

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK VE ORİJİNALLIK*

Yrd.Doç.Dr. Zeki GEVEN**

ÖZET:

Yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterleri, çoğu zaman birbirleriyle kaynaşmış vaziyette bulunsalar da, bir fikrî mülkiyet hakkının tesisi, korunması ve hükümsüzlüğünde, farklı işlevleri yerine getiren ve fikrî ürünün farklı özelliklerine işaret eden kriterlerdir. Fikrî mülkiyet hukukundaki kavram, kabul ve uygulamaların, hakların amaçlarına uygun olarak, bu amaçlar ve gerektirdiği özellikler odak noktası alınarak yeniden düzenlenmesi; bu kavram, kabul ve uygulamaların, hakların varoluş amacına uygun şekilde, tüm haklar için kullanılmaları gerekmektedir. Tüm türlerde, yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin aynı anlam ve düzeyde aranması ve bu uygulamada bir terminoloji birlikteliğinin oluşturulması gerekmektedir. Kriterlerin aranabilmesi için bir gereklilik olması karşısında, korunması istenilen eserler, tescilsiz tasarımlar gibi fikrî ürünler için de, tescil zorunluluğu düzenlemelerde yer almalıdır.

Anahtar Kelimeler: Fikrî, Mülkiyet, Hukuk, Yenilik, Orijinallik

* Bu makale, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından kabul edilen “ Fikri Mülkiyet Hukukunda Yenilik ve Orijinallik ” adlı doktora tezimizin bir özeti.

** Gazi Üniversitesi Tapu ve Kadastro Yüksekokulu, zgeven@gazi.edu.tr

NOVELTY AND ORIGINALITY IN TERMS OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW

ABSTRACT

Even the criterion indicating novelty, originality, and development are often mixed with one another, to establish an intellectual property, to preserve it, and when it is invalid, they are the criterion that provides the different functions and points the different characteristics of the intellectual product. It requires to rearrange the concept in the intellectual property, approval and applications, the rights according to their objectives focusing on these objectives and when it is necessary features; and it requires to use these concepts, approval, and applications in accordance with the existing aim of the rights for all the rights. In all the types, it requires to consider the characteristics indicating novelty, originality, and development at the same meaning and level, and to constitute a togetherness of terminology. In order to be ask for the criterion, when a necessity exists, the obligation of registration should exist in the regulations for the works demanded to get preserved, and also for the intellectual products like the nonregistered designs.

Key Words : Intellectual, Property, Law, Novelty, Originality.

GİRİŞ

Fikrî mülkiyet haklarının amacı, fikrî ürünler meydana getirip, bunları toplumla paylaşmayı teşvik ederek toplumun, ekonomik, sosyal, kültürel ve teknolojik gelişmesini sağlamaktır¹. Amaca götüren yol olarak da fikrî ürün sahibine, ciddi maddi ve manevi kazanımlar sağlayan mutlak ve inhisarî nitelikteki bir hakkın, belli bir süre için tanınması

¹ Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7; PatKHK. m. 1; EndTasKHK. m. 1; EntDevK. m. 1; YBitK. m. 1; ABD Copyright Kanunu m. 1 / 8 - 8; *Kınacıoğlu, N.*: “ Türkiye’de Fikrî Hakların Gelişimi ve Nazari Esasları ”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 548; *Colston C. / Middleton, K.*:Modern Intellectual Property Law, 2. b., London, 2005, s. 1; *Tritton, G.*:Intellectual Property in Europe, London, 1996, s. 1; *Suluk, C. / Nal, T. (Karahan, S. / Saraç, T.)*, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara, 2007, s. 8; Karş. *Intellectual Property Handbook*, 2. B., WIPO Publication No: 489, Geneva, 2004 (*IPH*), s. 3; *Tekinalp, Ü.*: Fikrî Mülkiyet Hukuku, 4.b., İstanbul, 2006, s. 31 vd.

benimsenmiştir. Hakların, toplumun menfaati için ortaya konulmuş bu amacı, toplumun gelişmeleri - belli bir süreden sonra olsa dahi - serbest kullanımının sağlanmasını ve korumayı hak etmeyen fikrî ürünlere koruma tanınmamasını gerektirmektedir.

Bu haklar, toplumun diğer fertlerinin hürriyet sahasını, bir tek şahıs lehine şarta bağladığı ve sınırladığından; korumanın, ancak hakların amacına uygun, toplumun gelişmesini sağlayan, bilgi havuzunu zenginleştiren, bu korumayı hak eden fikrî ürünlere tanınması gerekir².

Bir fikrî ürünün, korumayı hak edip etmemesi de ancak, hakkın amacına uygun niteliklere sahip olmasıyla belirlenebilecektir. Bu temel nitelikler, hak konusunun bir fikrî ürün olması, bu ürünün toplumu geliştirmesi ve sağlanan hakkın teşvik edici olması şeklinde ortaya çıkmakta ve tespitinde orijinallik, yenilik, gelişme gösterme kriterleri kullanılmaktadır.

Yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterleri, çoğu zaman birbirleriyle kaynaşmış vaziyette bulunsalar da, bir fikrî mülkiyet hakkının tesisi, korunması ve hükümsüzlüğünde, farklı işlevleri yerine getiren ve fikrî ürünün farklı özelliklerine işaret eden kriterlerdir. Günümüzde bazı hak türleri açısından bu kriterlerden bazılarının açıkça zikredilmemiş olması, aynı kaynaktan doğan, sebep sonuç ilişkisi bağlamında ayniyet taşıyan, korudukları yön dışında farklılığı olmayan fikrî mülkiyet hakkı türlerinin, yenilik ve orijinallik yönünden farklı esaslara tabi tutulmalarını gerektirmemektedir.

Ş1. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI VE AMAÇLARI

A . GENEL OLARAK

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

² Aynı yönde *Hirş, E. E.* :Hukuki Bakımdan Fikrî Say, C. II, İstanbul, 1943 (Fikri Say II), s. 12.

Herhangi bir kavramın tarif ve tanınmasındaki hedef, bu kavramın tahsis edildiği amacı gerçekleştirmesidir. Bunun bir gereği olarak, herhangi bir subjektif (nisbi) kavram, bununla ifade edilmek istenen konuya ve amaca göre yorumlanmalıdır³. Fikrî mülkiyeti koruyan hakların ve bunlara ilişkin kavramların da, tahsis edildikleri amaç dikkate alınarak yorumlanması gerekir. Fikrî mülkiyeti koruyan hakların tanınması ve bu haklara ilişkin düzenlemeler yapılmasının iki ana nedeni bulunmaktadır. Birinci neden, - toplumun kullanımına açılacağından - bu fikir ürünlerini meydana getiren kişilere, fikrî ürünleri üzerinde yasal haklar tanıyarak, onların emeklerini ödüllendirmek, bu kişileri korumak ve yeni fikrî ürünler meydana getirmeleri için teşvik etmektir. Bu insanlar toplumun çekici gücü, lokomotif, uygarlığın yapıcıları olduğundan toplumun gelişimi için desteklenmeleri gerekir. İkinci neden ise, fikrî ürünler meydana getirip, bunları toplumla paylaşmayı teşvik edici bir politika oluşturarak, bunun sonucunda toplumun, ekonomik, sosyal, kültürel ve teknolojik gelişmesini sağlamaktır⁴. Bu amaçlar dikkatlice irdelendiğinde, ilk bakışta fikrî ürün sahibinin bireysel menfaatini koruma şeklinde beliren birinci amacın da, aslında toplumsal nitelikteki ikinci amaca hizmet etmekte olduğu görülmektedir. Fikrî ürün sahibinin korunması amacıyla, tekel niteliğindeki hak şeklinde tanınan teşvikin de, bu kişinin herhangi bir fikrî çabasının değil, bu fikrî çabanın topluma gelişme kazandırma niteliğinin karşılığı olduğu açıktır⁵. Yani fikrî mülkiyet haklarının varoluşunun odağında toplumun geliştirilmesi yer almaktadır⁶.

Her ne kadar, toplum için meydana getirilen bir şeyin, toplumdan alıkonulması bir tezat teşkil etse de, bu alıkoyma belli bir süre ile

³ *Hirş, E. E.*: Hukuki Bakımdan Fikrî Say, C. I, İstanbul, 1942 (Fikri Say I), s. 15.

⁴ Aynı yönde *Trips Anlaşması* m. 7; *PatKHK*. m. 1; *EndTasKHK*. m. 1; *EntDevK*. m. 1; *YBitK*. m. 1; *ABD Copyright Kanunu* m. 1 / 8 - 8; *Kınacıoğlu*, s. 548; *Colston / Middleton*, s. 1, 151; *Tritton*, s. 1; *Suluk / Nal (Karahan / Saraç)*, s. 8; *Karş. IPH*, s. 3; *Tekinalp*, s. 31 vd.

⁵ Aynı yönde *Hirş, E. E.*: Fikrî ve Sınai Haklar, İstanbul, 1948 (Sınai), s. 81; *Suluk / Nal (Karahan / Saraç)*, s. 31; *Colston / Middleton*, s. 1; *Tritton*, s. 1.

⁶ Aynı yönde *Hirş*, Fikrî Say II, s. 12; *Ayhan, R./ Özdamar, M. / Çağlar, H.* : Ticari İşletme Hukuku, 3. b., Ankara, 2010, s. 136; *Tekinalp*, s. 31 vd. ; *Suluk / Nal (Karahan / Saraç)*, s. 8; *Colston / Middleton*, s. 1; *Tritton*, s. 1.

sınırlandırılmış, bu sürenin bitmesiyle toplumun fikrî ürünü serbestçe kullanımı sağlanmıştır⁷. Bu tezadın etkilerini hafifletmeye yönelik bir esas olarak, fikrî ürünün korunmasını talep, fikrî ürün sahibinin ihtiyarına bırakıldığı için, hakkın bu koruma süresi olmadan serbest kullanımının başlaması da engellenmiş değildir. Fikrî mülkiyet korumasını talep için, fikrî ürün sahibine belli bir süre tanınması; bu süre zarfında talepte bulunulmayan fikrî ürünlerin yenilik vb. niteliklerinin ortadan kalktığı kabul edilerek korunmaması da, “ fikrî ürün sahibinin menfaati ile toplumun menfaati dengesinin sağlanması⁸ ”, böylelikle toplumsal amacın zedelenmemesi düşüncesinin bir ürünüdür. Aksine bir kabul durumunda, fikrî ürün sahibine, fikrî ürününden belli bir süre yararlandıktan sonra başvuru yaparak, koruma süresini başlatma ve bir de bu süreden yararlanma imkânı verilmiş olacağından, toplum, daha uzun süre serbest kullanabilme hakkından mahrum kalacak ve günümüz dengesi fikrî ürün sahibi lehine bozulmuş olacaktır⁹. Hakların amaç ve temel esaslarını ortaya koyan Trips Anlaşması'nın 7. maddesi de, bir üçlü sac ayağı denkleme, toplumu geliştirici bir fikre karşılık, teşvik edici koruma sağlanması ve bunun dengeli olmasını düzenlemektedir.

B. AMACA UYGUNLUK İNCELEMESİNİN GEREKLİLİĞİ

Bu haklar, toplumun diğer fertlerinin hürriyet sahasını, bir tek şahıs lehine sınırladığı için korumanın, ancak hakların amacına uygun, yani toplumun gelişmesini sağlayan, toplumun bilgi havuzunu zenginleştiren, yeni fikirlere de zemin teşkil eden, kısaca bu korumayı hak eden fikrî ürünlere tanınması¹⁰, toplum ile hak sahibinin menfaati dengesinin gözetilmesi; hak etmeyen fikrî ürünlere koruma sağlanarak, toplumun serbest kullanabileceği fikrî ürünlerden, bir karşılıkla faydalanmak

⁷ Aynı yönde *Ayhan / Özdamar / Çağlar*, s. 136; *Tekinalp*, s. 577; *Bainbridge, D. I.* Intellectual Property, 6. b., Harlow, 2007, s. 347; *Suluk / Nal (Karahan / Saraç)*, s. 4.

⁸ Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7.

⁹ Aynı yönde *Hirş*, Fikrî Say I, s. 124, *Ayiter, N.* : İhtira Hukuku, Ankara, 1968 (İhtira), s. 22 vd.; *Phillips, J. / Firth, A.* : Introduction to Intellectual Property Law, 4. b., London, 2001, s. 45; *Francis, W. H. / Collins, R. C.* : Cases and Materials on Patent Law, 5. b., MN, 2002, s. 183.

¹⁰ Aynı yönde *Hirş*, Fikrî Say II, s. 12; *Suluk / Nal (Karahan / Saraç)*, s. 31; *Colston / Middleton*, s. 2.

zorunda bırakılmasının önlenmesi gerekir¹¹. Aksi takdirde, toplum haksız surette bir kayba uğrattırırken, görünüşte fikrî ürün sahibine, hakkı olmayan bir menfaat sağlanmış olur ki, bu hakkaniyet gibi hukukun temel bir ilkesiyle de bağdaşmaz. Bu nedenle, bilinen fikrî ürünlerden herhangi bir farklılığı ile kaynağını sahibinden alan bir gelişme sağlama niteliği bulunmaksızın, salt istifade ve istiane suretiyle gerçekleştirilen fikrî ürünler böyle bir korumayı hak etmezler¹². Bu ürünlere koruma sağlanması, asli amaca açıkça aykırıyken, istifade ve istianede kullanılan önceki gerçek hak (fikrî ürün) sahibinin, haklarından yeterince faydalanmasını ve teşvikini de engellemekte, manevi yönden olumsuz etkilemekte ve tali amaca da aykırı olmakta, bu amacın da görünüşte gerçekleştirilmesi sonucunu doğurmaktadır¹³.

Şüphesiz ki, her insan, tüm insanların eşit olmasının zorunlu bir gereği olarak, bir fikrî ürün meydana getirme ve korunma hakkına sahiptir. Ancak bu, hak etmese bile, her çabanın / emeğin, bir fikrî ürün olarak kabulünün veya herkese bir fikrî mülkiyet hakkı ve tekel niteliğindeki bir korumanın bahşedilmesinin zorunlu olduğu şeklinde de yorumlanamaz¹⁴. Fırsat eşitliği sağlanması ile bu fırsatı değerlendiremeyen kişilere hak bahşedilmesi çok farklı olgulardır. Öncelikle, koruma talep edilen ürünün, bir fikrî ürün olup olmadığının, fikrî ürün ise, hak tanınmasını gerektiren niteliklere sahip olup olmadığının tespit edilmesi

¹¹ Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7; *Ayiter*, İhtira, s. 22 vd.

¹² Aynı yönde *Hirş*, Sınai, s. 80.

¹³ Aynı yönde *Suluk / Nal (Karahan / Saraç)*, s. 31; Tasarımlardaki benzer mevcut yaklaşımın yaratıcı tasarımlara engel olduğu görüşü için bkz. *Franzosi, L.* : European Design Protection: Commentary to Directive and Regulation Proposals, The Hague, Kluwer, 1996, s. 67 (*Bently, L. / Sherman, B.* : Intellectual Property Law, 2. b. New York, 2004, s. 624 dn. 6'dan naklen); Etkin bir koruma olmayışının olumsuz sonuçları için bkz. *Erstling, J. A.* : “ The Semiconductor Chip Protection Act and Its Impact on the International Protection of Chip Designs ”, Rutgers Computer & Tech. L. J. 303 (1989), s. 306 (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/rutcomt15&collection=journals &id=309&print=48§ioncount=1&ext=.pdf>) (21. 04. 2010).

¹⁴ Aynı yönde *Nal / Suluk (Karahan / Saraç)*, s. 34.

ve bu vasıfları taşımayan ürünlerin koruma kapsamına alınmaması¹⁵; vasıfları taşıyan ürünlerin de ait oldukları türün gerektirdiği amaca uygun diğer vasıflara sahip olmamaları halinde, bu korumadan yararlandırılmaması gerekir. Bu tarzdaki ürünler oluşturulurken harcanan zaman ve emek, niteliklerine uygun başka bir şekilde, örneğin, kişilik hakkı, haksız rekabet, ortakçılık, yarıcılık¹⁶ vb. şeklinde, hukukun diğer mekanizmalarıyla korunması yoluna gidilmelidir.

Bu korumanın sağlandığı fikrî ürünün, bu korumayı hak edecek niteliklere sahip olması, tavizsiz şekilde aranacak, kesin bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir fikrî üründe, bu niteliklerin aranmasında ne kadar titiz davranılır yani koruma şartları ne kadar yerinde ve ağır olursa, bu şartları sağlayan bir fikrî ürünün, farklı ve gelişme sağlayan özellikleri o derecede net olarak ortaya çıkar¹⁷. Başta, kendini hak sahibi gibi gösterme veya fikri ürüne sadık kalmama fiilleri olmak üzere, bu özellikleri, hukuka aykırı şekilde kullanan kişilerin bu fiilleri de aynı derecede net şekilde ortaya çıkacağı ve bu kişiler ciddi yaptırımlarla karşılaşacağından, bu fiilleri ika etmek yerine, yeni fikrî ürün geliştirmek zorunda kalacaklardır. Bu ise, toplumun gelişmesini sağladığı ve aynı zamanda fikrî ürün sahiplerini teşvik ettiği için, hakların varoluş nedeni / amacı da gerçekleşmiş olacaktır. Aksi takdirde, diğer kişiler, küçük değişikliklerle, kendi fikrî mülkiyet haklarına ve korumaya sahip olacak; herhangi bir yaptırımla da karşılaşmayacaklarından, yeni fikrî ürün

¹⁵ Aynı yönde Şenocak, K. / Hanedan, R. C. : “ Telefon Zil Seslerinin Fikrî ve Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi ”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, C. 7, Özel Sayı, İzmir, 2005, s. 285 (Müellifler, “ eserlerde mevcut koruma şartlarına ek olarak ‘ Fikrî muhtevaya sahip olma ’ şartının da aranması gerektiği ” görüşündedirler.); Colston / Middleton, s. 2.

¹⁶ Ortakçılık ve yarıcılık, bir kişinin sahip bulunduğu haklarını, bir 3. kişinin kendi çaba ve politikalarına göre değerlendirmesi ve bunun karşılığı olarak elde ettiği kazancın bir kısmını kendisine vermesi karşılığında, bu kişinin kullanımına bırakması olarak açıklanabilir. (Ortakçılık ve yarıcılık ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. Edis, S. : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. b. Ankara, 1989, s. 103).

¹⁷ Aynı yönde Bently / Sherman, s. 624; Arkan, S. : Marka Hukuku, C. I, Ankara, 1997(C. I), s. 100; Arseven, H. : Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, İstanbul, 1951, s. 145; Cengiz, D. : Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul, 1995, s. 23; Suluk, C. : Tasarım Hukuku, Ankara, 2003, s. 263, 315 dn. 142 ve 143.

geliştirmek zorunda kalmayacaklardır. Bunun ilk sonucu, gerçek fikrî ürün sahiplerinin, emeğinin karşılığını alamaması ve kendilerini kullanılmış hissetmeleri sonucunda çabalarından vazgeçmeleri, hakların amacını gerçekleştirecek kişilerin yok edilmeleri olacaktır. İkinci sonuç ise, toplumun gelişme düzey ve hızının da buna bağlı olarak çok düşük olacaktır ki, bunun hakların amacına temelden aykırılığı da ortadadır.

Fikrî mülkiyet haklarının tanınmasındaki amaçlar dikkate alındığında, hak tanınacak bir fikrî üründe aranan en önemli özellik olarak, toplumsal yönden kültürel, ekonomik, sosyal veya teknolojik gelişmeyi yahut başka bir ifadeyle topluma önceden var olmayan bir faydayı sağlayıcı olma niteliği karşımıza çıkmaktadır¹⁸. Herhangi bir subjektif kavramın, tarif ve tanınmasını sağlayan amaca göre yorumlanmasının gereği olarak, - hakkın oluşması ve sona ermesi safhalarındaki önemleri de dikkate alındığında - yenilik, orijinallik, ayırtedicilik, buluş basamağını aşma, farklılık, yeknesaklık vb. gibi nisbi kavramların, toplumu geliştirme, topluma fayda sağlama amacına uygun olarak yorumlanması zorunluluğu doğmaktadır. Elbette ki, bu kavramların neyi ifade ettikleri, amacın gerçekleşmesinde işlevlerinin ne olduğu gibi hususlar dikkate alınarak bir yorumlama yapılacaktır. Bu hususlar dikkate alındığında, tüm bu nisbi kavramların yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme nitelikleri başlıklarından birinin kapsamında bulunduğu; bu üç niteliğin de hakların varoluş sebebinin gereği olduğu, bir ürünün bu sebebe uygun olup olmadığını tespitinde değişik işlevler yerine getirdiği görülmektedir.

Her ne kadar, yenilik veya orijinallik niteliği, duruma göre bu türler açısından aranan ve öncelikle zikredilen nitelik olsa¹⁹ veya bazı türlerde

¹⁸ Aynı yönde *Hırş*, Fikrî Say I, s. 6, 7, 12 ve 116. (Müellif, bu amacı “ cemiyetin fikir ve kültür servetini çoğaltma” şeklinde ifade etmekte, buluşlar yönünden ise, tekniği zenginleştirme olarak özelleştirmektedir.); *Ayiter*, İhtira, s. 31 ve 51 (Müellif, bunu “ ihtiraın vasfı, teknik ilerlemedir ” şeklinde ifade etmektedir.); *Colston / Middleton*, s. 1; *Tritton*, s. 1.

¹⁹ Karş. *Blum / Pedrazzini*, Das schweizerische Patentrecht, Bd. 1, s. 74 - 75 (*Ortan*, A. N. : İşçi Buluşları Hukuku, İzmir, 1987 (İşçi), s. 43'ten naklen) ; *Ortan*, A. N. : Avrupa Patent Sistemi, C. I, Ankara, 1991 (C. I), s. 91 (Müellife göre, “ patent hukukunda,

salt orijinallik, ayırtedicilik şartı aranıyor görünse ve mevcut kabullerden kaynaklanan bazı uygulama hataları olsa da, tüm türlerde, gelişme gösterme şartı, açıkça veya zımnen aranmakta ve karşılanması beklenmektedir. Aranan şart, bu şartın aranma nedeni, fonksiyonu vb. yönlerden dikkatlice incelendiğinde; bazen tekniğin bilinen seviyesinin aşılması²⁰, bazen orijinallik²¹, bazen ayırt edicilik²², bazen de farklılık²³ şeklinde ifade edilen şartların gelişme gösterme şartının değişik tezahürleri olduğu ortaya çıkmaktadır. Nitekim *Bentley / Sherman*, patent hukuku açısından “ *buluş basamağında farklılığın nitelikli olmasının arandığı; farklılığın, nitelik itibarıyla, tekel hakkı tanınmasını hak edecek düzeyde tekniğe katkı sağlaması gerektiğini* ” belirtirken²⁴; *Musker* de, tasarım hukukunda aynı işlevi ayırt ediciliğin yerine getirdiğini belirtmekte, “ *tasarımda, ayırt edicilik testi nitelik yönündendir* ” demektedir²⁵. Bir fikrî ürün, yenilik veya orijinallik gibi değişik şekillerde ifade edilen şartları karşılasa bile, aranan bu gelişme gösterme şartını karşılamaması halinde hakkı ve korumayı elde edememektedir²⁶.

buluş faaliyetinin olup olmadığının araştırılması, ön şart olarak yenilik niteliğinin varlığı halinde söz konusu olacaktır ”.).

- ²⁰ *Bentley / Sherman*, s. 443; *Cornish, W. / Llewelyn, D.* : Intellectual Property, 5nd Edition, London, 2003, s. 176; *IPH*, s. 20; *Öztürk, Ö.* : Patent Verilebilirlik Şartları, Ankara, 2008, s. 149.
- ²¹ *Hirş*, Fikrî Say II, s. 54; *Bentley / Sherman*, s. 89 dn. 16; *Erel, Ş. N.* : Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. b., Ankara, 2009, s. 32.
- ²² *Musker, D.* : Community Design Law Principle and Practice, London, 2002, s. 28.
- ²³ *Bouchoux, D. E.* : Intellectual Property for Paralegals, 2. b., New York, 2005, s. 310.
- ²⁴ *Bentley / Sherman*, s. 443; Aynı yönde *Cornish / Llewelyn*, s. 176; *IPH*, s. 20; *Öztürk*, s. 149.
- ²⁵ *Musker*, s. 28.
- ²⁶ *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.*, 36 F. Supp. 2d. 191, 197 (S. D.N.Y. 1999) (*Wojcik, M. C.* : “ The Antithesis of Originality: Bridgeman, Image Licensors, and the Public Domain ”, *Hastings Comm. & Ent. L. J.* 257 (2007 - 2008), (257 - 286), s. 260’dan naklen <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/hascom30&collection=journals&id=275&print=30§ioncount=1&ext=.pdf>) (20.12.2009).

Ş2.FİKRÎ MÜLKİYET HAKLARININ TEMEL NİTELİKLERİNİN KORUMA TALEP EDİLEN FİKRÎ ÜRÜNDE BULUNUP BULUNMADIĞINI TESPİTTE KULLANILAN KRİTERLER

Fikrî mülkiyet haklarının fikrî ürün olma, ürünün toplumu geliştirmesi ve sağlanan hakkın teşvik edici olması şeklindeki üç temel niteliği dikkatle incelendiğinde, hepsinin hakların varoluş sebebini gerçekleştirmek için elzem olduğu; bunların kapsamındaki özelliklerin bir kısmının hak ihdası için mutlaka aranması gerektiği görülmektedir. Fikrî mülkiyet hukukunda, hakkın tesisi safhasında, bu özelliklerin, koruma talep edilen fikrî üründe var olup olmadığını ortaya koyan bazı kriter veya kavramlar da oluşmuştur. Fikrî ürünün toplumu geliştirme niteliği “ gelişme gösterme (buluş basamağının aşılması, ayırt edicilik, farklılık vb.) ” ; fikrî ürünün, yenilik ve sınırlı süreli koruma nitelikleri “ yenilik ”; hakkın teşvik ediciliği ise “ orijinallik ” kriterleri karşılanarak ortaya konulabilmektedir. Bu kriterler, temel niteliklerin varlığını tespitinde farklı işlevleri yerine getirmektedirler.

A. KRİTERLER VE İŞLEVLERİ

I. Gelişme gösterme

Gelişme gösterme şartı “bir fikrî ürünlerdeki farklılığın, fikrî ürünün toplumun bilgi havuzuna - tekel hakkı tanınmasını hakkaniyete uygun gösterecek düzeyde - bir katkı sağlayıp sağlamadığını” tespitte yöneliktir²⁷. Bu şekilde, fikrî mülkiyet hakkı tanınmasının asli amacı olan “ toplumun geliştirilmesi, toplumun bilgi havuzuna bir katkı sağlanması ” özelliğinin var olup olmadığını tespit işlevini yerine getirmektedir.

II. Yenilik

Yenilik kriteri, günümüz dengesinde, hakların asli ve tali amaçlarına uygunluğu tespitinde iki farklı işlevi yerine getirmektedir. Asli amaca yönelik olan en önemli işlevi, koruma süresinin toplum aleyhine uzamasını engelleme²⁸ işlevidir. Haklarının varoluş sebebi olan toplumu geliştirme, toplumun bu fikrî ürünü mümkün olduğunca uzun süre

²⁷ Aynı yönde Öztürk, s. 149.

²⁸ Aynı yönde Bently / Sherman, s. 443; Bouchoux, s. 311.

serbestçe kullanabilmesini gerektirir. Buna karşılık, toplumun, meydana getiren kişiye hakkaniyete uygun bir karşılığı vermeden, bu fikrî ürünü varoluşundan itibaren serbestçe kullanımının sağlanması da, fikrî ürün sahiplerinin toplumu geliştirici fikir üretme düşüncesini zayıflatacak veya ortadan kaldıracaktır. Her iki durumda toplumun, geliştirici fikirlerden mahrum kalması sonucunu doğuracağından, fikrî ürün sahibini teşvik etmeye yetecek ancak toplumun serbest kullanım hakkına azami süre sahip olacağı bir denge noktasının bulunmasını zorunluluğu²⁹, günümüz dengesinde sınırlı süreli bir korumayla sağlanmaya çalışılmaktadır. Yenilik kriteri, bu denge anlayışında, sınırlı koruma süresinin başlangıcını kesin sınırlarla belirleyerek toplum aleyhine uzamasını engellemektedir. Sınırlı süre belli olduğundan dolayısıyla korumanın biteceği tarihi de belirlemektedir.

Kriterin, tali amaç olan teşvik amacı yönünden işlevi ise, bir fikrî ürünün öncekilerden nitelikli şekilde farklı olup olmadığını tespit ederek çifte hak sahipliğinin oluşmasını engellemektir³⁰. Bu engelleme, hakkın mutlak ve inhisarî niteliğine kavuşmasını sağlamakta, 3. kişilerin basit farklılıklarla hak sahibi olup, önceki fikrî ürün sahiplerinin haklarının mutlak ve inhisarî niteliğini zedelemelerini önlemektedir. Aynı zamanda, daha önce korunmuş bir fikrî ürünün basit farklılıklar taşıyan haline hak tanınarak, toplumun yeniden bedel ödemesinin önüne geçilmektedir.

III. Orijinallik

Orijinallik kriteri “bir fikrî üründeki farklılığın herkesçe yapılamayacak, sahibine has özelliklerin sonucunda gerçekleşmiş olup olmadığını, fikrî ürün sahibinin fikrî ürünün oluşması için gereken fikrî yeteneklerini kullanıp kullanmadığını yani fikrî ürün sahibinin fikrî ürünün oluşmasına fikrî katkısı olup olmadığını³¹” tespiti yöneliktir. Bu nedenle, “teşvik edilecek gerçek hak sahibinin kimliğini teşhis” işlevini yerine getirmekte, başlı başına, hak tanınmasının tali amacıyla ve hakların teşvik niteliğiyle örtüşmektedir. Toplumu geliştiren fikirler ortaya

²⁹ Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7.

³⁰ Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 443; *Bouchoux*, s. 311.

³¹ Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 88.

koyabilen, toplumun çekici gücü durumundaki“ gerçek fikir üreticilerinin” korunması, hak tanınmasının asli amacının gerçekleşmesinde de büyük önem taşımaktadır.

B. KRİTERLERİN UYGULANMASI

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

I. Kavram Bağlamında Kriterlerin Uygulanması

Mevzuat, içtihat ve doktrin incelendiğinde, yenilik, orijinallik, gelişme gösterme kriterlerinin, tüm fikrî ürünlerde, açıkça, ayrı ayrı arandığına rastlanılamamaktadır. Bu, öncelikle toplumların kavramlara verdiği anlamların ve bu anlamın kapsamının farklılığından kaynaklanmaktadır³². Yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin aradığı özellikler, çoğu zaman birbirleriyle kaynaşmış vaziyettedir. Bunun nedeni aralarındaki ayrımların çok hassas olmasıdır. Bu benzerlik ve kaynaşmaları nedeniyle, ülkelerdeki kültür durumuna göre tek kelimeyle ifade edildikleri veya bir kelimenin diğerini de kapsar şekilde birbirlerinin yerine kullanıldıkları da görülmektedir³³. Kavramlar arasındaki bu ince farklılıklar, toplumların, kültürlerindeki kavram kapsamına göre ortadan kalkabilmekte, bu nedenle kaynaşma ve bir kelime veya ifade ile birçoğunu kapsama söz konusu olmaktadır. Örneğin, İngilizce dilinde, yenilik anlamındaki “ novelty ” kelimesinin anlamlarından biri, “ orijinal olma durumu³⁴ ”; iktisat terimleri sözlüğündeki karşılığı ise, “ varolan bilgi birikiminden yola çıkılarak daha gelişmiş, daha kaliteli, daha işlevsel yeni ürünler geliştirilmesi³⁵,” yani gelişme göstermedir.

³²Aynı yönde *Arslanlı, H.* : Fikrî Hukuk Dersleri II, İstanbul, 1954, s. 5.

³³ Örneğin, Trips Anlaşması m. 25 hükmü.

³⁴ Redhouse sözlüğü.

³⁵ <http://tdkterim.gov.tr>.

Yine aynı şekilde, bir kritere yönelik incelemenin, farklı kavramlarla ifade edildiğine de rastlanılmaktadır. Bunun nedeni ise - hak türlerinin kendilerine has özelliklerinin daha anlaşılabilir olmasını sağlamak gibi bir iyiniyetten kaynaklanan - kavram karmaşasından başka bir şey değildir. Bu yöndeki en somut örnekler, ayırtedicilik (marka, tasarım haklarında olduğu gibi), buluş basamağı (patent hakkında olduğu gibi) ve farklılık (ıslahçı hakkında olduğu gibi) kavramlarıdır. Oysa bu kavramların hepsi, incelemede kullanıldığı hak türünde, fikrî ürünün gelişim gösterme niteliğine sahip olup olmadığının tespiti işlevinde, aynı inceleme yaklaşımı ve beklentiyle dikkate alınan kriterler olup, fikrî ürünün, ait olduğu alanda bir gelişme göstermesi gerektiğini ifade etmektedirler³⁶. Bu kriter uygulandığında, başarıya ulaşan bir fikrî ürün - gelişme gösterme şartını karşıladığından - korumayı hak etmektedir. Örneğin, patent hakkı, teknik yöne ilişkin bir fikrî ürün olduğundan, buluşa, buluş basamağı; tasarıma ise görsel yöne ilişkin bir fikrî ürün olduğundan, ayırt edicilik kriteri uygulanmakta, başarılı olması yani belirtilen eşiği aşmış bulunması halinde, gelişme gösterme koşulu sağlandığından hak ve koruma tesis edilmektedir. Aynı duruma doktrinde de rastlanılmaktadır³⁷.

Bunların yanı sıra, bir kriterin, kendisiyle ilişkili başka bir kavramın kapsamında değerlendirilmesi de söz konusu olabilmektedir. Örneğin, patent haklarında, orijinallik, “ buluşun gerçek sahibi ” olma şeklinde zımnen aranılmakta, hatta, ABD’ de orijinallığın “ buluşun gerçek sahibi ” olmayı ifade ettiği açıkça belirtilmekte (ABDPATK. m. 102 / f)³⁸; buna

³⁶ Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 443; *Cornish / Llewelyn*, s. 176; *Musker*, s. 28; *IPH*, s. 20; *Öztürk*, s. 149.

³⁷ Örneğin, *Hirş*’in “ *Nasıl ki teknik bir meselenin her hal sureti için değil de ancak yeni bir sureti hal yani muayyen bir ihtira seviyesi ve teknik bir terakki ile temayüz eden hal şekli için bir berat verilebilirse, fikrî mahsullere eser mahiyetini izafe edebilmek için de munzam bir unsura ihtiyaç vardır: Herkes tarafından vücuda getirilemeyen yani bir hususiyeti haiz bulunan mahsuller himayeye layıktır ve ancak bunlara eser vasfı izafe edilebilir*” ifadesinde görmekteyiz. İfadenin, patente ilişkin ilk bölümünde, yenilik ve gelişme gösterme şartları tek bir şart haline gelmişken, eserle ilgili kısımda bu şartın eserler yönünden orijinallik şartı haline geldiği görülmektedir. *Hirş*, Sinaî, s. 80.

³⁸ Aynı yönde *Bouchoux*, s. 304; *Schechter, R. E. / Thomas, J. R.* : *Intellectual Property The Law of Copyrights, Patents and Trademarks*, MN, 2003, s. 363; *Francis / Collins*, s. 194

karşılık orijinallik, patent mevzuatı ve doktrinde bir kriter olarak açıkça zikredilmemektedir.

Kavram boyutundaki tüm bu yaklaşımlar nedeniyle, mevzuat ve uygulamalarda; bazen orijinallik ve yeniliğin birbirinin ikamesi olarak ancak zımnen diğerini de içerir şekilde kullanıldıkları³⁹; bazen orijinallik özelliğinin gelişme gösterme özelliği kapsamında zımnen değerlendirildiği (patent, marka, tasarım, ıslahçı haklarında olduğu gibi); yenilik özelliğinin bazen orijinallik (eser hakkında olduğu gibi)⁴⁰, bazen gelişme gösterme özelliği kapsamında zımnen değerlendirildiği (marka hakkında olduğu gibi); bazen hem orijinallik hem de yenilik özelliğinin gelişme gösterme özelliği kapsamında zımnen değerlendirildiği (marka hakkında olduğu gibi); bazen yenilik ve gelişme gösterme özelliklerinin orijinallik kapsamında zımnen değerlendirildiği (eser hakkında olduğu gibi)⁴¹; bazen de bu özelliklerin hiçbirinin şart olarak belirtilmemesine rağmen değerlendirildiği (coğrafi işaret hakkında olduğu gibi) görülmektedir. Bazı temel niteliklerin bir koruma şartı olarak belirtilmemesi ve bu şarta yönelik bir incelemenin öngörülmemesi, haklarda bu niteliğin gerekmediği veya incelenmediği anlamına gelmemektedir. Hangi kavramla ifade edilirse edilsin veya kapsamı / düzeyi ne olursa olsun, bu özelliklerin varlığına yönelik bir inceleme ihtiyacının karşılanmaya çalışıldığı görülmektedir. Bunun nedeni, yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme özelliklerinin fikrî ürünün farklı yönlerine ilişkin olmaları ve hakların amacını gerçekleştirmekte farklı işlevleri yerine getirmeleridir.

II. Düzey Bağlamında Kriterlerin Uygulanması

Mevzuat, doktrin ve uygulamada, “ bir fikrî ürünün taşınması gereken özelliklerin ve bunları tespiti yarayan kriterlerin hangi düzeyde

vd.; Halpern, S. W. / Nard, C. A. / Port, K. L. : Fundamentals of United States Intellectual Property Law, London, 1999, s. 203.

³⁹ Örneğin, Trips Anlaşması m. 25 hükmü; *Green Paper on The Legal Protection of Industrial Design*, Commission of The European Communities, Brussels, 1991, 2. 3. 7, s. 18 (*Green Paper*).

⁴⁰ *Green Paper*, 2. 3. 7, s. 18.

⁴¹ *Bently / Sherman*, s. 89.

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

Hangi hak türünde, hangi kriterlerin aranması gerektiği hususunda, türlere göre ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, patent hakkında yenilik ve buluş basamağının aşılması kriterleri, tasarım hakkında yenilik veya orijinallik kriterlerinden biri ile ayırt edicilik kriteri aranırken, eser haklarında sadece orijinallik kriterinin karşılanması hak tesisi için yeterli kabul edilmektedir. Tüm hak türlerinde, bu kriterlerin hepsinin aynı seviyede ve amaca uygun dikkate alınmaması nedeniyle, bazı haklar açısından, hakkaniyete aykırı iki farklı ayrıcalık oluştuğu görülmektedir⁴². Hakkaniyete aykırı ilk ayrıcalık, örneğin tasarım ve eser haklarında olduğu gibi, türün kendi içinde oluşmaktadır. Bu gibi hak türlerinde, ayrıcalık, kriterlere yüklenen anlamların farklılıklar taşıması yahut koruma için aranan kriterlerin seviyesinin düşüklüğü nedeniyle, korumayı gerçekten hak eden kişiler aleyhine doğmaktadır. Örneğin, topluma, görsel yönden ciddi katkı sağlayan, koruma kriterleri ne kadar ağır olursa olsun korumayı hak edebilecek bir tasarımın - ki burada kastedilen emsali hiç olmayan (patent literatüründeki öncü buluş gibi) bir tasarım değildir - sahibiyle, hiçbir fikrî çaba harcamaksızın, salt daha önceki iki tasarımın belirgin özelliklerini kombine eden bir tasarımcı, aynı kriterlere tabi tutulmakta ve aynı korumadan yararlandırılmaktadır. Bunun nedeni, mevcut kabullere göre, böyle kombine bir tasarımın, daha öncekiler arasında yer almadığı için hem yenilik hem de ayırt edicilik kriterlerini karşılayabilmesidir⁴³. Burada kombine tasarımı oluşturan kişi, hiçbir fikrî

⁴² Aynı yönde Lee v. Runge, 404 US. 887, 1971 (<http://caselaw.lp.findlaw.com>).

⁴³ Bently / Sherman, s. 604; Johnston, D. : Design Protection, 4th Edition, Cambridge, 1995, s. 14; Fellner, C. : Industrial Design Law, London, 1995, s. 58; Suluk, s. 231.

çabası olmaksızın, üstelik farklı iki kişinin fikrî çabasının semeresine sahip olabilmektedir. Bu, fikrî mülkiyet haklarının korumayı hedeflediği gerçek hak sahipleri aleyhine bir ayrıcalık oluşturmaktadır. İkinci ayrıcalık ise, kriterlere yüklenen anlamların farklılıklar taşıması veya kriterlerin aynı seviyede dikkate alınmaması nedeniyle, bazı türlerdeki hak sahiplerinin, diğer türlerdeki hak sahiplerinden - nitelik itibarıyla - daha fazla korunuyor olmalarıdır. Yukarıda verilen örnekteki durumda, kombine tasarımı meydana getiren tasarımcı, bu kadar kolay bir şekilde, 25 yıllık aynı etkinlikte bir korumaya sahip olurken; ömrünü tamamen özgün bir buluş faaliyetine harcamış buluş sahibi, patent hakkı ile 20 yıllık aynı etkinlikte bir korumaya sahip olmaktadır.

Aynı durum, eser haklarında daha bariz bir şekilde ortaya çıkmakta, çoğu ülkede, yeni olup olmadığı, toplumu kültürel yönden geliştirip geliştirmede dikkate alınmaksızın, sadece orijinallik kriterinin düzeyi olarak aranan “ kopya olmama ”⁴⁴ kadar basit bir çaba sayesinde, yüzyılı bile aşabilen bir korumaya sahip olunabilmektedir⁴⁵.

⁴⁴ *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie, H. / Prescott, P. / Vitoria, M. / Speck, A. / Lane, L.* : The Modern Law of Copyright and Design, C. I, 3. Ed., Butterworths, London, 2000, s. 82; *Torremans, P.* : Intellectual Property Law, 3. Ed., London, 2001, s. 178; *Fellner*, s. 68; *Saidman, P. J.* : “ Copyrights: Novelty or Originality ”, Journal of the Patent Office Society, 1973, (314 - 339), (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos55&collection=journals&id=340&print=26§ioncount=1&ext=pdf>), s. 319; *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.*, 191 F. 2d 99 (2d Cir.1951) [Davada, eser hakkı tanınabilmesi için çalışmanın toplumun hafızasında ötekilerden ayırt edilebilir versiyon (distinguishable variation) olmasının yeterli olduğu; ‘ ayırt edilebilir versiyonun ’ ise, ‘ alelade bir kopyadan biraz fazlalık taşımayı ’ ifade ettiği belirtilmektedir] [*Oppenheimer, G.* : “ Originality in Art Reproductions: Variations in Search of a Theme ”, Copyright L. Sym. 207 (1982), (207 - 244), s. 209’dan naklen (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/cpyrgt27&collection=journals&id=225&print=38§ioncount=1&ext=pdf>) (20. 12. 2009); *ATC Distrib. Group, Inc. v. Whatever It Takes Transmission & Parts, Inc.*, 402 F. 3d (6th. Cir. 2005) (<http://www.ca6.uscourts.gov>).

⁴⁵ *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.*, 36 F. Supp. 2d 191,197 (S.D.N.Y. 1999) (Anılan davada, Leonardo da Vinci’nin Mona Lisa tablosu da dâhil olmak üzere bir çok eski tablounun fotoğrafları üzerinde eser hakkı bulunduğu gerekçesiyle dava açan Bridgeman, kısaca “ Bu tabloların fotoğraflarına eklediği renk düzeltme / ayarlama çubuğunun eser koruması için Kanun’un aradığı orijinalliyi sağlamaya yeterli

Yukarıda belirtildiği üzere, toplumun karşıladıkları ihtiyacı yönünden olan fark dışında hiçbir farkları bulunmayan bu hak türlerine, aynı hatta daha ayrıcalıklı bir korumanın sağlanmasını, bazı kriterlerin aranmamasını, aranan kriterlerde de neden düşük bir düzeyin olması gerektiğini açıklamaya çalışan görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, fikrin değil, ifade şeklinin korunduğu⁴⁶; fikrî üründe serbest bilginin kullanımının engellenemeyeceği⁴⁷; bir fikrî üründeki bilgiyi kullanmanın engellenemeyeceği⁴⁸; her fikrî ürüne uygulanabilecek standart bir düzey, kriter konulmasının zor olması⁴⁹; araştırma zorluğu⁵⁰; sonraki eser sahibinin öncekini engelleme yetkisinin bulunmaması karşısında, önceden ortaya konulmuş fikrî ürünleri bilmekten sorumlu tutulamayacağı, dolayısıyla orijinallik dışındaki özelliklerin bulunmasının şart olmadığı⁵¹; şartları sağlayan

olduğunu; İngiliz makamlarının eser koruması tesis ettiklerini; her fotoğrafın bizzat kendisinin doğası gereği orijinalliği sağlamaya yeterli olduğunu ” iddia ve “ bu fotoğrafların Corel tarafından kullanımının engellenmesini ” talep etmiştir. Bridgeman’ın iddiaları, Mahkemece, “ bir fotoğrafın bizzat kendisinin orijinalliği sağlamaya yeterli olduğu ”, “ ancak, eser korumasında orijinalliğin yeterli olmasının, yaratıcılığın aranmadığı anlamına gelmediği ”, “ orijinallik için gerekli olan değişikliklerin Bridgeman’ın çalışmalarında bulunmadığı ” gerekçesiyle reddedilmiş, “ eser koruması sağlanabilmesi için, çalışmadaki değişikliklerin eser sahibini teşhis eder nitelikte olması ” aranmıştır.) (*Wojcik*, s. 260 vd’dan naklen) (Bu dava, İngiliz makamlarının eser koruması tesis etmiş olmaları gerçeği ve mevcut orijinallik yaklaşımıyla bu tesisin kabulünün zorunlu olması karşısında, bir kişinin “ Mona Lisa ” tablosu gibi, başkasına aitliği Dünyaca bilinen bir eser üzerinde dahi, çok küçük çabalarla bir tekel hakkı edinebileceğini ortaya koymaktadır).

⁴⁶ *Dworkin, A. T.* : “ Originality in the Law of Copyright ”, Copyright L. Symp. 60, 1962, s. 60 - 81, 61 (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/cpyrgt11&collection=journals&id=80&print=22§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009); *Saidman*, s. 321; *Bainbridge*, s. 5; *Bently / Sherman*, s. 90; *Tekinalp*, s. 99 vd.; *Troller*, *Immaterialgüterrecht 1959*, C. I, s. 380 vd. ; *Zschokke*, *der Werkbegriff im Urheberrecht Diss.*, Bern, 1966, s. 13 (*Ayiter, N.* : *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, 2. b. , Ankara, 1981, s. 42’den naklen) ; *Holmes v. Hurst*, 174 U.S. (1899) (<http://caselaw.lp.findlaw.com>) ; *Mazer v. Stein*, 347 US. 201 (1954) (<http://supcourt.ntis.gov>)

⁴⁷ *Saidman*, s. 321.

⁴⁸ *Dworkin*, s. 64; *Saidman*, s. 330.

⁴⁹ *Oppenheimer*, s. 214; *Saidman*, s. 331.

⁵⁰ *Saidman*, s. 333.

⁵¹ Aynı yönde *Dworkin*, s. 63; *Saidman*, s. 330; [*Fred Fisher, Inc v. Dillingham*, 298 Fed 145 (S.D.N.Y. 1924) ; *Morse v. Fields*, 127 F. Supp. 63 (S.D.N.Y. 1954) ;

fikrî ürün bulmanın zorluğu⁵²; çaba ve emek harcamış kişilerin, bu çaba ve emeğinin de korunması gerektiği gibi çeşitli gerekçelerle mevcut uygulamayı izaha çalışmaktadır.

Ancak bu gerekçelerin neredeyse tamamı, eser hakları kaynaklı olup, diğer kriterlerin uygulanmaması ile orijinallik kavramının, eser haklarında, kendi anlam ve işleviyle sınırlı olarak kullanılmaması, eser vasfının yani “ tekel niteliğindeki hakla korunma imkânının kazanılıp kazanılmayacağını tespit ” işlevinde kullanılması sonucunu doğurmaktadır. Bu, diğer fikrî ürünlerin gelişme gösterme kriterini karşılayarak ulaştıkları tekel hakkına, eserlerin sadece orijinallik gibi, üstelik düzeyi de sözlük anlamından dahi düşük tutularak “ kopya olmamaya ” kadar indirgenmiş⁵³ bir kriteri karşılayarak kavuştuğu anlamına gelmektedir. Doktrinde, koruma için aranması gereken koşullar yönünden, eserlerle diğer türleri birbirlerine en çok yaklaştıran görüşü ortaya koymuş *Nimmer*'in görüşü dahi, bu uçurumu ortadan kaldıramamaktadır. *Nimmer* isabetli olarak, “ *orijinallik kriteriyle gelişme gösterme kriterinin farklı noktalara işaret ettiğini; orijinalliğin fikrî ürünlerdeki gelişim sayılan katkının, sahibine has [başkalarından bağımsız olarak geliştirdiği (independent creation)] olmasını ifade ettiğini* ” belirtmesine rağmen, hatalı bir şekilde, - her ne kadar en küçük seviye olarak belirtilmiş olsa da - “ ‘ *fikrî çabanın varlığının* ’ *gelişme göstermenin standardı olduğunu* ” iddia etmektedir⁵⁴. Görüş, eser koruması talep edilen bir fikrî üründe, gelişme gösterme özelliğini araması, bunun fikrî çabada bulunacağı yönüyle doğru gibi gözükse de, bu özelliğin salt fikrî çabanın varlığında değil, fikrî çabanın düzeyinde aranmak zorunda olduğunu atlamaktadır. Taklit fiili bile bir fikrî çabayı gerektirir, taklitte bile az da

Gordon v. Weir, 111 F. Supp. 117 (E.D. Mich. 1953), aff'd mem. ,216 F. 2d 508 (6th Cir.1954)] (*Dworkin*, s. 63'ten naklen).

⁵² *Bently / Sherman*, s. 624 dn. 11 ve 12 deki müellifler; *Suluk*, s. 262.

⁵³ *Saidman*, s. 319; Aynı yönde *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82; *Torremans*, s. 178; *Fellner*, s. 68; *Saidman*, s. 319; *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc*, 191 F. 2d 99 (2d Cir.1951) (*Oppenheimer*, s. 209'dan naklen); *ATC Distrib. Group, Inc. v. Whatever It Takes Transmission & Parts, Inc.*, 402 F. 3d (6th. Cir. 2005) (<http://www.ca6.uscourts.gov>).

⁵⁴ *Nimmer*, supra note 1 at 19 - 20 (*Oppenheimer*, s. 211'den naklen).

olsa bir fikrî çaba vardır. *Nimmer*'in gelişme gösterme standardı olarak kabul ettiği seviye, diğer türlerde bir yenilik standardı olan nitelikli yenilik seviyesine tekabül etmektedir. Oysa eser korumasının yani tekel niteliğindeki bir fikrî mülkiyet hakkının “ hak edilebilmesi için ”, gelişme gösterme özelliğinin varlığının kabulü; gelişme gösterme özelliğinin standardın en düşük seviyesinin de sadece bir fikrî çabanın varolması değil, “ fikrî ürüne tekel hakkı tanınmasını, hakkaniyete uygun kılacak düzeyi / eşiği geçmesi ” olarak belirlenmesi gerekir. Eser haklarında da ancak bu eşik geçildiğinde gelişme gösterme özelliğinin varlığı kabul edilebilecek ve fikrî mülkiyet korumasının amaçlarına uygun bir uygulama gerçekleştirilmiş olacaktır. Eser haklarının da diğer fikrî mülkiyet haklarından hiçbir farkı olmayıp, bir fikrî ürünün tekel niteliğindeki hakla korunup korunmayacağını tespit etmesi gereken asıl kriter orijinallik kriteri değil, gelişme gösterme kriteridir. Bu hak toplumu geliştirmenin karşılığı olarak verilmektedir⁵⁵. Aksi halde, günümüz eser haklarındaki toplumun geliştirilmesini - gerektiği şekilde - aramamaya karşılık bu kadar etkin bir koruma da vermeme dengesi kaçınılmaz olacaktır.

Tasarım ve topoğrafya haklarında ise, her ne kadar diğer kriterler aransa da, bu gerekçelerdeki yaklaşım kriterlerin uygulanmasına etki etmektedir. Ayrıca, tescilsiz tasarım ve topoğrafyada sadece orijinallığı koruma için yeterli kabul eden İngiltere gibi ülkelerde, bu yaklaşım sadece eser haklarında değil, bu türlerde de aynen geçerli olmakta; örneğin İngiltere’de orijinallığın düzeyi olarak belirlenen kopya olmama koşulunu sağlayan bir topoğrafya da korunabilmektedir⁵⁶.

Toplumun, sadece teknolojik yönden değil, kültürel / sanatsal yönden de geliştirilmesi gerekir. Bu faaliyetin karşılığını veren fikrî mülkiyet koruması mekanizması da mevcuttur ve (fiilen tüm kriterlerin arandığı patent haklarında olduğu gibi) amaca uygun hareket edildiğinde, bu görevleri layıkıyla yerine getirdiği, teknolojik gelişme hızına bakarak anlaşılmaktadır. Bu durumda, toplumun, kültürel yönden geliştirilmesini sağlayacak olan eser

⁵⁵ Aynı yönde ABD. Copyright Kanunu m. 1 / 8 - 8; *Graham v. John Deere Co.* 383 US. 1 1966 (<http://supcourt.ntis.gov>).

⁵⁶ *Cornish / Llewelyn*, s. 558, 566; *Bently / Sherman*, s. 687; *Suthersanen, U.* : Design Law in Europe, London, 2000, s. 32 dn. 28; *Fellner*, s. 117.

hakları başta olmak üzere tüm türlerde, aynı mekanizmanın işletilmemesini, tüm kriterlerin aranmamasını meşru gösterecek bir neden de yoktur.

III. Kriterlerin Uygulanmasında Uyumsuzluk Nedenleri

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

Eserler, tescilsiz tasarımlar gibi fikrî ürünlerde ise, tescil zorunluluğunun bulunmaması, bu fikrî ürünlerin, bir ihtilaf çıkıncaya kadar, hakların temel niteliklerine sahip olup olmadıklarını tespiti yönelik inceleme yapılmamasına, dolayısıyla bu incelemedeki kriterlerin uygulanmamasına neden olmaktadır. Hak sahipliğinin oluşması, fikrî ürünün yeniliğinin ve günümüz dengesindeki sınırlı koruma süresinin belirlenmesi, hükümsüzlüğü, hak sahipliğinin ispatı vb. hususlarda büyük önem taşıyan⁵⁷ tescil zorunluluğunun, eser hakları yönünden öngörülmemesinin mantıklı bir izahı bulunmamaktadır⁵⁸.

Ş3 . FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KAVRAMI

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

Yenilik ile amaçlanan, önceki fikrî ürünlere oranla sağlanan gelişmenin, en azından, ilgili alandaki ortalama bir uzman tarafından,

⁵⁷ Aynı yönde *Hirş*, Fikri Say II, s. 99.

⁵⁸ Karş. *Hirş*, Fikri Say II, s. 99.

zahmet çekmeksizin⁵⁹ yapılamayacak, basit değişikliklerden öte⁶⁰ bir gelişme olmasıdır ki, ancak bu takdirde insanlık da gelişme göstermiş olacaktır.

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

A. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KRİTERİ

Yenilik kavramı, farklı fikrî mülkiyet haklarında, farklı varsayımlarla ifade edilmeye çalışılmışsa da, bu kavram ile ulaşılmak istenen amacın, fikrî üründe ortaya çıkan belli bir düzeydeki gelişmenin, fikrî ürün türünün ön plana çıkan niteliği yönünden, daha önce toplum tarafından bilinmiyor yani toplum yönünden alenileşmemiş olması veya bilinenlerden belli bir düzeyde farklılık taşıması⁶¹ olduğu görülmektedir. Fikrî mülkiyet hukukunda aleniyet (bilinme), bir fikrî ürünün; toplumun ona ulaşabileceği, onu uygulamaya koyabileceği, ondan faydalanabileceği şekilde ortaya çıkması olup, bunun gerçekleştiği andan itibaren fikrî ürün, toplum tarafından bilinir hale geldiği gibi, fikrî ürünün - ek bir araştırma, çalışma vb. - zahmet çekmeksizin ulaşılacak sonuçları da öngörülebilir hale gelmektedir⁶². Bir fikrî ürünün zahmet çekmeksizin ulaşılacak sonuçlarının öngörülebilir olmasında, bilinenlerden kolaylıkla çıkarılabilmesinde iki yol söz konusudur. Ya fikrî ürün ilgili alanda bilinenler arasındadır (örneğin, tekniğin bilinen durumunda daha önce tanımlanmış bir buluş) ya da önceden bilinenlerin zorunlu sonucu, teknik

⁵⁹ *Hirş*, Fikrî Say I, s. 116; *Troller*, s. 146, 147 (Ortan, İşçi, s. 44'ten naklen) *Ortan*, s. C. I, s. 76; *Bainbridge*, s. 378 vd. ; *Bently / Sherman*, s. 450; *Thorley, S. / Miller, R. / Burkill, G. / Birss, C. / Campbell, D.* : Terrel on the Law of Patents, 16. Ed., London, 2006, s. 226; *Halpern / Nard / Port*, s. 196 dn. 76; *Muir, I. / Brandi – Dohrn, M. / Gruber, S.* : European Patent Law, 2. Ed., Oxford, 2002, s. 185; *Torremans*, s. 60.

⁶⁰ Tasarımda bu durum ticari değişiklikten daha öte şeklinde ifade edilmektedir. *Suluk*, s. 229 dn. 40.

⁶¹ Aynı yönde *Hirş*, Fikrî Say I, s. 120; *Bainbridge*, s. 378 vd.; *Bently / Sherman*, s. 443; *Cornish / Llewelyn*, s.176; *Halpern / Nard / Port*, s.195; *Francis / Collins*, s.183.

⁶² *Bainbridge*, s. 378 vd.; *Bently / Sherman*, s. 443; Aynı yönde *Hirş*, Sınai, s. 80; *Öztan, F.* : Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 91.

etkisi yahut versiyonudur⁶³. Toplum tarafından bilinmekte olan bir fikrî ürün, yeni olarak nitelenemeyeceği için, hak talep tarihinde varolan, alenileşmiş bu bilgiler, farklılık taşımayan sonraki fikrî ürünlerin yeniliğini kaldırır ve hakkın verilmesine / tescile engel olurlar.

Bir bilginin alenileşmiş kabul edilebilmesi için sahip olması gereken özellikler belli niteliklere sahip bir açıklamanın varlığı; açıklamanın, ilgili alandaki ortalama bir uzmana, - ek herhangi bir zahmete katlanmaksızın - fikrî ürünü ortaya koyabilmesini sağlayacak düzeyde bilgi vermesi⁶⁴; bilginin açıklandığı kaynağın alenileşmeyi sağlamaya uygunluğu⁶⁵; toplumu temsilen tek bir kişinin bile olsa, fikrî ürün hakkında bilgi sahibi olma⁶⁶, bu bilgiyi serbestçe kullanabilme ve yayabilme olanağına kavuşmuş olmasıdır⁶⁷.

⁶³ Aynı yönde *Bainbridge*, s. 378; *Bently / Sherman*, s. 452 dn. 63; *Thorley / Miller / Burkill / Birss / Campbell*,s.232;*Colston / Middleton*,s.160;*Phillips / Firth*,s.44.

⁶⁴ Aynı yönde *Hirş*, Fikrî Say I, s. 118; *Ayiter*, İhtira, s. 53; *Bainbridge*, s. 378 vd ; *Bently / Sherman*, s. 451; *Colston / Middleton*, s. 155; *IPH*, s. 20; *Aisenberg, I. M.* : “ A Step beyond Novelty, Utility and Non – Obviousnes ”, *IDEA - The Journal of Law and Technology*, S. 128 (1984 – 1985) (127 – 176), s. 127 vd. (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/idea25&collection=journals&id=137&print=50§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009); *Keller, G.* : “ Summary of Some Recent Decisions on the Board of Appeal of the EPO Regarding Questions of Novelty, Inventive Step and Structural Obviousness ”, *Journal of the Patent Office Society* (1993) (237 – 242), s. 238 <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos75&collection=journals&id=251&print=6§ioncount=1&ext=.pdf> (20. 12. 2009); *PatKHK*. m. 46 / I; *Maclaren v. B – I – W Group, Inc.*, 187 USPQ 345, 351 (N.Y. 1975); *H. K. Porter Company, Inc. v. The Gates Rubber Company*, 187 USPQ 692, 711 (Colorado 1975); *Chicago Steel Foundry Co. v. Burnside Steel Foundry Co.*, 132 F. 2d 812, 56 USPQ 537 (7th Cir.1943); *Barrett v. United States*, 405 F. 2d 502, 156 USPQ 565 (Ct. Cl. 1968) (*Aisenberg*, s. 127 vd.’ndan naklen); *EPOTBA T 0279 / 89* (*Keller*, s. 238’den naklen).

⁶⁵ Aynı yönde *Hirş*, Fikrî Say I, s. 120.

⁶⁶ *Ortan, C. I.*, s. 77; *Bently / Sherman*, s. 446; *Bainbridge*, s. 382; *Cornish / Llewelyn*, s. 178; *Colston / Middleton*, s.154; *Thorley / Miller / Burkill / Birss / Campbell*, s. 215; Aynı yönde *Bouchoux*, s. 304; *Schechter / Thomas*, s. 331; *Muir / Brandi – Dohrn. / Gruber*, s. 186; *Tekinalp, Ü.* : “ Yeni Patent Hukukunda ‘ Buluş Sahibi ’ İlkesi ve Gasp Davalarına İlişkin Bazı Sorunlar ”, *İÜHFİM* (Prof. Dr. Orhan Münir ÇAĞIL’ a Armağan Sayısı), C. LV, S. 4 / 1997, s. 131 (Buluş Sahibi), s. 131; *Erel*, s. 89.

⁶⁷ *Bently / Sherman*, s. 448; *Bainbridge*, s. 382.

B. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KRİTERİ UYGULAMASI

I. Yeniliğin Aranacağı Zaman

Yeniliğin aranacağı zaman, fikrî ürün üzerinde hak sahipliğinin doğduğu iddia olunan andır. Hâlihazırda bu an, tescile tabi haklarda, başvurunun yapıldığı gün, saat ve dakika; eğer bir rüçhan talebinde bulunulmuşsa, rüçhan tarihi⁶⁸; başvuru veya rüçhan tarihinden belli bir süre öncesinde olmak şartıyla, başvuru sahibi kaynaklı açıklama tarihidir. Tescile tabi olmayan haklarda (örneğin eserlerde ve tescilsiz tasarımlarda) ise, fikrî ürünün ortaya konulduğu, topluma sunulduğu tarihtir⁶⁹. Bu tarihten önce, alenileşmiş olan bilgiler, toplumun bilgi birikimini oluşturur ve bu birikime dâhil olan hususlar yönünden yeniliği kaldırıcı etkilidir.

II. Fikri Ürünün Yenilik Yönünden Kıyaslanacağı Bilgiler

Yenilik incelemesinde, - yukarıdaki prensiplere göre belirlenen - esas alınacak tarihten önce, yazılı veya sözlü biçimde, kullanım yoluyla ya da herhangi bir şekilde yapılan açıklama suretiyle, toplumca ulaşılabilir hale getirilmiş yani alenileşmiş bilgiler dikkate alınmaktadır⁷⁰. Bunun yanı sıra, ortalama bir uzmanın sahip olduğu genel uzmanlık bilgileri de, yenilik incelemesi yönünden alenileşmiş bilgilere dâhildir⁷¹.

III. Kıyaslamannın Yapılacağı Coğrafi Kapsam

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

⁶⁸ Paris Ant. m. 4 / B; *Hirş*, Fikrî Say I, s. 121; *Ayiter*, İhtira, s. 51 vd.; *Bently / Sherman*, s. 627; *Bainbridge*, s. 500; *Tritton*, s. 244; *Laddie, H. / Prescott, P. / Vitoria, M. / Speck, A. / Lane, L.*: The Modern Law of Copyright and Design, C. II, 3. Ed., Butterworths, London, 2000, s. 1976, s. 1970; *Musker*, s. 25, 34; *Suthersanen*, s. 37; *IPH*, s. 19; *Fellner*, s. 51 *Tekinalp*, s. 503; *Arkan, C. I*, s. 74; *Yosmaoğlu, N.*: Patentler, Know How'lar, Markalar, Ankara, 1978, s. 3; *Suluk*, s. 234.

⁶⁹ *Bently / Sherman*, s. 627; *Bainbridge*, s. 500; *Tritton*, s. 244; *Suluk*, s. 234.

⁷⁰ *Ortan, C. I*, s. 76; *Bently / Sherman*, s. 446 dn. 25; *Colston / Middleton*, s. 152; Aynı yönde *Suluk*, s. 230; *IPH*, s. 19.

⁷¹ *Ortan, C. I*, s. 76; *Bently / Sherman*, s. 453; Aynı yönde *Tritton*, s. 62; *Muir / Brandi – Dohrn. / Gruber*, s. 192.

herhangi bir yerinde ve herhangi bir şekilde kamuoyunca ulaşılabilir hale getirilen yani alenileşmiş fikrî ürünler, yeni deęildirler⁷².

IV. Kıyaslamayı Yapacak Kişi

Patent gibi bazı fikrî mülkiyet hakkı türlerinde ortalama uzman tabiri kullanılsa da, yenilik incelemesini kimin yapacağı açıkça düzenlenmiş değildir. Bazı türlerde kullanılan, uzman yahut bilgilenmiş kullanıcı gibi tabirlerin de, kıyaslamayı yapacak kişiden daha ziyade kıyaslama da dikkate alınacak kişi anlamında kullanıldığı görölmektedir. Oysa, uygulamada gerek hakların ihdası gerekse hükümsüzlük safhasında, yenilik incelemesi, isabetli şekilde ortalama uzmanlar tarafından yapılmaktadır⁷³.

Uzman, belli bir zamanda, ilgili fikrî mülkiyet alanında ortalama bilgiye sahip kişi olup, alandaki alenileşmiş bilginin mevcut durumunu, spesifik olmayan genel bilgileri, özellikle araştırma raporunda atıf yapılan dokümanları bilmesi, anlayabilmesi, normal araçlarla ve yine normal yeteneğiyle bildiklerini rutin olarak uygulayabilmesi yeterlidir⁷⁴. Ortalama uzmanın seçilmiş olmasının faydası, öncelikle tekniğin bilinen durumuna ait olan yazılı vb. açıklamalar (örneğin, bir makalede yayınlanmış buluş) ile piyasa satılan ürünler ayrımı yapıldığında ortaya çıkmaktadır⁷⁵. Yazılı vb. açıklama veya başvuru olarak tekniğin bilinen durumuna dâhil olmuş her fikrî ürünün, toplumun huzuruna çıkması söz konusu değildir. Ortalama uzman, hem piyasadakini hem de ilgili alandaki bilgileri bilmek zorunda olduğu için yerinde bir seçimdir.

V . Kıyaslamada Dikkate Alınacak Kitle

Hâlihazırda, yenilik incelemesinde dikkate alınacak kitleye ilişkin açık bir düzenleme olarak, sadece patent hakkında ortalama uzman kavramına rastlanmakta ve yeni olduğu kabul edilebilecek fikrî ürünün, ilgili alandaki ortalama bir uzman tarafından bilinmeyen ya da

⁷² *Ortan, C. I, s. 74; Bainbridge, s. 378.*

⁷³ Farklı görüşler için bkz. *Suluk, s. 257 dn. 169.*

⁷⁴ Aynı yönde *Ortan, C. I, s. 95, 96; Bainbridge, s. 379; Bently / Sherman, s. 450; Tritton, s. 62; Muir / Brandi –Dohm/Guber, s. 192.*

⁷⁵ *Bently / Sherman, s. 448.*

öngörülemeyen, ek bir zahmete katlanılmaksızın gerçekleştirilemeyen bir fikrî ürün olması aranmaktadır. Her ne kadar, tasarımlardaki bilgilenmiş kullanıcı kavramının da dikkate alınacak kitle olduğu iddia edilebilirse de, bu kitlenin yenilik değil, ayırt edicilik koşulunda yer aldığı görülmektedir. Markalarda ise, yenilik incelemesinden sözedilmemekle birlikte, markaların ayırt ediciliği / karıştırılma ihtimalinde, vasat tüketici kitlesi dikkate alınmaktadır. Yenilik incelemesinin söz konusu olduğu diğer haklarda açıkça bir kitle kavramı yer almamaktadır.

Fikrî mülkiyet hukukunda, yeniliğin, fikrî ürünün ortalama bir uzman tarafından bilinmeyen ya da öngörülemeyen, ek bir zahmete katlanılmaksızın gerçekleştirilemeyen bir fikrî ürün olması; ancak bu takdirde toplumun bilgi havuzuna bir katkı sağlanması ve sağlanan koruma ile toplumun serbest kullanım hürriyetinin kısıtlanmasının hakkaniyete uygun kabul edilebilmesi mümkün olacağından, patent hukukundaki ortalama uzman kavramının, yenilik incelemesinde dikkate alınmasının yerindeliği ortaya çıkmaktadır. Bunun yanı sıra, toplumun diğer kesimlerinin fikrî ürünle ilgili alandaki gelişmeleri sürekli takip etmeyeceği, buna karşılık ortalama uzmanın kendi alanındaki gelişmeleri takip edeceğinin kabulü, bu kavramın yerindeliğini ortaya koyan bir diğer sebeptir. Ortalama uzman kavramı aynı zamanda, tüm fikrî mülkiyet hakkı türlerinde de uygulanabilecek bir kriterdir. Örneğin, tasarım hakkı için de, yenilik incelemesinde, ilgili alandaki ortalama bir tasarımcı kriterinin uygulanması ve bu tasarımcı tarafından bilinmeyen ya da öngörülemeyen ek bir zahmete katlanılmaksızın gerçekleştirilemeyen bir tasarımın yeni kabul edilmesi, hakların amacına da daha uygun olacaktır.

Gerek marka hukukunda dikkate alınan “ vasat tüketici kitlesi ” gerekse tasarım hukukundaki “ bilgilenmiş kullanıcı ” kriterleri, yenilik yönünden değil, daha ziyade tecavüz yönünden yaklaşımların bir eseri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kriterler, tecavüzün varlığı veya yokluğu incelemesinde kullanılabilirlerse de, yenilik incelemesi ile tecavüz incelemesi çok farklı kurumlardır. Yenilik incelemesi, incelenen fikrî ürünün, bir hakkın ihdası için gereken şartları taşıyıp taşımadığına yönelik olup; tecavüzde ise, gerçekleşen bir fiilin “ ihdas edilmiş ve korunan ” bir

hakka tecavüzünün varolup olmadığı incelenmektedir⁷⁶. Her ikisi de, kıyaslananlar arasında bir benzerlik bulunup bulunmadığı temeline dayalı inceleme olmakla birlikte, aralarında farklılık bulunmaktadır. Yenilik incelemesinde, ortalama uzmanın ilgili alandaki mevcut bilgisiyle (ki bu düzey, doğal olarak, vasat tüketicinin bilgi düzeyinin çok üstündedir) yapılamayacak hatta öngörülemez bir farklılık olması aranmaktadır. Bu, benzememe çitasını haliyle çok yükselten bir kabuldür. Yani bir uzmanın “ benzememe ” yargısına vardığı bir durumda, vasat tüketicinin evleviyetle “ benzememe ”ye karar vereceği aşikârdır⁷⁷. İkinci olarak, ortalama uzmanın benzeyip benzememede dikkate alabileceği, dolayısıyla fikrî ürünün korunmayı gerektirip gerektirmediği hususunda yararlanacağı bilgiler toplamı, daha geniş olmaktadır. Bununla bağlantılı üçüncü farklılık, uzmanın “öngörülebilir” fikrî ürünleri de benzerlik incelemesinde dikkate alacak olmasıdır. Oysaki vasat tüketicinin dikkate alabilecekleri “ mevcutlarla ” sınırlıdır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, ortalama uzmanın yenilik incelemesinde dikkate alınması, daha hakkın ihdası aşamasında korunmayacak fikrî ürünlerin elenmesi nedeniyle, tüketiciyi yanılma ihtimalinden bu safhada kurtaracaktır⁷⁸. İkinci bir fayda, korunmayı hak etmeyen bir kişinin, tecavüz safhasına kadar geçecek az veya çok sürede haksız yararlanmasına engel olacaktır. Bunun yanı sıra, gelişme gösterme incelemesi vb. zaman ve emek kaybına neden olan bir çok külfetten kurum, uzman ve tarafları da kurtaracaktır. Vasat tüketicinin benzememe yargısına vardığı bir durumda, uzmanın geniş bilgisi, daha çok fikrî üründe kıyaslama yapması ve hatta mevcut olmadığı halde öngörülebilecek fikrî ürünleri de dikkate alması karşısında, benzer olduğu ve kişiye tekel hakkı tanınmaması gerektiği yargısına ulaşabilecektir. Bu sonuç, hakların amaçlarına uygunluğun yanı sıra, vasat tüketicinin dikkate alınmasının gayesi olan vasat tüketicinin korunması açısından da daha

⁷⁶ Aynı yönde *Arseven*, s. 141.

⁷⁷ Aynı yönde *Arkan, C. I*, s. 103; *Yasaman, H. / Altay, S. / Ayoğlu, T. / Yusufoglu, F. / Yüksel, S.* : Marka Hukuku, C. I, İSTANBUL, 2004, s. 399 (Müellifler, “ malın son alıcısı uzmanlar ise, markalar arasında iltibas tehlikesinin azalacağı” görüşündedirler.)

⁷⁸ Aynı yönde *Öçal, A.* : Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara, 1967, s. 71 (Müellif, “ yenilik incelemesinin bir ön süzgeç vazifesi görerek tecavüz hükmünün sağladığı himayeye başvurma ihtimalinin azalacağı ” görüşündedir.).

elverişlidir. Ayrıca, uzmanın, incelemesi sırasında vasat tüketicinin bakış açısından bakmasına da engel değildir.

VI . Kıyaslama

Karşılaştırma, fikrî ürünün koruma talep edilen unsurları (örneğin, patent istemleri⁷⁹) için yapılır ve bu unsurlar yorumlanırken başvuru da yer alan diğer açıklamalar (örneğin, patent tarifname ve resimleri) da dikkate alınır. Bu unsurlar, daha önce yapılmış her bir münferit açıklamanın, genel içeriğiyle kıyaslanır⁸⁰ . Karşılaştırmada önemli olan, kelime kelimesine aynılık değil, fikrî ürün olarak tarif edilen özelliklerin içeriğinin aynı (eşdeğer) olmasıdır⁸¹ . Fikrî ürünün yeniliği kıyaslanırken, karşılaştırıldığı açıklanmış münferit bilgilerin kapsamı önemlidir. Burada, ortalama uzman varsayımından hareket edilir ve ortalama bir uzmanın ek herhangi bir araştırma, inceleme vb. zahmete katlanmaksızın içeriğini bildiği veya sonuçlarını öngörebildiği fikrî ürünlerin, yeniliği kaldırması ölçüsü kullanılır. Yapılan bu kıyaslama sonucunda, eğer fikrî üründe koruma talep edilen unsurlar, toplumun bilgisine dâhil olan unsurlar değilse yahut önceki fikrî ürünlere oranla, ilgili alandaki ortalama bir uzman tarafından, zahmet çekmeksizin yapılabilecek /öngörülebilecek basit değişikliklerden öte bir gelişmeyle, bunların yeni olduğuna karar verilecektir⁸² .

C. YENİLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKKI TÜRLERİNDEKİ ÖZELLİKLERİ

I. Yenilik Kavramının Belirtildiği Türler

a. Patent

Yenilik, patente konu olan buluşun, ait olduğu alanda, kimse tarafından bilinmemesi veya bilinenlerden belli bir düzeyde farklı olmasıdır. Patent hakkının, bir fikrî ürünün işlevsel yani teknik yönüne ilişkin olması nedeniyle, alenileşmiş bilgiler patent hukukunda, “ tekniğin

⁷⁹ Aynı yönde PatKHK. m. 83 / I; *Ortan*, C. I, s. 79; *IPH*, s. 19.

⁸⁰ Aynı yönde *Ortan*, C. I, s. 79.

⁸¹ Aynı yönde PatKHK. m. 83 / IV; Karş. *Öztürk*, s. 235.

⁸² Aynı yönde *Ortan*, C. I, s. 76.

durumu ” olarak ifade edilmekte, yenilik incelemesinde kriter olarak tekniğin bilinen durumu ön planda incelenmektedir⁸³.

Yenilik kriteri ve uygulamasına ilişkin olarak yukarıda açıklanan genel esaslar, patentler yönünden de geçerlidir. Hukukumuzda da, patent hakkı açısından aynı esaslar benimsenmiştir (PatKHK. m. 7 vd).

b. Endüstriyel Tasarım

Fikrî mülkiyet hakkı sağlanan fikrî ürünlerin temel özelliklerinden olan yenilik, tasarım hakkında ürünün görünümü yönünden ortaya çıkar⁸⁴. Fikrî mülkiyet hukukundaki yenilik kriteri, tasarım hakkı için de aynen geçerli olup, yenilik ile aranan, tasarımın toplumca bilinmemesi veya toplumca bilinen tasarımlardan nitelikli farklı olmasıdır⁸⁵. Yeni olduğu iddia olunan tasarımın, işte bu farklılık düzeyini aşmış olması gerekir ki, bu eşiğe doktrinde yenilik basamağı da denilmektedir⁸⁶. Aranan bu farklılığın düzeyi, uyumlaştırmadan önceki İngiliz ve Avustralya hukukunda “ *ticari değişiklikten (trade variant) daha öte olma* ” şeklinde belirtilmiştir⁸⁷. Tescilsiz tasarımları, orijinallik gibi kolay karşılanabilir bir kriterle koruyan bu ülkelerde bile, fikrî üründe bulunan farklılıkların, önemsiz değişiklikler olmaması, tasarımda, bir gelişme unsurunun bulunması gerektiği belirtilmektedir⁸⁸. Aynı kriter, AB hukukunda ve hukukumuzda “ *sonraki tasarım öncekinden ‘ küçük denemeyecek farklılık gösteriyorsa ’* ” veya “ *öncekilerden esaslı farklılık gösteriyorsa* ”⁸⁹ ” şeklinde ifade edilmiş ve bunun dışında yenilik değerlendirmesinde ne gibi kriterlere başvurulacağı belirtilmemiştir. Bu kabullerdeki “ daha öte ”, “ küçük denemeyecek farklılık ” ve “ öncekilerden esaslı farklılık ” kavramları çok muğlâk kavramlardır. Tekinalp’e göre, “ *Fark, aynı olmayı ortadan kaldırmıyor, mevcut tasarım ‘*

⁸³ Ortan, C. I, s. 75.

⁸⁴ Musker, s. 27; Francis / Collins, s. 717; Suluk, s. 233.

⁸⁵ Aynı yönde Bently / Sherman, s. 625, 632; Bainbridge, s. 500; Cornish / Llewelyn, s. 545; Tritton, s.244; Colston / Middleton, s.431; Suthersanen, s.37; Fellner, s.51; Suluk, s.229.

⁸⁶ Suluk, s. 229 dn. 41.

⁸⁷ Cornish / Llewelyn, s. 545; Fellner, s. 51; Suluk, s. 229.

⁸⁸ Torremans, s. 341.

⁸⁹ Suluk, s. 231.

görünümünü ' sürdürüyor; fark, sadece mevcut görünüme, yani mevcut tasarıma ek, onda bir değişiklik, ondan bir sapma niteliği taşıyorsa, yani farklılık ' mevcut tasarım ' esas alınarak ondan hareketle yapılmışsa küçüktür⁹⁰ ". Hirş de, " tasarımın, tamamen veya kısmen yeni olması gerekir. Bununla tasarımın, onu şimdiye kadar bilinen aynı türden tasarımlardan ayırt edilmesini sağlayacak bir karakteristik özelliğinin bulunması gerektiği anlaşılır⁹¹ " görüşündedir. ABD'de ise, tasarımlar, patentlere ilişkin hükümlere tabi olduğundan, tasarımlardaki yenilik incelemesi de, patentteki gibidir⁹². Kanaatimizce, tasarım sahibinin mevcut tasarımın genel görünümüne ne gibi bir unsur kattığı ve bu katılan unsurun nitelikli yeni yani tasarımın esasını etkileyici olup olmadığı; katılan bu unsur sayesinde tasarımın " genel görünümünde " esaslı bir farklılığın oluşup oluşmadığı; özellikle tasarımın genel görünüm itibariyle önceki bir tasarımın versiyonu olarak algılanıp algılanamayacağı (öngörülebilir olup olmadığı) incelenmelidir⁹³. Burada da, ilgili alandaki ortalama bir uzmanın, zahmet çekmeksizin öngörülebileceği sonuçlar, fikrî ürünün alenileşmesi kapsamında bulunmalı; önceden bilinen fikrî ürünlerin zorunlu sonucu, teknik etkisi yahut **versiyonu**⁹⁴ olan fikrî ürünler, öngörülebilir olma kapsamında değerlendirilerek fikrî ürünün yeni olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

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

⁹⁰ Tekinalp, s. 616.

⁹¹ Hirş, Fikrî Say I, s. 192.

⁹² Bouchoux, s.309; Schechter / Thomas, s.311; Francis / Collins, s.716; Phillips / Firth, s.379.

⁹³ Aynı yönde Green Paper 5. 5. 6. 2, s. 72; Karş. Tekinalp, s. 616.

⁹⁴ Aynı yönde Bainbridge, s. 378; Bently / Sherman, s. 452 dn. 63.

Benzerlik yönünden kıyaslanabileceği bir tasarım dahi olmadığından, daha önce toplumca hiç bilinmeyen bir tasarımın, “ toplumca bilinen tasarımlardan tamamen yahut en azından belli bir düzeyde farklı görünümün bulunması ” şartını sağlayacağı ve yeni olarak kabul edileceğini izaha gerek bulunmamaktadır. Buna karşılık, öncekilerden esinlenerek oluşturulan tasarımların, yenilik için, öncekinden korumayı gerektirecek düzeyde bir farklılık taşıması gereklidir⁹⁵. Hirş de, “ *tasarımdaki her kısmın yeni ve orijinal olmasının şart olmadığı, kısmen eskiden bilinen, kısmen yeni tasarım unsurlarıyla yeni bir tip meydana getirilmesinin yeterli olduğu; genel görünümdeki yeniliğin ölçüsü olarak, insan gözünün, tasarımın bilinen tasarımlardan farklılığını, ilk bakışta, açıkça hissetmesi olduğu* ”⁹⁶ görüşündedir. Hirş’in bu görüşü dikkatle incelendiğinde, tasarımda mutlaka yeni ve orijinal unsurların bulunması ve bu unsurlar sayesinde yeni bir görünüm elde edilmesinin arandığı; bunun ölçüsünün ise “ ilk bakışta ve açıkça hissedilmesi ” olduğu görülmektedir. Bu ölçü, tasarımlardaki yenilik incelemesinde günümüzde de en önemli sorun olarak karşımıza çıkan muğlâklığı giderecek ölçülerden birisidir. Günümüz mevzuatında incelemelerde esas alınan “ tasarımın genel izlenimiyle ” kastedilen de, insanın ilk bakışta elde ettiği izlenimden başka bir şey olmasa gerekir⁹⁷.

Yenilik incelemesinde, farklılığın küçük ayrıntıda olması, önemsiz değişiklik olması gibi ölçütlerin kime göre belirleneceği yani kıyaslamada dikkate alınacak kitle yönünden bir düzenleme bulunmamaktadır⁹⁸. Yenilik incelemesi tasarım korumasının hak edilip edilmediğine yöneliktir ve bunu en iyi tespit edebilecek kitle de ilgili alandaki ortalama uzmandır⁹⁹.

⁹⁵ Aynı yönde *Suluk*, s. 231.

⁹⁶ *Hirş*, Fikrî Say I, s. 192 vd.; Aynı yönde *Suluk*, s. 231.

⁹⁷ Aynı yönde *Suluk*, s. 253.

⁹⁸ Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 632.

⁹⁹ Aynı yönde *Colston / Middleton*, s. 432 (Müellifler, “ Kıyaslanmanın tüketiciden ziyade tasarımcı gözüyle yapılması gerektiği ” görüşündedirler.).

Tasarımlarda, alenileşmiş bilgilerde sınırlama yapan hükümlere rastlanması (Örneğin, AB hukukundaki güvenlik klozu¹⁰⁰ gibi) gibi haller hariç yenilik kriteri ve uygulamasına ilişkin olarak yukarıda açıklanan genel esaslar, tasarım hakkı yönünden de geçerlidir. Hukukumuzda da, tasarım hakkı açısından aynı esaslar benimsenmiştir.

c . İslahçı Hakları

İslahçı haklarının Korunmasına ilişkin olarak, Trips Anlaşması'nın ve YBitK.'nin temelini oluşturan UPOV Anlaşması'nın 5 / 1 maddesinde, ıslahçı hakkının korunmasının şartlarından biri olarak belirtilen yenilik, 6. maddede “ çoğaltım veya hasat materyallerinin, koruma için yapılan başvurudan belli bir süre (koruma istenen ülkede bir; diğer ülkelerde dört, ağaç ve asma çeşitlerinde altı yıl) öncesine kadar, satım vb. bir yolla işletilmemiş olması ” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak bu düzenleme, fikrî mülkiyet hukukunun genel esasları çerçevesinde, bir yenilik tanımından daha ziyade, “ yeniliği ortadan kaldırmayan açıklamaların ” ifadesidir. Oysa, yenilik, bu veya diğer açıklama şekilleriyle, bitki çeşidinin daha önce topluma sunulmamış olmasıdır. Bu düşüncemizi teyit eden diğer husus, aynı Anlaşma'nın - 5 maddede de ikinci koruma şartı olarak belirtilen - “ farklılık ” başlığını taşıyan 7. maddesinde, “ daha önce bilinenlerden farklı olma ” şeklinde ifade edilen şart dikkate alındığında, diğer türlerde yenilik olarak belirtilen “ daha önce bilinmeme ” özelliğinin bu haklarda “ farklılık ” diye adlandırılmasıdır¹⁰¹. “Daha önce bilinenlerden farklı olma ” ifadesi, farklılığı ifade ettiği kadar; kıyaslanan, farklı olduğu kabul edilen şeyin de daha önce bilinmediğini, zorunlu olarak ortaya koyar. Yukarıda ayrıntılarıyla izah edildiği üzere, ‘bilinmiyor olma’, tüm fikrî mülkiyet haklarında yeniliği ifade etmektedir.

¹⁰⁰ *Bently / Sherman*, s. 628; *Suthersanen*, s. 43; *Suluk*, s. 240 dn. 93.

¹⁰¹ Aynı yönde *Tüysüz, M.* : Yeni Bitki Çeşitleri Üzerindeki İslahçı Hakkı, Ankara, 2007, s. 123; *Tritton*, s. 431; Karşı görüş için bkz. *Kooij, von der P.A.C.E.* : Introduction to the EC Regulation on Plant Variety Protection, London, 1997, s. 15 (Müellif, bu görüşümüzün aksi görüşte olmasına karşılık, “ *ıslahçı haklarındaki bu düzenlemenin, fikrî mülkiyet hukukunun genel esaslarından farklı olduğunu kabul etmekte; aynı zamanda ıslahçı haklarındaki farklılık kavramının, patent haklarındaki yenilik kavramıyla aynı anlama geldiğini* ” de ifade etmektedir.); *Odman Boztosun, N. A.* : İslahçı Hakkı, Ankara, 2006, s. 102.

Bir an için ıslahçı haklarının, kendine has özellikleri nedeniyle kavramlara farklı anlamlar yüklenebileceği düşünülse bile, yapılan düzenleme yine izah edilememektedir. Patent korumasına çok büyük benzerlikleri olan ıslahçı hakkında “ gelişme gösterme koşulunu ” ifade eden bir düzenleme olmaması; bu koşulu karşılaması gereken “ farklılık ” koşulunun, yenilik tanımıyla; “ yenilik ” koşulunun da, yeniliği kaldıran açıklama şeklelerinden sadece biriyle doldurulmuş olması söz konusudur. *Bouchoux*'un , “ *ıslahçı hakkındaki farklılık koşuluyla, patentteki gelişme gösterme, buluş basamağını aşma, alışılmadık olma koşulunun büyük ilişkisi olduğu* ¹⁰² ” görüşü de, kanaatimizce farklılık koşulunun, gelişme gösterme koşuluna duyulan ihtiyacı karşılamasının gerektiğini ortaya koymaktadır.

Anlaşmanın 6. maddesinde, her ne kadar, “ yeni sayılma süresinin çeşidinin kullanım amacıyla satımı vb.den başlayacağı ¹⁰³ ; bu süre içinde ticaretinin yapılmasının yeniliği etkilemeyeceği ¹⁰⁴,” öngörülmüşse de, bunun kabulü mümkün değildir ¹⁰⁵ . Fikrî mülkiyet haklarında, alenileşme ve yeni sayılma süresinin başlayabilmesi, sadece fikrî ürünün kullanım amaçlı satımı şartına bağlanmamıştır. Nitekim bu hatalı yaklaşım, toplumun hakkaniyetin gerektirdiğinden daha uzun süre, serbest kullanımdan mahrum bırakılması nedeniyle, fikrî mülkiyet haklarının temel esaslarına ve amaçlarına aykırı olmakta; - Paris Anlaşması hükümlerince, belli bir süreden önceki sergileme yeniliği kaldırmasına rağmen - “sergileme de dahi”, yeni sayılma süresinin işlemeye başlamayacağı şeklinde düşüncelere yol açmaktadır ¹⁰⁶ .

UPOV Anlaşması'ndaki mevcut bu düzenlemelerin, hem eksik hem de yanlış olduğu görülmektedir. Düzenlemede yenilik, farklılık başlığı altında ifade edilmiş; farklılık da, “ gelişim sağlamayı ” ifade etmesi gerekirken, muğlâk bir tanım olarak kalmıştır. Düzenlemede bilinmemesi olgusunun ‘ kim ’ yönünden söz konusu olduğuna dair açık bir ifade de bulunmaktadır. Ayrıca,

¹⁰² *Bouchoux*, s. 310.

¹⁰³ Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 579; *Odman Boztosun*, s. 103.

¹⁰⁴ *Phillips / Firth*, s. 394.

¹⁰⁵ Aynı yönde *Phillips / Firth*, s. 394.

¹⁰⁶ *Odman Boztosun*, s. 103 dn. 131.

“ yurtdışındaki çeşitlere tanınan uzun sürenin, yurtiçindekilere tanınmaması ” düzenlemesi de hakkaniyete aykırıdır.

Kanaatimizce, amacına uygun olmasa da, bu düzenlemeler ve Anlaşmanın 11. maddesi dikkatle incelendiğinde, hükümlerle, patent hakkındaki benzer bir yenilik incelemesi hedeflendiği anlaşılmaktadır. Bu durum, her ne kadar farklılık başlığı altında ifade edilmiş olsa da, “daha önce bilinmeme” şartının aranılması, yenilik incelemesinde esas alınan zamandan belli bir süre öncesine kadar gerçekleşen fiillerin yeniliği ortadan kaldırmaması, sağlanan gelişmenin açıkça ayırt edilebilir (clearly distinguishable) düzeyde olması gerekliliği, Anlaşmanın 11. maddesinde rüçhan hakkının ayrıca düzenlenmesi vb. den anlaşılmaktadır. Yine, Anlaşma’nın 6. maddesinde, yenilik incelemesinde, Dünya genelindeki bilgilerin dikkate alınacağına ortaya konması, düzenlemenin mutlak yeniliği aradığını ortaya koymaktadır. Anlaşma’nın 7. maddesinde tekniğin bilinen durumu gibi objektif bir kriterin uygulanması, aynı zamanda koruma talep edilen çeşidin, öncekilerden farklılıklarının esaslı olup olmadığını tespit için kullanılacak kriterler oluşturmaya yönelik çalışmalar¹⁰⁷ koruma için objektif yeniliğin hedeflendiğinin göstergesidir.

Anlaşma’nın hedeflediği koruma şekline ulaşmak için, çok büyük bir çaba sarfetmeye gerek de bulunmamaktadır. Fikrî mülkiyet haklarındaki yeniliğe ilişkin temel esasların Anlaşma’ya dâhil edilmesi yeterli olacaktır. Öncelikle 6. maddede yer alan yenilik tanımının “ çeşidin, incelemeye esas alınan zamanda bilinmiyor olması ” şeklinde değiştirilmesi, “bilinmemeyi tespit için ortalama bir uzmanın bilgisinin ” kriter olarak alınması; maddedeki mevcut hükmün, “ yeniliği ortadan kaldırmayan açıklamalar ” olarak diğer benzeri açıklamalarla bir arada düzenlenmesi; alenileşmeyi sağlayan açıklama türleri olarak sadece “ çoğaltım veya hasat materyallerinin, koruma için yapılan başvurudan belli bir süre öncesine kadar satım vb. bir yolla işlenmemiş olması ” nın değil, tüm açıklama şekillerinin kabulü gereklidir. Bunun yanı sıra, 7. maddedeki farklılık şartının da, amacına uygun olarak, gelişme gösterme şartını ortaya koyacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Hükümde belirtilen “ açıkça ayırt edilebilir

¹⁰⁷ *Odman Boztosun*, s. 98 dn. 106 ve 107.

düzye farklı olma ” şartı ise, özellikle ayırtedilebilir ibaresi nedeniyle muğlak bir şarttır. Bu kriterin somutlaştırılması gerekmektedir.

Yenilik, kısaca, koruma talep edilen bitki çeşidinin, daha önce doğada bulunmaması¹⁰⁸, kimse tarafından bilinmiyor olmasıdır. Alenileşmeye neden olan açıklama şekilleri, yeniliği kaldırmayan açıklamalar, incelemeye esas alınan zamanın belirlenmesine ilişkin esaslar, kıyaslamayı yapacak kişi ve kıyaslamada dikkate alınacak kitle yönlerinden genel esaslar, kanaatimizce, ıslahçı hakları için de geçerlidir.

Hukukumuzda, genel olarak yukarıdaki esaslar benimsenmiştir.

II. Yenilik Kavramının Açıkça Belirtilmediği Türler

a. Eser

Eser haklarında, hâlihazırda, sadece orijinal olma yahut sahibinin hususiyetini taşıma şeklinde ifade edilen bir koşulun karşılanması, koruma için yeterli kabul edilmektedir. Eserlerin oluşumundan, bu kapsamdaki fikrî ürünlerin çeşitlerinin fazlalığından, tarihi sebeplere kadar geniş bir sebepler yelpazesinin sonucunda, gerek mevzuat gerekse doktrinde “eserlerin koruma koşullarının asgari seviyede tutulması” yaklaşımı, bu kapsamda yeni sonuçların yahut ilk olmanın değil, ferdi yaratmaların korunduğu gerekçesiyle, yeniliğin aranmayacağı görüşü hâkim bulunmaktadır¹⁰⁹. Bu nedenle, hâlihazırda, mevzuatlarda, eser ve bağlı hakların korunma şartı olarak yenilik koşuluna yer verilmemektedir. Haliyle, bir yenilik incelemesi de yapılmamaktadır. Ancak, bu sebeplerin hiçbirini, korumayı hak edecek bir fikrî ürünün taşınması gereken niteliklerin ve bu kapsamda yeniliğin aranması; toplumun geliştirilmesi, fikrî ürün sahibinin teşvik edilmesi, hak sahibinin menfaatleri - toplum menfaatleri dengesinin sağlanması gereklerini ortadan kaldırmamaktadır.

Yenilik, kısaca hakka konu olan eserin (bağlı haklarda icranın veya tespitinin), koruma talep edilen haliyle bilinmiyor veya ilk kez ortaya

¹⁰⁸ *Bouchoux*, s. 310.

¹⁰⁹ *Bently / Sherman*, s. 88; *Bouchoux*, s. 169; *Schechter / Thomas*, s. 22 vd.; Aynı yönde *Torremans*, s. 178; *Tekinalp*, s. 99; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 84; *Karş. Öztan*, s. 96 - 99.

konulmuş olması yahut da bilinenlerden basit değişiklikten öte farklı olması anlamı taşımaktadır.

Koruma için hâlihazırda tescil (başvuru) şartı bulunmadığı için¹¹⁰, eser hakları yönünden, rüçhan hakkı veya yeniliği kaldırmayacak açıklama süreleri de söz konusu olamamakta; eserin topluma arz tarihi, korumanın başlangıç tarihi ve dolayısıyla yeniliğin belirlenmesinde esas alınan tarih olmaktadır. Kanaatimizce, bu durum ve koruma süresinin patent, tasarım gibi diğer fikrî mülkiyet haklarına nazaran daha uzun tutulmuş olması; niteliksiz bir koruma ile mağdur edilen gerçek eser sahiplerinin mağduriyetlerinin, bir parça olsun hafifletilmesi düşüncesinin ürünüdür ki, niteliksiz korumaya neden olan mevcut yaklaşımın doğru olmadığına ikrarı anlamına da gelmektedir. Bu hakların tescile tabi olmamasının kabul edilebilir bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu haklarda da bir yandan tüm kriterler aranarak sadece hak eden ürünlere koruma sağlanması, yani korumanın nitelikli kılınması buna karşılık, tescil zorunluluğu getirilmesi, bağlı olarak rüçhan ve yeniliği kaldırmayan açıklama sürelerinin tespit edilmesi, yenilik incelemesinde başvuru veya rüçhan tarihinin esas alınması ve yeniliği kaldırmayan açıklama süresi de dikkate alınarak yenilik hakkında karar verilmesi gerekir.

Bir an için, eserin koruma şartlarını taşıyıp taşımadığı incelemesinin zorluğu, tescilin zorunlu olmamasına gerekçe gösterilebilirse de, tasarım vb. haklarda olduğu gibi, şekli inceleme sonucunda tescil edilmek ve 3. kişilere koruma şartlarının bulunmaması nedeniyle itiraz ve hükümsüz kaldırma imkânları tanınmak suretiyle, bu zorluk ortadan kolaylıkla kaldırılabilir.

b. Entegre Devre Topoğrafyası

Topoğrafyaların Korunmasına ilişkin olarak Trips Anlaşması' nın ve EntDevK.' nun temelini oluşturan Washington Anlaşması' nın 3 / 2 - a maddesinde, topoğrafyanın korunmasının şartlarından biri olarak, “ tasarlama sırasında entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları arasında bilinmiyor olma ” düzenlenmiştir. Bu maddenin başlığı her ne kadar “ orijinallik ” olsa da, maddede, hem orijinallik ayrı

¹¹⁰ Colston / Middleton, s. 261.

bir şart olarak belirtilmiş; hem de orijinallik “ kişinin kendi fikrî çabasının sonucu olması ” şeklinde ayrıca açıklanmıştır. Ancak, orijinalliğin anlamı yukarıdaki bilinmeme şartını kapsamamaktadır. Dolayısıyla bunun, orijinalliğin kapsamı dışında bir şart olduğu, ayrı bir şeyi ifade ettiği açıktır. Yukarıda ayrıntılarıyla izah edildiği üzere “ bilinmiyor olma ”, tüm fikrî mülkiyet haklarında yeniliği ifade etmektedir.

Bu düzenleme dikkatle incelendiğinde, hükümlerle patent hakkındakine benzer bir yenilik incelemesi hedeflendiği, ancak çok kötü kaleme alındığı anlaşılmaktadır. Bu durum, yenilik incelemesinde kullanılan, “ incelemeye esas alınan zamanda bilinmeme gerekliliği ”nin, “ tasarlama sırasında ” şeklinde; “ incelemede esas alınan alandaki ortalama uzman ”ın da, “ entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları ” şeklinde ifade edilmesinden anlaşılmaktadır. Düzenlemede, iki objektif kriter konulmasının hedeflendiği, ancak, mevcut bu düzenlemenin hem eksik hem de yanlış olduğu görülmektedir.

Yenilik, kısaca entegre devre topoğrafyasının alenileşmemiş olmasıdır. Öncelikle, topoğrafya hakkının tanınabilme şartları arasına bir yenilik şartı konulması ve orijinallik başlığı altında düzenlenmiş bulunan “ entegre devre topoğrafyasının bilinmiyor olmasının ”, yenilik şartı olarak belirlenmesi gerekir. Orijinallik, fikrî mülkiyet hukukunda, sahibinin hususiyetini taşıma şeklindeki farklı bir anlam ve işlevi daha yüklenmiştir ki bu anlam, topoğrafyanın kişinin kendi fikrî çabasının sonucu olması şeklinde ifade edilmektedir (Washington Anl. m. 3 / 2 – a).

Washington Anlaşması’nda, incelemeye esas alınan zamanda bilinmeme gerekliliğinin, “ tasarlama sırasında ” şeklinde; bilinmemede esas alınan alandaki ortalama uzmanın, “ entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları ” olarak; incelemede dikkate alınacak coğrafi kapsamın da “ dünyanın herhangi bir yerindeki açıklamanın yeterli olduğu (m. 7 / 1)” şeklinde belirtilmesi karşısında, mutlak yeniliği hedeflediği anlaşılmaktadır. Ancak, mutlak yenilik şartı için, düzenlemelerdeki yukarıda belirtilen yanlışlıkların giderilmesinin yanı sıra; başvuru, rüçhan veya yeniliği etkilemeyen açıklama tarihinden önce alenileşmiş tüm bilgilerin, yeni kabul edilmeyeceğinin hüküm altına alınması gerekir. Bunun için öncelikle,

alenilemiş bilgilerin sadece “ entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları ” tarafından bilinenlerle sınırlandırılmasının kaldırılması şarttır.

Yeniliğin incelenmesinde, topoğrafya, tekniğin, koruma talep edilen zamandaki durumuna ait olan bilgilerle karşılaştırılmalıdır. Topoğrafyanın karşılaştırılan konusu, koruma talep edilen " entegre devrenin yerine getirdiği elektronik işlevleri tanımlayan bilgilere, bunları gerçekleştiren devre ve şekillerine " göre belirlenmelidir.

Mehaz düzenlemelerdeki hükümlerin aynen alınmış olması nedeniyle, yukarıda yaptığımız açıklamalar hukukumuz yönünden de geçerli olmaktadır.

c. Marka

Marka hakkında da, tescili talep edilen markanın, daha önceki bir marka ile aynı yahut benzer olmaması, mevcutlardan farklı olması niteliği aranmaktadır (40 / 94 sayılı AB. Direktifi m. 7 / 1 - b; MarKHK. m. 7 / 1 – b) ki bu yenilik kriteriyle aranan mevcutlardan nitelikli farklı olma özelliğinden başka bir şey değildir. Mevcutlardan farklı olan, aynıysa yahut benzeri olmayan bir markanın yeni olduğu izahından varestedir. Bir an için, “ bu şartın sadece ‘ daha önce tescil edilmiş ’ markalarla aynı yahut benzer olmama şeklinde olduğu ” eleştirisi akla gelse de, daha önce üstün hak sağlamış tescilsiz markaların da, aynı yahut benzer olma nedeniyle tescil engeli oluşturması karşısında, aynı sonuca ulaşılmaktadır. Yine, “daha önce mevcut olan bir markanın, tescilli olmadığı bir mal veya hizmet sınıfında tescilinin istenmesi halinde, daha önce işaret olarak mevcut olan bir markanın var olduğu dolayısıyla yeni olmadığı” düşünülebilirse de, burada, markanın daha önce var olmadığı bir sınıfta oluşmasının, yeniliği sağlaması nedeniyle sonuç değişmemektedir.

Buna karşılık, marka hakkında, tüm yararlanma şekilleri açısından ilânihaye koruma esasının benimsenmiş olması nedeniyle, yenilik kriterinin en önemli işlevi olan, koruma süresinin toplum aleyhine uzamasını engelleme işlevinde kullanılmadığı görülmektedir. Koruma süresinin sınırlandırılmadığı bir kabul de, sürenin başlangıcının tespitine de (çifte hak sahipliğini önleme dışında) gerek kalmamaktadır. Bu işlevde

kullanılmama nedeniyle, işlevin gerektirdiği genel yenilik esasları da, marka hakkında geçerli olamamakta, örneğin sınırlı bir yeniliği kaldırmayan açıklama süresi belirlenmemektedir. Kriter, sadece çifte hak sahipliğini önleme işleviyle ve bu çerçevedeki uygulamalarla sınırlı olarak kullanılabilir.

Markada da önceki markalardan esinlenmek söz konusu olabilir. Ancak, bu esinlenme miktarı, markayı diğerlerinden belli bir düzeyde farklı kılmıyorsa, marka öncekinin aynı veya basit farklılık düzeyindeki değişik hali ise, marka başvurusunun reddine neden olmaktadır. Doktrinde, markalar yönünden yenilik ve gelişme basamağı kavramlarına yer verilmemiş olması, markalar yönünden yenilik ve gelişme unsurlarının aranmadığı veya gerekmediği anlamına gelmez. Örneğin, patentlerde uygulandığı şekilde, nicelik ve nitelik yönlerinden farklılık ayrımı, tüm fikrî mülkiyet haklarına uygulanma kabiliyetine sahiptir. Markalar yönünden bu ayrım, markanın sahip olduğu ayırt ediciliği sağlayan unsurunun, nicelik yönünden önceki markalardan farklı olması halinde markanın yeniliği; bu unsurun, nitelik yönünden önceki markalardan korunmayı hak edecek düzeyde farklı olması halinde ise, gelişme gösterme özelliğine sahipliği şeklinde ortaya çıkar. Bu durumu somutlaştırmak gerekirse, marka, önceki markanın tüm unsurlarını aynen taşıyorsa markanın aynı olduğu, yenilik ve gelişme basamağı taşımadığı dolayısıyla korunamayacağı sonucuna varılacaktır. Marka, önceki markanın ayırt edici unsurundan nitelikli farklılık taşıyorsa, markanın yeni olduğu sonucuna varılacak ve farklılığın “ niteliğinin düzeyi ” incelenecektir. Eğer bu farklılık, nitelik itibariyle de, tek hakının tanınmasının hakkaniyete uygun kabul edilebileceği bir düzeyde ise yani topluma ayırt etme kabiliyetine sahip bir işaret kazandırma (gelişme gösterme) koşulunu karşıladığı ve dolayısıyla korunabileceği sonucuna varılabiliyorsa tescil edilecektir. Eğer bu farklılık, nitelik itibariyle, ayırt etme kabiliyetine sahip olma düzeyinde değilse; örneğin, önceki markanın itibarına zarar veriyor veya ayırt edici karakterini zedeliyorsa, markanın gelişme basamağı taşımadığı, önceki marka ile ayırt ediciliği bulunmadığı ve dolayısıyla korunamayacağı sonucuna ulaşılabilecektir.

Günümüz marka hukukunda, yenilik incelemesi olarak adlandırılmasa da, marka hakkının öne çıkan niteliği nedeniyle, alenileşmiş bilgiler “ önceki tescilli veya başvurusu yapılmış marka ” olarak ifade edilmekte ve yenilik incelemesi ayırt edicilik yönünden bu bilgilerle kıyaslama şeklinde yapılmaktadır. Bu düzenleme de, fikrî mülkiyet hukukunun genelinde yenilik incelemesinin işlevlerinden biri olan, bir markanın (fikrî ürünün) tek sahibi olması yani çifte hak sahipliğinin önlenmesi için getirilmiş bir hükümdür¹¹¹. Yine, diğer fikrî mülkiyet haklarında olduğu gibi, önceki açıklamadan (ki bu genellikle ticari hayatta kullanım olarak ortaya çıkar) kaynaklanan haklar da korunmuştur. Görüldüğü üzere, marka tescil sürecinde yapılan bu inceleme, amaç ve sonuçları itibariyle, diğer fikrî mülkiyet haklarında söz konusu olan yenilik incelemesinden farklı bir inceleme değildir. Bazı ayrıntılarında farklılık olması, yenilik koşulunun ve incelemesinin bulunmadığı sonucunu doğurmaz. Diğer fikrî mülkiyet haklarında da, - kendilerine has özelliklerinden kaynaklanan - ayrıntılarda farklılıklar mevcuttur.

Yukarıda belirtilen düzenlemelerin aynen benimsenmesi neticesinde, yaptığımız açıklamalar, Hukukumuz yönünden de geçerli olmaktadır.

d . Coğrafi İşaret

Fikrî mülkiyet doktrininin, yenilik niteliğine ilişkin görüş belirtmediği bir diğer hak da, coğrafi işaret hakkıdır. Oysa yenilik niteliği, mahreç işaretleri başta olmak üzere, coğrafi işaretlerin varlığının gereği olarak, özünde bulunması zorunlu bir niteliktir. Hakkın esaslı noktasını ürünlere katılan ve bölgeden kaynaklanan bir özellik teşkil etmektedir. Ayırdediciliğin sağlanabilmesi için, bu özelliğin daha önce, aynı veya benzeri ürünlerde bilinmeyen (bu üründeki haliyle bulunmayan), kullanılmamış bir özellik olması şarttır ve bu da yenilik özelliğine tekabül etmektedir. Coğrafi işaret de,

¹¹¹ Aynı yönde *Bilgişin, Ş. M.* : Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, İstanbul, 1950, s. 206; *Ayhan / Özdamar / Çağlar*, s. 182; *Poroy, R. / Tekinalp, Ü.* : “ Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar ”, Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN’ın Anısına Armağan, Ankara, 1990, s. 336, 339; *Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksel, C. I*, s. 185, 227; *Kaya, A. (Ülgen, H. / Teoman, Ö. / Helvacı, M. / Kendigelen, A. / Nomer Ertan, N. F.)*, Ticari İşletme Hukuku, 3. b, İstanbul, 2009, s. 374; *Oytaç, K.* : Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul, 2002, s. 85; Yargıtay 11. HD. 26. 05. 2000 tarih 2000 / 2762 E. 2000 / 4717 K.; Karş. *Bently / Sherman*, s. 804.

koruma hakkını sağlayan zihinsel faaliyet, o coğrafi bölgenin doğal veya kültürel yönden ürünleriyle özdeşleşmiş belirgin bir özelliğini tanıtmaya, bölgenin ürünlerini diğerlerinden ayırt etmekte kullanma düşüncesidir¹¹². Toplum tarafından bilinip bilinmemeye esas teşkil edecek olgu da, bölge değil, bölgeden kaynaklanan bir özellikle ürünlerin özdeşleşmesi ve bunun bölge ürünlerini ayırt edici bir işaretle ortaya çıkmasıdır.

Ayrıca, günümüz coğrafi işaret hukukunda, her ne kadar yenilik incelemesi olarak adlandırılan bir inceleme ve böyle bir şarta rastlanmasa da, bazı hukuki metinlerde, yenilik incelemesinin kapsamına giren hususlar, korumanın reddi sebebi olarak belirtilmektedir. Örneğin, “menşei ülkelerde korunmayan veya koruması sona ermiş veya kullanılmayan adlar ve işaretlerin ” tescil edilmeyeceği düzenlemesi (Trips Anl. m. 24 / 9; CoğışKHK. m. 5 / e), her ne kadar başka bir saikle mevzuatta yer almışsa da, yenilik kapsamındaki bir husustur. Koruması sona ermiş veya kullanılmayan adlar ve işaretlerin, daha önceden coğrafi işaret olarak kullanıldıkları ve dolayısıyla toplumca bilindikleri yani yenilik niteliği taşımadıkları ortadadır. Bu halde, çifte hak sahipliği söz konusu olmamasına rağmen, toplumun fikrî ürünü serbest kullanma hakkının süresiz ortadan kaldırılması söz konusudur.

Coğrafi işaret haklarındaki mevcut düzenleme ve uygulamalara göre, bir yenilik incelemesi yapılmamakta, yeniliği ortadan kaldıracak, önceki kullanım vb. den ötürü, 3. kişilere itiraz imkânı da tanınmamaktadır. Ancak, mevzuat yahut doktrinde, coğrafi işaret yönünden yenilik kavramına yer verilmemiş olması, coğrafi işaretler yönünden yenilik unsurunun aranmadığı veya gerekmediği anlamına gelmez. Bu hakların temel niteliklerini taşıması gereken tüm türlerde olduğu gibi, coğrafi işaretin de, amacın gerçekleşmesi için temel nitelikleri taşıması; bunların var olup olmadığına yönelik incelemelerden yenilik incelemesinin yapılması şarttır.

CoğışKHK.’da da yenilik şartına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹¹² Aynı yönde *Ayhan, R.* : Ticari İşletme Hukuku, 2. b. , Ankara, 2007, s. 411; *Bently / Sherman*, s. 963.

e . Ticaret Unvanı

Ticaret unvanının asli işlevinin tacirleri “ ayırt etmek “ olması karşısında, bu işaretlerin de, işlevini yerine getirebilmesi için, markalarda olduğu gibi, kendine özgü unsurlar taşıması gerekir. Kendine özgü unsur, niteliği gereği ilk kez bu unvanla ortaya çıkacağından, daha önceki ticaret unvanlarından farklı olacaktır. Yenilik incelemesi de, ticaret unvanının, daha önce toplum tarafından bilinen unvanlardan, belli bir düzeyde farklı olup olmadığı incelemesidir. Ticaret unvanının, aynı koruma çevresinde diğer ticaret unvanlarından açıkça ayırt edilebilecek bir şekilde olması¹¹³ ve bunun için gerektiğinde ek yapılması zorunluluğu, ticaret unvanının da önceki unvanlardan bir farklılık taşımasının yani yeniliğin arandığını ortaya koymaktadır.

Buna karşılık, ticaret unvanı hakkında, ilânihaye koruma esasının benimsenmiş olması ve hukuk güvenliğinin gereği bunun bir zorunluluk teşkil etmesi nedeniyle, yenilik kriterinin, en önemli işlevi olan, koruma süresinin toplum aleyhine uzamasını engelleme işlevinde kullanılmadığı görülmektedir. Koruma süresinin sınırlandırılmadığı bir kabul de, sürenin başlangıcının tespitine de (çifte hak sahipliğini önleme dışında) gerek kalmamaktadır. Bu işlevde kullanılmama nedeniyle, işlevin gerektirdiği genel yenilik esasları da, ticaret unvanı hakkında geçerli olamamakta, örneğin sınırlı bir yeniliği kaldırmayan açıklama süresi belirlenmemektedir. Kriter, sadece çifte hak sahipliğini önleme işleviyle ve bu çerçevedeki uygulamalarla sınırlı olarak kullanılabilir.

f. İşletme Adı

İşletme adının, sahibi tarafından tescil ettirmek zorunluluğu¹¹⁴ ile aynı koruma çevresinde diğer işletme adlarından açıkça ayırt edilebilecek

¹¹³ *Bilgişin*, s. 184; *Hirş*, Fikrî Say I, s. 11; *Arslanlı, H.* : Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 3. b., İstanbul, 1960 (Ticaret), s. 88; *Ayhan / Özdamar / Çağlar*, s. 151.

¹¹⁴ *Erem, T. S.* : Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, İstanbul, 1958, s. 193 vd.; *Ayhan / Özdamar / Çağlar*, s. 166; *Helvacı (Ülgen / Teoman / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan)*, s. 336 vd.; s. 153; *Karş. Hirş, E. E.* : Ticaret Hukuku Dersleri, 2. b, İstanbul, 1946 (Ticaret), s. 149; *Arslanlı*, Ticaret, s. 78; *Edgü, E.* : Ticaret Hukuku I, Ankara, 1964, s. 98 vd.; *Karayalçın, Y.* : Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, Ankara, 1968, s. 397 vd.; *Arkan, S.* : Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, Ankara, 2009 (İşletme), s. 264.

bir şekilde olmaları¹¹⁵ gerekliliği, bu haklarda da yenilik özelliğinin arandığını ortaya koymaktadır. Bu haklara ticaret unvanlarına ilişkin hükümlerin uygulanması nedeniyle ticaret unvanına ilişkin açıklamalar, bu haklar için de geçerli olmaktadır¹¹⁶.

D. YENİLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KURULMASINA VE SAHİPLİĞİNE ETKİLERİ

Hâlihazırda, fikrî mülkiyet haklarından sadece patent, tasarım ve ıslahçı haklarında yenilik bir koruma koşulu olarak yer almaktadır. Marka, coğrafi işaret ve entegre devre topoğrafyası haklarında ise, başka kavramlarla ifade edilmekle birlikte, yenilik incelemesinin işlevi yerine getirilmektedir. Ancak, yenilik koşulu olarak belirtilse de belirtilmese de, yenilik kavramına kapsamına giren koşulun bulunmaması, bu hakların kurulmasına (tescile) ve hak sahipliğinin doğumuna engel olmaktadır. Patent, marka, coğrafi işaret ve ıslahçı haklarında yenilik kavramı kapsamına giren koşul re'sen incelenirken (PatKHK. m. 54 / II, MarKHK. m. 32, CoğİşKHK. m. 9, YBitK. m. 35), tasarımlarda ancak itiraz üzerine (EndTasKHK. m. 37, 38), entegre devre topoğrafyası haklarında ise, ancak mahkemede bir hükümsüzlük davası açılması halinde (EntDevKan. m.16, 19) inceleme yapılmaktadır.

E. YENİLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE ETKİLERİ

Korunma için yenilik niteliğine sahip olması gereken bir fikrî ürün, yenilik niteliğine sahip değilse korunamayacak, incelemesiz sistemin sonucu olarak vb. koruma altına alınmışsa, hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır¹¹⁷.

¹¹⁵ Arslanlı, Ticaret, s. 78 dn. 2; Ayhan / Özdamar / Çağlar, s. 166; Helvacı (Ülgen / Teoman / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan), s. 337; Karş. Arkan, İşletme, s. 264.

¹¹⁶ Erem, s. 193 vd.; Ayhan / Özdamar / Çağlar, s. 167; Helvacı (Ülgen / Teoman / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan), s. 336 vd.; Karş. Hırş, Ticaret, s. 149; Arslanlı, Ticaret, s. 78; Edgü, s. 98 vd.; Karayalçın, s. 397 vd.; Arkan, İşletme, s. 264.

¹¹⁷ Aynı yönde Bently / Sherman, s. 443.

Hali hazırda, sadece, yeniliğin hakkın doğmasının bir şartı olarak öngörüldüğü haklar (patent, tasarım ile ıslahçı hakkı) ile başka kavramlarla ifade edilmekle birlikte, yenilik incelemesinin işlevinin yerine getirildiği marka, coğrafi işaret ve entegre devrelerin topoğrafyası haklarındaki ilgili koşulların fikrî üründe bulunmaması, bir hükümsüzlük sebebi teşkil etmektedir (PatKHK. m. 129 / 1, 165 / I; MarKHK. m. 42 / I - a, b; EndTasKHK. m. 43; CoğışKHK. m. 21 / I - a, YBitK. m. 52 / I - a; EntDevKan. m. 19 / I). Eser haklarında ise, yenilik şartı olarak adlandırılmasa da, yeniliği de kapsar tarzda kullanılan orijinallik koşulunun bulunmaması da hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmiştir (FSEK. m. 1 / a, b, 1, 13). Hükümsüz sayılma, - eser hakkı hariç - hakkın ve dolayısıyla korumanın sona ermesi anlamına gelir.

Ş4.FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORİJİNALLIK KAVRAMI

Fikrî mülkiyet hukukunda, orijinallik kavramına, hâlihazırda, sadece fikrî ürünün korunması için açıkça şart olarak öngörüldüğü eser ve topoğrafya haklarında yer verilmektedir. Her ne kadar, Trips Anlaşması'nın 25. maddesinde, “ tasarımın korunması şartlarından birini, yenilik veya orijinallik olarak belirleme hususunda ” taraf ülkeler serbest bırakılmış ise de, ülkelerin neredeyse tamamının seçimini yenilik koşulundan yana yaptığı da görülmektedir.

Orijinallik, eserlerde, tescilsiz tasarımlarda ve topoğrafyada eserin sahibinin eseri olması¹¹⁸ anlamında kullanılmakta ancak sahibinin eseri olarak kabul edileceği düzey ülkeden ülkeye göre değişmektedir¹¹⁹.

¹¹⁸ *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82; *Torremans*, s. 178; *Fellner*, s. 68.

¹¹⁹ Farklı görüşler için bkz. *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82 vd.; *Torremans*, s. 178; *Bently / Sherman*, s. 88; *Bouchoux*, s. 168 vd.; *Schechter / Thomas*, s. 21 vd.; *Halpern / Nard / Port*, s. 49; *Francis / Collins*, s. 892; *Goldstein, P.* : International Intellectual Property Law, Foundation Pres, New York, 2001, s. 159; *Erstling*, s. 307; *Nimmer*, Copyright 32 (1976), supra note 1 at 34 (*Oppenheimer*, s. 207'den naklen); *Dworkin*, s. 60; *Suthersanen*, s. 177.

Hukukumuzda ise, İngiliz hukukundaki, eserin sahibinin eseri olması, kopya olmaması anlamını taşıyan görüşler¹²⁰ veya Alman hukukundaki belli bir yaratıcılık bulunması anlamını taşıyan görüşler¹²¹ olduğu gibi, “ toplumun kültürünü zenginleştiren ve ona katkıda bulunan fikrî ürünlerin korumayı hak ettiği, bunun dışındaki ürünler için toplumun hürriyet alanının kısıtlanmasının haksız ve gereksiz olduğu ” görüşü¹²² de yer almaktadır. Doktrinde bazı müellifler, “ eserleri korumak için orijinallik (eser sahibine özgülük) niteliği arandığı takdirde, eserlerin kapsamının çok daraltılmış olacağı, hususiyetin varlığı için gereken düzeyin sıradan olmama şeklinde kabul edilmesi ” gerektiği fikrindedir¹²³. Doktrindeki hâkim görüş ise, “ fikrî ürünün, kişinin kendine has özellikler taşıması gerektiğidir¹²⁴ ”. Arslanlı ve Öztan, “ bu özelliklerin korumanın kapsamını da belirlediğini ” ifade etmektedirler¹²⁵.

Dikkatlice incelendiğinde, çoğunlukla eser haklarında yer alan bu görüşlerin tamamına yakınında, orijinallik kavramının, fikrî mülkiyet hukukunda, - olması gerektiği şekilde - sadece sözlük anlamı olan, “orijinal, özgün olma, yalnız kendine özgü bir nitelik taşıma; bir fikrî ürünün karakteristik özelliğiyle ilk kez yapılması; fikrî ürünün, sahibine has özellikler taşıması” anlamında ve “ gerçek hak sahibinin kimliğini teşhis ” işlevinde kullanılmadığı görülmektedir. Bunun yerine, kendi işlevinin yanı sıra, yenilik kriterinin ve - daha da önemlisi- fikrî mülkiyet hukuku anlamında eser vasfının kazanılması, “ tek el niteliğindeki hakla

¹²⁰ Tekinalp, s. 99.

¹²¹ Arslanlı, s. 67; Ayiter, s. 44, 45 (Müellif, bu hususta “ hususiyetin, Kummer’in ‘ tek olmak ’ ifadesindeki haliyle anlaşılması gerektiği, ispat yükünün, ‘ Fikrî ürününün eser olduğunu ’ iddia eden kişiye bırakılması gerektiği ” düşüncesindedir.); Öztan, s. 92; Yarsuvat, D. : Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 3. b., İstanbul, 1984, s. 53; Nal / Suluk (Karahan / Saraç), s. 36.

¹²² Hirş, Fikrî Say II, s. 12; Erel,, s. 32; Yargıtay 11. HD. 23. 03. 2006 2006/929 E. 2007/8748 K

¹²³ Tekinalp, s. 100.

¹²⁴ Hirş, Fikrî Say II, s. 12; Arslanlı, s. 67; Öztan, s. 92; Ayiter, s. 44; Erel, s. 32, 34; Yarsuvat, s. 53.

¹²⁵ Arslanlı, s. 3; Öztan, s. 92; Aynı yönde Nal / Suluk (Karahan / Saraç), s. 34.

korunmayı hak edip etmemeyi tespit ” yani gelişme gösterme kriterinin işlevinde kullanılmaktadır¹²⁶.

Eser vasfının kazanılması, yani “ tekel niteliğindeki hakla korunmayı hak edip etmemeyi tespit ” de gelişme gösterme kriterinin kullanılmayıp sadece orjinallik kriteriyle yetinilmesi¹²⁷ ve bunun düzeyinin de kopya olmamaya kadar indirgenmesi¹²⁸, eser hakkını - hem önceki hem de sonraki fikrî ürün sahipleri için de geçerli olacak şekilde - mutlak hak olma durumundan çıkarmakta; hakkın, eserden maddi ve manevi olarak bizzat faydalanan en önemli rakibe karşı ileri sürülememesine neden olmaktadır. Bu, gerek önceki gerekse sonraki fikrî ürün sahibinin eserden gerektiği şekilde faydalanamamasını sağlamanın yanı sıra, esere ilişkin fikrî mülkiyet korumasının da etkisizleşmesine neden olmaktadır. Oysa hakların asli amacı olan toplumun gelişimini sağlama da, bu teşvike bağımlı bulunmaktadır¹²⁹. Bu kabul, aynı hukuk kurallarına tabi olmak durumundaki “ hak etmiş ” fikrî ürün sahiplerine niteliksiz bir koruma kapsamı sağlamaktadır ki, hakların amaçlarıyla bağdaşır yanı yoktur. Bu nedenle, fikrî mülkiyet hukukunun amacına uygun olarak, fikrî ürün sahiplerine etkin bir koruma kapsamı sağlanmalı, bunun için de “ fikrî ürünün, orjinallik bağlamında, bu etkin korumayı hak edecek düzeyde kişinin kendine has özellikler taşıması ” orjinallik kriteri olarak; “ bu özelliklerin tekel hakkını hak edecek düzeyde bir gelişmeye yol açması da ” gelişme gösterme kriteri olarak aranmalıdır.

¹²⁶ Karş. Yargıtay 11. HD. 07. 06. 2007 2006/929 E. 2007/8748 K

¹²⁷ *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82; *Torremans*, s. 178; *Fellner*, s. 68; *Bouchoux*, s. 168 vd.; *Schechter / Thomas*, s. 21 vd.; *Halpern / Nard / Port*, s. 49; *Francis / Collins*, s. 892; *Goldstein*, s. 159; *Suthersanen*, s. 177; *Arslanlı*, s. 67; *Tekinalp*, s. 99 vd.; *Öztaş*, s. 92; *Yarsuvat*, s. 53.

¹²⁸ *Saidman*, s. 319; Aynı yönde *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82; *Torremans*, s. 178; *Fellner*, s. 68; *Saidman*, s. 319; *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc*, 191 F. 2d 99 (2d Cir.1951) (*Oppenheimer*, s. 209'dan naklen); *ATC Distrib. Group, Inc. v. Whatever It Takes Transmission & Parts, Inc.*, 402 F. 3d (6th. Cir. 2005) (<http://www.ca6.uscourts.gov>).

¹²⁹ Aynı yönde *Arslanlı*, s. 1; *Ayhan*, s. 278; *Ayiter*, İhtira, s. 22 vd.; *Kaya (Ülgen / Teoman / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan)*, s. 355; Karş. *Tekinalp*, s. 7.

Hakkın tanınma amacı dikkate alındığında, her fikrî ürünün taşınması gereken temel niteliklerden biri orijinalliktir. Orijinallik ile amaçlanan, önceki fikrî ürünlere oranla sağlanan gelişmenin, fikrî ürün sahibince meydana getirilmiş, fikrî ürün sahibinin hususiyetlerinden kaynaklanmış olmasıdır ki, gerçek fikrî ürün sahibinin emeğinin karşılığının verilmesi ile yeni fikrî ürünler meydana getirmeye teşviki ancak bu takdirde hakkaniyete uygun hale gelir. Üstelik verilen karşılığın ciddi etkileri olan bir tekel hakkı niteliğinde bulunması dikkate alındığında, terazinin diğer kefesinde yer alan fikrî ürünün, orijinallik de dâhil olmak üzere, bazı niteliklere sahip olması şart hale gelmektedir. Diğer yönden, gerçek fikrî ürün sahibinin tam olarak tespiti ile teşviki ve hak etmiş bu kişinin yerine başka bir kişinin ödüllendirilmemesi hakların amacını gerçekleştirebilmesi için bir zorunluluktur. Orijinalliğin kendi işlevinde kullanılmamasının bir diğer zararı da burada ortaya çıkmakta, “gerçek hak sahibini tespit işlevi”, bazı hak türlerinde, “ başvuru hakkının gaspı ”, “ seçenek özgürlüğü bırakmayan fikrî ürünlerin korunmaması ”, “ herkesin kullanımına açık fikrî ürünlerin korunmaması ” vb. farklı terim ve şartlarla karşılanmaya çalışılmakta, bu nedenle gri alanlar oluşmaktadır. Oysa bu terimlerle ifade edilmeye çalışılan incelemelerin hepsi, “ tekel hakkından yararlanacak kişinin söz konusu katkıyı yapan kişi olup olmaması” temelli incelemelerdir¹³⁰.

Halihazırda, fikrî mülkiyet hukukunda, tüm türler için geçerli olacak bir orijinallik tanımı yapılmamış, sadece eser ve entegre devre topoğrafyası haklarında bir koruma koşulu olarak açıkça aranmış¹³¹, tasarım hakkında ise, Trips Anlaşması’nda, taraf devletler, koruma için yenilik veya orijinallik koşulundan birini aramak hususunda serbest bırakılmıştır (m. 25). Bu kullanımlarda da, entegre devre topoğrafyası ve tasarım hakkında, orijinallik kavramı, yenilik koşulu ile karıştırılmış ve neyin hedeflendiği belli olmayan

¹³⁰ Karş. Kılıçoğlu, A. : Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Ankara, 2006, s. 117.

¹³¹ FSEK. m. 1 [Düzenlemede açıkça orijinallik kavramı kullanılmak yerine, (Kanunu hazırlayan Heyet’in Başkanı Ord. Prof. Dr. Hırş tarafından) aynı anlamda kullanıldığı belirtilen “ sahibinin hususiyetini taşıma ” koşulu aranmıştır.]; Washington Anlaşması m. 3 / 2 - a; EntDevKan. m. 4.

bir şekilde yer almakta¹³²; eser hakları mevzuat ve doktrininde¹³³ ise, yenilik, gelişme gösterme ve orijinallik koşullarının tümünün yerine kullanıldığı ve kapsamının da sözlük anlamından dahi düşük seviyede olduğu görülmektedir.

Diğer hakların çoğunda, bir şekilde gelişme gösterme kriterine yönelik inceleme yapılması ve fiilen orijinallik kriterine ihtiyaç bulunmadığı iddia edilebilirse de, orijinallik kriterinin aranması ve “gerçek hak sahibinin kimliğini teşhis” işlevinde kullanılan diğer kavramların bunu ifade etmesi, fikrî mülkiyet haklarının standardizasyonu ve amaca uygunluğu için şarttır.

Fikrî mülkiyet hukukunda orijinallik kavramı, “ her fikrî mülkiyet hakkı türünde, o türde ön plana çıkan unsur yönünden, fikrî ürünün koruma talep edilen farklı özelliklerinin, fikrî ürün sahibince meydana getirilmiş, o kişiye has olmasıdır ” şeklinde tanımlanabilir.

A. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORİJİNALLİK KRİTERİ (FARKLILIĞIN FİKRİ ÜRÜN SAHİBİNE HAS ÖZELLİK OLMASI)

Orijinallik kavramı, fikrî mülkiyet haklarının çoğu türünde, ayrı bir şart olarak zikredilmemişse de, orijinalliğin arandığı ve bu kavram ile ulaşılmak istenen amacın aynı olduğu görülmektedir. Bu amaç da kısaca, hakka konu fikrî ürün olarak ortaya çıkan gelişmenin, - yani daha önce toplum tarafından bilinen, toplum yönünden alenileşmiş bilgilerden farklılığın - fikrî ürün sahibine has bir özellik olması, kişinin kendi fikrî çabasının sonucunda oluşmasıdır¹³⁴. Orijinallik incelemesinde, “ fikrî üründeki farklılığın herkesçe yapılabilecek bir şey olup olmadığı, kaynağını fikrî ürün sahibinin kişiliğine

¹³² Washington Anlaşması m. 3 / 2 – a; EntDevKan. m. 5; Trips Anl. m. 25.

¹³³ Bern Anl. m. 2; FSEK. m. 1; *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82; *Torremans*, s. 178; *Fellner*, s. 68; *Bouchoux*, s. 168 vd.; *Schechter / Thomas*, s. 21 vd.; *Halpern / Nard / Port*, s. 49; *Francis / Collins*, s. 892; *Goldstein*, s. 159; *Suthersanen*, s. 177; *Tekinalp*, s. 99; *Arslanlı*, s. 67; *Öztan*, s. 92; *Yarsuvat*, s. 53; *Kılıçoğlu*, s. 114 (Müellif, “ ‘ sahibinin hususiyetini taşıma’ koşulunun yeniliği ifade ettiği görüşündedir.).

¹³⁴ *Hirş*, Fikrî Say II, s. 12; *Arslanlı*, s. 6,7; *Öztan*, s. 92; *Ayiter*, s. 44; *Yarsuvat*, s. 53; *Erel*, s. 27; *Nimmer*, supra note 1 at 19 - 20. (*Oppenheimer*, s. 211’den naklen); *Karş. Kılıçoğlu*, s. 115 vd.

has özelliklerden alıp almadığı ” araştırılmaktadır¹³⁵. Bu nedenle, doğal olarak, daha önce başka kişilerce yapılabilmiş şeyler dikkate alınmakta, fikrî ürün sahibinin bunun dışındaki katkıları tespit edilmektedir¹³⁶. Bunun da ancak daha önce bilinenlerle kıyaslanarak yapılabilecek olması karşısında; orijinal olup olmama, yani fikrî ürün sahibine has bir özellik olup olmadığı, zorunlu olarak daha önceki fikrî ürünlerle kıyaslama yapılarak belirlenebilmektedir. Alenileşmeye ilişkin hususların her iki inceleme için de geçerli olması nedeniyle, özellikle yenilik incelemesinin uygulanmasına ilişkin çoğu husus, orijinallik içinde geçerli bulunmaktadır.

İstisnaî farklılıklardan ilki, aynı alenileşmiş bilgiler üzerinde, “öncekilerden nitelikli farklılığı olup olmadığı” yönüyle yenilik incelemesi, “farklılığın fikrî ürün sahibine has olup olmadığı” yönüyle de orijinallik incelemesi yapılmasıdır¹³⁷. Bazı haklarda, orijinallik incelemesi ile yenilik incelemesi birbirine benzeyen bu özellikleri nedeniyle, çoğu zaman tek inceleme şeklinde yapılmakta (örneğin, entegre devre topoğrafyasında olduğu gibi) veya birbirlerinin yerine diğerini de kapsar tarzda ikame edilmektedirler (örneğin, tasarımlarda¹³⁸ olduğu gibi). Fransa’da, orijinallik incelemesi, yenilik incelemesine benzer şekilde uygulanmakta; bazı hallerde eser haklarına yenilik incelemesindeki, bazen de tasarım hakkına orijinallik incelemesindeki kuralların uygulanması hallerine rastlanabilmektedir¹³⁹.

Bir diğer farklılık, önceki açıklamanın, ne zaman yapıldığı önem taşımaksızın fikrî ürün sahibi tarafından yapılmış olmasının orijinalligi ortadan kaldırmamasıdır. Ancak, fikrî ürünün yenilik gibi diğer koruma

¹³⁵ *Hırş*, Fikrî Say II, s. 12; *Arslanlı*, s. 6,7; *Öztaş*, s. 92; *Ayiter*, s. 44; *Yarsuvat*, s. 53; *Erel*, s. 27; *Nimmer*, supra note 1 at 19 - 20. (*Oppenheimer*, s. 211’den naklen); Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.; Karş. *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82; *Torremans*, s. 178; *Fellner*, s. 68; *Bouchoux*, s. 168 vd.; *Schechter / Thomas*, s. 21 vd.; *Halpern / Nard / Port*, s. 49; *Francis / Collins*, s. 892; *Goldstein*, s. 159; *Suthersanen*, s. 177; *Tekinalp*, s.99vd.

¹³⁶ Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

¹³⁷ Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 88; Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

¹³⁸ Trips Anlaşması m. 25.

¹³⁹ *Suthersanen*, s. 145.

şartlarını taşınamaması nedeniyle, korunması yine mümkün olmamalı, orijinal olma sonucu değiştirmemelidir.

B. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORİJİNALLİK KRİTERİNİN UYGULANMASI

I. Genel Olarak

Orijinalliğın sadece fikri ürünle sahibi arasındaki ilişkiyi incelemesi, bu kapsamda yeni sonuçların yahut ilk olmanın değil, ferdi yaratmaların korunması şeklindeki mevcut yaklaşım¹⁴⁰ nedeniyle, gerek mevzuat gerekse doktrinde orijinalliğın ne zaman, ne şekilde, kim tarafından, kim dikkate alınarak aranacağına dair görüş bulunmamaktadır¹⁴¹. Sadece fikri ürünün sahibince meydana getirilmiş olmasına odaklanıldığı için, sahibinin meydana getirdiği anın orijinalliğın arandığı an olarak¹⁴² kabul edildiği sonucuna zorunlu olarak ulaşılmaktadır.

II. Orijinalliğın Aranacağı Zaman

Fikrî mülkiyet hukukunda, hâlihazırda, orijinalliğın açıkça arandığı haklar dışında, orijinalliğın aranacağı zamana ilişkin bir ifade mevzuatlarda ve doktrinde yer almamaktadır. Açıkça belirtilen haklarda da, genellikle fikrî ürünü meydana getirme anının, orijinallik incelemesine esas alınacağı görüşü bulunmaktadır. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Şöyle ki, “bilinmemeye esas alınan zaman”, hiçbir fikrî mülkiyet hakkında “ fikrî ürünü meydana getirme anı ” değildir ve olamaz. Toplumla katkı karşılığı verilen haklarda, önem taşıyan husus, bu fikrî ürünün toplumca bilinmekte olup olmamasıdır¹⁴³. İkincisi, fikrî ürün sahibinin korunma ihtiyacının

¹⁴⁰ Hirş, Fikrî Say II, s. 12; Arslanlı, s. 6,7; Öztan, s. 92; Ayiter, s. 44; Yarsuvat, s. 53; Erel, s. 27; Nimmer, supra note 1 at 19 - 20. (Oppenheimer, s. 211’den naklen); Bently / Sherman, s. 88; Karş. Cornish / Llewelyn, s. 388, 558, 566; Bainbridge, s. 37; Tritton, s. 188; Colston / Middleton, s. 261; Phillips / Firth, s. 142; Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane, C. I, s. 82; Torremans, s. 178; Fellner, s. 68; Bouchoux, s. 168 vd.; Schechter / Thomas, s. 21 vd.; Halpern / Nard / Port, s. 49; Francis / Collins, s. 892; Goldstein, s.159; Suthersanen, s.177; Tekinalp, s.99.

¹⁴¹ Aynı yönde Öztan, s. 97; Nal / Suluk (Karahan / Saraç), s. 35.

¹⁴² Topoğrafya hakkı için bkz. Washington Anl. m. 3 / 2 - a; Bainbridge, s. 578; Erstling, s. 342; Eser hakları için bkz. Ayiter, s. 105; Kılıçoğlu, s. 123. Karş. Öztan, s. 102.

¹⁴³ Aynı yönde Yargıtay 11. HD. 23. 03. 2006 2005/680 E. 2006/3049 K.

doğabilmesi için, üçüncü kişilerin bu hakka zarar verebileceği bir ortamın doğması şarttır ki¹⁴⁴, bu da ancak fikrî üründen haksız surette yararlanma imkânının doğması yani toplumun bunu öğrenmesiyle mümkün olur. Üçüncüsü, gelişme sağlayıcı bir fikrî ürün ortaya koyan kişiyi, bunu en kısa sürede toplumla paylaşmaya zorlayıcı hükümler, hakların toplumsal gelişmeyi sağlama amacına da uygun gözükmektedir¹⁴⁵. En önemlisi, hukuk güvenliği ilkesinin zorunlu bir gereği olarak, bir hakkın ihdası için gereken tarihler muğlâk bir şekilde bırakılamaz. Oysa fikrî ürünü meydana getirme anı, sadece fikrî ürün sahibinin bilebileceği, istismara çok açık ve fikrî ürün sahibinin kendi ihtiyârıyla belirleyebileceği herhangi bir tarih olabilmeye müsaittir. Tüm bu nedenlerle, orijinalliğin aranacağı zaman, kanaatimizce, tescile tabi bir hak bile olsa, fikrî ürünün topluma sunulduğu tarihtir¹⁴⁶. Burada, yenilik incelemesine esas alınan zamandan bir farklılık oluşmaktadır. Bu da yapılan incelemenin, ortaya konulan farklılığın daha önce bilinmekte olup olmadığına ilişkin yenilik incelemesi değil, bu farklılığın fikrî ürün sahibine has olup olmadığı orijinallik incelemesi olmasından kaynaklanmaktadır.

III. Fikri Ürünün Orijinallik Yönünden Kıyaslanacağı Bilgiler

Orijinallik incelemesinde de, kural olarak incelemeye esas alınacak tarihten önce, yazılı veya sözlü biçimde, kullanım yoluyla ya da herhangi bir şekilde yapılan açıklama suretiyle, toplumca ulaşılabilir hale getirilen yani alenileşmiş bilgiler ile ilgili alandaki ortalama bir uzmanın sahip olduğu genel uzmanlık bilgileri, orijinallik incelemesinde dikkate alınmalıdır¹⁴⁷. Fikrî mülkiyet hakkı tanınmasının asli amacı olan, toplumun bilgi birikimini zenginleştirmenin gerçekleşebilmesi için, mevcut birikime bir katkının olması ve bu katkının fikrî ürün sahibinin hususiyetinden kaynaklanması gerekeceğinden, kıyaslama, mevcut bilgiler dikkate alınarak yapılacaktır¹⁴⁸. Bu yüzden, alenileşmeyi sağlayan açıklama şekillerine ilişkin yenilik

¹⁴⁴ Karş. *Bently / Sherman*, s. 29.

¹⁴⁵ Aynı yönde *Bouchoux*, s. 304.

¹⁴⁶ Aynı yönde Yargıtay 11. HD. 23. 03. 2006 2005/680 E. 2006/3049 K; Karş. *Erstling*, s. 307.

¹⁴⁷ Aynı yönde *Colston / Middleton*, s. 432.

¹⁴⁸ Karş. Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

bölümündeki açıklamalar, kural olarak orijinallik açısından da geçerliliğini korumaktadır.

Ana kural bu olmakla birlikte, başvuru hakkının gasbı gibi hallerde karşılaşılabileceği üzere, alenileşmemiş bilgilerin de orijinalligi kaldırması mümkün olabilir. Ancak bu takdirde, gerçek hak sahibi olan kişinin, bu vasfını, başvuru sahibine has bir özelliğın bulunmadığını, bu kişinin fikrî ürünü kendisinden elde ettiğini ve istismarı ispatlaması gerekecektir. Bu durumda, alenileşmiş bilgilerin orijinalligi kaldırması ve toplum menfaati nedeniyle hakların hükümsüz kılınmasından farklı olarak, alenileşmemiş bilginin orijinalligi kaldırması ve hükümsüzlükte toplum menfaati bulunmaması nedeniyle, sadece hak sahibinin değişmesi söz konusu olmaktadır.

IV - Kıyaslamanın Yapılacağı Coğrafi Kapsam

İstisnaî hallerde alenileşmemiş bilginin orijinalligi kaldırması dışında, kural olarak başvuru tarihinden önce, dünyanın herhangi bir yerinde ve herhangi bir şekilde, kamuoyunca ulaşılabilir hale getirilen yani alenileşmiş fikrî ürünlerde yer alan kişiye has özellikler, fikrî ürünün orijinal sayılmasına engel olmalıdır¹⁴⁹.

V. Kıyaslamayı Yapacak Kişi

Fikrî mülkiyet hukukunda, orijinallik incelemesini kimin yapacağı açıkça düzenlenmiş değildir. Gerek yenilik gerek orijinallik koşulları, tüm toplumun hürriyetini, belli bir kişi lehine sınırlayan bir hakkın tanınma koşulları olmaları nedeniyle, en azından toplumun çoğunluğunca kabul edilebilir bir inceleme ve sonucu içermek, yani objektif sonuca ulaşmak zorundadırlar. Bunun bir gereği olarak, inceleme objektif kriterlere dayalı yapılmalıdır. Yenilik bölümünde açıklandığı üzere, toplumun ortalama bilgi birikimini en ideal şekilde bilebilecek kişinin ortalama uzman olması karşısında, kıyaslamayı yapacak kişi, yenilikteki gibi ilgili alandaki ortalama uzman şeklinde belirlenmelidir¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Aynı yönde *Erstling*, s. 307.

¹⁵⁰ Karş. *Kılıçoğlu*, s. 117; *Nal / Suluk (Karahan / Saraç)*, s. 35; Yargıtay 11. HD. 11. 06.1980 5877 E. 3052 K.; Yargıtay 11. HD. 11. 02.2002 8275 E. 8839 K. (*Öztañ*, s. 93'ten naklen); Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

VI - Kıyaslamada Dikkate Alınacak Kitle

Fikrî mülkiyet hukukunda, sadece topoğrafya hakkında, “ entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları ” tabirinin, orijinallik incelemesindeki kıyaslama da dikkate alınacak kişi anlamında kullanıldığı görülmektedir (Washington Anl. m. 3 / 2 – a)¹⁵¹. Her ne kadar, tasarım hakkındaki ayırt edicilik incelemesinde bilgilendirilmiş kullanıcının; marka hakkındaki ayırt edicilik incelemesinde de vasat tüketicinin dikkate alınacağı, doktrin tarafından kabul edilse de, hâlihazırda, bunun bir orijinallik incelemesi olarak ifade edilmeyişi karşısında, orijinallik incelemesindeki kıyaslama da dikkate alınacak kişiyi ifade etmedikleri görülmektedir. Bu kullanımların da, bir an için bu kişiyi ifade ettiği farzedilse bile, topoğrafya hakkındaki düzenlemede yer alan kullanım da dâhil olmak üzere hiçbir kullanım uygun değildir. Ortalama uzman dışındaki bir kişinin incelemede dikkate alınmasının, hakların amacıyla bağdaşmamasına ilişkin görüşlerimiz, orijinallik incelemesi açısından da geçerlidir, çünkü orijinallik incelemesi de, tıpkı yenilik incelemesi gibi, fikrî ürünün, hakkın ihdası için gereken şartları taşıyıp taşımadığına yöneliktir.

VII. Kıyaslama

Orijinallik incelenmesinde, kıyaslamanın bir tarafında, koruma talep edilen fikrî üründeki sahibine has özellikler; diğer tarafında ise, orijinallik incelemesinde esas alınacak tarihte, toplumun sahip olduğu bilgiler yer alır. Karşılaştırma, fikrî ürünün koruma talep edilen unsurları için yapılır. Bu unsurlar, yenilikteki gibi, daha önce yapılmış her bir münferit açıklamanın genel içeriğiyle kıyaslanmalıdır¹⁵². İncelenen husus, toplumu geliştiren bir fikrî üründeki özelliklerin, koruma talep eden kişiye has olup olmadığıdır ki bu özelliklerin başka kişilerce oluşturulup oluşturulmadığını incelemeyi de zorunlu kılar. Bu incelemenin, kişiye has katkının varlığını değil, tekel hakkıyla korunmayı hak edecek düzeyde olup olmasını araştıran gelişme gösterme koşuluyla karıştırılmaması gerekir. Karşılaştırmada önemli olan, kelime kelimesine aynılık değil,

¹⁵¹ Karş. *Bainbridge*, s. 578.

¹⁵² Aynı yönde *Öztaş*, s. 96.

özelliklerin içeriğinin aynı olmasıdır. Örneğin, aynı fikrin, aynı anlamı taşıyan farklı kelimelerle ifade edilmesi orijinal olarak nitelenemeyecektir. Fikrî ürünün orijinalliğinin sınanmasında, karşılaştırıldığı münferit bilgilerin aleniyet kapsamına yani her bir bilgidен, neyin bundan böyle bilinir sayıldığına dikkat edilmelidir. Burada da, ortalama uzman varsayımından hareket edilmeli, ancak yenilik incelemesinden farklı, ikinci istisna olarak, uzman tarafından, fikrî üründeki özelliklerin herkesçe meydana getirilebilen bir özellik mi, yoksa koruma talep eden kişiye has mı olduğu değerlendirilmesi yapılır¹⁵³.

Orijinalliğın fikrî ürünün şeklinde, muhtevasında, bunların oluşturduğu sinerjiyle ortaya koyduğu etkide veya bunların hepsinde bulunabileceği dikkate alındığında, fikrî üründе koruma talep edilen unsurların, bu yönlerin en az birinde, herkesçe meydana getirilemeyen, fikrî ürün sahibine has yetenekleri yansıtması gerekir. Bu yansımanın bulunduğu hallerde, orijinalliğın varlığı da kabul edilmelidir¹⁵⁴.

Kanaatimizce, kendi işlevinde kullanılacak bir orijinalliğın düzeyi, nitelikli orijinallik olmalıdır. Düzey olarak da, kişiye has katkının bir fikrî katkı olması¹⁵⁵, bu katkının, bir fikrî ürünün esasını etkileyen, etkilenmiş bu esas sayesinde, fikrî ürünün toplumun hafızasında kendine has, önceki fikrî ürünlerden bağımsız bir yer edinmesini sağlayabilecek nitelikte olması aranmalıdır. Bu halde, fikrî ürünün, önceki benzerlerinden gelişim sağlayacak düzeyde farklı kılacak özellikler içermesi ve bu özelliklerin kaynağını çalışma sahibinden alması gerekir. Doktrinde bazı

¹⁵³ Aynı yönde *Schechter / Thomas*, s.311; *Yargıtay* 11.HD.21.12.2004/2772E.2004/12672K.

¹⁵⁴ Aynı yönde *Öztaş*, s. 94; *Karş. Ayiter*, s. 43 (Müellif, “ Yaratma süreci içinde ağırlık merkezi, ifade aracının belli bir plana uyarak şekillendirilmesidir. Şeklin himaye edilebilmesi için şekillendirmenin o zihne özgü yetenekleri aksettirmesi gerekir. Bu başkılığın var olduğu hallerde, hususiyetin varlığı da kabul edilmelidir ” görüşündedir.).

¹⁵⁵ Aynı yönde *Nimmer*, supra note 1 at 19 - 20. (*Oppenheimer*, s. 211’den naklen) (Müellif, “ minimal yaratıcılığın orijinallik için yeterli olacağını ” belirtmiş ise de, kanaatimizce bu düzeydeki bir fikri katkı, sadece orijinallik kriterini karşılama da yeterli olabilecektir. Eser hakkının tanınması için, bunun gelişme gösterme kriterini de karşılaması yani tekel hakkı tanınmasını meşru kılacak düzeyde olması gereklidir.).

müelliflerce, orijinallik şartı olarak ifade edilen, bağımsız yaratma olma¹⁵⁶ veya nisbî istiklale sahip olma¹⁵⁷ da, bir fikrî ürünün asıl sahibinden bağımsız, başka bir kişinin adını taşımasını değil; fikrî ürünün, toplumun hafızasında, önceki fikrî üründen ayrı, kendine has, bağımsız bir yer edinmesini ifade etmelidir. İncelemede araştırılan şey fikrî ürün sahibinin, fikrî ürünün oluşmasına, esası etkileyen bir fikrî katkısının bulunup bulunmadığıdır. Fikrî ürünün, kaynağını fikrî ürün sahibinden alıp almadığına bakılır¹⁵⁸. Fikrî ürünlerde, orijinallik az veya çok belirgin, muhtelif derece ve vasıflarda olabilir¹⁵⁹. Bu derecenin tespitinde, yararlanılabilecek en somut ölçü ise, koruma talep edilen unsurların gelişme gösterme koşulunu karşılayıp karşılamaması olacaktır. Orijinalliğin en yüksek derecesi, fikrî ürünle karşılaşıldığında sahibinin teşhis edilebildiği, sahibinin kişiliğinin mührünü taşıyan, ilk kez onun tarafından öngörülmüş olan ve gelişme gösterme koşulunu karşılayan fikir ürünlerinde bulunmaktadır¹⁶⁰. Gelişme gösterme koşulunu karşılayan bir özelliğe sahip fikrî ürünün - başvuru hakkının gaspı vb. haller hariç - orijinal olduğuna evleviyetle hükmetmek gerekecektir, çünkü bu özelliğin fikrî ürün sahibinin kişiliğinden kaynaklandığı açık olacaktır.

¹⁵⁶ *Nimmer*, supra note 1 at 19 - 20. (*Oppenheimer*, s. 211'den naklen); *Bouchoux*, s. 168 vd.; *Schechter / Thomas*, s. 21 vd.; *Halpern / Nard / Port*, s. 49; *Francis / Collins*, s. 892; *Goldstein*, s. 159; *Erstling*, s. 307; Karş. Trademark Cases, 100 U. S. 82 (1879) (<http://supreme.nolo.com>) (Anılan davada, Mahkemece, her ne kadar “ markanın, daha önce varolan bir şeyin adaptasyonu olabileceği gerekçesiyle, markalarda orijinallik için fikrî katkıya ihtiyaç bulunmadığı” sonucuna ulaşılmış ise de, kanaatimizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Buradaki fikrî katkı, orijinal bir kelime ortaya koymak şeklinde değil, markanın “ işareti koruma yönelik bir hak olması ve bu yönden incelemeye tabi olması nedeniyle”, “ bilinmekte olan bir kelimenin ilgili olmayan bir sektörde işaret olarak kullanılması ” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ancak, markanın niteliğinden kaynaklanan ve gözden kaçan bu ayrıntı nedeniyle, karar “ orijinallik için fikrî katkıya ihtiyaç bulunmaması karşısında, bağımsız yaratma ve orijinallik kavramlarının, kopya olmama ile aynı şeyi ifade ettiği ” gibi hatalı yorumlamalara yol açabilecektir.).

¹⁵⁷ *Arslanlı*,s.67;*Ayiter*,s.44,45;*Yarsuvat*,s.53;*Nal / Suluk (Karahan / Saraç)*,s.36.

¹⁵⁸ Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 88; *Yargıtay* 11.HD.21.12.2004/2772E.2004/12672K.

¹⁵⁹ *Arslanlı*, s. 6; *Ayiter*, s. 43.

¹⁶⁰ Aynı yönde *Arslanlı*, s. 6, 9; *Ayiter*, s. 43; *Öztaş*, s. 96.

C. ORİJİNALLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKKI TÜRLERİNDEKİ ÖZELLİKLERİ

I. Orijinallik Kavramının Belirtildiği Türler

a. Eser

Eser hakları, hâlihazırda orijinallik incelemesinin yapıldığı en önemli hak olup, tek koruma koşulunun da orijinallik olması nedeniyle, bu kritere ilişkin esasların çoğuna uygun düzenlemelere zaten sahiptir. Ancak mevcut kabullerden sadece orijinallik incelemesinden faydalanılmalı ve bu haklara ilişkin olarak bir gelişme gösterme incelemesi öngörülmelidir. Orijinalliğin aranacağı zaman gibi bazı uyumsuzlukları dikkate alındığında, incelemenin genel esaslara göre yapılması, kanaatimizce, uygun olacaktır.

b. Endüstriyel Tasarım

Tasarım hakkında, Trips Anlaşması'na taraf devletler, koruma için yenilik veya orijinallik koşulundan birini aramak hususunda serbest bırakılmıştır. Ancak, orijinallik kavramı, yenilik koşulu ile karıştırılmış ve neyin hedeflendiği belli olmayan bir şekilde yer almaktadır. Bu hak açısından orijinallik koşulu yenilikle seçimlik olmak yerine ayrıca aranmalı ve inceleme genel esaslara göre yapılmalıdır. Kanaatimizce, ayırt edici nitelik incelemesi, gelişme gösterme ve orijinallik incelemelerinin işlevlerini birlikte karşılamaya çalışmakta olup, karışıklığa mahal verebilecek bir ifadedir. Bunun yerine yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu incelemenin, gelişme gösterme incelemesi ve orijinallik incelemesi olarak iki ayrı inceleme şeklinde düzenlenmesi gerekir. ABD'de de benzeri bir uygulama olarak, patentlerdeki buluş basamağını aşma kriteri, - patent hükümlerine tabi olduğu için - tasarımlara da uygulanmaktadır ancak orijinallik olarak ifade edilmektedir ve çoğu zaman Graham faktörü olarak adlandırılmaktadır¹⁶¹. Alman hukukunda da, tasarımın korunması için orijinallik şartı aranmakta, bunun yaratıcılığı ifade ettiği belirtilmektedir¹⁶². Tasarımda, “ individual character ” ibaresiyle, bir kişiye has ve yeni görünüm

¹⁶¹ Aynı yönde *Bouchoux*, s. 309; *Schechter / Thomas*, s. 310 *Francis / Collins*, s. 728; *Halpern / Nard / Port*, s. 272.

¹⁶² *Suthersanen*, s. 199.

etkisi vermesinin arandığı, doktrinde ifade edilmektedir¹⁶³. Buradaki “ bir kişiye has ” olma, orijinalliğin ifadesidir¹⁶⁴. Bu durum, Fransız hukukunda, “orijinallik tasarıma sahibinin mührünü vurmuş olması anlamındadır¹⁶⁵,” şeklinde ifade edilmektedir. Hırş, “ ‘ tasarımlarda ferdi bir şekil vermek suretiyle ’, görünüm yönünden, hassas olan göz üzerinde ‘ orijinal ’ bir genel intiba meydana getirilmesi gerektiği ” görüşündedir¹⁶⁶. Tasarım hukukunda, korunabilir tasarımların belirlenmesinde büyük önem taşıyan seçenek özgürlüğü bırakmayan tasarımların korunmaması ilkesi de, bir yönüyle orijinallik gereğini ortaya koymaktadır. Herkesin aynı şekilde tasarlamak zorunda olduğu bir tasarımda, özgünlük, orijinallik olduğu iddia edilemez¹⁶⁷.

Kanaatimizce, tasarımlardaki orijinallik incelemesinin de, genel esaslara uygun olarak yapılması yerinde olacaktır. Hukukumuzda, EndTasKHK.'nın 7 / II. maddesine göre piyasada bulunmayan, yani pazarda olmayan veya koruma süresini dolduran tasarımlar, ayırt edicilik yani orijinallik yönünden kıyaslanacak tasarımlara dâhil kabul edilmemektedir. Hukukumuzdaki bu düzenlemenin, fikrî mülkiyet hukukunun temel ilkelerine aykırılığı açıktır¹⁶⁸. Bu istisnaî düzenleme hariç, tasarım hukukundaki genel esasların benimsenmiş olması nedeniyle, yukarıdaki açıklamalar hukukumuz yönünden de geçerlidir.

c. Entegre Devre Topoğrafyası

Topoğrafyaların korunmasına ilişkin Washington Anlaşması' nın 3 / 2 - a maddesinde, topoğrafyanın korunmasının şartları arasında, orijinallik de ayrı bir şart olarak belirtilmiştir. Bu maddenin başlığı ‘ Orijinallik ’ şeklindedir ve maddede orijinallik, “ topoğrafyanın, kişinin kendi fikrî

¹⁶³ *Bently / Sherman*, s. 633 dn. 51; Aynı yönde *Schechter / Thomas*, s. 311; *Suthersanen*, s. 165; *Oytaç*, s. 40; Her şeklin bir tasarım olamayacağı, *görünümde yeterli derecede bireyselliğin olması gerektiği* yönünde Avustralya'da verilen bir mahkeme kararı için bkz. *Malleys Ltd v. JW Tomlin Pty Ltd* (1961) 35 ALJR 352 (*Suluk*, s. 237 dn. 83'ten naklen).

¹⁶⁴ Aynı yönde *Schechter / Thomas*, s. 311.

¹⁶⁵ *Suthersanen*, s. 145; Aynı yönde *Suluk*, s. 250.

¹⁶⁶ *Hırş*, Fikri Say I, s. 191.

¹⁶⁷ Aynı yönde *Suluk*, s. 264 dn. 207.

¹⁶⁸ Aynı yönde *Suluk*, s. 248.

çabasının sonucu olması ” şeklinde tanımlanmıştır ki, bu ifade fikrî mülkiyet hukukundaki “ sahibinin hususiyetini taşıma ” ifadesinin, farklı kelimelerle açıklanmaya çalışılmasıdır.

Yukarıda da izaha çalıştığımız gibi, fikrî ürün, yenilik ve gelişim sağlama şartlarını da sağlamadığı takdirde zaten korunamayacağı ve yenilik incelemesindeki prensiplerin, aynı şekilde tespit edilen bilgileri kullanması gereken orijinalliğe de fiilen yansiyacak olması karşısında; topoğrafya düzenlemelerinde, yenilik prensiplerine ilişkin yaptığımız eleştiriler, orijinallik yönünden de geçerli olmaktadır. Bu bağlamda, orijinallik için de, bilinmemeye esas alınan zamanın, fikrî ürünü meydana getirme anı değil de, fikrî ürünün korunmaya başlanacağı an olarak kabul edilmesi; bilinmemede entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcılarının değil de, alandaki ortalama uzmanın bilgisinin dikkate alınması; bilinme (alenileşme) kavramına nelerin dahil olduğuna ve rüçhan hakkına ilişkin düzenleme yapılması zorunludur.

Topoğrafya hakkında, bu hususun dışında, orijinallik incelemesinin genel esaslara göre yapılması uygun olacaktır. Hukukumuzda, EntDevKan.’un hükümleri dikkatle incelendiğinde, Mevaz düzenlemelerdeki hükümlerin aynen alındığı, dolayısıyla yukarıda yaptığımız açıklamaların tamamının, hukukumuz yönünden de geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

B. Orijinallik Kavramının Açıkça Belirtilmediği Türler

a. Patent

Patent hukukunda, orijinallik gibi bir şarttan ve buna yönelik bir incelemeden hiç bahsedilmemiş olmasına rağmen, patent hakkı, orijinalliğin varlığının en bariz şekilde arandığı haklardandır. Gelişme gösterme (buluş basamağı) koşulunun - hiçbir yorum farklılığı olmaksızın - açıkça arandığı bu tek hak da, gelişme gösterme koşulunu karşılama, - başvuru hakkının gaspı vb. haller hariç - zorunlu olarak fikrî ürün sahibinin, daha önce hiç kimsenin yapamadığı bir gelişmeyi bizzat gerçekleştirmiş olduğunu ortaya koymaktadır¹⁶⁹. Bu gelişmenin fikrî ürün sahibinin kendi hususiyetlerinden kaynaklandığı ve çözümün bu kişiye

¹⁶⁹ Aynı yönde *Phillips / Firth*, s. 49.

has olduğu izahtan varestedir. Bu yüzden patent hukukunda, orijinallik şartı açıkça zikredilmemiş olsa gerektir.

ABD’ de, orijinallik şartı olarak belirtilmese de, orijinallik kavramı ile eş anlama gelecek şekilde “ buluşu, buluş sahibinin düşünmüş olması ” şartı aranmaktadır (ABDPATK. m. 102 / f)¹⁷⁰. Buluş da orijinalliğin bulunmasına, yani buluşun, buluşçunun kendi çabalarının sonucu olmasına yönelik kararlara, İngiliz hukukunda da rastlanılmaktadır¹⁷¹. Ayrıca, patent isteme hakkının gaspı da, patent hakları yönünden orijinalliğin işlevini yani teşvik edilecek kişiyi doğru tespiti gerçekleştirmeye yönelik bir düzenlemedir.

Patentlerdeki orijinallik incelemesinin yukarıda belirtilen genel esaslara uygun olarak yapılması yerinde olacaktır. Hukukumuzda da, kaynağını orijinalliğin bulunması koşulundan alan, gelişme gösterme koşulunun aranması (PatKHK. m. 5 ve 9), manevi haklar tanınması (PatKHK. m. 138 / 1 ve 142), patent isteme hakkının gaspının önlenmesi (PatKHK. m. 11 vd. ile 129 / I - d) gibi düzenlemelerin yanı sıra, ABDPATK. m. 102 / f hükmünün benzeri şekilde, buluşu yapanın adının patentte belirtilmesi (PatKHK. m. 15) ve işçi buluşlarına ilişkin düzenlemeler (PatKHK. m. 16 vd.) yer almakla birlikte, bu benzer düzenlemeler ABDPATK.’ndan farklı olarak, patent verilebilirlik şartları arasında sayılmamıştır.

b. Marka

Marka hukukunda, orijinallik gibi bir şarttan hiç bahsedilmemiş olmasına rağmen, marka hakkı yönünden yapılan gelişme gösterme (ayırt edicilik) incelemesi, orijinallik incelemesini de zımnen içinde barındırır. Ayırt edicilik, yukarıda da açıklandığı üzere fikrî ürünün, yani işaretin, yalnız “ kendine özgü ” bir nitelik taşıması nedeniyle, diğer tüm markalardan ayrılması, toplumun bilgi havuzunda ayrı bir yer

¹⁷⁰ Aynı yönde *Bouchoux*, s. 304; *Schechter / Thomas*, s. 363; *Francis / Collins*, s. 194 vd.; *Halpern / Nard / Port*, s. 203.

¹⁷¹ *Colston / Middleton*, s. 162.

edinmesidir¹⁷². İşaretin, belirli bir özgünlüğe sahip olması, diğer markalardan farklı kılan bir hususiyetinin bulunması gerekir¹⁷³. Bu ise, marka olarak ortaya konulan işaretin, sahibinin kattığı unsurlarla sağlanır ki, bu da markanın orijinalliğini ortaya koyar¹⁷⁴.

Kanaatimizce, gelişme gösterme koşulunun (ayırtedicilik) bulunması ve buna yönelik inceleme yapılması, bununda orijinallik şartını ve incelemesini zımnen ortaya koyması; bunun yanı sıra marka hukukundaki

¹⁷² Aynı yönde *Tekinalp*, s. 348 (Müellif, “ Bir markanın ayırtedici niteliği için, işaretin hem kendi simgesel gücüyle diğer işaretlerden ayrılması hem de o malın veya hizmetin hangi teşebbüse ait olduğunu göstermesi / ayırt etmesi gerekir. ” görüşündedir); *Arkan*, C. I, s. 107; *Dirikkan*, H. : Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s. 90 (Müellifler, “ markanın orijinal olması da onun ayırt ediciliğini, reklam gücünü, değerini artırır ” görüşündedirler.) Karşı görüş için bkz. *Suluk*, s. 250 (Müellif, “ marka hukukunda kullanılan *distinctive character* kavramında, bu özellikler aranmadığı gibi, marka korumasındaki amaç, markanın kendisinin bir özellik taşıması olmayıp, kullanıldığı hizmet veya ürünü, başkalarının hizmet veya ürünlerinden ayırt etmektir ” görüşündedir. Ancak, marka ister ürünü isterse ürünün kaynağını ayırtetsin, bu işlevini yerine getirebilmesi için ve bundan önceki safhada, kendisinin diğer marka olan işaretlerden ayırt edilmesi gerekir. Kendisi ayırt edici olmayan bir işaretin, ürünü de ürünün kaynağını da ayırtetmesi söz konusu olamaz. Marka olan işaretin kendisinin ayırt edici özellikleri ise, ona, sahibinin kendinden kattığı, kendine has özellikleri yani işaretin orijinalliğidir.)

¹⁷³ *Kur*, A. : “ Der wettbewerbsliche Leistungsschutz-Gedanken zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Formgebungen, bekannten Marken und ‘ Characters ’ ”,GRUR. 1990, s. 9 (*Dirikkan*, s. 90 dn. 14’ten naklen); *Karayalçın*, s. 413 (Müellifler, “ Markanın ayırt ediciliği sağlayan esas unsur, özgün ve karakteristik nitelikte olmalıdır ” görüşündedirler. Görüşte yer alan “ özgün ” kavramı, orijinalliğin sözlük anlamlarından biridir.) *Arseven*, s. 141 (Müellif, “ İltibas incelemesinde, hakim yeni, orijinal bir marka mı ihdas edilmiş, yoksa başkasına ait bir marka mı taşıyıcı edilmiş bunu arayacaktır ” düşüncesindedir.); Farklı görüş için bkz. *Dirikkan*, s. 91; Karşı görüş için bkz. *Kaya* (*Ülgen / Teoman / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan*),s.353.

¹⁷⁴ Karş. Trademark Cases, 100 U. S. 82 (1879) (<http://supreme.nolo.com>) (Davada, Mahkemece, her ne kadar “ markanın, daha önce varolan bir şeyin adaptasyonu olabileceği gerekçesiyle, markalarda orijinallik için fikri katkıya ihtiyaç bulunmadığı ” sonucuna ulaşılmış ise de, kanaatimizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Buradaki fikri katkı, orijinal bir kelime ortaya koymak şeklinde değil, markanın “ işareti koruma yönelik bir hak olması ve bu yönden incelemeye tabi olması nedeniyle”, “ bilinmekte olan bir kelimenin ilgili olmayan bir sektörde işaret olarak kullanılması ” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bilinmekte olan Diesel kelimesinin akaryakıtla ilgisi olmayan giyim sektöründe işaret olarak kullanılması gibi. İlgili bir sektörde kullanılması durumunda zaten bir fikri katkı yahut orijinallikten söz edilemeyeceği için markanın korunması da söz konusu olamayacaktır.).

farklı ret sebepleriyle (MarkKHK. m. 7/I-c,d,e) hiçbir orijinallik taşımayan markaların korumadan dışlanması nedeniyle, orijinallik ayrı bir şart ve inceleme olarak öngörülmemiştir. Bu tür markalarda da, tescilin reddini gerektiren sebep, herkesin kullanabileceği işaret olmalarına rağmen, bir kişi adına korunmaları halinde rekabeti haksız surette ortadan kaldırmaları¹⁷⁵, özel bir fikrî bir çaba bulunmaması¹⁷⁶, ürünün özelliklerini, meslek vb. ni ifade eden bir ibareyi veya teknik fonksiyonu icra edebilmesi için zorunlu olan bir işareti, herkes aynı şekilde kullanmak zorunda olduğundan böyle bir markada özgünlük olduğunun iddia edilememesidir¹⁷⁷.

Kanaatimizce, markalardaki orijinallik incelemesinin de genel esaslara uygun olarak yapılması yerinde olacaktır. Marka hukukundaki genel esasların benimsenmiş olması nedeniyle yukarıdaki açıklamalar, hukukumuz yönünden de geçerlidir.

c. Coğrafi İşaret

Orijinallik niteliği, coğrafi işaret hakkında, diğer hak türlerinden çok daha ön plan çıkan bir nitelik olup, bizzat hakkın varoluş sebebidir. “ Hakkın sahibi olan coğrafi bölgeye has ” bir özellik, fikrî ürün olarak koruma altına alınmaktadır¹⁷⁸. Bu nedenle, varlığının gereği olarak, özünde bulunması zorunlu bir niteliktir. Bu durum bizzat, coğrafi işaretin, İngilizce karşılığı olarak kullanılan “ appellation of origin (origin kelimesi orijinal kelimesinin kökenidir - Yn.) ” teriminde dahi görülmektedir.

Coğrafi işaret hakkında, orijinallik niteliği arandığına dair bir hüküm, coğrafi işaretin, jenerik adına (öz ad) dönüşmüş olması halinde de tescilinin mümkün olmamasıdır. Bunun gerekçesi ise, Cologne

¹⁷⁵ Aynı yönde *Tekinay, S. S.* : “ Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar ”, Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, T. İş Bankası Yayınları, s. 69 -78, Ankara 1988, s. 72; *Şenocak, K.* : “ Soyut Renk Markaları ”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 93. Başkalarının hak ve menfaatlerini ihlal eden bir rekabetin haklı olarak nitelendirilemeyeceği hususunda bkz. *Ayhan, R.* : Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Selçuk Üniversitesi Yayını, KONYA, 1990 (Rekabet), s. 12

¹⁷⁶ Aynı yönde *Tekinay*, s. 76; *Arkan, C. I.*, s. 78.

¹⁷⁷ *Phillips*, Commentary, 5.84. (*Suluk*, s. 264 dn. 207’den naklen).

¹⁷⁸ Aynı yönde *Ayhan*, s.411; *Gündoğdu, G.* : Türk Hukukunda Coğrafi İşaret ve Korunması, İstanbul, 2006, s.9.

(kolonya) örneğinde görülebileceği gibi, bir orijinalliğinin, coğrafi kökene ilişkin ayırt ediciliğın kalmamış olmasıdır¹⁷⁹.

Orijinallik, kısaca hakka konu olan coğrafi işaretin, yani bir bölgede yetişen ürünlerin, niteliğini aldığı bölgenin sahip olduğu doğal kaynaklar yahut üretim usulleri vb. nin, fikrî ürün sahibine yani o coğrafi bölgeye has olmasıdır. Coğrafi işaretin, unsurlarından ikisi de, işaretin konulacağı ürünün bir karakteristik (hususiyet) kazanması ve bu karakteristik özellikle, coğrafi kökenin arasında bağlantı bulunmasıdır¹⁸⁰. Ürünlerin kazandığı bu hususiyetin kaynağı da, coğrafi kökenidir¹⁸¹. Coğrafi işaretin de, varlığını bizzat fikrî ürün sahibinin hususiyetlerinden aldığı ve işareti ortaya çıkaran özelliğın bizzat fikrî ürün sahibine has olduğu gerçekliğı karşısında, kanaatimizce, orijinallik şartının, bu hakta da bir şart ve inceleme olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Diğer haklarda olduğu gibi, hak sahipliğinin başkasına ait olması sebebine dayalı hükümsüzlük nedeninin kaynağı, orijinallik koşulunu karşılamamak olmalıdır.

Kanaatimizce, coğrafi işarettaki orijinallik incelemesinin de, genel esaslara uygun olarak yapılması yerinde olacaktır. Coğrafi işaret hukukundaki genel esasların benimsenmiş olması nedeniyle, yukarıdaki açıklamalar hukukumuz yönünden de geçerlidir.

d. İslahçı Hakları

İslahçı haklarında korunması istenilen fikrî ürün olan yeni çeşidin, farklılık başlığı altında, “ Başvuru veya rüçhan hakkı tarihinde, herkesçe bilinen çeşitlerden açıkça ayırt edilebilen, bir çeşit olması ” şartı aranmaktadır (YBitK. m. 6). Bu koşul, zorunlu olarak, çeşidin özellik sınıflarından en az birinde¹⁸², fikrî ürün sahibinin, daha önce hiç kimsenin yapamadığı farklılığı bizzat gerçekleştirmesi gerektiğini ortaya koyar. Bu gelişmenin, farklılığın, fikrî ürün sahibinin kendi hususiyetlerinden kaynaklanacağı ve uygulanan yöntem vb. nin bu kişiye has olacağı izahtan varestedir. Özetle belirtmek gerekirse, bu haklar içinde, gelişme gösterme

¹⁷⁹ Aynı yönde *Hirş*, Ticaret, s. 163; *Oytaç*, s. 167.

¹⁸⁰ *Ayhan*, s. 411; *Gündoğdu*, s. 9; Aynı yönde Lizbon Sözl. m. 2 / 1; Trips Anl. m. 22 / 1.

¹⁸¹ *Ayhan*, s. 411; *Gündoğdu*, s. 25.

¹⁸² Aynı yönde *von der Kooij*, s. 15; *Odman Boztosun*, s. 111.

koşulunun aranması elzem olup,¹⁸³ bu koşul, orijinallik ihtiyaç ve koşulunu da doğal olarak gerektirecektir. Kanaatimizce, bu yüzden ıslahçı haklarında orijinallik şartı açıkça zikredilmemiştir. Zikredilmemiş olması, bu tür fikrî ürünlerde orijinallik gerekmediği anlamına gelmez.

Islahçı haklarında da orijinallik incelemesinin genel esaslara göre yapılması, uygun olacaktır. YBitKan.'un hükümleri incelendiğinde, Mehaz düzenlemelerdeki hükümlerin aynen alındığı, dolayısıyla yukarıda yaptığımız açıklamaların tamamının hukukumuz yönünden de geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

e. Ticaret Unvanı

Ticaret unvanının asli işlevinin tacirleri “ ayırt etmek “ olması karşısında, bu işaretlerin de, işlevini yerine getirebilmesi için, markalarda olduğu gibi, kendine özgü unsurlar taşıması gerekir. Her ticaret unvanının, aynı koruma çevresinde diğer ticaret unvanlarından açıkça ayırt edilebilecek bir şekilde olması¹⁸⁴ ve bunun için gerektiğinde ek yapılmasının zorunlu olması karşısında ticaret unvanının da, önceki unvanlardan bir farklılık taşıması şarttır. Bu farklılık da kendisini meydana getiren kişiye has özellikler taşıyacağı için, hükümlerin, zımnen de olsa orijinalligi aradığı ortaya çıkmaktadır.

f. İşletme Adı

İşletme adının, sahibi tarafından tescil ettirilmek zorunluluğu¹⁸⁵ ile aynı koruma çevresinde diğer işletme adlarından açıkça ayırt edilebilecek bir

¹⁸³ Aynı yönde *Bouchoux*, s. 310 (Müellif, “ ıslahçı hakkındaki farklılık ile patentteki buluş basamağını aşma / alışılmadık olma şartı arasında büyük ilişki olduğu ” görüşündedir.); Farklı görüş için bkz. *Phillips / Firth*, s. 394 (Müellifler, “ ıslahçı hakkındaki farklılığın patentteki buluş basamağı şartından daha basit olduğu ” görüşündedirler.).

¹⁸⁴ *Hirş*, Fikrî Say I, s. 11; *Ayhan*, s. 298; *Çağlar, H. / Özdamar, M.* : “ Ticaret Unvanının Korunması ”, SÜHFD, C. 14, S. 2, Konya, 2006, s. 120.

¹⁸⁵ *Erem*, s. 193 vd.; *Ayhan / Özdamar / Çağlar*, s. 166; *Helvacı (Ülgen / Teoman / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan)*, s. 336 vd.; Karş. *Hirş*, Ticaret, s. 149; *Arslanlı*, Ticaret, s. 78; *Edgü*, s. 98 vd.; *Karayalçın*, s. 397 vd.; *Arkan*, İşletme, s. 264.

şekilde olmaları¹⁸⁶ gerekliliği, bu haklarda da orijinallik özelliğinin zımnen arandığını ortaya koymaktadır.

D. ORİJİNALLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KURULMASINA VE SAHİPLİĞİNE ETKİLERİ

Orijinallik incelemesi, halihazırda sadece, eser haklarında ve entegre devre topoğrafyalarında koruma koşulu olarak açıkça düzenlenmiş iken; patent, marka, tasarım, ticaret unvanı gibi haklarda gelişme gösterme (buluş basamağı, yahut ayırt edicilik) safhasında zımnen yapılmaktadır. Ancak eser haklarında, hakkın tesisi için bir orijinallik incelemesi yapılmamakta; orijinallik, bu hakların sahipliğine ilişkin bir ihtilaf ortaya çıktığında söz konusu olmaktadır. Entegre devre topoğrafyasında ise, orijinallik şartı bir tescil şartı olarak aranmakta, yapılan inceleme sonucunda orijinal olduğuna karar verilen topoğrafya bir hak ve hak sahipliğine konu olmaktadır. Diğer haklarda ise buluş basamağı, ayırt edicilik gibi gelişme gösterme koşulu anlamına gelen bir şart olarak inceleme yapılmakta, bu yukarıda açıklandığı üzere zımnen orijinallığı gerekli kılrsa da, açıkça orijinallik ifadesi geçmediğinden ayrı bir orijinallik incelemesi yapılmamaktadır.

Orijinallik kavramı, bir yönüyle de hak sahipliğinden kaynaklanan davalarda önem arz etmektedir. Anılan bu davalarda, her ne kadar orijinallik şartı, hakkın doğumu veya hükümsüz kılınması için açıkça aranmasa da, dava “ gerçek hak sahipliğine ” ilişkindir ve ispatı orijinallik koşulunun yani “ sahibinin hususiyetini taşıdığı ” nın ispatı şeklinde gerçekleşmektedir¹⁸⁷.

E. ORİJİNALLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE ETKİLERİ

Gerçek fikrî ürün sahibi olmadığı halde, kendisini fikir ürün sahibi olarak ileri süren kişiler, “ hakkı gasp eden ” olarak nitelenmekte ve hükümsüzlük davalarına muhatap olmaktadır. Her ne kadar, mevzuatta ve

¹⁸⁶ Arslanlı, Ticaret, s. 78 dn. 2; Ayhan / Özdamar / Çağlar, s. 166; Helvacı (Ülgen / Teoman / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan), s. 337; Karş. Arkan, İşletme, s. 264.

¹⁸⁷ Aynı yönde PatKHK. m. 13.

doktrinde, hak sahipliğine dayalı hükümsüzlük sebebinin kaynağına ilişkin görüşler yer almasa da, kanaatimizce bu hükümsüzlük sebepleri, kaynağını, fikrî ürünün orijinallik koşulunu karşılamamasından almaktadır.

SONUÇ

Fikrî mülkiyet hakları, toplumun diğer fertlerinin hürriyet sahasını, bir tek şahıs lehine şarta bağladığı ve sınırladığından, korumanın, ancak hakların konuluşunun asli amacına uygun, yani toplumun gelişmesini sağlayan, toplumun bilgi havuzunu zenginleştiren, kısaca bu korumayı hak eden fikrî ürünlere tanınması gerekir. Bir fikrî ürünün, tekel hakkıyla korumayı hak edip etmemesi ancak, hakkın tanınma amacına uygun niteliklere sahip olmasıyla belirlenebilecektir. Fikrî ürünlerin özellikleri dikkatle incelendiğinde, hak tanınması için mutlaka aranması gereken şartlar; fikrî ürünün orijinal olması, yeni olması, gelişim sağlaması, topluma sunulması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Korumayı hak etmeyen fikrî ürünlere koruma sağlanmaması; itiraz ve hükümsüzlük mekanizmalarıyla bütünleşmiş bir inceleme sistemle olsa dahi, bu kriterlerin karşılanması; fikrî mülkiyet haklarının amaçlarının gerçekleşmesinde, farklı anlam ve işlevleri bulunan yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin tüm türlere konu fikrî ürünlerde aranılması ve bu kriterlerde başarı sağlayan fikrî ürünlerin fikrî mülkiyet hakkı korumasından faydalandırılması sağlanmalıdır. Bunun için yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin, ayrı kriter olarak amacına uygun şekilde ve açıkça düzenlemelerde yer alması, diğer türlerde de mevcut kriterlerden eksik olanların düzenlemelere eklenmesi ve bu kriterlerin, her türde, aynı işlev ve anlamda kullanılması gereklidir. Yine bu kapsamda, tüm türlerde, yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin uygulanmasında bir terminoloji birlikteliğinin oluşturulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA*

A.KİTAP VE MAKALELER

- Arkan, Sabih** : Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997 (C. I).
_____ : Ticari İşletme Hukuku, 13. b., Ankara 2009 (İşletme).
- Arseven, Haydar:** Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul 1951.
- Arslanlı, Halil** : Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul 1954.
_____ : Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 3. b., İstanbul (Ticaret).
- Ayhan, Rıza** : Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990 (Rekabet).
_____ : Ticari İşletme Hukuku, 2. b. , Ankara 2007.
- Ayhan, Rıza**
Çağlar, Hayrettin /
Özdamar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 3. b., Ankara 2010.
- Ayiter, Nuşin** : İhtira Hukuku, Ankara 1968 (İhtira).
_____ : Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. b. , Ankara 1981.
- Banbridge, David I.:** Intellectual Property, 6. b. , Harlow 2007.
- Bently, L./**
Sherman, B. : Intellectual Property Law, 2. b., New York 2004.
- Bilgişin, Ş. Memedali:** Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, İstanbul 1950.
- Bouchoux, Deborah E:** Intellectual Property for Paralegals, 2. b., Newyork 2005.
- Cengiz, Dilek** : Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995.
- Cornish, William /**

* Birden fazla eserine yollama yapılan yazarların eserlerinin yanında ayırt edici kelimeler kullanılmıştır.

- Llewelyn, David:** Intellectual Property, 5. b., London 2003.
- Colston, Catherine /**
- Middleton, Kirsty :** Modern Intellectual Property Law, 2. b., London 2005.
- Çağlar, Hayrettin /**
- Özdamar, Mehmet:** “ Ticaret Ünvanının Korunması ”, SÜHFD, C. 14, S. 2, Konya 2006.
- Dirikkan, Hanife:** Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.
- Edgü, Ekrem :** Ticaret Hukuku I, Ankara 1964.
- Edis, Seyfullah :** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. b. Ankara 1989.
- Erel, Şafak N. :** Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3.b., Ankara 2009.
- Erem, Turgut S. :** Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, İstanbul 1958.
- Fellner, Christine:** Industrial Design Law, London 1995.
- Francis, William H. /**
- Collins, Robert C. :** Cases and Materials on Patent Law, 5. b. , MN 2002.
- Goldstein, Paul :** International Intellectual Property Law, New York 2001. Gündoğdu, Gökmen : Türk Hukukunda Coğrafi İşaret ve Korunması, İstanbul 2006.
- Halpern, Sheldon W. /**
- Nard, Craig Allen /**
- Port, Kenneth L.:** Fundamentals of United States Intellectual Property Law, London 1999.
- Hirş, Ernst E. :** Hukuki Bakımdan Fikri Say, C. I, İstanbul 1942 (Fikri Say I).
- _____ : Hukuki Bakımdan Fikri Say, C. II, İstanbul 1943 (Fikri Say II).
- _____ : Ticaret Hukuku Dersleri, 2.b, İstanbul 1946 (Ticaret).
- _____ : Fikri ve Sınai Haklar, İstanbul 1948 (Sınai).
- Johnston, Dan :** Design Protection, 4.b., Great Britain 1995.
- Karahan, Sami /**
- Suluk, Cahit /**
- Saraç, Tahir /**

- Nal, Temel** : Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2007.
- Karayalçın, Yaşar**: Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, Ankara 1968.
- Kılıçoğlu, Ahmet**: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006.
- Kınacioğlu, Naci**: “ Türkiye’de Fikri Hakların Gelişimi ve Nazari Esasları ”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatrasına Armağan, Ankara 1990.
- von der Kooij, PACE.**: Introduction to the EC Regulation on Plant Variety Protection, London 1997.
- Laddie, Hugh / Prescott, Peter / Vitoria, Mary / Speck, Adrian / Lane, Lindsay**: The Modern Law of Copyright and Design, C.I,3.b. London 2000 (C. I).
- _____ : The Modern Law of Copyright and Design, C. II, 3.b.,London 2000 (C. II).
- Muir, Ian / Brandi-Dohrn, Mathias / Gruber, Stephan**: European Patent Law, 2. b., Oxford 2002.
- Musker, David** : Community Design Law Principle and Practice, London 2002.
- Odman Boztosun, N.A**: Islahçı Hakkı, Ankara 2006.
- Ortan, Ali Necip** : Avrupa Patent Sistemi, C. I, Ankara 1991 (C. I).
- _____ : İşçi Buluşları Hukuku, İzmir 1987 (İşçi).
- Oytaç, Kutlu** : Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul 2002.
- Öçal, Akar** : Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara 1967.
- Öztan, Fırat** : Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.
- Öztürk, Özgür** : Patent Verilebilirlik Şartları, Ankara 2008.
- Phillips, Jeremy / Firth, Alison** : Introduction to Intellectual Property Law, 4. b., London 2001.
- Poroy, Reha /**

Tekinalp, Ünal : “ Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar ”, Prof.Dr.Haluk TANDOĞAN’ın Anısına Armağan, Ankara 1990.

Schechter, Roger E. /

Thomas, John R. : Intellectual Property The Law of Copyrights, Patents and Trademarks, MN 2003.

Suluk, Cahit : Tasarım Hukuku, Ankara 2003.

Suthersanen, Uma : Design Law in Europe, London 2000.

Şenocak, Kemal /

Hanedan, R. Cemal : “ Telefon Zil Seslerinin Fikri ve Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi ”, Prof. Dr. İrfan **Baştuğ** Anısına Armağan, DEÜHFD, C. 7, Özel Sayı, İzmir 2005.

Şenocak, Kemal : “ Soyut Renk Markaları ”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003.

Thorley, Simon /

Miller, Richard /

Burkill, Guy /

Birss, Colin /

Campbell, Douglas: Terrel on the Law of Patents, 16. b., London 2006.

Tekinalp, Ünal : Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. b. , İstanbul 2006.

_____ : “ Yeni Patent Hukukunda ‘ Buluş Sahibi ’ İlkesi ve Gasp Davalarına İlişkin Bazı Sorunlar ”, İÜHFM (Prof. Dr. Orhan Münir ÇAĞIL’a Armağan Sayısı), C. LV, S. 4 , 1997 (Buluş Sahibi).

Tekinay, S. Sulhi : “ Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar ”, Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, T. İş Bankası Yayınları, s. 69 -78, Ankara 1988.

Torremans, Paul, : Intellectual Property Law, 3. b., London 2001.

Tritton, Guy : Intellectual Property in Europe, London 1996.

Tüysüz, Mustafa : Yeni Bitki Çeşitleri Üzerindeki Islahçı Hakkı, Ankara 2007.

Ülgen, Hüseyin /

Teoman, Ömer /

Helvacı, Mehmet /

Kendigelen, Abuzer /

- Kaya, Arslan /**
Nomer Ertan, N. Fusun: Ticari İşletme Hukuku, 3. b., İstanbul 2009.
- Yarsuvat, Duygun** :Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 3.b., İstanbul 1984.
- Yasaman, Hamdi /**
Altay, Sıtkı Anlam /
Ayoğlu, Tolga /
Yusufoğlu, Fülürya /
Yüksel, Sinan : Marka Hukuku, C. I, İstanbul 2004 (C. I).
Yosmaoğlu, Nevzat : Patentler, Know How'lar, Markalar, Ankara 1978.

B. ELEKTRONİK KAYNAKLAR:

- Aisenberg, Irwin M.** : “ A Step beyond Novelty, Utility and Non - Obviousnes ”, IDEA- The Journal of Law and Technology, (1984 - 1985) (127 - 176) (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/idea25&collection=journal&id=137&print=50§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009)
- Dworkin, Alan T.** : “ Originality in the Law of Copyright ”, Copyright L. Symp. 60, 1962, s.60-81, s.60 (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/cpyrgt11&collection=journals&id=80&print=22§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009)
- Erstling, Jay A.** : “ The Semiconductor Chip Protection Act and Its Impact on the International Protection of Chip Designs ”, Rutgers Computer & Tech. L. J. 303 (1989), s. 306 (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/rutcomt15&collection=journals&id=309&print=48§ioncount=1&ext=.pdf>) (21.04.2010)
- Keller, Gunter** : “ Summary of Some Recent Decisions on the Board of Appeal of the EPO Regarding Questions of Novelty, Inventive Step and Structural Obviousness ”, Journal of the Patent Office Society, (1993) (237 - 242) (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals>)

jpatos75&collection=journals&id=251&print=6§ioncount=1&ext=.pdf) (20. 12. 2009)

Oppenheimer, Gregg: “ Originality in Art Reproductions: Variations in Search of a Theme ”, Copyright L. Symp. 207, (1982), (207 – 244), (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/cpyrgt27&collection=journals&id=225&print=38§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009)

Saidman, Perry J. : “ Copyrights: Novelty or Originality ”, Journal of the Patent Office Society, 1973, (314 - 339) (<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos55&collection=journals&id=340&print=26§ioncount=1&ext=.pdf>) (20. 12. 2009)

Wojcik, Mary C. : “ The Antithesis of Originality: Bridgeman, Image Licensors, and the Public Domain ”, Hastings Comm. & Ent. L. J. 257 (2007 -2008), (257 – 286) <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/hascom30&collection=journals&id=275&print=30§ioncount=1&ext=.pdf> (20. 12. 2009)

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15 (11. 12. 2009)

<http://caselaw.lp.findlaw.com>

<http://supcourt.ntis.gov>

<http://supreme.nolo.com>

http://www.upov.int/export/sites/upov/en/about/pdf/c_extr_19_2_re_v.pdf

<http://legal.european-patent-office.org>

<http://www.ca6.uscourts.gov>

<http://tdkterim.gov.tr>

C.DİĞER KAYNAKLAR

GREEN PAPER on The Legal Protection of Industrial Design, Commission of The European Communities, Brussels, 1991 (Green paper) Intellectual Property Handbook, Second Ed., WIPO Publication No: 489, Geneva, 2004 (IPH)

COLLINS Sözlüğü

REDHOUSE Sözlüğü

KISALTMALAR

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

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

YBitK. :Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunması
Hakkında Kanun

YKD. :Yargıtay Kararları Dergisi

Yn. :Yazar notu

