, s.93-94.

genellikle ilgili maddenin sonunda HMK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir⁶³.

2.4.1.1 Delillerin Tespiti

Delil tespiti, ileride açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delilin bazı şartlar altında zamanında önce toplanıp emniyet altına alınmasını sağlamak için kabul edilen geçici hukuki koruma müessesesidir⁶⁴.

Delil tespiti, geçici hukuki koruma olarak ihtiyati tedbire benzetilebilir. Ancak ihtiyati tedbirde dava konusu olan bir malın veya hakkın emniyet altına alınması için genellikle o mal veya hak üzerinde tedbir konurken, delil tespitinde davanın karara bağlanmasında ispat faaliyetine yardımcı olan delillerin korunmasını sağlamak, kaybolmasını önlemek için tedbir alınmaktadır⁶⁵. Delil tespitinde ihtiyati tedbirde olduğu gibi çekişme konusu hak üzerinde dolayısıyla kişinin hukuki durumu üzerinde bir karar söz konusu değildir. Delil tespiti doğrudan zarar verici bir niteliğe de sahip değildir⁶⁶.

Uygulamada bazen karıştırıldığı için aksine delil tespiti ile tespit davası (HMK mad.106) birbirinden ayrı müesseseler olup farklı hükümlere tabidirler⁶⁷. Bir delilin tespiti talebi, bir tespit davası açılması anlamına gelmez, delilin tespiti bir tespit hükmü niteliğinde değildir. Delil tespiti, şahit dinlenilmesi, keşif, bilirkişi tetkiki ve sair delillerle yapılabilir (HMK mad.400)⁶⁸. Markaların Korunması Hakkında KHK mad.75’de ifade edilen “tespit” ifadesinden “tespit davasının” mı yoksa koruma tedbiri anlamında “tespit talebinin” mi anlaşılması gerektiği hususunda farklı görüşler vardır.

⁶³ İlgili maddeler: Markaların Korunması Hakkında KHK mad.78, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.49, Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.153, Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK mad.25, Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun mad.35.

⁶⁴ KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder; Medeni Usul Hukuku, 24.baskı, Ankara 2013, s.568.

⁶⁵ PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 13. baskı, Ankara 2012, s.730.

⁶⁶ AKİL, Cenk; Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerde Yapılan Delil Tespiti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C.58, sayı 1, s.11. (AKİL, Delil Tespiti).

⁶⁷ YILMAZ, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2.baskı, Ankara 2013, s.1702.

⁶⁸ ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN YILDIRIM, Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, 8.baskı, İstanbul 2011, s.377.

KAYA Arslan⁶⁹, TEKİNALP⁷⁰ ve ARKAN⁷¹, Markaların Korunması Hakkında KHK mad.75’de bahsi geçen “tespit” ifadesinden, delil tespiti talebinden farklı ve özel olarak düzenlenmiş ve aynı zamanda delil tespitini de içeren bir tespit davasının kastedildiği görüşündedir. Yargıtay’ın da bu yönde kararları bulunmaktadır⁷². Kanaatimizce, KHK mad.75’in başlığı eski metinde "delillerin tesbiti davası” iken, 22.06.2004 tarihli ve 5194 sayılı Kanunun 18.maddesiyle “delillerin tespiti” olarak değiştirilmiş olup, bu değişiklikle bu maddede geçen “tespit” ifadesi ile koruma tedbiri anlamında uygulanan “delillerin tespiti” anlaşılmalıdır.

2.4.1.2 İhtiyati Tedbirler

İhtiyati tedbir, kesin hükme kadar devam eden yargılama süresince, dava konusuyla ilgili olarak davacının veya davalının hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörölmüş geçici bir koruma tedbidir⁷³. Davacının davayı kazanması halinde dava konusuna kavuşmasını, daha dava sırasında (hatta davadan bile önce) güvence altına almaya yarayan geçici hukuki korumalara ihtiyati tedbirler denir⁷⁴(HMK mad.389).

Marka hakkına tecavüz halinde ve hak sahibince açılması mümkün olan davalarla birlikte veya bu davalardan önce hak sahibince ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilir. İhtiyati tedbir talebi, davadan ayrı olarak incelenir (556 sayılı KHK mad.76).

İhtiyati tedbir talepleri, hak sahibince yapılabileceği gibi aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece “inhisari lisans sözleşmesi”⁷⁵ sahiplerince de yapılabilir. “İnhisari olmayan lisans sözleşmesi”⁷⁶ sahipleri ya da dava açma yetkisi sözleşme ile kaldırılan inhisari lisans sözleşmesi sahipleri ancak

⁶⁹ KAYA, Arslan; Marka Hukukunda Delillerin Tespiti Davası, Makalelerim I, 1.baskı, İstanbul 2012, s.383. (KAYA, Arslan; Delillerin Tespiti).

⁷⁰ TEKİNALP, s.496.

⁷¹ ARKAN, Marka Hukuku, s.232.

⁷² Yargıtay 11.HD, 30.01.1997 tarih, 1996/8836 E, 1997/424 K sayılı kararı (Aktaran ARKAN, Marka Hukuku, C.2, s.232).

⁷³ KARAHAN, Sami / SULUK, Cahit / SARAÇ, Tahir / NAL, Temel; Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3.baskı, Ankara 2013, s.370-371.

⁷⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.558.

⁷⁵ Ayrıntılı açıklama için Bkz.dipnot 56.

⁷⁶ Ayrıntılı açıklama için Bkz.dipnot 56.

Markaların Korunması Hakkında KHK mad.73/3 uyarınca marka sahibine ihtiyati tedbir talep etmesi için bildirimde bulunmalı, marka sahibinin bunu açıkça kabul etmemesi ya da bildirimden itibaren üç ay içinde ihtiyati tedbir talebinde bulunmaması halinde talebi kendisi yöneltmelidir. Mad.73/3, ciddi zarar tehlikesi var ise, bu kişilere sürenin dolmasını beklemeden ihtiyati tedbir isteme hakkını vermektedir⁷⁷.

İhtiyati tedbir talep edecek olan kişiler, talep konusu markanın kendi marka haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye’de kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yaptığını ispat etmek zorundadır (mad.76/1).

İhtiyati tedbir kararı, verilecek hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olmalı ve özellikle, marka hakkına tecavüz eden fiillerin durdurulması, marka hakkına tecavüz ederek üretilen veya ithal edilen şeylere buldukları yerde el konulması ve bunların saklanması, herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi tedbirlerini kapsamalıdır (mad.77).

İhtiyati tedbir ile ilgili Markaların Korunması Hakkında KHK’da düzenlenmemiş sair hususlarda HMK hükümleri uygulanır (mad.78).

Markaların Korunması Hakkında KHK mad.78’de yer alan atıf gereğince henüz bir davanın açılmadığı durumlarda ihtiyati tedbir kararı verilmiş olması halinde, tedbir kararı uygulanmış olsun ya da olmasın, kararın verildiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki dava açılmalıdır⁷⁸ (HMK mad.397/1).

Markaların Korunması Hakkında KHK mad.78 uyarınca, ihtiyati tedbir amaçlı olarak Gümrüklerde El Koyma hususu düzenlenmiştir. Buna göre, hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması nedeniyle cezayı gerektiren taklit markalı mallara, ithalat ve ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir. El koyma ile ilgili bu uygulama bu konuda çıkarılacak mevzuatta düzenlenir.

⁷⁷ YASAMAN/YÜKSEL, Marka Hukuku, s.1209.

⁷⁸ Aynı konuda Bkz. GÖNEN, Coşku, Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi, İstanbul 2011, 1.baskı, s.32-33.

Gümrük idarelerindeki tedbir, esasen idare eliyle gerçekleştirilen bir ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu için el koyma kararının tebliğinden itibaren on gün içinde, esas hakkında ihtisas mahkemesinde dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa idarenin el koyma kararı ortadan kalkar.

2.4.2 MARKA HAKKININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ DAVASI

Markanın hükümsüzlüğü davası, Markaların Korunması Hakkında KHK mad.42’de öngörülen sebeplerin varlığı halinde, mahkeme kararıyla marka siciline kayıtlı yani tescilli bir markanın, koruma süresi sona ermeden marka sicilinden silinmesi davasıdır.

Markalar Hakkında KHK mad.42’de “markanın hükümsüzlüğü” terimi yanında “iptal” ve “iptal davası” sözcükleri de kullanılmıştır.

TEKİNALP’e göre, “hükümsüzlük” ile “iptal” aynı anlamı ifade etmektedir. Markaların Korunması Hakkında KHK’nın esas terimi “hükümsüzlük” ve “hükümsüzlük davası”dır⁷⁹. YASAMAN/YUSUFOĞLU’na göre, Türk hukukunda hükümsüzlük genel olarak marka hakkının sona ermesi halleri için kullanılmıştır. Markanın iptali ise, tescil sırasında bulunmayıp sonradan ortaya çıkan sebepler dolayısıyla markanın terkinidir. Doktrinde markanın sicile tescil sırasında bulunmayan fakat sonradan ortaya çıkan sebeplerle terkinine “markanın iptali” denmektedir. KHK mad.42’de sözü edilen “hükümsüzlük” kavramı, hem hükümsüzlük hem de iptal hallerini kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır⁸⁰. ARKAN’a göre, her ne kadar KHK’nın bazı maddelerinde “iptal” den söz edilmişse de bu durum, KHK açısından hüküm sonuç farklılığı yaratmaya yönelik olmayıp terminoloji konusundaki özensizlikten kaynaklanmıştır⁸¹. Kanaatimizce ve uygulamada da yerleşmeye başladığı üzere, marka hakkının sona ermesi halleri için “markanın hükümsüzlüğü”, tescil sırasında bulunmayıp sonradan ortaya çıkan sebepler

⁷⁹ TEKİNALP, s.472-473.

⁸⁰ YASAMAN/YUSUFOĞLU, Marka Hukuku, s.850.

⁸¹ ARKAN, Marka Hukuku, s.156.

dolayısıyla markanın terkin için de “markanın iptali” terimlerinin kullanılması daha uygundur⁸².

TEKİNALP’e göre, hükümsüzlük kavramı terkinin de kapsamaktadır ve davanın amacı, markayı marka sicilinden terkin ettirmektir. Bu nedenle markanın hükümsüzlüğü, bir tespit davasının konusu olmayıp bir eda davası niteliğindedir⁸³. YASAMAN/YUSUFOĞLU’na göre ise, hükümsüzlük davası bozucu yenilik doğuran bir dava niteliğindedir. Zira hükümsüzlük davasında davalının yapması gereken bir şey yoktur, hükümsüzlük talebinin mahkemece kabul edilmesiyle marka hakkı son bulur ve sicilden terkin edilir⁸⁴.

Markaların Korunması Hakkında KHK mad.42 uyarınca hangi hallerde marka hükümsüzlük davası açılabileceği belirtilmiş olup, markanın tescili için mutlak ve nispi red nedenlerinin varlığı, markayı kullanmama, markayı yaygın ad haline getirme, marka ile halkta yanlış anlamalara neden olma ve teknik yönetmeliğe aykırı kullanma hallerinde, marka sahibine hükümsüzlük davası açılabilir.

Markanın, Markaların Korunması Hakkında KHK mad.14 uyarınca bizzat marka hakkı sahibi tarafından veya onun marka hakkı üzerinde tasarruf yetkisine dayanarak verdiği hak veya yetkiye istinaden üçüncü kişi tarafından kullanılması gerekir⁸⁵. KHK mad.42/c ve mad.14 uyarınca 5 yıl içinde markanın “haklı bir neden”⁸⁶ olmadan kullanılmaması halinde marka sahibine hükümsüzlük davası açılabilir.

Hükümsüzlük davasının davacısı, Markaların Korunması Hakkında KHK mad.43’e göre “zarar gören kişiler, Cumhuriyet Savcıları veya ilgili resmi makamlar”dır. Hükümsüzlük davasının davalısı tescilli markanın sahibi ya da onun hukuki halefleridir. Şayet marka birden fazla kişi adına tescil edilmişse hükümsüzlük davası da bunların hepsine birden açılmalıdır.

⁸² Ancak bu çalışmamızda tek bir başlık altında konu değerlendirilmiş ve “hükümsüzlük” terimi kullanılmıştır.

⁸³ TEKİNALP, s.473.

⁸⁴ YASAMAN/YUSUFOĞLU, Marka Hukuku, s.849.

⁸⁵ KAYA, Arslan; Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali, Fikri Hakların Korunmasında Uygulanacak Hukuk, 1.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2005, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, s.196. (KAYA, Arslan; Marka İptali).

⁸⁶ Konu ile ilgili açıklama için bkz.dipnot 58.

Markaların Korunması Hakkında KHK'da, mad.42/1-a hükmünde öngörülen bir hal hariç hükümsüzlük davası ile doğrudan doğruya ilgili herhangi bir hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Mevzu kabul edilebilecek AT'nin 89/104 yönergesinin, müseccel bir markanın sahibinin, markasının aynısının veya benzerinin başkası tarafından tescil ettirilmesine rağmen sessiz kalması sebebiyle hakkını yitirmesine ilişkin 9.maddesi de Markaların Korunması Hakkında KHK'ya alınmadığı için Türk hukukunda bu hususta boşluk doğmuştur⁸⁷. YASAMAN/YUSUFOĞLU'na göre AT tüzüğünde ve yönergesinde öngörülen 5 yıllık süre, bilinçli bir şekilde KHK'ya alınmamış olup, ilk marka sahibinin hakkının MK mad.2'ye göre sınırlandırılması gerekir. Bu konuda KHK'da bir hüküm yokken ve somut olaydaki veriler göz önünde tutulmadan sürenin kati bir şekilde 5 yıl olarak belirlenmesi haksız ve hukuk düzenine aykırı sonuçlara yol açabilir⁸⁸. YASAMAN'a göre, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler kanunlarda açık olarak düzenlenirler. Hakkında özel bir hüküm olmayan hallerde genel zamanaşımı hükümleri uygulanır. Bunun gibi tecavüzün devam ettiği hallerde zamanaşımı müddeti işlemez, markaya tecavüz ve hükümsüzlük hallerinde de zamanaşımı süresinin işlememesi gerekir⁸⁹. Ancak haksız rekabet ve markaya tecavüz devam etmesine rağmen hak sahibinin de bunu bilmesine karşılık bu duruma sessiz kalması bu hallere icazet anlamına gelebilir. Belli bir susmadan sonra ortaya çıkarak markanın hükümsüzlüğünü istemek hakkın suiistimali teşkil edebilir⁹⁰. TEKİNALP, markanın hükümsüzlüğü davasının, markanın terkinini de kapsayan bir eda davası olduğunu belirterek eda davalarının belli bir sürede açılmasının zorunlu olduğunu belirtmekte ve tanınmış markalar için öngörülen 5 yıllık zamanaşımı süresinin hükümsüzlük davalarına da uygulanması gerektiği görüşündedir⁹¹. ARKAN ise, hükümsüzlük davasının

⁸⁷ TEKİNALP, s.476.

⁸⁸ YASAMAN/YUSUFOĞLU, Marka Hukuku, s.864.

⁸⁹ YASAMAN, Hamdi; Markaların Hükümsüzlüğü Davalarında Dava Açma Süresi, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Birliği Raporları IV, İstanbul 2012, s.9. (YASAMAN, Marka Makaleler IV).

⁹⁰ YASAMAN, Marka Makaleler IV, Markaların Hükümsüzlüğü Davalarında Dava Açma Süresi, s.9.

⁹¹ TEKİNALP, s.477.

zamanaşımına uğraması söz konusu olmayacağı, zira hukuka aykırılık oluşturan durumun (tescil) süreklilik arz ettiği görülmüştür⁹².

Özet olarak doktrinde, somut olayın özellikleri dikkate alınarak daha kısa veya daha uzun sürede hakkın yitirildiği sonucuna varılabileceği kabul edilmiştir⁹³. Uygulamada hükümsüzlük davalarının da beş yıllık hak düşürücü sürede açılması gerektiği görüşü hakimdir. Nitekim, Yargıtay 11.HD, beş yıllık hak düşürücü süreyi kabul eden içtihadını yerleştirmiş ve “5 yıllık sürenin en azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak yasal boşluğun doldurulması” uygun görülmüştür⁹⁴.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK mad.42 uyarınca; tanınmış markalarla ilgili hükümsüzlük davasının, tescil tarihinden itibaren 5 yıllık süre içinde açılması gerekir. Bunun dışında kalan diğer hükümlerle ilgili davalarda da aynı sürenin uygulanması, tanınmış marka sahibi ile diğer marka sahipleri arasındaki dengenin sağlanması açısından daha uygundur.

Hükümsüzlük davalarında görevli mahkeme, ihtisas mahkemeleridir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, ihtisas mahkemesi olarak şimdilik sadece İstanbul, Ankara ve İzmir’de Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi kurmuştur. Bu iller dışında kalan yerlerde ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen mahkemeler ihtisas mahkemesi sıfatı ile hükümsüzlük davasına bakmakla görevlidir⁹⁵. Yetkili mahkeme ise, Markalar Hakkında KHK mad.63/3 uyarınca davalının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesidir.

Hükümsüzlük kararı verilmesi halinde bu karar herkese karşı hüküm doğurur. Bu kararlar marka üzerinde kazanılmış haklar sona erer ve karar

⁹² ARKAN, Marka Hukuku, s.167.

⁹³ YASAMAN, Marka Makaleler II, Yabalı-Dirgenli Markaları Bilirkişi Raporu, s.283.

⁹⁴ Yargıtay 11.HD, 25.11.1997 tarih, 1997/5417 E, 1997/9676 K sayılı karar. (www.kazanci.com). (Erişim tarihi 20.04.2013), 11.HD,11.09.2000 tarih, 2000/5607 E, 2000/6604 K sayılı karar. (Aktaran YASAMAN/YUSUFOĞLU, Marka Hukuku, s.882).

⁹⁵ HSYK, 16.09.2004 tarihli, 396 nolu kararı uyarınca, Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi bulunmayan yerlerde, bir Asliye Hukuk Mahkemesi olan yerlerde bu mahkemenin, iki Asliye Hukuk Mahkemesi bulunan yerlerde bir numaralı Asliye Hukuk Mahkemesinin, ikiden fazla Asliye Hukuk Mahkemesi bulunan yerlerde ise üç numaralı Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olacağı belirlenmiştir.

sonuçları geçmişe etkilidir⁹⁶. Hükümsüzlüğüne karar verilen marka, sicilden terkin edilir ve tescil edildiği tarihten itibaren geçersiz sayılır.

2.4.3 MARKA HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN DAVALAR

2.4.3.1 Marka Hakkına Tecavülden Kaynaklanan Hukuk Davaları

Tecavüz, bir kimsenin hakkına saldırıda bulunmak, çiğnemek, yok etmeye çalışmak anlamındadır⁹⁷.

Marka hakkına⁹⁸ tecavülden söz edilebilmesi için Markaların Korunması Hakkında KHK mad.61'de tahdidi olarak belirtilen fiillerden birinin gerçekleşmiş olması ve somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut olmaması gerekir.

Tecavüz bir haksız fiil olup, tescilli bir markanın, sahibinin izni olmaksızın Markaların Korunması Hakkında KHK anlamında kullanılması veya o markayı taşıyan mal veya hizmetlerin, tecavüzün bilinmesine rağmen pazarlanması, stoklanması, satış için teklif verilmesi, ihracı, ithali ya da tecavüzün bilinmesine rağmen o malların nereden sağlandığının bildirilmesinden kaçınılmasıdır⁹⁹.

Marka hakkına tecavüz davalarında, tescil işlemindeki sakatlığın savunma olarak ileri sürülüp sürülmeyeceği hususu tartışmalıdır. ARKAN, aleyhine dava ikame olunan kişi tarafından sakatlık nedeniyle markanın hükümsüzlüğünün ileri sürülebileceği, bu durumda da davaya bakan mahkemenin hükümsüzlük iddiasını ön sorun olarak değerlendirebileceği görüşündedir¹⁰⁰. YASAMAN/AYOĞLU ise, bir ayırım yapmış ve markanın mad.8'de yer alan nispi red nedenlerine aykırılığın tecavüz davasında gündeme getirilemeyeceğini, mad.7'de yer alan mutlak red nedenlerine aykırılığın ise tecavüz davasında savunma olarak ileri sürülebileceği görüşündedir¹⁰¹.

⁹⁶ ŞANAL, Osman; Markanın Hükümsüzlüğü, Ankara 2004, s.117.

⁹⁷ MERAN, s.222.

⁹⁸ Marka hakkından bahsedilebilmesi için markanın tescil işlemlerinin tamamlanmış olması ve markanın halen geçerli olması gerekmektedir.

⁹⁹ TEKİNALP, s.491-492.

¹⁰⁰ ARKAN, Marka Hukuku, s.165.

¹⁰¹ YASAMAN/AYOĞLU, s.1024.

AYOĞLU da aynı görüştedir¹⁰². YARGITAY, tescil işlemindeki hukuka aykırılığın marka hakkına tecavüz davalarında savunma olarak ileri sürülebilmesine olanak tanımamaktadır. Yargıtay'ın kararlarına yansıyan yerleşik içtihadı uyarınca davalının markasının tescilli olması durumunda haksız rekabetin söz konusu olmayacağı, zira hukuken var olan bir hakkın kullanımının fiilen önlenemeyeceği yönündedir¹⁰³. Kanaatimiz de bu yöndedir. Zira, marka sahibi tescilli markasının ve tescilin verdiği güvene dayanarak markasını kullanmaktadır ve bu kullanımı haksız rekabet ve tecavüz teşkil etmemelidir.

Marka hakkına tecavüz davasının davacısı, marka tescil belgesine sahip olan, marka sicilinde adına markanın tescil edildiği kişidir. Bu davanın açılabilmesi için, TPE nezdinde marka tescil işlemlerinin tamamlanmış ve markanın tescilinin alınmış olması, markanın halen geçerliliğini koruyor olması gerekmektedir. Marka hakkına tecavüz davasının davalısı ise, Markaların Korunması Hakkında KHK mad.61'de tahdidi olarak belirtilen fiilleri işleyen kişilerdir.

Marka hakkına tecavüz davasında görevli mahkeme, Markaların Korunması Hakkında KHK mad.71 uyarınca marka hükümsüzlük davalarına bakmaya yetkili ihtisas mahkemeleridir. Yetkili mahkeme, Markaların Korunması Hakkında KHK mad.63 uyarınca, davacının ikametgahının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiillerinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemelerdir. Burada tercih hakkı davacıya aittir.

Marka Hakkına Tecavüz davalarında süre açısından Markaların Korunması Hakkında KHK mad.70 gereğince Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır. Borçlar Kanunu mad.72/1 uyarınca zamanaşımı süresi, zararı ve faili öğrenme tarihinden itibaren iki yıl ve her halükarda eylemin meydana gelmesinden itibaren on yıldır. Tecavüz, ceza

¹⁰² AYOĞLU, Tolga; Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Tescil İşleminin Hukuka Aykırılığı Savunması, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2007, sayı 1, s.35-36. (AYOĞLU, Marka Hakkına Tecavüz).

¹⁰³ Yargıtay 11.HD, 11.10.2004 tarih, 2004/385 E, 2004/9524 K sayılı karar. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 27.08.2013) (Aktaran AYOĞLU, Marka Hakkına Tecavüz, s.33).

kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır¹⁰⁴.

Marka Hakkına tecavüz davalarında marka hakkı sahibi, tecavüzün durdurulması için men, eski halin iadesi için ref taleplerinde bulunabileceği gibi üretime yarayan araç cihaz ve makinelere el konulmasını ve bu araç, cihaz ve makineler üzerinde marka sahibine mülkiyet hakkı tanınmasını da isteyebilir¹⁰⁵.

Markaların Korunması Hakkında KHK mad.66 uyarınca marka hakkına tecavüz halinde marka sahibinin uğradığı zarar sadece fiili kaybın değerini değil ayrıca marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsar. Yoksun kalınan kazancın neye göre hesaplanacağı Markaların Korunması Hakkında KHK mad.66'da sayılmıştır. Davacı tarafından dava dilekçesinde, madde hükmünde belirtilen hesaplama usullerinden birisi mutlaka seçilmelidir¹⁰⁶. Yoksun kalınan kazanç hesabı, mahkeme tarafından uzman bilirkişilere yaptırılmaktadır¹⁰⁷.

2.4.3.2 Marka Hakkına Tecavüzün Olmadığı Hakkında Dava

Bazı hallerde bir markanın kime ait olduğu veya üçüncü bir kişinin marka üzerinde ayni veya şahsi nitelikte bir hakkının bulunup bulunmadığı ya da böyle bir hakkın mirasla geçip geçmediği belirsizlik taşıyabilir, ihtilafli olabilir. Bu belirsizlikten kurtulabilmek için, bir marka ile herhangi bir işlem ya da girişimde bulunacak kimsenin ileride bir dava ile karşılaşmaması için kendisine bir imkan sağlamak gereğini duyan Markaların Korunması Hakkında

¹⁰⁴ Eski Borçlar Kanunu mad.60/1 uyarınca bir yıllık süre, yeni yasa ile iki yıla çıkartılmıştır.

¹⁰⁵ ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s.300-301.

¹⁰⁶ YASAMAN/YÜKSEL, Marka Hukuku, s.1172. Yargıtay 11.HD, 15.01.2007 tarihli, 2005/13597 E, 2007/187 K sayılı kararında “..Davacı-dava dilekçesinde maddi tazminat talep etmekle bu talebinin dayanağını ve 556 sayılı KHK'nın 66. maddesinde yer alan değerlendirme usullerinden hangisini tercih ettiğini beyan etmemiştir. O halde mahkemece, HUMK'un 75.maddesi uyarınca davacıya maddi tazminat isteminin dayanağını ve tazminata yönelik değerlendirmelerden hangisini tercih ettiği açıklattırarak o yönde inceleme yapılıp sonucuna göre karar verilmesi, bu yöndeki incelemelerin sonuç vermemesi halinde BK'nın 42 ve 43. maddelerine göre hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yazılı gerekçeyle maddi tazminat talebinin reddi doğru görülmemiştir...” demekle davacı tarafın hesaplama yöntemini seçmesi gerektiğine işaret etmiştir. (www.legalbank.net). (Erişim tarihi 24.08.2013).

¹⁰⁷ Bu hesabın bilirkişiler tarafından nasıl yapılacağı hususu 3. bölümde açıklanmıştır.

KHK tecavüzün mevcut olmadığı davasının açılabilmesine açıkça imkan tanımıştır¹⁰⁸.

Markaların Korunması Hakkında KHK mad.74 uyarınca, menfaati olan herkes, marka sahibine dava açarak fiilin markadan doğan haklara tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesini isteyebilir. TEKİNALP¹⁰⁹ ve YURTSEVER¹¹⁰'e göre bu dava, bir menfi tespit davasıdır. ŞEHİRALİ'ye göre ise, tecavüzün mevcut olmadığı hakkındaki dava, mevcut bir davaya ve hukuki bir ilişkinin varlığı hakkındaki iddiaya dayanmadan açılan bağımsız bir dava olduğu için kendine özgü özellikler içeren olumsuz tespit davası olarak nitelendirilmelidir¹¹¹. TUNCER'e göre, bu davanın amacı, davacı aleyhine açılacak muhtemel bir tecavüz davasının açılmasını önlemektir. Davanın amacı bakımında düşünüldüğünde bu dava özel bir menfi tespit davasıdır¹¹².

2.4.3.3 Ceza Davaları

Ceza davasının açılabilmesi için tescilli marka hakkına tecavüz bulunmalıdır. Marka hakkını koruyan hukuk davaları doğrudan doğruya hak sahibinin bireysel hakkını konu ederken, ceza davaları aynı zamanda ekonomik kamu düzenini de korumaktadır¹¹³. Markaların Korunması Hakkında KHK mad.61/A¹¹⁴ uyarınca cezalandırılan eylemler sayılmıştır ve bu sıralama tahdidi niteliktedir. Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarihli 2005/15 E, 2008/2 K sayılı kararı¹¹⁵ ile 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın mad.9/1-b, 9/2-b, 61-a ve 61-c hükümleri iptal edilmiştir. Bu iptal ile marka hukuku uygulamalarına ilişkin davalar bakımından bazı tereddütler doğduğu gibi, marka suçları için açılmış ceza davaları açısından da kaotik bir durum ortaya çıkmıştır. 2009'da yürürlüğe giren 5833 sayılı yasa ile iptal edilen KHK

¹⁰⁸ TEKİNALP, s.512.

¹⁰⁹ TEKİNALP, s.512.

¹¹⁰ YURTSEVER, s.122.

¹¹¹ ŞEHİRALİ, Patent Hakkının Korunması, s.179-180.

¹¹² TUNCER, İdil; Fikri Mülkiyet Hakkına Tecavüzün Mevcut Olmadığının Tespiti Davası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, 2009, Özel sayı Prof.Dr.Bilge Umar'a Armağan, s.637.

¹¹³ GÜNEŞ, s.153.

¹¹⁴ Ek madde: 03/11/1995 - 4128/5 md; değişik madde: 22/06/2004 - 5194 s.k./16. mad.; değişik madde: 21/01/2009-5833 s.k./3.mad.

¹¹⁵ Kararın tam metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx#> (Erişim tarihi 02.09.2013).

hükümleri yerine yeni yasal metinler ve iptal konusu olmadığı halde etkilenen yasa hükümleri yerine yeni metinler kabul edilmiştir¹¹⁶.

Yargıtay 7.CD, 01.12.2011 tarih, 2009/3849 E, 2011/23082 K sayılı kararında, KHK ile suçun oluşmayacağı görüşünü bildirmiştir. Buna göre, *“..Olayımızda sanığa atılı eylem, ceza içeren özel bir hukuk düzenlemesi olup 5 inci maddede sözü edilen özel ceza kanunları ya da ceza içeren kanunlar kapsamında bulunmaktadır. O halde atılı eylem, TCK. nın 2 inci maddesi hükmü kapsamında değerlendirilmelidir. Bu duruma göre, KHK. hükmüyle getirilen bu düzenleme TCK'nın 2 inci maddesinde öngörülen kanunilik ilkesine uygun bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 03.01.2008 gün ve 2005/15 E, 2008/2 K sayılı iptal kararı gerekçesinde kanunsuz suç ve ceza konulamayacağını, kanun hükmünde kararname hükmüyle suç ve ceza getirilemeyeceğini açıkça vurgulamıştır. Bu durum karşısında, 5252 Sayılı Kanunun geçici birinci maddesi ile TCK'nın 2 inci maddesi ve 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5 inci maddesi birlikte değerlendirildiğinde; 556 sayılı KHK'nun suç tanımlayan hükümlerinin tümüyle zımni olarak ilga edildiğinin (örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı) kabulü gerekmektedir. Bu hukuki değerlendirmeye göre atılı eylem 556 sayılı KHK hükümleri kapsamında suç oluşturmayacaktır”¹¹⁷.*

Markaların Korunması Hakkında KHK mad.61/a'da yer alan suçun oluşabilmesi için aranacak ilk koşul, marka hakkı ve bu hakka konu markanın tescilli olmasıdır¹¹⁸. Diğer koşullar ise, marka sahibinin izninin bulunmaması, iznin süresinin dolması, geçerliliğini yitirmesi ya da geri alınması, yasada

¹¹⁶ GÜNEŞ, s.153-154. Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E, 2008/2 sayılı kararı ile iptal edilen hükümleri ile ilgili tartışmalar için Bkz. AYOĞLU Tolga; Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9 ve 61. Maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 03.01.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2008, sayı 4, s.23-37; ÖZEN, Mustafa; Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2009, sayı 2, s.53-76; ALICA, Türkay; Marka, Tasarım ve Patent Hakkına Tecavüz Suçlarına İlişkin Hükümlerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2007, yıl 65, sayı 2, s.149-157.

¹¹⁷ Yargıtay 7.CD, 01.12.2011 tarih, 2009/3849 E, 2011/23082 K sayılı kararı (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

¹¹⁸ GÜNEŞ, s.175.

tanımlanan eylemlerin işlenmesi ve hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmamasıdır¹¹⁹.

Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Şikayetçi, marka sahibi olabileceği gibi, münhasır lisans hakkı sahibinin de şikayet hakkının bulunduğu kabul edilmelidir¹²⁰. Şikayet süresi ile ilgili olarak Markaların Korunması Hakkında KHK'da bir süre öngörülmemiş olup, süre açıkça belirtilmemekle beraber, TCK'da şikayete bağlı suçlarla ilgili genel hükümler gereğinde altı ay olarak uygulanacaktır¹²¹.

¹¹⁹ GÜNEŞ, s.153.

¹²⁰ YASAMAN/AYOĞLU, Marka Hukuku, s.1087.

¹²¹ GÜNEŞ, s.175.

3 . TASARIM HAKKI

3.1 TASARIM HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Türkiye, 1995 tarihine kadar tasarımlara ilişkin özel bir mevzuata sahip olmamış, korumayı, haksız rekabete ilişkin kurallarla ve tasarımın aynı zamanda eser olması halinde de FSEK’de yer alan hükümlerle sağlamıştır¹²².

Tasarımlara ilişkin ilk düzenleme, 554 sayılı “Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” dir. Hemen belirtilmelidir ki kararnamenin adında yer alan “endüstriyel” nitelemesi, anlamı daraltıcı ve yanıltıcıdır. Bir tasarım üzerindeki hakkın varlığı ve korunması söz konusu olduğunda, onun endüstriyel olması gibi bir koşul yoktur. Tarım, sanayi veya el sanatı ürünü olan veya ticaret alanında her tür ürün üzerindeki tasarım yasal kriterleri taşımak koşulu ile korumaya layık olacaktır¹²³.

Tasarımların ve buluşların korunmasının altında yatan fikir, toplumda yeniliklerin, buluşların, kısaca gelişmenin ve iyileşmenin teşvik edilmesidir. Eğer buluşlar ve tasarımlar korunmayacak olursa hiç kimse buluş yapmak ve yenilikler geliştirmek için çaba ve masraf harcamayacak ve toplu gelişemeyecektir. Bu nedenle tasarımlar ve buluşlar korunur ancak bu koruma ilelebet değildir¹²⁴.

3.2 TASARIM KAVRAMI VE UNSURLARI

Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.3’de tasarım şu şekilde tanımlanmıştır: "Tasarım, bir ürünün tümü, veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütünü ifade eder.”

¹²² TEKİNALP, s.665.

¹²³ GÜNEŞ, s.262-263.

¹²⁴ ASLAN, İ.Yılmaz; Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2001, yıl 1, sayı 1, s.27. (ASLAN, Endüstriyel Tasarım).

Tasarımın, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK hükümlerine göre korunabilmesi için tescil edilmesi gerekir. Ancak tescil ilkesi, tescilsiz tasarımların korunmayacağı anlamına gelmez. Tescilsiz tasarımlar genel hükümlere tabidir. Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK çerçevesinde tasarıma sağlanan koruma, FSEK’de aranan şartların gerçekleşmesi halinde ortadan kalkmaz. Koruma çift yönlü olur. FSEK uyarınca koruma için tescile gerek yoktur¹²⁵.

Tasarım, ürünün görünümü ile ilgili bir kavramdır ve bir ürünün bir ya da birden çok görünüm özelliklerini ihtiva eder. Tasarım, insanın görme duyusunun yanısıra dokunma duyusuyla da algılanabilir. Bu nedenle, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.3/a’da sayılan unsurlar tahdidi değildir. Yani sayılanlardan başka özellikler de tasarımın görünüm özelliklerini oluşturabilir. Bazı durumlarda görme değil, algılama ön plana çıkar¹²⁶. Ürünün dış görünüm özelliklerine katkıda bulunan esneklik gibi unsurlar da tasarımın belirlenmesinde rol oynar. Bir başka deyişle bir tasarımı algılamada insanın görme duyusunun yanına dokunma duyusu da işlev görebilir¹²⁷. Dolayısıyla özellikle Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.3’de geçen “doku” terimi de bu hususu vurgulamaktadır.

Hukuken bir tasarımın varlığından söz edebilmek için tasarımın yeni ve ayırtedici niteliğe sahip olması gerekir. Günümüzde ekonomik zenginliğin temelinde yenilikler yatmaktadır. Yenilikler de ekonomik değer oluşturmanın en önemli araçlarından biridir¹²⁸. Bir tasarımın yeni olabilmesi için, onun aynısının, tescil için başvuru veya rüçhan tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış olması gerekir¹²⁹. Yeni; aynı olmayan, bilinmeyen, hiç kullanılmamış, ilk defa ortaya atılan, öncekilerden farklı olan anlamına gelir¹³⁰.

¹²⁵ TEKİNALP, s.674.

¹²⁶ SULUK/ORHAN, Tasarımlar, s.38-39.

¹²⁷ SULUK, Cahit; Topluluk ve Türk Hukukunda Görünmeyen Tasarımlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, yıl 2002, C.LX, s.205 (SULUK, Görünmeyen Tasarımlar).

¹²⁸ SULUK/ORHAN, Tasarımlar, s.64.

¹²⁹ GÜNEŞ, s.268.

¹³⁰ SULUK/ORHAN, Tasarımlar, s.124.

Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.7 anlamında ayırt edicilik, tasarımın “bilgilenmiş kullanıcı”¹³¹ üzerinde yarattığı genel izlenim ile ikinci fıkrada belirtilen herhangi bir tasarımın böyle bir kullanıcıda yarattığı genel izlenim arasında belirgin bir farklılık olması olarak tanımlanmıştır. Tasarım, bilgilenmiş kullanıcı üzerinde diğer tasarımlardan farklı bir izlenim yaratıyorsa ayırt edicilik karakterine sahip demektir¹³².

Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.7/3 uyarınca, ayırt edici niteliğin değerlendirilmesinde, birbirleri ile kıyaslanan tasarımların ilke olarak farklılıklarından çok ortak özelliklerinin değerlendirilmesine ağırlık verilir ve tasarımcının tasarımı geliştirme açısından ne kadar seçenek özgürlüğüne sahip olduğu göz önüne alınır.

Tasarımcının, tasarımın geliştirilmesinde seçenek özgürlüğü, tasarımın koruma kapsamının belirlenmesinde önemli bir işleve sahiptir. Bazı ürünlerin görünüşleri, o ürünün işlevine sıkı sıkıya bağlıdır. Bu nedenle, tasarımcının geliştirebileceği tasarım alanı sınırlıdır. Bu nedenle bir tasarım, yapımcısına ve kendinden sonrakine hareket serbestisi tanınmalıdır. Yani sonraki tasarımcının alternatif tasarım yaparak rekabet edebilme seçeneği yok ya da yok denecek kadar az ise bu tür tasarımlar koruma görmeyecektir¹³³.

3.3 TASARIM HAKKININ KULLANILMASI VE SONA ERMESİ

Tasarım hakkı, tasarım üzerindeki ve tasarımdan doğan inhisari yetkilerle donatılmış mutlak bir haktır. Mutlak hak, niteliği sebebi ile herkese karşı ileri sürülebilir. Tasarım hakkı tescilden önceki aşamayı da kapsar¹³⁴. Maddi olmayan mallar üzerindeki mutlak haklardan olan tescilli tasarım hakkı,

¹³¹ Bilgilenmiş kullanıcı, söz konusu tasarım hakkında bilgi sahibi olan ve daha önce tasarımı taşıyan ürünü kullanmış ve ürün hakkında deneyimi olan kişidir.(GÜNEŞ, s.276). Bilgilenmiş kullanıcı, ne dikkatsiz bir kullanıcıdır, ne de tasarım uzmanı düzeyinde bir bilgiye sahiptir. Bilgilenmiş kullanıcı, sıradan bir kullanıcının gözden kaçırabileceği önemli ayrıntıları fark eder, ama o alandaki tasarımcılar kadar bilgi birikimine sahip olmadığı için de ayrıntılarla ilgilenmez. (SULUK/ORHAN, Tasarımlar, s.142-143). Bilgilenmiş kullanıcı, tasarımı kullanarak bilgi sahibi olmuş, tasarımı tanıyan, deneyim sahibi olan ancak uzman olmayan kullanıcı yani ara veya son tüketicidir. (DİKİCİOĞLU, Adnan; Marka, Endüstriyel Tasarım, Faydalı Model ve Patent Davalarında Bilirkişilik; Fikri ve Sınai Mülkiyet Kültürü Ülkemizde Yaşadığımız Sorunlar ve Kurumsal Çözüm Yolları 1.Ulusal Sempozyumu, İstanbul 2005, İstanbul Barosu Yayını, s.202).

¹³² GÜNEŞ, s.275.

¹³³ SULUK/ORHAN, Tasarımlar, s.146-147.

¹³⁴ TEKİNALP, s.684.

sahibine münhasır¹³⁵ yetkiler vermektedir. Münhasır hak sahibi, üçüncü kişilerin bağımsız olarak geliştirmiş de olsa aynı veya benzer tasarımı kullanmasını yasaklayabilir¹³⁶.

Tasarım hakkı, tasarımcıya ve onun hukuki haleflerine aittir. Bu hak sahibine, tasarımın başkası tarafından kullanılmasını yasaklamak da dahil inhisari haklar ve yetkiler sağlar¹³⁷.

Tasarım hakkının kazanılması Türk Patent Enstitüsüne tasarım müracaatı ile başlar. Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.26'da tasarım başvurusunun şartları düzenlenmiştir. Buna göre, başvuru sahibinin kimlik bilgileri içeren başvuru dilekçesi ile birlikte, tasarımın tüm belirgin özelliklerini yansıtan ve yayın yolu ile çoğaltımına elverişli çizim, grafik, fotoğraf veya benzeri biçimde hazırlanmış görsel anlatım, tasarımı açıklayan tarifname ve tasarımın uygulanacağı ürünler Türk Patent Enstitüsüne verilir ve ücretin ödenmesi ile tasarım başvurusu geçerlilik kazanır.

Başvuruyu alan TPE, maddi ve şekli şartlar açısından yaptığı ilk incelemenin ardından eksiklik saptamaz ise tasarım başvurusunu, başvuru tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde kesinleştirir ve tasarım siciline kaydeder. Bu kayıt, kurucu nitelik taşır ancak nihai değildir. Bu yönü ile marka tescilinden farklıdır. Sicile kaydı yapılmış tasarım, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.34'de belirtilen unsurları kapsayacak şekilde bültende yayınlanır. Tescil kurucu, yayınlama ise açıklayıcıdır¹³⁸.

Eksiği bulunmayan ya da eksiklikleri süresi içinde tamamlanan ve tescil edilen tasarımlar, tasarım bülteninde yayınlanır. Bu başvurunun yayınlanmasından itibaren altı ay içinde üçüncü kişilerin¹³⁹ bu tasarıma itiraz hakları vardır. TPE tarafından yapılan inceleme sonucunda itiraz haksız bulunur ise reddedilir. İtiraz haklı bulunur ise tasarım belgesinin iptaline ya da

¹³⁵ Atıf yapılan GÜNEŞ, s.263'de "tekelci" ibaresi kullanılmıştır.

¹³⁶ GÜNEŞ, s.263.

¹³⁷ ERGÜN, Mevci; Tasarımın Korunmasında Lisans Alanın Dava Hakkı, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2001, yıl 1, sayı 3, s.83. (ERGÜN, Tasarım).

¹³⁸ TEKİNALP, s.699.

¹³⁹ Gerçek ve tüzel kişiler, ilgili meslek kuruluşları.

kısmen iptaline karar verilir. Bu karar da tasarım bülteninde ilan edilir. İlgili kişiler, TPE tarafından verilen bu karara karşı ihtisas mahkemelerinde kararın iptali için dava açabilir. Bu dava açma süresi hususunda Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK’da süre öngörülmemiştir. Ancak YİDK yönetmeliğinde 60 gün olarak süre belirtilmiştir. Yargıtay’ın süreye ilişkin kararları muhtelifdir. Bununla birlikte Yargıtay 60 günlük dava açma süresinde karar kılmış görünmektedir¹⁴⁰.

Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.39 uyarınca tasarım başvurusunun kesinleşmesi ile doğan tasarım hakkı üzerinde, sağlar arası ve ölüme bağlı tasarruflar yapılabilir¹⁴¹. Hem başvurudan ve hem de tescilden doğan hak devredilebilir, mirasla geçebilir, bunlar diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Her iki hak ile ilgili olarak sağlar arası ve ölüme bağlı tasarruflar yapılabilir, üzerinde yasal ve sözleşmesel intifa ve rehin hakları kurulabilir, haciz uygulanabilir, bağışlama, lisans, know-how, teknik yardım, kira ve ürün kirası sözleşmeleri akdedilebilir¹⁴². Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.39’da belirtilen işlemler numerus clausus (sınırlı sayıda) değildir¹⁴³.

Tasarım hakkı, nihai koruma süresinin dolması, vazgeçme ve yenileme yapılmaması hallerinde sona erer. Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.46 uyarınca, tasarımlar her beş yıl sonunda sahibi tarafından yenilenmediği takdirde sona erer. Ayrıca, tasarım hakkı, nihai süre olan 25 yılın sonunda da kendiliğinden sona erer. Tasarım sahibi, tasarım hakkından tamamen ya da kısmen vazgeçme hakkına sahiptir. Bu durumda da tasarım hakkı sona erer¹⁴⁴. Koruma süresi sona eren bir tasarım kural olarak üçüncü kişiler tarafından kullanılabilir. Tasarım hukukunun temel ilkesi, korumanın süreli olması, süresi biten tasarımın toplumun serbest kullanımına bırakılmasıdır. Bu kuralın tek istisnası kamuoyunu yanılmaktır. Üçüncü kişilerin süresi dolan bir tasarımı sahiplenmeleri veya kaynağı konusunda toplumu yanıltıcı eylemlerde bulunmaları haksız rekabet teşkil eder ve iltibas

¹⁴⁰ SULUK/ORHAN, Tasarımlar, s.249, dipnot 39.

¹⁴¹ SULUK/ORHAN, Tasarımlar, s.290.

¹⁴² TEKİNALP, s.703.

¹⁴³ SULUK/ORHAN, Tasarımlar, s.290.

¹⁴⁴ GÜNEŞ, s.290-291.

unsuru bulunduğu sürece de tasarım hakkı sahibi TTK haksız rekabet hükümlerine dayanabilir¹⁴⁵.

3.4 TASARIM HAKKI İHLALLERİ, HUKUK VE CEZA DAVALARI

3.4.1 KORUMA TEDBİRLERİ

Tasarımdan doğan hakları ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tesbitini mahkemeden isteyebilir (mad.62).

Tasarım hakkına tecavüz halinde ve hak sahibince açılması mümkün olan davalarla birlikte veya bu davalardan önce hak sahibince ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilir. İhtiyati tedbir talebi, davadan ayrı olarak incelenir (mad.63).

İhtiyati tedbirler, verilecek hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olur ve özellikle aşağıda belirtilen tedbirleri kapsar (mad.64) :

a) Davacının tasarımdan doğan haklarına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması,

b) Tasarımdan doğan haklara tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen şeylere veya tasarım belgesi verilmiş usulün icrasında kullanılan vasıtalara, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dahil, buldukları her yerde el konulması ve bunların muhafazası,

c) Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi.

Tesbit talepleri ve ihtiyati tedbirlerle ilgili diğer hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır (mad.65).

¹⁴⁵ SULUK/ORHAN, Tasarımlar, s.826-827; SULUK, Cahit; Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması Çoklu Koruma, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2001, yıl 1, sayı 3, s.65. (SULUK, Tasarım).

3.4.2 TASARIM HAKKINI HÜKÜMSÜZLÜĞÜ DAVASI

Fikri mülkiyet hakkı olarak korunmaya değer bulunarak tescil edilen tasarım hakkı, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.43'de yazılı hallerde mahkemece hükümsüz kılınabilir¹⁴⁶. Hükümsüzlük davalarında tasarımların yasal koşulları taşıyıp taşımadığı irdelenmektedir.

Hükümsüzlük, borçlar hukuku alanında geçersizlik yaptırımını karşılamakla birlikte, tasarım hukuku alanında farklı ve teknik bir anlama gelmektedir. Tescil edilmiş ya da tescil için başvurusu yapılmış bir tasarımın bazı durumların varlığı halinde dava yoluyla iptal edilmesine ve bu suretle tasarım hakkının son bulmasına hükümsüzlük denir¹⁴⁷. “Hükümsüzlük” ve “iptal” terimleri tartışılmakla birlikte hükümsüzlük terimi uygulamada sıklıkla kullanılmaktadır¹⁴⁸.

Tasarım hükümsüzlüğü, tasarımın yeni ve ayırt edici nitelikte olmaması (mad.43/1a), teknik Fonksiyonun tasarımı şekillendirmesi (mad.43/1a), tasarımın kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olması (mad.43/1-a), tasarımın gerçek sahibinin bir başkası olması (mad.43/1-b), aynı veya benzer bir tasarımın, sonradan kamuya açıklanmış olmakla birlikte, başvuru tarihinin hükümsüzlüğe konu tasarımdan daha önce olması (mad.43/1-c) hallerinde istenebilir.

Tasarım hükümsüzlük davasının davacısı, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.44'e göre “herkes”tir ve Markaların Korunması Hakkında KHK ve Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK'nın aksine burada zarar görme şartı aranmamıştır. Bir tasarımın gerçek hak sahibinin başkası olması gerekçesine dayanılarak hükümsüzlüğü ancak gerçek tasarım sahibi tarafından istenebilir¹⁴⁹. Hükümsüzlük davasının davalısı tescilli tasarımın sahibidir.

¹⁴⁶ TPE hükümsüzlük kararı veremez. Bkz. SULUK/ORHAN, Tasarımlar, s.307.

¹⁴⁷ CAN, Ozan; Tasarım Hukukunda Hükümsüzlük, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2008, sayı 2, s.80.

¹⁴⁸ “Hükümsüzlük” ve “iptal” kavramları hakkındaki görüşler için Bkz.s.16-17.

¹⁴⁹ SULUK/ORHAN, Tasarımlar, s.315.

Süre, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'da mad.44/3'de düzenlenmiştir. Buna göre tasarımın hükümsüzlüğü, koruma süresinin devamınca veya hakkın sona ermesini izleyen beş yıl içinde istenebilir. Görevli Mahkeme, ihtisas mahkemeleridir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, ihtisas mahkemesi olarak şimdilik sadece İstanbul, Ankara ve İzmir'de Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi kurmuştur. Bu iller dışında kalan yerlerde ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen mahkemeler ihtisas mahkemesi sıfatı ile hükümsüzlük davasına bakmakla görevlidir.

Hükümsüzlük kararı verilmesi halinde bu karar herkese karşı hüküm doğurur. Bu kararlar tasarım üzerinde kazanılmış haklar sona erer ve karar sonuçları geçmişe etkilidir. Hükümsüzlüğüne karar verilen tasarım, tescil edildiği tarihten itibaren yok sayılır.

Hükümsüzlük kararının sonuçları kural olarak geçmişe etkilidir. Ancak geçmişe etkili olma kuralının Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'da öngörülmüş istisnaları vardır. Buna göre, tasarımın hükümsüzlüğüne karar verilmeden önce tasarımdan doğan haklara tecavüz sebebi ile verilen kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar (mad.45/2-a) ve tasarımın hükümsüzlüğüne karar verilmeden önce yapılmış ve uygulanmış sözleşmeler (mad.45/2-b) geçerliliğini korur.

3.4.3 TASARIM HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN DAVALAR

3.4.3.1 Tasarım Hakkına Tecavülden Kaynaklanan Hukuk Davaları

Tasarım üzerindeki hakkın hukuk davası ile korunabilmesi için ya başvuru ya da tasarım hakkına tecavüz olmalıdır. Tecavüz haksız fiildir. Tecavüzün varlığı için Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'da belirtilen eylemin gerçekleşmiş olması ve somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut bulunmaması gerekir¹⁵⁰.

¹⁵⁰ TEKİNALP, s.714.

Tecavüz halleri, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.48’de sınırlı sayıda belirlenmiştir¹⁵¹. Buna göre, tasarım belgesi sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek, bu maddenin önceki a ile b bentlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak, kendisinde bulunan ve haksız olarak üretilen veya ticaret alanına çıkarılan eşyanın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak ve gasp, tasarıma tecavüz fiilleridir.

Tasarım başvurusu bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 34 üncü maddesine göre yayınlandığı takdirde, başvuru sahibi, tasarıma vaki tecavüzlerden dolayı hukuk ve ceza davası açmaya yetkilidir. Tecavüz eden, başvurudan veya kapsamından haberdar edilmiş ise, başvurunun yayımlanmış olmasına bakılmaz. Tecavüz edenin kötü niyetli olduğuna mahkeme tarafından hükümlünürsa, yayından önce de tecavüzün varlığı kabul edilir.

Tasarıma tecavüz davasının davacısı, tasarım sahibi, lisans alan ya da rehin ve intifa hakkı sahibidir. Davalısı ise mütecevizdir. Uygulamada tasarıma tecavüz davası, tescilli tasarım sahibine karşı açılmaz. Burada öncelikle tasarım tescilinin hükümsüzlüğü talep edilmelidir. Ancak, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 16.02.2012 tarihli Topluluk tasarımlarına ilişkin bir kararında öncelik ilkesi gereği tescilli tasarım sahibine karşı, tescilin hükümsüzlüğü istenmeden, tasarım hakkına tecavüz nedeni ile dava açılacağı kabul edilmiştir. Bu kararın Türk Hukuku’nda yeni bir ufuk ve tartışmalar açabileceği görüşü savunulmaktadır¹⁵².

Dava, davacının ikametgahında açılacağı gibi, fiilin işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerde de açılabilir (mad.49).

¹⁵¹ Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK’nın 48.maddesinin a bendi Anayasa Mahkemesinin 05.02.2009 tarihli ve 2005 /57 E, 2009/19 K sayılı kararı ile iptal edilmiştir. İptal edilen metin, “Tasarım hakkı sahibinin izni olmaksızın tasarımın aynı veya belirgin bir şekilde benzerini yapmak, üretmek, piyasaya sunmak, satmak, sözleşme akdi için icapta bulunmak, kullanmak, ithal etmek ve bu amaçlarla depolama, elde bulundurmak.” şeklindedir.

¹⁵² ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal; Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir mi? Yeni Bir Karar Yeni Bir Ufuk, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2012, sayı 1, s.39-69 (ŞEHİRALİ, Tescilli Tasarım).

Tasarıma tecavüzün mevcut olmadığı hakkındaki dava, delillerin tespiti ve ihtiyati tedbirlerle ilgili düzenlemeler marka hukuku ile paralel düzenlemelerdir.

3.4.3.2 Ceza Davaları

Sınai mülkiyet haklarının ceza hükümleri ile korunması günümüzde ekonomi ve hukuk uygulaması yönünden önemi giderek artan bir olgu haline gelmiştir¹⁵³. Tasarım suçlarının hukuki konusu kural olarak tasarım hakkıdır¹⁵⁴. Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.48¹⁵⁵ ve 48/A tasarıma tecavüz suçunu oluşturan fiiller sayılmıştır.

Tüm bu fiil ve eylemler şikayete bağlıdır ve tasarım hakkı sahibi açılan davaya müdahil olabilir.

3.5 TESCİLSİZ TASARIMLAR

Hukukumuzda tescilsiz tasarımlar özel olarak koruma altına alınmamıştır. Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.1 uyarınca tescilsiz tasarımlar genel hükümlere göre korunacaktır¹⁵⁶.

Tescilsiz tasarımlar, öncelikle TTK haksız rekabet hükümleri uyarınca başkasının iş mahsullerini taklide ve iltibasa karşı korunmaktadır. Şartları varsa yani tasarım eser vasfında ise FSEK çerçevesinde de korunur¹⁵⁷. Tasarımın FSEK anlamında eser sayılabilmesi için “sahibinin hususiyetini taşıması” ve FSEK’de düzenlenen eser kategorilerinden birine girmesi gerekir¹⁵⁸.

¹⁵³ ALICA, s.156.

¹⁵⁴ GÜNEŞ, s.303.

¹⁵⁵ KHK mad.48-a, Anayasa Mahkemesinin 05.02.2009 tarihli ve 2005/57 E , 2009/19 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Kararın tam metni için Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/> (Erişim tarihi 28.08.2013).

¹⁵⁶ SULUK/ORHAN, Tasarımlar, s.706.

¹⁵⁷ SULUK/ORHAN, Tasarımlar, s.706-707.

¹⁵⁸ FİDAN İsmail; Endüstriyel Tasarımların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, sayı 2, yıl 2011, s.447.

4. PATENT HAKKI

4.1 PATENT HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Patent kavramı, açık olmak anlamındaki Latince kökenli “patere” fiilinden gelmektedir¹⁵⁹. Patent kelimesi Latince’de “açık, mühür ile kapatılmamış” anlamına gelir¹⁶⁰.

Türkiye’de 1844 tarihli Fransız İhtira Beratı Kanunundan tercüme edilen 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu, 1995 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Çok ağır bir dili olan bu kanunu patente ilişkin birçok soruyu cevaplamaktan uzaktır. Bu nedenle sık sık genel hükümlerle olaylar çözümlenmeye çalışılmıştır. Bu kanunun gerek günün ihtiyaçlarını karşılamaya yetmemesi ve gerekse Avrupa Topluluğuna girmek istememiz sebebi ile 1995 yılında 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kabul edilmiştir.

4.2 PATENT KAVRAMI VE UNSURLARI

Patent, endüstri alanındaki bir buluşun sahibine resmi bir organ tarafından verilen ve bu buluşunun belirli bir süre kendisinin izni olmaksızın başkalarının kullanılması engelleyen yetkisi sağlayan belgedir. Bu belge, hak sahibine belirli bir süre için buluşun başkalarının imali, kullanılması, satımı ve ithalini engelleme hakkı sağlar¹⁶¹.

Patentin temelini buluş oluşturur. Buluş, sözlük anlamı ile, bilimsel araştırmalar veya rastlantı sonucunda insanoğlunun o güne değin bilmediği yeni bir mal, üretim yöntemi/teknik ya da yeni bir madde veya malzeme gibi herhangi bir şeyin ortaya çıkarılmasıdır¹⁶². Bilimsel anlamı ile de, insan

¹⁵⁹ ERDEM, Patent Hakkının Korunması, s.47.

¹⁶⁰ TEKİNALP, s.523.

¹⁶¹ ŞEHİRALİ (Patent Hakkının Korunması), s.7.

¹⁶² http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&view=bilimsanat&kategori=terim&kelimeget=bulu%C5%9F&hngget=md. (Erişim tarihi 24.08.2013).

zekasının ürünü olan, özel teknik bir problemin çözümünü sağlayan, teknik bir kural getiren, yenilik unsuru taşıyan, ürüne veya usule ilişkin fikirdir¹⁶³.

Patent verilebilirlik şartları, her ülkenin kendi patent kanununda ve uluslararası anlaşmalarda düzenlenmiş olan bir konudur. Genel olarak ifade etmek gerekirse, patent belgesi, talep üzerine, yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan bir buluş basamağını gerçekleştiren, tarım dahil sanayinin her alanına uygulanabilir ürün veya usule yönelik buluşlara verilir¹⁶⁴.

Her buluşa patent verilmez. Bir buluşa patent verilebilmesi için buluşun bazı nitelikler taşıması, bazı şartlara sahip olması gerekir. Bunlar Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK’da “patent verilebilirlik şartları” olarak adlandırılmıştır¹⁶⁵.

Buluşun patente bağlanabilmesi için yeni olması gerekir. 551 sayılı PKHK mad. 7’de yeniliğin tanımı yapılmıştır. “tekniğin bilinen durumuna dahil olmayan buluşlar yenidir. Tekniğin bilinen durumu, patent başvurusunun yapıldığı tarihten önce, buluş konusunda dünyanın herhangi bir yerinde toplumca erişilebilir yazı veya sözlü tanıtım, kullanım veya başka bir yolla açıklanan bilgilerden oluşur.” Maddenin birinci fıkrasında yenilik tanımı yapılmış, ikinci fıkrada da “mutlak yenilik ölçütü” yani dünyanın hiçbir yerinde açıklanmamış olma benimsenmiştir¹⁶⁶.

Patent Hukukunda buluşun yeni olması, tekniğin bilinen durumuna dahil olmama şeklinde ifade edilmiştir. Tekniğin bilinen durumu da patent başvurusunun yapıldığı tarihten önce, buluş konusunda toplumca erişilebilir yazılı veya sözlü tanıtım, kullanım veya başka bir yolla açıklanan bilgilerden oluşur. Bu açıklamanın nerde yapıldığının bir önemi yoktur¹⁶⁷.

Türk Patent Hukukuna göre bir buluşa patent verilebilmesi için yeni olmasının yanında o konuda uzman bir kişi tarafından tekniğin bilinen

¹⁶³ ŞEHİRALİ (Patent Hakkının Korunması), s.7.

¹⁶⁴ ŞEHİRALİ, (Patent Hakkının Korunması), s.8.

¹⁶⁵ TEKİNALP, s.537.

¹⁶⁶ ŞEHİRALİ, (Patent Hakkının Korunması), s.10.

¹⁶⁷ ÖZTÜRK, Özgür; İşletmenin Zor Kararı Patentlemek ya da Patentlememek, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, İstanbul 2011, s.400.

durumunda açık bir şekilde çıkarılamayan bir faaliyet sonucu gerçekleşmesi yani tekniğin bilinen durumunu aşması gerekmektedir. Ya da bir başka deyişle bir buluşun insanlığın bilgilerinin toplamına yararlı bir şey eklemesi gerekir¹⁶⁸.

Bir buluşta tekniğin bilinen durumu araştırılırken buluşun bütünlüğüne bakılarak teknikteki önceki bilgiler teker teker araştırılmalıdır. Tekniğin o günkü durumun göre yakın çare sayılmıyorsa yeterlidir¹⁶⁹.

Buluş, tarım dahil sanayinin herhangi bir dalında üretilebilir veya uygulanabilir olmalıdır. Sanayiye uygulanabilir olma, üretilebilmeyi ifade eder. Buluşun uygulanabilir veya üretilebilir olması yeterlidir, yoksa verimlilik aranmaz. Sanayi kavramı geniş anlaşılır¹⁷⁰. Teknik niteliği haiz her türlü maddi, algılanabilir faaliyet, tarım da dahil olmak üzere sanayiden sayılmaktadır¹⁷¹.

Her buluşa veya her konudaki buluşa patent verilemez. Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, bazı konulara giren fikri faaliyet sonuçlarını buluş kavramına yabancı oldukları, bazı çabaları ödüllendirmek istemediği, bazı fikri çalışmalarını teknik yönleri bulunmadığı, bazılarını kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı gördüğü, bazılarını sanayiye uygulanabilir ve üretilebilir olmadığı, cerrahi yöntemler ile tedavi ve tanı usulleri gibi insan sağlığı ile doğrudan ilgili buluşları da buluş sahibinin inhisarına vermek istemediği için patent alınabilen konular dışında tutulmuştur¹⁷².

Patent verilemeyecek konu ve buluşlar şunlardır :

- Kamu düzenine aykırılık
- Genel Ahlaka aykırılık
- Bitki ve hayvan türlerinin yetiştirilmesi yöntemleri
- Keşifler, bilimsel teoriler, matematik metotları
- Zihni, ticari ve oyun faaliyetlerine ilişkin plan, usul ve kurallar

¹⁶⁸ ERDEM, Patent Hakkının Korunması, s.57.

¹⁶⁹ YURTSEVER, s.32.

¹⁷⁰ TEKİNALP, s.546.

¹⁷¹ ÖZTÜRK, Özgür; s.401.

¹⁷² TEKİNALP, s.546.

- Edebiyat ve sanat eserleri, bilim eserleri, estetik niteliği olan yaratmalar, bilgisayar yazılımları

- Bilginin derlenmesi, düzenlenmesi, sunulması ve iletilmesi ile teknik yönü bulunmayan usuller

- İnsan ve hayvan vücuduna uygulanacak cerrahi ve tedavi usulleri ile, insan hayvan vücudu ile ilgili teşhis usulleri.

4.3 PATENT HAKKININ KULLANILMASI VE SONA ERMESİ

Patente yönelik hak ya da patent verilmesini isteme hakkı, buluşçunun buluşunu gerçekleştirdiği anda doğan, tekeli hak elde etmeye yönelik bir beklenen hakkı ifade etmektedir. Buluşçunun başvurunun yapılmasıyla ilgili beklenen hakkı, başvurunun yapılması ile sübjektif kamu hakkına dönüşür¹⁷³.

Patent hakkı denildiği zaman birbirinden farklı iki hak anlaşılır. Patentten doğan hak ve patent üzerindeki hak¹⁷⁴. Patentten doğan hak, patent verildikten sonra patent sahibinin elde ettiği yetkileri ifade ederken, patent üzerindeki hak patentin verilmesinden sonra buluş sahibinin kazandığı hukuki durumu göstermektedir¹⁷⁵. Patentten doğan hakkın kapsamını belirleyen temel kriter istem veya istemlerdir. İstem, buluşun korunması istenen unsurlarını açık ve öz olarak ifade eden taleptir ve her buluşun en az bir istemi içermesi mecburiyeti vardır¹⁷⁶.

Buluşçunun, buluşunu gerçekleştirdiği anda başka hiçbir koşula gerek olmaksızın buluş ile buluşçu arasındaki ilişkiden doğan hakka genel anlamda buluşçu hakkı denilmektedir¹⁷⁷.

Buluş sahibi gerçek kişidir. Tüzel kişiler veya ticari işletmeler buluş sahibi olamaz. Buluş, bir hukuki işlem olmayıp, maddi fiildir. Buluş üzerinde hak sahibi olmak bir iradenin varlığına tabi değildir¹⁷⁸.

¹⁷³ ŞEHİRALİ, Patent Hakkının Korunması, s.56.

¹⁷⁴ GÜRZUMAR, s.43-44.

¹⁷⁵ ARI, M.Haluk; Patent Lisansı Anlaşmalarında Münhasırlık ve Bölgesel Sınırlamalar, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003, s.15.

¹⁷⁶ KAYA, Arslan; Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar, Makalelerim I, 1.baskı, İstanbul 2012, s.326-327. (KAYA, Arslan; Patent).

¹⁷⁷ YURTSEVER, s.47.

Buluş sahibinin patentten doğan hakları, patent belgesi elde etmesiyle ortaya çıkan haklardır. Bu haklar patentli buluşun sahibine, buluşunu dilediği gibi kullanma yetkisi tanırken aynı zamanda kendi rızası olmaksızın üçüncü kişilerin belli fiillerde bulunmalarını önleme olanağını da gündeme getirmektedir¹⁷⁹.

Patent hakkı, Türk Patent Enstitüsü'ne başvuru yapılması ile başlar. Türk Patent Enstitüsüne yapılan patent başvurusu, 551 sayılı PKHK mad.42'de yer alan geçerlilik şartlarına haiz ise, başvuru sicile kaydedilir ve başvuru sahibine bildirilir. Daha sonra patent başvurusu şekli şartlar açısından incelenir ve eksik bulunmaz ise araştırma aşamasına geçilir. Araştırma, tekniğin bilinen durumu ve yenilik kriterlerinin belirlenebilmesi için tekniğin bilinen unsurlarının araştırılmasıdır. Bu araştırma, Türk Patent Enstitüsü tarafından yapılabileceği gibi bazı durumlarda milletlerarası niteliği tanınmış araştırma kurumları tarafından da yapılmaktadır.

Araştırma sonucunda düzenlenen rapor, başvuru sahibine bildirilir. Başvuru sahibinin bu aşamada incelemeli ya da incelemesiz patent sistemlerinden hangisini tercih ettiğini Türk Patent Enstitüsü'ne bildirmesi gerekir. Başvuru sahibi, üç ay içinde sistem tercihinin yapmaması halinde, incelemesiz sistemi tercih ettiği kabul edilir. Başvuru sahibinin sistem tercihi ve araştırma raporu yayınlanır. Bu sürenin dolması ile birlikte başvuru sahibine incelemesiz patent belgesi verilir. İncelemesiz patent belgesi yedi yıl süre ile geçerlidir. Bu 7 yılın sonunda patent sahibi isterse incelemesiz patentin incelemeli patente çevrilmesini isteyebilir. İstemezse patent hakkı sona erer.

İncelemeli patentte ise, araştırma raporunun yayınlanması ve sürelerin dolmasından sonra inceleme süreci başlar. Bu inceleme, yenilik ve tekniğin bilinen durumu kriterlerin değerlendirildiği bir incelemedir. İnceleme raporu başvuru sahibine bildirir ve varsa itirazlarını bildirmesi ya da değişiklik yapması için süre verir. Bu sürenin dolması ile Türk Patent Enstitüsü kesin kararını verir ve incelemeli patent belgesini başvuru sahibine gönderir.

¹⁷⁸ TEKİNALP, s.557.

¹⁷⁹ ŞEHİRALİ, Patent Hakkının Korunması, s.74.

İncelemeli patent belgesi 20 yıllık bir koruma sağlar ve sürenin dolması ile patent hakkı sona erer.

Patent hakkı, koruma süresinin dolması ile kendiliğinden sona erer ve sona erdiği tarihten itibaren toplumun malı olur. Patent hakkı ayrıca patent sahibinin patent hakkından vazgeçmesi ve patent belgesinin 551 sayılı KHK ile ödenmesi zorunlu olan yıllık ücretlerinin süresinde ödenmemesi ile sona erer.

Patent hakkı ile buluş sahibi, patent konusu ürün veya patent konusu usul ile doğrudan doğruya elde edilen ürünü satışa arz, satmak veya kiralamak yahut lisans sözleşmesi gibi bir işlemle üçüncü şahıslara sunmak konusunda inhisari bir yetki ve hak kazanır. Patent sahibinin inhisari yetkisi ve patent sahibine sağladığı hak ile ürünü devralan şahsın ürün üzerinde kazandığı hak dolayısıyla doğan menfaat ihlallerinin çözümü patent hakkının tükenmesi ilkesi ile çözümlenmektedir¹⁸⁰.

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.76 patent hakkının tükenmesi ile ilgilidir. Buna göre, patent sahibi veya onun izni ile Türkiye’de satışa sunulmuş olan patentli ürünlerle ilgili fiiller patentten doğan hakkın kapsamı dışında kalır. Bu madde uyarınca sadece satışa sunulmuş patentli ürünler hakkın tükenmesi anlamında değerlendirilecek, satış haricinde kiralama, bağışlama gibi fiiller madenin kapsamı dışında kalacaktır.

Patentli ürünü içeren malların piyasaya sürülmesi ancak bir kez gerçekleşebilir. Satılan patentli ürün, alıcısı tarafından kullanılabilir veya bir başkasına satılabilir, ancak bu fiiller patentli ürünün piyasaya çıkmasından sonra gerçekleşeceğinden patentten doğan hakkın kapsamında sayılmayacak ve patent sahibi bu fiillerin durdurulmasını önleyemeyecektir.

Özet olarak patent hakkının tükenmesi ilkesinin uygulanabilmesi için Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.76’nın uygulama koşullarının gerçekleşmesi gerekir¹⁸¹.

¹⁸⁰ ERDEM, Patent Hakkının Korunması, s.78-79.

¹⁸¹ ŞEHİRALİ, (Patent Hakkının Korunması), s.99.

4.4 PATENT HAKKININ SINIRLARI

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK uyarınca patent üzerindeki hak sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmalar, mad.75 anlamında geleneksel sınırlamalar ve mad.76, mad.77, mad.81, mad.94, mad.99 yer alan sınırlamaları da özel sınırlamalar olarak adlandırılmıştır¹⁸². Özel sınırlamalar şunlardır :

4.4.1 Ön Kullanım Hakkı

Bir buluş, bu buluş için patent başvurusu yapıldığı tarihte veya rüçhan tarihinde patente bağlı olmadan başkası tarafından iyiniyetle kullanılıyor veya kullanılması için gerçek ve ciddi hazırlıklar yapılıyor olabilir. Patent alınması ile birlikte patent sahibinin buluşu daha önce kullanan kişiyi menetmesinin haksız sonuçlar doğuracağı düşüncesiyle söz konusu kişiye sınırlı bir ön kullanım hakkı tanınmıştır¹⁸³.

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.77 uyarınca, patent başvurusunun yapıldığı tarih ile rüçhan hakkı tarihi arasında buluşu iyi niyetli olarak ülke içinde kullanmakta olan veya kullanım için ciddi ve gerçek tedbirler almış kişi veya kişilere karşı, patent konusunu aynı şekilde kullanmaya devam etmelerini veya alınmış tedbirlere uygun olarak kullanmaya başlamalarını önlemeye, buluş sahibinin hakkı yoktur. Ancak, üçüncü kişilerin patent konusunu kullanmaya devam etmeleri veya alınmış tedbirlere uygun kullanımları sahip oldukları işletmenin makul ihtiyaçlarını giderecek ölçüde olabilir. Bu kullanma hakkı ancak işletme ile birlikte devredilebilir.

4.4.2 Kanuni Tekel Durumu

Kanuni tekelde, tekel sahibine, tekel konusu alana ilişkin bazı buluşlarda kullanma hakkı talep etme yetki ve görevi verilmiştir. Bu yetki patent sahibinin hakkını sınırlandırmakta, onu tekel sahibi ile sözleşme yapma zorunluluğu altına sokmaktadır (mad.81). Kanunen tekele bağlanmış bulunan bir alanla ilgili bir buluş için patent alındığında, tekel hakkı sahibi söz konusu

¹⁸² KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL, s.236.

¹⁸³ TEKİNALP, s.610.

patenti kullanma hakkına haiz olmaz. Tekel sahibinin böyle bir patenti kullanabilmesi patent sahibinin izni ile mümkündür¹⁸⁴.

4.4.3 Zorunlu Lisans

Fikri mülkiyet haklarının sağladığı korumanın hak sahibine rakipleri karşısında oldukça önemli bir rekabet avantajı sağladığı açıktır¹⁸⁵. Her ne kadar her fikri sınai hakkın sahibine söz konusu hakkı kullanmak konusunda tekel hakkı verdiği, tekel hakkının ise hakim durumun en uç örneği olduğu düşünülse bile, özellikle patentler alanında yapılan buluşların, genellikle mevcut teknolojinin ilerlemesini sağlayıcı oldukları, ancak çok istisnai durumlarda patent hakkının sahibine tekel hakkı sağlayabileceği ifade edilmektedir¹⁸⁶.

Münhasır fikri mülkiyet haklarıyla rekabet kuralları arasında bir denge arayışında, rekabet kurallarının hak sahibini lisans vermeye zorlamaya gidecek yaptırımlardan¹⁸⁷ bir tanesi de zorunlu lisans verilmesidir. Zorunlu lisans, patent sahibi ya da patent sahibinin yetkili kıldığı kişilerin, teknik alanda yenilik getiren, kullanılmasında fayda olan patent verilmiş bir buluşu kullanmamaları halinde veya yasada öngörülen diğer hallerde, bu patenti kullanmak isteyen kimseye, zorunlu olarak kullanma imkanı tanımalarını öngören bir sistemdir¹⁸⁸.

Patent hakkının sınırlandıran durumlardan biri olan zorunlu lisansta, lisans patent sahibinin izni olmaksızın Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.99 vd. hükümleri uyarınca tanınmakta, patent sahibinin iradesi yerine mahkeme geçmektedir¹⁸⁹.

¹⁸⁴ TEKİNALP, s.620.

¹⁸⁵ GÖZLÜKAYA ANGI, Fatma; Lisans Sözleşmelerinde yer alan Bazı Hükümlere İlişkin Rekabet Hukuku Uygulaması, Makale, Rekabet Dergisi, Temmuz-Ağustos Eylül 2005 sayı 23, Rekabet Kurumu Yayını, s.9.

¹⁸⁶ GÜÇER, Sülün; Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2005, s.65.

¹⁸⁷ KAYA, Yüksel; Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003, s.17.

¹⁸⁸ KAYA, Arslan; 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi, Makalelerim I, 1.baskı, İstanbul 2012, s.288. (KAYA, Arslan; Zorunlu Lisans).

¹⁸⁹ TEKİNALP, s.612.

Zorunlu lisans verilmesini gerektirir haller 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.100 ve devamında belirtilmiştir. Buna göre, patent verildiğine ilişkin ilanın Patent Bülteninde yayınlanmasında itibaren 3 yıl geçtiği halde haklı bir sebep olmaksızın patent kullanılmamışsa ya da 3 yıl için ara verilmişse, patentler arasında bağımlılık var ise yani bir patentin kullanılması diğer patentin kullanılmasını zorunlu kılıyorsa ve kamu yararının gerektirdiği hallerde zorunlu lisans talep edilebilir. Zorunlu lisans almak isteyen kişi, sözleşmeye dayalı lisans alma girişiminde bizzat bulunabileceği gibi TPE'nin arabuluculuğunu da isteyebilir. TPE'nin arabuluculuğu reddetmesi ya da 2 aylık sürenin dolmasından sonra, zorunlu lisans almak isteyen taraf, zorunlu lisans talebi davası açabilir. TPE arabuluculuğunun istenmediği durumda da tarafların görüşmelerinin bitmesinde itibaren 3 ay içinde de bu dava açılabilir.

4.4.4 Kamu Düzeni

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.81 uyarınca, patent konusunun kullanımı, yasalara, genel ahlaka, kamu düzenine ve genel sağlığa zarar verecek şekilde olamaz. Patent hakkının kullanımı, mevcut ve gelecekte kabul edilecek belirli veya belirsiz süreli kanuni yasaklamalara ve sınırlamalara bağlı olacaktır.

4.5 İŞÇİ (ÇALIŞAN) BULUŞLARI

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.16 uyarınca işçi buluşları patent veya faydalı model belgesi ile korunabilir nitelikte olan buluşlardır. İşçi, bir özel hukuk sözleşmesi veya benzeri bir hukuk ilişkisi gereği, başkasının hizmetinde olan ve bu hizmet ilişkisini işverenin gösterdiği belli bir işle ilgili olarak kişisel bir bağımlılık içinde ona karşı yerine getirmekle yükümlü olan kişidir. Ücretsiz olarak ve belirli bir süreye bağlı olmaksızın hizmet gören stajyerler ve pratik yapan öğrenciler de, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre işçi sayılır. Bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre işçi buluşları; hizmet buluşları ve serbest buluşlar olarak nitelendirilir.

Hizmet buluşları, işçinin bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği veya işletmenin veya kamu idaresinin büyük ölçüde deneyim ve çalışmalarına dayanan, işçinin iş ilişkisi sırasında yaptığı buluşlardır. Bu hizmet buluşlarının dışında kalan buluşlar, serbest işçi buluşları olarak kabul edilir.

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, özel veya kamusal bir iş ilişkisi içinde bulunan kimseleri, yüklendikleri iş gereği ve işin yerine getirilmesi sırasında gerçekleştirdikleri buluşlar dolayısıyla, buluşa adlarının verilmesi gibi manevi ve bedel alma gibi maddi haklarla ödüllendirerek, işletme sahibini de patent sahibi kabul ederek, araştırma ve geliştirmeye önem verilmesi yönünde teşvik etmiştir¹⁹⁰.

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.34 uyarınca çalışan buluşlarına ilişkin düzenlemeler emredicidir ve çalışan aleyhine değiştirilemez, mad. 36 uyarınca da işveren sır tutma yükümlülüğü altındadır ve mad.37 uyarınca da işçi ve işveren arasındaki genel yükümlülükleri etkilemez.

Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sayılı KHK'daki hükümlerin dışında işçi buluşlarına ilişkin bir diğer kanuni düzenleme de 818 sayılı Borçlar Kanunu mad.336'da belirtilen düzenlemeydi. Bu düzenlemeye göre, işçi hizmetini yaparken bir şey ihtira etti ise, iş sahibi böyle bir ihtiranın kendisine ait olacağını akitte şart koymuş yahut bu ihtira işçinin taahhüt eylediği hizmetin levazımından bulunmuş ise, ihtira olunan şey iş sahibinin olur¹⁹¹. Ancak, adı geçen hüküm, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile değiştirilmiş ve mad.427'de Sınaî ve fikrî Mülkiyet Hakkı başlığı altında düzenlenmiş, "hizmet buluşları üzerinde işçinin ve işverenin hakları, bunların kazanılması ile diğer sınaî ve fikrî mülkiyet hakları konusunda özel kanun hükümleri uygulanır" diyerek özel yasa hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

ŞEHİRALİ'ye göre, çalışanın gerçekleştirdiği buluşlar, nitelikleri gereği ve patente yönelik hakkın belirlenmesi açısından "görevsel buluşlar", "fırsat

¹⁹⁰ TEKİNALP, s.558-559.

¹⁹¹ ERDEM, Patent Hakkının Korunması, s.208.

buluşları” ve “işe yabancı buluşlar” olarak sınıflandırılabilir. İşçi, buluşu sözleşmesel borç yani sözleşme gereği gerçekleştiriyorsa ortada “görevsel bir buluş” vardır. Görevsel buluşlarda patente yönelik hak işverene aittir. Çalışanın, işini gördüğü sırada ancak sözleşmesel bir borcun konusunu oluşturmayan buluşlarına “fırsat buluşları” denir ve kural olarak burada buluş üzerindeki hak çalışana aittir. Ancak çalışan ile işveren anlaşarak buluş üzerindeki hakkın işverene ait olacağını kararlaştırabilirler. Burada patente yönelik hak sahibi çalışandır. İşçinin işinin yaptığı sırada gerçekleştirdiği ancak yaptığı işle maddi bir bağlantısı bulunmayan buluşlara “işe yabancı buluşlar” denir. Bu buluşa yönelik patent hakkı işçiye aittir¹⁹².

TEKİNALP’e göre, “fırsat buluşları” ve “işe yabancı buluşlar”ı, “serbest buluşlar” olarak tek kategoride toplamıştır¹⁹³.

Hizmet buluşlarında (görevsel buluşlarda), çalışan, gecikmeksizin işverene yazılı bildirimde bulunmakla, işveren de bu bildirimden itibaren 2 ay içinde buluş bildiriminde düzeltilmesi gereken durumları işçiye bildirmekle yükümlüdür (mad.18). İşveren, bu buluşla ilgili olarak tam ya da kısmi hak talep edebilir. Bu talebini, işçinin bildiriminden itibaren 4 ay içinde işçiye bildirmek durumundadır (mad.19). İşveren, buluş üzerinde tam hak talep ettiğini işçiye bildirmiş ise buluş üzerindeki tüm haklar işverene geçmiş olur. İşveren buluş üzerinde kısmi hak talep etmiş ise ancak kısmi hakka dayanarak buluşu kullanabilir (mad.20). İşveren buluşunu yazılı olarak serbest bırakmışsa ya da kısmi olarak hak talep etmişse ya da buluş bildiriminin kendisine ulaşmasından itibaren 4 ay, Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.20 uyarınca da 2 ay içinde cevap vermez ise buluş serbest buluş halinde gelir (mad.21).

İşçi, işverenin buluş üzerinde tam hak yada kısmi hak talep etmesi halinde uygun bir bedelin kendisine ödenmesini talep edebilir. (mad.22-23) Uygun bedel, bir tarifeye bağlandığı gibi bedele ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde de zorunlu tahkim usulü öngörülmüştür. Bedel tarifesi ile ilgili

¹⁹² ŞEHİRALİ, Patent Hakkının Korunması, s.59-60.

¹⁹³ TEKİNALP, s.565-566.

tahkim usulü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından bir yönetmelikle düzenlenir.

Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sayılı KHK mad. 31 uyarınca işçi, bir iş akdi ilişkisi içinde iken serbest bir buluş yaptığı takdirde, durumu geciktirmeden işverene bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirim iki amacı vardır. Birincisi, işverene buluşun serbest bir buluş mu yoksa hizmet buluşu mu olduğunu incelemek ve olmadığı yolunda itirazda bulunma imkanını vermektir. İkincisi ise, işverenin o buluştan yararlanmasının yolunu açmaktır¹⁹⁴.

4.6 PATENT HAKKININ HUKUKİ İŞLEMLERE KONU OLMASI

Patent ile patent tescili için yapılan başvuru ve bunlar üzerindeki ortaklık payları hukuki işlemlere konu olabilir. Patent başkasına devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, kullanma hakkı lisans konusu olabilir, rehnedilebilir, patent hakkı üzerinde intifa hakkı kurulabilir, ticari işletmenin malvarlığı içinde yer alıp ortakların sermaye payına konu olabilir, hasılat kirası alınabilir, teminat gösterilebilir. KHK mad.86'da zikredilen bu işlemler numerusu clausus değildir ve anılan maddede açıkça belirtilmemesine rağmen başka işlemlere de konu olabilir.

Patent başvurusu ya da patent hakkı, işletmeden bağımsız olarak teminat gösterilebilir, rehnedilebilir ve üzerinde intifa hakkı tesis edilebilir. Bu durumlarda Medeni Kanun Hükümleri uygulanır¹⁹⁵.

Sahibine buluşunu tekелci şekilde kullanma hakkı tanıyan patent, lisans sözleşmeleri aracılığıyla bu hakkın başkalarına devrini de mümkün kılmaktadır. Lisans anlaşmaları, patent konusu buluşun ticarileşmesi ve ekonomiye kazandırılmasında büyük rol oynadığı gibi, dağıtım anlaşmalarına benzer bir şekilde lisans alanlar yoluyla markalar arası rekabetin güçlenmesine de katkıda bulunmaktadır¹⁹⁶.

¹⁹⁴ TEKİNALP, s.566.

¹⁹⁵ TEKİNALP, s.622.

¹⁹⁶ ARI, s.16.

Patent lisansı¹⁹⁷, teknik bilginin kullanılmasının hedeflendiği bir sözleşme türüdür. Lisans kullanım ve üretim amaçlı alınmış olabilir. Patent lisansı sözleşmelerinde lisans verenin ana borcu, lisans konusu gayrimaddi hakkın lisans alanın kullanımına verilmesidir¹⁹⁸.

4.7 FAYDALI MODEL KAVRAMI

Yukarıda da açıklandığı gibi, bir buluşa patent verilebilmesi için yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilirlik kriterlerinin bulunması gerekir. Pek çok buluş, özellikle buluş basamağı şartını taşımadığı için patent korumasından yararlanamamaktadır. İşte faydalı model, buluş basamağı şartını taşımayan buluşların korunması için getirilmiş bir koruma sistemidir. Faydalı model kavramı, bu tür yeni, sanayiye uygulanabilen ancak buluş basamağı olarak nitelendirilemeyecek teknolojik ilerleme kaydeden buluşları korumak amacıyla ortaya çıkmıştır. Faydalı modellerin belirli teknik alanlarda küçük ve orta ölçekli sanayicilerin gerçekleştirecekleri küçük buluşları korumak amacıyla verildiği kabul edilebilir¹⁹⁹. Faydalı model, patent alma mertebesine

¹⁹⁷ Lisans, inhisari lisans, inhisari olmayan lisans (adi lisans) ve zorunlu lisans olmak üzere değişik şekillerde verilebilir. Asıl olan adi lisans yani inhisari olmayan lisanstır ve bu lisans sözleşmesi ile lisans veren buluşu hem kendi kullanabilir ve hem de başkalarına kullanabilir. İnhisari lisansta ise, lisans veren başkasına lisans veremez, kendisi de kullanamaz. Ancak kendi kullanma haklarını saklı tutmuş ise lisansı kendisi de kullanabilecektir. Zorunlu lisansta ise, patente konu buluşun hak sahibince 3 yıl içinde kullanılmaması, başka patente bağımlılık, kamu yararı gerekçeleri ile patent sahibinde zorunlu lisans verilmesi istenebilir ve gerekirse mahkeme de başvurulabilir. Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK uyarınca lisans sözleşmeleri yazılı şekil şartına tabidir. 551 sayılı KHK “patent başvurusu ve patent üzerinde doğan sağlar arası işlemler yazılı şekle tabidir” hükmüyle bu tür sözleşmelerin yazılı geçerlilik koşuluna tabi olduğunu öngörmüştür. Burada sadece yazılı şekilden söz edildiğinden resmi şekil aranmayacaktır (KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Hukuksal İşlemler, Prof.Dr.Gürkan Çelebican’a Armağan, Ankara Üniversitesi Yayını, Ankara 2011, s.430). Ancak, patent lisansı sözleşmesinin sahip olduğu ekonomik önem göz önüne alındığında uygulamada bu sözleşmenin noter tarafından düzenlenmesinin akit taraflarca tercih edileceği tabiidir (ERDEM, Patent Hakkının Korunması, s.139). Uygulama da bu yöndedir.

¹⁹⁸ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe; Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, s.115.

¹⁹⁹ Faydalı modellere kısaca küçük buluş denebilir. Tüm büyük buluşlar, süregelen buluşlar daha ziyade küçük işletmelerde, kobilerde yapılan veya kişilerin yaptığı küçük buluşlar üzerinde yükselir. Dolayısıyla faydalı model belgesi verilmesini, faydalı modelin korunmasını (yasal düzenleme açısından) teferruata boğmamak ve kolaylaştırmak gerekir. (KAYA, Arslan; Sınai Haklar, s.440).

ulaşamayan ve fakat basit formüllere ve ilkelere dayanan, bazı gereksinimlere cevap veren teknik çözümlerdir²⁰⁰.

Günümüzde faydalı model korumasının bir ihtiyacıdır. Bu ihtiyacın temel nedeni, patent mevzuatının korumadığı bazı küçük buluşlardır. Küçük buluş ve teknik ilerlemeler, patent ve tasarım mevzuatı arasında kalmakta olup, genellikle her iki mevzuatta da öngörülen koruma şartlarını karşılayamadığından dolayı hukuki himayeden yoksun kalma tehlikesi vardır. O nedenle günümüzde küçük buluşların da koruma altına alınması gerektiği yönündeki düşünceler genel kabul görmektedir²⁰¹.

Faydalı Model belgeleri ile ilgili düzenleme, Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK 154 vd. maddelerinde yer almaktadır. Faydalı model koruması, zaman ve masraf açısından patent verilmesine oranla daha elverişli olması ve üst düzeydeki teknolojik buluşların yanısıra, üretimi arttıran, basitleştiren, kalitesini yükselten ve üretim usul ve uygulamasını değiştirerek çevre kirliliğini azaltan küçük buluşların da teknik gelişimine önemli katkıları olması şeklinde ifade edilmektedir²⁰².

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.166 uyarınca, mad.156 hükmüne göre yeni olan ve mad.10 anlamında sanayiye uygulanabilen buluşlar, faydalı model belgesi verilerek korunur. Bu tanımda ifadesini bulan yenilik, faydalı model başvurusuna konu olan buluşun başvuru tarihinden önce, Türkiye içinde veya dünyada herkesin ulaşabileceği şekilde yazılı olarak veya bir başka yolla açıklanmamış veya yöresel veya ülke çapında kullanılmamış olmasıdır²⁰³.

²⁰⁰ YASAMAN, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları I, 1.baskı, İstanbul 2006, Oto Plakası-Plaka Taşıyıcısı Tabla Bilirkişi Raporu, s.379.

²⁰¹ SULUK, Cahit; AB ve Türk Hukukunda Faydalı Modellerin Korunması, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2002, sayı 1, s.53-87. (SULUK, Faydalı Model).

²⁰² ŞEHİRALİ, Patent Hakkının Korunması, s.15-17.

²⁰³ KARAHAN, Sami; Faydalı Modellerin Hükümsüzlüğü Davalarında Dava Açma Yetkisi ve Dava Şartları, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2004, sayı 1, s.12. (KARAHAN, Faydalı Model).

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.155 uyarınca, mad.6'da belirtilen konuların yanısıra usuller ve bu usuller sonucunda elde edilen ürünler ile kimyasal maddeler hakkında faydalı model belgesi verilmez.

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.166 uyarınca, Faydalı model belgelerine ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı ve faydalı model belgelerinin özelliği ile çelişmediği takdirde, patentler için öngörülen hükümler, faydalı model belgeleri için de uygulanır.

4.8 PATENT HAKKI İHLALLERİ, HUKUK VE CEZA DAVALARI

4.8.1 KORUMA TEDBİRLERİ

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.150 uyarınca, patentle sağlanan hakları ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tesbitini mahkemeden isteyebilir. Delillerin tespiti bir dava olmayıp, davaya ilişkin tedbir niteliğinde bir işlemdir. Hatta aşağıda bahsedilecek olan patent hakkına özgü tespit davasının delilleri bile bu şekilde delil tespiti talebi ile mahkemeden istenebilir.

Bu talebin talepçisi, patent hakkı sahibidir. Delil tespitlerinde kural, karşı tarafa tebligat yapılmasıdır. Ancak acele hallerde karşı tarafa tebligat yapılmadan da delil tespiti yapılabilir. Bu durumda, karşı tarafın gıyabında yapılan tespite itiraz hakkı vardır. Delil tespitinin temyizi mümkün değildir²⁰⁴. Delillerin tespitinde usul yönünden HMK hükümleri uygulanır. (HMK 400-405).

4.8.2 PATENT HAKKININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ DAVASI

Patentin hükümsüzlüğü davası, patentin, patent sicilinden silinmesi sonucunu içerdiği için eda davası niteliğindedir²⁰⁵. Bu davayı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.130 uyarınca, zarar gören kişiler ya da Cumhuriyet Savcılığı kanalıyla ilgili resmi makamlar tarafından açılabilir.

²⁰⁴ YURTSEVER, s.125.

²⁰⁵ TEKİNALP, s.630.

Zarar gören kişi, zarara uğrayan veya uğrama tehlikesi altında bulunan ya da bilinen patenti kullanabilme olanağı kısıtlanan yahut kısıtlanma tehlikesi bulunan herhangi bir gerçek ve tüzel kişi olabilir.

Patentin hükümsüzlüğü davası koruma süresi boyunca ya da hakkın sona ermesinden itibaren 5 yıl boyunca açılabilir (mad.130/2).

Patent Hakkının hükümsüzlüğünün hangi hallerde talep edilebileceği Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.129'da tahdidi olarak sayılmıştır.

Hükümsüzlük davalarında görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir. Yetkili mahkeme ise, Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad. 137 uyarınca davalının ikametgahı mahkemesidir. Davalının ikametgahının bulunmaması halinde ise sicilde kayıtlı patent vekilinin işyerinin bulunduğu yerdeki mahkeme, sicilden kaydı silinmiş ise Türk Patent Enstitüsü'nün merkezinin bulunduğu Ankara mahkemeleridir.

Patentin hükümsüzlüğüne ilişkin mahkeme kararının sonuçları geriye etkili olup patent tescil edildiği tarihten itibaren geçersiz sayılır. Bu nedenle patente ilişkin hukuki işlemler de geçersizdir. Bu geçmişe etkili olma kuralının katı bir tarzda uygulanmasının adil olmayabileceği düşüncesi ile hareket eden Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.131'de bazı istisnalara yer vermiştir²⁰⁶. Buna göre patentin hükümsüz sayılmasından önce kesinleşmiş ve uygulanmış mahkeme kararları ve patentin hükümsüz sayılmasından önce yapılmış ve uygulanmış sözleşmeler geçerlidir.

4.8.3 PATENT HAKKINA TECAVÜZ OLMADIĞININ TESPİTİ DAVASI

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.149 uyarınca, tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin dava açılabilir. Bu dava menfi (olumsuz)

²⁰⁶ TEKİNALP, s.634.

tespit davası niteliğindedir²⁰⁷. Menfaati olan herkes patent hakkı sahibine karşı dava açarak, kendi fiillerinin patentten doğan hakka tecavüz teşkil etmediğinin tespitini isteyebilirler²⁰⁸.

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.149/2 uyarınca, dava açılabilmesinin temel şartı, davacının Türkiye'de giriştiği veya girişeceği sınai faaliyeti veya bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimlerin patentten doğan haklara tecavüz teşkil edip etmediği hakkında, patent sahibinden görüşlerini bildirmesini noter aracılığı ile talep etmesinin zorunlu olmasıdır. Bu talebin patent sahibine tebliğinden itibaren bir ay içinde patent sahibinin cevap vermemesi veya verilen cevabın menfaat sahibi kişi tarafından kabul edilmemesi halinde, menfaat sahibi herkes, patent hakkı sahibine patent hakkına tecavüz olmadığının tespitine ilişkin dava açabilir.

Bu davanın dinlenebilmesi için genel dava şartlarına ek olarak hukuki ilişki ve hukuki yarar şartı aranmaktadır²⁰⁹.

Dava, patent üzerinde hak sahibi bulunan ve Patent Sicili'ne kayıt edilmiş olan, bütün hak sahiplerine tebliğ edilir.

4.8.4 PATENT HAKKININ DEVRİ DAVASI

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.13 uyarınca, patent hakkı gerçek sahibinden başka bir kişiye verilmiş ise bu durumda gerçek hak sahibi olduğunu iddia eden kişi, patentin kendisine devir edilmesini dava edebilir. Madde başlığında “patentin gaspı” olarak nitelenen bu dava, YURTSEVER’e göre patentin davacıya verilmesi istendiğinden dolayı eda davası niteliğindedir²¹⁰. TEKİNALP’e göre ise aynı niteliktedir ve medeni hukuktaki istihkak davasına benzetilmektedir²¹¹.

²⁰⁷ ŞEHİRALİ, Patent Hakkının Korunması, s.177, ERGÜN, Mevci; Patentten Doğan Haklara Tecavüz Olmadığının Tespiti, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2004, sayı 3, s.35. (ERGÜN, Patent)

²⁰⁸ YURTSEVER, s.122.

²⁰⁹ ERGÜN, Patent, s.41.

²¹⁰ YURTSEVER, s.110.

²¹¹ TEKİNALP, s.572-573.

Bu davada, gerçek hak sahipliğini iddia eden davacı aynı zamanda zararının da giderilmesini talep edebileceği gibi kısmi hak sahipliğinin de tanınmasını isteyebilir.

Bu dava, süre ile sınırlı olup, patentin ilanından itibaren 2 yıl içinde açılmalıdır. Kötü niyet var ise, dava patentin koruma süresi boyunca açılabilir (mad.13/2).

Davanın açılacağı mahkemenin görev ve yetkisi ise patentin hükümsüzlüğü davası ile aynıdır.

4.8.5 PATENT HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN DAVALAR

4.8.5.1 Patent Hakkına Tecavülden Kaynaklanan Hukuk Davaları

Patent sahibinin tekelci hakları ona, diğer kişilerin izni olmaksızın buluşunu kullanma imkanını ortadan kaldırma hakkı tanımaktadır. Tekelci haklar patent sahibine mutlak bir egemenlik hakkı tanıdığından bu alana patent sahibinin yetkilendirmediği kişilerin yapacağı tecavüze karşı korumayı da beraberinde getirmektedir.

Patent hakkına tecavüz, patent sahibi dışında 3. bir kişi tarafından gerçekleştirilecektir. Bu kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişiliği bulunan bir kurum veya şirket de olabilir. Bu kişilerin tecavüz eden sayılabilmeleri için patent sahibinin yetkilendirmediği kimseler olmaları gerekmektedir²¹². Tecavüz eden fiili bizzat yapabileceği gibi (doğrudan tecavüz) bir başkasını bilerek tecavüz sayılan fiile teşvik edebilir (dolaylı tecavüz)²¹³.

Tecavüz bir haksız fiildir. Tecavüzün varlığı için Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK'da belirtilen eylemin gerçekleşmiş ve somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut bulunmaması gereklidir²¹⁴.

Patente tecavüz halleri, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK'da sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesine göre belirlenmiştir

²¹² ŞEHİRALİ, Patent Hakkının Korunması, s.100-101.

²¹³ YURTSEVER, s.111-112.

²¹⁴ TEKİNALP, s.637.

yani tahdididir²¹⁵. Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.136 uyarınca patente tecavüz sayılacak fiiller tek tek sayılmıştır.

Patente tecavüz davasının davacısı, patent sahibidir ve patentin patent bülteninde ilan edilmesi ile patente tecavüz davasını açabilir. Bu davada görevli mahkeme, ihtisas mahkemeleridir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, ihtisas mahkemesi olarak şimdilik sadece İstanbul, Ankara ve İzmir’de Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi kurmuştur. Bu iller dışında kalan yerlerde ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen mahkemeler ihtisas mahkemesi sıfatı ile hükümsüzlük davasına bakmakla görevlidir.

Patente tecavüz davasında, davacı patent hakkı sahibi (ya da inhisari lisansa sahip olan lisans alan); tecavüzün durdurulmasını (mad.137), tecavüzün giderilmesini (mad.137), maddi tazminat ödenmesini (mad.138), itibar tazminatı ödenmesini (mad.142), manevi tazminat ödenmesini (mad.137, BK mad.49), tecavüz konusu ürün ve araçlar üzerinde mümkünse mülkiyetin tanınmasını veya ürünlerin imhasını (mad.137) talep edebilir.

Patente tecavüz davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahı mahkemesi veya suçun işlendiği ya da tecavüz fiillerinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir.

4.8.5.2 Patent Hakkına Tecavüzün Tespiti Davası

Tespit davaları ile bir hukuki ilişkinin var olup olmadığı tespit edilir. Tespit davasının açılabilmesi için hukuki yararın mevcut olması gerekir. Bu sebeple eda davası açılabilen hallerde tespit davasının açılmasında hukuki yarar yoktur²¹⁶. Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK’nın 137.maddesinde özel olarak bir düzenleme bulunmamakla beraber bu maddenin sınırlandırıcı olmayan ifadesinden hareketle patent sahibinin bu tespit davasını açabileceği sonucuna varılmaktadır.

²¹⁵ TEKİNALP, s.638.

²¹⁶ YURTSEVER, s.121-122.

Bu dava, 3.kişilerin fiillerinin tecavüz niteliğinde olduğunun ve haksızlığının tespit amacıyla açılacak bir davadır ve olumlu tespit davası niteliğini taşımaktadır²¹⁷. Davacısı, patent hakkı sahibidir. Dava, davacının ikametgahı mahkemesinde açılabileceği gibi tecavüz fiilinin gerçekleştiği yer ya da etkilerinin görüldüğü yer mahkemesinde de açılabilir. Görevli mahkeme ise ihtisas mahkemeleridir.

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, delillerin tespit davası adı altında yeni bir davayı Türk hukuku'na getirmektedir. Delillerin tespiti davası, bir dava olup, HMK 400-405²¹⁸,de düzenlenen delillerin tespitinden farklıdır. Bu dava sonunda mahkemece karara bağlanan deliller başka mahkemede inceleme ve tartışma konusu yapılamaz²¹⁹.

4.8.5.3 Ceza Davaları

Yürürlükteki mevzuatımıza göre patent suçları, Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK'ya ekleme yapan 4128 sayılı yasa ile 3 grup halinde düzenlenmektedir. İdarenin yetki yasasına dayalı olarak çıkarttığı KHK ile bu alandaki düzenlemelerin eleştiriye açık yönleri bulunmaktadır. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 05.02.2009 tarihli ve 2005/57 E, 2009/19 K sayılı kararı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.136/1 ve 2. bentleri iptal edilmiştir²²⁰. Anayasa mahkemesinin verdiği bu iptal kararı ve yeni TCK'nın yürürlüğe girmesiyle patent ve faydalı modellere tecavüz bakımından yaptırım ortadan kalkmıştır²²¹.

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.73/A'da suç olarak cezalandırılan eylemler tek tek belirtilmiştir. Bu suçların faili, KHK uyarınca suç sayılan eylemleri işleyen kişidir. Çalışanlar da fail sıfatını alabilirler. Bu durumda suçun işlenmesine engel olmayan işletme sahibi, müdür veya temsilcisi veya işletmeyi yöneten kişi de fail olur.

²¹⁷ ŞEHİRALİ, Patent Hakkının Korunması, s.176.

²¹⁸ Eski yasa, HUMK 368-374.

²¹⁹ TEKİNALP, s.641-642.

²²⁰ Kararın tam metni için Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/> (Erişim tarihi 28.08.2013).

²²¹ Ayrıntılar ve tartışmalar için Bkz. SULUK, Cahit; Patent İhlaline Cezai Yaptırımın Uygunluğu Şartları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yıl 2012, sayı 1, s.79. (SULUK, Patent); GÜNEŞ, s.236-237.

Bu suçlardan dolayı kovuşturma şikayete bağlıdır. Şikayetçi, patent hakları tecavüze uğrayan kişidir. Ayrıca TPE’de şikayet hakkına sahiptir. Şikayetin fiilden ve failden haberdar olma tarihinden itibaren 2 yıl içinde yapılması gerekir.

Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK mad.73/A son fıkra uyarınca, patent hakkına tecavüz eden ve cezayı gerektiren eşya ile bunları üretmeye yarayan araç, gereç, cihaz, makine gibi vasıtalar, zapta ve el koymaya tabi oldukları gibi aynı zamanda da imha edilirler. Bunlara ilişkin usulü işlemler Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’na tabidir.

5. COĞRAFI İŞARETLER

Coğrafi işaret, bir malın kökenini gösteren veya kullanılan bir unsur, madde, motif, malzeme ya da usul sebebi ile bir alana, yöreye, bölgeye yahut ülkeye yollamada bulunarak o mala istek ve güven duyulmasını sağlayan coğrafi bir ad veya işarettir²²². Coğrafi işaretlere, Amasya elması, Malatya kayısı, Kütahya çinisi, Isparta halısı gibi örnekler verilebilir²²³.

Coğrafi işaret, ayırteci işaretler arasında geçmiş en eskiye dayanmakla birlikte, kullandıkları ürünlerin kökenini belirtme fonksiyonu dolayısıyla markaların ilk hali olarak karşımıza çıkmaktadır²²⁴.

1995 yılında Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında 555 Sayılı KHK'nın kabul edilmesi ile birlikte, coğrafi işaret kavramı fikri mülkiyet hukukumuzda girmiştir.37 KHK'da üst kavram olarak coğrafi işaret kavramı ve bunun alt dalları olarak da “menşe adı” ve “mahreç işareti” kavramları tercih edilmiştir²²⁵.

Coğrafi işaretler üzerindeki hak mutlak bir hak olmadığı gibi kullanan kişi yönünden inhisari nitelikte de değildir. Çünkü coğrafi işaret alansal, yöresel, bölgesel, ülkesel genelliğe bir anlamda anonimliğe sahip olup belli bir kişiye veya bazı kişilere bağlanamaz. Bu sebeple coğrafi işaret hukuki işlemlere de konu olamaz²²⁶.

555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK mad. 3 uyarınca coğrafi işaret, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibariyle kökenin bulunduğu bir yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş bir ürünü gösteren işaretlerdir.

²²² TEKİNALP, s.22.

²²³ <http://www.tpe.gov.tr/portal/default2.jsp?sayfa=431> adresinden Türk Patent Enstitüsü'nde tescilli coğrafi işaretlerin listesine ulaşılabilir. (Erişim tarihi 24.08.2013).

²²⁴ KAN, Mustafa; Yerel Düzeyde Ekonomik Kalkınmada Coğrafi İşaretlerin Kullanımı ve Etkisi, Doktora tezi, Ankara 2011, s.19 (www.yok.gov.tr) (Erişim tarihi 17.07.2013).

²²⁵ YILDIZ, Burçak; Coğrafi İşaretlere ve Coğrafi Köken Gösteren Diğer İşaretlere İlişkin Olarak Uluslar arası Sözleşmelerde ve Avrupa Birliği Hukukunda Kullanılan Kavramların Kapsamı İle Bu Kavramların Hukukumuzda Uyarlanması Sorunu, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2007, sayı 4, s.37-39.

²²⁶ TEKİNALP, s.23.

Bir ayırt edici işaretin coğrafi işaret olarak nitelendirilebilmesi için bir takım unsurları taşıması gerekir. Coğrafi işaretin; ürün, belli bir coğrafi alan, işaret (ad), ürünün belli bir karakteristik kazanmış olması ve ürünün karakteristik özellikleri ile coğrafi alanı arasında bağlantı olması şeklinde beş unsurdan oluştuğu söylenebilir²²⁷.

Coğrafi işaretler, menşe adı ve mahreç işareti olarak ikiye ayrılmıştır.

Bir ürünün menşei olan yöre, alan veya bölge adı, coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, alan, bölge veya çok özel durumlarda ülkeden kaynaklanan bir ürün olması; tüm veya esas nitelik veya özellikleri bu yöre, alan veya bölgeye özgü doğa ve beşeri unsurlardan kaynaklanan bir ürün olması; üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinin tümüyle bu yöre, alan veya bölge sınırları içinde yapılan bir ürün olması şartlarının birlikte karşılanması durumunda "menşe adını" belirtir (mad.3).

Bir ürünün menşei olan yöre, alan veya bölge adı, coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, alan veya bölgeden kaynaklanan bir ürün olması; belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibarıyla bu yöre, alan veya bölge ile özdeşleşmiş bir ürün olması; üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az birinin belirlenmiş yöre, alan veya bölge sınırları içinde yapılan bir ürün olması durumunda "mahreç işareti" göstergesini belirtir (mad.3).

Coğrafi İşaretin, Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK hükümlerinden faydalanabilmesi için Türk Patent Enstitüsü Siciline söz konusu ürünün üreticisi olan gerçek veya tüzel kişiler, tüketici dernekleri, konu ve coğrafi yöre ile ilgili kamu kuruluşları tarafından kaydedilmesi gerekmektedir (mad.4, 7).

Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK mad.20 uyarınca, coğrafi işareti tescil ettiren, söz konusu ürünün üretimi, işlenmesi, pazarlanması, tescilli işaretin kullanılması biçimi, markalanması gibi unsurları ayrıntılı olarak denetlemek ve bu denetim için yeterli personel, ekipman ve diğer olanaklara

²²⁷ GÜNDOĞDU, Gökmen; Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması, İstanbul 2006, 1.baskı, s.9. (GÜNDOĞDU, Coğrafi İşaret Kavramı).

sahip olmak zorundadır. Bu nedenle coğrafi işaretlerin tescili daha ziyade Sanayi ve Ticaret Odaları nezdinde olmalıdır. Sanayi ve ticaret odaları mali açıdan gerek üreticilerden gerek tüketici derneklerinden daha güçlüdür. Dolayısıyla kendi özünde de belli bir maliyeti barındıran denetim sürecinin daha etkin bir şekilde ve daha verimli bir şekilde yapılması da bu bağlamda söz konusu olabilir²²⁸.

Türk Patent Enstitüsü siciline kaydedilen coğrafi işaretler, sadece tescil edildikleri ürünler üzerinde kullanılabilir²²⁹.

Coğrafi İşaretlere ilişkin koruma hükümleri mad.15, 24 ve 25.maddede belirtilmiştir²³⁰.

6. ENTEGRE DEVRE TOPOGRAFYALARI

Devre, bir komutun elektronik olarak algılanmasına olanak tanıyan düzenektir. Entegre devre ise, devre öğelerinin ve bunlar arasındaki bağlantıların taban görevi yapan bir katman üzerinde ve tek bir birim halinde oluşturulmasıyla elde edilen ve çok sayıda komutu yerine getirebilen devreler bütünüdür. Entegre devreyi oluşturan öğeler mikroskobik boyutlarda olduğundan entegre devreler mikroçip olarak da adlandırılır²³¹.

Çip, yonga olarak adlandırılan, yarı iletken küçük elektronik yapılar, belirlenmiş bir düzeneğe göre tasarlanmış entegre devreleri içerir. Entegre devre birbiri üzerine gelen katmanlardan oluşur, her katman bir görüntü verir. İşte topografya, her bir katmanın görüntüsü ve birbirine bağlanmış biçimlerini

²²⁸ GÜNDOĞDU, Gökmen; Coğrafi İşaretlerin Kullanımı ve Denetimi; Fikri ve Sınai Haklarda İhlal Halleri ve Davaları Konferansı, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2008, s.81. (GÜNDOĞDU, Coğrafi İşaretlerin Kullanımı).

²²⁹ GÜNDOĞDU, Coğrafi İşaret Kavramı, s.102.

²³⁰ Coğrafi işarete ilişkin uyumsuzluklarla ilgili düzenlemeler büyük ölçüde markalarla ilgili yasal düzenlemeye benzerdir.

²³¹ ODMAN BOZTOSUN, Ayşe; Entegre Devre Topografyası Hakkında Eleştirel Bir Bakış, Fikri Hakların Korunmasında Uygulanacak Hukuk, 1.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2005, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, s.83. (ODMAN BOZTOSUN, Entegre Devre Topografyaları).

içeren üç boyutlu tasarımdır²³². Entegre devreler, bir bakıma buluş bir bakıma da tasarımdır²³³.

Entegre devre topografyaları, fazla teknik olmasından kaynaklı ve aynı zamanda kamuoyunda fazla bilinmeyen bir sanayi kolu olması nedeni ile çok dikkat çekmeyen bir alandır. Fakat bu sanayi kolu, bugün yeni teknolojilerin temelini oluşturmaktadır²³⁴.

Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun, 2004 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun 13.maddesi uyarınca, tescil için Türk Patent Enstitüsü'ne başvurulması gerekmektedir²³⁵.

7. ISLAHÇI HAKLARI

Türkiye'de bitki çeşitlerinin geliştirilmesini özendirerek, yeni çeşitleri ve ıslahçı haklarını korumak amacıyla 2004 yılında Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarına İlişkin Kanun kabul edilmiştir. Bu kanun uyarınca getirilen tescil, fikri mülkiyet anlamında bir tescil olmayıp, ıslah edilmiş çeşitlerinin morfolojik, biyolojik ve tarımsal nitelikleri belirtilerek Tarım Bakanlığı'na kütüğe kaydedilmek sureti ile tescildir²³⁶.

Bitkinin genetik yapısı değiştirilerek ıslah gerçekleştirilmektedir. Bitki ıslahının amacı, verimli, kaliteli, hastalık ve zararlılara dayanıklı, stres koşullarına uyumlu çeşitler elde etmek ve çevreyi korumaktır. Bitki ıslahında geleneksel yöntemler veya biyoteknoloji kullanılmaktadır²³⁷. Islahçı hakkı kavramı, bitki çeşidini ıslah eden kişiye hukuk düzenlerinin tanıdığı hakkı ifade etmektedir²³⁸.

²³² TEKİNALP, s.19.

²³³ TEKİNALP, s.780.

²³⁴ YÜCE, Özden; Fikri ve Sınai Haklar Hukukunda Entegre Devre Topografyaları, İstanbul, Haziran 2010, 1.baskı, s.33.

²³⁵ Entegre devre topografyalarına ilişkin hukuki işlem ve uyumsuzluklarla ilgili düzenlemeler büyük ölçüde tasarımlarla ilgili yasal düzenlemelere benzerdir.

²³⁶ TEKİNALP, s.753.

²³⁷ TÜYSÜZ, Mustafa; Fikri Mülkiyet Hakları Çerçevesinde Yeni Bitki Çeşitleri Üzerindeki Islahçı Hakkı, Ankara 2007, s.42.

²³⁸ TÜYSÜZ, s.53.

8. TİCARET ÜNVANI VE İŞLETME ADI

Ticaret unvanları ve işletme adları, çoğu zaman marka olarak algılanmakta ve tüketici nezdinde işletmeyi ve ürünü tanıtmaya, tüketiciyi ürüne yönlendirme algısı yaratmaktadır. Tacirin, ticari işlerinde kullandığı isme ticaret ünvanı denir. (TTK mad.39) Ticaret ünvanı sadece tacirler tarafından kullanılır, esnaf ticaret ünvanı kullanamaz.

İşletmeyi, benzer işletmelerden ayırt etmeye yarayan işletme adı, tacirlerin yanısıra esnaflar tarafından da kullanılabilir. Ancak işletme adının kullanılma mecburiyeti yoktur²³⁹.

Ticaret ünvanı, ticari hayatın vazgeçilmez parçalarındandır ve tacirin ticari işletmesi ile ilgili işlemlerini yaparken kullanmak zorunda olduğu adıdır. Hukuki açıdan ticaret ünvanının kullanılması hem bir hak, hem de bir mükellefiyettir²⁴⁰. Türk Ticaret Kanununa göre, usulen tescil ve ilan edilmiş ticaret ünvanını kullanma hakkı münhasıran sahibine aittir. Böylece ticaret siciline tescilli bir ticaret ünvanı, sahibine münhasır kullanma yetkisi bahşeden mutlak bir hakkın konusunu oluşturur²⁴¹.

Ticaret unvanları ve işletme adları, işletmelerin temel öğeleri arasındadır. Ticaret ünvanından, bir işletmenin belirli bir isim altında ticari etkinliklerde bulunabilmek için ticaret siciline kayıtlı olduğu anlaşılır. Ancak bu kayıt marka olarak kabul edilemez. Ticari işletme kurulurken ticaret ünvanını sicile tescil ettirmekle isme ilişkin koruma sağlanmış olur²⁴². Ticari ismin 556 sayılı KHK kapsamında marka olarak korunabilmesi ise onun ancak marka olarak tescil ettirilmesi ile mümkündür.

Ticari hayatta çoğunlukla ticari şirketler ve işletmeler, ticaret ünvanlarını aynı zamanda marka olarak da kullanmaktadır. Bu durumda, ticaret ünvanının marka olarak kullanılması sebebi ile ticaret ünvanı/işletme adı Türk Patent Enstitüsü Markalar Siciline kaydettirilmediği sürece marka hakkından ve

²³⁹ ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s.55.

²⁴⁰ KORKMAZ, Şerife; Ticaret Ünvanının Korunması ve Marka İle İlişkisi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s.28. (www.yok.gov.tr) (Erişim tarihi 24.07.2013).

²⁴¹ GÜRZUMAR, Osman Berat; Franchise Sözleşmeleri, İstanbul 1995, 1.baskı, s.61.

²⁴² OYTAÇ, Kutlu; Markalar Hukuku, İstanbul 1999, 1.baskı, s.1-2.

Markaların Korunması Hakkında KHK hükümlerinden yararlanamaz. Ticaret unvanları/işletme adları, ancak TTK haksız rekabet hükümlerine dayanılarak korunabilir.

Ticaret unvanına ilişkin hakkının ihlal edildiği düşüncesinde olan tescilli unvan sahibi tacir, gerçek kişilere aynı sicil dairesi içinde, tüzel kişilere tüm Türkiye çapında, öncelikle TTK'nın ünvanın korunmasına tahsis edilmiş özel hükümlerinden yararlanarak dava açabilir²⁴³.

9. SINAİ MÜLKİYET HAKLARININ HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNE GÖRE KORUNMASI

Ticari faaliyetlerde işletmelerin birbirleri ile rekabet etmesi doğal ve kaçınılmazdır. İşletmelerin rekabet halinde olması, bir yandan daha kaliteli mal ve hizmet üretilmesini sağlar, diğer yandan fiyatların düşmesine neden olur. Bu bakımdan kural olarak bütün işletmelere rekabet hakkı tanınmıştır. Ancak diğer bütün haklar gibi rekabet hakkının da kötüye kullanılmaması gerekir. Rekabet hakkını ihlal eden davranışlar “rekabet sınırlamaları”²⁴⁴ ve “haksız rekabet” olarak iki bölüme ayrılmıştır²⁴⁵.

Haksız rekabet, esas olarak TTK'da 54-63. maddeleri arasında düzenlenmiştir²⁴⁶. TTK mad.54 uyarınca haksız rekabet, “Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır” şeklinde tanımlanmıştır²⁴⁷. Haksız rekabet

²⁴³ KARAHAN, Sami; Ticaret Unvanında İltibas, Fikri Hakların Korunmasında Uygulanacak Hukuk, 1.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2005, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, s.47. (KARAHAN, İltibas).

²⁴⁴ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile düzenlenmiş olup çalışmamızda bu konuya değinilmemiştir.

²⁴⁵ ÇEKER, Mustafa; Ticaret Hukuku, 4.baskı, Adana 2012, s.193.

²⁴⁶ Bu düzenlemenin yanısıra BK mad.57, 444-446 ve 626 ile Markaların Korunması Hakkında KHK, Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK, Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK ve İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun gibi diğer mevzuatta da haksız rekabeti önleyici özel hükümler bulunmaktadır.(ASLAN, İ.Yılmaz; Ticaret Hukuku Dersleri, 6.baskı, Bursa 2012, s.122) (ASLAN, Ticaret Hukuku).

²⁴⁷ Eski TK hükümleri haksız rekabeti iyiniyet kurallarına aykırı olan hakkın kötüye kullanılmasını önlemek ve toplum içinde iktisadi hayatın rekabetin suiistimali ile bozulmasına mani olmak amacına dayanırken yeni TTK hükümleri haksız rekabeti, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması amacına dayandırmaktadır. (POROY,

hükümleri, kamu menfaati açısından getirilmiş hükümlerdir ve rakibi, müşterileri, mesleki menfaatleri ve serbest ekonomik faaliyette bulunma hakkını korumak amacındadır²⁴⁸.

Haksız rekabetin varlığı için üç unsurun bir araya gelmesi gerekmektedir. Bunlar, iktisadi rekabet, dürüstlük kurallarına aykırılık, zarar veya zarar tehlikesinin varlığıdır²⁴⁹.

TTK mad.55’de haksız rekabet teşkil eden haller sayılmıştır²⁵⁰. TTK mad.55 uyarınca başkasının malları, iş ürünleri, faaliyet ve işleri ile karıştırılmaya (iltibasa) yol açacak yöntemlere başvurulması en yaygın haksız rekabet halidir ve fikri mülkiyet hukuku ile doğrudan ilgilidir. Burada karıştırılma, öncelikle mal ya da iş ürünlerinin dış görünüşleri itibariyle yanıltmayı, kandırmayı, yanlış algılamaya neden olmayı ifade eder. Bu madde, özellikle unvan, işletme adı, marka gibi tanıtma vasıtalarının tescilli olmadığı hallerde önemlidir²⁵¹.

Haksız rekabet kavramıyla sınırlarının pek net çizilemediği, bu nedenle de karıştırılmaya müsait diğer bir hukuk dalı fikri mülkiyet hukukudur. TTK’nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinin fikri mülkiyet hukuku hükümlerine nazaran genel hüküm niteliğinde olması ve fikri mülkiyet hukukuna göre koruma sağlanamayacak durumlarda haksız rekabete ilişkin hükümlere başvurulması bu karışıklığın en önemli nedenidir²⁵².

Haksız rekabet hükümleri ile fikri mülkiyet mevzuatında yer alan hükümler arasında en çok tartışılan ve bilirkışı incelemesi açısından da büyük öneme sahip olan “iltibas” ve “karıştırılma ihtimali” kavramlarıdır. Markaların Korunması Hakkında KHK, “karıştırılma ihtimali” kavramını TTK’da

Reha / YASAMAN, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, 14.baskı, İstanbul 2012, s.311). ERİŞ’e göre ise, eski TK’da bahsedilen “iktisadi rekabet” hukuki değildir, anlam ve içeriği belirsizdir. Yeni TTK metni, “dürüst ve bozulmamış rekabet” kavramı ile hukuken tanımlanabilir bir rekabeti vurgulamaktadır. (ERİŞ, Gönen; Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 2013, C.2, s.1466).

²⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için Bkz. KALE, Serdar; Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale Getirme Davası, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2004, s.11-13. (KALE, Haksız Rekabet).

²⁴⁹ KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL, s.415.

²⁵⁰ Eski TK mad.57’de 10 bent halinde sayılan ve sınırlayıcı olmayan haksız rekabet halleri, yeni TTK ile 32 bent olarak sayılmıştır. (POROY/YASAMAN, s.321).

²⁵¹ ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s.318.

²⁵² ORUÇ, Murat; Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, 1.baskı, İstanbul 2009, s.18-19.

düzenlenen “iltibas” kavramına nazaran genişletmiştir. TTK’da, halkın marka ile işareti kullanan işletmelerin aynı olduğu yanlışlığına düşmesi veya düşürülmesi aranmaktadır²⁵³. İşaretlerin karıştırılmasında alıcı bir işareti taşıyan malı diğer işareti taşıyan mal ile aynı olduğunu farz ederek almaktadır²⁵⁴. İltibasın sözlük anlamı, birbirine çok benzeyen iki şeyin karışması, andırışmadır. Hukuki tanımı ise tanıtma aracının vasat müşterilerin gözünde veya kulağında yarattığı aldanmaya yol açabilecek benzerlik şeklinde yapılmaktadır²⁵⁵.

556 sayılı KHK’daki “karıştırılma ihtimali”nde ise, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde ve herhangi bir nedenle güvendiği işletme ile malını aldığı işletme arasında bir ekonomik bağlantı olduğunu düşünmesi dahi karıştırılma ihtimalinin varlığı için yeterlidir²⁵⁶. Karıştırma tehlikesi, en çok unvan ve markaların taklit edilmesi sureti ile meydana gelir. Bunun yanısıra tasarım hakkını ilgilendiren ambalaj taklitleri, patent ve faydalı model hakkını ilgilendiren sınai model ve çizim taklitleri de diğer karıştırma ihtimallerinin ortaya çıktığı fikri mülkiyet alanlarıdır²⁵⁷.

Ayrıca tescilli marka ile kullanılan işaret arasında görsel, sesçil benzerlik bulunmasa dahi, halk bunlar arasında herhangi bir şekilde herhangi bir sebeple benzerlik kuruyorsa karıştırılma ihtimalinin varlığı yine kabul olunur²⁵⁸. Karıştırılma ihtimali, Markaların Korunması Hakkında KHK’da hem bir tescil engeli hem de bir tecavüz eylemi olarak düzenlenmiştir²⁵⁹. Uygulamada markalar arasındaki karıştırma ihtimalinin belirlenmesinde mahkemelerce uzman bilirkişilerin görüşlerinden faydalanılmaktadır²⁶⁰.

²⁵³ TEKİNALP, s.437.

²⁵⁴ KÜÇÜKALİ, Canan; Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, 1.baskı, Ankara 2009, s.21.

²⁵⁵ ODMAN BOZTOSUN, Ayşe; Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, Ankara 2006, s.218. (ODMAN BOZTOSUN, Haksız Rekabet)

²⁵⁶ TEKİNALP, s.437, KÜÇÜKALİ, s.65-66.

²⁵⁷ POROY/YASAMAN, s.329-330.

²⁵⁸ DEMİR, Hatice Özge; TTK’deki İltibas İle 556 S.KHK’daki Karıştırılma İhtimali Kavramlarının Karşılaştırılması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s.111 (www.yok.gov.tr). (Erişim tarihi 24.07.2013).

²⁵⁹ EPÇELİ, Sevgi; Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, İstanbul 2006, s.7.

²⁶⁰ KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL, s.418. Bu konu ile ilgili 3.bölümde açıklamalar yapılmıştır.

Haksız rekabetin önlenmesi için açılacak davalar, tespit davası, men davası, düzeltme davası, maddi tazminat davası, manevi tazminat davası ve ceza davası olarak sayılabilir²⁶¹.

²⁶¹ Haksız rekabet halinde açılacak davalar hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. KARAHAN /SULUK /SARAÇ/NAL, s.420-426; ASLAN, Ticaret Hukuku, s.135-140; ORUÇ, s.60 vd; CAMCI, Ömer;Haksız Rekabet Davaları I, İstanbul 2002, s.153-171; KALE, Haksız Rekabet, s.25-31; POROY/YASAMAN, s.349-356; ÇEKER, s.213-218.

İKİNCİ BÖLÜM

MEDENİ USUL HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

1. BİLİRKİŞİLİK KAVRAMI, TANIMI VE TARİHÇESİ

1.1 BİLİRKİŞİLİK KAVRAMI

Hukuk ve yargı denilince ilk akla gelen kavram olan adaletin ancak gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılmasıyla sağlanabileceğine olan inanç tereddütsüzdür. Özellikle bilimsel ve teknik içerikli ihtilaflarda gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması da ancak bilirkişilerin katkılarıyla mümkün olabilmektedir. Usul ve yöntem farklılıkları olmakla beraber, tüm hukuk sistemlerinde yargılama makamları bu anlamda bilirkişilerden yararlanmaktadır¹.

Önüne gelen uyuşmazlıkları çözerek sonuçlandırmakla yükümlü olan hakim, ne denli hukuk veya genel bilgiyle, kültürle donatılmış olursa olsun yargılamada güncellenen olaylar içinde ortaya çıkan olgu sorunlarını çözmede özel, teknik veya bilimsel bilgilere ve bu bilgilerin ışığında yorumlara gereksinim duyacaktır. Bu nedenle hukuk, hakimin nesnel olgu sorunlarının çözümünde doğal bilgi eksikliğini gidermek amacıyla bilirkişi kurumuna yer vermiştir².

Davada taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmalar bir takım olgulara dayanır ve bu olguların (vakıaların) taraflarca ispatı gerekir. Bu durumda hükmün kimin aleyhine verileceğini hukuk muhakemelerinde ispat yükü kuralları belirler. İspat, genel anlamda bir iddianın doğru ve gerçek olup olmadığı konusunda hakimi inandırma faaliyetidir. Hakimi, bir iddianın doğru olup olmadığına inandırmak için başvurulanan araçlara ispat araçları denir. İspat araçları delillerdir. Bir vakıanın ispatlanması deliller ile olur. Delil, bir maddi

¹ KAHRAMAN, Mahmut / KURT, Fatma; Deniz İhtisas Mahkemelerinde Bilirkişi Delilinin Gerçeğin Ortaya Çıkarılmasına Yönelik Etkin Kullanımı, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50.Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 710.

² AŞÇIOĞLU, Çetin; Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesi ve Kanayan Yara Bilirkişilik, Ankara 2010, 1.baskı, s.1-2.

vakianın gerçekleşip gerçekleşmediğine hakimi inandırmaya yarayan ispat vasıtasıdır³.

Medeni usul hukukunda deliller arasındaki en önemli ayırım kesin deliller, takdiri deliller şeklindeki ayırımdır. Ayırımın temelinde hakimin yargılamaya getirilen delil karşısındaki durumunun farklılığı yatmaktadır. Hakim, bir delilin ilişkin bulunduğu vakıyı ispat edilmiş kabul etmek mecburiyetinde ise bu kesin delil kategorisine girecek, hakim sunulan bir delili serbestçe değerlendirme, takdir etme durumunda olabiliyor ise takdiri bir delil söz konusu olacaktır⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kesin bir ayırım yapılmamasına rağmen hukukumuzda deliller, kesin ve takdiri delil ayrımı esas alınarak incelenmektedir. Kesin deliller, şartlarını, hükümlerini ve sonuçlarını kanunun belirlediği ve bu şartların mevcut olması halinde hakimin bağlı olduğu ve takdir yetkisine sahip olmadığı delillerdir. Takdiri deliller ise koşullarını ve hükümlerini kanunun tayin etmediği, hakimi bağlamayan, hakimin serbestçe takdir ettiği delillerdir⁵. Kesin deliller, ikrar, kesin hüküm, senet ve yemin olmak üzere dört tanedir. Takdiri deliller ise; tanık, bilirkişi, keşif, uzman görüşü ve kanunda düzenlenmemiş diğer delillerdir⁶. Takdiri delillerden ve ispat vasıtalarından olan bilirkişi delili, hukuk yargılamasında en çok kullanılan delillerden birisidir⁷.

İhtilafı, bir hükümle sona erdirmeye durumunda olan hakim iktisatta ve toplumdaki gelişmelerin artması ve giderek komplike durumlar doğmasına paralel olarak hayat olaylarının anlaşılması da güçleştiğinden sıklıkla çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerle karşılaşacaktır. Bu durumda hakimin bilgisine başvuracağı kişi bilirkişidir⁸.

³ MUŞUL, Timuçin; Medeni Usul Hukuku, 3.baskı, Ankara 2012, s.324.

⁴ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s.317.

⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES; s.419, 452, 473, 474.

⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.363-364.

⁷ ÇOLAK, Uğur, Fikri Mülkiyet Davalarında Bilirkişi Raporlarının Değerlendirilmesi ve Bağlayıcılığı Sorunu, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, İstanbul 2011, s.136.

⁸ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s.358.

Mahkeme hakiminin her şeyi bilmesi mümkün değildir. Özellikle teknik bir eğitimi gerektiren konularda, bu konuda eğitim görmüş kişilere başvurması zorunlu hale gelmektedir⁹. Çağımız uzmanlaşma çağıdır ve teknik konuların her birinin kendi içinde dahi birbirinden farklı çok sayıda uzmanlık alanları oluşmaktadır. Hatta hukukçuların uzmanlaşmasından bahsedilmekte ve somut olarak avukatlar çeşitli konularda uzmanlaşmaya gitmektedir. Uzmanlaşma mahkemeler bakımından da söz konusudur, genel mahkemeler yanında özel uzmanlık mahkemeleri vardır ve bunlar gittikçe çeşitlenmektedir. (Tüketici mahkemeleri, fikri ve sınai haklar hukuk ve ceza mahkemeleri gibi). Çünkü hukuk düzeni de ekonomik düzenin gelişmesine paralel olarak gelişmektedir¹⁰.

İçinde yaşadığımız toplumun bir üyesi olan ve kendisine biçilmiş sosyal rolün gereği olarak uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmakla yükümlü bulunan hakim, tıp, mühendislik, mimarlık, muhasebe, matematik, istatistik gibi uzmanlık gerektiren konularda, uyuşmazlığın temelini oluşturan vakıaların tespiti ya da açıklığa kavuşturulmasında konunun uzmanı olan kişilerin oy ve görüşlerine başvurması kaçınılmazdır. Zira bir hakimın hukuk bilgisinin dışında kalan konular hakkında o alana özel bir ilgisi ya da merakı yoksa yeterli bilgi sahibi olabilmesi zaten imkansızdır¹¹. Bu kişi, bilirkişi olarak adlandırılan, özel bilgi ve tecrübesine güvenilen kişidir. Özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde hakim, önüne gelen uyuşmazlığı doğru karara bağlayabilmek için işin uzmanından (bilen kişilerden) yardım alma ihtiyacıdır. Kanun bu nedenle bilirkişilik müessesesini düzenlemiştir¹².

⁹ ERSOY, Aydemir; Bilirkişilik Kavramı ve Hukuk Sistemi İçindeki Yeri Paneli, 03 Nisan 2003, Hukuk Merceği Konferans ve Paneller 2003, Ankara Barosu Yayını, 2003, s.65

¹⁰ YILMAZ, Ejder; Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı, Bilirkişilik Sempozyumu Samsun 09-10 Kasım 2001, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2002, s.538-539. (YILMAZ, Ejder, Taslak).

¹¹ AKİL, Cenk; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hakimın Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 gün ve E 2008/4-734, K.2008/766 Sayılı Kararının Tahlili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, sayı 3, s.699. (AKİL, Karar Tahlili). Kanaatimizce, hakimın özel bilgisi ya da merakının, o konu hakkında bilirkişiye başvurmadan karar verebileceğine gerekçe olabilmesi hususu tartışılabilir. Zira kişisel ilgi ya da merak nedeni ile bir konu hakkında bilgisi olan hakimın bu konudaki bir uyuşmazlık hakkında tek başına karar vermeye çalışması bazı sakıncaları da beraberinde getirebilir. Çünkü konunun uzmanı olmak ile konuya merak duymak ve ilgilenmek tamamen farklı kavramlardır. Bu durumlarda hakim, bilirkişi incelemesi yaptırmalı ve kendisi de özel ilgi ve merak olduğu konu ile ilgili denetim ve raporun elverişliliği hususlarını incelemelidir.

¹² YILMAZ, Ejder; HMK Şerhi, s.1231.

Bilirkişilik müessesesi, iki kanattan oluşmaktadır. Bu kanatlardan ilki incelemeyi yapan bilirkişi, ikincisi ise bilirkişinin hazırlayarak mahkemeye sunacağı, aydınlatıcı bilgiyi içeren bilirkişi raporudur¹³.

1.2 BİLİRKİŞİLİĞİN TANIMI

Bilirkişiliğin yasada belirlenmiş net bir tanımı yoktur. Bu nedenle doktrinde birçok tanımı yapılmıştır. Bu tanımlardan bazıları şunlardır :

KURU'ya göre bilirkişi, görüşüne başvurulmuş husus hakkında (hakim tarafından bilinmeyen) özel ve teknik bilgisine dayanarak inceleme yapan ve vardığı sonuçları mahkemeye bildiren kişidir¹⁴.

ERASLAN'a göre adli olaylarda bilgisinden yararlanan kişiye bilirkişi denir ve delili değerlendirme özel bilgi gerektiriyorsa bilirkişiye ihtiyaç duyulur¹⁵.

GÜNEŞ'e göre, soruşturmada tespit edilen vakıalardan uzmanlığı nedeni ile netice çıkarmaya hakim tarafından davet edilen kimseye bilirkişi denir. Başka bir deyimle bilirkişiler, kanıtlara ilişkin bir konuda sahip olduğu uzmanlık nedeni ile hakime yardımla görevli kimselerdir¹⁶.

KÖROĞLU'na göre bilirkişi, bir uyuşmazlığın temelini oluşturan olgu ve olayların saptanması, aydınlanması ve değerlendirilmesinde teknik saptamalar yaparak yargıca yardımcı olan kişidir¹⁷.

DERYAL'e göre bilirkişi, yargılama prosedürü içinde hakim'in ihtiyaç duyduğunda başvurduğu bir "yardımcısı"¹⁸ ve bir yargılama sujesi olarak değerlendirilmiştir¹⁹.

¹³ ÇAYAN, Gökhan; Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi, İstanbul 2013, s.1-2

¹⁴ KURU, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, 6.baskı, C.3, s.2622.

¹⁵ ERASLAN, Orhan; Bilirkişilik Kavramı ve Hukuk Sistemi İçindeki Yeri Paneli, 03 Nisan 2003, Hukuk Merceği Konferans ve Paneller 2003, Ankara Barosu Yayını, 2003, s.61.

¹⁶ GÜNEŞ, s.367.

¹⁷ KÖROĞLU, Hasan; Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları, 2001, s.31.

¹⁸ Bilirkişinin, doğrudan "hakim yardımcısı" olarak tanımlanmasından ziyade "hakime yardımcı olan konusunda uzman kişi" şeklinde tanımlanmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Aynı görüşte AŞÇIOĞLU, Çetin; Bilirkişilik Sorunu, Hukuk Kurultayı 2000,

KURU/ARSLAN/YILMAZ'a göre bilirkişi, bir davada çözümü hakim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşüne başvurulmuş üçüncü kişiye denir²⁰.

PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES'e göre bilirkişi, tecrübe prensipleri hakkında hakimde eksik olan bilgiyi veren ve bu tecrübe prensiplerine dayanarak sabit olan bir olaydan sonuçlar çıkaran veya kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olayları tespit eden kişidir²¹.

ÜSTÜNDAĞ'a göre bilirkişi, hakime kendi emri üzerine tecrübe prensipleri hakkında kendisinde eksik olan bilgiyi veren veya bu tecrübe prensiplerine dayanarak sabit olan bir vakıadan netice istidlalleri çıkaran veya kendi özel mesleki bilgisine binaen ihtilafli vakıaları tespit eden şahıstır²².

ÇAYAN'a göre bilirkişi, hakimin davayı çözebilmesi için vakıaların dayandığı özel veya teknik konuları aydınlatmak amacı ile usulüne uygun olarak atanan, özel veya teknik konuya vakıf, ilgili fakülteleri bitirerek o alanda yetkinleşmiş, bağımsız ve serbest çalışan, görevini icra ederken kamu görevlisi sayılan kişilere bilirkişi denir²³.

KILIÇ'a göre, bir uyuşmazlığın çözümü için özel ve teknik bilgi gereken hallerde görüşüne başvurulmuş dava dışı kişi veya kişilere bilirkişi denir²⁴.

TANRIVER'e göre bilirkişi, bir davanın çözüme kavuşturulması bakımından önem taşıyan, açıklığa kavuşturulması ya da tespiti özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlarda, mahkemece oy ve görüşüne başvurulmuş üçüncü kişi ya da kişilere bilirkişi denir²⁵.

Ankara Barosu Yayını, Ankara 2000, s.83. s.83-100. (Kısaca bilirkişi, yargıcın yardımcısı değil, ona yardım eden kişidir.)(AŞÇIOĞLU, Bilirkişilik Sorunu).

¹⁹ DERYAL, Yahya; Türk Hukukunda Bilirkişilik, 4.baskı, 2012, s.25.

²⁰ KURU/ARSLAN/ YILMAZ, s.423.

²¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.518.

²² ÜSTÜNDAĞ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997, 6.baskı, s.740.

²³ ÇAYAN, s.4.

²⁴ KILIÇ, Halil; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2011, C.2, s.2219.

²⁵ TANRIVER, Süha; Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, yıl 2009, Özel sayı Prof.Dr.Bilge UMAR'a Armağan, s.575. (TANRIVER, Hukuk Yargısı).

Tüm bu tanımlar, HMK mad.266 vd. maddelerinde yer alan düzenlemelerinden çıkarılmış tanımlar olup, tüm tanımların ortak noktası, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, oy ve görüşüne başvurulmuş alanlarında uzman kişinin bilirkişi olarak adlandırılmasıdır.

HMK mad.266 uyarınca, mahkeme çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir.

Yargıtay da çözümü hukuk dışında özel ya da teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi görüşüne başvurulmamasını bozma nedeni olarak görmüştür. Yargıtay HGK, 05.10.2011 tarih, 2011/19-481 E, 2011/595 K sayılı kararı uyarınca, “..Mahkemece, davacı tarafın sunduğu ihale belgeleri ve hesaplama yöntemi dışında bir inceleme yapılmaksızın davanın kabulüne karar verilmiş; açıklanan hususlar göz önüne alınmamıştır. Mahkemece yapılacak iş; tarafların iddia ve savunmalarının, dosyadaki şartname ve delillerin incelenmesi bakımından tayin edilecek tarafsız, teknik bilgiye sahip, uzman bilirkişi aracılığı ile şartname koşullarının yerine gelip gelmediği ve iddia edilen zararın oluşmasına davalı yanın neden olup olmadığı ile sonuçta elde edilecek verilere göre şartnamede açıklanan verilerle tazminat miktarının saptanması ve varılacak sonuca göre bir karar verilmesinden ibarettir. Yerel mahkemece bu yönlerde işaret eden Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, eksik incelemeyle direnme hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır”²⁶.

Yargıtay HGK, 27.04.2011 tarih, 2011/4-62 E, 2011/223 K sayılı kararı uyarınca, “..Konunun çözümü açık biçimde özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden, hakimin konusunda uzman bilirkişi ya da bilirkişilerin oy ve görüşünü alarak sonuca varması gerekmektedir”²⁷.

Bilirkişinin yargılamadaki rolü, işlevi bakımından taraf delili ve hakim yardımcısı kavramları karşılaştırıldığında, taraf delilinin hakimin ve hasmın

²⁶ Yargıtay HGK, 05.10.2011 tarih, 2011/19-481 E, 2011/595 K. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

²⁷ YARGITAY HGK, 27.04.2011 tarih, 2011/4-62 E, 2011/223 K. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

güven duymaması ve bir çok bilirkişiye müracaat edilmesi mecburiyetini doğurması gibi olumsuz sonuçları olduğu tespit edilmektedir. Ancak bu bilirkişi seçiminde tarafların tamamen etkisiz kılınmasına da yol açmamalıdır. Bilirkişi hakim yardımcısıdır ifadesi sözel açıdan vakıaların ve delillerin taraflarca getirilmesi ilkesi çerçevesinde hakimin, bilirkişiye re'sen başvurmasını izaha yardımcı olmaktadır. Ayrıca hakimin yardımcısıdır fikri, bilirkişiyi delil saymaya da engel değildir²⁸.

ERASLAN'a göre bilirkişilik bir meslek değildir. Bu nedenle bir meslek olarak örgütlenmesi, bir meslek olarak odalaştırılması da mümkün değildir²⁹. TANRIVER' göre de bilirkişilik bir meslek değildir. Bilirkişiliğin bir meslek sayılmayıp mesleğin modülasyonu olduğu gözetilecek olursa, ancak meslekler için işlerlik kazanabilecek bir hukuki yapılanma modeli olan oda ve odalar birliği şeklindeki bir yapılanmanın bilirkişilik kurumuna uygun düşmeyeceği ortadadır³⁰. ÇAYAN'a göre ise, bilirkişiliğin profesyonel olarak icra edilebilmesi, onun meslek olarak kabul edilebilmesine bağlıdır. Bilirkişilik bir meslek olarak kabul edilmeli ve bağlı buldukları bürolar ve meslek örgütleri kurulmalıdır³¹. Bu çerçevede Adalet Bakanlığı tarafından Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanun Tasarısı Taslağı hazırlanmış ancak kanunlaşmamıştır³².

Kanaatimizce bilirkişilik meslek değildir ve meslek olarak da kabul edilmemelidir. Zira bilirkişi, mesleki olarak uğraştığı, çalıştığı alandaki özel ve teknik uzmanlık bilgisi nedeni ile yargılamaya yardımcı olmak amacı ile görevlendirilmektedir. Her bilirkişinin ayrı bir mesleği, ayrı meslek kuralları, ayrı meslek örgütü ve ayrı mesleki etiği vardır. Bu çeşitli meslek mensubu kişileri, asıl mesleklerinden edindikleri teknik bilgiyi ve uzmanlığı paylaştıkları ve hakime yardımcı oldukları için ayrı bir meslek erbabı haline getirmek birçok karışıklığı beraberinde getirecek, bilirkişiliğin ticarileşmesine yol açacaktır. Ayrıca bilirkişiliğin bir meslek olarak kabul edilmesi ayrı bir meslek örgütü

²⁸ YILDIRIM, Kamil; Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, Prof.Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s.835-836.

²⁹ ERASLAN, s.61.

³⁰ TANRIVER, Süha; Bilirkişinin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, yıl 2005, sayı 56, s.152) (TANRIVER, Bilirkişi).

³¹ ÇAYAN, s.141-142.

³² Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan 2011 tarihli Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanun Tasarısı Taslağı metni için Bkz. Bilirkişilik Sempozyumu Samsun 09-10 Kasım 2001, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2002, s.551-583.

ihtiyacını beraberinde getirecek ve bu şekilde tek bir mesleğe mensup olmayan birçok kişi ile ilgili bir mesleki örgütlenme de bilirkişinin özgür araştırma, inceleme yapma ve görüş bildirme niteliğinin ve görevinin zedelenmesine sebep olacaktır.

Ceza ve hukuk davalarının niteliğinden kaynaklanan bazı küçük farklılıklar dışında, bilirkişinin görevi ve işlevi, sayısı, reddedilmesi, bilirkişi incelemesi ve bunun raporlandırılması ve bilirkişi görüşünün bağlayıcılığı konularında ayrı ayrı usul kanunlarında düzenlenecek ölçüde farklılıklar bulunmadığı, her iki yargılama düzeninde de bilirkişinin temel fonksiyonunun aynı olduğu söylenebilir³³.

1.3 BİLİRKİŞİLİĞİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Medeni usul hukukunda bilirkişilik kurumunun ve bilirkişi görüşünün hukuki niteliği tartışmalıdır. Bilirkişiyi “hakim yardımcısı” olarak kabul eden görüşe göre hakim, kararını bilirkişi raporuna dayanarak ve bilirkişi raporuna uygun olarak vermelidir. Bilirkişi raporunu sadece “ispat vasıtası” olarak kabul eden diğer görüşe göre ise hakim bilirkişi raporuna aykırı olarak da karar verebilmelidir.

Bilirkişi raporunun hakimi bağlamayacağı ve hakimin rapora aykırı karar verebileceğini savunan KURU'ya göre, hakim bilirkişi raporunu serbestçe takdir eder, bilirkişi raporunu yeter derecede kanaat verici bulmazsa bilirkişiden ek rapor isteyebilir veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Fakat hakim, bilirkişi raporunda yazılı özel ve teknik açıklamalardan bilirkişi raporunda varılan sonucun yanlış olduğunu takdir edebilecek derecede bilgi sahibi olduğu kanısında varabiliyorsa bilirkişi raporunun aksine de karar verebilmelidir. Ancak hakim bilirkişi raporunun aksine karar verirken, bilirkişi raporundaki sonucun neden yanlış olduğunu hükümde gerekçesi ile birlikte inceleyip belirtmelidir³⁴.

³³ DERYAL, s.30.

³⁴ KURU, C.3, s.2769-2770. Aynı görüşte Bkz.BERKİ, Şakir; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1959, s.53-55 (Aktaran ÜSTÜNKAYA, Faruk Feza; Yargıç Karşısında Bilirkişi

PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES'e göre, hakim çoğu kez zor olmakla birlikte bilirkişi raporunda yeterli bilgiyi edinmişse raporun aksine de karar verebilir. Bilirkişi raporunun aksine karar veren hakim, mutlaka bunun gerekçesini de göstermek zorundadır³⁵.

TANRIVER'e göre hakim bilirkişi raporunu serbestçe takdir etmesi ve bilirkişi raporunun aksine de karar verebilmesi, kendisini bilirkişinin yerine koyması anlamına gelmez. Çünkü hakim bilirkişi raporunun aksine karar verebilmesi sağlam gerekçeler ve dayanaklar göstermesi koşuluna bağlıdır. Hakimi tatmin oluncaya kadar sürekli bilirkişi incelemesi yaptırmak zorunluluğu ile karşı karşıya bırakmak da, hükmün görünüşte hakim gerçekte de bilirkişi tarafından verilmesi anlamına gelir³⁶.

YILMAZ'a göre, hakim bilirkişi görüşünden farklı bir sonuca vararak karar verebilmesi mümkündür. Bu durumda hakim bilirkişi görüşünü neden benimsemediği konusunda vereceği gerekçe çok daha önemlidir. Tersine bir anlayışla hakimi bilirkişi raporu çerçevesinde karar vermeye ve bu amaçla yeni bilirkişi seçimine zorlamak usul ekonomisine aykırı olduğu gibi yargı bağımsızlığı ile bağdaştırılamaz³⁷.

ÜSTÜNDAĞ'a göre, usul kanununun 286.maddesi (HMK mad.282) kanunda buldukça hakim bir bilirkişi raporunda yeterli gerekçeler göstermek sureti ile ayrılabilir³⁸.

Doktrinde benimsenen diğer görüş, bilirkişiyi hakim yardımcı kabul eden görüştür ve hakim, bilirkişi raporunu yetersiz görürse ek rapor ya da yeni bir bilirkişi raporu almalıdır.

ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM'a göre, günümüz Kıta Avrupasında egemen olan görüş, bilirkişiyi hakim yardımcı kabul eden

Raporunun Hukuki Değeri, Ankara Barosu Dergisi, yıl 1982, sayı 4, s.88) Aynı görüşte Bkz. ÜSTÜNKAYA, s.95; ÇAYAN, s.9.

³⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.529.

³⁶ TANRIVER, Hukuk Yargısı, s.591.

³⁷ YILMAZ, Ejder, HMK Şerhi, s.1285.

³⁸ ÜSTÜNDAĞ, s.754.

görüştür³⁹. YILDIRIM, mukayeseli hukukta bilirkişinin bir taraf delili mi yoksa hakim yardımcısı mı olduğu konusunun tartışılmakta olduğundan bahsetmekte ve egemen olan görüşün bilirkişinin hakim yardımcısı olarak kabul edildiği görüş olduğunu ve bu görüşe göre bilirkişinin konumunun uygulamada hakim gibi olduğunu belirtmektedir⁴⁰.

MAVİOĞLU'na göre, dava görülürken belli bir olayın aydınlatılması özel bilgi ve tekniği gerektirebilir. Hakim, bilirkişiye başvurmakla söz konusu konuda yetenekli olmadığını kabul etmiştir. Bilirkişiye başvurduğu konuda hakim bilirkişice verilen raporu göz önünde tutmaksızın karar veremez⁴¹.

KÖROĞLU'na göre, HMK'da bilirkişiye deliller arasında yer verilme ve taraf delili olarak düzenlenmekle birlikte bilirkişiye re'sen başvurulabilme gerçeği ve bilirkişinin davadaki işlevi göz önüne alındığında bilirkişinin hakim yardımcısı olduğu anlayışı daha çok benimsenir olmuştur. Bilirkişi görüşü, yerine göre bazen delil, bazen delilleri değerlendirme vasıtası ve bazen de her ikisi de olabilmektedir⁴².

Yargıtay da bilirkişiyi hakim yardımcısı, bilirkişi raporunu da delil kabul eden görüş doğrultusunda kararlar vermektedir. Bu kararlarda ortak nokta hakim bilirkişi raporuna bağlı kalarak karar verebileceği, raporu yeterli görmediği takdirde yeniden bilirkişiye başvurması gerektiğidir.

Yargıtay HGK, 2006/19-694 E, 2006/710 K sayılı, 15.11.2006 tarihli kararı uyarınca, hakim bilirkişiden görüş istediği konularda bu görüşe itibar etmeyip resen değerlendirme yapmasını bozma sebebi saymıştır. *“Mahkemece sadece davalı tarafın ticari defterleri üzerinde inceleme yaptırılmasıyla yetinilmiş ve üstelik; bu inceleme sonucunda düzenlenen ve davacının keşide ettiği çekin keşide tarihi durumundaki 30.8.2002'de geçerli kur değerleri üzerinden yapılmış bir değerlendirme ve hesaplamayı içeren bilirkişi raporu dikkate alınmayarak, davacının her bir ödemesinin tarihindeki kur değerleri*

³⁹ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s.358.

⁴⁰ YILDIRIM, s.834.

⁴¹ MAVİOĞLU, Oral; Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.31, sayı 1-4, 1970, Ord.Prof.M.Reşit Belgesay Hatıra Sayısı, s.384.

⁴² KÖROĞLU, s.55.

itibariyle resen hesaplama yapılmak suretiyle sonuca gidilmiş olmasına; bu durumun, anılan bilirkişi raporunun Mahkemece de eksik ve yetersiz kabul edildiğini açıkça göstermesine; çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği için bir konuda bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyan ve ancak düzenlenen raporu hükme yeterli görmeyen Mahkemenin, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmak yerine, bilirkişiden görüş istediği hususlarda resen değerlendirme yapma yoluna gitmesinin yargılama usulüne ilişkin kurallarla açıkça çelişmesine; öte yandan, dosya içerisinde, davacının yaptığı ödemelerin tarihlerindeki kur değerleri yönünden usulüne uygun şekilde temin ve tespit edilmiş listeler mevcut olmadığından, Mahkemece resen yapılan hesaplamada gözetilen kur değerlerinin gerçeğe uygun bulunup bulunmadığının Yargıtay'ca denetlenmesinin mümkün de olmamasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır”⁴³.

Yargıtay 11.HD, 2010/464 E, 2011/10323 K ve 13.09.2011 tarihli kararında da mahkemenin bilirkişi raporuna itibar etmeyerek hüküm kurmasını bozma sebebi saymıştır. “Somut olayda, davacı tarafından, davalının maliki olduğu işyerinin, müvekkilinin sigortalısı tarafından kiralandığı ve bu işyerinde meydana gelen su sızıntısı sebebiyle işyerinin hasarlandığı, bu hasardan davalının bina maliki olarak sorumlu olduğu iddia edilerek, hasar bedelinin rücuen tazmini talep edilmiş, mahkemece, uyuşmazlığın çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir husus olduğu kabul edilerek HUMK'nun 275.maddesine uygun olarak uzman bilirkişiden rapor alınmış, ancak, alınan raporda açıklanan hususlara itibar edilmeyerek yazılı şekilde hüküm tesis edilmiştir. Oysa, HUMK'nun 286.maddesinde belirtilen bilirkişinin rey ve mütalaasının hakimi bağlamayacağı hükmü, hakimin bilirkişi raporunu serbestçe takdir edeceği, bilirkişi raporunu yeter derecede kanaat verici bulmazsa bilirkişiden ek rapor (HUMK 283.md.) alabileceği veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabileceği (HUMK 284.md.) şeklinde anlaşılmalıdır. Yoksa hakimin bir kez bilirkişiye gittikten sonra bundan dönerek uyuşmazlığın çözümününün hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki ve mesleki bilgiyle

⁴³ Yargıtay HGK, 15.11.2006 tarih, 2006/19-694 E, 2006/710 K sayılı (www.legalbank.net). (Erişim tarihi 29.09.2013).

çözümenebileceği kabul edilemez. Kaldı ki, somut uyuşmazlığın çözümü de bilirkişinin rey ve mütalaasına başvurulmasını zorunlu kılar niteliktedir. Zira hasarın ne şekilde meydana geldiği ve bundan kimin sorumlu olduğunun tesbiti özel ve teknik bilgiyi gerektirmektedir⁴⁴.

Yargıtay 19.HD, 2012/4735 E, 2012/11413 K ve 09.07.2012 tarihli kararında da mahkemece son alınan rapora neden itibar edilmediğinin karar gerekçesinde açıklanmaması hususu vurgulanmıştır. Buna göre “Mahkemece, son alınan rapora itibar edilmeyerek 23.5.2007 ve 5.10.2007 tarihli raporlara uyularak hüküm kurulmuş ise de; bunun yasal dayanağı ve neden son rapora itibar edilmediği karar gerekçesinde açıklanmamıştır. Çözümü teknik bilgiyi gerektiren konularda şayet raporlar yetersiz ise tüm raporları irdeleyen ve denetime elverişli son bir rapor alınması HMK’nın 281. (HUMK’nın 283. ve 284) maddesi gereğidir. Bu durumda, açıklanan raporlar ve yasa dikkate alınarak konusunda uzman yeni bir heyet oluşturulup (gerektiğinde talimat ile), telafi edici rapor alınarak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmek gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir⁴⁵.”

Kanaatimizce HMK mad.282 hükmü gereğince hakim bilirkişi raporlarını serbestçe değerlendirir. Bu değerlendirmesi sırasında bilirkişi raporunu aksine de karar verebilmelidir. Bu çerçevede bilirkişi delili ancak bir ispat vasıtası olarak kabul edilmelidir⁴⁶.

1.4 BİLİRKİŞİLİĞİN TARİHÇESİ

Bilirkişilik kurumunun çok eski tarihlere dayanan köklü bir kurum olduğu ve hukuki uyuşmazlıkların çözümünde özel bilgi sahibi kişilerden yararlandığı, Babil kralı Hammurabi kanunlarında hekimlerin resmi bilirkişi

⁴⁴ Yargıtay 11.HD, 13.09.2011 tarih, 2010/464 E, 2011/10323 K sayılı (www.legalbank.net). (Erişim tarihi 29.09.2013).

⁴⁵ Yargıtay 19.HD, 09.07.2012 tarih, 2012/4735 E, 2012/11413 K sayılı (www.legalbank.net). (Erişim tarihi 29.09.2013).

⁴⁶ Bilirkişinin hakim yardımcısı sayıldığı görüşe de katılmıyoruz. Zira bilirkişi, konumu itibari ile ancak “hakime yardımcı olan kişi” statüsünde olmalı ve hakim gibi algılanmamalıdır. Bilirkişinin “hakim yardımcısı” değil de “hakime yardımcı olan kişi” olarak adlandırılması gerektiği hususunda aynı görüş için Bkz. AŞÇIOĞLU, Bilirkişilik Sorunu, s.83; ULUKAPI, s.291 vd.

olarak dinlendiğine ilişkin kayıtlar bulunduğu görülmektedir⁴⁷. Ancak bilirkişi delilinin tarihçesi, şahit, senet, yemin ve ikrar kadar eski değildir⁴⁸.

Milattan önce 3000 yıllarında adli vakıalara hekimlerin katıldığı saptanmıştır. Hatta Juilus Ceasar'ın ölüm nedeninin göğüs boşluğundaki bıçak yarası olduğuna ilişkin rapor tarihteki ilk bilirkişi raporu olarak kabul edilir⁴⁹.

Çağdaş hukuk sistemlerine kaynaklık eden Roma Hukukunun ilk dönemlerinde özel bilgi gerektiren davalarda eğitilmiş ve seçkin hakim-bilirkişiler görevlendirildiğinden özel bilirkişilik kurumuna ihtiyaç duyulmamıştır. Roma İmparatorluğu'nun giderek genişlemeye başladığı dönemde bilirkişilik kurumu karşımıza çıkmaktadır. Başlıca görevi, vakıaların doğru olup olmadığını tespit etmek olan hakim, hukukçuların görüşlerini alabilme imkanına sahip olduğu gibi taraflar da hukukçulardan aldıkları mütalaayı bağlayıcı olmasa da hakime delil olarak sunabilmekteydi⁵⁰.

Osmanlı Devleti yargı sistemi içinde, bugünkü gibi modern anlamda olmasa da bilirkişilik kurumuna yer verildiği görülmektedir. Bilirkişilik burada iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan biri, Ehl-i hibre denilen alanında üstad olan, bilgili ve deneyimli atanmış kişilerdir. Diğer ise, Ehl-i vukuf adı verilen ve kadının davayı çözerken yardım aldığı alanında bilgi ve deneyim sahibi kişilerdir. İşte bu bilirkişiler, bugünkü anlamda bilirkişilik müessesesine benzemektedir. Şunu belirtmek gerekir ki bu kişilerin ilgili davalarda söyledikleri karar niteliğindedir ve bu müesseseyi günümüz hukukundan ayıran en temel nokta budur.

Bilirkişilik müessesesinin bugünkü anlamda hukukumuzda girişi ise 1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile olmuştur. Usul kanunlarımızın ilk şekillerine “ehlivukuf” ve “ehlihibre” olarak ifade edilen bilirkişi teriminin kullanımı, 1970'li yılların başlarından itibaren gerek ilgili kanunlarda yapılan

⁴⁷ TANVERDİ, S.Mücahit; Medeni Usul Hukuku'nda Bilirkişilik, doktora tezi, s.1. (Aktaran DERYAL, s.26).

⁴⁸ YILDIRIM, s.833.

⁴⁹ BAKICI, Sedat; Adli Tıp Adli Tıp Kurumları ve Önemi, 1980/1, s.28. (Aktaran MECEK, Hüseyin, Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik, Yüksek Lisans Tezi, s.12).

⁵⁰ KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan; Roma Özel Hukuku'nda delil ve ispat, s.477-489. (Aktaran DERYAL, s.27).

değişikliklerle gerekse de Yargıtay ve Danıştay içtihatlarında “bilirkişi” olarak benimsenmiş ve yerleşmiştir⁵¹.

Bilirkişilik, farklı yargı sistemlerinde yaygın olarak kullanılmaktadır. Anglo Sakson hukuk sistemlerinde hakim, daha çok bilirkişinin karşıt görüşleri de dahil olmak üzere tarafların sunduğu ifadeleri dinleyen pasif ve tarafsız bir hakem niteliğindedir. Bu sistemlerde bilirkişiler, kendilerinin tutan ve kendilerine para ödeyen taraflara tanık olma işlevine sahiptir. Kıta Avrupası hukuk istemlerinde (Fransa, Almanya, İtalya gibi), hakim daha aktif ve yönetici bir role sahiptir. Bilirkişi mahkemece görevlendirilen bir yardımcıdır, mahkemenin talimatları doğrultusunda görev yapar ve özel statüye sahiptir. Her iki sistemde de diğerinin ilkelerine müsaade eden istisnalar mevcuttur. Anglo Sakson hukuk sisteminde mahkemece atanan bilirkişi seçeneği vardır. Kıta Avrupası ülkelerinde de taraflar, taraf danışmanı belirleyebilirler⁵².

Bilirkişilikle ilgili düzenlemeler 12.01.2011 tarihinde kabul edilen ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK 266 ile 287. maddeleri arasında, uzman görüşü ise 293.maddede düzenlenmiştir.

6100 sayılı HMK, 1086 sayılı HUMK hükümlerine göre bilirkişilikle ilgili yeni düzenlemeler getirmiştir. HMK'nın bilirkişi hükümlerindeki başlıca iki yenilik bilirkişilerin seçilmesi ve bilirkişilerin hukuki sorumluluğu ile ilgilidir. Bilirkişilerin seçimi ile ilgili sistem ceza yargılaması ile paralel hale getirilmiş; bilirkişilerin sorumluluğu bakımından ise hakimlerin sorumluluğu için de benimsenen, tazminat davasının Adliye mahkemelerinde fakat devlete karşı açılması, devletin tazminat ödedikten sonra bilirkişiye rücu usulü benimsenmiştir⁵³.

⁵¹ABACI, Nurcan; Osmanlı Dönemi Bilirkişilik Uygulamaları Üzerine Bir Araştırma, Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, yıl 3, sayı 3, s.75-84. (Aktaran SOYDAN, Başar, Türk Vergi Yargısında Bilirkişilik, Yüksek Lisans Tezi, s.10).

⁵² Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Yargılamada Bilirkişilik Müessesesi Hakkında Mukayeseli Çalışma Görüşme Taslağı, Nihai Taslak 30.06.2010, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/Yarg%C4%B1lamada%20Bilirki%C5%9Filik%20M%C3B9cessesi.pdf>, s.2-3. (Erişim tarihi 29.08.2013) (ABGM, Bilirkişilik Taslak).

⁵³ KURU, Baki / BUDAK, Ali Cem; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, C.85, yıl 2011, sayı 5, s.19.

Bilirkişinin hukuki sorumluluğu ile ilgili bu yeni düzenlemenin gerekçesi, esas itibariyle bilirkişinin “hakimin yardımcısı” olarak kabul edilmesidir⁵⁴. HMK mad.285 gerekçesine göre, bilirkişi, yargı düzeni içerisinde hâkimin yerine kaim olmamakla birlikte, hâkim tarafından yapılan görevlendirme çerçevesinde onun yetki sahasına giren faaliyetin önemli bir kısmını üstlenmek suretiyle, alacağı kararda büyük ölçüde belirleyici ve etkin bir rol oynamakta; yargı işlevinin daha genel planda ise klasik kamu hizmetleri arasında yer aldığı tartışmasız kabul edilen adalet hizmetlerinin işleyişine katkıda bulunmaktadır. Bilirkişilik görevi, klasik bir kamu hizmeti olan adli hizmetlerin ifasına yahut işleyişine katkı sağlamaya yönelik bir görev olduğuna göre, böyle bir hizmetin karakteristik unsurları olan aslilik ve süreklilik niteliklerini de bünyesinde doğal olarak barındıracaktır. Her şeyden önce, bilirkişi, adli düzen içerisinde, adli organın faaliyet alanına giren işlerin bir kısmını, hâkim yada diğer bir adli organ tarafından yapılan görevlendirme çerçevesinde, ona ait kamusal yetkileri kullanmak suretiyle onun adına, daha genel planda ise Devlet adına gerçekleştirmekte, yani Devlet adına asli bir görev ifa etmektedir⁵⁵.

2. BİLİRKİŞİ NİTELİKLERİ, UZMANLIĞI, SEÇİMİ

2.1 BİLİRKİŞİNİN NİTELİKLERİ

2.1.1 Hukuki Ehliyet

Yargılama hizmetinin önemi ve bilirkişinin bu etkinliğe olan katkısı dikkate alındığında, bilirkişilerin medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmaları gerektiği ve mümeyyiz küçüklerin veya kısıtlıların seçilme ehliyetinin bulunmadığı ileri sürülebilir. Fakat belirtmek gerekir ki, istisnai düzenlemeler dışında, yargılama usulü kanunlarımızda veya diğer mevzuat içinde bilirkişiler için belli bir yaş sınırı veya hukuki ehliyet aranmış değildir. Belki de bunun nedeni, sahip olduğu özel ve teknik bilgi alanında hakime yardımcı olabilecek

⁵⁴ YILMAZ, Ejder; Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’yla Getirilen Değişiklikler, Muğla Barosu internet sayfası, www.muglabarosu.org.tr/upload/UserUpload/file/hmkyenilikler.pdf, s.31. (Erişim tarihi 30.08.2013), Ankara Barosu Dergisi, yıl 2011, sayı 2, s.244. (YILMAZ, Ejder; HMK Değişiklikleri).

⁵⁵ HMK mad. 285 hükümet gerekçesi için Bkz. YILMAZ, Ejder; HMK Şerhi, s.1287.

bir ehliyete sahip olmasının yeterli görülmesidir. Bunun için mesela 15 yaşındaki bir gencin de sahip olduğu özel bilgi ve teknik tecrübe nedeni ile hakime yardımcı olması mümkün ve muhtemel görülebilir⁵⁶.

2.1.2 Mesleki Yetkinlik ve Uzmanlık Bilgisi

Bilirkişinin mesleki yetkinliğe yani uzmanlık bilgisine sahip olması gerekir. Bu husus mahkeme tarafından araştırılmalıdır. Zira HMK'da açıkça ifade edildiği üzere, bilirkişinin uyuşmazlık konusu olayla ilgili olarak özel ve teknik bilgiye sahip olması gerekir. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda bu hususa işaret etmiştir.

Yargıtay 11.HD, 07.03.2011 tarih, 2009/9538 E, 2011/2397 K sayılı kararı uyarınca, “...HUMK'nun 275 vd, maddeleri uyarınca çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde mahkeme bilirkişinin oy ve görüşünü almak durumundadır. Görüşüne başvurulmuş bilirkişinin de kendisine sorulan hususlarda özel ve teknik bilgiye sahip olması gerekir. Dava konusu olayda uyuşmazlık geminin batmasının elverişsiz hava koşullarından mı yoksa geminin yola ve yüke elverişli olmamasından mı ileri geldiği noktasında toplandığından mahkemece aralarında uzak yol kaptanı bir bilirkişinin yer aldığı bilirkişi kurulundan rapor alınarak oluşacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermek gerekirken değinilen konuda teknik uzmanlığı bulunmayan hukukçu bilirkişiden alınan rapora göre karar verilmesi doğru olmamış, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir...”⁵⁷.

Yargıtay 17.HD, 14.11.2012 tarih, 2011/9399 E, 2012/12504 K nolu kararı uyarınca, “..6100 sayılı HMK'nun 266. (1086 sayılı HUMK.nun 275.) maddesinde, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınması gerektiği hükmüne yer verilmiştir. Dava konusu tedavi giderleri miktarının saptanması uzman bilirkişi aracılığı ile belirlenmelidir. Somut olayda, mahkemece tedavi giderleri yönünden uzmanlığı bulunmayan bilirkişi raporu hükme esas alınmıştır. Bu durumda uzman olmayan bilirkişilerden alınan rapora dayanılarak hüküm kurulması doğru değildir. O

⁵⁶ DERYAL, s.57

⁵⁷ Yargıtay 11.HD, 07.03.2011 tarih, 2009/9538 E, 2011/2397 K sayılı (www.legalbank.net). (Erişim tarihi 10.08.2013).

*halde mahkemece, uzman doktor bilirkişiden yaralanmanın boyutu ile uygulanan tedavi ve sarf edilen tıbbi malzemelerin uyumlu olup olmadığı konusunda ayrıntılı, gerekçeli ve denetime açık rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik soruşturma ile karar verilmesi isabetli değildir*⁵⁸.

Yargıtay 11.HD, 11.11.2008 tarih, 2007/9614 E, 2008/12647 K sayılı kararında da, “..Mahkemece, dava konusu taşımaya ilişkin fatura ile gümrük belgeleri dosya içine getirtilmediği gibi taşınan emtia konusunda uzmanlığı bulunmayan bilirkişi tarafından hazırlanan rapor hükme esas alınmış olup, hasar bedeli ekspertiz raporuna atıf yapılarak belirlenmiştir. Oysa, davalılar taşıma nedeniyle oluşan gerçek zarardan sorumlu olmaları nedeniyle mahkemece, taşınan emtia konusunda uzmanlığı bulunan bir bilirkişinin de içinde olduğu kuruldan davalılar vekilinin bilirkişi raporuna karşı yapmış olduğu itirazlar üzerinde yeterince duran ve denetime elverişli bir rapor alınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, çekişme konusunda uzmanlığı olmayan bilirkişiden alınan raporda belirlenen miktar esas alınarak, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir”⁵⁹.

Yargıtay 22.HD, 22.01.2013 tarih, 2012/30004 E, 2013/380 K sayılı kararında da, “..Somut olayda, 26.05.1992-02.03.2011 tarihleri arasında, demiryolu bakım onarım işçisi göreviyle çalışan davacı işçinin iş sözleşmesi, ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasının sakıncalı olduğunun sağlık kurulu raporuyla sabit olması, işçiye sağlık kurulu raporuna uygun çalışabileceği başka bir iş bulunamaması gerekçesiyle işverence feshedilmiştir. Mahkemece, özel ve teknik bilgi gerektiren konuda uzmanlığı bulunmayan bilirkişi incelemesiyle sonuca gidilerek, davacı işçinin sağlık durumuna uygun bir işte istihdamının mümkün olduğunun kabulü hatalı olmuştur. Öncelikle, varsa iş yerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesi celp edilerek incelenmeli, davaya konu uyuşmazlığın çözümü bakımından dayanak yapılacak bir düzenleme içerip

⁵⁸ Yargıtay 17.HD, 14.11.2012 tarih, 2011/9399 E, 2012/12504 K sayılı (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 10.08.2013)

⁵⁹ Yargıtay 11.HD, 11.11.2008 tarih, 2007/9614 E, 2008/12647 K sayılı (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 10.08.2013)

içermediği tespit edilmelidir. Ardından, insan kaynakları uzmanı ve işletme yönetimi uzmanından oluşturulacak bilirkişi kurulu marifetiyle, davalı kurum organizasyon yapısı incelenerek, davacının istihdam edilebileceği, sağlık kurulu raporuna uygun çalıştırılabileceği konum bulunup bulunmadığı, feshin son çare olması ilkesine uygun hareket edilip edilmediği açıklığa kavuşturulmalıdır”⁶⁰.

Bilirkişi raporlarının ve bu raporları hazırlayan uzmanların, herhangi bir meslek grubuna göre daha yüksek standartlara ve ortalamanın üstünde ayrıcalıklı bir bilgi birikimine ve tecrübeye sahip olması şarttır⁶¹.

Hakim, hukuki uyuşmazlıkların çözümünde uzmandır. Bilirkişi ise, hukuki ilişkinin özel veya teknik bilgi gerektiren boyutunda ve maddi vakıaların nitelendirilmesinde kendi uzmanlığı ile hakime yardımcı olur. Bu açıdan bilirkişinin hakimin eksiklik duyduğu bir özel ve teknik bilgi alanında uzman olması gerekir.

Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 11.04.1994 tarihli, 1994/4528 E, 1994/5891 K sayılı⁶² kararında işaret edilen “uzmanlığın belli olması” şartı üzerinde önemle durulmalıdır. Seçilen bilirkişinin, görüşüne başvurulmuş özel ve teknik konuda nasıl ve ne ölçüde uzman sayılabileceği ve bu uzmanlığın belgelendirilmesi yapılmalı ve bu husus tutanakta gösterilmelidir. Bu amaçla bilirkişinin kimlik ve uzmanlık bilgilerinin denetlenebilir şekilde yazılmasında ve belgelendirilmesinde fayda vardır⁶³.

Yargıtay 7.HD, verdiği 20.06.1995 tarihli, 1995/3644 E, 1995/7093 nolu kararında da mahkeme zabıt katibinin bilirkişi olarak atanamayacağını belirtmiştir. Bu karara göre, “..Diğer taraftan, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275. maddesi hükmüne göre, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınması gerekir. Hakimlik*

⁶⁰ Yargıtay 22.HD, 22.01.2013 tarih, 2012/30004 E, 2013/380 K sayılı (www.legalbank.net). (Erişim tarihi 25.08.2013).

⁶¹ DERYAL, s.60 (TARMAN, s.15).

⁶² Yargıtay 3.HD, 11.04.1994 tarih, 1994/4528 E, 1994/5891 K sayılı kararında da “kabul şekline göre de, ecrimisil tayini konusunda uzmanlığı belli olmayan polis memurundan alınan bilirkişi raporunun hükme dayanak yapılması usul ve yasaya aykırıdır”. (www.legalbank.net). (Erişim tarihi 25.08.2013).

⁶³ DERYAL, s.67-68.

mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez. Usulün bu maddesi göz ardı edilmek suretiyle davalı tarafın miras bırakanının mirasçılarının belirlenmesi için sulh hukuk mahkemesi zabıt katibinin bilirkişi olarak tayin edilmesi ve bilirkişi için belirlenen ücretin hazineden alınmış olması usul ve yasa hükümlerine tamamen aykırıdır”⁶⁴.

Bilirkişi atama formunda mahkemece ve raporlarda da bilirkişi tarafından bilirkişinin ünvanı, uzmanlık alanı ve mesleği belirtilmelidir.

2.1.3 Tarafsızlık

Bilirkişi, oy ve görüşlerini mahkemeye yazılı olarak bildirirken taraf tutmamak zorundadır. Hakimin tarafsızlık ilkesi bilirkişide de bulunmaktadır. Gerçekten o da hakim gibi tarafsız olmak, yan tutmamak zorundadır. Tarafsızlığı konusunda kendisine yemin ettirilir⁶⁵.

Bilirkişinin tarafsız bir şekilde görev yapmasını temin amacıyla kabul edilen önlemlerden birincisi, bilirkişi listelerine kaydedilmiş olan kimselerin il yargı adalet komisyonu huzurunda *“bilirkişilik görevimi sadakat ve özenle, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsız ve objektif bir biçimde yerine getireceğime, namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ederim”* şeklindeki sözler tekrarlatılmak suretiyle yemin verdirilir. Bu bilirkişilere, bu yeminden sonra görevlendirildikleri her dava veya işte ayrıca yemin verdirilmez, sadece mahkemece verilen görevlendirilme yazısında bilirkişilere önceden vermiş oldukları yemine bağlı kalmak suretiyle oy ve görüş bildirmek zorunda oldukları hatırlatılır. Şayet listelere kaydedilmemiş kişiler arasından bilirkişiler görevlendirilmişse, kendilerine görevlendiren mahkemece göreve başlamadan önce yukarıdaki şekilde yemin verdirilir ve yemine ilişkin tutanak, hakim, zabıt katibi ve bilirkişi tarafından imzalanır. (HMK mad.271).

⁶⁴ Yargıtay 7.HD, 20.06.1995 tarihli, 1994/3644 E, 1995/7093 K (Aktaran KAÇAK, Nazif; Emsal İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2002, s.845).

⁶⁵ KÖROĞLU, s.32-33. Yemin metni için bkz. HMK. mad.271/1.

Bilirkişilerin tarafsızlığını sağlanması için diğer önlem ise, hakimler hakkındaki yasaklılık ve ret sebeplerinin bilirkişiler bakımından da uygulanmasıdır. Ancak bilirkişinin aynı dava ve aynı işte daha önceden tanık olarak dinlenmiş bulunması bir ret sebebi değildir⁶⁶.

2.1.4 Doğruluk

Bilirkişinin açıklamaları gerçeğe uygun ve bilimsel olmalıdır. TCK mad.276'da gerçeği saklayan veya bunları bilerek çarpıtan bilirkişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu durum, bilirkişinin doğruluğunu sağlamaya yönelik yasal bir önlemdir⁶⁷.

Bilirkişi, dosyaya ve tarafların kimliğine, çekişmenin konusuna ve bir takım özel bilgilere, verilere vakıf olacağına göre öncelikle güvenilir, tarafsız ve sır saklar karakterli biri olmalıdır. Yargılama işinde, özel veya teknik bilgisi ile hakime yardımcı olan bilirkişinin, hiçbir etki altında kalmadan, objektif olarak bilgi ve görgüsünü mahkemeye sunması gerekir. Davanın tarafları ile akrabalık ve menfaat ilişkisinin bulunmaması gerekir. Bilirkişinin ortaya koyacağı görüş, o konunun uzmanı olan herkesin üzerinde birleşebileceği, genel, nesnel, bilimsel ve evrensel bir görüş olacaktır⁶⁸.

2.2 BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİ GEREKTİREN HALLER

HMK mad.266 uyarınca, çözümü yargıç tarafından bilinmeyen, özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda bilirkişiye başvurulur. Özel ve teknik bilginin gerekli olup olmadığını hakim takdir eder⁶⁹. Bu maddede yer alan düzenlemeyle hakimin genel hayat tecrübeleri uyarınca sahip olunması gereken bilgilerle çözümleneceği konularla, hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konular hakkında bilirkişiye başvurmayacağı ancak çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlarda bilirkişiden yararlanabileceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Burada sözü edilen özel bilgidir maksat hukuk

⁶⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.523.

⁶⁷ KÖROĞLU, s.33.

⁶⁸ GÜNEŞ, s.369.

⁶⁹ KÖROĞLU, s.33.

bilimi dışında belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgidir⁷⁰.

Yargıtay 19.HD, 26.03.2001 tarih ve 2000/7357 E, 2001/2155 K sayılı kararında, “ *taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının, Çin’de bulunan dava dışı imalatçı firmadan aldığı kumaşların ayıplı çıkması nedeniyle davalıların sorumlu olup olmadıkları bir başka deyişle davalı şirketin bu ticari ilişkide aracılık yapıp yapmadığı, bu yönde davacı ile yapılmış geçerli bir akdin bulunup bulunmadığı hususları üzerinde toplanmaktadır. Açıklanan bu hususlar hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenebilecek nitelikte bulunduğundan, başlangıçta HUMK.nun, 2494 sayılı Kanun ile değişik 275. maddesinin açık hükmüne aykırı olarak belirtilen konuda bilirkişi görüşüne başvurulması isabetli değil ise de daha sonra anılan raporlardaki görüşlere itibar edilmeyerek, taraflar arasında akdi bir ilişkinin oluşmadığının kabulü ile yazılı olduğu şekilde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır*” demek sureti ile hukuki konularda bilirkişiden rapor alınamayacağını ifade etmiş ve daha sonra hukuki konuda bilirkişi raporu alan hakimin daha sonra bu rapora itibar etmeyerek kendi hukuki bilgisiyle uyuşmazlığı çözmesini de uygun bulmuştur⁷¹.

Bilirkişi incelemesine mahkeme kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir. Ancak yasa bazı hallerde bilirkişiye başvurulmasını zorunlu kılmıştır. Bu durumda hakimin takdir yetkisi bulunmayıp bilirkişi incelemesi yaptırmak zorundadır⁷². Bazı durumlarda da hakimini bilirkişinin görüşünü almadan önce önüne gelen uyuşmazlığı anlayabilmesi ve doğru karar verebilmesi fiilen imkansızdır⁷³.

Bir kanun hükmü ile bilirkişiye başvurmak zorunlu kılınmış değilse, hakim dava ile ilgili bir husus (vakıa) hakkında kendisinin bilmediği özel ve teknik bilginin gerekli olduğu hallerde bilirkişiye başvurur. Başka bir deyişle hakim, her davada özel ve teknik bilgisinin yeterli olup olmadığını yani

⁷⁰ YILMAZ, Zekeriya; Hukuk Davalarında İspat ve Deliller Rehberi, Ankara 2013, s.1465.

⁷¹ Yargıtay 19.HD, 26.03.2001 tarih ve 2000/7357 E, 2001/2155 K sayılı kararı (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 02.09.2013).

⁷² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.521.

⁷³ YILMAZ, Ejder; s.1247.

bilirkişiyeye başvurulmasına gerek bulunup bulunmadığını kendisi takdir eder⁷⁴. Hakim davanın karara bağlanması için özel ve teknik bilgiye gerek olmadığı kanısına varırsa bilirkişiyeye başvuramaz⁷⁵. Ancak Yargıtay'ın bazı kararları aksi yöndedir.

Yargıtay 11.HD, 02.12.2005 tarih, 2005/13067 E, 2005/11836 K sayılı kararında, *“HUMK'nun 275. maddesine göre, çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde, bilirkişi görüşünün alınması gerekmesine göre, mahkemenin gerekçeleri yazılı şekilde hükmü kurmaya yeterli görülmediğinden, sahasında uzman bilirkişiden yada bilirkişi kurulundan markaları oluşturan kelimelerin yazılış, okunuş ve görünüş olarak benzer olup olmadıkları, hangi nedenlerle insanlarda benzerlik ve bağlantı duygusuna neden olabileceği ve karıştırılacağı hususlarında rapor alınarak buna göre hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”*⁷⁶ görüşünü bildirmiştir. Oysa ki yukarıdaki Yargıtay kararına mesnet dosya, Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi tarafından verilen bir karara ilişkin olup, mahkeme uzmanlık alanı itibariyle, markaların yazılış ve okunuşlarının benzer olup olmadığını belirleyebilecek düzeydedir. Bu nedenle de hakimin özel ve teknik bilgiye gerek olmadığı kanaatine vardığı durumlarda bilirkişiyeye başvurma zorunluluğu olmamalıdır⁷⁷. Zira hakimler kanundan aldıkları yetkiye göre bilirkişiyeye başvurup başvurmamakta serbesttir⁷⁸. Hakimin bilirkişiyeye başvurulması ya da başvurulmamasına ilişkin kararında açık bir takdir hatası olmadıkça, Yargıtay hakimin bu takdirine müdahale edememelidir⁷⁹.

⁷⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.441.

⁷⁵ YILMAZ, Zekeriya; s.1475.

⁷⁶ Yargıtay 11.HD, 02.12.2005 tarih, 2005/13067 E, 2005/11836 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013); Yargıtay 15.HD, 19.03.1984 tarih ve 272/909 sayılı, 10.10.1979 tarih ve 364/2052 sayılı kararlar. (Aktaran ÇAYAN, s.25); Yargıtay 11.HD, 26.06.2010 tarih, 2009/7062 E, 2009/7883 K sayılı karar (Aktaran ÇOLAK, s.145).

⁷⁷ Markalar arasındaki benzerliğin belirlenmesi ile ilgili aynı görüş için Bkz. ÇOLAK, s.148.

⁷⁸ ÇAYAN, s.25.

⁷⁹ KURU, C.3, s.2632.

3. BİLİRKİŞİ GÖREVLENDİRİLMESİ, İNCELEME VE RAPOR, BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ, RAPORUN BAĞLAYICILIĞI

3.1 BİLİRKİŞİNİN GÖREVLENDİRİLMESİ

Bilirkişi, hakimın re'sen delil araştırması yapabileceği üç istisnai halden biridir. Hakim, keşif yapılmasına, bilirkişi incelemesi yapılmasına ve tarafların isticvabına re'sen karar verebilir⁸⁰.

Hakim, bilirkişi incelemesi yaptırılmasına re'sen karar verebileceği gibi taraflardan birinin talebi üzerine de karar verebilir. Yargıtay 11.HD, 13.03.2007 tarih, 2005/13114 E, 2007/4345 K. sayılı kararında tarafların talebi olmasa bile hakimın re'sen bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği görüşündedir. *“..Bu durumda, davacıya ait bilgisayar programının FSEK.nun 1/B ve 2/1. maddeleri kapsamında ilim ve edebiyat eseri olup olmadığı hususu, davacının tercihine bırakılmaksızın, mahkemece re'sen yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile belirlenerek; davacı yazılımlı eser vasfında ise uyumsuzluğun FSEK'nun 83. maddesi çerçevesinde değerlendirilip bir çözüme kavuşturulması gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu iddianın kanıtlamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, davacı vekilinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir”⁸¹.*

Bir taraf iddia ve savunmasını ispat için mahkemeden bilirkişi incelemesi yaptırılmasını isteyebilir. Bu halde tarafın hangi husus hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılmasını istediğini bildirmesi gerekir. Hakim, tarafın bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ilişkin talebini kabul ederse, yani bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verirse, bilirkişi incelemesi isteyen tarafa bilirkişi giderlerini ödemesi için süre verir. Taraf, bu süre içinde bilirkişi ücretini ödemezse bilirkişi incelemesi yaptırılması talebinden vazgeçmiş sayılır. Bu halde dosyada mevcut diğer delillerle bir karar verilemiyorsa ve bilirkişi

⁸⁰ MUŞUL, s.402.

⁸¹ Yargıtay 11.HD, 13.03.2007 tarih, 2005/13114 E, 2007/4345 K. sayılı karar. (www.legalbank.net). (Erişim tarihi 10.08.2013).

incelemesi yapılmasını isteyen taraf davacı ise iddiasını ispat edemediği için davanın reddi gerekecektir.

Hakim, kendiliğinden bilirkişi incelemesine karar verirse, bilirkişi giderlerini taraflardan birinin veya ikisinin ödemesine karar verir. Taraf veya taraflar, hakim tarafından belirlenen süre içinde bilirkişi giderlerini ödemezse hakim bilirkişi giderlerinin ileride haksız çıkacak taraftan alınmak şartıyla devlet hazinesinden ödenmesine karar verebilir⁸².

Mahkeme, bilirkişi olarak, yalnızca bir kişiyi görevlendirebilir. Ancak, gerekçesi açıkça gösterilmek suretiyle, tek sayıda, birden fazla kişiden oluşacak bir kurulun bilirkişi olarak görevlendirilmesi de mümkündür. (HMK mad.267). Yargıtay 5.HD, 26.10.1983 tarih ve 1983/8136 E, 1983/8900 K sayılı kararında bilirkişi kurulunun nasıl oluşturulması gerektiğine işaret etmiştir. *“Gerçi olayımızda yukarıda da açıklandığı gibi konu yalnız zarar kapsamının belirlenmesi ile sınırlı değildir. Bu gibi durumlarda her konu için ayrı ayrı bilirkişi kurulları oluşturulması da özellikle dava ekonomisi yönünden sakıncalı olacağı tartışmasız doğrudur. Ancak mahkemeler büyük zorunluluk bulunmadıkça veya olayın özelliği zorlamadıkça değişik uzmanlık dallarının içinde kalan konuları her konunun uzmanları arasından seçip oluşturdukları bilirkişi kuruluna incelettirmelidir”*⁸³

Tarafların talebi üzerine ya da resen bilirkişi incelemesine ve bilirkişiden rapor alınmasına karar veren hakim, HMK mad. 268 uyarınca, yargı çevresinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonları tarafından, her yıl düzenlenecek olan listelerde yer alan kişiler arasından bilirkişiyi görevlendirir. Listelerde bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişinin bulunmaması hâlinde, diğer bölge adliye mahkemelerinde oluşturulmuş listelerden, burada da yoksa liste dışından da bilirkişi görevlendirilebilir⁸⁴.

⁸² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.443-444.

⁸³ Yargıtay 5.HD, 26.10.1983 tarih ve 1983/8136 E, 1983/8900 K sayılı kararı. (Aktaran KAÇAK, s.857); (www.legalbank.net), (Erişim tarihi 03.09.2013).

⁸⁴ Her yıl Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonları tarafından bilirkişi listelerinin oluşturulmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarının Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik 08.04.2012 tarih ve 28258 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik metni için Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx#> (Erişim tarihi 10.09.2013).

HMK mad.268/1'in hükümet gerekçesinde, bu düzenleme ile konunun uzmanı olan kişilerin bilirkişi olarak görevlendirilmesini mümkün kılmak, bilirkişilerin disiplin altına alınmasını ve bu bağlamda takip edilmelerini sağlamak amacıyla listelerin oluşturulduğu ve mahkemece de bu listelerin bilirkişi seçiminde gözetilmesini sağlamak olduğu belirtilmiştir⁸⁵. Bu tür listeler, İtalya, Fransa ve Almanya'da, hukuk, ceza ve idari yargıda kullanılmaktadır. Bu sistemlerde mahkemelerin bilirkişiyi listede kayıtlı olanlara arasından seçme zorunluluğu yoktur. Bu listeler, temel olarak ilgili bilim ve teknik dalında yeterlilik sahibi bireylerin belirlenmesinde mahkemenin işini kolaylaştırmak amacıyla düzenlenmektedir⁸⁶.

HMK mad.268/1 uyarınca hakimin bilirkişi listelerinden bilirkişi seçimini yapması esastır. Burada bilirkişi bulunamazsa ancak liste dışından seçilebilir. Kanaatimizce, hakim bilirkişi seçiminde özgür olmalı ve listede o konu ile ilgili bilirkişi olsa bile, liste dışından da bilirkişi seçebilmelidir. Zira bu listeler, mahkemenin takdir yetkisinin önünde otomatik ve katı kısıtlamalar olarak görülmemelidir⁸⁷.

Hakim, bilirkişi seçerken yasa hükümlerine uygun şekilde gerçekten bu işin ehli olan bilirkişileri seçmelidir⁸⁸. Bu hususta takdir yetkisi tamamen mahkeme hakiminde olup, gerekli görürse tarafların da görüşünü alabilir.

Bilirkişi olarak atanacak kişi, gerçek kişi veya kişiler olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Örneğin Adli Tıp Kurumu, adalet işlerinde bilirkişilik yapmak üzere kurulmuştur. Fakat resmi bilirkişi kurumu yoksa bilirkişiyi hakim kendisi seçecek ve belirleyecektir.

Farklı özel ve teknik konularda, aynı davada farklı bilirkişilerden yararlanılabilir veya farklı bilirkişi kurulu oluşturulabilir⁸⁹. Örneğin, hakimin hem patent ve hem de muhasebe konusunda özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyması halinde, patent konusunda uzman bilirkişiden rapor aldıktan sonra tazminat hesaplamasına esas olacak şekilde hesaplama yapılması için mali

⁸⁵ Gerekçe metni için Bkz. YILMAZ, Ejder, HMK Şerhi, s.1252.

⁸⁶ ABGM, Bilirkişilik Taslak, s.39.

⁸⁷ ABGM, Bilirkişilik Taslak, s.40.

⁸⁸ ERSOY, s.69.

⁸⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.521, 522.

müşavir bilirkişiye de başvurabilir. Uygulamada, bu tür bir uyuşmazlık, patent konusunda uzman bilirkişi, mali müşavir bilirkişi birlikte bir hukukçunun da katıldığı bilirkişi heyeti oluşturulması yönündedir.

Hakim, belirli bir konuda uzmanlık isteyen özel veya teknik bilgiyi haiz bilirkişiden ya halli gereken konu ile ilgili olarak sadece teknik bilgi vermesini ya da teknik bilgi vermekle yetinmeyip o teknik bilgiyi halli gereken somut olaya uygulayıp çözüme kavuşturmasını ister⁹⁰.

Mahkeme, bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında, inceleme konusunun bütün sınırlarını, bilirkişinin cevaplandırması gereken sorular ve raporun verilme süresini açıkça belirler (HMK mad.273).

Mahkeme, tarafların da görüşünü almak suretiyle bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında, şu hususlara yer vermek zorundadır.

- İnceleme konusunun bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmesi.
- Bilirkişinin cevaplamaı gereken sorular.
- Raporun verilme süresi.

Uygulamada Yargıtay'ın, seçilen bilirkişinin görevinin ve işinin nelerden ibaret bulunduğunun açıklanmasında hakimin yüksek özen göstermek zorunda olduğunu belirten kararları bulunduğu gibi, bu özenin gösterilmediği davalar bakımında herhangi bir eleştiri getirmeksizin onanan ilk derece mahkemesi kararlarının da bulunduğu bir gerçektir. Bu açıdan, bilirkişi raporlarına temel teşkil edecek sorunların mahkeme hakimince özenle tespit edilerek, bu konularda bilirkişinin bilgi ve görüşü istenmelidir⁹¹.

Bilirkişiye, görevlendirme yazısının ekinde, inceleyeceği numuneler, deliller, dizi pusulasına bağılı olarak ve gerekiyorsa mühürlü bir biçimde teslim edilir; ayrıca bu husus tutanakta gösterilir.

⁹⁰ MUŞUL, s.402.

⁹¹ ULUKAPI, Ömer; Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri; Bilirkişilik Sempozyumu, Ankara 2001, Türkiye Barolar Birliğı Yayını, s.298.

Uygulamada, bu hususlara gereken özen gösterilmemekte, son derece genel, soyut ve hatta hukuki konularda da görevlendirmeyi kapsar biçimde “dosyanın bilirkişiye tevdiine”, “dosya ve eklerinin bilirkişiye havalesine”, “ tarafların iddia ve savunmaları hakkında bilirkişi görüşünün alınmasına” gibi ifadelerle bilirkişiye başvurulmaktadır. Bu şekilde yapılan bir görevlendirme sonucunda bilirkişi görevinin ne olduğunu tam olarak bilemediği veya kavrayamadığı için hakime hiç yardımcı olamamakta ya da işlevinin sınırlarını aşp hukuki değerlendirmelere girişerek gerçekte hükmü veren konumuna geçmektedir. Bu durum ise, hakimin bilirkişi karşısından bağımsızlığını koruyamamasına, hakimini bilirkişinin oy ve görüşünü serbestçe takdir edeceği yönündeki düzenlemenin amacını ve işlevselliğini yitirmesine ve toplumda yargıya olan güvenini tümüyle sarsılıp kararın fiilen bilirkişi tarafından verildiği yönündeki çarpık anlayışın yerleşmesine ve kökleşmesine neden olmaktadır.

İşaret edilen sakınca nedeni ile hakim, dava dosyasına tümüyle egemen olduktan sonra maddi sorunlarla hukuki sorunları kesin çizgileriyle birbirinden ayırmalı, hangi maddi vakıa ve vakıaların özel ve teknik bilgilere dayalı olarak aydınlatılmasını ya da tespit edilmesini istiyorsa somut sorular halinde bu konudaki iradesini herhangi bir tereddüde mahal bırakmayacak biçimde bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararda açıklamalıdır⁹². Bu şekilde bilirkişinin görev alanının net olarak belirlenmediği durularda bilirkişiden istenilen veya amaçlanan fayda ve sonuçlar elde edilememekte, bunun yanında bir de bilirkişi tarafından sunulan raporlar uyuşmazlığın çözümünden uzak kalmaktadır⁹³.

Bilirkişi raporunun hazırlanması için verilecek süre üç ayı geçemez. Bilirkişinin talebi üzerine, kendisini görevlendiren mahkeme gerekçesini göstererek, süreyi üç ayı geçmemek üzere uzatabilir.

Bilgisine başvuru bilirkişi, kendisine tevdi olunan görevin, uzmanlık alanına girmediğini, inceleme konusu maddi vakıaların açıklığa kavuşturulması

⁹² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.445.

⁹³ ÇINAR, Sinan; Türk Vergi Hukukunda Bilirkişilik Kurumu ve Analizi, Yüksek Lisans tezi, Ankara 2009, s.64. (www.yok.gov.tr, ulusal tez merkezi) (Erişim tarihi 28.08.2013).

ve tespiti için, uzman kimliği bulunan başka bir bilirkişi ile işbirliğine ihtiyaç duyduğunu veya görevi kabulden kaçınmasını haklı kılacak mazeretini bir hafta içinde görevlendirmeyi yapan mahkemeye bildirir.

Bilirkişi, incelemesini gerçekleştirebilmek için, bazı hususların önceden soruşturulması ve tespiti ile bazı kayıt ve belgelerin getirtilmesine ihtiyaç duyuyorsa, bunun sağlanması için, bir hafta içinde kendisini görevlendiren mahkemeye bilgi verir ve talepte bulunur (HMK mad.275).

Bilirkişilik görevi, mahkemece yapılan davete uyup tayin edilen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmayı, yemin etmeyi ve bilgisine başvurulacak konuda süresinde oy ve görüşünü mahkemeye bildirmeyi kapsar. Geçerli bir özrü olmaksızın mahkemece yapılan davete uyup, tayin edilen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmayan yahut mahkemeye gelip de yemin etmekten veya süresinde oy ve görüş bildirmekten kaçınan bilirkişiler hakkında, tanıklığa ilişkin disiplin hükümleri uygulanır (HMK mad.269).

Bilirkişilik yapmak kural olarak zorunlu değildir⁹⁴. Şu kişi ya da kuruluşlar, bilirkişilik görevini kabulle yükümlüdürler:

- Resmî bilirkişiler ile HMK mad.268'de belirtilmiş bulunan listelerde yer almış olanlar.

- Bilgisine başvurulacak konuyu bilmeksizin, meslek veya zanaatlarını icra etmesine olanak bulunmayanlar.

- Bilgisine başvurulacak konu hakkında, meslek veya sanat icrasına resmen yetkili kılınmış olanlar.

Bu kişiler, ancak tanıklıktan çekinme sebeplerine veya mahkemece kabul edilebilir diğer bir sebebe dayanarak, bilirkişilikten çekinebilirler. (HMK mad.270).

Bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğünden maksat, mahkemece yapılan davete icabet edip, davetiyede belirtilen gün ve saatte mahkemede hazır

⁹⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.446.

bulunma, yemin etme ve süresi içinde bilgisine başvurulmuş husus hakkında oy ve görüşünü mahkemeye bildirmektir⁹⁵.

Uygulamada, özellikle bilirkişi kurulları oluşturulmasında Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden hukukçu akademisyen bilirkişi atanmasına sıklıkla rastlanmaktadır⁹⁶. Hukuk fakültesi öğretim üyeleri hem hukuk ve hem de ceza yargılaması anlamında bilirkişilik görevini kabule yükümlü kişiler arasında yer almamaktadır. Her şeyden önce hukuk fakültesi öğretim üyeleri resmi bilirkişi sayılamazlar. Bu bağlamda kişi bazında tek yasal zorunluluk, tıp fakültelerinin adli tıp anabilim dalında görev yapan öğretim üyeleri bakımından öngörülmüştür⁹⁷.

Mahkemeler kendi yargı çevresi ile sınırlı olarak yargı yetkisini kullanabildiğinden, yargı çevresi dışında bir işlem yapması gerektiğinde o işlemi yapma yetkisine sahip mahkemeden yardım talep edebilir. Buna istinabe denir. Uygulamada daha çok talimat kelimesi kullanılmaktadır. Ceza usulünde yerleşik “doğrudan doğruyalık ilkesi” gereği bilirkişinin doğrudan seçilmesi ve görevlendirilmesi esas olduğu halde, CMK mad.180’de bilirkişinin istinabe yoluyla dinlenmesine de imkan sağlanmaktadır⁹⁸.

3.2 BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ VE RAPORU

Bilirkişi, kendisine mahkeme tarafından yapılan görevlendirme sonucunda gönderilen dosya ve dosya ekleri üzerinden incelemesini yapar, araştırmalarını tamamlar. Bilirkişinin yapacağı inceleme ve değerlendirmelerin sonucunda vardığı görüşünü yazılı mı yoksa sözlü olarak mı vereceği hakimin kararına bağlıdır. Hakim bu belirlemesini, kural olarak bilirkişinin görev alanını belirlediği kararında belirtir⁹⁹.

⁹⁵ TANRIVER, Süha; Hukuk Fakültesi Öğretim Üyeleri (Elemanları) Mahkemelerce Bilirkişilik Görevini Kabule Zorlanabilirler mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, yıl 2011, sayı 92, s.381. (TANRIVER, Hukuk Fakültesi).

⁹⁶ Hukukçu bilirkişilerle ilgili tartışmalara ve görüşlere 3. bölümde yer verilmiştir.

⁹⁷ TANRIVER, Hukuk Fakültesi, s.382; HMK mad.270 ile ilgili hükümet gerekçesi, YILMAZ, Ejder, HMK Şerhi, s.1256.

⁹⁸ DERYAL, s.280-281.

⁹⁹ YILMAZ, Ejder; s.1274.

Kurul halinde bir bilirkişi görevlendirilmesi söz konusu ise, bilirkişilerin bilgilerine başvuru hususu bir araya gelerek aralarında müzakere etmeleri zorunludur. Bilirkişi kurulunun bir araya gelmeden rapor hazırlaması, sağlıklı bir sonuca varılabilmesi açısından doğru bir usul değildir¹⁰⁰.

Kurul halinde hazırlanan bilirkişi raporlarının tek bir rapor halinde verilmesi gerekir. Farklı görüşü olan bilirkişi var ise ancak o bilirkişi farklı görüşünü açıklayan ayrı bir rapor verebilir. Yargıtay HGK, 03.03.1971 tarihli, 1967/4-208 E, 1971/118 K sayılı kararında da bu hususu vurgulamıştır. Buna göre *“Usulün 281.maddesi uyarınca bilirkişilerin, konuyu aralarında görüştükten sonra raporu birlikte düzenlemeleri gerektiği ve ancak muhalefette kalan bilirkişinin ayrı bir rapor verebileceği göz önünde tutulmadan, her üç bilirkişinin kanunun bu hükmüne aykırı olarak ayrı ayrı rapor vermeleri doğru değildir”*¹⁰¹.

Bilirkişi, mahkeme hakiminin görevlendirmesi ile oy ve görüşünü yazılı olarak mahkemeye bildirirse bu rapora bilirkişi raporu adı verilir ve bilirkişi raporunda şu hususlar bulunmak zorundadır :

- Tarafların ad ve soyadları
- Bilirkişinin görevlendirildiği hususlar
- Gözlem ve inceleme konusu yapılan maddi vakıalar
- Bilirkişi görüşünün gerekçeleri
- Bilirkişi görüşünün sonuç hükmü
- Bilirkişiler arasında görüş ayrılığı varsa sebebi
- Raporun düzenlenme tarihi
- Bilirkişilerin imzaları¹⁰².
- Özel yasa ya da yönetmelik uyarınca belirlenmiş zorunlu diğer unsurlar¹⁰³.

¹⁰⁰ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.447.

¹⁰¹ Yargıtay HGK, 03.03.1971 tarihli, 1967/4-208 E, 1971/118 K (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

¹⁰² DERYAL, s.334.

¹⁰³ Örneğin Kamulaştırma kanunu mad.15 uyarınca hazırlanan Kamulaştırma Bilirkişileri Yönetmeliği mad.17 uyarınca, kamulaştırılacak gayrimenkul mal veya kaynağın cins ve nev'inin, yüzölçümünün, kıymetini etkileyebilecek bütün nitelik ve unsurların, her unsurun

Yasal zorunluluk olmamakla birlikte aşağıdaki unsurların da bilirkişi raporlarında bulunmasında fayda vardır :

- Bilirkişinin adı-soyadı, varsa akademik ünvanı, mesleği ya da uzmanlık alanı¹⁰⁴.

- Davanın özeti

- Daha önce alınmış bilirkişi raporları var ise bu raporların kısa özetleri

- Tespit ya da keşif mahallinde yapılan incelemeler, çekilen fotoğraflar, ölçümler.

- Dosya içinde bulunan ve delil olarak tarafların sunmuş oldukları belgelerin kısa özetleri.

- Davanın ve uyuşmazlığın türüne göre, bilirkişinin uzmanlık alanına ve ne için görevlendirildiğine göre değişen ve bilirkişice açıklanması uygun görülen sair açıklamalar.

Bilirkişi raporu, uygun büyüklükte, düzgün, okunaklı bir yazı formatı ile hazırlanmalı, özet, inceleme, değerlendirme, sonuç gibi bölümlere ayrılmalı, kolay anlaşılabilen net ve düzgün ifadelerden oluşan bir anlatım tarzı benimsenmelidir. Özellikle teknik ve mesleki terimlerin anlaşılabilir düzeyde kullanılmasına dikkat edilmeli, hakimin ve tarafların anlayabileceği ve denetleyebileceği şekilde ifadeler ve terimler kullanılmalıdır¹⁰⁵.

Raporun yazılmasında ve gerekçelendirilmesinde bilirkişinin uzmanlık alanında geçerli bir dil ve terminoloji kullanması kaçınılmazdır. Fakat bunun raporun anlaşılabilirliğine ve denetlenebilir olmasına zarar vermeyecek bir ölçü içinde yapılması konusunda duyarlı davranmak gerekir. Sadece erbabı

ayrı ayrı değerinin, vergi beyanının, kıymet takdirinin, malın getireceği net gelirin, emsallere göre satış değerinin ayrı ayrı irdelenmesi ve belirtilmesi şarttır.

¹⁰⁴ Mali Müşavir, Patent Vekili, Tasarım Uzmanı, Gemi Mühendisi, Öğretim Üyesi gibi. Yargıtay 11.HD, bilirkişinin uzmanlık alanının ne olduğunun dosyada anlaşılabilmesi nedeni ile bozma kararı vermiştir. Yargıtay 11.HD, 18.04.2011 tarih, 2009/12165 E, 2011/4572 K sayılı kararı uyarınca “..Somut olayda hukukçu olan bilirkişinin özel ve teknik bilgiyi gerektiren uyuşmazlıkta ne şekilde uzman olduğu dosya içeriğinden anlaşılabilir değildir. Mahkemece uyuşmazlık konusu faydalı model belgesi hakkında teknik bilgi sahibi olan bir bilirkişiden rapor alınarak neticesine göre karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir” (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

¹⁰⁵ Örneğin, bir cihaz ile ilgili patent davasında verilen bilirkişi raporunda “Farmasötik bileşiklerin alınması için enhalasyon..” ifadesi yerine “ilaç etkisi gösteren bileşiklerin solunum yoluyla alınmaları için bir sprey cihazı..” teriminin kullanılmasının daha anlaşılır olması gibi.

tarafından anlaşılabilir teknik terimlerden ibaret bir rapor bilirkişilik kurumu ile bağdaşmaz¹⁰⁶.

Bilirkişi raporu, düzgün, mantıklı, anlaşılabilir bir dille hazırlanmalı, gereksiz yerlerde altı çizili bölümler, renkli yazılar ve koyu büyük harfler kullanılmamalı, bütün yazı metnindeki harf büyüklükleri aynı olmalıdır. Bu unsurlar, rapor incelenirken inceleyen ve denetleyen kişiyi yoran ve dikkatini dağıtan unsurlardır.

Bilirkişi raporlarına fotoğraf eklemek gerekli ise, (örneğin tespit ya da keşif mahallinde çekilen fotoğraflar) bu fotoğraflar kaliteli ve tüm ayrıntıları gösterir şekilde basılmalı ve karşılaştırma yapılacak ise karşılaştırılan ürün fotoğrafı ile yan yana ve aynı sayfaya renkli yazıcı kullanılarak basılmalıdır. Zira, raporun sonuna eklenen ve bilirkişi tarafından çekilen fotoğraf ile dava dosyasında örneği bulunan fotoğrafın, raporu inceleyen kişi tarafından karşılaştırmasının yapılması çok zordur. Bu nedenle bu tür karşılaştırmalı görseller (fotoğraf, çizim, formül, hesap, tablo vb) var ise mümkün mertebe aynı sayfada ve yan yana olarak basılmalıdır. Raporun arkasına zımbalanmış ve klasik fotoğraf kağıdına basılmış ve zarf içine yerleştirilmiş fotoğrafları tek tek ve her seferinde sayfayı çevirerek incelemek ve karşılaştırmak kimi durumlarda çok zor olmakta ve denetime elverişlilik şartını ihlal etmektedir. Bir de mahkeme dosyasının muhafaza şartları, taşınması gibi durumlarda bu zımbalı fotoğrafların rapordan ayrılması, dosya içinde kaybolması gibi durumlar da sıklıkla karşılaşılan hususlar olduğundan, rapor içine baskı sureti ile yerleştirilmiş fotoğrafların kullanılması daha uygun olacaktır.

Bilirkişi, raporunda değerlendirme ve gerekçelendirme yaparken, başka bilimsel eserlere, doktrin görüşlerine, Yargıtay kararlarına ve akademisyen görüşlerine atıf yapıyor ise bu atıfları dipnot şeklinde raporunda göstermeli, görüş ve eser sahibini ve kaynağını bildirmelidir. Atıf yapılan, internet aracılığı ile ulaşılan bir kaynak ise ilgili link ve adres dipnotta gösterilmelidir.

Bilirkişi raporlarında bilirkişi tarafından ortaya konulan görüşün uygun bir dille gerekçelendirilmesi, dayanakların gösterilmesi ve bilirkişi kanaatine

¹⁰⁶ DERYAL, s.339.

nasıl ulaşıldığının, hangi bilimsel verilere, incelemelere, hukuki gerekçelere ve belgelere dayanıldığının açık ve net olarak yazılması gerekir. Bilirkişi raporunun en önemli unsuru budur. Zira birçok dosya, Yargıtay tarafından “..maddi dayanakları denetime elverişli bir şekilde ortaya konulmamış bilirkişi raporuna dayanarak hüküm kurulamaz.¹⁰⁷”, “..alınan bilirkişi raporunun tamamen yüzeysel bir inceleme mahsulü olduğu¹⁰⁸”, “..genel nitelikteki soyut ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanarak hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup..¹⁰⁹”, “..yetersiz bilirkişi raporu ve eksik inceleme ile karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup..¹¹⁰” gerekçeleri ile bozulmaktadır.

Yargıtay HGK, 27.04.2011 tarih, 2011/4-62 E, 2011/223 K sayılı kararında, “..Yerel mahkemece hükme esas alınan elektrik yüksek mühendisi tek bilirkişi tarafından düzenlenen rapor; daha çok davalının cevabi yazısına dayanmakta, olay günü havanın kuvvetli rüzgarlı ve fırtınalı olduğuna ilişkin belge, yangın raporu, tanık beyanları ve jandarma tarafından olay tarihinde tutulan olay yeri tespit tutanağının açık biçimde değerlendirmesini içermemekte, çelişki ve benzerliklere ilişkin açıklama taşımamakta; konuya ilişkin teknik bilgiyi ortaya koymamaktadır. Bu haliyle denetime elverişli ve hüküm kurmaya yeterli bulunmadığı açıktır. O halde, mahkemece yapılacak iş; yeniden konusunda uzman bilirkişilerden oluşturulacak heyet marifetiyle mahallinde keşif yapıp, denetime elverişli ve hüküm kurmaya yeterli rapor almak suretiyle yangına elektrik tellerinin sebep olup olmadığını tereddüde mahal vermeyecek şekilde tespit etmek ve tüm delilleri birlikte değerlendirerek varacağı uygun sonuç çerçevesinde karar vermek olmalıdır” demekte ve bilirkişi raporunun denetime elverişli ve hüküm kurmaya yeterli düzeyde olması gerektiğine işaret etmektedir¹¹¹.

Yargıtay 11.HD, 14.10.2002 tarihli, 2002/8606 E, 2002/8930 K sayılı kararında da gerekçesiz bilirkişi raporunun hükme esas alınamayacağını bildirmektedir. Buna göre “..olay nedeniyle davacı tesislerinde oluşan zararın

¹⁰⁷ Yargıtay, HGK, 30.05.2001 tarih, 12-436/467 nolu kararı. (Aktaran Deryal, s.337).

¹⁰⁸ Yargıtay, HGK, 16.09.1992 tarih, 18-417/470 nolu kararı. (Aktaran Deryal, s.337).

¹⁰⁹ Yargıtay, 10.HD, 20.10.2008 tarih, 16500/6714 nolu kararı. (Aktaran Deryal, s.337).

¹¹⁰ Yargıtay, 4.HD, 27.05.2003 tarih, 2487/7022 nolu kararı. (Aktaran Deryal, s.337).

¹¹¹ Yargıtay HGK, 27.04.2011 tarih, 2011/4-62 E, 2011/223 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

hesabında davacı yanın esas aldığı değerler ile bilirkişi raporundaki değerler farklı miktarlardadır. Bilirkişinin belirlediği değerlerde hangi kıstasların esas alındığı belirtilmemiş ve bu rapora davacı taraf itirazda bulunarak değerlerin belirlenmesinde Bayındırlık Bakanlığı'nın belirlediği birim fiyatların uygulanmasının yerleşik bir uygulama olduğu ileri sürülmüştür. Mahkemece davacı yanın bu itirazları gözetilmediği gibi malzeme ve işçilik giderleri için KDV eklenmeksizin hüküm kurulması da doğru görülmemiştir”¹¹².

Yargıtay 4.HD, 19.06.2003 tarih, 2002/15132 E, 2003/8097 K. Sayılı kararı uyarınca, “Zararlandırıcı eylemin gerçekleşme biçimi itibariyle davacının, olay sırasında, park yasağı olan yere usulüne uygun olmayan biçimde aracını park ettiği ve yine aracın sol arka tarafında, yolun araç trafiğine açık yönünde, araç dışında durduğu sırada kendisine ayrılmış olan durağa giren otobüsün sıkıştırması sonucu yaralandığı anlaşıldığına göre gelişen şu durumda davacının, davalı otobüs sürücüsünden daha az kusurlu olabileceğinin benimsenmesi somut olayın özelliğine uygun düşmemektedir. Hükme dayanak yapılan ve davalı sürücüyü 6/8 oranda kusurlu bulan bilirkişi raporu da yeteri kadar gerekçelendirilmemiştir. Mahkemece, açıklanan yön gözetilerek, gerektiğinde bizzat kusur oranları takdir edilmesi gerekir. Somut olaya uygun düşmeyen kusur oranlarına göre karar verilmiş olması doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir”¹¹³.

Yargıtay 15.HD, 25.04.2005 tarihli, 2005/1630 E, 2005/2532 K sayılı kararı uyarınca da, “O halde bilirkişi kurulu aracılığıyla yerinde keşif ve inceleme yapılarak; şartlar değişmediği ve özel nedenler bulunmadığı takdirde, enflasyon oranında paranın değer yitirdiği hususu tartışmasız olduğuna göre, olağan rayiç kira parasının saptanamaması durumunda gerçekleşen enflasyon oranında ve davacıların istemlerinin aşılması gerektiği de gözetilerek mahkemece bir önceki dönemde 2001 yılı için hükmedilen aylık kira parasının artırılması yoluyla 2002 yılı için istenen aylık kira tazminatı tutarı belirlenmek ve 2001 yılı içinde mahkeme hükmü ile

¹¹² Yargıtay 11.HD, 14.10.2002 tarihli, 2002/8606 E, 2002/8930 K. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

¹¹³ Yargıtay 4.HD, 19.06.2003 tarih, 2002/15132 E, 2003/8097 K. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

belirlenmiş bulunan aylık kira tazminatı miktarı kabul edilmek suretiyle hüküm verilmesi gerekirken; hüküm vermeye elverişli olmayan gerekçesiz bilirkişi raporu hükme esas alınarak yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmektedir”¹¹⁴.

Yargıtay 1.HD, 22.05.2000 tarihli, 2000/6278 E, 2000/6497 K sayılı kararında, bilirkişi raporunun çelişkiyi giderecek nitelikte olması uygulamayı tam olarak yansıtması şartları aranmıştır. “*Somut olaya gelince, mahkemece 1.11.1999 tarihli fen bilirkişi krokisine değer verilerek dava kabul edilmiştir. Ne var ki yapılan uygulama hükme yeterli olmadığı gibi anılan rapor 1997/27 D. İşler dosyasındaki tespit raporu ile de çelişmektedir. Hal böyle olunca, yukarıda değinilen ilkeler doğrultusunda mahallinde yeniden uzman bilirkişiler aracılığıyla keşif yapılarak uygulamayı tam olarak yansıtan infazda duraksamaya yer bırakmayacak nitelikte rapor ve kroki düzenlettirilmesi, raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yetersiz uygulama ve çelişkili raporlar esas alınarak yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir”¹¹⁵.*

Yargıtay HGK, 11.06.1997 tarihli, 20-317 E, 1997/519 K sayılı kararında bilirkişi raporunun nasıl olması gerektiğine işaret etmiştir. “*Bilirkişi raporu olaydaki gerçeklere, duruma, teknik ve bilimsel bulgu ve verilere, belgelere göre verilmelidir. Bilirkişi kendini yargıç yerine koyamaz”¹¹⁶*

Bilirkişi raporu açık, net ve okunaklı olmalı, sağlam ve geçerli olan bilimsel verilere dayanmalıdır. Raporda çeşitli anlamlara gelebilecek sözcüklerin kullanılması, kendi uzmanlık alanında kabul görmeyen belirsiz ve tartışmalı kaynaklara dayanılması, bilirkişinin birbirleriyle çelişkili ifadeleri, hakimi, raporun açıklığı ve kesinliği konusunda şüpheye düşürecek ve bu rapordan yararlanılması mümkün olmayacaktır¹¹⁷. Nitekim Yargıtay 20.HD,

¹¹⁴ Yargıtay 15.HD, 25.04.2005 tarihli, 2005/1630 E, 2005/2532 K. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

¹¹⁵ Yargıtay 1.HD, 22.05.2000 tarihli, 2000/6278 E, 2000/6497 K sayılı kararı. (Aktaran KAÇAK, s.849); (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

¹¹⁶ Yargıtay HGK, 11.06.1997 tarih, 20-317 E, 1997/519 K sayılı kararı, (Aktaran KAÇAK, s.859).

¹¹⁷ ARSLAN, Hatice Seval; Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi raporu ve Bağlayıcılığı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002, s.37. (www.yok.gov.tr ulusal tez merkezi) (Erişim tarihi 25.08.2013).

22.09.1997 tarih, 1997/7421 E, 1997/7936 K sayılı kararında “*kendi içerisinde çelişen ve içeriği ile sonuç kısmı birbirine uymayan veya resmi belgelerle çelişen bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulamaz*”¹¹⁸ demektedir.

Yukarıda verilen açıklamalar çerçevesinde bilirkişi raporlarında bulunması gereken özellikler şu şekilde sıralanabilir :

- Bilirkişi raporu hakim sorularına cevap verebilir olmalıdır.
- Bilirkişi raporu anlaşılabilir olmalıdır.
- Bilirkişi raporu gerekçeli ve aydınlatıcı olmalıdır.
- Bilirkişi raporu, bilimsel verilere ve somut gerçekliğe uygun olmalıdır.

Bilirkişi, raporunu, varsa kendisine incelenmek üzere teslim edilen şeylerle birlikte bir dizi pusulasına bağlı olarak mahkemeye verir; verildiği tarih rapora yazılır ve duruşma gününden önce birer örneği taraflara tebliğ edilir. (HMK mad.280).

Bilirkişi, görevini, mahkemenin sevk ve idaresi altında yürütür. Bilirkişi, görev alanı veya sınırları hakkında tereddüde düşerse, bu tereddüdünün giderilmesini, her zaman mahkemeden isteyebilir. Bilirkişi, incelemesini gerçekleştirirken ihtiyaç duyarsa, mahkemenin de uygun bulması kaydıyla, tarafların bilgisine başvurabilir. Taraflardan birinin bilgisine başvurulacağı hâllerde, mahkemece bilirkişiye taraflardan biri bulunmaksızın diğerinin dinlenemeyeceği hususu önceden hatırlatılır. Bilirkişinin oy ve görüşünü açıklayabilmesi için bir şey üzerinde inceleme yapması zorunlu ise mahkeme kararı ile gerekli incelemeyi yapabilir. Bu işlemin icrası sırasında taraflar da hazır bulunabilir. (HMK mad.278).

Mahkeme, bilirkişinin oy ve görüşünü sözlü olarak açıklamasına karar verirse, bilirkişinin açıklamaları tutanağa geçirilir ve tutanağın altına bilirkişinin de imzası alınır. Kurul hâlinde görevlendirme söz konusu ise bilirkişilerin bilgilerine başvuru hususu hemen aralarında müzakere etmelerine imkân tanınır ve müzakere sonucunda açıklanan oy ve görüş,

¹¹⁸ Yargıtay 20.HD, 22.09.1997 tarih, 1997/7421 E, 1997/7936 K sayılı kararı. (Aktaran KAÇAK, s.864). (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 03.09.2013).

tutanakla tespit edilip; tutanağın altı, bilirkişilere imza ettirilir. Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamaz. (HMK mad.279).

Bilirkişiye, sarf etmiş olduğu emek ve mesaiyle orantılı bir ücret ile inceleme, ulaşım, konaklama ve diğer giderleri ödenir. Bu konuda, Adalet Bakanlığınca çıkarılacak ve her yıl güncellenecek olan tarife esas alınır (HMK mad.283)¹¹⁹.

3.3 BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ

Taraflar, bilirkişi raporunda gördükleri noksan ve müphem hususlar hakkında bilirkişiden izahat alınmasını hakimden isteyebilirler. Buna bilirkişi raporuna itiraz denir¹²⁰ ve bu itirazın HMK. mad. 281/1 uyarınca raporun taraflara tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde yapılması gerekir. Bilirkişi raporuna itiraz kural olarak yazılı olarak yapılmakla birlikte duruşmada sözlü beyanların tutanağa geçirilmesi sureti ile de yapılabilir.

Bilirkişi raporuna itiraz eden tarafların itirazlarını ayrıntılı olarak gerekçelendirmeleri ve neden dolayı itiraz ettiklerini bildirmeleri gerekir. Sadece “itiraz ediyoruz”, “kabul etmiyoruz” beyanları itiraz olarak kabul edilemez. Hakim kabul etmeme nedenlerini açılattırmalı ve gerekirse uygun bir önel vermelidir¹²¹. Yargıtay 4.HD, 3852/3293 sayılı, 16.07.1953 tarihli kararında “*Bilirkişi raporuna karşı ne diyeceği sorulan davalının bu raporu kabul etmiyorum demesi ayrıca inceleme yapılmasını gerektirmez. İtirazın hukuki dayanağı olmalıdır*” şeklinde karar vererek itirazın mutlaka gerekçelendirilmesi ve hukuki dayanağının olması gerektiğine işaret etmiştir¹²².

¹¹⁹ 30.09.2011 tarihli ve 28070 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2011 yılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bilirkişi Ücret Tarifesi için Bkz. [http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121002.htm](http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/09/201109305.htm/20110930.htm&main=, 02.10.2012 tarihli ve 28429 nolu Resmi Gazete’de yayımlanan 2012 yılı tarifesi için Bkz. <a href=) (Erişim tarihi 10.09.2013).

¹²⁰ KURU, C.3, s.2745.

¹²¹ DUMAN, İlker Hasan; Hukuk Mahkemesinde Bilirkişilik, Ankara Barosu Dergisi, yıl 1984, sayı 5, s.761.

¹²² Yargıtay 4.HD, 3852/3293 sayılı, 16.07.1953 tarihli karar. (Aktaran DUMAN, s.761).

HUMK sisteminde bilirkişi raporuna itiraz hakkının bir haftalık süre ile sınırlı olup olmadığı tartışmalıydı¹²³. Bir görüşe göre, bu bir haftalık süre içerisinde rapora itiraz etmeyen taraf açısından raporun kesinleşmiş sayılması gerekir¹²⁴. Doktrinde çoğunluk bulan diğer görüşe göre ise, rapora itiraz bir haftalık süre ile bağlı değildir. Zira HUMK maddesinde tarafların rapora karşı itirazlarını süre anlamında sınırlandıran bir hüküm yoktur¹²⁵.

Yargıtay önce bir haftalık sürede rapora itiraz edilmemesinin raporun taraflar ya da itiraz etmeyen taraf açısından kesinleşmiş sayılacağı yönünde idi. Yargıtay 4.HD, 9153/1229 sayılı, 19.12.1958 tarihli kararında “*Bilirkişiler tarafından verilmiş bulunan raporlara karşı tarafların iddia ve itirazlarını bir hafta içinde bildirecekleri HUMK mad.283’den anlaşılakta olduğu ve tatbikat da bu yönde bulunduğu ve HUMK mad.159’a göre kanunen tayin edilen müddetler, tezyit ve tenkis edilemeyeceği cihetle bu hususa vaki davacı itirazlarının yerinde bulunmadığına karar verildi*”¹²⁶.

Yargıtay daha sonra görüş değiştirmiş ve tarafların süresi içinde bilirkişi raporuna itiraz etmemiş olmalarının bilirkişi raporunun kesinleşmesi sonucunu doğurmayacağı, hüküm verilinceye kadar tarafların bilirkişi raporuna itiraz edebilecekleri görüşünü benimsemiştir¹²⁷.

Yargıtay HGK, 26.02.1986 tarihli, 1984/5794 E, 1986/164 K sayılı kararında, yasada belirtilen sürenin, tarafların sadece raporda noksan ve müphem gördükleri yönler hakkında bilirkişilerden açıklama istemeleri bakımından olup, sair hususlarda hüküm verilinceye kadar rapora itiraz edebileceklerini belirtmiştir. Bu karar uyarınca “...*Usulün 283/1. maddesi*

¹²³ ÇAYAN, s.95. HUMK mad.283 metni “Hâkim raporda noksan ve müphem gördüğü cihetleri itmam ve izah için ehli-vukufa yeni sualler tertip edebilir. İki taraf dahi noksan ve müphem cihetler hakkında ehli-vukuftan izahat alınmasını raporun kendilerine tebliği tarihinden bir hafta zarfında hâkimden tahriren talep edebilirler”.

¹²⁴ KURU, C.3, s.2747. Aynı görüşte DERYAL, s.386; ÇAYAN, s.97.

¹²⁵ Aynı görüşte Bkz. POSTACIOĞLU, İlhan; Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6.baskı, İstanbul 1975, s.654; KARAFAKİH, İ.Hakkı; Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952, s.219; BİLGE, Necip; Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1967, s.484; TANVERDİ, Mücahit; Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, Doktora tezi, İstanbul 1991, s.186; ERDEMİR, İlter; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1986, s.563; ERDOĞAN, Celal; En Son Değişikliklere Göre Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1985, s.386; DUMAN, Hukuk Mahkemesinde Bilirkişilik, İstanbul 1985, s.32 (Aktaran DERYAL, s.385).

¹²⁶ Aktaran KURU, C.3, s.2748.

¹²⁷ KURU, C.3, s.2749.

hükmünce "hakim raporunda noksan ve müphem gördüğü cihetleri itmam ve izahı için ehli vukufa yeni sualler tertip edebilir. İki taraf dahi noksan ve müphem cihetler hakkında ehli vukuftan izahat alınmasını raporun kendilerine tebliği tarihinden bir hafta zarfından hakimden tahriren talep edebilirler. Burada her ne kadar tarafların itiraz ve hakları bilirkişi raporunun kendilerine tebliğinden itibaren bir haftalık bir süre ile sınırlandırılmış ise de, bu sadece tarafların raporda noksan ve müphem gördükleri yönler hakkında bilirkişilerden açıklama istemeleri bakımından olup, bu açıdan bir itiraz ileri sürmemeleri raporun kesinleşmesi sonucunu doğurmaz. Gerçeğe ulaşma bakımından taraflar hüküm verilinceye kadar rapora itiraz haklarını kullanabilirler. Bu yorum tarzı Usulün 284. maddesinin "hakikatin tezahürü için lüzum görürse tahkikat hakimi veya esas davayı rüyet edecek mahkeme evvelki veya yeniden intihap edeceği ehli vukuf vasıtasıyla tekrar tahkikat icra ettirebilir" yolundaki hükmünün amacına da uygun düşer. Bu nedenlerle direnme uygun olduğundan diğer yönler incelenmek üzere dosya Özel Daireye gönderilmelidir"¹²⁸.

HGK 1976/15-1825 esas nolu başka bir kararında da aynı hususa değinmiştir. *"..Usulün 283. maddesi hükmünce bilirkişi raporunun müphem ve noksan kısımlarına ilişkin itirazlar süreye bağlı olup; diğer yönlerden dava sona erinceye kadar rapora itiraz edilebilir. Bu nedenlerle Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır"¹²⁹.*

Yargıtay 11.HD, 2003/113 esas sayılı kararında, hakimin re'sen gözetmesi gereken bir husus hakkında hatalı rapor veren bilirkişinin bu raporuna tarafların süreyle bağlı kalmaksızın hüküm verilinceye kadar itiraz edebilecekleri hususu belirtilmiştir. Karara göre *"..Mahkemece, davacı vekilinin 10.4.2002 tarihli bilirkişi raporuna itirazı olmadığından bahisle, davalı yararına usulü müktesep hak oluştuğu gerekçesi ile, bu raporda belirlenen miktara hükmedilmiş ise de, bu beyan davacı vekilince*

¹²⁸ Yargıtay HGK, 26.02.1986 tarih, 1984/5794 E, 1986/164 K sayılı karar (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 23.09.2013).

¹²⁹ Yargıtay HGK, 23.03.1977 tarih, 1976/15-1825 E, 1977/292 K sayılı karar (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 23.09.2013).

*imzalanmadığı için kendisini bağlamaz, mahkemece verilen 20 günlük rapora karşı beyanda bulunma süresi de kesin mehil niteliğinde olmadığı gibi, esasen raporda hatalı olarak belirlenen husus mahkemece re'sen incelenmesi gereken bir olgudur. Artık, davacı vekilince 23.05.2002 tarihli dilekçe ile anılan rapora itiraz edilmiş olması karşısında, davalı yararına usulü müktesep hak doğduğundan söz edilemez*¹³⁰.

Yeni HMK sistemi ile bilirkişi raporuna itiraz süresinin hukuki niteliği tartışması sona ermiştir¹³¹. HMK mad.281'de belirtilen iki haftalık süre içinde bilirkişi raporuna itiraz edilmezse, bilirkişi raporunun taraflar (veya itiraz etmeyen taraf) bakımından kesinleşmiş sayılması gerekir¹³². Zira HMK mad.281'in hükümet gerekçesinde de bu husus vurgulanmıştır¹³³. İki haftalık bu süre (hak düşürücü) kesin süredir¹³⁴. Hakim bu iki haftalık süre ile bağlı değildir. Sonradan da bilirkişiden ek rapor isteyebileceği gibi yeni bir bilirkişi incelemesi de yaptırabilir¹³⁵.

Yargıtay, taraflardan sadece birinin bilirkişi raporuna itiraz etmesi halinde, onun lehine bir usulü müktesep hakkın oluşacağını kabul etmektedir¹³⁶.

Doktrinde bu konuda iki farklı görüş ileri sürülmüştür. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM'a göre, HUMK mad.284 uyarınca mahkeme, tarafların herhangi bir talebi olmaksızın da hakikatin tezahürü için yeni bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verebilir. Böyle bir durumda usuli müktesep hak doğması söz konusu olmayacaktır¹³⁷.

KURU'ya göre ise bir tarafın bilirkişi raporuna itiraz etmemesi ile diğer (bilirkişi raporuna itiraz eden) taraf lehine usuli kazanılmış hak doğar. Bilirkişi

¹³⁰ Yargıtay 11.HD, 09.06.2003 tarih, 2003/113 E, 2003/6063 K sayılı karar (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 23.09.2013).

¹³¹ DERYAL, s. 386; ÇAYAN s.98.

¹³² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.432; aynı görüşte Bkz.KURU, C.3, s.2747; DERYAL, s.388; YILMAZ, Zekeriya; s.1495; ÇAYAN, s.98; YILMAZ Ejder, HMK Şerhi, s.1281.

¹³³ Madde hükümet gerekçesi metni için Bkz. YILMAZ Ejder, HMK Şerhi, s.1279.

¹³⁴ YILMAZ, HMK Şerhi, s.1280.

¹³⁵ PEKCANITEZ/ALANGOYA/ÖZEKES, s.528.

¹³⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.528.

¹³⁷ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s.366.

raporunda itiraz edilmeyen husus, diğ er taraf bakımından usulü kazanılmış hak oluşturur¹³⁸.

AKİL'e göre burada ikili bir ayırım yapılması gerekir. Eğ er bilirkişi raporuna taraflardan biri itiraz etmiş, diğ eri itiraz etmemiş ve mahkeme de yeniden bilirkişi raporu alınmasını gerekli görmekteyse eski rapor itiraz eden lehine usuli kazanılmış hak oluşturur. Buna karşılık taraflar süresi içinde itiraz etmemiş fakat mahkeme kendiliğ inden yeniden bilirkişi raporu aldırılmış sa bu durumda bu rapor da tekrar taraflara tebliğ edileceğ inden onların takındığı duruma göre bir sonuca varmak gerekecektir. Mahkeme bu yeni raporu yeterli bulmuş fakat taraflardan biri rapora itiraz etmiş ve bunun üzerine yeniden bilirkişi raporu alınmış sa sonradan yapılan bilirkişi incelemesi sonucu verilen rapora itiraz edenini, ö ncekiğe göre daha aleyhine ise ö nceki rapora itiraz eden taraf yararına usuli kazanılmış hak oluşturur¹³⁹.

MUŞ UL'a göre, ilk rapora taraflardan sadece biri itiraz etmiş ve diğ er taraf raporu kabul ettiğ ini açıkça beyan etmiş olup da, alınan ikinci bilirkişi raporunda ilk rapora itiraz edenin daha aleyhinde tespitler mevcut olduğu takdirde, daha lehe olan ilk rapordaki tespitlerin, ilk rapora itiraz eden taraf lehine ve ilk rapora itiraz etmediğ ini açıkça beyan eden karşı taraf aleyhine bir usulü kazanılmış hak teşkil edeceğ i ve artık ilk rapordaki tespitlerin dikkate alınmak gerekeceğ i sö ylenebilir¹⁴⁰.

Yargıtay 17.HD, 2005/11666 E, 2005/10949 K sayılı, 29.11.2005 tarihli kararında “*Davacıya ait araçta meydana gelen hasar bedeli 22.11.2004 tarihli bilirkişi raporu ile 1.387.500.000.-TL olarak belirlenmiş bu rapora davalılar Z ve ŞD'nin itirazı üzerine Adli Tıp Kurumu'ndan alınan 25.4.2005 tarihli bilirkişi raporu ile de 2.316.662.280.-TL hasar belirlenmiştir. Davacı taraf 22.11.2004 tarihli bilirkişi raporu ile hesaplanan hasar bedeline uygun karar verilmesini istemekle davalılar lehine usulü kazanılmış hak doğ duğu gözetilerek anılan rapor itibariyle hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde*

¹³⁸ KURU, C.3, s.2753; Aynı görüşte ÇAYAN, s.98; YILMAZ, Ejder; s.1281; ÜSTÜNDAĞ, s.751.

¹³⁹ AKİL, Karar tahlili, s.722.

¹⁴⁰ MUŞ UL, s.417.

hüküm kurulması doğru değildir” usulü müktesep hakkın bilirkişi raporu değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gerektiğine işaret etmiştir¹⁴¹.

Yargıtay HGK, delilleri değerlendiren bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm kurulmasını ve itiraz edilmeyen bu raporun itiraz etmeyen taraf yararına usulü kazanılmış hak sağlamayacağı yönünde karar vermiştir. Buna göre *“..Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275 ve devamı maddelerinde, çözümü hakim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulacağı, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan hallerde bilirkişi dinlenemeyeceği, hakimin bilirkişi raporu ile bağlı olmadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda, bilirkişinin delilleri takdir yetkisinin bulunmadığı, delillerin takdir yetkisinin yalnız hakime ait olduğu, bilirkişinin sadece mahkemece tespit edilmiş olan maddi vakalar hakkında görüş bildirebileceği açıktır. Somut olayda bilirkişi, tanıkların kesin beyanda bulunmadıklarını, beyanların işvereni bağlayıcı nitelikte olmadığı gerekçesiyle davacının ikramiye alacağı bulunmadığını bildirmiş ve mahkemece bu rapora dayanılarak ikramiye alacağı talebi reddedilmiştir. Ne var ki, delillerin takdiri mahkemeye ait olup, bilirkişinin kendisine verilen görevi aşarak delilleri değerlendirmesi ve buna göre rapor düzenlemesi yukarıda açıklanan kanun hükümlerine aykırı olduğu gibi, hukuki bir sonuç da doğurmamaktadır. Bu nedenle mahkemenin, davacı vekilinin bilirkişi raporuna itiraz etmemesi nedeniyle davalı yararına usulü kazanılmış hak oluştuğu yönündeki direnmesi isabetsizdir”¹⁴².*

Yargıtay 9.HD’ye göre *“..Somut olayda belirtilen şekilde hesaplama yapılmadan, sadece iki saat ara dinlenme düşülerek nöbet sayısına göre değil, ortalama haftalık ve giderek aylık fazla çalışma hesaplayan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması hatalıdır. Davacı bilirkişi raporuna itiraz etmediğinden, usulü kazanılmış hak ilkesi de gözetilerek belirtilen şekilde davacının fazla*

¹⁴¹ Benzer kararlar için Bkz. Yargıtay 11.HD, 1997/485 E, 1997/693 K sayılı, 17.02.1997 tarihli, Yargıtay 17.HD, 2006/5225 E, 2006/8352 K sayılı, 14.11.2006 tarihli kararlar. (www.legalbank.net). (Erişim tarihi 27.09.2013).

¹⁴² Yargıtay HGK, 05.02.2003 tarih, 2003/9-12 E, 2003/55 K sayılı karar (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 03.09.2013).

çalışma alacağı hesaplanarak hüküm kurulmak üzere kararın bozulması gerekmiştir”¹⁴³.

Yargıtay 9.HD. 2008/16761 esas sayılı başka bir kararında da “..*Davacı vekili 28.2.2008 tarihli dilekçe ile rapora bu yönden itirazda bulunmuş, mahkemece rapora karşı diyecekleri için kesin süre verildiğini ve itirazın bu süre geçtikten sonra yapıldığı gerekçesiyle davacı vekilini itirazları değerlendirmeye alınmamıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, mahkemece 18.12.2007 tarihli oturumda verilen kesin süre yasaya uygun değildir. Taraflara kesin süreye uymamanın sonuçları hatırlatılmamıştır. Öte yandan davacı vekili bilirkişi raporlarını kabul ettiğini beyan etmediğine göre, mahkemece bilirkişi raporunda yer alan çelişkilerin resen değerlendirmeye alınması gerekir. Gerçekten, raporun bir bölümünde fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının farklarının hesaplanacağı belirtildiği halde bu yönde bir hesap yapılmamış olması ve sonuç kısmında talep şartlarının oluşmadığından söz edilmesi çelişkili olup, mahkemece bu husus açıklatılarak gerekirse ek rapor alınarak sonuca gidilmelidir” demek sureti ile bilirkişi raporunun kabul edildiğinin taraflarca beyan edilmemesi durumunda, mahkemece re’sen rapordaki çelişkilerin giderilmesi için ek rapor alınması gerektiği hususu vurgulanmıştır¹⁴⁴.*

Rapora itiraz etmeyen taraf, temyiz aşamasında da bilirkişi raporuna itiraz edemez¹⁴⁵. Ancak itiraz edilmeyen rapor sadece itiraz etmeyen taraf açısından kesinleşmiş sayılır, mahkeme hakimini bağlamaz. Bu sürenin dolmuş olması hakimin bilirkişiden ek rapor talep etmesine veya inceleme yaptırmak üzere yeni bir bilirkişi atamasına engel oluşturmaz¹⁴⁶.

Tarafların, bilirkişi raporuna itirazları açık olmalı¹⁴⁷, bilirkişi raporunun neden kısmen ya da tamamen kabul edilmemesi gerektiği gerekçelendirilmeli, bilirkişilerin eksik ve belirsiz bıraktıkları veya yanlış değerlendirdikleri

¹⁴³ Yargıtay 9.HD, 09.11.2009 tarih, 2009/10527 E, 2009/30941 K sayılı karar (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 03.09.2013).

¹⁴⁴ Yargıtay 9.HD, 23.02.2010 tarih, 2008/16761 E, 2010/4501 K sayılı karar (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 03.09.2013).

¹⁴⁵ KURU, C.3, s.2760.

¹⁴⁶ YILMAZ, Zekeriya; s.1495; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.529.

¹⁴⁷ KURU, C.3, s.2745.

hususlar mutlaka itiraz dilekçesinde gösterilmelidir¹⁴⁸. Taraflar bu itirazları ile, raporda eksik gördükleri hususların bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler.(HMK mad.281/1).

Mahkeme, bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi, tayin edeceği duruşmada, bilirkişiden sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da kendiliğinden isteyebilir. Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla, tekrar inceleme de yaptırabilir (HMK mad.281/2-3).

3.3.1 Ek Rapor

Bilirkişinin, asıl raporunda ortaya koyduğu görüşleri tamamlayıcı nitelikte ve belirsizlikleri giderecek şekilde hakim talebi üzerine yönelttiği sorular ölçüsünde mahkemeye yeniden görüş bildirmesine ek rapor denir¹⁴⁹.

Bilirkişiden ek rapor isteme yetkisi hakimdedir. Bununla birlikte taraflar da raporun kendilerine tebliğinden itibaren iki haftalık yasal süre içinde, raporda belirsiz ve eksik gördükleri noktalar hususunda bilirkişiden ek rapor alınmasını isteyebilirler. Ek rapor istenmesinin amacı, yeniden bilirkişi incelemesine gidilmeksizin asıl rapordaki eksik kalmış hususların tamamlattırılması ve yetersizliğinin bilirkişi tarafından bizzat giderilmesidir¹⁵⁰.

Taraflardan biri ya da her ikisi de bilirkişi raporuna itiraz etmiş ise, hakim kural olarak, bilirkişiden ek rapor almak zorundadır. Ancak hakim bilirkişi raporunu noksan ve müphem bulmadığı, itirazların daha önce

¹⁴⁸ ÇAYAN, s.94.

¹⁴⁹ DERYAL, s.361.

¹⁵⁰ ÇAYAN, s.101.

incelenmiş veya dava dosyasındaki bilgilerle karşılanması mümkün olduğu hallerde ek rapor almadan bu hususları kendisi de inceleyebilir¹⁵¹.

Ek rapor, kurul halinde görevlendirilen bilirkişilerin hepsinden birlikte alınmalıdır. Kurulda bulunan bilirkişilerden birinden ek rapor alınması Yargıtay’ca doğru görülmemiştir. Yargıtay 15.HD, 21.12.1993 tarihli, 1993/1 E, 1993/5450 K sayılı kararı uyarınca, “*Öte yandan, mahkemece tesbit bilirkişilerinden ek rapor alınmasına karar verildiği halde, bilirkişilerden sadece birisinden ek rapor alınmış olması da doğru değildir. O halde, bütün bu hususlar nazara alınmaksızın eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir*”¹⁵².

3.3.2 Yeni Bilirkişi İncelemesi

Hakim, bilirkişi görüşü ile bağlı değildir (HMK mad.282). Bu nedenle bilirkişi raporu ile durumun gereği gibi aydınlatılmadığı kanısına varırsa, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasına tarafları talebi üzerine veya re’sen karar verebilir. Usul ekonomisi gereği aynı bilirkişiden ek rapor alınmasına karar verilmesi gerekirse de, bilirkişi tarafından açıklanması mümkün olmayan, özellikle bilirkişinin uzmanlığının ve bilgilerinin sorgulandığı ya da tarafsızlığını yitirdiğinin ortaya çıktığı durumlarda yeni bir bilirkişiye inceleme yaptırılması daha doğru olacaktır¹⁵³.

Yeni bilirkişi incelemesi HMK mad.281/3 uyarınca yeni görevlendirilecek bir bilirkişi ya da bilirkişi kurulu aracılığı ile yaptırılır. Yeni bilirkişi seçimi, bilirkişinin seçimi ve görevlendirilmesi usulüne uygun yapılmalıdır. Mahkemece yeniden inceleme yapmak üzere atanan bilirkişi, raporunu bilirkişinin rapor verme kurallarına uygun olarak hazırlamalı ve mahkemeye vermelidir.

¹⁵¹ KURU, C.3, s.2761.

¹⁵² Yargıtay 15.HD, 21.12.1993 tarihli, 1993/1 E, 1993/5450 K. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

¹⁵³ KURU, C.3, s.2764; ÇAYAN, s.105.

Eğer ikinci bilirkişi incelemesi ve raporu da hakim tarafından eksik veya yetersiz bulunursa yine ek rapor istenmesi imkanından yararlanılabileceği gibi yeniden (üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı.. kez) bilirkişi incelemesine de başvurulabilir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.

Yargıtay 18.HD, 29.09.1999 tarih, 1999/11867 E, 1999/11154 K sayılı kararında “..Her ne kadar kıymet takdiri bilirkişilerin yetkisi dahilinde ise de, Anayasaya, Kanuna ve Hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermeleri Anayasa'nın 138. maddesi gereği olan hakimlerin, nihai kararı verirken varılan sonucun isabetli olduğuna vicdani olarak kanaat getirmeleri, varılan sonucu isabetli bulmadıkları takdirde yeni bilirkişi incelemelerine tevessül etmeleri gerekir. İkinci ve üçüncü bilirkişi kurulu ısrarla aynı kanaatlerini muhafaza ettiklerine göre, mahkemece yapılacak iş yeni bilirkişi kurulları görevlendirilerek raporlar almak ve emsalle dava konusu taşınmazın benzer konumda oldukları olgusunu da gözeterek raporları denetleyip hasıl olacak sonuca göre karar vermek olmalıdır..” görüşünü belirtmiştir¹⁵⁴.

Yargıtay HGK'na göre, “..Bilirkişi müessesesi tenkit edilebilir. Verdikleri raporlar hukuki çerçevede yok sayılabilir. Ama o müessese kaldığı sürece yeniden rapor alınmasını gerektiren durumlarda, başka bir bilirkişi heyetinden rapor aldırılabilir. Yoksa hakim bilirkişi heyeti yerine geçirilemez. Özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda da şahsi bilgisine göre kusur belirlemesi sonucu karar vermesi istenilemez. Şimdiye kadar da hukuk dairelerinin tümü bilirkişi incelemesi yapılmasını icap ettiren hallerde bilirkişiden rapor alınmasının şart olduğunu içtihat etmişlerdir”¹⁵⁵.

Birinci raporun yetersiz, eksik ve belirsiz olması sebebi ile yeni bilirkişi incelemesine başvurulduğu durumlarda yeni bilirkişi incelemesinden sonra hakim artık önceki rapora dayanarak hüküm vermesi düşünülemez. Yeni bilirkişi raporu, önceki raporu hükümsüz kılar¹⁵⁶. Hakim, birinci bilirkişi

¹⁵⁴ Yargıtay 18.HD, 29.09.1999 tarih ve 1999/11867 E, 1999/11154 K sayılı karar (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 12.08.2013).

¹⁵⁵ Yargıtay HGK, 04.02.2009 tarih ve 2008/4-823 E, 2009/50 K sayılı karar (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 03.09.2013).

¹⁵⁶ ÇAYAN, s.109. Bu durum sadece ikinci bilirkişi incelemesine re'sen hakim tarafından karar verilmiş olması halinde geçerlidir. Hakim, taraflardan birinin itirazı üzerine ikinci kez bilirkişi raporu almış ise, her iki bilirkişi raporundan edindiği özel ve teknik bilgiye göre

raporunu yetersiz bulduğu için ikinci bilirkişi incelemesi yaptırdığından, ikinci bilirkişi raporundan sonra artık birinci bilirkişi raporuna dayanarak karar veremez¹⁵⁷. Ancak mahkemece, bir tarafın itirazı üzerine ikinci bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmiş ise, ikinci bilirkişi raporunun, birinci bilirkişi raporuna itiraz eden tarafın daha aleyhine olması halinde usuli kazanılmış hak ilkesi gereği birinci bilirkişi raporuna göre karar verilmesi gerekir¹⁵⁸. Yargıtay da bu görüştedir.

Yargıtay 18.HD, 21.10.2003 tarih, 2003/7586 E, 2003//7988 K sayılı kararında, “*..emsalin ve dava konusu taşınmazın emlak vergisine esas değerlerinin birbirine oranı ile bilirkişi raporlarında emsal karşılaştırması sonucu değerlendirmeye esas alınan oran birbirinden fahiş ölçüde farklı ise, mahkemece bu farklılık ve çelişki bilirkişi kurulundan rapor alınarak mutlaka giderilmelidir. Açıklanan bu yasal durum doğrultusunda ve bozma ilamı üzerine dosyaya getirilen bilgilerden, davaya konu taşınmazın emlak vergisine esas arsa m2 değerinin 500.000 TL/m2, emsal taşınmaz için ise bu değer 600.000 TL/m2 olduğu anlaşılmıştır. Bu değerlerin birbirine oranı 500.000/600.000 (sadeleştirmeyle 5/6) olduğu halde emsal karşılaştırması suretiyle yapılan değerlendirmede bu orandan fahiş ölçüde uzaklaşmış ve dava konusu taşınmazın emsalden üstün değerde olduğunun ileri sürülmüş olması ve mahkemece de bu yönden raporlar denetlenip oluşan fahiş farklılık giderilmeden karar verilmiş olması doğru görülmemiştir..*” demek sureti ile yeni bir bilirkişi raporunun alınmasını gerekli görmüştür¹⁵⁹.

Yargıtay 11.HD, 27.03.2007 tarih, 2005/13691 E, 2007/4947 K sayılı kararında da, “*..Dava konusu mecurun benzer şartlarda ne kadar sürede kiraya verilebileceğine dair 05.04.2004 tarihli bilirkişi raporu ve aynı heyetten 10.11.2004 tarihli ek rapor alındıktan sonra, bu rapora neden itibar edilemeyeceğine dair açıklamalarda bulunularak, yeni bir heyetten rapor alınmasına 21.12.2004 tarihli oturumda karar verilmiştir. Mahkemece bu ara*

verdiği kararın birinci bilirkişi raporuna dayanarak verildiği gerekçesi ile bozulamaması gerekir. (KURU, C.3, s.2768-2769).

¹⁵⁷ KURU, C.3, s.2767.

¹⁵⁸ KURU, C.3, s.2768.

¹⁵⁹ Yargıtay 18.HD, 21.10.2003 tarih, 2003/7586 E, 2003/7988 K (www.legalbank.net). (Erişim tarihi 12.08.2013).

kararından sonra, ayrı bir heyetten 15.04.2005 tarihli rapor alınmış, ancak bu rapora da itibar edilmeyerek, makul süre konusunda ilk rapor esas alınmak suretiyle hüküm kurulmuştur. Mahkemece, itibar edilmeyeceği yönünde ara kararı oluşturulduktan sonra alınan yeni bilirkişi raporunun karar vermek için yeterli bulunmaması halinde, HUMK.nun 284. maddesi gereğince aynı heyetten ek rapor yada yeni bir heyetten rapor alınması gerekirken, benimsenmeyeceğine dair görüş açıklanan ilk bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle mümeyyiz davalı yararına bozulması gerekmiştir”¹⁶⁰.

3.4 BİLİRKİŞİ RAPORUNUN BAĞLAYICILIĞI

HMK mad.282 uyarınca hakim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir. Bilirkişi incelemesi hakimi bağlayan kesin delillerden değildir, takdiri delillerdendir. Hakim, bilirkişinin görüşünü aynen benimseyerek bu delili kararına esas alabileceği gibi, bilirkişinin verdiği görüşten farklı bir sonuca da vararak karar verebilir¹⁶¹.

Gerek bilirkişiye başvurulmasında, gerek bilirkişi raporunun değerlendirilmesinde hakimin takdir hakkının bulunması demek, hakime bilirkişiye başvurmanın gerekli olup olmadığını belirlemek yetkisini vermek ve bilirkişi raporundan edineceği özel ve teknik bilgiye göre gerekçesini göstermek şartıyla gerektiğinde bilirkişi raporunun aksine de karar verme yetkisinin tanınması demektir. Hakim, isminden de anlaşıldığı gibi davanın hakimi ve tek bilirkişisidir¹⁶².

Uygulamada bilirkişi raporlarının hakimi bağlamayacağı kuralı doğru bir şekilde uygulanmamaktadır. Hakimin bilirkişi raporuna aykırı karar veremeyeceği, eğer hakim bilirkişi raporunu yetersiz görüyorsa tekrar bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği, ancak sonunda kararını bilirkişi raporuna uygun olarak vermesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu ise, hakimin bilirkişi raporları doğrultusunda karar vermesine neden olan ve hakimin bağımsızlığı ve

¹⁶⁰ Yargıtay 11.HD, 27.03.2007 tarih, 2005/13691 E, 2007/4947 K sayılı (www.legalbank.net). (Erişim tarihi 12.08.2013).

¹⁶¹ YILMAZ, Ejder; s.1285.

¹⁶² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.451.

bilirkişi raporlarının takdiri delil olması ile tam olarak bağdaşmayan bir sonuçtur¹⁶³. Bilirkişi raporunu eksik ya da yanlış bulan hakim, yeni bir bilirkişi tayin etmesi mümkün olduğu gibi, aynı zamanda hakim genel mantık kurallarına ve hayat tecrübesine göre bilirkişi raporunun aksine karar verebilir, yeni bir bilirkişiye gitme kararı da hakimin takdirine bırakılmalıdır¹⁶⁴.

Yargıtay 15.HD, 07.10.2002 tarih, 2002/2330 E, 2002/4443 K sayılı kararı uyarınca “..*HUMK.nun 275. maddesi hükmünce, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, mahkemenin bilirkişi oy ve görüşünü alması zorunludur. Nitekim, mahkemece de bu yola başvurulmuş, üç ayrı bilirkişiden; 07.04.2000, 19.11.2000 ve 26.03.2001 günlü raporlar alınmış, ancak sonuçta bu raporlarla bağlı kalınmayarak hüküm tesis edilmiştir. Bilirkişi oy ve görüşünün alınması gereği duyulduktan sonra, sorunun hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi olanaksızdır. Şayet mevcut raporlarda noksan ve müphem hususlar varsa 283. madde hükmünce ek rapor alınabileceği gibi, raporlar yeterli görülmezse 284. madde uyarınca yeniden bilirkişi incelemesi yaptırma olanağı mevcuttur. Mahkemece orta yerde yasanın hakime tanıdığı seçenekler dururken ve işin halli bilirkişi incelemesini gerektirirken bunlar bir yana bırakılarak teknik olan konuda genel ve hukuki bilgi ile çekişmenin giderilmesi doğru olmadığından karar bozulmalıdır..*”¹⁶⁵.

Yargıtay 18.HD, 22.03.2005 tarih, 2005/2197 E, 2005/2600 K sayılı kararı uyarınca, “..*kıymet takdir komisyonunca belirlenen değer ile bilirkişi kurulu raporunda saptanan değer arasında önemli bir oransızlık (Yargıtay uygulamalarına göre bir mislini aşan farklılık) görüldüğü takdirde aynı usullerle yeni bilirkişi kurulu oluşturularak kıymet takdiri yaptırılması gerekirken, mahkemece yasanın bu buyurucu hükmü dikkate alınmadan önemli oransızlığın varlığı göz ardı edilerek tek raporla yetinilmiş olması doğru görülmemiştir*”¹⁶⁶.

¹⁶³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.529.

¹⁶⁴ UYANIK, Pelin; Rekabet Hukuku Açısından Delil, Uzmanlık Tezleri Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003, s.30.

¹⁶⁵ Yargıtay 15.HD, 07.10.2002 tarih, 2002/2330 E, 2002/4443 K sayılı (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 15.08.2013).

¹⁶⁶ Yargıtay 18.HD, 22.03.2005 tarih, 2005/2197 E, 2005/2600 K sayılı (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 15.08.2013).

Yargıtay 1.HD, 05.07.2011 tarih, 2011/2042 E, 2011/7916 K sayılı kararında da “..Bunun yanında, her ne kadar H.U.M.K.'nun 286 maddelerinde belirtildiği gibi bilirkişinin "rey ve mütalaası" hâkimi bağlamaz ise de, temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi, çok zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. Hele ayırt etme gücünün nispi bir kavram olması kişiye eylem ve işleme göre değişmesi bu yönde en yetkili sağlık kurulundan, özellikle Adli Tıp Kurumundan rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen Medeni Kanununun 409/2. maddesi akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceğini öngörmüştür..”¹⁶⁷

Yargıtay 1.HD, 10.11.1994 tarih, 1994/1683 E, 1994/4023 K nolu kararında da “..Uzman bilirkişi raporunda yıkımın aşırı zarar doğuracağı ifade edilmişse de; binanın niteliği, ana taşınmazın bütünlüğünü bozması, hazine için sübjektif yararlanmaya da elverişli bulunmaması durumları gözetildiğinde yıkımın aşırı zarar doğuracağını söyleyebilmek olanağı yoktur. Bilindiği üzere teknik konularda bilgisine başvurulmuş uzman görüşü, hakimi mutlak anlamda bağlamaz. Verilen teknik bilgilerin ışığı altında bunun taktirini yapmak hakim yetki ve görevi içerisindedir..” demektedir¹⁶⁸.

Bilirkişi oy ve görüşünün hakimi bağlamaması, hakimin rapora rağmen kendi görüş ve kanaatine göre karar verebilme yetkisini kapsamamaktadır. Bilirkişi oy ve görüşüne bilimsel bilgi ve deneyim alanında hakimin eksik olan bilgi alanını tamamlamak için başvurduğundan, bu alanda bilgisi eksik olan hakim, bilirkişi raporunu bir kenara iterek, kendi bilgisine ve deneyimine, değerlendirmesine dayanamaz. Bu anlamda eksik veya anlaşılabilir bulunan veya itiraza uğrayan ya da iki rapor arasında çelişki olan rapor yerine yenisinin alınması gerekir¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Yargıtay 1.HD, 05.07.2011 tarih, 2011/2042 E, 2011/7916 K sayılı (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 15.08.2013).

¹⁶⁸ Yargıtay 1.HD, 10.11.1994 tarih, 1994/1683 E, 1994/4023 K sayılı (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 15.08.2013).

¹⁶⁹ KÖROĞLU, s.45-46; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.529.

Yargıtay 11.HD, 13.06.2005 tarih, 2004/9575 E, 2005/6071 K sayılı kararında “..Mahkemece alınan bilirkişi raporunda, davalının provizyon vermesinin, kartın kullanılmasında güvenlik ve karşılık bakımından bir sakınca olmadığını bildirme ve teyit anlamına geldiği, bir taraftan provizyon verip, diğer taraftan kartın çalıntı olduğundan bahisle davacıdan işlem bedelini daha sonra geri almasına sözleşme hükümlerinin engel oluşturduğu bildirilerek, davalının tam kusurlu olduğu sonucuna varılmıştır. Mahkemece, bu rapora itibar edilmemiş, çalıntı kartı ibraz eden kart hamiline kimlik sormadığı gerekçesiyle, davacı tam kusurlu bulunmuş ve dava reddedilmiştir. Oysa, HUMK'nun 286'ncı maddesinde belirtilen bilirkişinin rey ve mütalaasının hakimi bağlamayacağı hükmü, hakimin bilirkişi raporunu serbestçe takdir edeceği, bilirkişi raporunu yeter derecede kanaat verici bulmazsa bilirkişiden ek rapor (HUMK 283.md.) alabileceği veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabileceği (HUMK 284.md.) şeklinde anlaşılmalıdır. Yoksa, hakimin bir kez bilirkişiye gittikten sonra bundan dönerek uyuşmazlığın çözümününün hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki ve mesleki bilgi ile çözümlenebileceği kabul edilemez..”¹⁷⁰.

Yargıtay 19.HD, 10.03.2005 tarih, 2004/13373 E, 2005/2443 K sayılı kararı ile “.. HUMK'nun 286. maddesi uyarınca bilirkişinin oy ve görüşü hakimi bağlamazsa da, bu tür hallerde hakimin bilirkişi yerine geçerek olayı çözmesi usule uygun düşmez. Bilirkişi raporu yeterli değilse yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmalı veya bilirkişiden açıklık olmayan konularda ek ve tamamlayıcı görüş alınarak uyuşmazlık çözümlenmelidir. Somut olayda bilirkişi kurulu erteleme talebinde bulunan anonim şirketin sunduğu projenin mali durumunun ıslahını sağlayacak nitelikte olduğunu belirtmiştir. Mahkemece mali durumun iyileştirilmesi konusunda yeni bir bilirkişi incelemesi yatırılmadan veya bilirkişi kurulundan ek ve tamamlayıcı rapor alınmadan proje ve raporun ciddi ve inandırıcı olmadığı gerekçesiyle borçlu anonim şirketin iflasına karar verilmesinde isabet görülmemiştir..”¹⁷¹.

¹⁷⁰ Yargıtay 11.HD, 13.06.2005 tarih, 2004/9575 E, 2005/6071 K sayılı (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 20.08.2013).

¹⁷¹ Yargıtay 19.HD, 10.03.2005 tarih, 2004/13373 E, 2005/2443 K sayılı (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 20.08.2013).

Yargıtay HGK, 12.03.2008 tarih, 2008/11-234 E, 2008/244 K sayılı kararı uyarınca, “..Ancak, davacı-karşı davalı vekilince, yargılama aşamasında dosyaya sunulan, başka bir dava dosyası ile ilgili fakat, davacının aynı tasarımına ilişkin olduğu anlaşılan başka bir bilirkişi kurulu ise, raporlarında, O.'nun tasarımlarının çok çeşitli, daha orijinal ve estetik görünümde oldukları, davacının tasarımlarının ise daha sade ve primitiftir, şeklindeki tespitlerine yer verilmiş olmasına rağmen, mahkemece, hükme dayanak yapılan bilirkişi raporu dosya içerisine alınan ve aynı konuya ilişkin iki rapor arasındaki çelişkiyi giderir yeni bir rapor alınmadığı gibi, esasen davacı-karşı davacı vekilince hükme dayanak yapılan bilirkişi raporuna karşı itirazları da karşılanmamıştır. Bu durumda mahkemece yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, içinde tasarım konusunda uzman bir bilirkişinin de bulunduğu yeni bir bilirkişi kurulundan, her iki rapor arasındaki duraksamayı ve çelişkiyi gideren ve davacı-karşı davalının itirazlarını da karşılayan ek rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir”¹⁷².

Yargıtay 11.HD, 14.07.2011 tarih, 2009/10003 E, 2011/8927 K sayılı kararı uyarınca, “..Dava konusu olayda, 11.02.2008 tarihli ve 18.06.2008 tarihli bilirkişi raporlarında birleşen dosyanın davacı vekili tarafından tasarımların yeni ve ayırteci niteliğinin bulunmadığına dair sunulan aynı örnekleri esas almışlar ancak yenilik ve ayırteci nitelik konusunda tamamen farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Bu itibarla mahkemece, yukarıda açıklandığı üzere asıl davanın davacısı vekili tarafından yapılan ikinci bilirkişi raporuna itirazlar dikkate alınmak suretiyle yeni bir bilirkişi heyetinden itirazları karşılayacak ve iki bilirkişi raporu arasındaki çelişkiyi giderecek şekilde bir rapor alınarak sonucuna göre karar vermek gerekirken, yazılı şekilde ikinci rapora neden itibar edildiği açıklanmadan ve 2006/00486-1 nolu tasarım yönünden de birleşen davanın davacısına bu tasarımın yenik ve ayirt edicilik

¹⁷² Yargıtay HGK, 12.03.2008 tarih, 2008/11-234 E, 2008/244 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

vasfını taşımadığı iddiasının dayanak ve delilleri sorulup sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir”¹⁷³.

Bilirkişi oy ve görüşünün hakimi bağlamaması ilkesi, öncelikle hakimin mutlaka bilirkişi raporlarına göre ve o doğrultuda karar verme zorunluluğu olmadığını ifade eder. Hakim, bilirkişi raporunu serbestçe takdir eder, yeterli bulmazsa ek rapor isteyebilir veya yeni bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Hatta hakim, bilirkişi raporuyla varılan sonucun yanlış olduğunu takdir edebilecek derecede bilgi sahibi olduğu kanaatine varabiliyorsa yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmadan bilirkişi raporunun aksine de karar verebilmelidir. Ancak hakim, bilirkişi raporunun aksine karar verirken bilirkişi raporundaki sonucun neden dolayı yanlış olduğunu hükümde gerekçesi ile birlikte inceleyip belirtmelidir. Ancak Yargıtay bu konuda farklı görüştedir. Yargıtay, verdiği kararlarda, hakimin bilirkişi raporunu yeterli görmezse yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması şeklinde anlamakta ve oy çokluğu ile verilmiş bilirkişi raporlarında hakimin bilirkişi çoğunluğunun görüşünü benimseyerek karar verebileceği, aksi takdirde yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerekeceğini belirtmektedir. Yargıtay’a göre hakim azınlıkta kalan bilirkişinin görüşünü benimseyemez. Bu görüş, hakimin takdir yetkisini ve hakimlik yetkilerini önemli ölçüde kısıtlamaktadır¹⁷⁴.

Gerek bilirkişiye başvurulmasında, gerek bilirkişi raporunun değerlendirilmesinde hakimin takdir hakkının bulunması demek, hakime bilirkişiye başvurmanın gerekli olup olmadığını belirlemek yetkisini vermek ve bilirkişi raporundan edineceği özel ve teknik bilgiye göre, gerekçesini göstermek şartıyla gerektiğinde bilirkişi raporunun aksine de karar verme yetkisinin tanınması demektir. HMK mad.282’nin hükümet gerekçesi¹⁷⁵ de bu görüşü doğrulamaktadır¹⁷⁶.

¹⁷³ Yargıtay 11.HD, 14.07.2011 tarih, 2009/10003 E, 2011/8927 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

¹⁷⁴ KURU, C.3, s.2769-2770, 2775; YILMAZ, Zekeriya; s.1496-1497; PEKCANITEZ /ATALAY /ÖZEKES, s.529; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.450; ÇAYAN. 123.

¹⁷⁵ HMK mad.282 hükümet gerekçesi için Bkz. YILMAZ, Ejder, HMK şerhi, s.1284.

¹⁷⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.451.

4. BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU, REDDİ VE ÇEKİNMESİ

4.1 BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU

HMK, ayrıntılı bir şekilde bilirkişinin yükümlülüklerini düzenlemiş, çeşitli maddelerde de bu yükümlülükler atıfta bulunmuştur. Buna göre, bilirkişinin yükümlülükleri şunlardır :

- Bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğü.
- Bildirimde bulunma yükümlülüğü.
- Doğruyu beyan yükümlülüğü.
- Yemin etme yükümlülüğü.
- Tarafsız davranma yükümlülüğü.
- Görevini sadakat ve özenle yerine getirme yükümlülüğü
- Görevini bizzat yerine getirme yükümlülüğü.
- Sır saklama yükümlülüğü.
- Bazı hallerde tarafların reddetmesini beklemeden kendi kendisini reddetme yükümlülüğü.
- Bilgisine başvurulmuş konuda süresi içinde görüş bildirme yükümlülüğü.
- Kurul olarak görevlendirme halinde istişare ve müzakerelerde bulunma yükümlülüğü¹⁷⁷.

HMK uyarınca bilirkişinin yükümlülüklerini yerine getirmemesinden, vasıflarından ve statüsünden kaynaklanan sorumlulukları hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğu olmak üzere üç başlık altında incelenmiştir.

4.1.1 Bilirkişinin Hukuki Sorumluluğu

Bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar bu zararın tazmini için devlete karşı tazminat davası açabilirler. (HMK mad.285).

¹⁷⁷ DERYAL, s.433; ÇAYAN, s.124-125.

Bilirkişilerin hukuki sorumluluğu hususunda eski HUMK'da bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bilirkişinin hukuki sorumluluğu hususunda doktrinde farklı görüşler yer almaktaydı. KURU'ya göre, bilirkişinin sorumluluğu BK uyarınca haksız fiil sorumluluğudur ve bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor düzenlemesinden zarar gören taraflar, BK haksız fiil hükümlerine göre bilirkişiye tazminat davası açabilirler¹⁷⁸. Bir diğer görüşe göre, bilirkişi ile mahkeme arasında bir vekalet sözleşmesi mevcuttur ve bilirkişinin sorumluluğunun tayininde vekilin sorumluluğu ile ilgili kurallar esas alınmalıdır¹⁷⁹. Diğer bir görüşe göre ise, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun tayininde ikili bir ayırım gözetilmeli, bilirkişinin rapora hazırlık sırasında (keşif, tahkikat) idari nitelikteki tasarruflarında dolayı Adalet Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açılmalı, vermiş olduğu rapordan kaynaklanan zararlardan dolayı ise haksız fiil hükümlerine yönelinmelidir¹⁸⁰. TANRIVER'e göre de, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun hangi esaslara göre belirleneceğinin tayininde bilirkişinin kamu kudreti kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş bulunduğu tasarruflarından kaynaklanan zararların tazmini ile gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararların tazmini arasında ikili bir ayırım yapılmalıdır¹⁸¹.

Yeni HMK, bu hükmü ile HUMK'dan farklı olarak idari güvence ilkesi nedeniyle bilirkişinin hukuki sorumluluğunda özel bir düzenleme getirmiş, hakimlerin hukuki sorumluluğu konusunda benimsenmiş olan hukuki rejimle paralellik arz edecek şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor vermiş olmasından kaynaklanan zararlardan devleti sorumlu tutabilmek için, gerçeğe aykırı rapor, bu raporun hazırlanmasında kast ya da ağır ihmal, zarar ve illiyet bağı bulunmalıdır¹⁸².

Bilirkişi yalnız kasten (bile bile) gerçeğe aykırı rapor düzenlemiş olması halinde sorumlu tutulabilir. Başka bir deyimle, bilirkişi ihmal (savsama) ile gerçeğe aykırı rapor düzenlemiş ise haksız fiil hükümlerine göre sorumlu

¹⁷⁸ KURU, C.3, s.2797.

¹⁷⁹ BELGESAY, M.R; Hukuk ve Ceza Muhakemesinde Deliller, İstanbul 1940, s.119 (Aktaran; TANRIVER, Bilirkişi, s.143).

¹⁸⁰ TANVERDİ, M; Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1991, Yayınlanmamış doktora tezi, s.223. (Aktaran; TANRIVER, Bilirkişi, s.143).

¹⁸¹ TANRIVER, Bilirkişi, s.143-144.

¹⁸² ÇAYAN, s.129-130.

tutulamaz. Aksi halde, bilirkişi çok büyük bir sorumluluk riski altında görev yapmak zorunda kalır ki bu da bilirkişinin hakimın yardımcısı olması durumuna uygun düşmez¹⁸³.

Devlet aleyhine açılacak olan tazminat davası, gerçeğe aykırı bilirkişi raporunun ilk derece mahkemesince hükme esas alındığı hâllerde, bu mahkemenin yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinde; bölge adliye mahkemesince hükme esas alındığı hâllerde ise Yargıtay ilgili hukuk dairesinde görülür. Devletin sorumlu bilirkişiye karşı açacağı rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür (HMK mad.286).

Kusurlu bilirkişinin eylemi nedeni ile devlete yüklenen sorumluluk, hukuki niteliği itibari ile bir kusur sorumluluğu, yani dar anlamıyla bir haksız fiil sorumluluğudur. Haksız fiiller alanında da esas görevli mahkemeler adli yargı mercileri olduğundan bu davaların adli yargıda görülmesi uygun görülmüştür¹⁸⁴.

Devlet, ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu bilirkişiye, ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder. Hükme esas alınan bilirkişi raporu kasten gerçeğe aykırı olarak düzenlenmişse, bu durumda ceza zamanaşımı süresi uygulanır (HMK mad.287).

Bilirkişinin hukuki sorumluluğu konusunda hakimın yardımcısı olma niteliğinin de gereği olarak, hakimlerin hukuki sorumluluğu konusunda benimsenmiş olan hukuki rejime paralel bir biçimde devletin birinci derecede sorumluluğu kabul edilmiştir. Zira bilirkişi, adli organın faaliyet alanına giren işlerin bir kısmını, hakim veya diğer adli bir organ tarafından yapılan görevlendirme çerçevesinde, ona ait kamusal yetkileri kullanmak sureti ile onun adına, daha genel planda da devlet adına gerçekleştirmekte yani devlet adına asli bir görev ifa etmektedir.

¹⁸³ KURU, C.3, s.2797.

¹⁸⁴ DERYAL, s.450.

Gerçeğe aykırı rapor düzenleyen bilirkişinin bu raporuna göre hüküm verilmişse bu hüküm kesinleşmiş olsa bile raporun gerçeğe aykırı olduğunun anlaşılmasından sonra yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir (HMK mad.375/f).

4.1.2 Bilirkişinin Ceza Sorumluluğu

Bilirkişi, HMK mad.284 uyarınca Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisidir. Ancak bu sıfat, bilirkişinin görevini ifa süresi ile sınırlıdır. Bilirkişilerin kasten gerçeğe aykırı rapor düzenlemeleri TCK mad.276 uyarınca suç sayılmıştır¹⁸⁵. Buna göre bilirkişiler, bu suçu işledikleri takdirde 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Bilirkişinin ceza yükümlülüklerinden biri de sır saklama yükümlülüğüdür. Bu nedenle bilirkişiler, 5546 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun mad.22’de düzenlenen “sırın ifşai” suçunu işlerlerse 1 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası alabilirler. Bilirkişiler bu suçlar dışında görev süreleri içinde kamu görevlilerinin işleyebileceği mahsus suçların aktif sujesi olabileceklerdir¹⁸⁶.

4.1.3 Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu

HMK. Mad.269/2 uyarınca, geçerli bir özrü olmaksızın mahkemece yapılan davete uyup, tayin edilen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmayan yahut mahkemeye gelip de yemin etmekten veya süresinde oy ve görüş bildirmekten kaçınan bilirkişiler hakkında, tanıklığa ilişkin disiplin hükümleri uygulanır.

Yargı mercileri tarafından bilirkişi olarak görevlendirilen bilirkişiler, ya bir meslek odasına bağlı serbest meslek mensupları ya da devlet memurları konumundadır. Bu nedenle bilirkişilerin bilirkişilik görevleri sırasında görevle bağdaşmayan, mevzuata aykırı, kusurlu ve zarar verici tutum ve davranışları

¹⁸⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.530.

¹⁸⁶ ÇAYAN, s.128-129.

için bağlı buldukları odalara ve kamu kurumlarına başvurularak haklarında disiplin soruşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi de mümkündür¹⁸⁷.

4.2 BİLİRKİŞİNİN REDDİ VE ÇEKİNMESİ

4.2.1 Bilirkişinin Reddi

Bilirkişinin dürüstlüğü ve tarafsızlığını sağlamak üzere kabul edilen kurumlardan birisi de bilirkişinin reddi kurumudur. Yeni HMK, mad. 272’de bilirkişinin reddedileceği halleri açıkça düzenlemiştir. Buna göre;

(1) Hakimler hakkındaki yasaklılık ve ret sebepleriyle ilgili kurallar, bilirkişiler bakımından da uygulanır. Ancak, bilirkişinin, aynı dava veya işte daha önceden tanık olarak dinlenmiş bulunması, bir ret sebebi teşkil etmez¹⁸⁸.

(2) Hâkimler hakkındaki yasaklılık sebeplerinden biri, bilirkişinin şahsında gerçekleşmişse, mahkeme, hüküm verinceye kadar, her zaman bilirkişiyi resen görevden alabileceği gibi, bilirkişi de mahkemeden, görevden alınma talebinde bulunabilir.

(3) Ret sebeplerinden birinin bilirkişinin şahsında gerçekleşmesi hâlinde taraflar, bilirkişinin reddini talep edebileceği gibi, bilirkişi de kendisini reddedebilir. Ret talebi veya bilirkişinin kendisini reddetmesinin, ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren en geç bir hafta içinde yapılmış olması şarttır. Ret sebeplerinin ispatı için, yemin teklif edilemez.

¹⁸⁷ DERYAL, s.450, ÇAYAN, s.133.

¹⁸⁸ Yargıtay 20.CD, 25.01.2010 tarih, 2009/38439 E, 2010/1152 K sayılı kararında, “5271 sayılı yasanın 69/1.maddesi uyarınca hakimin reddini gerektiren nedenler bilirkişiler hakkında da geçerlidir. Aynı yasanın 22.maddesinde ise hakimin davaya bakamayacağı durumlar düzenlenmiştir. Yasanın 22.maddesinin 1.fıkrasının (h) bendi uyarınca bir davada tanık sıfatıyla dinlenmiş olan hakim bu davada hakim olarak görev yapamayacağı gibi, bir davada tanık olarak dinlenen kişide aynı davada bilirkişilik yapamayacaktır. Tüm bu düzenlemeler karşısında, mahkemece 10.2.2004 tarihli duruşmada tanık olarak dinlenen M... E... S...’ın aynı davada bilirkişi sıfatıyla verdiği 20.03.20043 tarihli raporu hükme dayanak yapılarak yasanın 69.ve 22.maddelerine aykırı davranılması bozmayı gerektirmiş..” demek sureti ile tanığın bilirkişilik yapamayacağını belirtmiştir. Ancak 6100 sayılı yasa ile, hakimin sorumluluğundan farklı olarak HMK mad.272/1’de bilirkişinin aynı davada veya işte daha önceden tanık olarak dinlenmiş bulunmasının bir red sebebi teşkil etmeyeceği hususuna işaret edilmiştir. (Madde gerekçesi için Bkz. YILMAZ, Ejder, HMK şerhi, s.1259.

(4) Görevden alınma, ret ve bilirkişinin kendisini reddetmesine yönelik talep, bilirkişiyi görevlendiren mahkemece dosya üzerinden incelenir ve karara bağlanır. Kabule ilişkin kararlar kesindir. Redde ilişkin kararlara karşı ise ancak esas hakkındaki kararlar birlikte kanun yoluna başvurulabilir.

Bilirkişilerin tarafsızlığını sağlamak amacı ile aynı hakimler gibi bilirkişilerin de reddedilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, bilirkişinin red sebepleri, hakimler için geçerli olan red sebepleridir. Red sebeplerinden birinin bilirkişinin şahsında geçerli olması halinde taraflar bilirkişinin reddini talep edebileceği gibi bilirkişi de kendisini reddedebilir. Red için süre, red sebebinin öğrenildiği tarihten itibaren bir haftadır. (HMK mad.272).

Bilirkişilerin tarafsızlığını yitirdiğine dair mahkemede kanaat uyanması ya da taraflarca bu hususun ileri sürülmesi halinde Yargıtay kararları uyarınca hakim bu hususu değerlendirmeli ve başka bir bilirkişiden rapor almalıdır.

Yargıtay 12.HD, 25.10.2011 tarih, 2011/4363 E, 2011/20418 K sayılı kararına göre, “Mahkemece 15.3.2010 tarihli duruşmada verilen ara kararında imza yönünden bilirkişi incelemesi yapılmasına, bilirkişi olarak grafolog İ.Ö.'nün görevlendirilmesine karar verilmiş anılan bilirkişi 16.7.2010 tarihli raporunda senetteki borçlu imzasının, A.S.'nin elinden çıkmış samimi imzaları olduğu kanaatine varılmıştır. Borçlu vekili 24.8.2010 tarihli rapora itiraz dilekçesinde, bilirkişi İ.Ö. hakkında Şişli Cumhuriyet Başsavcılığının 2010/16219 esas sayılı soruşturma dosyası ile yaptıkları şikayetlerinin olduğunu bilirkişinin tarafsızlığını yitirme ihtimali söz konusu olduğundan bilirkişiyi reddettiklerini ve dosyanın Adli Tıp Kurumu Fizik inceleme ihtisas Dairesi Başkanlığına gönderilerek yeniden rapor alınmasını talep etmiştir. Alacaklı ise davanın reddini talep etmiştir. Mahkeme bilirkişinin reddi talebi konusunda herhangi bir karar vermeden raporun yeterli ve gerekçeli olduğundan söz ederek davanın reddine karar vermiştir. ...Ayrıca bilirkişi raporuna itiraz dilekçesinde raporu veren bilirkişi hakkında Şişli Cumhuriyet Başsavcılığına şikayet dilekçesi verildiği, bilirkişi ret talebi ile birlikte yeniden bilirkişi incelemesi yapılması talep edildiğinden, mahkemece bilirkişinin reddi ile ilgili olumlu veya olumsuz bir karar verilmemesi ayrıca yeniden farklı

bilirkişiden rapor alınarak itirazın değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir”¹⁸⁹.

Yargıtay 9.HD, 01.02.2011 tarih, 2010/51662 E, 2011/1536 K. sayılı kararında da, “..Davalı Hizmet İş Sendikası vekili ikinci bilirkişi heyetinde bulunan Doç. Dr. S. B. ’nin davacı Belediye İş Sendikası ile birlikte, Türk İş Konfederasyonuna bağlı olarak faaliyette bulunan Yol İş Sendikasının Hukuk Daire Başkanı olduğunu, Doç. Dr. A. B. ’un ise davacı Belediye İş Sendikası ile birlikte, Türk İş Konfederasyonuna bağlı olarak faaliyette bulunan Şeker İş Sendikasının Hukuk Danışmanı olduğunu, davacı Belediye İş Sendikası Genel Başkanı N. Y. ’un ise Türk İş Konfederasyonu Genel Yönetim Kurulu Üyesi ve Genel Eğitim Sekreteri olduğunu belirterek, bilirkişilerin tarafsız ve bağımsız olmayacağı itirazında bulunmuştur. Bilirkişi ret talebi karşı tarafça kabul edilmezse davaya bakan hakim tarafından hadise (HUMK. m. 222-225) şeklinde incelenir ve karara bağlanır. (Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, İstanbul 2001 sh 2722). Somut olayda bilirkişilik yapan kişilerin şahıslarına karşı davalı tarafından sunulan dilekçelerde yazılı nedenlerle itiraz edilmiştir. Mahkemece, yapılan itirazlar incelenip karar verilmeden, şahıslarına itiraz edilen bilirkişilerin düşüncesine dayanılarak karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” görüşünü bildirmiştir¹⁹⁰.

Yargıtay 15.HD, 15.05.1997 tarih, 1997/1790 E, 1997/2609 K. sayılı kararı uyarınca da “..Dava konusu iş nedeniyle taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü için evvelce hakem de açılan dava sırasında taraf hakemleri üçüncü hakemin seçiminde anlaşılmadıklarından davacı şirket tarafından mahkemeye müracaat edilmiş, İstanbul 6.Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 193/1513 esas sayılı dosyası ile üçüncü hakem olarak Sezai Aytan'ın tayin olunmasına karar verilmiştir. Mahkemece yapılan yargılama sırasında, evvelce hakem olarak görevlendirilen Sezai Aytan, re'sen oluşturulan bilirkişi kuruluna dahil edilerek rapor alınmış ve bu rapora dayanarak hüküm tesis edilmiş ise de bu yön bilirkişinin tarafsızlığı ilkesine

¹⁸⁹ YARGITAY 12.HD, 25.10.2011 tarih, 2011/4363 E, 2011/20418 K. sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

¹⁹⁰ YARGITAY 9.HD, 01.02.2011 tarih, 2010/51662 E, 2011/1536 K. sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

uygun düşmediğinden (HUMK, mad.29/1-3) usul ve yasaya aykırı görülüş, dava dilekçesindeki hesap tarzı açıklattırılmadan sonuca gidilmesi de doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir”¹⁹¹.

4.2.1 Bilirkişinin Çekinmesi

HMK mad.270/2 uyarınca bilirkişi, tanıklıktan çekinme sebeplerine veya mahkemece kabul edilebilir diğer bir sebebe dayanarak bilirkişilikten çekinebilirler. Tanıklıktan çekinme hakkı HMK mad.248’de düzenlenmiştir Kıyasen uygulama ile bilirkişiler şu hallerde bilirkişilikten çekinebilirler:

- İki taraftan biri bilirkişinin nişanlısı olması.
- Evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi taraflardan birinin bilirkişinin eşi olması.
- Taraflardan birinin bilirkişinin kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyu olması
- Taraflardan biri ile bilirkişi arasında evlatlık bağı bulunması.
- Taraflardan birinin bilirkişi ile üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımları olması.
- Bilirkişinin davada tarafsızlığını kaybedeceğini düşünmesi.

Bilirkişinin yukarıdaki sebeplerden birine dayanarak bilirkişilikten çekinmesi, hakimin onayı ve kabulüne bağlıdır. Hakim, çekinme sebeplerini uygun bulmaz ise bilirkişi görevde kalmak zorundadır¹⁹².

¹⁹¹ YARGITAY 15.HD, 15.05.1997 tarih, 1997/1790 E, 1997/2609 K. sayılı kararı (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 01.09.2013).

¹⁹² DERYAL, s.298.

5. UZMAN GÖRÜŞÜ

Hukukumuzda daha önce CMK mad.67/6 ile giren uzman görüşü, yeni HMK mad.293 ile hukuk yargılamasında da kabul edilmiştir. Uzman görüşü, “taraf bilirkişisi” ya da “uzman tanık” olarak da bilinir¹⁹³.

HMK mad.293 uyarınca taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Taraflar çeşitli nedenlerle uzman görüşüne müracaat etmek isteyebilirler. Başvurunun nedeni salt bir meselenin dava konusu edilmesi durumunda başarı şansının ne olduğunu öğrenmek olabileceği gibi uzman bilirkişinin hazırlayacağı rapor ile davanın kendi lehine sonuçlanmasına katkıda bulunulması da olabilir¹⁹⁴. Taraflar, uzman görüşüne başvurmak için ayrıca süre isteyemezler.

Hâkim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir. Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmaz¹⁹⁵.

Bir kişinin uzman bilirkişi olarak kabul edilebilmesi için davanın taraflarından birisi tarafından seçilmiş olması ve fakat mahkeme tarafından atanmış bilirkişilerden olmaması gerekir¹⁹⁶.

Uzman görüşü bilirkişi incelemesinden farklıdır. Hakimini özel ve teknik bilgilerinin yetmemesi halinde talep üzerine veya mahkemece kendiliğinden bilirkişiye başvurulur, bilirkişi kamu görevlisidir. Oysa uzman görüşü alıp almamak tamamen tarafın ihtiyarında olan bir husustur ve görüşü alınan uzman kamu hizmeti yapmaz, kamu görevlisi değildir¹⁹⁷. Uzman bilirkişi görüşleri,

¹⁹³ YILMAZ, Ejder; HMK Şerhi, s.1312.

¹⁹⁴ AKİL, Cenk; Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2011, sayı.2, s.172.

¹⁹⁵ Uzman tarafından hazırlanan raporla ilgili şüpheler ancak ilgili uzman dinlenerek giderilebileceğinden ve kendisi de gelmediğinde bu rapora dayanmak doğru olmayacağından böyle bir yaptırım düzenlenmiştir. (DERYAL, s.264).

¹⁹⁶ YILMAZ, Zekeriya; s.1708.

¹⁹⁷ YILMAZ, Ejder; HMK Şerhi, s.1314.

teknik anlamda bilirkişi raporları değildir. Ancak bu özel olarak alınan görüşün değerlendirilmeyeceği anlamına gelmez.

Hakimlerin bilimsel görüşlerden yararlanması çerçevesinde (TMK mad.1) uzman görüşleri hakim tarafından serbestçe değerlendirilebilecektir¹⁹⁸. Uzman görüşü, salt taraf açıklamalarının üstünde bir güce sahiptir. Resmi bilirkişi raporu, salt taraf açıklamasını tek başına değerden düşürebilir, uzman görüşü varsa bu dikkate alınmadan resmi bilirkişi raporu esas alınarak karar verilemez¹⁹⁹.

Uzman görüşüne başvuracak tarafın bu konudaki gerekli masrafları kendisinin karşılaması gerekir. Mahkemeden ya da karşı taraftan bu giderlere ilişkin herhangi bir talepte bulunulamaz ve bu giderler yargılama giderleri içinde de sayılmaz²⁰⁰.

YILMAZ, Zekeriya'ya göre ise, uzman görüşü ile ilgili hükümlerin verdiği imkandan yararlanmak sureti ile bilimsel mütalaa olarak uzmana ücret ödeyen kişi, davada haklı çıkması halinde uzman kişiye ödediği ücreti yargılama giderleri kapsamında HMK mad.323/1-h'ye istinaden ve fakat resmi bilirkişiye ödenen ücreti aşmayacak şekilde isteyebilmelidir²⁰¹.

Uzman bilirkişi, kendisine başvuran tarafın incelemesini istediği konularla ilgili bir rapor hazırlar. Uzmanın hazırladığı bu rapor gerçeklere dayanmalı ve kanıtlanmış bilimsel veriler ışığında bir sonuca varmalıdır. Raporun içeriğinin nasıl olacağı konusunda bir hüküm mevcut olmamakla birlikte bilirkişi raporunun içeriğine ilişkin HMK mad.279'un burada kıyasen uygulanması mümkündür. Mahkemeye süresinde ve usulüne uygun olarak sunulan uzman raporu, verildiği dilekçe ile birlikte karşı tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf, kendisine tebliğ edilen uzman raporuna vereceği cevap dilekçesi ile birlikte yanıt verebilir²⁰².

¹⁹⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.518; DERYAL,s.264., ÇAYAN, s.13.

¹⁹⁹ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s.370.

²⁰⁰ DERYAL, s.264.

²⁰¹ YILMAZ, Zekeriya; s.1709.

²⁰² ÇAYAN, s.12.

Uzman bilirkişi, tarafça serbest olarak atandığı için uzman bilirkişi ile taraf arasında özel hukuka ilişkin eser veya telif hakkı sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme bulunmaktadır. Bu sözleşme, uzman bilirkişinin üstlendiği ek yükümlülöklere göre aynı zamanda hizmet veya vekalet sözleşmesi de olabilir²⁰³. Bilirkişilik sözleşmesi ile uzman bilirkişi, bir ücret karşılığı teknik, tıbbi veya herhangi bir uzmanlık alanı hakkında bir raporun hazırlanması borcunu üstlenmektedir. Uzman bilirkişi ile bilirkişiye başvuran kişi arasındaki sözleşmenin, niteliği itibariyle bir istisna (eser) sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir²⁰⁴.

²⁰³ YILMAZ, Zekeriya; s.1708.

²⁰⁴ TARMAN, Zeynep Derya; Bilirkişilik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Bilirkişinin Üçüncü Kişiye Karşı Olan Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, s.115. (www.yok.gov.tr, ulusal tez merkezi) (Erişim tarihi 09.07.2013).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SINAI MÜLKİYET DAVALARINDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİN ÖZELLİKLERİ

1. GİRİŞ

Fikri mülkiyet davaları, ihtisaslaşma gerektiren özel bir alan olup, uygulamada da ihtisas mahkemelerinin kurulmasına yol açmıştır. 5846 sayılı Yasa uyarınca eser hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklarda ve sınai mülkiyet hakları olarak adlandırılan marka, patent ve tasarım uyuşmazlıklarında bilirkişi incelemesine sıklıkla başvurulmaktadır.

Bilirkişilik müessesesi, mahkemece verilecek kararlarda son derece önemli bir aşamayı oluşturmaktadır. Hukukumuzda yeni sayılabilecek sınai mülkiyet hakları konularında birbirinin sınırları içine girebilen özellikler mevcuttur. Bu nedenle teknik konudaki incelemeler dikkatle yapılmalıdır¹.

Fikri mülkiyet hukuku alanındaki davalar bakımından hangi tür uyuşmazlıklarda bilirkişi görüşünün alınması gerektiği konusundaki Yüksek mahkeme uygulaması, endüstriyel tasarım, patent ve faydalı model ile 5846 sayılı yasadaki kaynaklı davalar bakımından istikrarlı ise de, marka davaları bakımından istikrarlı değildir².

Bu bölümde, sınai mülkiyet hakları olarak adlandırdığımız marka, patent, faydalı model ve tasarım davalarında bilirkişi raporları, inceleme tekniği, iltibas ve karıştırma ihtimali incelemesi, Yargıtay uygulamaları ve bilirkişilikle ilgili en çok tartışılan hukukçu bilirkişiler ile bilirkişinin re'sen yenilik araştırması yapması yetkisine değinilecektir.

¹ DİKİCİOĞLU, s.202.

² ÇOLAK, s.142.

2. MARKA DAVALARINDA BİLİRKİŞİLİK

2.1 Bilirkişi İncelemesinin Gerekli Olup Olmadığı Tartışması

Fikri mülkiyet uyuşmazlıkları arasında en sık ve yaygın olarak karşılaşılan marka hakkına dayalı davalardır. Bu tür davalarda, dava konusunu marka oluşturmaktadır. Markaya tecavüz, marka iptali, markanın kullanmama nedeniyle hükümsüzlüğü, tanınmış marka, jenerik marka, Türk Patent Enstitüsü'nün marka başvurularına yönelik verdiği kararların iptali gibi uyuşmazlıklar mahkemelerce incelenmekte ve değerlendirilerek çözüme kavuşturulmaktadır.

Marka davalarının neredeyse tamamında uyuşmazlık konusunun çözümü için mahkemece re'sen ya da tarafların talebi ile bilirkişi incelemesine başvurulmaktadır. Yargıtay, 2009 yılı başlarına kadar marka hükümsüzlüğü davalarında, iki marka arasındaki benzerlik ve karıştırma ihtimali değerlendirmesinin, marka tescil belgesindeki mal ve hizmet sınıflarının benzer olup olmadığı konusundaki değerlendirmenin mahkeme tarafından yapılmasına onay verirken, bu tarihten sonraki kararlarında genellikle bilirkişi incelemesini gerekli görmüştür³.

Yargıtay, 11.HD, 11.01.2010 tarihli, 2008/8890 E, 2010/51 K sayılı kararında, mahkemece markalar arasındaki karıştırılma ihtimalinin tespitini eleştirmiş, kararı bozmuş ancak bozma gerekçesinde bilirkişiye inceleme yaptırılması gibi bir koşul ileri sürmemiştir. Karar metnine göre “..*Tarafların markalarının tescilli olduğu, sınıfların aynı olduğu, davacının tescil önceliğinin bulunduğu, anlamların farklı olduğu yönünde mahkemece ortaya konulan tespit ve gerekçeler doğru ise de; görsel, işitsel ve yazımsal yönlerden benzerlik bulunmadığına yönelik belirleme dosya kapsamına uygun düşmemektedir. Her iki marka karşılaştırıldığında, vurgunun “R...N” ibaresinde toplandığı, orta düzeyde bir tüketicinin hafızasında bıraktığı imajın ve fonetik etkinin bu kelimedede odaklandığı belirgindir. Davalının markasındaki diğer ilaveler, ayırt edicilik sağlamaya yeterli değildir. Davacı şirketin ürünlerini almak isteyen orta seviyedeki alıcıların, aynı ya da benzer raflarda sunulan*

³ ÇOLAK, s.143.

aynı tür ürünleri gördüğünde, davacı markasının hafızada ve gözde bıraktığı iz ve etki nedeniyle, davacı ürünlerini aldığı zannetmesi, gerçekte davalının ürünlerini satın alması olasılığı güçlü bir biçimde ortaya çıkacaktır. Davalı markasındaki ilaveler, davacı markasının türevleri ve serileri olarak algılanacaktır. Tüketicinin işletmeler arasında bağlantı bulunduğu yönünde bir düşünceye kapılma olasılığı gündeme gelecektir. Mahkemenin aksi yönündeki tespitleri isabetsiz olup, 556 sayılı KHK'nin 8/1-6 madde hükmü koşullarının davacı yararına oluştuğunun kabulü ile buna göre hüküm tesisi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır”⁴.

Yargıtay 11.HD, 01.07.2003 tarih, 2002/1728 E, 2003/7187 K sayılı kararında da mahkemece bilirkişi incelemesine gerek görülmezsizin yapılan değerlendirmeyi eleştirmiş, bozma kararı vermiş ancak karar gerekçesinde bilirkişi incelemesinin gerekliliğinden bahsetmemiştir. Karara göre “..Mahkemece taraflarca sunulan kanıtlara göre davacılar arasındaki Lisans sözleşmesinin tanzim tarihinin bulunmadığı ancak 18.04.2002 tarihinde notere ibraz edildiği ve ancak bu tarihte 3 ncü kişiler yönünden hüküm ifade edeceği, bu tarihin de, dava tarihinden sonraki bir tarihe tekabül etmesi nedeniyle, davacı Ü. A.Ş. nin böyle bir dava açma ehliyeti bulunmadığı, diğer davacının talebi yönünden değerlendirme yapıldığında “DİDO” ile “DİTTO” markalarının okunuş ve telaffuz itibariyle benzer olduğu ve markaların kullanıldığı “mahın alıcılarının çocuk olduğu dikkate alındığında, davacının meşhur “Ü. DİDO” markası ile davalının tescil başvurusunda bulunduğu “DİTTO” markaları arasında iltibas olduğunun” bilirkişi incelemesine gerek görülmezsizin kabulü gerektiği gerekçesiyle davacı Ü. Gıda A.Ş. nin davasının aktif dava ehliyeti nedeniyle reddine, diğer davacının davasının kabulü ile TPE YİDK'nun 30.01.2002 tarih ve B.1.41:TPE.0.01/239-11419 sayılı kararının iptaline karar verilmiştir”⁵.

Yargıtay 11.HD, 09.02.2004 tarihli, 2003/6225 E, 2004/1018 K sayılı kararında da önce bilirkişi incelemesine gerek görüp daha sonra bilirkişi

⁴ Yargıtay, 11.HD, 11.01.2010 tarihli, 2008/8890 E, 2010/51 K. sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

⁵ Yargıtay 11.HD, 01.07.2003 tarih, 2002/1728 E, 2003/7187 K. sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

raporunu dikkate almadan verilen kararı bozmuştur. Bu karara göre “Mahkemece, konu uzmanlığı gerektirdiği için bilirkişi incelemesine gerek görülmüş olup, bilirkişi kurulu 5.6.2000 tarihli raporunda davacının Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka kriterlerini taşımadığı sonucuna varılmış, yeni deliller ibrazı halinde tekrar değerlendirilebileceği bildirilmiştir. Bunun üzerine davacı taraf tanıtım ile ilgili bir takım deliller sunmuş, mahkemece 21.02.2001 tarihli oturumda ek rapor istenilmesine karar verilmiş, aynı bilirkişi kurulu ek raporunda, davacının ne tanınmış marka ne de tanımlılık düzeyine ulaşmış marka koşullarını taşımadığı sonucuna varılmış, mahkemece, ek rapora itibar edilmeyerek, davacı markasının aynı KHK'nın 8/4.madde koşullarını taşıdığı ve davalının böyle bir markadan haksız yararlandığı sonucuna varılmış ve dava kabul edilmiştir. Oysa, mahkemece, başlangıçta rapor ve ek rapora ihtiyaç duyulduğuna ve bu raporlara itibar edilmediğine göre, yeni bir uzman bilirkişi kurulu oluşturulup, alınacak raporun değerlendirilmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bilirkişi incelemesine sonradan gerek görülmeyerek bu yönden eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın kabul şekli bakımından bu yönden de bozulması gerekmiştir”⁶.

Yargıtay'ın son dönem kararları çoğunlukla marka uyuşmazlıklarında bilirkişi görüşünün alınması gerektiği yönündedir. Yargıtay HGK, 06.04.2011 tarih, 2010/11-744 E, 2011/57 K sayılı kararında ise markaya tecavüz davasında markaların karşılaştırılmasının bilirkişi incelemesi ile yapılması gerektiği gerekçesi ile bozma kararı vermiştir. Bu karar göre, “..dava marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti ve men'i istemine ilişkindir. Davacı vekili, davalı şirketin "N... 3'ü 1 yerde ürün ambalajı üzerinde kullanılan kırmızı kupa" şeklinin aynen müvekkili davacının "K... K..." tescilli şekil marka tescilindeki marka ve kompozisyon özellikleri ile kullanıldığını, müvekkilinin markasına iltibas ve tecavüz yarattığını ileri sürerek, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti ve bu fiillerin önlenmesini talep etmiştir. Somut olayda mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, davacıya ait ve tescilli tanınmış "K... K... şekil" markasındaki kompozisyon gibi davalı

⁶ Yargıtay 11.HD, 09.02.2004 tarihli, 2003/6225 E, 2004/1018 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

N...3'ü bir yerde ürün ambalajının ön yüzüne kahve çekirdekleri üzerine oturtulmuş, yaldızlı, kırmızı renk, kahve dolu, duman tütmekte olan kahve fincanı kullanarak, ambalajın arka yüzünde de ürünün kullanımına ilişkin açıklamalar aynı tür fincanın bulunduğu 3 kutucuk halinde kullanılarak tüketiciyi yanıltabilecek nitelikte itibas oluşturduğu, markanın sahibinin izni olmadan markanın ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanan davalının 556 sayılı KHK'nun 61. maddesi uyarınca davacının marka hakkına tecavüzde bulunduğu, TTK'nun 56. ve 57. maddelerindeki haksız rekabet koşullarının oluşturduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Bu durum karşısında mahkemece, HUMK'nun 275 ve devamı maddeleri uyarınca, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren somut uyuşmazlıkta, ambalaj yoluyla haksız rekabet iddiası konusunda uzman bir bilirkişinin görüşünün alınmasına karar verilmesi ve sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir”⁷.

Yargıtay 11.HD'nin başka bir kararında da bilirkişi incelemesinin gerekli olduğuna karar verilmiştir. Bu karara göre “..Mahkemece, herhangi bir şekilde ve herhangi bir nedenle iki marka arasında bağlantı kurulması ve alıcısı tarafından karıştırılma ihtimalinin bulunması, davalı markanın tescilinin hükümsüzlüğüne yeterli görülmüştür. Ancak mahkeme bu sonuca varırken, davacı ve davalı markalarını oluşturan İÇİM ve ÇİMİ kelimelerinin, görünüş ve okunuş biçimlerinin hangi gerekçe ve kabule göre benzerlik taşıdıklarını yeterince tartışıp değerlendirmedigi gibi, bu hususta uzman bilirkişi incelemesi de yaptırmamıştır. HUMK'un 275. maddesinde, mahkemenin çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceğini hükme bağlamıştır. Dava konusu olayda, iki ayrı markayı oluşturan iki kelimenin okunuş ve görünüş itibarıyla benzerlik taşıyıp taşımadıkları uyuşmazlık konusudur. Ayrıca bu hususta, dava vekilince gerekmediği belirtilmekle birlikte, bilirkişi deliline de dayanılmıştır. Bu durumda mahkemenin gerekçeleri, yazılı şekilde hüküm kurmaya yeterli görülmediğinden, eğer varsa, davalıya ait ürün örnekleri de getirtilerek,

⁷ Yargıtay HGK, 06.04.2011 tarih, 2010/11-744 E, 2011/57 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

sahasında uzman bilirkişiden ya da bilirkişi kurulundan, markaları oluşturan kelimelerin yazılış, okunuş ve görünüş olarak, ne şekilde benzerlikler taşıdıkları, hangi nedenlerle insanlarda benzerlik ve bağlantı duygusuna neden olabileceği ve karıştırılacağı hususlarında rapor alınarak, buna göre hüküm kurulması gerekirken; eksik inceleme ve yetersiz gerekçeye dayalı olarak, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir”⁸.

Yukarıdaki örnek kararlarda da görüldüğü üzere marka davalarında bilirkişi incelemesine mahkemece başvurulup başvurulmayacağı hususu netlik kazanmamıştır. Ancak, Yargıtay’ın ağırlıklı uygulaması, marka davalarında bilirkişi görüşünün alınması yönündedir. ÇOLAK ise, markalar arasındaki benzerlik ya da sınıfsal benzerliğin mahkeme hakimi tarafında incelenip karara bağlanmasının, Yargıtay’ın da bu kararı denetlemesinin doğru olacağı görüşündedir⁹. GÜNEŞ ise, ilgili alanda uzmanlığını kanıtlamış olan ve mahkeme dışı bir odağın gözüyle yapılan değerlendirmenin bir de mahkeme süzgecinden geçmesinin taraflara hukuki güvenceler sağlayacağı görüşündedir¹⁰.

Kanaatimizce, özellikle marka karşılaştırmalarına dayalı davalarda (ihtisas mahkemeleri olan Fikri ve Sınai Haklar Hukuk ve Ceza mahkemelerinde, hakimlerin ihtisaslaşmış olması hususu göz önünde bulundurularak) hakim, bilirkişi incelemesi yaptırmaya gerek duymamalı ve mesleki bilgisi ve özel uzmanlığı ile uyuşmazlıkları çözüme kavuşturabilmelidir. Ancak, ihtisas mahkemesi olmayan yerlerde marka uyuşmazlıklarında bilirkişi görüşüne başvurulması gerekmektedir. Sonuç olarak, hakim marka uyuşmazlıklarında bilirkişiye başvurup başvurmayacağına bu konuda teknik bilgiye ihtiyacı olup olmadığına kendi özgür iradesi ile karar vermelidir. Yargıtay CGK tarafından verilen 2005/7-143 E nolu şu kararı da bu kanaatimizi destekler niteliktedir. “..Çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren marka ihlali davalarında bilirkişiye başvurularak, 556 sayılı KHK'nun 9. ve 61. maddeleri anlamında bir tecavüzün gerçekleşip,

⁸ Yargıtay 11.HD, 14.06.2005 tarih, 2004/9547 E, 2005/6156 K sayılı karar. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

⁹ Bkz. ÇOLAK, s.148.

¹⁰ GÜNEŞ, s.371.

*gerçekleştirilmediğinin incelenmesi zorunludur*¹¹. Bu kararda da belirtildiği üzere marka uyuşmazlığının çözümünün özel ve teknik bilgiyi gerektirip gerektirmediği hususunu mahkeme hakimi takdir etmelidir.

2.2 Bilirkişi Seçimi

Marka hakkı ve marka uyuşmazlığına ilişkin davalarda genel olarak marka konusunda uzman hukukçu bilirkişiler ile tazminat hesaplamasına esas olacak ticari defter ve belgelerin incelenmesi için de mali müşavir bilirkişiler birlikte atanmaktadır. Hukuk Fakültesi olan şehirlerde akademisyen hukukçu bilirkişi tayin edilirken, hukuk fakültesi olmayan şehirlerde bulunan mahkemelerde marka konusunda uzmanlaşmış yani Türk Patent Enstitüsünden marka vekilliği belgesini almış marka vekilleri ve Avukatlar bilirkişi tayin edilmekte, çoğunlukla da istinabe yolu ile Ankara, İstanbul ya da İzmir’de buluna Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesine bilirkişi incelemesi için gönderilmektedir. Ayrıca markanın kullanıldığı ürünün türüne ve alıcı kitlesine göre de konusunda uzman bilirkişi tayin edilmektedir. Örneğin zirai bir ilaç markasında ziraat mühendisi bilirkişi, ilaç markasında doktor bilirkişi gibi.

Tazminat hesaplamasına esas belgelerin posta yolu ile incelenmek üzere başka mahkemeye gönderilmesinin mümkün olmadığı durumlarda mali müşavir incelemesi bulunulan şehirde yapıp rapor alınmakta ve daha sonra da bu rapor ile birlikte dosya marka uzmanı incelemesi için ihtisas mahkemelerine istinabe yolu ile gönderilmektedir. Önce marka uzmanı incelemesinden sonra, bu davanın görüldüğü mahkemenin bulunduğu yerde ayrı bir mali müşavir incelemesi de yapılabilmektedir.

2.3 Bilirkişi İncelemesi

2.3.1 Delillerin Tespiti Taleplerinde Yapılan İncelemeler

Uygulamada en sık rastlanılan marka işlemleri, markaya tecavüzün tespitini içerir taleplerdir. Mahkeme, uzman bilirkişiler vasıtası ile mahallinde

¹¹ Yargıtay CGK, 27.12.2005 tarih, 2005/7-143 E, 2005/169 K sayılı karar. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

inceleme yapıp tespit tutanağı düzenler ve bilirkişiye görüşünü bildirmek üzere süre verir. Burada bilirkişinin iki tür görevi vardır. İlki tespit mahallinde yapacağı inceleme, diğer ise tespit mahallinde yaptığı gözlemleri ile birlikte dosya kapsamında evrak incelemesi ve rapor hazırlanmasıdır.

Tespit mahallinde yapılacak ilk inceleme, öncelikle tespit yapılan işletmenin kim tarafından işletildiği, ünvanı ve adres tespitidir. Daha sonra da işletmede hangi işin yapıldığının (restoran, mağaza, tekstil atölyesi, plastik imalatı, tamirhane gibi..) tespit edilmesi gerekir. Zira bu tespit, markanın tescilli olduğu sınıflarda kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi açısından önemlidir.

Bu aşamadan sonra marka kullanımının tespit edilmesi gerekir. Uygulamada, denetime elverişlilik açısından da bu husus fotoğraf çekilme sureti ile yapılmaktadır. Ürün, ambalaj, tabela, broşür, kartvizit ve sair evrakların, varsa marka ile ilgili belgelerin (marka tescil belgesi, turizm işletme belgesi gibi) fotoğrafları çekilmelidir.

Dosya inceleme aşamasında ise, tespit isteyen tarafın marka hakkının dayanağı olan belge incelemesi öncelikle yapılmalıdır. Türk Patent Enstitüsü tarafından verilen marka tescil belgelerinin ön yüzünde ya da arka yüzünde yazan ve markanın tescilli olduğu sınıfları gösteren liste incelenmeli ve tespit mahallinde yapılan inceleme ile bu sınıflar karşılaştırılmalıdır. Mümkün olabildiğince de tespit mahallinde aleyhine tespit istenilen kişinin uyuşmazlık konusu marka ile ne iş yaptığı, hangi hizmeti verdiği ya da markanın basılı olduğu ürünün ne olduğu mutlaka fotoğraflanmalıdır. Bu husus, markaların karıştırılma ihtimalinin incelenmesinde kolaylık sağladığı gibi raporun denetime elverişliliği açısından da çok önemlidir.

Tespit talepli dosyalarda bilirkişinin en çok inceleme yaptığı husus “karıştırma ihtimali” incelemesidir. Uygulamada markalar arasındaki karıştırma ihtimalinin belirlenmesinde mahkemelerce uzman bilirkişilerin görüşlerinden faydalanılmaktadır¹².

¹² KARAHAH/SULUK/SARAÇ/NAL, s.418.

556 sayılı KHK’da ifadesini bulan “karıştırılma ihtimali”, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde ve herhangi bir nedenle güvendiği işletme ile malını aldığı işletme arasında bir ekonomik bağlantı olduğunu düşünmesidir¹³. Karıştırma tehlikesi, en çok unvan ve markaların taklit edilmesi sureti ile meydana gelir. Ayrıca tescilli marka ile kullanılan işaret arasında görsel, sesçil benzerlik bulunmasa dahi, halk bunlar arasında herhangi bir şekilde herhangi bir sebeple benzerlik kuruyorsa karıştırılma ihtimalinin varlığı yine kabul olunur¹⁴.

Bu nedenle, bilirkişi tarafından markaların karıştırılma ihtimalleri değerlendirilirken halk gözüyle bu iki markanın sahiplerinin aynı kişi olduğu izleniminin olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu tespitin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için marka görsellerinin karşılaştırması yapılmalı, görsellerin hangi unsurlarının ortak olduğu, ilk bakışta algılanan özelliklerinin neler olduğu, bu özelliklerin markanın asli korunan unsurlarından olup olmadığı, ortalama bir tüketici gözüyle tüketiciyi yanıltıp yanıltmadığı belirlenmeli ve gerekçelendirilmelidir.

Markaların karıştırılma ihtimallerinin değerlendirilmesinde kavram adına yakın olmama (gömlek, elbise, kilit, turbo gibi), ürünün özellikleri (yumuşak, sert, bembeyaz gibi), ayırt edici niteliklerde zayıflık (süper, class, first, express, high, tech gibi) özelliklere dikkat etmek gereklidir¹⁵.

2.3.2 Marka Hakkına Tecavüz, İptal ve Hükümsüzlük Davalarında Bilirkişi İncelemesi

Markaya tecavüz ve hükümsüzlük davalarında inceleme dosya üzerinden yapılmaktadır. Bu inceleme mümkün olduğu takdirde orijinal ürün ile dosyada bulunan marka tescil belgesinin karşılaştırılarak incelenmesi sureti ile yapılır. Orijinal ürününü bulunmaması ya da fiilen mahkeme dosyasında saklanmasının mümkün olmadığı durumlarda ürün fotoğrafları ve görselleri üzerinde inceleme yapılır. Nitekim Yargıtay CGK’nun 2005/7-143 E sayılı kararı uyarınca *“..çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren marka ihlali davalarında*

¹³ TEKİNALP, s.437, KÜÇÜKALİ, s.65-66.

¹⁴ DEMİR, s.111.

¹⁵ DİKİCİOĞLU, s.197.

bilirkişiyeye başvurularak, 556 sayılı KHK'nın 9. ve 61. maddeleri anlamında bir tecavüzün gerçekleşip, gerçekleştirilmediğinin incelenmesi zorunludur. Ancak bu inceleme yaptırılırken, bulunduğu takdirde orijinal ürün ve Patent Enstitüsü'nden marka tescil belgelerinin onaylı suretleri, orijinal ürünün bulunmaması veya teminin mümkün olmaması halinde ise anılan kurumdan marka tescil belgelerinin onaylı suretlerinin getirtilerek, taklit ürün ile karşılaştırılmalı inceleme yaptırılması gerekmektedir”¹⁶.

Marka hakkına dayanan davacı tarafın bu hakkının kaynağı olan marka tescil belgesi incelenmeli, geçerliliğini koruyup korumadığı, hangi sınıflarda koruma sağladığı belirlenmeli ve marka tescil belgesinde yer alan görsel ile davalı tarafından kullanılan görsel ve davalı tarafından markanın kullanıldığı sektör karşılaştırılmalı, markasal kullanım başta olmak üzere görsellerin karşılaştırması yapılırken olabildiğince raporu somutlaştırma ve gerekçelendirmek anlamında görsellerin hangi unsurlarının ortak olduğu, ilk bakışta algılanan özelliklerinin neler olduğu, bu özelliklerin markanın asli korunan unsurlarından olup olmadığı, ortalama bir tüketici gözüyle halkı yanıltıp yanıltmadığı, markaların sahibi olan işletmeler arasında ekonomik bağlantı kurma ihtimalinin bulunup bulunmadığı belirlenmelidir.

Dosya talepleri arasında tanınmış marka iddiası var ise dosya içinde bunu belgeleyen evraklar incelenmeli ve markanın tanınmış marka olup olmadığı hususunda değerlendirme yapılmalıdır.

Mahkemece bilirkişiden tazminat hesabının yapılması da istenmişse, davacı tarafın Markaların Korunması Hakkında KHK mad.66 uyarınca yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında kullanılacak hesaplama yönteminin hangi belgelere dayandığı beyanı ile bağlı olarak ticari defter, emsal lisans sözleşmeleri de incelenmeli ve kazanç yada gelir kayıpları hesaplanmalıdır.

Markaların Korunması Hakkında KHK mad.68 uyarınca itibar tazminatının hesaplanması istenmişse bu durumda, davalının marka kullanımının davacı itibarında zarara yol açıp açamayacağı gerek dosya içinde

¹⁶ Yargıtay CGK, 27.12.2005 tarih, 2005/7-143 E, 2005/169 K sayılı karar. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

bulunan deliller ve gerekse mahallinde mahkeme onayı ile yapılacak inceleme ile belirlenmelidir.

Bu hususlar dışındaki sair incelemeler hukukidir ve mahkeme tarafından irdelenmesi gerekmektedir. Bilirkişi bu hususlarda yorumda bulunamaz ve görüş bildiremez. (Örneğin taraflar arasında imzalanan bir sözleşmenin değerlendirilmesi, ihtarname içeriğinin değerlendirilmesi, itibar tazminatı alınıp alınmayacağına karar verilmesi gibi..)

Tescilli markanın iptalini isteyen davacı tarafın, tescilli markanın iptaline yol açtığını iddia ettiği marka kullanımına ilişkin evrakları incelenmeli ve buradaki markanın görsel kullanımı, markasal kullanımı, süresi, davalı markası ile benzerliği ve sektörü belirlenmelidir.

2.3.3 Karıştırma İhtimalinin İncelenmesi

Marka davalarında yapılan bilirkişi incelemelerinde bilirkişinin en çok görüşüne başvuru olan “karıştırma ihtimali” olgusunun değerlendirilmesidir. Karıştırma ihtimali, halk gözüyle iki markanın sahiplerinin aynı kişi olduğu izleniminin olup olmadığının belirlenmesidir.

Karıştırma ihtimali, bir işaretin veya tescil edilmiş bir markanın, daha önce tescil edilmiş bir marka ile şekil, görünüş, ses, genel izlenim vs. sebeple ya aynı ya da benzer olduğu için hedef kitlede önce tescil edilmiş marka olduğu zannını uyandırması tehlikesidir. Karıştırma ihtimalinin varlığı için müteceviz tarafından kullanılan işaretin tescil edilmiş markanın aynısı veya onun benzeri olması, aynı mal ve hizmetlerde kullanılması ve karıştırmanın halk yönünden olması şarttır¹⁷. Bu nedenle karıştırma ihtimalinin tespitinde öncelikle markanın basılı olduğu ürünler ya da marka altında verilen hizmeti belirleyen fotoğraflar ya da orijinal ürünler ile marka tescil belgesinde yer alan marka karşılaştırılmalı ve müteceviz olduğu iddia edilen markanın kullanıldığı sınıf ile tescil belgesine sahip markanın tescilli olduğu sınıflar incelenmelidir.

¹⁷ TEKİNALP, s.436-437.

Markalar arasındaki karıştırma ihtimalinin tespit edilmesinde öncelikle markaların asli unsurlarının karıştırılıp karıştırılmadığı incelemesi yapılmalıdır. Markanın asli unsuru, ayırt edici özelliği olan ve markada mutlaka bulunması gereken esas unsurdur. Bu unsur, tek bir sözcük, yazı, resim, şekil, renk veya bunların oluşturduğu bir kompozisyon olabilir ve KHK uyarınca da sınırlayıcı değildir. Tali unsur ise, asli unsurun yanında ve asli unsur ile birlikte kullanılan diğer unsurlardır ve markada bulunma zorunluluğu da yoktur. Asli unsur tali unsur ayrımı, ilk bakışta markada neyi gördüğümüz ile ilgilidir ve kural olarak asli unsur ayırt edici olduğu takdirde karıştırma tehlikesi de yoktur¹⁸. Ancak asli unsur farklı olmasına rağmen markanın diğer özellikleri örneğin rengi, logosu, ambalajı, yazı karakteri taklit edilmiş ise bu durumda yine ilk algılanan unsur dikkate alınmalıdır. Bazı durumlarda da markaların asli unsurları aynı olmasına rağmen ayırt edici özellikleri olduğu için markaların karıştırılması mümkün değildir. Bunun en çarpıcı örneği dört tane M harfini içeren markadır. “Mc Donalds” markasının, “motorola” markasının, “migros” markasının ve “maret” markasının asli unsur ve logo olarak kullandıkları M harfleri, aslında aynı harften oluşmaktadır. Fakat özel tasarımı şekilleri ve markanın kullanımı ile her bir ayırt edici özellik kazanmıştır ve halk gözünde karıştırılma ihtimalleri yoktur. O nedenle markalar arasında karıştırma ihtimalinin tespitinde net bir sınır çizmek ve net ölçüler belirlemek mümkün değildir.

Karıştırma ihtimalinin belirlenmesinde halkın karıştırma ihtimali önemlidir. Halk, o ürünü kullanan ya da kullanma ihtimali olan kişilerdir. Dolayısı ile halkın belirlenmesinde de tüketici profilleri esas alınmalıdır. Bu da yine markanın kullanıldığı ürün ya da hizmet ile alakalıdır. KÜÇÜKALİ tarafından halk yani muhtemel alıcı grupları, her kesimden alıcılar, özel bir veya birkaç alıcı grubu ve uzmanlık sahibi alıcılar olarak sınıflandırılmıştır. Her kesimden alıcı yani ortalama tüketici, günlük tüketim maddelerinde dikkatli davranmaz ancak özel nitelikli malların tüketiminde durum farklıdır. Örneğin yüksek değerli makineler ve otomobillerde daha dikkatlidir ve özenle araştırır. Özel alıcı grubu ise piyasadaki bazı ürünlerin alıcılarıdır. Örneğin tekerlekli sandalyeler ya da iştirme cihazları gibi. Dolayısıyla bu tür bir tüketiciye hitap eden markalarda bu tüketici grubunun profili dikkate

¹⁸ KÜÇÜKALİ, s.70-71.

alınmalıdır. Uzman olan alıcı gruplarına da en tipik örnek ise ilaç markaları ve bu ilaç markaları konusunda uzman olan doktorlardır¹⁹. YASAMAN'a göre, bir olayda iltibasın söz konusu olup olmadığının tespiti için inceleme markanın kullanıldığı mal veya hizmetin hitap ettiği tüketici kitlesi ve bu kitle içinde yer alan ortalama tüketici ölçüt alınarak yapılmalıdır²⁰.

Marka uyuşmazlığına konu markalar ve ürünler arasında karıştırılma ihtimalinin olup olmadığının nasıl değerlendirileceği hususunda Yargıtay'ın emsal kararları ve görüşleri belirleyici olmaktadır.

Yargıtay 11.HD, 11.09.2000 tarih, 2000/5607 E, 2000/6604 K nolu kararında, "güler" ve "ülker" kelimelerinin birbirinden farklı olmasına rağmen yazılış biçimi ve tüm görsel ve grafolojik özellikleri itibari ile karıştırma ihtimali yarattığını belirtmiştir. Karara göre, "*..dava haksız rekabet ve markaya tecavüzün önlenmesi ile marka terkinine istemine ilişkindir. Davalının 16.08.1993 tarihinde "güler" markasını kendi adına tescil ettirdiği, ancak emtiaların satışı sırasında ambalaj ve tanıtım vasıtalarında, "güler" markasının yazılış biçimi tüm görsel ve grafolojik özellikleri ile gözde bıraktığı genel intiba yönünden davacının tescilini "ülker" Markası ile iltibas yaratacak şekilde kullandığı anlaşılmış olup, nitekim bu husus mahkemenin de, kabulündedir. Öte yandan Davalıya ait Güler markasının tescil belgesindeki yazılış şekli (dizaynı, harflerin dizilişi) nin de, davacının Ülker markası ile çok benzer olduğu ve her iki markanın aynı emtia sınıfında kullanıldığı, dolayısıyla davalının markayı bu şekilde kullanmasının 556 sayılı KHK. nin 9/b maddesi hükmüne aykırılık oluşturduğu saptanmıştır. Bu durumda anılan Kararname'nin 42 nci maddesi uyarınca, markanın hükümsüzlüğü ve terkinine karar verilmek gerekirken, davacının bu yöne ilişkin istemi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir*"²¹.

Yargıtay 11.HD, 12.06.2008 tarih, 2007/5920 E, 2000,8/7810 K nolu kararında, tescilli bir markaya ait tali unsurun, kendi markasının asli unsurundan büyük yazılması durumunda markaya tecavüz oluşacağına

¹⁹ KÜÇÜKALİ, s.121-124.

²⁰ YASAMAN, Marka Makaleler II; Sole-Yenisoli Markaları Bilirkişi Raporu, s.264.

²¹ Yargıtay 11.HD, 11.09.2000 tarih, 2000/5607 E, 2000/6604 K nolu kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

hükmetmiştir. Karar göre “..mahkemece iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre davalının tescilli markasının bulunmadığı, davalının ürünler üzerindeki etikete “senso” kelimesini “oxi action” ibaresinden küçük yazarak ilk bakışta ürün üzerinde “oxi action” yer aldığı izlenimi yarattığı, bu şekilde kullanımın 556 sayılı KHK’nın 12.maddesi anlamında dürüst kullanım kapsamında kabul edilmeyeceği, davacının markasının anılan KHK’nın 9.madde anlamında benzerini davalının kullandığı, davalı eylemi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, davacının marka hakkına tecavüz ettiği ve haksız rekabette bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına karar verilmiştir”²².

Yargıtay 11.HD, 01.04.2003 tarih ve 2002/11502 E, 2003/3119 K sayılı başka bir kararında da, markada esaslı unsurun farklı olmasına rağmen kullanılan tali unsurun ve yazı şekli ile renginin benzer olmasını karıştırma ihtimalinin varlığı şeklinde değerlendirmiş ve haksız rekabet teşkil ettiğine karar vermiştir. Buna göre, “..davacının tescilli “Pınar Beyaz” markasına davalıların “Kerem Beyaz” markasının haksız rekabet teşkil etmesi nedeniyle davalıların haksız rekabetinin önlenmesine, davacının tescilli “Pınar Labne” markasına davalıların üreterek satışa sundukları “Kerem Labne” markasının ilk bakışta iltibasa meydan verecek benzerlikteki yazı şekli ve renkte kullanıldığı anlaşıldığından ve davalıların bu şekildeki kullanımları haksız rekabet oluşturduğundan davalıların bu sözcüğü iltibas yaratacak şekildeki kullanımlarının men'ine, her iki üründeki ambalaj, kapak ve etiketlerin toplatılmasına ve imhasına, (2.500.000.000) TL manevi tazminatın davalılardan tahsiline dair verilen mahkeme kararı onanmıştır”²³.

Yargıtay 11.HD, 2001/4623 E, 2001/6954 K sayılı başka bir kararında ise, markada tali unsur olarak kullanılan kelimenin iltibas oluşturmadığını belirtmiştir. Buna göre, “..Ancak, dava marka haklarına tecavüz, ve haksız rekabetin önlenmesi ile manevi tazminata ilişkin olup, 556 sayılı Kanun

²² Yargıtay 11.HD, 12.06.2008 tarih, 2007/5920 E, 2000,8/7810 K nolu kararı. (Aktaran NOYAN, s.748).

²³ Yargıtay 11.HD, 01.04.2003 tarih ve 2002/11502 E, 2003/3119 K sayılı kararı (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

Hükümünde Kararnamenin marka olarak tescil edilemeyecek işaretleri düzenleyen 7/c maddesi gereğince, cins, çeşit, vasıf, kalite belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markaların tescil edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Oysa, davacının marka olarak tescil ettirdiği "Pınar Labne" ibarelerinden oluşan markasındaki "Labne" sözcüğünün, özellikle Ortadoğu ülkelerinde çok bilinen iştah açıcı aperatif olarak tüketilen yoğurtlu bir peynir cinsi olduğu, hatta Suudi Arabistan tarafından standartlarının dahi belirlendiği dosya kapsamından anlaşıldığından cins ve çeşit belirten bu kelimenin bir kişinin inhisarına verilmesi mümkün değildir. Bir başka deyişle, bu sözcüğün haksız rekabet hükümlerine uyulmak koşulu ile bir başkası tarafından markanın tali unsuru olarak kullanılması mümkündür. Davalı tarafın, davacıya ait "Pınar Labne" ibaresindeki "Labne" sözcüğünü ilk bakışta iltibasa meydan verecek bir benzerlikteki yazı şekli, renk ve şekilde kullandığı anlaşıldığından, mahkemece bu sözcük ve marka yönünden haksız rekabet hükümleri yönünden verilen kararda bir isabetsizlik görülmemiş ise de, cins ve çeşit belirtilen bu sözcüğün tamamen yan unsur olarak dahi davalı tarafından kullanılmasını önler şekilde yazılı olduğu gibi karar verilmesi doğru olmamıştır”²⁴.

Yukarıda ayrıntıları verilen Yargıtay 11.HD, 01.04.2003 tarih ve 2002/11502 E, 2003/3119 K sayılı kararı ile aynı dairenin 20.09.2001 tarih, 2001/4623 E, 2001/6954 K sayılı kararlarında şu değerlendirme unsuru dikkati çekmektedir. Markada yer alan tali unsur, başka ek unsurların (yazı şekli, logo, renk) desteği ile tescilli markaya benzetilebilir şekilde kullanılmış ise, asli unsur farklı olsa bile markalar arasındaki karıştırma ihtimalinin varlığından söz edilecektir. Burada, ürün kullanıcı tüketici KÜÇÜKALİ'nin²⁵ de belirttiği gibi günlük ihtiyaçlarının karşılanmasında daha az dikkatli olduğu, asli unsur farklı olsa bile renk, yazı karakteri, ambalaj benzerliği gibi hususları ilk olarak algılayıp markaları birbirine karıştırabileceği hususu gözetilmelidir.Örneğin ürün kullanıcısı, üzerinde tali marka olarak kullanılan “kakao tadında içecek” yazan bir ürünü, “kakao” kelimesi büyük harfle ve baskın bir renk tonuyla yazıldığı için sadece “kakao” gibi algılayarak satın alabilmektedir.

²⁴ Yargıtay 11.HD, 20.09.2001 tarih, 2001/4623 E, 2001/6954 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

²⁵ KÜÇÜKALİ, s.121.

Yargıtay 11.HD, 08.07.2008 tarih ve 2007/1829 E, 2008/9185 K sayılı kararında, davacı adına hem ticaret sicil ve hem de marka kaydı bulunan “sahil” markası ile şehirlerarası yolcu taşımacılığı yapan davacı, “sahil yıldızı” markası ile aynı hat ve güzergahta yolu taşımacılığı yapan davalıya haksız rekabet ve markaya tecavüz iddiası ile dava açmış, davalı taraf ise markasından esas unsurun “yıldız” kelimesi olduğunu, fiilen markayı kullanmadıklarını bildirmiş ve davanın reddini istemiştir. Mahkemece yapılan yargılama sonucunda davalı markasında kullanılan “sahil” kelimesinin silinmesine ancak kullanım olmadığından manevi tazminatın reddine karar vermiş ve bu karar Yargıtay’ca da onanmıştır²⁶.

Yargıtay 11.HD, 2010/15775 E nolu başka bir kararında da markalar birbirinden tamamen farklı olsa da ürünlerin ambalaj ve desenlerinin benzer olmasından dolayı markaya tecavüzün tespitini ve önlenmesini talep etmiş, mahkeme de markaların benzememesinden dolayı markaya tecavüz olmadığını ancak ürün ambalajlarının ayırt edilemeyecek kadar benzer olmasından dolayı haksız rekabetin varlığına dair karar vermiş ve bu karar 11.HD tarafından da onanmıştır. Karar uyarınca, *“..Davacı vekili, tanınmış "CALGON" markasının hem kelime hem de ambalaj deseni olarak müvekkili adına tescilli olduğunu, davalının "PEROS" markalı ürünlerini ambalaj ve desen olarak müvekkiline ait ürünlerle aynı ve benzer olacak şekilde piyasaya sürdüğünü, ürün kutusunun itibasa sebebiyet verdiğini, haksız rekabet yarattığını belirterek taklit üretim ve markaya tecavüzün tespiti ve tecavüzün önlenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, ürün ambalajlarının farklı olduğunu, itibas tehlikesinin bulunmadığını, davacının ürün ambalajı bakımından tasarım tescil belgesine sahip olmadığını ve ambalajındaki desen ve rengin davacıya inhisari hak sağlamayacağını belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre, davalıya ait "PEROS" markasının davacı markasına görsel ve işitsel olarak benzemediği, ancak tarafların ürün ambalajının ayırt edilemeyecek kadar benzer olup, karıştırma ihtimalinin bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile markaya tecavüze ilişkin*

²⁶ Yargıtay 11.HD, 08.07.2008 tarih ve 2007/1829 E, 2008/9185 K sayılı kararı. (Aktaran NOYAN, s.735).

talebin reddine, davalının ürün ambalajının davacının ürün ambalajı ile iltibas oluşturacak şekilde kullanımının haksız rekabet oluşturması nedeniyle taklit ambalaj kullanımının önlenmesine karar verilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir²⁷.

Uygulamada sıklıkla karıştırılan unsurlardan biri de ticaret ünvanlarının markasal olarak kullanımınıdır. Marka, ticari işletmenin mal veya hizmetini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmek amacı güderken, ticaret ünvanı ticari işletmeyi diğer işletmelerden ayırt etmek amacıyla hizmet etmektedir. Bu amaçsal farklılık, kural olarak bir ticaret ünvanı ile aynı ibareyi taşıyan markanın varlığına izin vermekte ve bu ibarenin “amacına uygun” kullanılması halinde tecavüz meydana gelmemektedir. Ancak bu işaretler amaçlarına ve işlevlerine uygun bir şekilde kullanılmaz ise tecavüzün mevcudiyeti söz konusu olacaktır²⁸. Markasal kullanım, bir anlamda resmi kayıtlı ticaret ünvanının, kısaltılarak marka şeklinde kullanılmasıdır. Örneğin Yıldız İnşaat Yapı Malzemeleri Sanayi Ltd. Şti. ünvanı ile ticaret siciline kayıtlı olan şirketin, ünvanını “Yıldız İnşaat” şeklinde özel yazı stili, renkler ve logo ile kullanması, ön plana çıkartması markasal kullanım olarak adlandırılmaktadır.

Nitekim Yargıtay 11.HD’de markasal kullanıma atfı yapmış ve ticaret ünvanlarının tescilli oldukları halinden daha kısa olarak kullanılmasını markasal kullanım olarak nitelmiş ve markasal kullanımın markaya tecavüz teşkil ettiğini hükme bağlamıştır. Buna göre, “..Dava, davalının tescilli ünvanı içerisinde geçen “TACAR” ibaresinin davacının tescilli markası olduğu, davalının ünvanını tescil ettirdiği şekilde kullanmadığı, anılan ibareyi öne çıkartarak marka gibi kullanması suretiyle marka hakkına tecavüz ettiği iddiasına dayalı olarak davalı ünvanının terkinine, davacı markasına tecavüzün tespit ve önlenmesine ve diğer fer’i istemlere ilişkindir. Her ne kadar

²⁷ Yargıtay 11.HD, 17.04.2012 tarih, 2010/15775 E, 2012/6253 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

²⁸ YASAMAN, Marka Makaleler IV, Zara Markası Bilirkişi Raporu; s.651.

mahkemece davalının ticaret unvanı kullanımının yasal olduğu davacı markasının tecavüz olmadığı sonucuna varılmış ise de, davacın unvanının tescil ettirdiği şekilde unvan olarak kullanmamış, kullanımlarında davacının tescilli markası ön plana çıkartılmış ve vurgulanmış olduğundan, davalının unvanını tescil ettirdiği şekilde kullanmadığının ve davacının markasından yararlanmak amacıyla markasal olarak kullanma arzusunda olduğunun kabulü gerekir. Hükme esas alınmayan bilirkişi raporunda açıklandığı üzere, 556 sayılı KHK'nın 9. maddesini davalı ihlal etmiş olup, 61/a bendinde yer alan marka tecavüz hali gerçekleşmiştir. "Naviga" dergisinde de "TACAR" ibaresi ön plana çıkartılarak ve büyük harflerle yazılmak suretiyle davacının marka hakkına tecavüz edilmiştir. Unvanını kısaltarak kullanan davalının amacının davacı markasından yararlanmak olmadığı, dergide amacın ürünlerin teknik özelliklerine ve bunların firmalarını tanıtmak, markayı öne çıkartmak olmadığı söylenemez. Dergideki ürünlerin yerleşim biçimine davalının katkısı ve talebi olmadığına yönelik Dergi'nin verdiği cevap, davalının bu kullanıma onay vermesi ve karşı çıkmayarak benimsemesi karşısında, davalı eylemini markaya tecavüz olmaktan çıkaramaz, iltibas oluşmuş olup, en azından iltibas olasılığı mevcuttur. Davacı markasının şekil ile beraber oluşturduğu kompozisyonun korunduğu, davalı kullanımının markanın şekil ve kaligrafik unsurlarını taşımadığı gerekçesinde de isabet bulunmamaktadır. Baskın unsur ve vurgu "TACAR" ibaresi üzerinde toplanmış olup, bunun ön plana çıkartılmış olması, marka tecavüz edilmesi bakımından yeterlidir. Davalının kartvizit üzerindeki kullanımı, fuar standındaki kullanım şekilleri, Dergi'deki kullanım tarzı, Bakırköy Sulh Hukuk Mahkemesi'nde belirlenen kullanım, internet site adındaki kullanım ve hazırlık dosyasında belirlenen kullanım şekilleri davacının marka hakkına tecavüz oluşturmaktadır"²⁹.

2.3.4 Tazminat Hesaplamaları

Marka uyuşmazlıklarında maddi tazminat (yoksun kalınan kazanç) ve itibar tazminatı hesaplamaları bilirkişiler tarafından yapılmaktadır.

²⁹ Yargıtay 11.HD, 05.04.2010 tarih, 2008/8488 E, 2010/3849 K sayılı karar. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

Markaların Korunması Hakkında KHK mad.66 uyarınca yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak, marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel gelire göre, marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançla göre ya da marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre hesaplanır. Bu seçimlik haklardan hangisinin kullanılacağını davacı tayin eder ve mahkemeye bildirir. Davacı bunlardan birini seçmek zorundadır³⁰. Marka sahibinin yani davacının söz konusu üç yöntemden başkasını seçmesi mümkün değildir. Bunlardan birisi seçildikten sonra kural olarak bundan vazgeçip serbestçe diğer yönteme başvurulamaz³¹. Ancak ARKAN, seçimini yapan davacının sonradan bu seçiminden vazgeçerek zararının KHK mad.66'da belirtilen diğer bir yönteme göre hesaplanmasını isteyebileceği görüşündedir³². Kanaatimizce, seçimlik hakkını kullanan davacı, daha sonra bu seçimini değiştirememelidir. Zira, YASAMAN'ın da belirttiği gibi, davacı müddeabihin arttırılması amacına yönelik bir değiştirme yapamamalıdır. Ayrıca, davacının seçimlik hakkını kullanıp hesaplama yöntemini belirlemesinden sonra mahkeme ve bilirkişi o yöntem ile ilgili belge incelemesi ve hesaplama yapacaktır. Bu hesaplama sonradan yöntemin değiştirilmesi ise yeniden bir bilirkişi incelemesini gerektirecek olup hem usul ekonomisine aykırıdır ve hem de davanın uzamasına yol açacaktır.

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur. Bu etkenler tahdidi değildir³³. Dolayısıyla bilirkişinin, davacı tarafın KHK mad.66'da sayılan yoksun kalınan kazancın hangi hesap yöntemine göre istediği belirlenmeli ve hesaplama ona göre yapılmalıdır.

³⁰ TEKİNALP, s.501.

³¹ YASAMAN, Marka Hukuk İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları III, 1.baskı, İstanbul 2008, Marka Hukukunda Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri, s.5.

³² ARKAN, Marka Hukuku, C.2, s.245.

³³ TEKİNALP, s.501.

Yargıtay 11.HD, bu hesaplama yönteminin davacı tarafından seçilmemesini bozma sebebi olarak görmüştür. Bu karara göre, “..Davacılar vekili maddi zarar istemini 556 sayılı KHK'nin 66. maddesine dayandırmıştır. Anılan düzenlemede yoksun kalınan kazancın istenme ve hesaplanma usulleri belirtilmiştir. Marka sahibinin elde edeceği muhtemel gelir, tecavüz edenin elde ettiği kazanç veya lisans bedeli, yoksun kalınan kazanç karşılığı olarak düzenlenmiştir. Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda davacılar vekilinin belirttiği yasal düzenlemede ifade edilen üç usulden hangisine dayandığı açıklattırıldıktan sonra maddi tazminatın tespitinin yapılacağı belirtilmiştir. İstemini açıklaması için kendisine süre verilen davacılar vekili, aynı zamanda bilirkişi raporuna karşı beyanlarını içeren dilekçesinde bu husustaki tercihini tam olarak ifade etmiş değildir. O halde mahkemece, davacılar vekiline 556 sayılı KHK'nin 66. maddesinde yoksun kalınan kazancın belirlenmesine ilişkin usullerden hangisine dayandığını tereddütsüz şekilde açıklattırılması, maddi tazminat bakımından uzman bilirkişi vasıtasıyla incelemesi yaptırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir”³⁴.

11.HD'nin, 2001/10185 E sayılı bir başka kararı uyarınca da “..mahkemece, davacının yoksun kalınan kazançta dair maddi tazminat isteminin açıklattırılması, bundan sonra ise, dosya içerisine gerekli belgeler getirtilerek, gerektiğinde kayıtları incelenmesi gereken şirket merkezinde uzman bilirkişilere inceleme yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi yerinde görülmediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir”³⁵.

Maddi tazminat, bir kimsenin malvarlığında irade dışı eksilmenin, diğer bir ifadeyle maddi zararın giderilmesi için sorumlu kişi tarafından yerine getirilmesi gereken ve para ile ifade edilebilen bir edimdir³⁶. 556 sayılı KHK

³⁴ Yargıtay 11.HD, 02.06.2005 tarih, 2004/7923 E, 2005/5758 K sayılı karar. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

³⁵ Yargıtay 11.HD, 07.03.2002 tarih, 2001/10185 E, 2002/2000 K sayılı karar. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

³⁶ TANDOĞAN, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s.78 (Aktaran ORUÇ, s.108).

mad.66'daki düzenleme, TBK'nun mad.49 ve devamında düzenlenen haksız fiile ilişkin düzenlemeleri ile aynı doğrultuda, marka hakkı sahibinin markasına tecavüz dolayısıyla uğradığı zararın hem fiili kayıp hem de yoksun kalınan kazançtan oluşacağını kabul etmektedir³⁷. KHK mad.62'de "maddi zararın tazmini", mad.64'de "tazminat", mad.66'da da "yoksun kalınan kazanç" terimleri kullanılmıştır. KHK mad. 64, mutlak bir hakka tecavüz dolayısıyla hukuka aykırılığın sebep olduğu zararın giderilmesini öngördüğü ve haksız fiile özgü terimlere yer verdiği için maddi tazminatı düzenlemektedir. KHK mad.66 ve 67'de 64.madde ile yani maddi tazminat ile alakalıdır³⁸.

2.3.4.1 Muhtemel Gelire Göre Tazminat Hesaplaması

Yoksun kalınan kazancın 556 sayılı KHK ile düzenlenmiş ilk hesaplama yöntemi muhtemel gelire göre hesaplama yöntemidir. Burada, bilirkişi, marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel geliri hesaplamak durumundadır. Ancak, bu usul ispat açısından büyük güçlükler içerir. Çünkü mal veya hizmet ticaretinde gelir sağlayan tek unsur "marka" değildir. Uygulanan pazarlama teknikleri, kadro, kullanılan araçlar, yönetim, organizasyon etkinliği, verimlilik, satış sonrası hizmetler gibi diğer etkenler ciroyu, ciro da geliri etkiler³⁹.

Bu yöntemle göre yoksun kalınan kazanç hesabında öncelikle davacı marka hakkı sahibinin ticari defterleri üzerinde ayrıntılı bir inceleme yapılmalı ve davacının tecavüz öncesi dönemlerdeki kar oranları ile yıllara göre bu oranlardaki artış tespit edilerek hesaplamada bu oranlar gözetilmelidir. Bu oranlar tespit edildikten sonra geçmiş yıllardaki kar oranları ve bu oranların oluşturduğu grafik gözetilerek davacının tecavüzün gerçekleştiği dönemde eğer markaya tecavüz meydana gelmeseydi kar durumunun ne olabileceği belirlenip aradaki fark yoksun kalınan kazanç olarak belirlenecektir. Görüldüğü üzere bu hesap yöntemi varsayımsal bir hesap yöntemi olduğu için ticari defterler

³⁷ GÖNEN, S.49.

³⁸ TEKİNALP, s.499.

³⁹ TEKİNALP, s.502.

incelenerek geçmiş yıllara ait karlılık oranları grafiğinin hazırlanması büyük önem taşımaktadır⁴⁰.

Yargıtay 11.HD, 16.05.1995 tarih, 1995/2575 E, 1995/3800 K sayılı kararında muhtemel gelire göre kazanç hesaplamasının nasıl yapılacağına dair hüküm kurmuştur. Buna göre “..dava, 24.09.1992 tarihinde açıldığı halde, tazminat hesabında davacının 1992 ve 1993 yılları kıyaslanarak net karındaki azalma esas alınmıştır. Oysa tazminat hesabında dava tarihinden sonraki durum değil, davadan önceki durum dikkate alınır. Kaldı ki bilirkişi raporu esas alınsa dahi raporda net karda azalma olduğu belirtilmesine rağmen, gayri safi karda artış olduğu belirtildiğinden, net kardaki azalmaya neden olan gider artışında davalının ne gibi katkısı olduğu açıklanmamıştır. Bundan başka, aynı yıllar için davalının karındaki cüzi artışın tazminat hesabında etkisi üzerinde durulmamıştır. Bu durumda mahkemece yetersiz bilirkişi raporuna göre karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir”⁴¹.

2.3.4.2 Mütecavizin Elde Ettiği Kazanca Göre Hesaplama

556 sayılı KHK mad.66’da sayılan yoksun kalınan kazancın hesaplama yöntemlerinden biri de, marka hakkına tecavüz edenin (mütecavizin), markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanca göre hesaplama yöntemidir. Bu yöntem de tıpkı muhtemel gelire göre hesaplama yönteminde olduğu gibi hesaplamada benzer güçlükler içerir. Bu yöntemde, söz konusu kazanca ulaşabilmek için gelirin oluşumunda rol oynayan, marka dışındaki tüm faktörlerin ayıklanması gerekir. Böyle bir hesaplama da çok zordur⁴².

Yoksun kalınan kazanç miktarının mütecavizin markayı kullanmak yolu ile elde ettiği kazanca göre belirlenmesi yönteminde talebe konu kazanç, mütecavizin markayı kullanmak yolu ile elde ettiği net gelirdir. Ancak, Yargıtay 11.HD’nin 04.10.2001 tarih, 2001/5462 E, 2001/7409 K sayılı

⁴⁰ GÖNEN, s.68.

⁴¹ Yargıtay 11.HD, 16.05.1995 tarih, 1995/2575 E, 1995/3800 K sayılı kararı. (Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2004, sayı 1, s.133-134.

⁴² TEKİNALP, s.502.

kararı⁴³ uyarınca, bunun “markanın kullanılmasıyla elde edilen muhtemel gelir” olarak anlaşılması gerekir.

Bu yöntemin seçilmiş olması halinde bilirkişi, öncelikle davalı tarafın, ticari defterlerini inceleyerek tecavüz öncesi dönemin ve tecavüz sonrası dönemin kar-zarar grafiği çıkartılmalı ve bu grafik dikkate alınarak davalının dönemsel kar ya da zarar artış oranları saptanmalıdır. Buna göre, davalının markayı kullanmak yoluyla gerçekleştirdiği ticari faaliyetleri sonucunda elde ettiği karda, önceki dönemlere göre elde ettiği kara göre bir artış gözlemleniyorsa bu artış yoksun kalınan kazancın hesabında dikkate alınacaktır⁴⁴. Yargıtay kararları da bu yöndedir.

Yargıtay 11.HD 13.03.2006 tarih, 2005/2840 E, 2006/2522 K sayılı kararı uyarınca, “..dava, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabete dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Dosyaya sunulan bilgi ve belgelerin incelenmesinden, davacının 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 66/b maddesi uyarınca maddi tazminat olarak, yoksun kaldığı kazancı ve bu kazancın marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre hesaplanması yöntemini seçtiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, görüşüne başvurulmuş bilirkişi raporunda, davalının, davanın açıldığı 1999 yılında net kazancın % 25'i oranında kar elde ettiği kabul edilerek maddi tazminat hesabı yapılmış, davalı vekilince bu rapora karşı ileri sürülen esaslı itirazları değerlendirilmemiştir. Bu durum karşısında mahkemece, davalının bilirkişi raporuna karşı yaptığı esaslı itirazların değerlendirilmesi, özellikle bir şirket olan davalının bilanço ve defter kayıtlarına göre 1999 yılında ne kadar kar elde ettiğini gösterdiğinin tespit edilmesi ve sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, eksik incelemeye dayanarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir”⁴⁵.

⁴³ Aktaran TEKİNALP, s.502.

⁴⁴ GÖNEN, s.72.

⁴⁵ Yargıtay 11.HD 13.03.2006 tarih, 2005/2840 E, 2006/2522 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

Yargıtay 11.HD, 2008/1536 E sayılı kararı, markaya tecavüz davalarında talep edilen maddi, manevi ve itibar tazminatına ilişkindir. Bu karar uyarınca, “..Davalı Edesan firmasının imalatçı diğer davalının ihracatçı sıfatıyla davacının markasının taklitlerini içeren emtiaları ihraç etmek isterlerken bu mallara gümrükte el konulduğu hususu çekişmesizdir. 556 sayılı KHK'nın 61/c maddesi uyarınca davalıların eyleminin marka hakkına tecavüz teşkil ettiği açıktır. Bu eylemin davacının satış tutarını olumsuz şekilde etkileyeceği kuşkusuzdur. Davalılar, davacının uğrayacağı zararı karşılamak durumundadırlar. Davacı vekili, maddi ve manevi tazminat istemini 556 sayılı KHK'nın 62, 66/b ve 67.maddelerine dayandırmış, maddi zararın karşılığı olarak davalıların markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanç karşılığını istemiştir. Ancak, yazılı gerekçe ile maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir. Ticari amaçla taklit markalı emtiaları elinde bulunduran davalılar davacının uğradığı zararı karşılamak durumundadırlar. Davacının imalatçı davalı hakkındaki davasını atıye terk etmiş olması, bu sonucu etkilemeyecektir. Kural olarak davacı maddi zararını ve tutarını ispat etmek zorundadır. Davalı ihracatçı firmanın defter ve kayıtları ile elde ettiği kazancın tespit edilmesi mümkündür. Şayet maddi zarar tutarı ispat edilemez ise, zarara uğradığı sabit olan davacının talep edebileceği tazminat tutarının BK'nun 42.maddesi uyarınca tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durum karşısında, davacı vekilinin maddi tazminat isteminin reddi yönünde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir. Ayrıca, 556 sayılı KHK'nın 62.maddesinde marka hakkı tecavüze uğrayan marka sabinin diğer istemlerinin yanı sıra manevi tazminat da talep edebileceği düzenlenmiştir. Davalıların eylemleriyle davacı markasına tecavüz ettikleri sabit olduğuna göre, uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi de yanlış olmuştur. Öte yandan, davacı vekili, davalıların eylemlerinden müvekkili markasının itibarının da zarara uğradığını ileri sürerek ayrıca tazminata karar verilmesini istemiştir. 556 sayılı KHK'nın 68. maddesinde marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı helale uğrarsa, marka sahibinin, bu nedenle ayrıca bir tazminat isteyebileceği ifade edilmiştir. Maddi ve manevi tazminattan farklı olarak düzenlenen bu tür zarar istemine, 551 sayılı KHK.nin 142 ve 554 sayılı KHK.nin 54. maddelerinde de yer

verilmiştir. Anılan tazminat, işletmeden ziyade doğrudan markanın itibarına yönelik meydana gelen zararın giderilmesi amacını gütmektedir. Bu tazminatın gündeme gelmesinde önemli olan husus, markanın itibarının zarar görmesidir. O halde, davacının itibar tazminatı istemi hakkında olumlu ya da olumsuz karar verilmemesi doğru görülmemiş, hükmün bu yönüyle de bozulması gerekmiştir⁴⁶.

11. HD'nin, 2006/9700 E sayılı başka bir kararı uyarınca da, “..Dava, markaya tecavüz fiillerin durdurulması, maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Somut olayda davalının, davacının markasının taklitlerini içeren ürünleri ihraç etmek isterken bu mallara gümrükte el konulduğu hususu uyuşmazlık konusu değildir. 556 sayılı KHK'nın 61/c maddesi uyarınca davalının bu eyleminin marka hakkına tecavüz teşkil ettiği açıktır. Davacının satış tutarının olumsuz yönde etkileneceği kuşkusuzdur. Davalı, davacının uğrayacağı zararı karşılamak durumundadır. Davacı vekili, maddi ve manevi tazminat istemini aynı KHK'nın 62, 66/b ve 67. maddelerine dayandırmış, maddi zararın karşılığı olarak davalının markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanç karşılığını istemiştir. Ancak, davalı defter ve kayıtlarının incelenmesinde elde edilen kazanç tespit edilememiştir. Bu durum karşısında, davacının zarara uğradığı sabit olduğuna ve bunun miktarı ispat edilemediğine göre, BK'nın 42. maddesi uyarınca uygun bir maddi tazminata karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir. Ayrıca, 556 sayılı KHK'nın 62. maddesinde marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin diğer istemlerinin yanı sıra manevi tazminat da talep edebileceği düzenlenmiştir. Ancak, anılan KHK'de manevi tazminata hangi koşullarda hükmedileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu istemin, genel hükümler arasında yer alan BK'nın 49 ve TTK'nın 58/1-e maddeleri kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Davalı, tacir olup basiretli şekilde hareket etmek zorundadır. Ticari işlerinde daha dikkatli ve özenli davranmak durumundadır. Öte yandan, BK'nın 49. maddesinde 3444 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle manevi tazminata karar verilmesi için artık kusurlu olma hali yeterli görülmüştür. O halde, davalının

⁴⁶ Yargıtay 11.HD, 11.05.2009 tarih, 2008/1536 E, 2009/5629 K sayılı kararı. www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

*eylemleriyle davacı markasına tecavüz ettiği sabit olduğuna göre uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi de yanlış olmuştur*⁴⁷.

2.3.4.3 Lisans Örneksemesi Yöntemine Göre Hesaplama

556 sayılı KHK mad.66/c uyarınca yoksun kalınan kazanç miktarının hesaplanabilmesi için son yöntem de lisans örneksemesi yöntemidir. Buna göre, marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre yoksun kalınan kazanç hesaplanabilir. Doktrinde “lisans örneksemesi⁴⁸” olarak kullanılan bu hesap yöntemine “varsayımsal lisans bedeli⁴⁹” de denmektedir.

Kanunu koyucu, bu hüküm ile götürü bir tazminat öngörmüştür. Tazminatın götürü nitelikte olması, davacı bakımında ispat kolaylığı getirmektedir⁵⁰.

Bu yönteme göre bilirkişi incelemesi yapıp, yoksun kalınan kazanç miktarının belirlenebilmesi için emsal araştırması yapılması ve objektif bir lisans bedelinin belirlenmesi gerekir. Yargıtay görüşü de bu yöndedir.

Yargıtay 11.HD, 18.09.2003 tarih, 2003/1774 E, 2003/7915 K sayılı kararı uyarınca “*..dava marka hakkına tecavüz nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Davacı vekili dava dilekçesinde açıkça 556 sayılı KHK'nin 66/c ve 67nci maddeleri hükümlerine dayanarak tecavüze uğrayan markanın bir lisans sözleşmesiyle davalıya verilmiş olması halinde elde edebilecek kazancın tahsilini talep etmiştir. Mahkemece, bu yönde bilirkişi incelemesi yapılmış ise de, alınan rapor maddi tazminatın hesabı yönünden yeterli bulunmadığı gibi davacı tarafça itiraza da uğramıştır. Bu durumda mahkemece, dosyanın İstanbul Ticaret veya Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesine gönderilerek marka konusunda uzman bilirkişilerce ve gerekirse Ticaret Odası'ndan sorularak davaya konu markanın emsali bir markanın*

⁴⁷ Yargıtay 11.HD, 08.10.2007 tarih, 2006/9700 E, 2007/12510 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

⁴⁸ TEKİNALP, s.502.

⁴⁹ GÖNEN, s.75, YASAMAN/YÜKSEL, C.2, s.1174.

⁵⁰ YASAMAN/YÜKSEL, C.2, s.1174.

lisans bedelinin tesbit ettirilmesi, bunun tesbit edilememesi halinde davacının lisans bedeli olarak isteyebileceği tazminatın objektif verilere dayandırılarak tesbiti ile oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmek gerekirken, yetersiz bilirkişi raporuna dayanarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir⁵¹.

Bu yöntemle göre hesaplama yapılırken markanın tanınmışlığı, verdiği lisansın münhasır olup olmadığı, lisans sayısı gibi etkenler de dikkate alınmalıdır⁵².

2.3.4.4 İtibar tazminatı hesaplaması

556 sayılı KHK mad. 68, markanın itibarı başlığını taşımakta ve marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı zarara uğrarsa, marka sahibi, bu nedenle, ayrıca tazminat isteyebilir hükmünü içermektedir.

İtibar, marka ile inşa edilen “imaj”ı ifade etmektedir. İtibarın zararı ise, inşa edilen ya da edilmekte olan imajın zedelenmesi ve istisnaen çökmesidir. İtibar tazminatı, maddi ve manevi tazminatın özelliklerine benzer özellikler gösterse de her ikisinden de ayrılır.İtibar tazminatında fiili zarar ve yoksun kalınan kar yoktur. Burada imge ve güven kurmanın maliyeti vardır ve bu maliyet talep edilmektedir⁵³.

İtibar tazminatının hesaplanmasında, imaj ve güven hasarının onarılması için gerekli ilan, reklam ve kampanya maliyetleri hesaplanmalıdır. Örneğin Türkiye çapında yaygın olan bir pizza markasının, markasını oturttuğu ana zemin, “pizzaların müşteriye sıcak ulaştırılması” ise, pizza markasını taklit eden ya da haksız kullanan mütecaviz, bu imaja aykırı davranıp pizza markasına zarar verdi ise bu hususun tamiri için itibar tazminatı istenebilir. Burada, pizza markasının müşteri çevresinde oluşan bu olumsuzluğu yok edebilmesi için reklam kampanyasına, yeni reklam malzemelerine ve gerekirse

⁵¹ Yargıtay 11.HD, 18.09.2003 tarih, 2003/1774 E, 2003/7915 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

⁵² TEKİNALP, s.502.

⁵³ TEKİNALP, s.506.

de promosyonlara ve hatta fiyat indirimine gitmesi gerekebilir. Durumun ve markanın kullanıldığı alanın gereğine göre bu giderlere araştırılmalı ve hesaplanmalıdır.

YASAMAN, Betty Spaghetty Markası Bilirkişi Raporu'nda, “..dava dosyasından anlaşıldığı üzere, davalı şirketlerin satışa sunduğu oyuncaklar, davacı şirketin oyuncaklarının birer taklididir. Davacı şirketin markası tecavüze uğramıştır. Markanın üzerinde bulunduğu ürünlerin ambalajlarında ve kalitesinde, dolayısıyla ürünün sunumu bakımından fark bulunmaktadır. Fikrimizce davalı şirketin itibarı zarara uğramıştır. Ancak bunun tam olarak tespit edilmesi için ürünlerin kalitesi açısından da bir inceleme yapılabilir⁵⁴” diyerek taklit markalı ürünlerin kalitesiz olmasının itibar tazminatına yol açabileceğini belirtmiştir. Kanaatimizce, bu durumda itibar tazminatının söz konusu olabilmesi için, markanın kullanıldığı ürünün çok baskın ve tanınmış bir özelliğinin zedelenmesi gerekir. Örneğin marka adı ilk söylendiğinde akla doğrudan kalite gelen bir markada bu durum söz konusu olabilir. Ancak marka adı söylendiğinde ya da görüldüğünde akla gelen ilk özellik kalite değil de estetik nitelik ya da renk ise bu durumda bu markanın taklidinin daha kalitesiz olması itibar tazminatına yol açmamalıdır⁵⁵.

İtibar tazminatının bir de manevi yönü bulunmaktadır. Bu husus mahkeme hakimi tarafından takdir edilecek bir husus olup, daha çok markanın

⁵⁴ YASAMAN, Marka Makaleler II, Betty Spaghetty Markası Bilirkişi Raporu, s.289.

⁵⁵ Markalar, belli bir kullanım ve tanınmışlıktan sonra kendilerine özgü bir imaja sahip olurlar. Bu imaj özellikle yaratılacağı gibi kendiliğinden de oluşabilir. Örneğin, volvo markasının ilk akla getirdiği imaj güvenlidir. Ferrari markası ise hız, lüks ve kırmızı renk çağrışımı yapmaktadır. Dolayısı ile markaların bu özel imajlarına zarar verici taklitlerin itibar tazminatına konu olabilmesi gerekir. Yargıtay 11.HD, 06.02.2001 tarih, 2000/9741 E, 2001/888 K sayılı kararında “..davalının üretip pazarladığı ürünlerde kullanılan "Prens" ibaresinin davacının tescilli markalarında yer alan "Prince" esas unsuru ile iltibas yarattığı ve davalı eyleminin haksız rekabet oluşturduğu isabetle saptandığına göre, Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK'nın 62/1-6 ye TTK'nın 58/1-e maddeleri uyarınca, bir tür haksız eylem niteliği taşıyan davalının markaya tecavüzü sonucu davacı marka sahibinin piyasada edindiği imaj ve güvenden oluşan manevi ticari varlığında meydana gelen kayıp ve zararlar ile uzun süren çabalarla yaratılan marka imajının zedelenmesi nedeniyle manevi tazminat isteminin yerinde olduğu gözetilerek, esasen uygun ve ılımlı bir miktar içeren bu istemin aynen kabulü gerekirken, koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle reddedilmesi doğru olmamış, kararın bu yön bakımından davacı yararına bozulması gerekmiştir” demek sureti ile marka imajına zarar vermenin manevi tazminat konusu olduğunu bildirmişse de kanaatimizce marka imajına zarar vermenin itibar tazminatına da konu olabilmesi gerekir. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

toplumda ulaşmış olduğu tanınmışlık, saygınlık düzeyi, hitap ettiği müşteri kesimi hesaba katılmalıdır⁵⁶.

Yargıtay 11.HD, 2008/1536 E, 2009/5629 K sayılı kararı uyarınca, *“..davacı vekili, davalıların eylemlerinden müvekkili markasının itibarının da zarara uğradığını ileri sürerek ayrıca tazminata karar verilmesini istemiştir. 556 sayılı KHK'nın 68. maddesinde marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı helale uğrarsa, marka sahibinin, bu nedenle ayrıca bir tazminat isteyebileceği ifade edilmiştir. Maddi ve manevi tazminattan farklı olarak düzenlenen bu tür zarar istemine, 551 sayılı KHK'nin 142 ve 554 sayılı KHK'nin 54. maddelerinde de yer verilmiştir. Anılan tazminat, işletmeden ziyade doğrudan markanın itibarına yönelik meydana gelen zararın giderilmesi amacını gütmektedir. Bu tazminatın gündeme gelmesinde önemli olan husus, markanın itibarının zarar görmesidir. O halde, davacının itibar tazminatı istemi hakkında olumlu ya da olumsuz karar verilmemesi doğru görülmemiş, hükmün bu yönüyle de bozulması gerekmiştir”⁵⁷.*

Yargıtay 11.HD, 20.09.2011 tarih, 2010/1166 E, 2011/10606 K sayılı kararı uyarınca, *“..davacı tarafından 556 Sayılı KHK'nin 68. maddesine dayalı olarak markanın itibarına zarar verildiği iddiasıyla itibar tazminatı da talep edilmiş bulunmasına rağmen hiçbir gerekçe oluşturulmadan bu istem yönünden red kararı verilmesi de doğru olmamış, kararın bu sebeple de bozulması gerekmiştir”⁵⁸.*

⁵⁶ TEKİNALP, s.507.

⁵⁷ Yargıtay 11.HD, 11.05.2009 tarih, 2008/1536 E, 2009/5629 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

⁵⁸ Yargıtay 11.HD, 20.09.2011 tarih, 2010/1166 E, 2011/10606 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

3. TASARIM DAVALARINDA BİLİRKİŞİLİK

554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'dan kaynaklanan davalarda, yenilik, ayırt edicilik, karıştırma ihtimali ve tazminat hesaplamaları bakımından bilirkişi görüşüne başvurulmaktadır. Zira bu alandaki teknik, mühendislik veya estetik, ergonomik bilgilerin hakimlerin genel bilgilerini aştığı bir gerçektir⁵⁹.

Tasarım hakkı ve tasarım uyuşmazlığına ilişkin davalarda genel olarak tasarımın kullanıldığı ürün konusunda uzman bir bilirkişi (tekstil mühendisi, gemi mühendisi, makine mühendisi gibi) ile konusunda uzman hukukçu bilirkişiler ile tazminat hesaplamasına esas olacak ticari defter ve belgelerin incelenmesi için de mali müşavir bilirkişiler kurul olarak atanmaktadır. Hukuk Fakültesi olan şehirlerde akademisyen hukukçu bilirkişi tayin edilirken, hukuk fakültesi olmayan şehirlerde ve yerlerde bulunan mahkemelerde tasarım konusunda uzmanlaşmış yani Türk Patent Enstitüsünden marka/patent vekilliği belgesini almış Avukatlar bilirkişi tayin edilmekte, çoğunlukla da istinabe yolu ile Ankara, İstanbul ya da İzmir mahkemelerinden bilirkişi incelemesi hususunda yardım alınmakta ve dosyalar bu mahkemelere bilirkişi incelemesi için gönderilmektedir.

Tazminat hesaplamasına esas belgelerin posta yolu ile incelenmek üzere başka mahkemeye gönderilmesinin mümkün olmadığı durumlarda mali müşavir incelemesi bulunulan şehirde yapıp rapor alınmakta ve daha sonra da bu rapor ile birlikte dosya tasarım uzmanı incelemesi için ihtisas mahkemelerine istinabe yolu ile gönderilmektedir. Önce tasarım uzmanı incelemesinden sonra, bu davanın görüldüğü mahkemenin bulunduğu yerde ayrı bir mali müşavir incelemesi de yapılabilmektedir.

Tasarım hakkına dayalı davalarda, davanın asli unsuru tasarımın uygulandığı üründür. Kimi durumlarda inceleme için ürünün başka bir mahkemeye gönderilmesi mümkün olmamaktadır. Bu durumda ya mahkemenin bulunduğu yerde teknik uzman incelemesi yaptırılarak, tasarım

⁵⁹ GÜNEŞ, s.370.

açısından değerlendirme için akademisyen hukukçu incelemesi için başka mahkemeye gönderme tercih edilmektedir.

Tasarım davalarında bilirkişi incelemesi aynen marka davalarındaki bilirkişi incelemesine benzemektedir ve aynı şartları içerir. Tasarım, ürünün görsel özelliklerini ihtiva ettiği üzere, bilirkişi incelemesinde mümkün olduğuna orijinal ürün üzerinde inceleme yapılması esastır. Eğer bu mümkün değil ise, tasarımın kullanıldığı ürünlerin tüm ayrıntıları ile fotoğraflanması gerekir. Ürün fotoğraflanırken de her açıdan fotoğraf çekmeye dikkat edilmeli, tasarımsal özellikler rahat görülebilir ve incelenebilir şekilde fotoğraflar alınmalı, ürün parçalardan oluşuyorsa ise her bir parçanın birlikte ve ayrı ayrı fotoğrafları çekilmelidir.

İnceleme aşamasında, hak sahibi olduğunu iddia edenin tasarımı ile müteceviz olduğu iddia edilen tasarımın görsel olarak karşılaştırılmalarının yapılması ve benzerlik/farklılıklarının listelenmesi gerekmektedir. Tasarımların karşılaştırması yapılırken olabildiğince raporu somutlaştırma ve gerekçelendirmek anlamında görsellerin hangi unsurlarının ortak olduğu, hangi hususlarda farklılıklarının olduğu, ilk bakışta algılanan özelliklerinin neler olduğu, bu özelliklerin tasarımın asli korunan unsurlarından olup olmadığı, ortalama bir tüketici gözüyle yanıltıcı olup olmadığı, ürünün teknik özelliğine göre tasarımcının seçenek özgürlüğünün olup olmadığı belirlenmelidir. Ayrıca, Türk Patent Enstitüsü'ne tasarım başvurusu yapılırken, tasarım görselinin yazılı açıklaması yapılır. Zira tasarım öncelikle görünen özellik olmakla birlikte bazı tasarımlarda görünmeyen, fotoğraf ve çizimle anlatılamayan özellikler olabilir. Bunların da değerlendirmeye tabi tutulması gerekeceğinden, tasarım tescil belgesinde yer alan görsellerin yazılı anlatımları, açıklamaları da incelenmeli ve karşılaştırılmalıdır⁶⁰.

⁶⁰ YASAMAN, Kumaş Desenleri ile ilgili hazırladığı bir bilirkişi raporunda, tasarımın yenilik araştırması sırasında şu ilginç saptamayı yapmıştır. “Bir tasarımın aynısı, başvuru ve rüçhan tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış ise o tasarım yeni kabul edilir. Tescili istenilen tasarımın aynısının kamuya sunulması, Türkiye’de değil dünyanın neresinde, ne zaman yapılmış olursa olsun, yenilik ortadan kalkar. Dava konusu tasarımların ise, tescilden önce kamuya sunuldukları anlaşılmaktadır. Şöyle ki, desenlerin yapıldığı makineler (yabancı menşeli) genellikle bilgisayar donanımlı olup, desen kodları makineye verildiğinde istenilen desen elde edilmektedir. Makinenin katalogunda desenlerin kodları bulunmaktadır ve bu makineleri yurtdışından satın alan herkes bu tasarımları yapabilir. Bu

Tasarımların bilirkişi tarafından incelenmesi, kıyaslama ve değerlendirme işlemidir. Bunun için kesin bir kriter yoktur. Bilirkişi için, tasarımlar arasındaki farklılıklar önemlidir. Ancak farklılıklar, bazen aynı olmayı ortadan kaldırmaz. Tasarım, farklılıklara rağmen karşılaştırılan tasarım ile aynı görünümü devam ettiriyor, sadece küçük bir sapma niteliği taşıyor ise fark küçüktür⁶¹.

Bir tasarım, öncekilerden esaslı farklılık veya özelliklere sahipse yenidir. Burada belirleyici olan husus genel görünümde farklılığın olup olmadığıdır. Zira 554 sayılı KHK mad.7/1 uyarınca “belirgin bir farklılık” temek ölçü olarak alınmalıdır⁶².

Tasarım uyumsuzluklarında bilirkişi incelemesi sırasında 1.bölüm dipnot 133’de tanımlarını verdiğimiz “bilgilenmiş kullanıcı” gözüyle tasarımların incelenmesi yapılmalıdır. Bilgilenmiş kullanıcı, ne marka uyumsuzluklarında ölçü alınan “halk, tüketici” kadar dikkatsiz ne de uzman kadar dikkatlidir. Bilgilenmiş kullanıcı, o ürünü üzerinde kullanım nedeni ile deneyim sahibi olmuş olan kişidir. Dolayısı ile incelemenin bu bakış açısı ile yapılması çok önemlidir. Kullanan ve deneyim sahibi olan kişi, o ürünü gören, duyan kişiden farklıdır ve daha dikkatlidir. Ayrıntıları fark edebilir. Ancak uzman kadar da detaycı değildir.

Tasarım konusu ürünler üzerinde inceleme yapılırken dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta da tasarımcının seçenek özgürlüğüdür. Bazen tasarlanan ürünlerin teknik fonksiyonları görünüşe hakim olabilir. Örneğin uçağın uçabilmesi için kanatlarının bulunması gibi. Araçlarda kullanılan lastiklerin yuvarlak olması da teknik bir zorunluluktur ve tasarım konusu değildir ancak lastik üzerinde bulunan profiller tasarıma konu olabilir ve tasarımcıya seçenek özgürlüğü verir⁶³.

halde tasarımcıda aranan az da olsa yaratım gücü söz konusu değildir”. (YASAMAN, Fikri ve Sınai Mülkiyet I, Kumaş Desenleri Bilirkişi Raporu, s.317). Bu örnek, tasarım uyumsuzluklarında bilirkişinin inceleme ve dikkat alanının ne kadar değişik ve geniş kapsamlı olduğunu göstermek için verilmiştir.

⁶¹ DİKİCİOĞLU, s.199.

⁶² YASAMAN, Fikri ve Sınai Haklar I, Kaşık Sapı Bilirkişi Raporu, s.331-331.

⁶³ DİKİCİOĞLU, s.199-200.

Tasarımlarda bilirkişi incelemesi yapılırken dikkat edilmesi gereken bir diğer unsur da modüler sistemlerdir. Modüler sistemler birçok parçanın bir araya gelmesi ile oluşur ve her bir parçanın ayrı bir tasarım koruması ya da tasarımcısı olabilir. Bilirkişi incelemesi sırasında tasarım kavramı ile faydalı model kavramı karıştırılabilmektedir. Tasarım ürünün görünümü, faydalı modeller hatta patentler ürünün çalışma prensibi ile ilgilidir. Bazı hukuki problemlerde, bir faydalı model belgesi ile tescil edilmiş bir buluş bu defa endüstriyel tasarım unsuruymuş gibi görünümde bazı ve hatta önemli farklar meydana getirerek davaya konu olabilmektedirler. Bu durumda bilirkişi, dosyadaki davanın hangi konuda ve hangi belgelerle açıldığını iyi bilmek, davacı ve davalı dilekçeleri ile mahkemenin talebini iyi değerlendirerek raporunu yazmak zorunda olduğunun bilincinde olmalıdır⁶⁴.

Tasarımlarla ilgili mutlak yenilik incelemeleri dosya kapsamında bulunan ve taraflarca sunulan delil ve belgeler üzerinden yapılmalıdır. Bu belgeler incelenirken ve değerlendirilirken belgelerin tarihleri, asıl olup olmadıkları, tasarımı ya da benzerini ihtiva edip etmedikleri ve içerikleri liste halinde rapora yazılmalı ve hangi hususta değerlendirmeye tabi tutuldukları belirtilmelidir.

Yargıtay 11.HD tarafından verilen 24.01.2008 tarih, 2007/14938 E, 2008/1304 K sayılı karar uyarınca bilirkişiler, tasarımın mutlak yeniliğinin olup olmadığı hususunda dosyada bulunmasa bile yenilik araştırması yapmakla görevlendirilebilirler⁶⁵. Bu araştırmanın nasıl yapılacağı hususunda net bir yöntem olmamakla birlikte Türk Patent Enstitüsü Araştırma Veri Tabanlarından faydalanılabilir⁶⁶.

Tasarım uyuşmazlıklarında tazminat (yoksun kalınan kazanç, itibar tazminatı) hesaplaması, aynen marka uyuşmazlıklarında olduğu gibidir ve aynı yöntemlerle hesaplanır.

⁶⁴ DİKİCİOĞLU, s.200-201.

⁶⁵ Bu husus bilirkişilere çok önemli yükümlülükler ve sorumluluklar getiren bir uygulama olduğu üzer ayrı bir bölümde incelenmiştir. Bkz.s.148 vd.

⁶⁶ Patent/faydalı model <http://online.tpe.gov.tr/EPATENT/servlet/PreSearchRequestManager>, <http://tr.espacenet.com/> , tasarım için de <http://online.tpe.gov.tr/EDESIGN/servlet/IDSearchRequestManager>, adresleri kullanılabilir.

4. PATENT ve FAYDALI MODEL DAVALARINDA BİLİRKİŞİLİK

Patent ve faydalı model davaları, fikri mülkiyet davalarında bilirkişi incelemesinin hemen her davada gerekli görüldüğü dava türleridir⁶⁷. Bu tür davalarda bilirkişi görüşüne başvurmanın gerekliliği tartışmasıdır. Bu alandaki teknik, mühendislik veya estetik, ergonomik bilgilerin hakimlerin genel bilgilerini aştığı bir gerçektir⁶⁸.

Özellikle patent ve faydalı modelin hükümsüzlüğü davalarında bir istemin yeni olup olmadığı, buluşun konusunun tekniğin ilgili alanındaki uzman kimse bakımından aşikar olup olmadığı hususlarında genellikle patent vekili ile birlikte buluşun ilgili olduğu teknik alandan üniversite mensubu uzman akademisyenlerden bilirkişi heyetleri oluşturularak bilirkişi rapor tanzim ettirilmektedir. Burada da maddi tazminat hesabı için muhasip bilirkişi aracılığıyla inceleme yaptırılması elzemdir⁶⁹.

Patent hakkı ve patent uyumsuzluğuna ilişkin davalarda genel olarak patentin kullanıldığı ürün konusunda uzman bir bilirkişi (elektrik mühendisi, gemi mühendisi, makine mühendisi gibi) ile konusunda uzman patent vekili bilirkişiler ile tazminat hesaplamasına esas olacak ticari defter ve belgelerin incelenmesi için de mali müşavir bilirkişiler kurul olarak atanmaktadır.

Patent uyumsuzluğu hakkındaki bilirkişi incelemeleri ve usulleri marka ve tasarım konusunda yukarıda bahsettiğimiz usulleri ile aynıdır. Farklı olan husus ise, faydalı model ve patent tescil dosyalarında yer alan anlatımların yani istemler başta olmak üzere tarifname ve çizimlerin dikkatli incelenmesi ve taklit patent ya da faydalı model ile karşılaştırılmasının yapılmasıdır. Patent ve faydalı modelde asıl korunmak istenen özellikler ve yenilikler istemler halinde yazılır. Bilirkişinin özellikle yenilik ve tecavüz değerlendirmesinde öncelikle istemlerin incelenmesi ve karşılaştırılması gerekir.YASAMAN, Cips Fıstık ve Leblebi Patentlerinin Hükümsüzlüğü ile ilgili bir davaya verdiği mütalaada,

⁶⁷ ÇOLAK, s.149.

⁶⁸ GÜNEŞ, s.370.

⁶⁹ ÇOLAK, s.153.

“..10.08.2008 tarihli bilirkişi raporunda, gerek yenilik ve buluş basamağı, gerek ürünler arasındaki benzerlikler bakımından yapılan incelemelerde, istemler göz önünde dahi bulundurulmamıştır. Bu durumda, bu raporun esas alınması mümkün değildir” demek sureti ile patent ve faydalı model uyuşmazlıklarında bilirkişinin öncelikle ve önemli istemleri incelemesi gerektiğini bildirmiştir⁷⁰.

Buluş basamağının belirlenmesi, patent ve faydalı modellerle ilgili bilirkişi incelemelerinde önemlidir. Bu nedenle de buluşa koruma sağlayan patent ya da faydalı modelin ilgili olduğu alandan uzman bir bilirkişi seçimi mutlaka yapılmalıdır. Zira buluş basamağının söz konusu olabilmesi için, tekniğin bilinen durumu dikkate alınarak, ilgili alandaki teknik uzman bakımından buluşun aşikar olmaması gerekir. Bir diğer ifade ile, işin uzmanı olan bir kişinin rutin çalışması ve çabasından daha yüksek bir çaba gerekir⁷¹. Dolayısı ile, bu üst düzey çabayı da takdir edip değerlendirebilecek kişi de ancak o alanda uzman bir bilirkişidir.

Bilirkişinin mutlak yenilik araştırması yapma yetkisi ve usulü ile ilgili olarak tasarım bölümünde yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

Mahkemece tazminat hesabının yapılması da istenmişse, davacı tarafın KHK mad.140 uyarınca kullandığı yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında kullanılacak hangi hesaplama yönteminin hangi belgelere dayandığı beyanı ile bağlı olarak ticari defter, emsal lisans sözleşmeleri de incelenmeli ve kazanç yada gelir kayıpları hesaplanmalıdır. Bu hesaplamada aynen marka ve tasarımlarda olduğu şekildedir.

KHK mad.141 uyarınca itibar tazminatının hesaplanması istenmişse bu durumda, davalının patent kullanımının davacı itibarında zarara yol açıp açamayacağı gerek dosya içinde bulunan deliller ve gerekse mahallinde mahkeme onayı ile yapılacak inceleme ile belirlenmelidir.

⁷⁰ YASAMAN, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları II, 1.baskı, İstanbul 2012, Cips Fıstık ve Leblebi Patentlerinin Hükümsüzlüğü Mütalaa, s.155.

⁷¹ YASAMAN, Fikri ve Sınai Mülkiyet II, Patent Hükümsüzlüğü Buluş Basamağı Mütalaa, s.172.

5. BİLİRKİŞİNİN RE'SEN YENİLİK ARAŞTIRMASI YAPMA YETKİSİ VE USULÜ

Yargıtay 11.HD, 24.01.2008 tarih, 2007/14938 E, 2008/1304 K sayılı kararında “mutlak yenilik” kriterinin re’sen araştırılması gerektiğine yönelik bir karar vermiştir⁷². Yargıtay’ın bu kararı bir ilktir. Yargıtay daha sonraki tarihlerde de aynı görüşünü sürdürmüştür. Yargıtay’ın verdiği bu ilk karar tasarımlarda mutlak yenilik kriterinin araştırılması iken daha sonra patent ve faydalı modellerde de benzeri kararlar vermiştir. Adı geçen karar uyarınca “..ilke olarak mutlak yenilik kriterinden hareketle dava konusu tasarımın yenilik unsuruna sahip olup olmadığı bir başka deyişle o tasarımın dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmuş olup olmadığı hususu bilirkişi görüşüne başvurmak yolu ile çözümlenmelidir”⁷³.

Yargıtay 11.HD, 03.06.2010 tarihli, 2008/10964 E, 2010/6384 K sayılı benzer kararında da tasarımlara ilişkin hükümsüzlük davasında bilirkişinin mutlak yenilik araştırması yapması gerektiğini bildirmiştir. Buna göre, “..dava, davalı adına tescilli 2002/03308 numaralı endüstriyel tasarımın yenilik özelliği bulunmadığı iddiasıyla hükümsüzlüğü istemine ilişkindir. 554 sayılı KHK'nın 6.maddesi uyarınca, bir tasarımın tescil edilebilmesi için, tasarımın aynısının başvuru veya rüçhan tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış olması, bir başka deyişle, mutlak yenilik koşulu kabul edilmiştir. Mutlak yenilikten söz edilebilmesi için de, tasarım tescil başvurusu yapılan ürünün görünümünün dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulan tasarımlardan yararlanma ve benzetme serbestisi ilkesi sınırları içinde kalmak kaydıyla, küçük ayrıntıların ötesinde farklı özelliklere sahip olması gerekli ve yeterlidir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, 554 sayılı KHK ile mutlak yenilik kriteri benimsendiğinden, hükümsüzlük davasında bu yönün mahkemece re'sen dikkate alınarak, tarafların bildirdikleri delillerle birlikte anılan

⁷² Yargıtay’ın bu kararı ilginçtir ve özellikle tasarım, patent ve faydalı model dosyalarının bilirkişi incelemelerine yeni bir özellik ve yeni bir boyut kattığı ve bilirkişilere de ayrı bir yükümlülük yüklediği için oldukça önemlidir ve bu nedenle ayrı bir başlık altında inceleme gereği duyulmuştur.

⁷³ Aktaran SULUK, Cahit; Sınai Mülkiyete İlişkin Hükümsüzlük Davalarında Mutlak Yeniliğin Bilirkişiler Tarafından Araştırılması, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, İstanbul 2011, s.516. (SULUK, Sınai Mülkiyet).

KHK'nın 5 ila 10. maddeleri hükümleri göz önüne alınmak suretiyle ve somut uyuşmazlık koşulları itibariyle de gerektiğinde bilirkişi görüşü alınarak çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Dava konusu uyuşmazlıkta davacı, davalı adına tescil edilmiş olan tasarımın yenilik ve ayırt edicilik niteliği bulunup bulunmadığının tespiti açısından önceki tarihli katalog, dergi gibi deliller yanında bilirkişi deliline de dayanmıştır. Dava konusu tasarımın yenilik unsuruna sahip olup olmadığı, bir başka deyişle, o tasarımın dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmuş olup olmadığı hususu bilirkişi görüşüne başvurulmak yoluyla çözümlenmelidir. Kamu düzenine ilişkin olan bu ilkeye dayalı olarak konusunda uzman olan bilirkişi veya bilirkişilerin yapacakları araştırma sonucunda bir tasarımın 554 sayılı KHK'nın 6. maddesi uyarınca daha önce kamuya sunulduğuna dair elde edilen bilgi ve bulguların HUMK'nın 75/son maddesi çerçevesinde re'sen dikkate alınması ve bilirkişi raporundaki yenilik ve ayırt edicilik unsurlarına yönelik değerlendirmenin de anılan KHK'nın 5 ila 11. maddelerine uygun olup olmadığına ilişkin hukuki denetiminin mahkemece yapılması gerekmektedir⁷⁴.

Yargıtay 11.HD, 01.07.2010 tarih, 2008/12696 E, 2010/7759 K sayılı kararında patentlere ilişkin bir hükümsüzlük davasına ilişkin verdiği kararında da mutlak yenilik araştırması yapılması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, “..551 sayılı KHK ile mutlak yenilik kriteri benimsendiğinden, hükümsüzlük davasında bu yönün mahkemece re'sen dikkate alınarak, tarafların bildirdikleri delillerle birlikte anılan KHK'nın 154 ila 156. maddeleri hükümleri göz önüne alınmak suretiyle ve somut uyuşmazlık koşulları itibariyle de gerektiğinde bilirkişi görüşü alınarak çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Kamu düzenine ilişkin olan bu ilkeye dayalı olarak konusunda uzman olan bilirkişi veya bilirkişilerin yapacakları araştırma sonucunda bir buluşun 551 sayılı KHK'nın 156. maddesi uyarınca daha önce kamuya sunulduğuna dair elde edilen bilgi ve bulguların HUMK'nın 75/son maddesi çerçevesinde re'sen dikkate alınması ve bilirkişi raporundaki yenilik ve ayırt edicilik unsurlarına yönelik değerlendirmenin de anılan KHK'nın 154 ila 156. maddelerine uygun olup olmadığına ilişkin hukuki denetiminin mahkemece

⁷⁴ Yargıtay 11.HD, 03.06.2010 tarihli, 2008/10964 E, 2010/6384 K sayılı kararı. (www.legalbank.net)(Erişim tarihi 04.09.2013).

yapılması gerekmektedir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davalı adına tescilli faydalı model belgesine konu buluşun davacı tarafından sunulan belgelerde yer alan buluşlardan farklı olduğunu belirtilmiş dava konusu buluşun kullanıldığı sektör bazında bir inceleme yapılmamıştır. Mahkemece, dava konusu buluşun yenilik unsuruna sahip olup olmadığının tespitine yönelik araştırmanın kamu düzenine ilişkin olduğu gözetilerek, konusunda uzman olan bilirkişi veya bilirkişilerin yapacakları araştırma sonucunda dava konusu buluşun 551 sayılı KHK'nin 154 ve 156. maddeleri uyarınca yenilik vasfına sahip olup, olmadığı araştırılarak hasil olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile davanın reddedilmesi doğru görülmemiştir”⁷⁵.

Yargıtay HGK, 11.HD'nin 08.03.2005 tarih, 2004/4524 E, 2005/2216 sayılı kararına mahkemece direnilmesi üzerine verdiği 28.03.2007 tarih, 2007/11-154 E, 2007/168 K sayılı kararında, mahkemenin direnme kararının usul ve yasaya aykırı olduğundan bahisle özel daire bozma kararına uyulması gerektiğine hükmetmiştir. Bu karara göre, “..hükme esas alınan bilirkişi raporunda, Ç. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2000/111, 112, 113 D.İş dosyalarında alınan bilirkişi tespitlerinden yola çıkılarak inceleme yapıldığı anlaşılmakta olup, davacının tasarımlarının yenilik vasfı taşıdığı yönündeki itirazlarının duraksamaya yol açmayacak biçimde bu raporlarda karşılandığından söz edilemez. Mahkemece, aralarında tekstil, makine mühendisi ve bir hukukçu bulunan üç kişiden oluşan uzman heyetten yukarıda açıklanan ilkeler ışığında denetime elverişli rapor alınması gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın davacı (B.davada davalı) yararına bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır”⁷⁶. Yargıtay

⁷⁵ Yargıtay 11.HD, 01.07.2010 tarih, 2008/12696 E, 2010/7759 K sayılı kararı. (www.legalbank.net)(Erişim tarihi 04.09.2013).

⁷⁶ Yargıtay HGK, 28.03.2007 tarih, 2007/11-154 E, 2007/168 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

HGK'nca verilen bu karar, mutlak yenilik araştırmasının re'sen bilirkişiler tarafından yapılacağını belirtmese bile bir hazırlık olarak nitelenebilir.

Yargıtay'ın bu uygulaması ile mahkeme ve bilirkişi, dosya münderecatı ile bağlı olmaksızın tasarım, patent ve faydalı model davalarında re'sen yenilik incelemesi yapabilecektir. Bu incelemeyi re'sen yapabilme yetkisini de mutlak yenilik kriterinin kamu düzenine ilişkin olmasına bağlamaktadır.

Mutlak yenilik, tasarımın, patenti ya da faydalı modelin konusu olan buluş ve tasarımın daha önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış olmasıdır.

HMK mad.24 uyarınca hakim iki taraftan birinin talebi olmaksızın kendiliğinden bir davayı inceleyemez. (tasarruf ilkesi). HMK mad.25 uyarınca da kanunda görülen istisnalar dışında hakim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında hakim kendiliğinden delil toplayamaz. (tarafarca getirilme ilkesi). HMK mad.26 uyarınca, hakim tarafların talep sonuçları ile bağlıdır, ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. (taleple bağıllık ilkesi). Mahkemenin re'sen harekete geçmesi, tasarruf ilkesinin istisnasıdır. Bu istisnanın nedeni kamu yararıdır. Mahkemenin kendiliğinden araştırma yapma yetkisi ise taraflarca hazırlama ilkesinin bir istisnası olup bunun nedeni de kamu yararıdır. Mahkemenin kendiliğinden araştırma yapma yetkisi istisnai bir yetki olduğu üzere bu yetkinin kullanılabilmesi için kanunda açık bir hükmün bulunması gerekir⁷⁷. Hakim, kendiliğinden taraflarca ileri sürülmemiş vakıaları araştırmaz, hükme esas alamaz. Mahkeme sadece tarafların getirdiği vakıalara göre talep sonucunu inceleyip karara bağlayabilir⁷⁸. Bilirkişi de hakim yardımcısı olduğu üzere dosyanın taraflarca hazırlanması ilkesi bilirkişi incelemelerinde de aynen geçerlidir⁷⁹.

Kamu yararı kavramı ile ilgili olarak Sınai Mülkiyet hukukunda, Paris Konvansiyonu 2.mükerrer 6. maddesinde, Patent Hakkının Korunması

⁷⁷ YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, s.337-338.

⁷⁸ PEKCANITEZ/ATALAY7ÖZEKES, s.248.

⁷⁹ SULUK, Sınai Mülkiyet, s.521.

Hakkında KHK mad.6/4'de, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK mad.9'da düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, patentin ya da tasarımın mutlak yeniliği kamu düzeninden değildir⁸⁰.

SULUK, yukarıda bahsi geçen ve hakimin ve bilirkişinin re'sen mutlak yenilik araştırması yapması gerektiğini Yargıtay içtihadını eleştirisinde, bu içtihadın; dosyanın taraflarca hazırlanması ilkesine aykırı olacağını, dava dosyası için gerekli araştırmayı ve hazırlığı yapan taraf ile hazırlık yapmadan soyut bir dava açan taraf açısından adil olmayacağını, bilirkişiye ödenen ücret ile verilen görev arasında ciddi bir orantısızlık olacağını ve bilirkişi açısından keyfi uygulamalara konu olabileceğini belirtmiştir⁸¹.

SULUK'un görüşlerine aynen katılmakla birlikte bilirkişi görevi açısından şu eleştirileri de yapmak mümkündür. Bilirkişinin, mahkemece kendisine mutlak yenilik araştırması yapma görevi verildiği takdirde bu araştırmayı nereden, nasıl ve hangi kaynaklardan yapacağı hususu belirsizdir. Zira araştırılması istenen husus bir tasarımın ya da bir buluşun ve hatta bir yedek parçanın tüm dünya üzerinde yeni olup olmadığıdır. Bu kadar geniş çaplı bir araştırmayı bilirkişiden beklemek uygun olmaz. Zira patent başvuru dosyalarında, yenilik araştırması yapan kurum olan Türk Patent Enstitüsü bile her buluşu araştıramamakta, yenilik araştırmasını kapsamlı olarak yapabilen diğer ülkelere göndermektedir. Kaldı ki dava dosyalarında yapılan yenilik araştırmaları, Türk Patent Enstitüsü tarafından yapılan yenilik araştırmasından daha kapsamlıdır. Bir radyo Tv reklamı, dergi yazısı, gazete haberi bile kimi zaman yeniliği ortadan kaldırabilmektedir. Tüm bunların araştırılmasını bilirkişiye yüklemek yanlış olur. Dünya çapında yapılan bir yenilik araştırması için bilirkişinin çok donanımlı ve en az birkaç yabancı dil bilmesi de gereklidir. Dolayısı ile her mahkemenin bu donanıma sahip bilirkişiye ulaşması mümkün olmayabilir. Ancak, mahkeme; taraflar sunmamış olsa bile mutlaka yenilik kriterinin araştırılmasını istiyorsa resmi bilirkişi olarak Türk Patent Enstitüsü'nü görevlendirebilir. Ancak bu görevlendirme sadece Enstitü'nün yapabileceği araştırmalarla sınırlı kalacaktır.

⁸⁰ SULUK, Sınai Mülkiyet, s.521.

⁸¹ SULUK, Sınai Mülkiyet, s.525-526.

6. HUKUKÇU BİLİRKİŞİLER

Uygulamada, fikri uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak anlamında oluşturulacak bilirkişi heyetinde, uyuşmazlığın teknik detayında uzmanlığı olan bilirkişi ya da bilirkişiler yanında hukukçu bir bilirkişinin de ataması yapılmaktadır. Oluşturulacak bilirkişi heyetinde bir hukukçunun yer alması, diğer teknik bilirkişilerin inceleme yapmasını kolaylaştırmakta, raporun denetime elverişli ve teknik problemi çözen bir şekilde hazırlanmasına yardımcı olmaktadır. Özellikle marka, patent ve tasarım alanlarında uzman olan marka ve patent vekillerinin bir çoğunun aynı zamanda avukat olması da beraberinde tartışmaları meydana getirmiştir.

Hukukçuların bilirkişilik yapması ile ilgili olarak çok sayıda tartışma yapılmıştır ve yapılmaktadır. Yeni HMK’da bilirkişilik, açık bir vurgu ile hukuk dışı alanlara tahsis edilmiştir⁸². HMK’ya eklenen “çözümü hukuk dışında” ibaresi ile hukukçu bilirkişilere işaret edilmiş ve özellikle vurgu yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur⁸³. Bu ihtiyacın temelinde, hakimin kendi mesleki bilgisi ile çözebileceği birçok konuda hukukçu bilirkişilere başvurması ve Yargıtay’ın da emsal kararları ile hukukçu bilirkişiden görüş almayı uygun görmesi yatmaktadır.

Hukuki konularda bilirkişiye başvurulamayacağı ilkesine rağmen, uygulamada hukukçu bilirkişilere başvurulması eğilimin önüne geçilememesinin bazı yapısal nedenleri olmalıdır. Aslında bilirkişi tarafından yapılan bir tespitin hukuki bir değerlendirme mi yoksa maddi vakıanın belirlenmesine ilişkin bir görüş mü olduğu nitelendirmeye alakalı bir konudur. Dava konusu olayda maddi vakıanın tespitinin hangi aşamaya kadar devam ettiği, hangi aşamadan sonra hukuki bir analiz ve değerlendirme boyutuna geçtiğinin belirlenememesi, bu noktada yaşanan zorlukların kaynağını oluşturmaktadır⁸⁴.

⁸² DERYAL, s.80.

⁸³ YILMAZ, Zekeriya; s.1464-1465.

⁸⁴ ÇİÇEKLİ, Bülent; Bilirkişi Uygulamasındaki Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri, Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu Sempozyumu 18-20 Haziran 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008, s.497-498.

Yargıtay 15.HD., 14.04.2003 tarihli ve 2002/5839 E, 2003/1919 K sayılı kararında, “..mahkemece yapılması gereken iş konusunda uzman kişilerden oluşturulacak ve yorumda yardımcı olmak üzere içlerinde hukukçu da bulunacak bilirkişi kuruluna..” dava dosyasının incelettirilmesini uygun görmektedir⁸⁵.

Yargıtay 8.HD, 20.03.2012 tarih, 2012/674 E, 2012/2008 K sayılı kararında, “..Tüm bu tespitler ve hesaplamaların yapılabilmesi, oranların bulunabilmesi için dosyanın önceki bilirkişiler dışında konusunda uzman mali müşavir, inşaat mühendisi ve uzman görüşü bakımından hukukçu bilirkişiye verilerek tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık gerekçeli rapor alınması, ondan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulmuş bulunması usul ve kanuna aykırıdır..” demek sureti ile uzman görüşü bakımından hukukçu bilirkişinin kurulda bulunması gerektiğini bildirmiştir⁸⁶.

Yargıtay HGK, 28.03.2007 tarih ve 2007/11-154 E, 2007/168 K sayılı kararında “..mahkemece aralarında tekstil, makine mühendisi ve bir hukukçu bulunan 3 kişiden oluşan uzman heyetten yukarıda açıklanan ilkeler ışığında denetime elverişli rapor alınması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir” diyerek bilirkişi kurulunda hukukçu bilirkişinin bulunması gerektiğine işaret etmiştir⁸⁷.

Yargıtay 11.HD, 03.06.2002 tarih ve 2002/1894 E, 2002/5704 K sayılı kararında, “..Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmış ise de, yapılan inceleme davalının savunmalarını karşılar nitelikte olmayıp, hüküm vermeye yeterli değildir. Bilirkişi kurulu raporunda davalı tasarımına benzer davacı tarafından ibraz edilen koltuklar incelenmiş ise de, incelenen tasarımların yenilik vasıflarını tayin amacıyla hangi tarihlerde kamuya arz edilmiş oldukları ve ayırt edicilik vasıfları yönünden de kararnamenin 7.maddesine göre yeterince inceleme yapılmamış olup, bu dava ile eş zamanlı olarak devam

⁸⁵ Yargıtay 15.HD., 14.04.2003 tarihli ve 2002/5839 E, 2003/1919 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 04.09.2013).

⁸⁶ Yargıtay 8.HD, 20.03.2012 tarih ve 2012/674 E, 2012/2008 K sayılı kararı. (www.legalbank.net). (Erişim tarihi 02.09.2013).

⁸⁷ Yargıtay HGK, 28.03.2007 tarih ve 2007/11-154 E, 2007/168 K sayılı kararı. (www.legalbank.net). (Erişim tarihi 02.09.2013).

eden ceza davasında alınan bilirkişi raporunda tasarımın ayırt edicilik vasfının bulunduğu açıklanmış bulunmasına göre raporlar arasında çelişki de bulunmaktadır. O halde mahkemece, içerisinde hukukçu ve tasarım uzmanının bulunduğu yeni bir bilirkişi kurulu vasıtasıyla gerek davalı tasarımının ve gerekse davalı tarafından ibraz edilen tasarımların incelenmek, davalının itirazlarının karşılanmak ve ceza dosyasında alınan raporunda tartışılmak suretiyle davalı tasarımının yenilik ve ayırt edicilik vasfının bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde eksik incelemeye dayalı olarak yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”⁸⁸

Yine Yargıtay 13.HD, 28.03.1995 tarih ve 1995/2814 E, 1995/3019 K sayılı kararında “Mahkemelerin genelde çoğu kez hukuki nitelendirme ve yoruma dayanan konularda da bilirkişi görüşü aldıkları görülmektedir. Nitekim bu davada da Mahkeme bu yönteme başvurmuştur. HUMK’nın 275. maddesi uyarınca, Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgilerle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi görüşü alınmaz. Gerçekte de Mahkemenin böyle bir yönteme başvurmamak için doğrudan özen göstermesi gerekir. O nedenle bilirkişilerin görevine giren hesaplamalar dışında kalan hukuki görüşlere itibar edilerek hüküm kurulması usule ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir⁸⁹.”

Yargıtay 11.HD, 04.03.1991 tarih ve 1991/395 E, 1991/1461 K sayılı kararında “HUMK’nın 275 ve devamı maddelerine göre çözümü özel ve teknik bilgiye dayanan konularda mahkemece ihtisas sahibi olan kişilerin bilirkişi olarak seçilmesi gerekir. Davada taraflar arasındaki uyuşmazlık bankacılık işlemlerinden kaynaklandığına göre Avukat bilirkişi tarafından hazırlanan yetersiz rapor hükme dayanak yapılamayacağı gibi davadan tanık beyanları ile sonuca gidilemez”⁹⁰ diyerek birbiri ile çelişen kararlar vermiştir. Yargıtay’ın bu tavrı tartışılabilir. Ancak dikkat edilirse Yargıtay’ın hukukçuları bilirkişi kuruluna katma düşüncesi, seçilen uzmanların belirtecekleri özel ve teknik

⁸⁸ Yargıtay 11.HD, 03.06.2002 tarih ve 2002/1894 E, 2002/5704 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 02.09.2013).

⁸⁹ Yargıtay 13.HD, 28.03.1995 tarih ve 1995/2814 E, 1995/3019 K. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 02.09.2013).

⁹⁰ Yargıtay 11.HD, 04.03.1991 tarih ve 1991/395 E, 1991/1461 K sayılı kararı. (Aktaran KAÇAK, s.846).

bilgileri belli bir hukuki çerçeve içinde ifade etme ve deyiş yerinde ise hukukçu bilgi ve maharetiyle derleyip toplama ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta hukukçu bilirkişinin hakimi yönlendirmemesidir⁹¹.

Yargıtay 3.HD, 01.10.2001 tarih, 2001/8176 E, 2001/8428 K sayılı kararında “..H.U.M.K.nun 275 ve devamı maddeleri gereğince bilirkişinin özel ve teknik bilgiye sahip olması gerekir. Hediyelerin değeri yönünden avukat bilirkişi raporunun hükme esas alınması yerleşik Yargıtay uygulamasına aykırı bulunmuştur”⁹².

Yargıtay 19.HD, 29.04.2003 tarih, 2002/9221 E, 2003/4584 K sayılı kararı uyarınca, “..Mercii Hakimliğince açıklanan bu yönler gözardı edilmek suretiyle "sıra cetveline itirazın yerinde olup olmadığının" belirlenmesi için avukat bilirkişi tayin edilmesi ve bilirkişi ücretinin yatırılmamış olması nedeniyle yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru değildir”⁹³.

Yargıtay 13.HD, 12.12.2002 tarih, 2002/10368 E, 2002/13299 K sayılı kararı uyarınca, “Mahkemece, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin ve açıklanan kural ve yöntemler gözetilmeden hukuki nitelendirmede yanılıya düşülerek ve sadece avukat bilirkişi seçilerek görüş alınıp karar verilemez. Bu nedenle eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir”⁹⁴.

PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES’e göre, Yargıtay’ın verdiği bu kararlar adeta hakimin yapması gereken işin bilirkişiye devredilmesi, başta Anayasa olmak üzere mevcut hukuk düzenine aykırıdır. Zira hiçbir makam, merci ve kişi yargı yetkisini ve bu yetki kapsamındaki hukuki yorum ve nitelendirmeyi mahkemeler yerine yapamaz⁹⁵.

⁹¹ YILMAZ, Ejder; s.1246-1247.

⁹² Yargıtay 3.HD, 01.10.2001 tarih, 2001/8176 E, 2001/8428 K sayılı kararı. (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 02.09.2013).

⁹³ Yargıtay 19.HD, 29.04.2003 tarih, 2002/9221 E, 2003/4584 K sayılı kararı (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 02.09.2013).

⁹⁴ Yargıtay 13.HD, 12.12.2002 tarih, 2002/10368 E, 2002/13299 K sayılı kararı (www.legalbank.net) (Erişim tarihi 02.09.2013).

⁹⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.520.

DERYAL'e göre, Avukatlık mesleğini icra eden hukukçuların, başka hangi özel ve teknik konuda uzman olduğu/olabileceği düşünülmeden uzman bilirkişi olarak seçilmesi yanlıştır⁹⁶. Avukat, yargılama faaliyeti içinde maddi gerçeğin araştırılması, hakkın sahibine teslimi ve adaletin gerçekleşmesi için müvekkili lehine olan maddi vakıaları ve hukuki delilleri ortaya koyacak, böylece hakimin adaleti dağıtmasına katkıda bulunacaktır. Avukat, kendi alanında uygulama yapabilmek için gerekli bilgi ve donanıma sahip meslek erbabıdır. Bir kısım avukatların bazı hukuk alanlarında özel olarak kendilerini yetiştirdikleri ve edindikleri uygulama tecrübesi ve birikim ile konularını bütün ayrıntısı ile bildikleri ve belli alanlarda söz sahibi oldukları da söylenebilir. Fakat bunun adı uzmanlık değildir. Belli bir konuda uzun süreden beri uygulama yapmış olmaktan kaynaklanan bir birikim ve deneyim olabilir ama bu uzmanlık olarak nitelendirilemez⁹⁷.

Uygulamada hakimlerin çoğu kere “hukukçu bilirkişi” sıfatıyla avukatları görevlendirdiklerine şahit olunmaktadır. Bunun çok değişik nedenleri bulunabilir. Öncelikle Yargıtay'ın bazı konularda hukukçu bilirkişiye başvurulmasını veya oluşturulacak heyette konunun uzmanı bir hukukçunun bulunmasını emrettiği durumlarda, davaya bakan hakimin mesleki yeterliliği ile tanıdığı bir avukatı bilirkişi olarak görevlendirmesi söz konusu olabilecektir. Hukuk Fakültesi bulunmayan illerde ve genel olarak taşrada ise hukukçu bilirkişi olarak avukata başvurulması kaçınılmaz olmaktadır. Fakat, Ankara ve İstanbul gibi birden fazla hukuk Fakültesinin ve çok sayıda (hukukçu) öğretim üyesinin bulunduğu yerlerde bile Avukatların bilirkişi olarak seçilmesi kolaycılık alışkanlığı ile yorumlanabilir⁹⁸.

KÖROĞLU'na göre, hukuki sorunlar bilirkişiye incelettilmez. Hukuksal sorunlar yargılama süreci içinde çözülür ve iddia ve savunmanın görüş ve açıklamaları toplanan kanıtlar hakim tarafından değerlendirilerek bir

⁹⁶ DERYAL, s.82.

⁹⁷ DERYAL,s.119.

⁹⁸ DERYAL, Yahya; Türk Hukukuna Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması, Prof Dr. Hayri Domaniç'e 80.Yaş Günü Armağanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2001, s.643-670.

sonuca ulaşılır. Hukuksal sorunların bu süreç dışında çözümlenmesi düşünülemez⁹⁹.

AŞÇIOĞLU'na göre, Avukat, hukuk dışında belgelenmiş uzmanlığı olsa bile hiçbir zaman bilirkişi olarak atanmamalıdır. Zira, Avukatın bilirkişi adı altında da olsa hakime yardım eden kişi konumunda görünmesi haksız rekabet ortamı yaratması beklenen bir durumdur. Hukukçu öğretim üyeleri ve emekli hakimler de bilirkişi olarak atanmamalıdır¹⁰⁰.

YILMAZ'a göre, davaya bakan hakim hukuku en iyi bilen kişidir. Bu sebeple hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenebilecek konularda bilirkişiye gidilmez. Hakimin hukuki konularda bilirkişiye başvurması, millet adına karar verme yetkisinin bilirkişiye devri anlamına geldiği için her şeyden önce Anayasa aykırıdır. Ayrıca hukuki konularda gereksiz yere bilirkişiye gitmek, boş yere masraf yapılmasına ve zaman kaybına neden olması hasebiyle usul ekonomisi ilkesine ve adil yargılama ilkesine de aykırıdır¹⁰¹.

KURU'ya göre, Türk kanunlarını kendiliğinden uygulamakla yükümlü olan hakim Türk Kanunlarına ilişkin hukuki sorunlar için bilirkişiye başvuramaz¹⁰².

ÜSTÜNDAĞ'a göre, “davadaki taahhütnamenin yorumu bilirkişiye değil hakime aittir” şeklinde bir Yargıtay içtihadının ortaya koymuş olduğu çözüm tarzının uygulamada kaide olması gerekirken bir istisna gibi görünmekte ve hukuki meseleler hakkında da bilirkişiye müracaat edilmektedir¹⁰³.

Uygulamada Avukat ve Akademisyen Hukukçu bilirkişilere başvurulmakta ve raporlar alınmaktadır. 6100 sayılı yasa ile getirilen özel hükme rağmen halen sıklıkla hukukçu bilirkişilerden mahkemeler faydalanmaktadır. Bu faydalanmanın ya da faydalanmak zorunda kalmanın temel sebebinin mahkemelerin iş yükünün fazla olması ve hakimlik mesleğinde

⁹⁹ KÖROĞLU, s.36.

¹⁰⁰ AŞÇIOĞLU, s.210, 211, 212.

¹⁰¹ YILMAZ, Ejder; s.1235-1236

¹⁰² KURU, C.3, s.2652.

¹⁰³ ÜSTÜNDAĞ, s.743-744.

ve mahkemelerde uzmanlaşmaya gidilmemesinin olduğu kanaatindeyiz. Mahkemeleri hukuki konularda görüş almaya iten sebeplerin iyi analiz edilmesi gerekmektedir.

Akademisyen hukukçuların, özel nitelikli davalarda bilirkişi olarak atanmaları ve uzman oldukları alanda bilirkişi sıfatıyla hakime yardımcı olabilmeleri gerekir. Nitekim akademisyen hukukçu, akademisyen kimliği ile mahkeme hakiminden uzmanlık konusundan ayrılmakta ve hukukun bir alanında ileri düzeyde bilgisi ile daha da uzmanlaşmaktadır. Bu nedenle akademisyen hukukçuların, hakimden ve Avukattan farklı olarak sadece akademisyenliği meslek edinmiş olmaları, ayrı ve özel bir uzmanlık olarak değerlendirilmeli ve bilirkişi olarak akademisyen hukukçunun görüşüne başvurulabilmelidir.

Çözümü hukuk dışında özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi görüşüne başvurulması ilkesi benimsenmiş olsa bile, bilirkişinin incelediği konuyu ilgilendiren hukuki mevzuata vakıf olması da gerektiğinden bilirkişi heyetinde bir hukukçunun da bulunması kimi durumlarda gerekebilir. Bu hususta gerçekten hukukçu bilirkişinin desteğine ihtiyaç duyulup duyulmadığı hakim tarafından takdir edilebilmeli, iyi değerlendirilmeli, hukukçu bilirkişinin hukuk uzmanı vasfının yanısıra uyuşmazlık konusu olan alanda ayrı bir akademik uzmanlığının olup olmadığı araştırılmalıdır.

SONUÇ

Yaşadığımız çağın bilgi çağı olması ve toplumlararası mal ve hizmet ilişkilerinin yoğunlaşması, fikri ve sınai hukukun gelişiminin ana enerjisini sağlamaktadır. Fikri mülkiyet hukuku, fikri ve sınai hakların hukukudur¹⁰⁴.

Fikri Mülkiyet Hakları, ülkelerin özellikle teknolojik, ekonomik, bilimsel gelişiminde ve dolayısıyla geleceğinin biçimlendirmesinde son derece önemli ve kritik bir rol kazanmıştır. Gelişen uluslararası ticari ilişkiler konuyu daha da önemli bir düzeye taşımış olup¹⁰⁵, bu çalışmamızda, ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmekle görevli mahkemelerin ve mahkemelere yardımcı olarak ve hakim yardımcısı sıfatıyla görev yapan bilirkişilerin çalışma kural ve sorumlulukları ile sınai mülkiyet haklarına mahsus bilirkişilik uygulamaları ve tartışmaları anlatılmaya çalışılmıştır.

Türkiye’de, özel hukukun diğer alanlarında olduğu gibi Fikri Mülkiyet Hukuku davalarında da çok sıklıkla bilirkişi görüşüne başvurulmaktadır. Almanya’da patent davalarında bir bilirkişiyeye başvurma oranı % 15 civarında iken, ülkemizde fikri mülkiyet hukuku alanındaki davaların çok yüksek orandaki bir bölümünde uyuşmazlık bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle çözümlenmektedir¹⁰⁶. Bu oran çok fazla görünmekle birlikte her geçen gün zorunlu haller dışında zaman kaybına ve masrafa neden olan fuzuli bilirkişi incelemeleri azalmakla birlikte özellikle sınai mülkiyet davaları olarak adlandırılan marka, patent ve tasarım hakkından kaynaklanan davalar başta olmak üzere dava dosyalarının çoğunun bilirkişiyeye, bilirkişi kurullarına gönderildiği söylenebilir. Bu bir anlamda gereklidir. Zira sınai mülkiyet haklarının hususi ve teknik yapısı, özel bilgi, deneyim ve farklı bir bakış açısı gerektirmektedir.

Bu bağlamda sınai mülkiyet davalarında bilirkişi incelemesi, davanın en önemli sıhhat şartlarından biridir ve özellikle iltibas ve karıştırma ihtimali yorumlamasında bilirkişinin konuya göre farklı bir bakış açısı geliştirmesi ve

¹⁰⁴ GÜNEŞ, s.1.

¹⁰⁵ GÜNEŞ, s.379.

¹⁰⁶ ÇOLAK, s.135.

hukuki meseleyi o çerçeveden bakarak değerlendirmesi açısından diğer bilirkişi incelemelerinden nitelik itibari ile ayrılmaktadır. Ayrıca, Yargıtay uygulamaları ile getirilen ve diğer hiçbir hukuk dalında bulunmayan bilirkişinin resen araştırma yapma yetkisi ve görevi de sınai mülkiyet davalarında bilirkişi incelemesinin önemini ortaya çıkarmaktadır.

Yukarıda değinildiği gibi uyuşmazlığın çözümünde çok önemli bir rolü olan bilirkişi raporlarının içeriğinin, doğruluğunun ve hüküm kurmaya elverişliliğinin sağlanması, yargılamayı mümkün olan en kısa süre içinde tamamlama hedefinde önemli bir aşamadır. Birçok dava dosyasında ön inceleme ve delillerin toplanması kısa sürede tamamlanmasına rağmen bilirkişi incelemesi aşaması çok uzamaktadır. Bunun belli başlı nedenleri arasında bilirkişilerin raporlarını geç vermesi, eksik inceleme yapması, bilirkişinin mahkeme tarafından incelenmesini istediği hususları eksik incelemesi ya da bilirkişinin uzmanlık alanı açısından yanlış seçilmesi sayılabilir. Bu aksaklıkların önüne geçilmesinin en etkin yolu ise mahkemeye bilirkişi görevlendirmesinin ve hangi konularda bilirkişi incelemesinin yaptırılacağına açık ve net olarak belirlenmesi, bilirkişi raporlarının da mümkün olan en kısa süre içinde işin uzmanı bilirkişi tarafından ayrıntılı ve doğru bir inceleme ile hazırlanarak mahkemeye sunulmasıdır.

Doğru bir inceleme ile doğru verilere ve o verilere nasıl ulaşıldığını gösteren gerekçelere dayanılarak hazırlanan bir bilirkişi raporu, dava dosyasının defalarca bilirkişi incelemesine gitmesini engelleyecektir. Zira makul yargılama sürelerine bakıldığında bir bilirkişi incelemesi yaptırılması ortalama 3-4 aylık bir zaman almaktadır ve bir dosyanın en az iki kez bilirkişi incelemesine gitmesi (itirazlar ve raporun taraflara tebliğ edilmesi de dahil) ortalama 8-9 ay sürmektedir. Bu zaman kaybının önüne geçilmesinin en etkin yolu ise bilirkişilerin hazırladığı raporun bilimsel verilere ve gerekçelere dayanarak doğru bir şekilde hazırlanması, çelişkili olmaması, açık ve net olması halinde mümkündür.

Bilirkişi raporlarının denetlenmesi en başta mahkeme hakimi ve davanın taraflarının vereceği itiraz dilekçeleri ile yapılır. Tarafların bilirkişi raporlarına karşı yaptığı itirazların hangilerinin ciddi olduğu, hangi itirazların ek rapor ya

da yeni bir rapor alınmasını gerekli kıldığı, hangi itirazların dikkate alınmayacağı hususu mahkeme hakimince değerlendirilecektir. Bu aşamada mahkeme hakiminin bilirkişiye sorduğu ve rapor aldığı hususlar ve buna yapılan itirazlar karşısında vereceği karar bir anlamda yargılamanın süresini belirleyecektir. Ancak, bilimsel ve teknik olması sebebi ile hakim bilirkişi rapor almaya ihtiyaç duyduğu bir ihtilafta, yine bilimsel ve teknik olduğu varsayılan bilirkişi raporuna yapılan itirazların ciddi ve gayri ciddiliği o konuda uzman olmayan hakim tarafından nasıl takdir edilecektir¹⁰⁷ sorusunun cevabı bir anlamda aradığımız sonuca bizi ulaştıracaktır.

Bilirkişi raporunun denetlenmesi aşaması olarak bilinen bilirkişi raporlarına itiraz, ek rapor ve yeni bilirkişi incelemesi aşamalarının mahkeme hakimi tarafından çok iyi değerlendirilmesi ve yönetilmesi ve özellikle de yargılama süresinin kısaltılması için gerekli özenin gösterilmesi gerekmektedir. Bu da ancak mahkeme hakimlerinin uzmanlaşması ve bilirkişinin rapor verme süresine uyup uymadığının denetlenmesi ile mümkün olabilir.

Bilirkişilerce de, mahkemece re'sen ya da tarafların itirazı üzerine gelen dosyalarda eksik unsurlar, itiraz edilen unsurlar ve çelişki iyi saptanmalı ve raporlar ona göre ve süresinde verilmelidir.

Bunlar sağlandığı takdirde, hem bilirkişi raporlarının denetlenmesi sağlıklı bir şekilde yapılabilir ve hem de yargılamanın uzamasının önüne geçilebilir.

¹⁰⁷ KARAMAN/KURT, s.713.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı : **Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Yargılamada Bilirkişilik Müessesesi Hakkında Mukayeseli Çalışma Görüşme Taslağı**, Nihai Taslak 30.06.2010, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/Yarg%C4%B1lamada%20Bilirki%C5%9Filik%20M%C3%BCessesesi.pdf> (Erişim tarihi 29.08.2013) (ABGM, Bilirkişilik Taslak).
- ALANGOYA, Yavuz
/YILDIRIM, Kamil
/YILDIRIM-DEREN,
Nevhis : **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Beta Yayınları, 8.baskı, İstanbul 2011.
- AKİL, Cenk : **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hakimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 gün ve E 2008/4-734, K.2008/766 Sayılı Kararının Tahlili**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, sayı 3, s.693-731. (AKİL, Karar Tahlili).
- : **Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2011, sayı.2, s.171-183. (AKİL, Bilirkişi)
- : **Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C.58, sayı 1, s.2-62. (AKİL, Delil Tespiti).
- ALICA, Turkey : **Marka Tasarım ve Patent Hakkına Tecavüz Suçlarına İlişkin Hükümlerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu**, Ankara Barosu Dergisi, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007, yıl 65, 2.sayı, s.149-157.
- ARI, M.Haluk : **Patent Lisansı Anlaşmalarında Münhasırlık ve Bölgesel Sınırlamalar**, Uzmanlık tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003.
- ARKAN, Sabih : **Marka Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997, C.I-II. (ARKAN, Marka Hukuku)
- : **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 15.baskı, Ankara 2011. (ARKAN, Ticari İşletme Hukuku).

- ARSLAN, Hatice Seval : **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi raporu ve Bağlayıcılığı**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002. (www.yok.gov.tr ulusal tez merkezi) (Erişim tarihi 25.08.2013).
- ASLAN, İ.Yılmaz : **Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2001, yıl 1, sayı 1, s.19-42. (ASLAN, Endüstriyel Tasarım).
- : **Ticaret Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, 6.baskı, Bursa 2012. (ASLAN, Ticaret Hukuku)
- AŞÇIOĞLU, Çetin : **Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesi ve Kanayan Yara Bilirkişilik**, Yazarın Kendi Yayını, 1.baskı, Ankara 2010. (AŞÇIOĞLU, Bilirkişilik).
- : **Bilirkişilik Sorunu**, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2000, s.83-100. (AŞÇIOĞLU, Bilirkişilik Sorunu).
- AYOĞLU, Tolga : **Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9 ve 61. Maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 03.01.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara Barosu Yayını, yıl 2008, sayı 4, s.23-37. (AYOĞLU, Anayasa Mahkemesi)
- : **Marka Hakkına tecavüz Davalarında Tescil İşleminin Hukuka Aykırılığı Savunması**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara Barosu Yayını, yıl 2007, sayı 1, s.13-47. (AYOĞLU, Marka Hakkına Tecavüz).
- BADUR, Emel : **Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001.
- BEŞİROĞLU, Akın : **Düşünce Ürünleri Üzerine Haklar Fikir Hukuku 1.Cilt Temel Kavramlar**, APB Yayınları, 2.baskı, Ankara 2002.
- BOZBEL, Savaş : **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, 12 Levha Yayıncılık, 1.baskı, İstanbul 2012.

- CAMCI, Ömer : **Haksız Rekabet Davaları I**, Yazarın Kendi Yayını, İstanbul 2002.
- CAN, Ozan : **Tasarım Hukukunda Hükümsüzlük**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2008, sayı 2, s.77-94.
- ÇAYAN, Gökhan : **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.
- ÇEKER, Mustafa : **Ticaret Hukuku**, Karahan Kitapevi, 4.baskı, Adana 2012.
- ÇINAR, Sinan : **Türk Vergi Hukukunda Bilirkişilik Kurumu ve Analizi**, Yüksek Lisans tezi, Ankara 2009, s.64. (www.yok.gov.tr, ulusal tez merkezi) (Erişim tarihi 28.08.2013).
- ÇİÇEKLİ, Bülent : **Bilirkişi Uygulamasındaki Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri**, Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu Sempozyumu 18-20 Haziran 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008 Ankara, s.492-510.
- ÇOLAK, Uğur : **Fikri Mülkiyet Davalarında Bilirkişi Raporlarının Değerlendirilmesi ve Bağlayıcılığı Sorunu**, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, 12 levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.133-178.
- DEMİR,
Hatice Özge : **TTK'daki İltibas İle 556 s.KHK'daki Karıştırılma İhtimali Kavramlarının Karşılaştırılması**; Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006 (www.yok.gov.tr) (Erişim tarihi 24.07.2013)
- DERYAL, Yahya : **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, 4.baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.
- : **Türk Hukukuna Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması**, Prof Dr. Hayri Domaniç'e 80.Yaş Günü Armağanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2001, s.643-670.
- DİKİCİOĞLU,
Adnan : **Marka, Endüstriyel Tasarım, Faydalı Model ve Patent Davalarında Bilirkişilik**; Fikri ve Sınai Mülkiyet Kültürü Ülkemizde Yaşadığımız Sorunlar ve Kurumsal Çözüm Yolları 1.Ulusal Sempozyumu 17-18 Haziran 2005, İstanbul Barosu Yayını, 2005, s.194-203.

- DOĞAN, Beşir Fatih : **Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2005, sayı 4, s.37-64.
- DUMAN, İlker
Hasan : Hukuk Mahkemesinde Bilirkişilik, Ankara Barosu Dergisi, yıl 1984, sayı 4, s.741-763.
- EPÇELİ, Sevgi : **Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.
- ER, Turan Hakkı : **Markanın Doğuşu, Kurumsallaşması ve Yeni Marka Formları**; Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, 12 levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.259-282.
- ERASLAN, Orhan : **Bilirkişilik Kavramı ve Hukuk Sistemi İçindeki Yeri** Paneli, 03 Nisan 2003, Hukuk Merceği Konferans ve Paneller 2003, Ankara Barosu Yayını, 2003, s.60-64.
- ERDEM, B.Bahadır : **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, Beta Yayınları, 2.baskı, İstanbul 2002. (ERDEM, Patent Hakkının Korunması).
- : **Fikri Hakların Korunmasında Uygulanacak Hukuk**, 1.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2005, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, s.172-186.(ERDEM, Fikri Hakların Korunması).
- EREL, Şafak : **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3.baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- ERGÜN, Mevci : **Tasarımın Korunmasında Lisans Alanın Dava Hakkı**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2001, yıl 1, sayı 3, s.81-89. (ERGÜN, Tasarım).
- : **Patentten Doğan Haklara Tecavüz Olmadığının Tespiti**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2004, sayı 3, s.35. (ERGÜN, Patent).
- ERİŞ, Gönen : **Ticari İşletme ve Şirketler**, 1. baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, C.2).
- EROĞLU, Sevilay : **Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, sayı 1, yıl 2003, s.95-165.

- ERSOY, Aydemir : **Bilirkişilik Kavramı ve Hukuk Sistemi İçindeki Yeri** Paneli, 03 2003, Hukuk Merceği Konferans ve Paneller 2003, Ankara Barosu Yayını, 2003, s.64-72.
- FİDAN, İsmail : **Endüstriyel Tasarımların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, sayı 2, yıl 2011, s.423-449.
- GEVEN, Zeki : **Fikri Mülkiyet Hukukunda Yenilik ve Orijinallik**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, sayı 2, Haziran-Aralık 2011, s.327-399.
- GÖKALP, Gülnihal : **Sloganların Marka Çağrışımı Üzerindeki Etkisi ve Bir Uygulama**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s.28. (www.yok.gov.tr, Ulusal Tez Merkezi) (Erişim tarihi 14.06.2013)
- GÖKYAYLA, K.Emre : **Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.
- GÖNEN, Coşku : **Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- GÖZLÜKAYA ANGI, Fatma : **Lisans Sözleşmelerinde yer alan Bazı Hükümlere İlişkin Rekabet Hukuku Uygulaması**, Rekabet Dergisi, Temmuz-Ağustos Eylül 2005, sayı 23, Rekabet Kurumu Yayını, s.3-29.
- GÜÇER, Sülün : **Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları**, Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, 2005.
- GÜNDOĞDU, Gökmen : **Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması**, Beta Yayınları, 1.baskı, İstanbul 2006. (GÜNDOĞDU, Coğrafi İşaret Kavramı)
- : **Coğrafi İşaretlerin Kullanımı ve Denetimi**; Fikri ve Sınai Haklarda İhlal Halleri ve Davaları Konferansı, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2008, s.78-92. (GÜNDOĞDU, Coğrafi İşaretlerin Kullanımı).
- GÜNEŞ, İlhami : **Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2.baskı, Ankara 2009.

- GÜRZUMAR,
Osman Berat : Franchise Sözleşmeleri, Beta Yayınları, İstanbul 1995.
- GÜZEL, Oğuzkan : **Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003.
- KAÇAK, Nazif : **Emsal İctihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- KAHRAMAN,
Mahmut /
KURT, Fatma : **Deniz İhtisas Mahkemelerinde Bilirkişi Delilinin Gerçeğin Ortaya Çıkarılmasına Yönelik Etkin Kullanımı**, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50.Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.710-717.
- KALE, Serdar : **Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale Getirme Davası**, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2004. (KALE, Haksız Rekabet).
- : **Reklam Sloganlarının Taklide Karşı Korunması**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, yıl 2008, C.14, sayı 3, s.265-274. (KALE, Reklam Sloganları).
- KAN, Mustafa : **Yerel Düzeyde Ekonomik Kalkınmada Coğrafi İşaretlerin Kullanımı ve Etkisi**, Doktora Tezi, Ankara 2011. (www.yok.gov.tr) (Erişim tarihi 17.07.2013)
- KARAHAN, Sami : **Faydalı Modellerin Hükümsüzlüğü Davalarında Dava Açma Yetkisi ve Dava Şartları**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2004, sayı 1, s.1-24. (KARAHAN, Faydalı Model).
- : **Ticaret Unvanında İltibas**, 1.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, İstanbul 2005, s.44-61. (KARAHAN, İltibas).
- : **Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) Şartı**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2004, sayı 2, s.11-22. (KARAHAN, Tescilsiz Marka).
- : **Alan Adı İle Diğer Tanıtma İşaretleri (Marka-Ticaret Unvanı ve İşletme Adı) Arasında İltibas-Somut Olay İncelemesi**, Prof Dr.Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, 1.baskı, s.105-141. (KARAHAN, Alan Adı)

- KARAHAN, Sami /
SULUK, Cahit /
SARAÇ, Tahir /
NAL, Temel : **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Seçkin Yayınları, 3.baskı, Ankara 2013.
- KARASU, Rauf : **Ses Markaları**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara 2007, yıl 2007, sayı 2, s.29-57.
- KAYA, Arslan : **Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali**, 1.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, İstanbul 2005, s.195-209. (KAYA, Arslan; Marka İptali)
- : **Gelişmekte Olan Ülkeler Sınai Haklarla İlgili Mevzuatlarını Düzenlerken Neleri göz önünde Bulundurmalıdır?**, Makalelerim I, 1.baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s.433-440. (KAYA, Arslan; Sınai Haklar).
- : **551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi**, Makalelerim I, 1.baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s.283-318). (KAYA, Arslan; Zorunlu Lisans).
- : **Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar**, Makalelerim I, 1.baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s.319-353. (KAYA, Arslan; Patent).
- : **Marka Hukukunda Delillerin Tespiti Davası**, Makalelerim I, 1.baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s.381-385. (KAYA, Arslan; Delillerin Tespiti).
- KAYA, Yüksel : **Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları**, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, 2003.
- KILIÇ, Halil : **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- KILIÇOĞLU,
Ahmet M. : **Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Hukuksal İşlemler**, Prof.Dr.Gürkan Çelebican'a Armağan, Ankara Üniversitesi Yayını, Ankara 2011, s.413-438.
- KIRCI, Berkay : **Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı**, Turhan Kitapevi, Ankara 2009.

- KORKMAZ, Şerife : **Ticaret Ünvanının Korunması ve Marka İle İlişkisi**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010. (www.yok.gov.tr) (Erişim tarihi 24.07.2013)
- KÖROĞLU, Hasan : **Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.
- KURU, Baki : **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6.baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.
- KURU, Baki /
ARSLAN, Ramazan/
YILMAZ, Ejder : **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 24.baskı, 2013. (KURU/ARSLAN/YILMAZ).
- KURU, Baki /
BUDAK, Ali Cem : **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler**, İstanbul Barosu Dergisi, C.85, yıl 2011, sayı 5, s.3-43.
- KÜÇÜKALİ, Canan : **Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi**, Seçkin Yayınları, 1.baskı, Ankara 2009.
- MAVİOĞLU, Oral : **Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.31, sayı 1-4, 1970, Ord.Prof.M.Reşit Belgesay Hatıra Sayısı, s.371-387.
- MECEK, Hüseyin : **Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik**, Yüksek Lisans Tezi.(www.yok.gov.tr, Ulusal Tez Merkezi)
- MERAN, Necati : **Marka Hakları ve Korunması**, Seçkin Yayıncılık, 1.baskı, Ankara 2004.
- MUŞUL, Timuçin : **Medeni Usul Hukuku**, Adalet Yayınevi, 3.baskı, Ankara 2012.
- NOYAN, Erdal : **Marka Hukuku**, Adalet Yayınevi, 4.baskı, Ankara 2009.
- ODMAN
BOZTOSUN, Ayşe : **Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi**; Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2006, s.197-235. (ODMAN BOZTOSUN, Haksız Rekabet)

- : **Entegre Devre Topografyası Hakkında Eleştirel Bir Bakış**, Fikri Hakların Korunmasında Uygulanacak Hukuk, 1.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2005, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, s.82-110. (ODMAN BOZTOSUN, Entegre Devre Topografyaları).
- ORUÇ, Murat : **Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası**, 12 levha Yayıncılık, 1.baskı, İstanbul 2009.
- OYTAÇ, Kutlu : **Markalar Hukuku**, Beta Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 1999.
- ÖZARMAĞAN, Müge : **Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi**, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2008.
- ÖZDAL, Şule : **Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler**, 1.baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- ÖZDEMİR, Saibe Oktay : **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, Beta Yayınları, İstanbul 2002.
- ÖZEKES, Muhammet : **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yıl 2002, sayı 2, s.89-137.
- ÖZEN, Mustafa : **Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara Barosu Yayını, yıl 2009, sayı 2, s.53-76.
- ÖZTÜRK, Özge : **Koku Markası**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara 2007, yıl 2007, sayı 2, s.59-66.
- ÖZTÜRK, Özgür : **İşletmenin Zor Kararı Patentlemek ya da Patentlememek**, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.395-440.
- PEKCANITEZ, Hakan
/ATALAY, Oğuz
/ÖZEKES, Muhammet : **Medeni Usul Hukuku**, 13.baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

- POROY, Reha /
YASAMAN, Hamdi : **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 14.baskı, İstanbul 2012.
- SOYDAN, Başar : **Türk Vergi Yargısında Bilirkişilik**, Yüksek Lisans Tezi (www.yok.gov.tr, Ulusal Tez Merkezi)
- SULUK, Cahit : **AB ve Türk Hukukunda Faydalı Modellerin Korunması**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2002, sayı 1, s.53-87. (SULUK, Faydalı Model)
- : **Sınai Mülkiyete İlişkin Hükümsüzlük Davalarında Mutlak Yeniliğin Bilirkişiler Tarafından Araştırılması**, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, 12 levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.511-526. (SULUK, Sınai Mülkiyet)
- : **Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması Çoklu Koruma**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2001, yıl 1, sayı 3, s.43-72. (SULUK, Tasarım)
- : **Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele**, Hayat Yayınları, İstanbul 2004. (SULUK, Telif Hakları).
- : **Topluluk ve Türk Hukukunda Görünmeyen Tasarımlar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, yıl 2002, C.LX, s.205-219. (SULUK, Görünmeyen Tasarımlar).
- : **Patent İhlaline Cezai Yaptırımın Uygunluğu Şartları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yıl 2012, sayı 1, s.79-101. (SULUK, Patent).
- SULUK, Cahit /
ORHAN, Ali : **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C.2, Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri**, Arıkan Yayınları, 1.baskı, İstanbul 2005. (SULUK/ORHAN, Fikir ve Sanat Eserleri)
- : **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C.3, Tasarımlar**, Seçkin Yayıncılık, 1.baskı, Ankara 2008. (SULUK/ORHAN, Tasarımlar)
- ŞANAL, Osman : **Markanın Hükümsüzlüğü**, Adalet Yayınevi, Ankara 2004.

- ŞEHİRALİ,
Feyzan Hayal : **Patent Hakkının Korunması**, Turhan Kitapevi,
Ankara 1998. (ŞEHİRALİ, Patent Hakkının
Korunması).
- : **Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası
Açılabilir mi? Yeni Bir Karar Yeni Bir Ufuk**, Ankara
Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi,
Ankara Barosu Yayını, yıl 2012, sayı 1, s.39-69.
(ŞEHİRALİ, Tescilli Tasarım)
- ŞENOCAK, Kemal/
HANEDAN, Refik
Cemal; : **Telefon Zil Seslerinin Fikri ve Marka Hukuku
Açısından Değerlendirilmesi**, Dokuz Eylül
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yıl 2005, C.7,
özel sayı Prof.Dr.İrfan Baştuğ Armağanı, s.283-305.
- TANRIVER, Süha : **Bilirkişinin Sorumluluğu**, Türkiye Barolar Birliği
Dergisi, yıl 2005, sayı 56, s.133-166. (TANRIVER,
Bilirkişi).
- : **Hukuk Yargısı bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel
Problemler ve Çözüm Arayışları**, Dokuz Eylül
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, yıl 2009,
Özel sayı Prof.Dr.Bilge UMAR'a Armağan, s.575-594.
(TANRIVER, Hukuk Yargısı).
- : **Hukuk Fakültesi Öğretim Üyeleri (Elemanları)
Mahkemelerce Bilirkişilik Görevini Kabule
Zorlanabilirler mi?** Türkiye Barolar Birliği Dergisi,
Ankara, yıl 2011, sayı 92, s.377-383). (TANRIVER,
Hukuk Fakültesi).
- TARMAN,
Zeynep Derya : **Bilirkişilik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve
Bilirkişinin Üçüncü Kişiye Karşı Olan Sorumluluğu**,
Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005. (www.yok.gov.tr)
- TEKİNALP, Ünal : **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5.baskı, Vedat Kitapçılık,
İstanbul 2012.
- TUNCER, İdil : **Fikri Mülkiyet Hakkına Tecavüzün Mevcut
Olmadığının Tespiti Davası**, Dokuz Eylül Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, 2009, Özel sayı
Prof.Dr.Bilge Umar'a Armağan, s.617-650.
- TÜYSÜZ, Mustafa : **Fikri Mülkiyet Hakları Çerçevesinde Yeni Bitki
Çeşitleri Üzerindeki İslahçı Hakkı**, Yetkin Yayınları,
Ankara 2007.

- ULUKAPI, Ömer : **Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri**; Bilirkişilik Sempozyumu, Ankara 2001, Türkiye Barolar Birliği Yayını, s.291-315.
- UYANIK, Pelin : **Rekabet Hukuku Açısından Delil**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim : **Medeni Yargılama Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 6.baskı, İstanbul 1997.
- ÜSTÜNKAYA,
Faruk Feza : **Yargıç Karşısında Bilirkişi Raporunun Hukuki Değeri**, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, yıl 1982, sayı 4, s.84-95.
- YALÇINER, Uğur G : **Türk Sınai Mülkiyet Sisteminin Geçmişi, Bugünü ve Yarını**; Türkiye’de ve Dünyada Sınai Mülkiyet Koruması Uluslararası Konferansı Bildiriler, Türk Patent Enstitüsü Yayını, İstanbul 1997, s.11-39.
(YALÇINER, Sınai Mülkiyet Sistemi)
- : **Sınai Mülkiyetin İlkeleri**, Yazarın Kendi Yayını, Ankara 2000. (YALÇINER, Sınai Mülkiyetin İlkeleri)
- YASAMAN, Hamdi/
AYOĞLU Tolga/
YUSUFOĞLU
Fülürya/
YÜKSEL, Sinan : **Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi**, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2004. (YASAMAN, Marka Hukuku) (YASAMAN/ALTAY, Marka Hukuku) (YASAMAN/AYOĞLU, Marka Hukuku) (YASAMAN/YUSUFOĞLU, Marka Hukuku) (YASAMAN/YÜKSEL, Marka Hukuku)
- YASAMAN, Hamdi : **Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları I**, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2006. (YASAMAN, Fikri ve Sınai Mülkiyet I).
- : **Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları II**, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2012. (YASAMAN, Fikri ve Sınai Mülkiyet II).
- : **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları I**, Beta Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2003. (YASAMAN, Marka Makaleler I)

- : **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları II**, Vedat Kitapçılık, 1. baskı, İstanbul 2005.(YASAMAN, Marka Makaleler II)
- : **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları III**, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2008. (YASAMAN, Marka Makaleler III)
- : **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları IV**, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2012. (YASAMAN, Marka Makaleler IV)
- YILDIRIM, Kamil : **Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu**, Prof.Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s.833-841.
- YILDIZ, Burçak : **Coğrafi İşaretlere ve Coğrafi Köken Gösteren Diğer İşaretlere İlişkin Olarak Uluslar arası Sözleşmelerde Ve Avrupa Birliği Hukukunda Kullanılan Kavramların Kapsamı İle Bu Kavramların Hukukumuzda Uyarlanması Sorunu**; Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2007, sayı 4, s.33-95.
- YILMAZ, Ejder : **Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı**, Bilirkişilik Sempozyumu Samsun 09-10 Kasım 2001, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2002, s.538-550. (YILMAZ Ejder, Taslak).
- : **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayıncılık, 2.baskı, Ankara 2013. (YILMAZ Ejder, HMK Şerhi).
- : **Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla Getirilen Değişiklikler**, Muğla Barosu İnternet sayfası, www.muglabarosu.org.tr/upload/UserUpload/file/hmk_yenilikler.pdf (Erişim tarihi 30.08.2013), Ankara Barosu Dergisi, yıl 2011, sayı 2, s.213-253. (YILMAZ, Ejder; HMK Değişiklikleri).
- YILMAZ, Zekeriya : **Hukuk Davalarında İspat ve Deliller Rehberi**, 2.baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- YURTSEVER, Şaziye : **Patentin Hukuki ve Cezai Korunması ve İlgili Mevzuat**, Adalet Yayınevi, 2.bası, Ankara 2005.

- YÜCE, Özden : **Fikri ve Sınai Haklar Hukukunda Entegre Devre Topografyaları**, 12 Levha yayıncılık, 1.baskı, İstanbul 2010.
- YÜKSEL, Mehmet : **Fikri Mülkiyet Haklarının Tarihsel Temelleri**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2001, yıl 2001, sayı 2, s.89-108.
- YÜKSEL, Ülkü/
YÜKSEL MERMED,
Aslı : **Marka Yönetimi ve Marka Değerinin Ölçülmesi**, Beta Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 2005.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.abgm.adalet.gov.tr
www.adalet.gov.tr
www.anayasa.gov.tr
www.ankara.edu.tr
www.ankarabarusu.org.tr
www.barobirlik.org.tr
www.deu.edu.tr
www.grupofis.com.tr
www.inonu.edu.tr
www.istanbul.edu.tr
www.istanbulbarosu.org.tr
www.izmirbarosu.org.tr
www.kazanci.com.tr
www.legalbank.net
www.marmara.edu.tr
www.muglabarusu.org.tr
www.resmigazete.gov.tr
www.sozlukturkce.com
www.tbmm.gov.tr
www.tdk.gov.tr
www.tpe.gov.tr
www.yargitay.gov.tr
www.yok.gov.tr