

ABD Marka Hukuku'nda Kamu Düzenine ve Ahlaka Aykırı Markalar

Trademarks Contrary to Public Policy and Morality in the U.S. Trademark Law

Muhammed Yakup Altun 

Kalifornia Barosu ve İstanbul Barosu,
Amerika Birleşik Devletleri,
m_altun@u.pacific.edu



Öz: Türk ve Avrupa Hukuku'nda yer alan kamu düzenine ve ahlaka aykırı markaların tescil edilemeyeceğini düzenleyen hükümlerin benzeri, ABD Hukuku'nda ahlaka aykırı, skandal ve aşağılayıcı markaların tescilini yasaklayan hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak Türkiye'de ve Avrupa Birliği'nde bu tescil yasakları halen yürürlükteyken, ABD Yüksek Mahkemesi, bu tescil yasaklarını düzenleyen hükümleri ABD Anayasası'na aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme, markaların fikir ve mesajlar ifade edebilen anlamlı semboller olduğunu, bu sebeple iletişim kurma işlevi görebileceğini belirlemiş ve söz konusu hükümlerin bakış açısı ayrımcılığı yaparak ABD Anayasası'nın İfade Özgürlüğü maddesine aykırılık yarattığını belirtmiştir. ABD Yasama Meclisi tarafından iptal edilen bu hükümlerin yerine henüz yeni bir düzenleme getirilmemiştir. Bu boşluk, iptal edilen hükümler uyarınca tescil edilmemesi gereken birçok markanın tesciline imkân tanımış ve Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi'nin (USPTO) başvuruları değerlendirirken işlev görmeme doktrinini daha sık kullanmasına neden olmuştur.

Bu çalışmada öncelikle ABD Marka Hukuku'nun temel ilkeleri ve iptal kararları öncesinde iptal edilen hükümlerin uygulanma şekli incelenecektir. Ardından, Yüksek Mahkeme'nin iptal kararları, karşı görüşler de dikkate alınarak ayrıntılı olarak analiz edilecektir. Son olarak, işlev görmeme doktrini çerçevesinde iptal kararları sonrası USPTO uygulamaları değerlendirilecek; ABD Kongresi'nin yalnızca saldırgan ifade biçimlerini hedef alan yeni bir düzenleme yaparak marka tescilindeki bu boşluğu Anayasa'ya uygun biçimde doldurma olasılığı tartışılacaktır. Ayrıca ABD Hukuku'nda ilgili hükümlerin iptal edilmesine karşın Türk ve AB Hukuku'nda bu hükümlerin yürürlükte kalmasının anayasal farklılıklardan kaynaklandığı açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Lanham Yasası, Ahlaka Aykırı Markalar, Skandal Markalar, Aşağılayıcı Markalar, İfade Özgürlüğü

Geliş Tarihi/Received: 19.10.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 19.12.2024
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:
03.02.2025

Abstract: US trademark law bars the registration of immoral, scandalous, and disparaging trademarks, and these provisions are similar to those in Turkish and European Union law that prevent the registration of trademarks contrary to public order and morality. However, while these registration bars remain active in Türkiye and the European Union, the U.S. Supreme Court has found the corresponding provisions in U.S. law to be unconstitutional. The Court reasoned that trademarks serve as meaningful symbols capable of conveying ideas and messages, thereby functioning as a form of communication, and concluded that these restrictions constituted viewpoint discrimination, thus violating the Free Speech Clause of the U.S. Constitution. The annulled provisions have not yet been replaced with new regulations by the Congress. This gap has allowed for the registration of many trademarks that would otherwise have been denied under the annulled provisions and has led the United States Patent and Trademark Office (USPTO) to rely more frequently on the failure to function doctrine when evaluating trademark eligibility.

This paper first discusses the fundamental principles of U.S. trademark law and the application of the annulled provisions prior to the Supreme Court's decisions. Next, the Supreme Court's decisions will be analyzed in detail, taking into account the dissenting opinions. Finally, USPTO practices following the annulments will be evaluated within the scope of the failure-to-function doctrine, and the possibility of Congress filling this legal gap with a new regulation targeting only offensive expressions, in line with the Constitution, will be discussed. Additionally, the retention of similar provisions in Turkish and EU law, in contrast to their annulment in the U.S., will be explained through differences in constitutional frameworks.

Keywords: Lanham Act, Immoral Trademarks, Scandalous Trademarks, Disparaging Trademarks, Freedom of Speech

Extended Abstract

Trademarks are essential for brand awareness and consumer confidence. While businesses usually avoid immoral, scandalous, or disparaging marks to align with public sentiment, some seek to register these marks to attract attention or appeal to rebellious consumers, despite potential public disapproval. Countries often refuse these marks from registration to maintain public morality, protect underrepresented groups from disparaging or racist marks, prevent consumer deception, and uphold the integrity of the marketplace. The provision in Turkish and European law that bars trademarks contrary to public policy or morality resembles provisions in U.S. law that previously prevented the registration of immoral, scandalous, and disparaging trademarks, which have been annulled by the U.S. Supreme Court.

Federal trademark law in the United States is regulated under the Lanham Act, enacted in 1946. This act originally barred the registration of trademarks consisting of immoral or scandalous matter, or trademarks that may disparage any person, institution, belief, or national symbol. However, these regulations were annulled by the U.S. Supreme Court in the landmark cases of *Matal v. Tam* (2017) and *Iancu v. Brunetti* (2019), leading to significant changes in the landscape of trademark law.

In the instances where these regulations were used, the United States Patent and Trademark Office (USPTO) evaluated whether a substantial composite of the general public (or the referenced group in the case of disparaging marks) perceived the mark as shocking to the sense of truth, decency, or propriety; giving offense to the conscience or moral feelings; calling out for condemnation; disgraceful; offensive; disreputable; or vulgar. Marks such as MARIJUANA COLA, BABY AL QAEDA, and REDSKINS were denied under these rules. While the refusal of REDSKINS trademark, which is claimed to be disparaging Native Americans, was challenged in *Pro-Football, Inc. v. Blackhorse* with claims of unconstitutionality of the regulation, and the case was in the appeal court, the Supreme Court in *Matal v. Tam* determined that Section 1052(a) violates the free speech clause of the First Amendment.

In the *Matal v. Tam* case, the controversial trademark was THE SLANTS, a term historically used to disparage Asian-Americans. The Supreme Court unanimously decided that Section 2(a)'s ban on disparaging trademarks infringed upon the Free Speech Clause of the First Amendment. The majority's rationale was that a trademark serves as a concise method of communication, and the approval or rejection of trademark registration constitutes regulation of speech. Regardless of whether it is commercial speech, the Court found that the provision was not narrowly tailored to eliminate trademarks that promote invidious discrimination. The Court concluded that the provision acted like a "happy talk" clause, extending far beyond what was necessary to serve the interest of avoiding offensive marks. Therefore, it constituted viewpoint discrimination.

In the *Iancu v. Brunetti* case, the controversial trademark was FUCT, a term that can be interpreted as the past participle of a well-known profanity. The USPTO initially denied its registration, citing that it consisted of or comprised immoral or scandalous matter, and was highly offensive, vulgar, or carried decidedly negative connotations. While reviewing the case, the Supreme Court acknowledged that the mark was indeed offensive but found that the provision itself was unconstitutional.

The Supreme Court was divided in this case. The majority ruled that the provision, similar to the one in the *Tam* case, disfavored certain ideas and discriminates on the basis of viewpoint discrimination. The majority also rejected the government's argument to narrowly interpret the restriction to apply only to vulgar marks, stating that such an interpretation would effectively rewrite the law rather than merely interpret it. However, some justices supported a narrow interpretation, suggesting that targeting only marks that are offensive in their expression, specifically those that are obscene, vulgar, or profane, would eliminate viewpoint discrimination without rewriting the law.

As of today, Congress has not enacted a new provision to replace the invalidated provisions of the Lanham Act. Consequently, since these landmark decisions, the USPTO lacks a direct statutory basis to reject marks that are immoral, scandalous, or disparaging. However, the use of the failure to function doctrine has become more frequent. This doctrine primarily examines whether consumers will perceive the matter being registered as a trademark. It derives mostly from the definition of a trademark under Section 45 of the Lanham Act. For example, the USPTO has started refusing some marks under this doctrine when a mark does not fulfill its trademark functions due to its semantic implications. An instance of this is the refusal of the term NIGGA, which is widely used by various sources and merely communicates a well-recognized sentiment, rather than identifying and distinguishing the source of goods or services.

However, even when marks are distinctive and function as trademarks, they may still be highly offensive, suggesting that this doctrine alone may not fully address the government's interest in restricting such marks. Additionally, it risks inconsistent, arbitrary, and unclear application by the USPTO. Therefore, this paper concludes by proposing a new statute focused specifically on expression modes or marks that are obscene, vulgar, or profane, as suggested by the Supreme Court, which might better align with governmental interests. For disparaging marks, any new provision inherently risks viewpoint discrimination; however, if narrowly tailored with a clear legislative intent for limited application, it may withstand constitutional scrutiny. We also note that, while the Turkish Constitution and the European Convention on Human Rights allow for free speech limitations in the interest of public policy, the U.S. Constitution lacks any provision permitting such restrictions. Therefore, a carefully crafted statute targeting only the most offensive expressions could effectively balance free speech rights with governmental interests.

Giriş

Marka, satıcı ve alıcılar arasında kısa ve öz bir iletişim şekli olarak hizmet etmektedir. Başka bir deyişle marka, satıcının mal veya hizmetlerin kendisine ait olduğunu onayladığını göstermekte ve böylece bunları rakiplerin benzer mal veya hizmetlerinden ayırmaktadır.¹ Markaların bu iletişim veya ifade yönü marka hukuku ile ifade özgürlüğü hakkının kesişmesine yol açmakta² ve bir ülkeden diğerine önemli ölçüde farklılık gösterebilecek zorlu hukuki, etik ve toplumsal sorunları ortaya çıkarmaktadır.

Bu kesişme, ABD Hukuku'nda yer alan "*ahlaka aykırı*", "*skandal*" ve "*aşağılayıcı*" işaretlerin tescilini engelleyen hükümlerin iptal edilmesiyle sonuçlanmıştır.³ Bu hükümler aslında Türk ve Avrupa Hukuku'nda yer alan "*kamu düzenine ve ahlaka aykırı*" markaların tescil edilemeyeceğini düzenleyen hükmün karşılığı olan hükümlerdir. Lanham Yasası'nın yürürlüğe girmesinden 71 yıl sonra, "*aşağılayıcı*" işaretleri engelleyen kural, 2017 yılında *Matal v Tam* davasında Yüksek Mahkeme'nin kararıyla ABD Anayasası'na aykırı bulunmuştur.⁴ Ardından, "*ahlaka aykırı*" ve "*skandal yaratan*" işaretleri engelleyen kurallar, 2019 yılında *Iancu v Brunetti* davasında Yüksek Mahkeme tarafından ABD Anayasası'na aykırı bulunmuştur.⁵ Kararın gerekçesi olarak bu düzenlemelerin ABD Anayasası'nın İfade Özgürlüğü Maddesi'ne (*the Free Speech Clause*) aykırı olarak "*bakış açısı*" (*view-point*) ayrımcılığına sebep olduğu belirtilmiştir.⁶

¹ Tyler T. Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, (Durham: Carolina Academic Press, (2020), 467.

² Lisa P. Ramsey, "Trademark Law Institute for Intellectual Property & Information Law Symposium: Free Speech Challenges to Trademark Law After *Matal v. Tam*", *Houston Law Review* 56 (2018), 401, 415.

³ Ned Snow, "Immoral Trademarks after *Brunetti*", *Houston Law Review* 58 (2020), 401, 403.

⁴ *Matal v Tam* 582 US 218, 247 (2017).

⁵ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2302 (2019).

⁶ Ilhyung Lee, "Tam Through the Lens Of *Brunetti*: The Slants", *Emory Law Journal* 69 (2019), 2002.

Buna karşılık, Türkiye’de ve Avrupa Birliği’nde (AB), bazı ifade özgürlüğü endişeleri olsa da⁷ “*kamu düzeni ve ahlaka aykırı*” işaretler için tescil engeli hala yürürlüktedir.⁸ Bu bağlamda, Paris Sözleşmesi’nin 6. ve mükerrer 6. maddeleri üye devletlere marka tescili için belirli bir özerklik tanıırken, bir ülkede tescil edilmiş bir markanın diğer üye ülkelerde de “aynı şekliyle” kabul edilmesi gerektiği ilkesini (telle quelle) benimsemektedir. Sözleşmenin mükerrer 6 maddesi, “Her bir markanın menşe ülkesinde usulüne uygun olarak tescil edilmesi halinde, diğer ülkelerde aynı şekilde başvuru ve koruma hakkı kazanacağı” ilkesini ortaya koymaktadır. Ancak “kamu düzenine veya ahlaka aykırılık” gibi gerekçelere dayanarak, devletlere bu tür markaların tescilini reddetme yetkisi tanınmıştır. Öte yandan, TRIPS Anlaşması’nın 27(2) maddesi, üyelerin “kamu düzenini veya ahlakını korumak amacıyla” patentleri koruma kapsamı dışında bırakmasına olanak tanıyan bir hüküm içerirse de, bu özel istisnayı markalar için genişletmemiştir.

Bu doğrultuda, marka hukukunun uluslararası düzeyde uyumunun yüksek olduğu bir alan olması, ABD’de bu konuda yaşanan gelişmelerin ayrıntılı bir şekilde ele alınmasını daha da önemli hale getirmektedir. ABD’deki bu yasal değişimlerin analizi ticaret, ifade özgürlüğü ve toplumsal normlar arasındaki karmaşık etkileşimin nasıl düzenlendiğine dair değerli bir bakış açısı sunmaktadır. Çalışmanın ileriki bölümlerinde yapılacak analizin kolaylaştırılması adına, bu makalede öncelikle ABD Marka Hukuku’nun temel ilkelerinden ve marka tescil engellerinden bahsedilecektir. Daha sonra, kamu düzenine ve ahlaka aykırı markaların Yüksek Mahkeme’nin kararından önce ele alınışından, düzenlemenin iptal edilme sürecinden ve iptalin etkisinden bahsedilecektir. Her ne kadar makale ABD Hukuku’nu merkeze alsın da bu çalışmada ABD’de yaşanan gelişmelerin Türk Hukuku’na potansiyel yansımaları ve temel anayasal farklılıklar da değerlendirilecektir.

Bu çalışmada, yalnızca ABD Yüksek Mahkemesi’nin çoğunluk kararı değil, bireysel olarak yargıçların yorumları ve hukuki gerekçelendirmeleri de merkeze alınacaktır. Anglo-Sakson Hukukunun (*Common Law*) yapısı gereği, Yüksek Mahkeme yargıçları, yasaları uygulamaktan öteye geçerek hukuki meseleleri bağımsız yorumlarıyla analiz etme ve her bir davaya özgü doktrinel katkılar sunma imkânına sahiptir. Bu kapsamda, mahkeme kararlarında çoğunluk görüşünün dışında kalan, alternatif veya muhalif yorumların analiz edilmesi, ABD Hukuku’nun dinamik yapısını anlamak adına önemlidir. Zira yargıçların yorumları, Anglo-Sakson hukuk geleneğinde yalnızca ilgili olduğu kararı etkilemeyip gelecekteki hukuki meselelerde kullanılacak derinlikli bir doktrinel altyapı yaratmaktadır. Dolayısıyla, ABD’deki marka hukukunda yaşanan bu dönüşümlerin geniş bir perspektifle ele alınması, karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında özgün ve zengin bir referans alanı sunacaktır.

I. ABD Marka Hukuku’nun Temel İlkeleri

Marka hukuku, bir işletmenin ürünlerini veya hizmetlerini belirtmek için kullanılan ve onları rakiplerinden ayıran sembol ve ifadeler üzerindeki fikri mülkiyet haklarını koruma amacı taşımaktadır.⁹ Telif hakları ve patentlerin aksine marka hukuku, işletmeleri yenilik yapmaya değil, mal ve hizmetlerinde belirli standartları korumaya teşvik etmeyi amaçlamaktadır.¹⁰ Bu yaklaşım, tüketicilerin daha önce beklentilerini karşılayan işletmelerin ürün ve hizmetlerini kolayca tanıyıp seçmelerini sağlayarak rekabeti teşvik etmekte ve tüketici menfaatlerini koruyarak ekonomik verimliliği artırmaktadır.¹¹

ABD Federal Marka Hukuku’nun merkezinde, 1946 yılında yürürlüğe giren ve markaları düzenleyen federal yasaları bir araya getiren Lanham Yasası (*the Lanham Act*) bulunmaktadır. Bu kapsamlı mevzuat,

⁷ Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2023), 264.

⁸ Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK), *Resmi Gazete* 29944 (10 Ocak 2017), Kanun No. 6769, md. 5/1-ı ve Avrupa Birliği Marka Tüzüğü (EUTMR) 2017/1001 md. 7/1-f.

⁹ Jon J. Lee, “Racism and Trademark Abandonment”, *The George Washington Law Review* 91 (2023), 932, 956.

¹⁰ Vincent Chiappetta, “Trademarks: More Than Meets the Eye”, *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy* 1 (2003), 35, 93.

¹¹ Chiappetta, “Trademarks: More Than Meets the Eye”, 93.

marka tescili ve koruması için gerekli kuralları, markanın ihlali halinde başvuru yollarını ve markanın ticarete kullanımını güçlendiren yasal korumaları düzenlemektedir.¹²

Lanham Yasası kapsamında, markalar birkaç temel işlevi yerine getirmektedir. Öncelikle, mal ve hizmetlerin kaynağının veya menşinin tanımlayıcısı olarak hareket etmekte ve bir kaynağı diğerlerinden ayırmaktadırlar.¹³ Bu ikili rol, tüketicilerin yalnızca ürünlerin menşini tespit etmelerini değil, aynı zamanda piyasada mevcut sayısız seçenek arasında ayırım yapmalarını sağlayarak bilinçli satın alma kararı vermelerini sağlar.¹⁴ Bu işlevlerin yasal temelini Lanham Yasası oluşturmaktadır. Lanham Yasası'nın 45. bölümü bir markayı, bir kişi tarafından "*benzersiz bir ürün de dahil olmak üzere mallarını tanımlamak ve başkaları tarafından üretilen veya satılanlardan ayırt etmek ve kaynağı bilinmese bile malların kaynağını belirtmek için*" kullanılan "*herhangi bir kelime, isim, sembol veya cihaz veya bunların herhangi bir kombinasyonu*" şeklinde tanımlayarak bu işlevleri ortaya koymuştur.¹⁵ Hizmet markaları için de tanım hemen hemen aynıdır.¹⁶ Bu tanım aracılığıyla Yasa, markaların kaynağın belirlenmesi ve mal veya hizmetlerin ayırt edilmesindeki önemini vurgulamakta ve tüketici menfaatlerinin korunması ve piyasada adil rekabetin teşvik edilmesindeki temel işlevlerinin altını çizmektedir.¹⁷

Bu işlevlere ek olarak, markalar kalite güvencesi sağlamada, marka sadakati veya müşteri bağlılığını geliştirmede ve ürün veya hizmetlerin tanıtımını kolaylaştırmada önemli bir rol oynamaktadır. Bu sayede marka sahibinin yatırımı korunmakta ve değer kazanmaktadır.¹⁸ Markaların işletmeler için önemi, olumlu itibar anlamında bir "*iyi niyet*" (*goodwill*) oluşturmaları ve bu itibarı işletmelerine yönlendirme yeteneğinden gelmektedir.¹⁹ Bu sayede, markanın oluşturduğu güven, tüketicilerin aynı işletmenin ürün veya hizmetlerini tekrar tercih etme olasılığını artırmaktadır. Sonuç olarak, bir marka hakkı ihlal edildiğinde, tehlikeye giren asıl unsur, halkın yanıltılmama beklentisi ve marka sahibinin ürünlerinin itibarını yönetme konusundaki münhasır hakkıdır.

Yukarıda belirtilen işlevler, markanın bir tacirin müşterilerine yönelik özlü bir iletişim yöntemi olarak işlev yaptığını da göstermektedir.²⁰ Aşağıda açıklanacağı üzere, markaların bu iletişim ve ifade işlevi marka hukuku ile anayasal ifade özgürlüğü hakkının kesişim noktasıdır.

Markaların fonksiyonlarını etkin bir şekilde yerine getirebilmeleri için ayırt edici olmaları, ancak doğrudan işlevsel özellik taşıyamamaları gerekmektedir. Başka bir deyişle, markanın ürünün kullanımı veya amacı için temel bir özelliği içermemesi gerekmektedir.²¹ Ayırt edicilik iki şekilde ortaya çıkmaktadır: İşaretin doğasında var olan ayırt edicilik, yani "*hayal ürünü*" (*fanciful*), "*rastgele seçilmiş/nedensiz*" (*arbitrary*) veya "*çağrışım yapan/ima edici*" (*suggestive*) markalarda olduğu gibi, markanın kendiliğinden ayırt edici olması ya da kullanım yoluyla kazanılan ayırt edicilik, yani markanın zamanla kullanımı sayesinde ayırt edici hale gelmesi.²² Markanın ayırt ediciliği kadar sık analiz edilmese

¹² Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, 466; Yasin Dinçer – Muhammed Yakup Altun, "Survey Evidence in Trademark Law: Use and Evidential Value in the United States and Turkey", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/3 (2024), 804.

¹³ Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, 467.

¹⁴ Roger E. Schechter – John R. Thomas, *Principles of Trademark Law* (St. Paul: West Academic Publishing, (2021), 11. Türk doktrini bakımından markanın işlevlerine ilişkin olarak bkz. Hamdi Yasaman vd., *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi* Cilt 3, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), Cilt 3, 52-58; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 16-19.

¹⁵ Benzer şekilde SMK marka olabilecek işaretleri tanımlarken bu iki işlev üzerinde durmuştur: SMK md. 4 markayı "*bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir*" şeklinde tanımlamıştır.

¹⁶ Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, 466.

¹⁷ Uli Widmaier, "Use, Liability, and the Structure of Trademark Law", *Hofstra Law Review* 33 (2004), 603, 619.

¹⁸ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 11.

¹⁹ Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, 466.

²⁰ Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, 466.

²¹ Mary LaFrance, *Understanding Trademark Law* (Durham: Carolina Academic Press, 2020), 17.

²² Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 52.

de markayı tanımlayan 45. bölüm kapsamında, bir markanın tescil edilebilmesi için gerekli olan "kullanım" zorunluluğu da çok önemlidir. Bu kullanım gerekliliğinin yerine getirilmesi, bir markanın ancak genel standartlarına uygun bir şekilde kullanılması ile mümkündür.²³ Marka ile tescil edilmek istenen mal veya hizmetler arasındaki ilişki de markanın tüketiciler için etkili bir kaynak gösterici olarak hizmet edip etmediğinin değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır.²⁴ Ayrıca, markanın kaynak gösterici işlevinin ve marka ile elde edilen hakların zaman içinde kaybolmasını önlemek için markanın ayırt ediciliğinin tescilden sonra da korunması gereklidir.²⁵ Son olarak, bir ürünün işlevselliğine katkıda bulunan özellikler, adil rekabeti sağlamak için marka korumasından hariç tutulmaktadır. Böylece rakipler faydalı özellikleri serbestçe kendi ürünlerine dahil edebilmektedirler.²⁶

II. Federal Tescil Sistemi

Federal düzeyde marka koruması, Lanham Yasası tarafından oluşturulmuş olan tescil sistemine dayanmaktadır. Bu sistem kapsamında bir markayı tescil ettirmek isteğe bağlıdır. Zira bir markayı taşıyan ürün veya hizmet kamuya sunulurken fiilen satışa çıkarıldığında veya ticari amaçlarla kullanıldığında, federal tescil yapılmaya bile eyalet hukuku (*state common law*) kapsamında o eyalette koruma altına alınır.²⁷

Her ne kadar bir markanın korunması için Lanham Yasası'nın 43. bölümü uyarınca federal olarak veya eyalet yasaları yoluyla tescil edilmesi zorunlu olmasa da Marka Ana Sicili'nde (*the Principal Registrar*) bir yer edinmek marka sahibine önemli avantajlar sunmaktadır.²⁸

İlk olarak, Lanham Yasası'nın 7(b) ve 33(a) bölümlerine göre, tescil, markanın geçerliliği ve mülkiyeti konusunda karine oluşturarak tescil sahibine, ilgili mal veya hizmetlerde markayı ticari olarak kullanma konusunda münhasır haklar tanımaktadır.²⁹

İkinci olarak, Yasa'nın 7(c) bölümü, başarılı bir tescil başvurusunun markanın yapıcı/aktif kullanımı (*constructive use*) olarak kabul edileceğini ve başvurucuya başvuru tarihinden itibaren ülke çapında geçerli bir öncelik hakkı sağladığını belirtmektedir. Bu hak, markayı daha sonra kullanacaklara karşı üstünlük tanımaktadır.³⁰

Üçüncü olarak, Yasa'nın 22. bölümü, markanın tescilinin yapıcı/aktif bildirim (*constructive notice*) işlevi görerek, markanın fiilen kullanılmadığı bölgelerde dahi koruma sağlamasını ve sonraki kullanıcıların tescilden habersiz olduklarını veya kötü niyet taşımadıklarını öne sürmesini engellemektedir.³¹

Dördüncü olarak, Sicil'de beş yıl boyunca yer alan bir marka, tartışılmaz bir statü kazanmakta ve geçerliliğine yönelik hukuki itirazlara karşı güçlenmektedir.³² Ayrıca, Yasa'nın 42. bölümü, marka sahibinin, haklarını ihlal edenlerin mallarının ithalatını durdurma kapasitesini artırmaktadır.³³ Son olarak, tescilli bir marka sahibi, tescilsiz marka sahibine kıyasla, ihlal davalarında, 34(d), 35(b) ve 35(c) bölümlerinde belirtilen daha geniş yasal çözümlerden yararlanabilmektedir.³⁴

²³ Lanham Yasası'nın 45. bölümü kapsamında kullanımın olmadığı durumlarda "ticarette iyi niyetle kullanım amacı" da yeterli olmaktadır.

²⁴ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 52.

²⁵ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 51.

²⁶ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 18.

²⁷ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 30.

²⁸ Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, 503.

²⁹ Lanham Yasası Bölüm 1057(b).

³⁰ Lanham Yasası Bölüm 1057(c).

³¹ Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property* 504. *The Value House v Phillips Mercantile Co* 523 F 2d 424, 429 (10th Cir 1975).

³² Lanham Yasası Bölüm 1065.

³³ Lanham Yasası Bölüm 1124.

³⁴ Ochoa vd., *Understanding Intellectual Property*, 506. Türk hukuku bakımından marka tescilinden doğan hakların kapsamı için bkz. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 593 vd.

Yukarıda bahsedilen faydaları elde etmek için, federal marka tescili iki ana temel üzerine yapılabilir. İlk seçenek, Yasa'nın 1(a) bölümünde detaylandırılan "*kullanıma dayalı*" başvurudur.³⁵ İkinci seçenek olarak, 1(b) bölümünde belirtildiği üzere, markayı "ticarete iyi niyetle kullanma amacı" (bonafide intent use) temelinde de bir başvuru yapılabilir.³⁶ Ayrıca, yabancı başvuru sahipleri için Paris Sözleşmesi kapsamında rüçhan hakkına dayalı üçüncü bir başvuru yolu da mevcuttur.

Lanham Yasası'nın Bölüm 45'i kapsamında yapılan marka tanımı, markanın ticarete kullanılmasını bir ön koşul olarak belirlemektedir. Bu koşul, markanın yalnızca ticarete kullanılmasını değil, aynı zamanda ABD Anayasası'nın Ticaret Maddesi (*the Commerce Clause*) uyarınca ABD Federal Yasama Meclisi olan Kongre'nin düzenleme yetkisi kapsamındaki ticari faaliyetleri etkileyebilecek bir yapıda olmasını ifade etmektedir.³⁷ Bu düzenleme gereği, bir markanın tescil edilebilmesi için, eyaletler arası ticaretin bir parçası olması ya da eyalet sınırlarını aşarak ticari etkileşime katkı sağlaması, yani federal düzeyde ticari faaliyetlerde kullanılacak kapasitede olması beklenir. Dolayısıyla, 'ticarete kullanım' şartı, markanın yalnızca yerel düzeyde değil, federal ticari faaliyetleri de etkileme potansiyeline sahip olmasını zorunlu kılmaktadır.³⁸

ABD'de marka tescili sürecinin şekli yönden ilk adımı Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi'ne (USPTO) elektronik ortamda başvuru yapılmasıdır. Başvuru sahibi, başvurunun dayanağını, örneğin ticarete fiili kullanım veya kullanım niyeti gibi, belirtmelidir.³⁹ Bu başvuru dosyasında markanın belirli mal veya hizmetlerle bağlantılı olarak kullanımına veya iyi niyetle kullanım amacına (*bonafide intent to use*) dair yeminli bir beyan bulunmalıdır. Ayrıca markanın ticarete nasıl kullanıldığını gösteren en az bir örneğe (*specimen*) yer verilmelidir.⁴⁰ Başvuru, münhasıran USPTO'da görev yapan inceleme avukatları tarafından değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme sırasında, önerilen markanın yasal gereklilikleri -ayırt edicilik, kullanım gibi genel gereklilikler ve aşağıda analiz edilecek özel ve mutlak tescil engelleri dahil- karşılayıp karşılamadığı ve tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış markalarla karıştırılma tehlikesinin bulunup bulunmadığı incelenmektedir.⁴¹ Avrupa ve Türk Hukuku'ndan farklı olarak, benzer markalarla karıştırılma ihtimali, başvuru mal ve hizmetler de göz önüne alınarak re'sen değerlendirilmektedir.⁴²

USPTO inceleme avukatının marka başvurusunu onaylamasının ardından, başvuru Resmî Gazete'de yayımlanır.⁴³ Başvuruya üçüncü bir kişi tarafından itiraz edilmesi halinde, bu süreç USPTO'ya bağlı uzman bir idari mahkeme olan Marka Yargılama ve Temyiz Kurulu (TTAB) tarafından yönetilmektedir. TTAB'den çıkan karar federal mahkemelerde temyiz edilebilmektedir.⁴⁴ Marka tescilinin süresi 10 yıldır ve gerekli yenileme belgeleri sunulularak her 10 yılda bir yenilenme imkânı bulunmaktadır. Böylece marka için sürekli bir koruma sağlanmaktadır.⁴⁵

III. Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler

Lanham Yasası'nın 2. bölümü bir markanın federal tescili için temel kriterleri ortaya koymaktadır.⁴⁶ Bu bölüm başvuru sahibinin mal veya hizmetlerini başkalarınınkinden ayırt edebilen ve marka olarak

³⁵ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 32.

³⁶ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 32.

³⁷ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 81.

³⁸ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 82.

³⁹ Mark D. Janis, *Trademark and Unfair Competition in a Nutshell* (St. Paul: West Academic Publishing, 2021), 143, 144. Madrid Protokolü kapsamında yapılan uluslararası başvurularda veya Paris Konvansiyonu kapsamında rüçhan hakkı ile yapılan başvurularda bu koşul aranmayabilir.

⁴⁰ Janis, *Trademark and Unfair Competition*, 143.

⁴¹ 'Trademark Process' <<https://www.uspto.gov/trademarks/basics/trademark-process#step1>> Erişim Tarihi 10.06.2024.

⁴² Janet Shiffler Thomas, "Likelihood of Confusion Under the Lanham Act: A Question of Fact, a Question of Law, or Both?", *Kentucky Law Journal* 73 (1984), 237.

⁴³ 'Trademark Process' <<https://www.uspto.gov/trademarks/basics/trademark-process#step1>> Erişim Tarihi 10.06.2024.

⁴⁴ Janis, *Trademark and Unfair Competition*, 150.

⁴⁵ Janis, *Trademark and Unfair Competition*, 156.

⁴⁶ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 80.

kullanılan herhangi bir işaretin, 2(a) ile 2(e) bölümlerinde özel olarak belirtilen tescile uygun olmayan işaretler kategorisine girmemesi koşuluyla tescil edilebilir olduğunu genel bir ilke olarak ifade etmektedir.⁴⁷

Lanham Yasası'nın 45. bölümü ise federal marka tanımını yaparak, markaların tescil edilebilmesi için karşılaması gereken genel şartları açıklamaktadır. Bu bağlamda, ayırt edicilik ve markanın ticari kullanımını her zaman bulunması gereken temel gereklilikler olarak öne çıkmaktadır. Söz konusu bölüm, bir markayı şu şekilde tanımlamaktadır: "(1) Bir kişi tarafından kullanılan veya (2) Bir kişinin ticarete kullanmak için iyi niyetli bir amaca sahip olduğu ve bu bölüm tarafından oluşturulan ana sicile tescil ettirmek için başvurduğu, benzersiz bir ürün de dahil olmak üzere mallarını tanımlamak ve başkaları tarafından üretilen veya satılanlardan ayırt etmek ve kaynağı bilinmese bile malların kaynağını belirtmek için herhangi bir kelime, isim, sembol veya cihazı veya bunların herhangi bir kombinasyonunu içerir" şeklinde tanımlamaktadır.⁴⁸ Önceki bölümde açıklandığı üzere, kaynak gösterme ve ayırt etme gerekliliklerine ek olarak, markanın, ABD Anayasası'nın Ticaret Maddesi'nde tanımlanan Kongre'nin ticareti düzenleme yetkisi kapsamında ticarete kullanılması gerekmektedir.⁴⁹

Son olarak, Yasanın 2(f) bölümü, tamamen tescile uygun olmayan markalar ile ikincil anlam (*secondary meaning*) kazanarak bazı tescil engellerini aşabilecek markalar arasında bir ayrım yapmaktadır. Yasanın bu yönü, ticaretin markaların değişen doğasına uyum sağlama kapasitesini göstermektedir.⁵⁰ Ancak, bu istisna aşağıda analiz edilecek olan "ahlaka aykırı" (*immoral*), "skandal" (*scandalous*) veya "aşağılayıcı" (*disparaging*) olarak kategorize edilen işaretler ve yazılı rızası dışında "belirli bir yaşayan bireyi tanımlayan bir isim, portre veya imzadan oluşan veya bunları içeren" markalar için geçerli değildir.⁵¹

IV. Yüksek Mahkeme'nin İptal Kararları Öncesi Ahlaka Aykırı, Skandal ve Aşağılayıcı Markaların Değerlendirilmesi

Lanham Yasası'nın 2(a) bölümü ilk kabul edildiğinde, "ahlaka aykırı" veya "skandal" olarak nitelendirilen ya da herhangi bir kişiyi, kurumu, inancı veya ulusal sembollerini "aşağılayan" veya onları "küçümseyen veya itibarsızlaştıran" markaların tescilini engellemekteydi (TTAB, kişileri küçümseyen veya itibarsızlaştıran içeriği de aşağılayıcı olarak kabul etmekteydi).⁵² Ancak, 19 Haziran 2017'de, Yüksek Mahkeme tarafından, *Matal v Tam* davasında, 2(a) bölümünün "aşağılayıcı" marka kısmının başvuru sahibinin bakış açısına dayalı ayrımcılık (*view-point discrimination*) yaptığına ve ABD Anayasası'nın Birinci Değişiklik'in (*the First Amendment*) İfade Özgürlüğü Maddesi (*the Free Speech Clause*) uyarınca Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiştir.⁵³ Bu karardan yaklaşık iki yıl sonra, 24 Haziran 2019'da, Yüksek Mahkeme, *Iancu v Brunetti* davasında, benzer gerekçelerle; bakış açısına dayalı ayrımcılık ve Anayasa'ya aykırılık nedeniyle Lanham Yasası'nda yer alan "ahlaka aykırı" ve "skandal" markalara yönelik tescil engellerini de kaldırmıştır.⁵⁴

Lanham Yasası'nın bu bölümleri, kabul edilmesinden sonraki 50 yıl boyunca nadiren kullanılmıştır.⁵⁵ Çünkü işletmeler doğal olarak genellikle müşterilerini memnun etmeye çalışmakta, kamuoyu ile uyumlu hareket etmekte ve ahlaksız, skandal veya aşağılayıcı olarak kabul edilebilecek markalardan kaçınmaktadır. Ancak, başvuru sahiplerinin kışkırtıcı markaları koruma altına almak istedikleri

⁴⁷ Janis, *Trademark and Unfair Competition*, 161.

⁴⁸ Trademark Manual of Examining Procedure 2017, Bölüm 1207.01(c)(ii).

⁴⁹ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 83.

⁵⁰ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 73.

⁵¹ Lanham Yasası Bölüm 1052(a).

⁵² Janis, *Trademark and Unfair Competition*, 161. Ayrıca bkz: LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 90. "Bu maddede yer alan 'küçümseyen veya itibarsızlaştıran' markalar ile ilgili kısım *Matal v. Tam* davasından sonra muhtemelen artık uygulanamaz, çünkü bir markanın kişileri, kurumları, inançları veya ulusal sembollerini küçümseme veya itibarsızlaştırma eğilimi, hükümetin bastırmasına izin verilmeyen bir bakış açısının ifadesi olacaktır."

⁵³ *Matal v Tam* 582 US 218, 247 (2017).

⁵⁴ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2302 (2019).

⁵⁵ Schechter – Thomas, *Principles of Trademark Law*, 92.

durumlar da vardır.⁵⁶ Bu başvuru sahipleri, kamuoyunun onaylamama riskine rağmen, bu tür markaların dikkat çekebileceğini, sıra dışı kitlelere hitap edebileceğini veya kendilerini asi olarak tanımlayan tüketicilerin ilgisini görebileceğini düşünmektedir.⁵⁷

A. Ahlaka aykırı veya skandal markalar

Ahlaka aykırı veya skandal olarak kabul edilen markaların tescil edilmesine yönelik yasak, 1905 tarihli Marka Yasası'na dayanmakta olup, bu yasak 1946 tarihli Lanham Yasası'nın 2(a) bölümü altında da devam ettirilmiştir.⁵⁸ Bu yasağın getirilmesine ilişkin yasama amacı, yasağın uygulanışına dair net bir bilgi sunmadığından, yorumlar çoğunlukla bu terimlerin "*olağan ve yaygın*" anlamına dayanmaktadır.⁵⁹

USPTO, bu yasağı tek bir üniter hüküm olarak ele almaktadır⁶⁰ ve bir markanın bu kategoriye uygunluğunu değerlendirirken, "*genel halkın önemli bir kesiminin*" (*substantial composite of the general public*) markayı genel ahlak ve yerleşik değerlere açıkça aykırı (*shocking to the sense of truth, decency, or propriety*), "*vicdani ve ahlaki duyguları zedeleyen*" (*giving offense to the conscience or moral feelings*), "*kınamayı gerektiren*" (*calling out for condemnation*), "*utanç verici*" (*disgraceful*), "*saldırgan*" (*offensive*), "*itibarsız*" (*disreputable*) veya "*terbiyesizce/kaba*" (*vulgar*) olarak algılayıp algılamadığını değerlendirmektedir.⁶¹

USPTO ayrıca, MARIJUANA COLA (Esrar Kola) ve KO KANE (Kokain) gibi uyuşturucu kullanımını onaylayan markaların yanı sıra, kasalar için AGNUS DEI (Tanrı'nın Kuzusu) ve şarap için MADONNA (Meryem Ana) gibi dini sembolleri ürünlere bağlayan ticari markaların tescilini, Hristiyan inancını uygulayan bireylerin çoğunu rahatsız edebilecekleri gerekçesiyle reddetmiştir.⁶² Ayrıca, tişörtlerdeki BABY AL QAEDA (Bebek El-Kaide) ve AL-QAEDA (El-Kaide) örneklerinde olduğu gibi terörist gruplara destek verdiği düşünülen ticari markalar da reddedilmiştir.⁶³

Bir markanın skandal olup olmadığının tespiti, başvuruda belirtilen mal veya hizmetler için ilgili piyasa bağlamında yapılmaktaydı.⁶⁴ Ayrıca, markanın anlamı, değerlendirme sırasında hâkim olan toplumsal tutumlar temelinde değerlendirilmekteydi. İnceleme avukatı, markanın genel halkın önemli bir kesimi için saldırgan olduğunu kanıtlamak amacıyla sözlük tanımları, gazete ve dergi makaleleri gibi çeşitli delilleri kullanabilmekteydi.⁶⁵

Yasa'nın yetki alanı, skandal olarak değerlendirilebilecek malları kapsamamaktaydı. Başka bir deyişle ahlaka aykırı veya skandal olarak kabul edilen markaların tescil yasağı işaretlerle ilgiliyken, markayı taşıyan malları kapsamamaktadır. Örneğin bir davada, TTAB, Yasa'nın 2(a) bölümü uyarınca skandal markaların tescilini reddetme yetkisinin, malların kendileri hakkında bir yargıya varmayı kapsamadığını belirtmiştir. Örneğin, potansiyel olarak pornografik içeriği olabileceğine bakılmaksızın WEEK-END SEX (Hafta Sonu İlişkisi) adlı derginin tesciline izin verilmiştir.⁶⁶

Hükmün ifade özgürlüğü ile kesişimi açısından, Birleşik Devletler Gümrük ve Patent Temyiz Mahkemesi'nin (*United States Court of Customs and Patent Appeals*) In re McGinley davasındaki kararı,

⁵⁶ Enrico Bonadio, "Brands, Morality and Public Policy: Some Reflections on the Ban on Registration of Controversial Trademarks", *Marquette Intellectual Property Law Review* 19 (2015), 39, 49-50.

⁵⁷ Bonadio, "Brands, Morality and Public Policy", 49.

⁵⁸ Trademark Manual of Examining Procedure 2017, Bölüm 1203.01.

⁵⁹ *In re Riverbank Canning Co* 95 F 2d 327 (CCPA 1938).

⁶⁰ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2298 (2019).

⁶¹ Örneğin, TTAB, In re Wilcher Corp davasında, restoranlar ve barlar için burun yerine penis ve altında "Dick Heads" yazısı bulunan bir adam logosunun tescilini reddetme kararını onaylamış ve markanın anlamlarının genel halkın önemli bir kesimi için saldırgan olduğunu ve bu nedenle Lanham Yasası'nın skandal markalara karşı getirdiği yasağa girdiğini belirlemiştir. Jasmine Abdel-khalik, 'Disparaging Trademarks: Who Matters' (2015) 20 Michigan Journal of Race and Law 287, 296.

⁶² *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2300 (2019).

⁶³ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2300 (2019).

⁶⁴ Trademark Manual of Examining Procedure 2017, Bölüm 1203.01.

⁶⁵ Trademark Manual of Examining Procedure 2017, Bölüm 1203.01.

⁶⁶ *In re Fox* 702 F 3d 633, 638 (Fed Cir 2012).

Iancu v Brunetti davasına kadar ahlaka aykırı ve skandal markaların anayasal geçerliliğini analiz eden en önemli kararlar arasında yer almıştır.⁶⁷ Bu davada, Birleşik Devletler Gümrük ve Patent Temyiz Mahkemesi, Lanham Yasası'nın 2(a) bölümü uyarınca ahlaka aykırı ve skandal olarak kabul edilen çıplak bir erkek ve kadının fotoğrafını içeren bir haber bülteni için marka tescilinin reddedilmesini ele almıştır. Mahkeme, bu madde ile yasaklanan markaların tescilinin engellenmesinin başvuru sahibinin ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmediğini belirterek başvurunun reddini onamıştır. Bu kararın gerekçesinde, söz konusu yasağın markanın kullanımını veya ifade biçimini sınırlamadığı; yalnızca federal tescil avantajlarını reddettiği vurgulanmıştır.⁶⁸ Kararda, skandal teriminin, genel ahlak ve yerleşik değerlere açıkça aykırı veya saldırgan olan materyalleri de içerecek şekilde yeterince kesin bir ortak anlamı olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme, Lanham Yasası'nın amacının yasal ahlak kuralları koymak değil, federal hükümetin kamu standartlarına aykırı markalara kaynak harcamasını önlemek olduğunu vurgulamıştır.⁶⁹ Bu nedenle, ahlaka aykırı veya skandal olarak değerlendirilen markaların tescilinin reddedilmesinin anayasal ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmediği belirtilmiştir.

B. Aşağılayıcı markalar

Lanham Yasası'nın 2(a) bölümü uyarınca aşağılayıcı işaretler bir markanın reddedilmesi veya iptal edilmesi için diğer nedenlerden bağımsız bir neden olarak kabul edilmiştir.⁷⁰ Kanun koyucu bu düzenlemenin ardındaki yasama amacını açıkça belirtmemiş olsa da ABD Federal Temyiz Mahkemesi (*the United States Court of Appeals for the Federal Circuit*) örnek bir davada, hükmün markaların veya ticaret unvanlarının geleneksel amacının ötesinde kullanılmasını önleyerek, kuruluşların veya bireylerin isimlerini korumayı amaçladığını belirtmiştir.⁷¹ Bu yorum, marka hukukuna mahremiyet hakları (*privacy rights*) korumalarını dahil etme yönünde erken bir çaba olarak görülmektedir. Mahkeme, mahremiyet veya aleniyet/yayın haklarının (*privacy and publicity rights*) ihlalinin, ürün onayı veya kökeniyle ilgili herhangi bir karışıklıktan bağımsız olarak ortaya çıkabileceğini vurgulamış ve bu yasal çerçevede gizlilik korumasının belirgin bir yönünü öne çıkarmıştır.⁷²

Bu hüküm, 1990'ların başında bir grup Amerikan Yerlisinin bir Washington D.C. Ulusal Futbol Ligi takımı tarafından kullanılan REDSKINS (Amerikan Yerlilerine yönelik hakaret içerdiği iddia edilen bir terimdir.) markasını iptal ettirmeye çalışmasıyla marka topluluğu ve genel kamuoyu için çok daha görünür bir hale gelmiştir.⁷³ Bu markaya birçok kez itiraz edilmiş ve inceleme sonucu iptaline karar verilmiş olsa da aşağılayıcı markaları yasaklayan hükmün iptalinden dolayı hala tescillidir ve 2020 yılına kadar söz konusu Amerikan futbol takımı tarafından aktif olarak kullanılmıştır.⁷⁴

Aşağılayıcı markaların yasaklanmasına ilişkin hükmün iptal kararından önceki işleyiş dinamiklerini kavramak için, REDSKINS markasıyla ilgili iki önemli davayı incelemek gerekir. Bu davaların diğer bir önemi de bu davalar içerisinde de Anayasallık iddialarının ileri sürülmüş olmasıdır. Bu sebeple bu davalar Tam ve Brunetti davalarından önce, yasağın Anayasallık incelemesi geçmişini anlamak açısından da önemlidir. İlk dava olan *Pro Football Inc. v. Harjo* davasında, ünlü bir Amerikan futbolu

⁶⁷ *In re McGinley*, 660 F 2d 481, 482 (CCPA 1981).

⁶⁸ *In re McGinley*, 660 F 2d 481, 484 (CCPA 1981).

⁶⁹ *In re McGinley*, 660 F 2d 481, 486 (CCPA 1981).

⁷⁰ *Harjo v Pro-Football Inc* 50 USPQ 2D (BNA) 1705, 1737 (1998).

⁷¹ *University of Notre Dame Du Lac v JC Gourmet Food Imports Co* 703 F 2d 1372 (1983).

⁷² "Bölüm 2(a)'nın yasama geçmişine bakıldığında, 2(d) uyarınca itiraz edilebilecek teknik bir "marka" ya da "ticari ünvan" olmayan bir kişi ya da kurumun adının korunmasının, yasa tasarılarını hazırlayanları ilgilendirdiği görülmektedir." *University of Notre Dame Du Lac v JC Gourmet Food Imports Co* 703 F 2d 1372, 1375 (1983).

⁷³ Graeme B. Dinwoodie – Mark D. Janis, *Trademarks and Unfair Competition: Law and Policy* (New York: Wolters Kluwer, 2018), 756.

⁷⁴ Wikipedia, "Washington Commanders" (Erişim 18 Temmuz 2024). Redskins takımı daha sonra markasıyla ilgili önemli toplumsal tartışmalardan dolayı adını değiştirmiştir. On yıllar boyunca bu isim bir tartışma konusu olmuştur. 2020 Yılında, Kızılderili maskot tartışmaları ve George Floyd protestolarının ardından artan farkındalığın ortasında, NFL ve takım sponsorlarının baskısı Redskins adının kullanımdan kaldırılmasına yol açmıştır. Takım, iki sezon boyunca Washington Futbol Takımı olarak faaliyet gösterdikten sonra, 2022'de yeni adı olan Commanders'ı benimsemiştir.

takımının tescil ettirmeye çalıştığı REDSKINS markalarına karşı, Yerli Amerikalı bir grubun bu markaların aşağılayıcı ve skandal olduğu yönündeki itirazları incelenmiştir.⁷⁵ Dava mahkemeye ulaşmadan önce USPTO bünyesinde yapılan incelemeler de bu süreçte önemli bir yer tutmaktadır. TTAB 1999 yılında, bu markaların Amerikan yerlilerini aşağılayıcı nitelikte oldukları ve potansiyel olarak hor görülmeye veya itibarsızlığa yol açabilecekleri gerekçesiyle iptal edilmesine karar vermiştir. TTAB bu kararını, markaların skandal olduğu iddialarını reddederken, "aşağılamak" (*disparage*) teriminin düz ve tarihsel anlamlarının ayrıntılı bir incelemesinden sonra vermiştir. Bu incelemede, Webster ve Oxford gibi sözlüklere başvurulmuş, etimoloji, sosyoloji ve tarih alanlarında uzmanlardan görüş alınmış, halkın algısını ölçmek için anketler yapılmış ve kanunda geçen "olabilir" (*may*) ifadesinden, belirli bir niyetin kanıtlanmasına gerek olmaksızın bir aşağılama algısının yeterli olduğu tespiti yapılmıştır.⁷⁶

TTAB incelemesi sırasında Pro Football Inc. (PFI) adlı başvuru sahibi şirket, tescilli markalarının iptal edilmesinin ABD Anayasası'nın Birinci Değişiklik kapsamında sahip olduğu haklarını ihlal edeceğini öne sürerek, TTAB incelemesi sırasında Lanham Yasası'nın 2(a) bölümünün Anayasa'ya uygun olmadığını iddia etmiştir. Gerekçe olarak "skandal" (*scandalous*) ve "aşağılayıcı" (*disparaging*) terimlerinin, Anayasa'ya aykırı bir şekilde aşırı geniş ve muğlak olduğunu ve bu muğlaklığın Birinci Değişiklik haklarının ihlaline yol açtığını savunmuştur. Ayrıca, aynı maddenin Birinci Değişiklik'e aykırı biçimde bakış açısına dayalı ayrımcılığa neden olduğunu da ileri sürmüştür. Ancak TTAB, 2(a) bölümüne ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetimi yapma yetkisinin bulunmadığını belirterek markaların iptaline karar vermiştir.

Marka sahibi şirket tarafından TTAB'in kararına itiraz edilmiş; Amerika Birleşik Devletleri Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi (United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit), delillerin değerlendirilmesinde herhangi bir hata bulunmadığını belirledikten sonra, davanın hakkın düşmesi doktrini (*doctrine of laches*) uyarınca esastan incelenemeyeceğine karar vermiştir.⁷⁷ Mahkeme, en genç davacı reşit olduktan sonra, dava açmak için yedi yıl dokuz ay gecikmesi sebebiyle, aşağılayıcı marka iddiasında bulunan tarafın iddialarının dinlenemeyeceğini belirtmiş ve TTAB kararının iptaline hükmetmiştir. Böylece, temyiz incelemesi yalnızca hakkın düşmesi meselesiyle sınırlı kalmıştır.⁷⁸

Her ne kadar Pro Football Inc. v. Harjo davasında mahkeme aşağılayıcı marka konusunun esasını incelememiş ve bunun yerine markanın aşağılayıcı olduğu iddiasını hakkın düşmesi doktrini nedeniyle reddetmiş olsa da REDSKINS markası Pro-Football Inc v Blackhorse davasında tekrar gündeme gelmiştir.⁷⁹ Bu davada, TTAB, PFI'nin altı REDSKINS markasını, Yerli Amerikalıları aşağılayabilecek ve onları hor görülmeye veya itibarsızlığa maruz bırakabilecek içerikler barındırdığı ve hakkın düşmesi savunmasının bu iddiaları engellemediği gerekçesiyle iptal etmiştir.⁸⁰ Bu karar, Birleşik Devletler Doğu Virginia Bölge Mahkemesi (*the United States District Court for the Eastern District of Virginia*) tarafından onaylanmış ve PFI tarafından temyiz edilmiştir.⁸¹ Ancak bu dava Amerika Birleşik Devletleri Dördüncü Temyiz Mahkemesi'nde (*the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit*) temyiz sürecindeyken, Yüksek Mahkeme Matal v Tam davasını inceledikten sonra Lanham Yasası'nın 2(a) bölümünün, Birinci Değişiklik'in İfade Özgürlüğü Maddesi'ni ihlal ettiğine karar vermiştir.⁸² Bu karar üzerine dava, Dördüncü Temyiz Mahkemesi tarafından bozularak geri gönderilmiştir.⁸³ Bu nedenle, yukarıda açıklandığı gibi, REDSKINS markası şu an aktif ve tescilli bir markadır. Ancak önemle belirtmek gerekir

⁷⁵ *Pro Football Inc v Harjo* 565 F 3d 880 (2009).

⁷⁶ *Harjo v Pro-Football Inc* 50 USPQ 2D (BNA) 1705,1707 (1998).

⁷⁷ *Pro Football Inc v Harjo* 385 US App DC 417, 418, 565 F 3d 880, 881 (2009).

⁷⁸ *Pro Football Inc v Harjo* 385 US App DC 417, 418, 565 F 3d 880, 886 (2009).

⁷⁹ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439 (ED Va 2015).

⁸⁰ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 447 (ED Va 2015).

⁸¹ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 448 (ED Va 2015).

⁸² *Matal v Tam* 582 US 218, 247 (2017).

⁸³ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 709 F App'x 182, 184 (4th Cir 2018).

ki, PFI hukuki engelleri aşmış olsa da toplumsal baskı nedeniyle bu markayı artık kullanmamaktadır ve futbol takımının ismini 2020 yılında Washington Commanders olarak değiştirmiştir.⁸⁴

Hem iptal edilen hükmün iptal öncesindeki uygulanışını hem de Tam ve Brunetti davalarına giden yolu anlamak için Birleşik Devletler Doğu Virginia Bölge Mahkemesi'nin verdiği kararın temel noktalarını kısaca incelemek faydalı olacaktır. Bu davada marka sahibi şirket PFI, TTAB kararına aşağıdaki argümanlarla itiraz etmiştir: (1) Lanham Yasası'nın 2(a) bölümü, ifade özgürlüğünü koruyan Birinci Değişiklik bölümünü ihlal etmektedir; çünkü marka tesciliyle sağlanan çeşitli federal avantajlar, markanın içeriğine göre kısıtlanmakta, bu da marka sahiplerinin yalnızca belirli ifadeleri kullanmalarına izin vererek ifade özgürlüğünü sınırlamaktadır. (2) Lanham Yasası'nın 2(a) bölümü, Anayasa'nın Beşinci Değişiklik'ini (*the Fifth Amendment*) ihlal edecek şekilde muğlaktır. Zira hangi markaların aşağılayıcı olabileceği konusunda açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca keyfi ve ayrımcı uygulamalara yol açabilir ve somut olaya uygulandığında kabul edilemez derecede bir belirsizliğe sebep olmaktadır. (3) TTAB Kararı, Beşinci Değişiklik'in Adil Yargılama ve El Koyma Maddeleri'ni (*Due Process and Takings Clauses*) ihlal etmiştir. Çünkü PFI'nin mülkiyetine usulüne uygun bir yargılama yapılmadan el konulmuş ve bu el koyma Anayasa'ya aykırı maddelere dayanılarak gerçekleştirilmiştir. (4) Toplanan deliller sonucunda, Yerli Amerikalıların önemli bir kesiminin Redskins markalarının tescil zamanında (1967, 1974, 1978 ve 1990) aşağılayıcı içerikler olarak gördüğü, delillerin üstünlüğü (*preponderance of the evidence*) standardı ile ispatlanamamıştır. (5) Hakkın düşmesi savunması davalıların iddialarını engellemiştir.⁸⁵ İlk üç argüman anayasal geçerlilik sorunlarına, diğer iki argüman ise olgusal sorunlara dayanmaktadır.

Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddialarıyla ilgili ilk argümanı Lanham Yasası'nın 2(a) bölümünün, Birinci Değişiklik kapsamında ele alınmaması gerektiğini belirterek reddetmiştir. Birinci Değişiklik'te yer alan İfade Özgürlüğü Maddesi, özel kişilerin ifade özgürlüğünün hükümet veya devlet tarafından sınırlandırılmasını engellemektedir.⁸⁶ Bu maddenin, hükümetin kendi görüşlerini ifade ettiği durumları düzenlemediği genel kabul görmektedir ve bu kabul Hükümet İfadesi Doktrini (*Government Speech Doctrine*) olarak adlandırılmaktadır. Bu davada mahkeme, federal marka tescilinin hükümet ifadesi niteliğinde olduğunu ve bu nedenle Birinci Değişiklik denetimine tabi olmadığını vurgulamıştır. Zira hükümet ifadesi, yani hükümetin belirli görüşleri temsil etme veya etmeme durumu, bireylerin ifade özgürlüğü hakkından farklıdır. Bu davada mahkeme bir markayı tescil veya reddettiğinde, konuşan tarafın hükümet olduğu kabul etmiş ve dolayısıyla bu işlemin Birinci Değişiklik'in ifade özgürlüğü koruması kapsamına girmeyeceğini belirtmiştir.⁸⁷

İkinci ve üçüncü argümanlar da şu gerekçelerle reddedilmiştir: Birincisi, "Lanham Yasası'nın 2(a) bölümü belirsizlik nedeniyle geçersiz değildir. Çünkü: (1) 2(a) bölümünün uygulandığı her durumda Anayasa'ya aykırılık olacağını gösteren bir delil sunulmamıştır; (2) 2(a) bölümü, hangi davranışların yasak olduğu konusunda adil düzeyde bir açıklamaya yer vermektedir; (3) 2(a) bölümü, keyfi ve ayrımcı uygulamaları yetkilendirmez veya teşvik etmez; ve (4) 2(a) bölümü, PFI'ye uygulandığı şekliyle kabul edilemez derecede muğlak değildir. İkincisi, "El Koyma Maddesi (*the Takings Clause*) ve Adil Yargılama Maddesi (*the Due Process Clause*) iddiaları yerinde değildir çünkü marka tescili, Beşinci Değişiklik kapsamında mülkiyet olarak kabul edilmez."⁸⁸

⁸⁴ Wikipedia, "Washington Commanders" (Erişim 18 Temmuz 2024). 2020 Yılında, Kızılderili maskot tartışmaları ve George Floyd protestolarının ardından artan farkındalığın ortasında, NFL ve takım sponsorlarının baskısı Redskins adının kullanımdan kaldırılmasına yol açmıştır. Takım, iki sezon boyunca Washington Futbol Takımı olarak faaliyet gösterdikten sonra, 2022'de yeni adı olan Commanders'ı benimsemiştir.

⁸⁵ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 454 (ED Va 2015).

⁸⁶ *Pleasant Grove City v Summum*, 555 U.S. 460, 467, 129 S. Ct. 1125, 1131 (2009).

⁸⁷ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 454 (ED Va 2015).

⁸⁸ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 452 (ED Va 2015).

Dördüncü argüman şu gerekçelerle reddedilmiştir: Sözlük delilleri, edebi, akademik ve medya referansları ile atıfta bulunulan topluluğu oluşturan bireylerinin ve gruplarının beyanları, Redskins markalarının ilgili dönemde Yerli Amerikalıların önemli bir kesimini aşağılayabilecek unsurlar içerdiğini göstermektedir.⁸⁹ Mahkeme ayrıca, Yasa'da geçen "önemli bir kesimin" (*substantial composite*) mutlaka çoğunluk olmak zorunda olmadığını ve bir markanın aşağılayıcı olup olmadığını değerlendirirken, markanın "skandal" marka değerlendirmesinde kullanılan "genel halk" perspektifi yerine "ilgili grubun" perspektifinden değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁰

Son olarak, Blackhorse davalarının TTAB'ye dilekçe vermekte makul olmayan bir şekilde gecikmeleri söz konusu olmadığı için hakkın düşmesi argümanı da reddedilmiştir. Ayrıca, kamu yararı dikkate alındığı için zamanaşımının uygulanmayacağı belirtilmiştir.⁹¹

V. İfade Özgürlüğü ve Tam ve Brunetti Davaları

Markalar, diğer işlevlerine ek olarak fikir ve mesajlar ifade edebilen anlamlı semboller olarak işlev görmektedir.⁹² Lanham Yasası'nın temel amacı marka sahiplerini ihlal ve haksız rekabete karşı; aynı zamanda halkı da karışıklık ve yanlış bilgilendirmeden korumaktır. Bununla birlikte, bir önceki bölümde açıklandığı üzere, Yasa, kamuya ulaşan içeriği de düzenleyen hükümler içermektedir. USPTO, bir markanın bölüm 2(a) kapsamında uygunluğunu değerlendirirken, "genel halkın önemli bir kesiminin" bir markayı "genel ahlak ve yerleşik değerlere açıkça aykırı", "vicdani ve ahlaki duyguları zedeleyen", "kınama gerektiren", "utanç verici", "saldırgan", "itibarsız" veya "terbiyesizce/kaba" olarak algılayıp algılamadığını değerlendirmektedir.⁹³

Bu yönüyle Lanham Yasası birincil hedeflerinin ötesinde, belirli içeriklerin geniş kitlelere ulaşmasını da düzenlemeyi amaçlamaktadır.⁹⁴ Bu durum, ABD Anayasası'nın Birinci Değişiklik bölümünde yer alan ve hem Kongre'yi hem Devlet'in diğer organlarını ifade özgürlüğünü kısıtlamaktan alıkoyan İfade Özgürlüğü Maddesi ile Lanham Yasası'nın çatışmasına neden olmaktadır.⁹⁵

Matal v. Tam ve Iancu v. Brunetti davalarında Yüksek Mahkeme, bu konuyu doğrudan ele alarak Lanham Yasası'nın ahlaka aykırı, skandal ve aşağılayıcı markalara getirdiği kısıtlamaların İfade Özgürlüğü Maddesi ile uyumlu olmadığı sonucuna varmış ve bu hükümleri iptal etmiştir.⁹⁶ Mahkeme, bazı markaların iptal edilen hükümler uyarınca tescilden men edilmesinin anlaşılır bir şekilde reddedildiğini kabul ederken, Kongre'nin ifade özgürlüğünü ihlal etmeden bu endişeleri ele alan daha açık ve nitelikli bir yasa çıkarabileceğini belirtmiş ve mevcut hükümlerin kaldırılmasının ardından ortaya çıkabilecek potansiyel sorunlu sonuçları kabul etmiştir.⁹⁷ Ancak Yüksek Mahkeme, ne mahkemelerin Lanham Yasası'nın ifade özgürlüğü hakkıyla uyumlu olup olmadığını değerlendirmesi için bir yöntem belirtmiş ne de daha önce reddedilmiş olan markaların nasıl ele alınacağına dair bir karar vermiştir.⁹⁸

⁸⁹ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 453 (ED Va 2015).

⁹⁰ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 468 (ED Va 2015).

⁹¹ *Pro-Football Inc v Blackhorse* 112 F Supp 3d 439, 448 (ED Va 2015).

⁹² Christine Haight Farley – Lisa P. Ramsey, "Raising the Threshold for Trademark Infringement to Protect Free Expression", *American University Law Review* 72 (2023), 1225, 1226.

⁹³ Michael Stephenson, "The Lanham Act's Immoral or Scandalous Provision: Down but not Out", *University of Pittsburgh Law Review* 82 (2021), 973, 974.

⁹⁴ Yargıç Kennedy'nin Matal v. Tam davasında belirttiği gibi: "Bu davada ilgili kitlenin ifadeyi saldırgan bulup bulmayacağına karar vermeye çalışan hükümetin kendisidir."

⁹⁵ *Matal v Tam* 582 US 218, 247 (2017).

⁹⁶ *Matal v Tam* 582 US 218, 247 (2017) ve *Iancu v Brunetti*, 139 S Ct 2294 (2019).

⁹⁷ *Iancu v Brunetti*, 139 S Ct 2294, 2303 (2019). "Kararımız ahlaki göreceliğe değil, hükümet yetkilileri tarafından "ahlaka aykırı" veya "skandal" olarak nitelendirilen ifadeleri yasaklayan bir yasanın gayrimeşru amaçlar için kolayca istismar edilebileceğinin kabulüne dayanmaktadır. Kararımız, Kongre'nin, fikirlerin ifade edilmesinde gerçek bir rol oynamayan terbiyesizce/kaba terimler içeren markaların tescilini engelleyen daha dikkatli bir şekilde odaklanmış bir yasa kabul etmesini engellemez. Bu davada söz konusu olan markanın tescili böyle bir yasa kapsamında reddedilebilir."

⁹⁸ Farley – Ramsey, "Raising the Threshold", 1229-1231.

Bu bağlamda, Yüksek Mahkeme'yi oluşturan ve yaşam boyu atanmış yargıçların bu konudaki bireysel görüşleri büyük önem taşımaktadır. Hem çoğunluk kararında hem de muhalefet eden görüşlerde farklı gerekçelere sahip yargıçlar vardır. Yargıçların bu ayrıntılı ve farklılaşan bireysel görüşleri, hem gelecekte anayasal denetim altına alınabilecek benzer hükümlerin yorumlanmasında bir rehber işlevi görmekte hem de yeni yasal düzenlemelere ışık tutmaktadır. Amerikan mahkemelerinin federal yasaları yorumlarken hangi ifadelerin korunması gerektiğine ve ifade özgürlüğünün sınırları konusunda ne ölçüde bir esneklik tanınacağına dair önemli bir çerçeve sunan bu görüşler, ilerleyen bölümlerde kapsamlı bir şekilde ele alınacaktır. Yargıçların bireysel görüşlerine yer verilmesi, yalnızca kararların ardındaki düşünce yapısını anlamak için değil, aynı zamanda federal yasaların ifade özgürlüğü açısından nasıl ele alınması gerektiğine dair uzun vadeli bir doktrinel rehber sunmak açısından da kritik önem taşımaktadır. Ayrıca bu görüşlerin Türk hukuk sistemi açısından faydalı bir kaynak oluşturabileceği de söylenebilir. Özellikle ifade özgürlüğü ile toplumsal değerler arasında denge kurmak için, Amerikan hukukundaki farklı yargıçların görüşleri, Türk hukuk sistemine karşılaştırmalı bir perspektif sunarak ilgili yasal düzenlemelerde daha kapsamlı bir analiz yapma olanağı sağlayabilir.

A. Matal v Tam davası

REDSKINS markası temyizdeyken, Asyalı-Amerikalı rock grubu THE SLANTS'ın (Bu kelime Asyalılara, göz şekillerinden hareketle hakaret etmek için kullanılan yaygın bir kelimedir.) solisti Simon Shiao Tam, eğlence hizmetleri için THE SLANTS⁹⁹ markasını tescil ettirmeye çalışmış, ancak grubun marka tescili ile terimin aşağılayıcı olarak değerlendirilme etkisinin azalacağını savunmasına rağmen¹⁰⁰ bu başvuru, terimin Asyalı-Amerikalıları aşağılayıcı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.¹⁰¹ Grup, bu kararı Federal Bölge Temyiz Mahkemesi'ne (*the Court of Appeals for the Federal Circuit*) taşımış ve burada 2(a) bölümünün aşağılayıcı markalara dair kısmının Anayasa'nın İfade Özgürlüğü Maddesi'ni ihlal ettiğini iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme, davayı incelemeyi kabul etmiş ve Matal v Tam davasında oybirliğiyle verdiği kararda, 2(a) bölümünde "aşağılayıcı" markalara getirilen yasağın Anayasa'da yer alan İfade Özgürlüğü Maddesi'ni ihlal ettiğine hükmetmiştir.¹⁰²

Yüksek Mahkeme oybirliğiyle karar vermiş olsa da görüşler bölünmüş ve kararın gerekçesi konusunda bir uzlaşma sağlanamamıştır. Çünkü yargıçlar, Birinci Değişiklik incelemesinin yapılma şekli ve kapsamı konusunda anlaşamamışlardır.¹⁰³ Yargıç Alito tarafından açıklanan ve diğer üç yargıcın da katıldığı karar ve görüşte, Yüksek Mahkeme ilk olarak markaların ifade edici işlevini tespit etmiştir.¹⁰⁴ Daha sonra marka tescilinin zorunlu olmadığını, ancak önemli faydalar sağladığını ve tescilin reddedilmesinin bu faydalardan yararlanmayı engellediğini, böylece marka sahibinin haklarının kısıtlandığını belirtmiştir.¹⁰⁵

Yüksek Mahkeme daha sonra Tam tarafından iddia edilen şu argümanı ele almıştır: Aşağılayıcı markalara ilişkin hüküm "gerçek veya tüzel kişilere" (*persons*) atıfta bulunmaktadır ve ırksal veya etnik gruplar, gerçek veya tüzel kişilik oluşturmadığı için bu olayda uygulanmaz.¹⁰⁶ Ancak Mahkeme, hükmün ne lafzının ne de genel kapsamının bu argümanı desteklemediği sonucuna varmış ve bu nedenle grubun talebini reddetmiştir.¹⁰⁷

⁹⁹ Şu an itibarıyla THE SLANTS markası 5332283 ABD tescil numarasıyla Simon Shiao Tam adı altında aktif olarak tescillidir.

¹⁰⁰ *Matal v Tam* 582 US 218, 223 (2017).

¹⁰¹ Dinwoodie – Janis, *Trademarks and Unfair Competition*, 378.

¹⁰² *Matal v Tam* 582 US 218, 223 (2017).

¹⁰³ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 89.

¹⁰⁴ *Matal v Tam* 582 US 218, 223 (2017).

¹⁰⁵ *Matal v Tam* 582 US 218, 226 (2017).

¹⁰⁶ *Matal v Tam* 582 US 218, 231 (2017).

¹⁰⁷ *Matal v Tam* 582 US 218, 231 (2017). "Bu argüman, hiçbir kişinin aşağılama maddesi anlamında "kişi" olmadığı gibi saçma bir sonuca yol açmaktadır. Bu böyledir çünkü her kişi "hukuksal olmayan" bir grubun üyesidir, örneğin sağ elini kullananlar, sol elini kullananlar, kadınlar, erkekler, tek sayılı günlerde doğanlar, çift sayılı günlerde doğanlar."

Daha sonra, hükmün Anayasa'ya uygunluğunun incelenmesi aşamasına geçilmiştir. ABD Hukuku'ndaki yaygın doktrine göre, Birinci Değişiklik'te yer alan İfade Özgürlüğü Maddesi, özel kişilerin ifadelerinin hükümet veya devlet tarafından sınırlandırılmasını engellemektedir.¹⁰⁸ Bu maddenin, hükümetin kendi görüşlerini ifade ettiği durumları düzenlemediği genel bir ilke olarak kabul görmüştür ve bu ilke Hükümet İfadesi Doktrini (Government Speech Doctrine) olarak adlandırılmaktadır. Yüksek Mahkeme, bu bağlamda ilk olarak marka başvurusunun reddedilmesinin hükümet ifadesi sayılıp sayılmayacağını değerlendirmiştir.

Mahkeme, Patent ve Marka Ofisi'nin (USPTO) Lanham Yasası kapsamındaki rolünün, bir hükümet ya da devlet mesajı iletmekten ziyade yalnızca başvuruları onaylamak veya reddetmek olduğunu belirterek, marka tescil işleminin hükümet ifadesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁰⁹ Hükümet ifadesi, devletin belirli bir mesajını veya görüşünü iletme yetkisini içermektedir; ancak USPTO'nun başvuruları kabul veya reddetmesi, bu işlemlerin hükümetin kendi görüşünü ifade ettiği anlamına gelmemektedir. Ayrıca, federal marka tescilinin hükümet tarafından sübvansedilen bir faaliyet veya hükümet programı olarak değerlendirilemeyeceğini; tescil işlemlerinde hükümetin rolünün daha sınırlı olduğunu ve bu gerekçeyle de marka ifadelerinin bireysel ifade olarak tam bir ifade özgürlüğü incelemesine tabi olması gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁰

ABD'de anayasallık iddialarına ilişkin davalarda, devleti temsilen hükümet müdahil olabilmekte ve hükümet, bu davalarda devletin menfaatlerini savunmak amacıyla delil ve argümanlar sunabilmektedir.¹¹¹ Bu davada da hükümet, ilgili markanın ifade ettiği mesajın "ticari ifade" kapsamında olduğunu ileri sürmüştür.¹¹² ABD hukukunda, ticari ifade, örneğin ticari reklamlar, ticari olmayan ifadelerle kıyasla daha fazla hükümet müdahalesine açık olarak kabul edilir ve bu nedenle ifade özgürlüğü denetiminde "ara denetim" (*intermediate scrutiny*) olarak adlandırılan daha esnek bir incelemeye tabi tutulur. Ticari ifadeler üzerindeki sınırlamaların Anayasa'ya uygun bulunabilmesi için hükümetin yalnızca "önemli bir devlet menfaatini" amaçlaması ve sınırlamanın bu amaca ulaşmada 'dar kapsamlı' olması yeterlidir. Diğer yandan, ticari olmayan ifadeler ise "katı denetim" (*strict scrutiny*) kapsamına girer ve bu tür düzenlemelerin meşru olabilmesi için devletin sınırlama için zorunlu bir amaca (*compelling government interest*) sahip olması ve bu amaca daha dar kapsamlı bir düzenleme ile ulaşmanın mümkün olmaması gerekmektedir.¹¹³

Hükümetin bu davada, düzenlemenin "*yeterince temsil edilmeyen grupları koruma*" veya "*ticaretin düzenli akışını sağlama*" gibi "*önemli menfaatlere*" hizmet ettiğini iddia etmesinin ardından Mahkeme, aşağılayıcı markalara ilişkin maddenin bu amaçlara ulaşmak ve kötü niyetli ayrımcılığı teşvik eden markaları ortadan kaldırmak için yeterince "*dar kapsamlı*" olarak düzenlenmediğine hükmetmiştir. Örneğin bu madde "kahrolsun ırkçılar", "kahrolsun cinsiyetçiler", "kahrolsun homofobikler" ("down with racists," "down with sexists," "down with homophobes") gibi tescil edilebilen markaları da kapsamaktadır. Mahkeme bu maddenin herhangi bir kişi, grup veya kurumu aşağılayan her türlü

¹⁰⁸ *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 467, 129 S. Ct. 1125, 1131 (2009).

¹⁰⁹ *Matal v Tam* 582 US 218, 238 (2017). "Markalar bu özelliklerin hiçbirine sahip değildir. Markalar geleneksel olarak bir hükümet mesajını iletme için kullanılmamıştır. Bir markanın ifade ettiği bakış açısı, 2(a)'nın uygulanması haricinde, markanın asil sicile kaydedilip edilmeyeceği kararında bir rol oynamamıştır. Ayrıca halkın ticari markaların içeriğini Federal Hükümet ile ilişkilendirdiğine dair hiçbir kanıt bulunmamaktadır."

¹¹⁰ *Matal v Tam* 582 US 218, 240 (2017). "Bir markanın federal tescili, bu davalarda söz konusu olan programlara benzemez. USPTO, bir markanın tescilini isteyen taraflara para ödemez. Tam tersine tescil için başvuran kişi, USPTO'ya 225-600\$ arasında bir başvuru ücreti ödemek zorundadır."

¹¹¹ "In any action, suit or proceeding in a court of the United States to which the United States or any agency, officer or employee thereof is not a party, wherein the constitutionality of any Act of Congress affecting the public interest is drawn in question, the court shall certify such fact to the Attorney General, and shall permit the United States to intervene for presentation of evidence, if evidence is otherwise admissible in the case, and for argument on the question of constitutionality." 28 U.S. Code § 2403 - Intervention by United States or a State; constitutional question.

¹¹² LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 89.

¹¹³ Anayasallık incelmelerinin kriterlerinin belirlenmesinde dikkate alınan diğer ifade türleri için bkz. Congressional Research Service, "The First Amendment: Categories of Speech" (Erişim: 15 Ağustos 2024).

markayı hedef almadığını, bir ayrımcılık karşıtı hüküm olarak işlev görmediğini; daha çok, “*mutlu konuşma/olumlu ifade hükmü*” (*happy-talk clause*) olarak hareket ettiğini belirtmiştir. Bu sebeple, belirtilen menfaatlara hizmet etmek için ihtiyaç duyulandan çok daha ileriye gitmekte olduğu kanaatine varılmıştır.¹¹⁴ Böylece hüküm, ticari olan ifadeleri sınırlandıran hükümet düzenlemelerine ilişkin “*yumuşak denetim*” (*relaxed scrutiny*) kapsamına alındığında bile, bakış açısı ayrımcılığı teşkil etmektedir.

Yargıç Kennedy, aynı fikirde olan çoğunlukla birlikte, hükmün bakış açısı ayrımcılığına sebep olduğu konusunda hemfikir olmuş ve maddenin Anayasa’ya uygunluk açısından katı bir denetimden geçmesi gereken güçlü bir ifade baskılama biçimi olduğunu ve bu düzenlemenin, bu denetimden başarıyla geçemediğini belirtmiştir.¹¹⁵ Bu görüşü savunan üye yargıçlar, Birinci Değişiklik’in temel ilkesini tekrarlayarak “*Hükümet, ifadenin ilettiği fikirleri veya perspektifleri onaylamama temelinde ifadeyi cezalandıramaz veya bastıramaz.*” demişlerdir.¹¹⁶ İhtilafli hüküm uyarınca, başvuru sahibinin olumlu veya zararsız bir markayı tescil ettirebildiğini, ancak hükümetin aykırı gördüğü bir görüşü veya ifadeyi içeren bir markayı tescil ettiremeyeceğini belirtmişlerdir. Bu görüşteki üye yargıçlar, bu yönüyle yasanın, hükümetin aşağılayıcı bulduğu mesajların yalnızca bir alt kümesini onaylamadığını gösterdiğini ve böylece bakış açısı ayrımcılığına sebebiyet verdiğini belirtmişlerdir.¹¹⁷

Markaların ticari ifade olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği tartışmasına da değinen Yargıç Kennedy, “*Ticari ifade bir istisna değildir.*” diyerek, Mahkeme’nin hükümetin ilettiği mesaja katılmadığı için bir ifadeyi sınırlandırması halinde katı bir anayasallık denetiminin gerektiğini belirtmiştir. Sonuç olarak ticari ifadenin de içerik ve bakış açısına dayalı hükümet sansürüne karşı katı bir korumadan yararlanabileceğinin altını çizerek oyunu iptal kararı yönünde kullanmıştır.¹¹⁸

B. Iancu v Brunetti davası

Yüksek Mahkeme’nin Tam davasındaki emsal kararından yaklaşık iki yıl sonra, 2019 yılında Erik Brunetti isimli başvuru sahibi, İngilizce yaygın bir küfür sözcüğünün geçmiş zaman hali olarak okunabilecek FUCT markasının federal tescilini talep etmiştir.¹¹⁹ USPTO, “*son derece saldırgan*”, “*terbiyesizce/kaba*” ve “*olumsuz çağrışımlar*” içerdiği için, ahlaka aykırı veya skandal içerik barındıran markaların tescilini yasaklayan Lanham Yasası’nın 2(a) bölümü uyarınca başvuruyu reddetmiştir.¹²⁰ Tam davasında olduğu gibi, Brunetti de bu karara, ahlaka aykırı veya skandal markaları yasaklayan söz konusu kanun hükmünün, Anayasa’nın Birinci Değişiklik hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle Federal Mahkeme’de itiraz etmiştir. Mahkeme, bu itirazı haklı bularak hükmün iptaline karar vermiş ve bu karar daha sonra Yüksek Mahkeme tarafından onanmıştır. Yüksek Mahkeme, kararında somut olaydaki markayı son derece saldırgan olarak değerlendirmesine rağmen Anayasa’nın ifade özgürlüğü kapsamında iptal kararı vermiştir.¹²¹

Tam davasından farklı olarak bu davada, Yüksek Mahkeme oybirliğiyle karar vermemiş ve üç yargıç karşı oy kullanmıştır. Çoğunluk görüşü Yargıç Kagan tarafından sunulmuştur. Yargıç Kagan, Matal v Tam davasındaki aynı gerekçelerle, söz konusu hükmün İfade Özgürlüğü Maddesi’ni ihlal ettiğini vurgulamıştır. Gerekçe olarak bu tartışmalı hükmün de benzer şekilde belirli fikirleri hoş karşılamamakta olduğunu ve bakış açısı ayrımcılığı temelinde ayrımcılık yaptığını belirtmiştir.¹²²

¹¹⁴ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 246.

¹¹⁵ *Matal v Tam* 582 US 218, 231 (2017).

¹¹⁶ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 246

¹¹⁷ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 249

¹¹⁸ LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 251.

¹¹⁹ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2297 (2019).

¹²⁰ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2298 (2019).

¹²¹ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2303 (2019).

¹²² *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2296 (2019). “*Lanham Yasası, mesajları toplumun edep ve ahlak anlayışına uygun olduğunda markaların tesciline izin vermekte, ancak bu mesajlar toplumun edep ve ahlak anlayışına aykırı olduğunda izin vermemektedir.*”

Davaya dahil olan Hükümet, söz konusu hükmün sadece terbiyesiz/kaba (yani "müstehcen", "cinsel içerikli veya küfürlü") markaları reddetmekle sınırlı tutulması gibi daha dar bir yorumla uygulanmasının bakış açısı ayrımcılığını ortadan kaldıracaklarını savunmuştur.¹²³ Ancak çoğunluk bu fikri reddetmiş ve bu yorumun yasanın lafzından saptığını vurgulamıştır. Gereğe olarak ahlaka aykırı veya skandal olarak nitelendirilen markalara ilişkin hükmün; müstehcen, cinsel içerikli veya küfürlü markalarla sınırlı olmadığını veya bakış açısından bağımsız olarak sadece saldırgan ifade biçimleriyle sınırlı olmadığını belirtmiştir.¹²⁴ Çoğunluk, ayrıca Hükümet'in bu görüşünü kabul etmenin yasayı yorumlamak değil, Kongre tarafından çıkarılan yasanın esasen yeniden yazılması olacağını ifade etmiştir. Son olarak, çoğunluk ahlaka aykırı veya skandal işaretlere ilişkin hükmün aşırı geniş bir yorumlamaya açık olduğunu ve "dünyada birçok ahlaka aykırı veya skandal fikir olduğunu (küfürlerden daha fazla) ve Lanham Yasası'nın bunların hepsini kapsadığını"; bu nedenle Birinci Değişiklik'i ihlal ettiğini belirtmiştir.¹²⁵ Ayrıca, hükmün Kongre tarafından yeniden yazılmadan düzeltilemeyeceğini çünkü mevcut halinin "meşru olmayan amaçlar için kolayca istismar edilebileceği" ifade edilmiştir.¹²⁶

Bu noktada, Brunetti davasında Yargıç Alito'nun ifadeleri dikkat çekmektedir. Yargıç, her ne kadar verilen çoğunluk kararına katılsa da ifade özgürlüğünü demokratik olarak korumak isteyen birçok ülkede bakış açısı ayrımcılığına artık müsamaha gösterildiğini belirtmiştir. Böylece, her ne kadar ülke ismi vermese de, Türk Anayasası ya da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi ifade özgürlüğüne istisna getirmiş düzenlemelere sahip ülkelere atıf yaptığı söylenebilir. Zira aşağıda inceleneceği üzere Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi, ifade özgürlüğüne ilişkin belirli sınırlandırmalara izin vermektedir.¹²⁷

Yüksek Mahkeme'deki diğer üç yargıç -Yargıç Roberts, Yargıç Breyer ve Yargıç Sotomayor- Hükümetin 2(a) hükmünün daha dar bir yorumla uygulanabileceği argümanını dikkate alarak karara muhalefet etmiştir.¹²⁸ Bu yargıçlar, Hükümet tarafından önerilen, hükmün düzenleme alanının dar yorumlanması yoluyla yalnızca belirli türdeki aşağılayıcı ve skandal ifadelerin hedef alınabileceği görüşüne olumlu bakmış ve mahkemenin geniş kapsamlı iptal kararıyla hemfikir olmamışlardır.

Yargıç Roberts, kısmen katıldığı ve kısmen karşı çıktığı görüşünde, Yasa'nın ahlaka aykırı markalara ilişkin bölümünün dar bir şekilde yorumlanarak bakış açısı ayrımcılığını ortadan kaldıramayacağı konusunda çoğunlukla aynı fikirde olduğunu ancak skandal markalara ilişkin kısmının daha dar bir yoruma izin verdiğini belirtmiştir. Böylece bu bölümün, ilettikleri fikirlere ziyade ifade biçimleriyle saldırgan markaları, özellikle müstehcen, terbiyesiz/kaba veya küfürlü olanları, hedef alabileceğini ifade etmiştir.¹²⁹

Yargıç Breyer benzer şekilde, "skandal" kelimesinin daha dar yorumlanması fikrini desteklemiştir. Çünkü yalnızca aşırı kaba veya müstehcen kelimelerin tescilinin kısıtlanmasının, bakış açısı ayrımcılığı oluşturmadığını ileri sürmüştür.¹³⁰ Bu tür kelimelerin güçlü duygular uyandırabileceğini ancak genellikle kendi başlarına belirli bir bakış açısını yansıtmadığını belirtmiştir. Yargıç Breyer, marka yasasının mevcut geçmiş içtihatlarda belirlenen ve Birinci Değişiklik ile tanınan hakları sınırlayan

Yasa, ilk bakışta, iki karşıt fikir kümesi arasında ayrım yapmaktadır: Geleneksel ahlaki standartlarla uyumlu olanlar ve bunlara düşman olanlar; toplumsal onayı tetikleyenler ve güvenme ve kınamaya neden olanlar. Yasadaki bu bakış açısı ön yargısı, bakış açısı ayrımcı uygulamalarla sonuçlanmaktadır. USPTO, -diğer şeylerin yanı sıra- uyusturucu kullanımı, din ve terörizm hakkında "ahlaksız" veya "skandal" görüşler ileten markaları tescil etmeyi reddetmiştir. Ancak aynı konularda daha kabul gören görüşleri ifade eden markaların tescilini onaylamıştır."

¹²³ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2301 (2019).

¹²⁴ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2296 (2019).

¹²⁵ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2301 (2019).

¹²⁶ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2303 (2019).

¹²⁷ Sami Özgür Memişoğlu, *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri* (İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2018), 798.

¹²⁸ Janis, *Trademark and Unfair Competition*, 165.

¹²⁹ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2303 (2019).

¹³⁰ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2304 (2019).

düzenlemelerini değerlendirirken kullanılan ticari ifade veya katı denetim gerektiren ticari olmayan ifade gibi kategorilere tam olarak girmediğini belirterek, bu sınıflandırmalara kesin olarak bağlı kalmanın gerekliliğini sorgulamıştır. Bu bağlamda, ticari ifade ve ticari olmayan ifade gibi kategoriler yerine, Birinci Değişiklik ile korunan menfaatlere odaklanmayı savunmuş ve ifadeyi sınırlayan bir düzenlemenin Birinci Değişiklik haklarına “orantısız olarak” zarar verip vermediğinin araştırılması gerektiğini belirtmiştir.¹³¹ Böylece, somut olaydaki düzenlemenin iptali yerine daha dar bir yorumunu haklı kılacak güçlü devlet menfaatleri olduğunu ve çoğunluk tarafından açıklanan potansiyel riskin yasayı tamamen iptal etmeyi haklı çıkarmadığını savunmuştur.¹³²

Yargıç Sotomayor ise Lanham Yasası'nın skandal markalara ilişkin hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesinin, geçmişte haklı olarak tescili reddedilebilecek birçok saldırgan markaların tesciline yol açabileceği konusunda uyarmıştır. “Skandal” teriminin, müstehcen, terbiyesiz/kaba veya küfürlü olan markaları hedef alacak şekilde daha dar bir yoruma tabi tutulmasını savunmuş; böylece hükmün, iletilen fikirlerin kendisinden ziyade iletilme biçimine odaklanacağını ileri sürmüştü; “İletilen fikirlerden ziyade iletilme biçimine odaklanıldığında hükümdeki kısıtlama, bakış açısı yönünden tarafsız hale gelecektir.” demiştir. Bu yaklaşımın, hükümetin kamu ahlakı ile çatışan ifadeler ile anılmama ve bu tarz ifadelere federal koruma vermeme yönündeki menfaatleriyle de uyumlu olduğunu belirtmiştir. Yargıç Sotomayor, bu yaklaşımın “içerik temelli” (*content-based*) olduğunu ancak bakış açısı bakımından tarafsız bir yaklaşım olduğunu vurgulamış ve bunun ifade özgürlüğüne saygı gösterirken daha geniş hükümet menfaatlerine dayalı bazı içerik düzenlemelerine de izin verdiğini ifade etmiştir.¹³³ Böylece bu dar yorumu savunarak, fikirlerin kendisinden ziyade, yasanın bütünlüğünü korumayı amaçlamış ve ifadenin saldırgan doğasını düzenlemeye odaklanan bir yasama metninin anayasallık denetimini geçebileceğini öne sürmüştür.¹³⁴

VI. Tam ve Brunetti Kararları Sonrasında Ahlaka Aykırı, Skandal ve Aşağılayıcı Markaların Değerlendirilmesi: Marka Olarak İşlev Görmeme

Yargıç Sotomayor muhalefet şerhinde, karar sonrası dönem için “*Yüksek Mahkeme'nin bugünkü kararı talihsiz sonuçlar doğuracaktır.*” demiştir.¹³⁵ Yüksek Mahkeme'nin her çığır açan kararı gibi, Tam ve Brunetti kararları da gelecekteki etkileri hakkında sorgulamalara yol açmıştır.¹³⁶ Bugün itibarıyla Kongre, iptal edilen hükümlerin yerine başka bir hüküm, belki de sadece ifade biçimini hedef alan bir hüküm,¹³⁷ yürürlüğe koymamıştır ve iptal kararlarından beri USPTO'nun ahlaka aykırı, skandal veya aşağılayıcı markaları tescil etmeyi reddetmek için doğrudan yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Ancak USPTO'nun bu tür markalara karşı tamamen güçsüz olup olmadığı konusu, “işlev görmeme” (*failure to function*) doktrini gibi hukuki tartışmaları gerektirmektedir.

Kanunda açığa çıkan bu boşluk, devletlerin bu tür markaları reddetmekteki menfaatinin ne olduğu sorusunu tekrar gündeme getirmektedir. Bu soruya da yanıt sağlayan işlev görmeme doktrini, bazı işaretlerin marka olarak işlev göremeyeceğini öne sürmektedir. Bu tür işaretlerin korunması, makalemizin birinci bölümünde belirtilen marka hukukunun temel ilkelerine ve genel amacına

¹³¹ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2306 (2019).

¹³² *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2308 (2019).

¹³³ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2317 (2019).

¹³⁴ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2317,2318 (2019).

¹³⁵ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2308 (2019).

¹³⁶ Alfred C. Yen, “Choosing the Consequences of Tam and Brunetti”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property* 19 (2020), 396, 397.

¹³⁷ Snow, “Immoral Trademarks after Brunetti”, 408.

aykırıdır. İşlevsel olmayan bu tür işaretlerin marka olarak korunması, işletmeler arasındaki adil rekabeti zedeleyebilir ve kamuoyunun marka algısını zayıflatarak topluma zarar verebilir.¹³⁸

İşlev görmeme doktrininin detaylarına girmeden önce, daha önce iptal edilen hükümler uyarınca reddedilebilecek bazı markaların şu anda tescil edilebilir olmasının, bu tescillerin tavsiye edilir olduğu anlamına gelmediğini de önemle belirtmemiz gerekmektedir. Yukarıda açıklanan Pro-Football Inc v Blackhorse davasında görüldüğü gibi REDSKINS markalarının tescili defalarca reddedilmiş, PFI yıllarca markayı elinde tutmak için mücadele etmiş ve nihayetinde muktedir olduktan sonra ve günümüzde de bu markaların tescilli sahibi olmasına rağmen, markasıyla ilgili olarak kamuoyundan, halktan ve işletmelerden gelen tepkiler üzerine adını Commanders olarak değiştirmek zorunda kalmıştır.¹³⁹ Benzer şekilde, "Quaker Oats", "B&G Foods" veya "Dixie Chicks" gibi örnekler aşağılayıcı ifadeler içeren markalara yönelik toplumsal kabulün azaldığı ve tepkinin arttığı durumları göstermektedir.¹⁴⁰ Bu örnekler, özellikle geniş kitlelere hitap eden ürün veya hizmetlerde kullanılan tartışmalı ifadeler karşısında, devlet yerine toplumun markaları sınırlandırma konusundaki etkisinin göstermektedir. Çünkü bu tür markalar devletin müdahalesine gerek kalmadan kamuoyu baskısının belirleyici bir rol oynayabildiğini ortaya koymaktadır.¹⁴¹ Ancak, genel olarak toplumun bir markayı kabul etmesi, reddetmesi veya bu konuda kamuoyu oluşturması her zaman hızlı ve tutarlı bir süreç değildir. Örneğin her ne kadar PFI, REDSKINS ismini kullanmaktan vazgeçmiş olsa bile bu kararını söz konusu ismi onlarca yıl kullandıktan sonra vermiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme'nin Brunetti davasında işaret ettiği gibi, USPTO tarafından ifade biçimine odaklanan, içeriğe ilişkin tarafsız bir inceleme marka hukukunun amaçlarına daha iyi hizmet edecektir. Son olarak, bazı girişimciler genel halk yerine belirli bir azınlığa hitap etmek isteyebilmekte ve bazı tüketiciler tartışmalı doğası nedeniyle bazı markalara, bu markalar belirli bir kesimi aşağılasa veya ahlaka aykırı veya skandal işaretler içerse bile ilgi duyabilmektedirler.

İşlev görmeme doktrini, Türk hukukunda SMK md. 5/1(a, b) hükümlerinde yer alan mutlak ret nedenlerine benzer nitelikte olup, resen inceleme kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁴² Bir marka olarak işlev görmeme doktrini öncelikle tescil aşamasında ortaya çıkmaktadır. Bu kavram altında USPTO, tüketicilerin bir işareti marka olarak algılayıp algılamayacağını sorgular. Bir marka olarak işlev görmeme doktrini öncelikle tescil aşamasında ortaya çıkmaktadır.¹⁴³ Bu kavram altında USPTO, tüketicilerin bir işareti marka olarak algılayıp algılamayacağını sorgular.¹⁴⁴ Doktrinin kökeni büyük ölçüde Lanham Yasası'nın 45. bölümündeki marka tanımından gelmektedir. Buna göre bir marka: "(1) Bir kişi tarafından kullanılan veya (2) Bir kişinin ticarete kullanmak için iyi niyetli bir amaca sahip olduğu ve bu bölüm tarafından oluşturulan ana sicile tescil ettirmek için başvurduğu, benzersiz bir ürün de dahil olmak üzere mallarını tanımlamak ve başkaları tarafından üretilen veya satılanlardan ayırt etmek ve kaynağı bilinmese bile malların kaynağını belirtmek için herhangi bir kelime, isim, sembol veya cihazı veya bunların herhangi bir kombinasyonunu içerir." İnceleme avukatı, marka tescili için zorunlu olan kullanım gereksinimini doğrulamak amacıyla başvuruyu incelerken, sunulan marka örneğinin başvuru sahibinin mal veya hizmetlerini başarıyla tanımlayıp tanımlamadığını, onları diğerlerinden ayırt edip etmediğini ve kaynaklarını belirtip belirtmediğini değerlendirmelidir.¹⁴⁵ Marka örneği bu kriterleri

¹³⁸ Snow, "Immoral Trademarks after Brunetti", 420.

¹³⁹ Jennifer M. Hetu – Jukie E. Reitz, "Intellectual Property Law: Disparaging, Immoral, and Scandalous Trademarks Just because You Can, Doesn't Mean You Should", *Michigan Bar Journal* 100 (2021), 22, 24.

¹⁴⁰ Quaker Oats markanın logosunda daha önce köleleştirilmiş Afro-Amerikan bir kadını basmakalıp bir şekilde tasvir etmektedir. B&G Foods'un Cream of Wheat markası, Afro-Amerikan bir şef figürünü kullanarak basmakalıp bir temsile yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmiş ve bu görsel 2020'de kaldırılmıştır. Dixie Chicks ise, "Dixie" teriminin Konfederasyon ve kölelikle bağlantılı geçmişi nedeniyle eleştirilmiş ve grup ismini 2020'de "The Chicks" olarak değiştirmiştir. Lee, "Racism and Trademark Abandonment", 949.

¹⁴¹ Hetu – Reitz, "Intellectual Property Law", 24.

¹⁴² Yasaman vd., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 101, 313.

¹⁴³ Alexandra J. Roberts, "Trademark Failure to Function", *Iowa Law Review* 104 (2019), 1977, 1985.

¹⁴⁴ Roberts, "Trademark Failure to Function", 2040.

¹⁴⁵ Dinwoodie – Janis, *Trademarks and Unfair Competition*, 561.

karşılımadığında, inceleme avukatı Lanham Yasası'nın 1., 2. ve 45. bölümlerini gerekçe göstererek, başvuruyu marka olarak işlev görmediği gerekçesiyle reddetme hakkına sahiptir.¹⁴⁶

Ayirt edicilik, çoğu markanın korunabilirliği için ana kriterdir.¹⁴⁷ Temel olarak bir markanın geçerli olabilmesi için, doğal olarak veya kullanım yoluyla, ilişkili olduğu mal veya hizmetleri diğer işletmeler tarafından sağlanan mal ve hizmetlerden ayırması gerekmektedir.¹⁴⁸ Genel olarak bir marka tanımlayıcı veya jenerik olarak kabul edilmiyorsa ve Lanham Yasası'nda belirtilen diğer yasaklar kapsamına girmiyorsa, eyaletler arası ticarete kullanıldığı andan itibaren korunmaya uygundur.¹⁴⁹

USPTO tipik olarak bir markanın ayirt ediciliğine, marka olarak kullanımından daha fazla öncelik vermektedir. Yani inceleme avukatları, "*markanın ne yaptığından ziyade markanın ne olduğuna*" odaklanmaktadır.¹⁵⁰ Ancak koruma için bir markanın aynı zamanda genel marka kullanımına uygun bir şekilde kullanılması da gerekmektedir. Örneğin markanın tüketicilerin onu bulmayı bekledikleri yerde konumlandırılması ve dikkat çekmek için bitişik metin ve görüntülerden belirgin bir şekilde farklılaştırılması gerekmektedir. Ayrıca Federal koruma için markanın, eyaletler arası ticaretin bir parçası olan veya satışları eyaletler arası ticareti etkileyen mal veya hizmetlerle ilgili olarak kullanılması gerekmektedir.¹⁵¹ Bu standartları karşılamadığı sürece, tüketiciler için bir marka olarak işlev göremez ve bu nedenle federal korumaya hak kazanamaz. Dolayısıyla ayirt edicilikle birlikte, bir markanın kullanım şekli, halkın işareti bir marka olarak algılamasının ne kadar olası olduğunu belirlemede kritik bir rol oynamaktadır.¹⁵² Bir marka yüksek derecede ayirt edici olduğunda -hayal ürünü, rastgele seçilmiş/nedensiz markalar gibi- minimal marka kullanımı bile tescil için yeterli olabilmektedir. Buna karşılık, daha az ayirt edici olan markalar -çağrışım yapan/ima edici (*suggestive*) markalar gibi- tescil için daha kapsamlı bir marka kullanımı gerektirebilir.¹⁵³ Öğretide bu doktrine bazen "*son savunma hattı*" olarak atıfta bulunmaktadır.¹⁵⁴ Yüksek Mahkeme'nin ahlaka aykırı, skandal ve aşağılayıcı markaların tescil edilmesine yönelik yasağı geçersiz kıldığı Tam ve Brunetti kararlarının ardından bu doktrin daha da önem kazanmıştır.

Son zamanlarda USPTO, anlamsal çağrışımları/içerikleri (*semantic implications*) nedeniyle marka rollerini etkin bir şekilde yerine getirmeyen markaların başvurularını reddetmek için işlev görmeme doktrini giderek daha fazla kullanmaktadır.¹⁵⁵ Bu yaklaşım, George Floyd olaylarından sonra yaygınlaşan, "I can't breath (Nefes alamıyorum)" ifadesini bir marka olarak tescil ettirmek için yapılan ilk girişimin reddedilmesine yol açmış ve inceleme avukatı bu ifadenin sadece bilgilendirici olduğuna karar vermiştir.¹⁵⁶

Başka bir yakın tarihli örnek, bu analizi daha iyi açıklayabilir. 2021'de Snowflake Enterprises, LLC, giysiler için standart karakter markası olarak NIGGA (Siyah-Amerikalılara karşı kullanılan ırkçı bir hakarettir) markasını tescil ettirmek istemiştir.¹⁵⁷ Başvuru sahibi, genel halkın veya Siyah Amerikalıların bu kelimeye karşı duyduğu hoşnutsuzluğu kabul etmekle birlikte, Tam ve Brunetti davalarına dayanarak tescil talebinde bulunmuştur.¹⁵⁸ Ancak inceleme avukatı, Yüksek Mahkeme'nin iptal kararının aşağılayıcı, skandal veya ahlaka aykırı olarak kabul edilen markaların otomatik olarak

¹⁴⁶ Roberts, "Trademark Failure to Function", 2001.

¹⁴⁷ Roberts, "Trademark Failure to Function", 1980.

¹⁴⁸ Ochoa vd., "*Understanding Intellectual Property*", 468.

¹⁴⁹ Roberts, "Trademark Failure to Function", 1980.

¹⁵⁰ Roberts, "Trademark Failure to Function", 1977.

¹⁵¹ Roberts, "Trademark Failure to Function", 1981.

¹⁵² Roberts, "Trademark Failure to Function", 1981.

¹⁵³ Roberts, "Trademark Failure to Function", 1988.

¹⁵⁴ Lucas D. Cuatrecasas, "Failure to Function and Trademark Law's Outermost Bound", *NYU Law Review* 96 (2021), 1312, 1317.

¹⁵⁵ Michael Grynberg, "The Trademark Problem of 'TRUMP TOO SMALL'", *The Columbia Journal of Law and the Arts* 46 (2022), 47, 57.

¹⁵⁶ Grynberg, "The Trademark Problem of 'TRUMP TOO SMALL'", 57.

¹⁵⁷ *In re Snowflake Enters LLC* 2021 TTAB LEXIS 229, 2.

¹⁵⁸ *In re Snowflake Enters LLC* 2021 TTAB LEXIS 229, 11.

tescil edilmesi gerekliliği gibi bir zorunluluk getirmediğini, bu tür markaların 2(a) bölümü dışındaki yasal dayanaklarla da reddedilebileceğini belirterek başvuruyu reddetmiştir.¹⁵⁹ Ret gerekçesi bölüm 2(a) değil, önerilen markanın Lanham Yasası'nın 1., 2. ve 45. bölümlerinde belirtilen işlevsel gereklilikleri karşılamaması olmuştur. Böylece bakış açısı ayrımcılığı veya Birinci Değişiklik konularına ilişkin iddialardan kaçınılmıştır.¹⁶⁰

İnceleme avukatı bu kararda, anlamlı mesajların veya işaretlerin, yaygın olarak kullanılan terimler, mesajlar veya ifadeler olarak kabul edildiğinde tescil edilemeyeceğini belirtmiştir. İnceleme avukatının bu görüşü, temyiz makamı olan TTAB tarafından da onaylanmıştır. TTAB kararında, "*Lanham Yasası'nın 1., 2. ve 45. bölümleri uyarınca işlev görmeme reddinin dayanağı, başvuru sahibinin önerdiği markanın, sıradan, alışlageldik, iyi bilinen bir kavram veya duyguyu ileten yaygın bir terim olmasıdır.*" denmiştir. Ayrıca aynı kararda "*Sıradan veya alışageldik kavramlar veya duygular ya da sosyal, politik, dini veya benzeri bilgi verici mesajlar iletmek için yaygın olarak kullanılan materyaller, kaynak belirtme olarak algılanmaz ve marka olarak tescil edilemez.*" ifadesinde bulunulmuştur.¹⁶¹ TTAB, "Nigga" kelimesinin Amerika Birleşik Devletleri'nde, giysiler için bile yaygın olarak kullanılan bir argo terim olduğunu ve ticari marka olmayan bir materyal olarak yaygın kullanımı göz önüne alındığında, potansiyel alıcıların, bunu başvuru sahibinin ürünlerinin kaynağı olarak algılaması olasılığının düşük olduğu sonucuna varmıştır.¹⁶² Başka bir örnek Eric Brunetti'nin diğer marka başvurusu olan FUCK olabilir. Bu başvuru da neredeyse aynı gerekçelerle TTAB tarafından reddedilmiştir.¹⁶³

Sonuç olarak işlev görmeme doktrini, her ne kadar iptal edilen 2. bölüm yasakları altında reddedilecek olan tüm markaların veya Yüksek Mahkeme'nin önerdiği gibi¹⁶⁴ yalnızca ifade biçimine veya müstehcen, kaba veya küfürlü markalara odaklanan potansiyel yeni bir yasa kapsamında reddedilecek markaların tescilini tamamen engellemese de marka hukukunun temel ilkelerini korumak için etkili bir doktrindir. Bu nedenle, doktrine karşı yapılan "*tutarsız ve netlikten yoksun*" olduğu yönündeki eleştirilere rağmen¹⁶⁵ USPTO'nun bu doktrini yaygın olarak kullanılan sıradan ifadeler temelinde daha fazla kullanması muhtemeldir.¹⁶⁶

VII. ABD'deki İptallerin Karşısında Türk ve AB Hukukunun Sürekliliği

ABD'de "ahlaka aykırı," "skandal" ve "aşağılayıcı" markalara getirilen tescil yasağı, Yüksek Mahkeme'nin Tam ve Brunetti kararlarıyla iptal edilmiş olmasına rağmen, Türk ve Avrupa Birliği (AB) hukuk sistemlerinde benzer düzenlemeler halen yürürlüktedir. SMK md. 5(1)(ı) ve Avrupa Birliği Marka Tüzüğü (EUTMR) 2017/1001 md. 7(1)(f), bu hükümlere yer vermekte ve kamu düzeni ve genel ahlak ilkelerine aykırılığı mutlak ret sebebi olarak öngörmektedir. Bu bölümde, söz konusu düzenlemelerin ABD'den farklı olarak Türk ve AB hukukunda geçerliliğini koruma nedeni ele alınacaktır.

Türk marka hukuku, büyük ölçüde EUTMR 7(1)(f) maddesini yansıtarak, kamu düzenine ve genel ahlak kurallarına aykırı markaların tesciline izin vermemektedir.¹⁶⁷ Bu tescil engeli, 1886'dan beri Türk hukukunda yer almakta olup bireylerin maddi, manevi ve toplumsal bütünlüğünü korumayı amaçlayan; kimi zaman dönemin dini ve görgü kurallarını da içeren ve toplumsal değerleri yansıtan bir

¹⁵⁹ *In re Snowflake Enters LLC* 2021 TTAB LEXIS 229, 16.

¹⁶⁰ *In re Snowflake Enters LLC* 2021 TTAB LEXIS 229, 16.

¹⁶¹ *In re Snowflake Enters LLC* 2021 TTAB LEXIS 229, 36,37.

¹⁶² *In re Snowflake Enters LLC* 2021 TTAB LEXIS 229, 69.

¹⁶³ *In re Brunetti* 2022 TTAB LEXIS 297.

¹⁶⁴ *Iancu v Brunetti* 139 S Ct 2294, 2302 (2019).

¹⁶⁵ Cuatrecasas, "Failure to Function", 1319.

¹⁶⁶ Christina S. Loza, "Feature: Iancu v. Brunetti: Immoral and Scandalous Marks May Now Be Registered with the USPTO without Limitation", *Orange County Lawyer Magazine* 61 (2019), 31, 34.

¹⁶⁷ Özge Özsoy, "Yargı Kararları Işığında Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka Aykırı Avrupa Birliği Markaları", *TAAD* 11/43 (Temmuz 2020), 356-359; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 258-266; Mukayeseli hukuk bakımından bkz. İlknur Kaya, "İsviçre ve Fransız Hukuku Bakımından Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka Aykırı Markalar", *TBB Dergisi* 175 (2024), 393-422, 401 vd.

düzenlemedir.¹⁶⁸ Bu şekilde, demokratik toplumların temel değerleri ile uyumlu olmayan markaların devletin marka sahiplerine tanıdığı hukuki koruma ile gelen ekonomik ve yasal faydalardan yararlandırılmaması sağlanmaktadır.¹⁶⁹ Özellikle, şiddeti, uyuşturucu kullanımını, terörizmi, otoriter rejimleri ya da dini veya etnik grupları aşağılayan ifadeleri teşvik eden markaların ticarileştirilmesinin önlenmesi hedeflenmektedir.¹⁷⁰ Böylece, piyasa temelli özgürlüklerin sınırlandırılarak kamu düzeni ve toplumsal ahlakın korunması sağlanmaktadır.

Türk ve AB hukukunda, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markaların reddi, geniş bir yelpazeye sahiptir. SMK 5(1)(ı) ve EUTMR 7(1)(f) maddeleri sadece ahlaka aykırı markaları değil, aynı zamanda kamu düzeninin işleyişini engelleyen ve toplumda çatışma yaratma potansiyeli taşıyan markaları da kapsamına almaktadır.¹⁷¹ Bu sebeple ABD’de iptal edilen hükümlere kıyasla daha geniştir çünkü yalnızca “genel ahlak” ilkelerine değil, kamu düzenine ilişkin tüm normları da içermektedir. Böylece devletin güvenliği, istikrarı ve kamu hizmetlerinin düzgün işleyişini koruma amacını da taşımaktadır.

ABD ile kıyaslandığında, Türk ve Avrupa hukuk sistemlerindeki bu düzenlemelerin anayasal olarak kabul edilmesi, ifade özgürlüğüne ilişkin yaklaşımlardaki temel farklılıklardan kaynaklanmaktadır. ABD Anayasası’nın Birinci Değişiklik hükmü, ifade özgürlüğünü mutlak bir hak olarak tanımakta ve devletin bu hakkı sınırlayan herhangi bir yasa yapmasını izin verecek herhangi bir istisnaya yer vermemektedir. Buna karşın, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 26. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesi, ifade özgürlüğüne ilişkin belirli sınırlandırmalara izin vermektedir.¹⁷² Türk Anayasası’na göre ifade özgürlüğü; “millî güvenlik,” “kamu düzeni,” “kamu güvenliği,” “Cumhuriyetin temel nitelikleri,” “Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması” ve “başkalarının şöhret veya haklarının korunması” gibi gerekçelerle sınırlandırılabilir. Türk ve Avrupa hukukundaki bu hükümler, ifade özgürlüğü ve toplumsal düzen arasında bir denge kurmaya çalışarak, bu özgürlüğü koruma amacıyla hareket etmekle birlikte toplumsal değerler ve kamu yararının korunması gerekliliği nedeniyle ABD’deki yaklaşıma göre daha geniş bir sınırlandırma çerçevesi sunmaktadır.

Doktrinde, Türk ve AB hukukunda yer alan bu düzenlemelerin ifade özgürlüğü üzerinde kısıtlayıcı bir etkisi olduğu kabul edilmekle birlikte bu durum ne SMK md. 5(1)(ı)’nin ne de EUTMR md. 7(1)(f)’nin yürürlükten kaldırılmasını gerektirmektedir.¹⁷³ Hem Türk Anayasası hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kamu düzeni ve genel ahlakın korunması adına ifade özgürlüğüne belirli sınırlar getirilmesine açıkça izin vermektedir.¹⁷⁴ Dolayısıyla bir marka tescilinin reddedilmesi bazen kuralın yanlış uygulanması yoluyla ifade özgürlüğünü ihlal edebilirken, tescil engellerinin kendileri yasal olarak geçerli kalmaktadır.

ABD’de ahlaka aykırı, skandal ve aşağılayıcı markalara ilişkin yasakların kaldırılmasının ardından daha sık kullanılmaya başlanan “işlev görmeme” doktrini, Türk hukukunda SMK md. 5/1(a) ve (b); AB hukukunda ise EUTMR md. 7(1)(a) ve (b) hükümlerinde düzenlenen mutlak ret nedenleri ile benzer niteliktedir. Söz konusu maddeler, bir işaretin marka tanımına girmemesi veya ayırt edici karakterinin bulunmaması durumunda tescil edilmemesini öngörmektedir.¹⁷⁵ Ancak Türk ve AB hukukunda kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalar açısından bu tür bir doktrinin doğrudan uygulanmasına gerek

¹⁶⁸ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 259.

¹⁶⁹ Memişoğlu, *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri*, 749. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 259.

¹⁷⁰ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 259.

¹⁷¹ Yasaman vd., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 491.

¹⁷² Memişoğlu, *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri*, 798.

¹⁷³ Çolak, “Türk Marka Hukuku” (2023), 264.

¹⁷⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, *Resmî Gazete* 17863 (9 Kasım 1982), Kanun No. 2709, md. 26 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, md. 10.

¹⁷⁵ Yasaman vd., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 101, 313.

duyulmamaktadır.¹⁷⁶ Zira bu tür markalar doğrudan SMK ve EUTMR'nın mutlak ret nedenleri kapsamında değerlendirilmektedir ve bu çerçevede tescile uygun bulunmamaktadır.

Sonuç

ABD Federal Marka Kanunu, azınlık gruplarını aşağılayıcı veya ırkçı işaretlerden; halkı genel ahlaka aykırı, saldırgan ya da küfürlü terimlerden korumak ve suça teşvik eden, terörist organizasyonları ya da demokratik yargılamalar sonucunda mahkûm edilen teröristleri ticarileştiren markaları engellemek amacıyla "ahlaka aykırı," "skandal" ve "aşağılayıcı" markaların tesciline yönelik yasaklar getirmiştir. Ancak bu yasaklar, Matal v. Tam ve Iancu v. Brunetti kararlarıyla, ifade özgürlüğüne aykırılık gerekçesiyle ABD Yüksek Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Yüksek Mahkeme, bu düzenlemelerin, tescil mercilerinin bir markanın kabul edilip edilmeyeceğine karar verirken "bakış açısına dayalı ayrımcılık" yapmasına imkan verdiğini tespit etmiştir. ABD Anayasası, ifade özgürlüğüne herhangi bir istisna getirmemektedir. Bu nedenle düzenlemelerin anayasallık incelemesi Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla belirlenen katı bir incelemeyle yapılmaktadır. Bu kapsamda İfade Özgürlüğü ile çatıştığı iddia edilen bir düzenlemenin "zorunlu bir amaca" hizmet etmesi ve bu amaca ulaşmanın "daha dar kapsamlı bir düzenleme" ile mümkün olmaması gerekmektedir. Yüksek Mahkeme bu yasakların yukarıda belirttiğimiz kamu yararlarına hizmet ettiğini kabul etmekle birlikte, dar kapsamlı olmadığı ve gereğinden fazla geniş düzenlendiği sonucuna varmıştır.

Türk ve AB hukuk sistemlerinde ise kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markaların tescilini engelleyen düzenlemeler hâlâ yürürlüktedir. Her ne kadar ifade özgürlüğüne ilişkin endişeler bu hukuk sistemlerinde de mevcut olsa da Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve AİHS, ifade özgürlüğüne; "millî güvenlik," "kamu düzeni" ve "başkalarının haklarının korunması" gibi gerekçelerle sınır getirilebileceğini öngörmektedir. Bu nedenle Türk ve AB hukukundaki bu düzenlemelerin yürürlükte kalması anayasal ve yasal çerçevede mümkündür.

ABD'de, Yüksek Mahkeme kararlarından sonra ABD Kongre'si tarafından yeni bir düzenleme yapılmamış, USPTO'nun ahlaka aykırı, skandal ya da aşağılayıcı markaların tesciline ilişkin doğrudan bir yasal dayanağı kalmamıştır. Bu durum yeni bir düzenleme yapılana kadar bu tür markaların nasıl engellenebileceği sorusunu doğurmuştur. Her ne kadar yukarıda açıklanan REDSKINS markasında ya da Quaker Oats ve Dixie Chicks marka örneklerinde görüldüğü gibi iptal edilmiş olan düzenlemeler ile reddedilebilecek markalardan bazıları, kamuoyu tarafından tepki ile karşılandığı için kullanımdan kalkmışsa da bu tür markaların kamuoyu tarafından reddedilmesi, genellikle yavaş ilerlemiş ve yalnızca geniş kitlelere hitap eden markalar üzerinde etkili olabilmıştır. Ayrıca her işletme kamuoyu tepkisine önem vermemekte, tam tersine bazı işletmeler saldırgan ya da ahlaka aykırı içerikler taşıyan ürünlere ilgi gösterebilecek tüketicilere hitap etmeyi amaçlayabilmektedir.

Uygulamada, iptallerin ardından "işlev görmeme" doktrini tartışmalı markaların filtrelenmesi için sıkça kullanılmaya başlanmış ancak bu doktrinin bazı durumlarda yetersiz kaldığı görülmüştür. Bu doktrin, sahip olduğu anlamlar ya da yaygın olarak kullanılan terimler ve mesajlar nedeniyle markanın ayırt edicilik işlevini yerine getirememesi veya markanın genel marka kullanımına uygun olarak kullanılmaması halinde etkili olabilmektedir. Ancak ayırt edici ve genel marka kullanımına uygun olan

¹⁷⁶ Örneğin, yukarıda belirtildiği üzere ABD'de hem bu makalede incelediğimiz Yüksek Mahkeme kararları hem de 2020'de yaşanan George Floyd olaylarının ardından, "I Can't Breathe." markası bu doktrin çerçevesinde reddedilmiştir. Grynberg, "The Trademark Problem of 'TRUMP TOO SMALL'", 57. Buna karşılık, Fransa'da 2015 yılında meydana gelen terör olaylarının ardından tescil edilmek istenen "Pray for Paris" ve "Je suis Paris" gibi markalar, kamu düzenine aykırılık teşkil ettikleri gerekçesiyle tescil edilmemiştir. Bu durum, terör olaylarıyla ilgili olarak toplumda oluşan algının dikkate alınması ve belirtilen ifadelerin ekonomik bir aktör tarafından sahiplenilmesinin uygun görülmemesi nedeniyle ortaya çıkmıştır. Kaya, "İsviçre ve Fransız Hukuku Bakımından Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka Aykırı Markalar", TBB Dergisi 175, 408.

birçok marka, aynı zamanda saldırgan, aşağılayıcı, skandal veya ahlaka aykırı olabilmektedir. Ayrıca yukarıda açıklandığı gibi bu doktrin, tutarsız veya şeffaf olmayan uygulamalara yol açmaktadır.

Yeni bir düzenleme yapılması, bu boşluğu gidermek açısından önemlidir. İptal edilen yasaklar ile korunmak istenen menfaatlerin birçoğu, bakış açısına dayalı ayrımcılık yapmayan, sadece ifade etme biçimini ele alarak müstehcen, terbiyesiz/kaba veya küfürlü markaları ele alan hükümlerle sağlanabilir. Bu durum, Yüksek Mahkeme'nin kararlarının sebebi olan birçok faktörü ortadan kaldıracaktır. Ancak bu menfaatlerden bazılarının bakış açısı ayrımcılığına sebebiyet vermeden düzenlenmesi doğası gereği zordur. Örneğin demokrasiyi ve yeterince temsil edilmeyen grupları, onları aşağılayan markaları reddederek korumak, doğası gereği bakış açısı ayrımcılığı içermekte veya bir düzeyde "happy-talk (mutlu konuşma/olumlu ifade)" işlevi görmektedir.

Brunetti davasında Yargıç Alito, her ne kadar verilen karara katılsa da ifade özgürlüğünü koruma iddiasında olan demokratik ülkelerin anayasalarında, bazı durumlarda bakış açısı ayrımcılığına müsamaha gösterildiğini belirtmiştir. Böylece, her ne kadar spesifik olarak ülke isimleri vermese de Türk Anayasası ve AİHS gibi düzenlemelere atıfta bulunduğu söylenebilir. Karara muhalif kalarak düzenlemenin daha dar yorumunu destekleyen Yargıç Breyer ise katı anayasal kriterler yerine, mahkemenin Birinci Değişiklik ile korunan menfaatlere bakarak iptal edilen düzenlemenin düzenleniş amacının Birinci Değişiklik ile korunan haklara orantısız bir şekilde zarar verip vermediğini incelemesi gerektiğini savunmuştur.

Yargıç Breyer'in bu pragmatik yaklaşımının benimsenmesi, dar ve detaylı bir şekilde hazırlandığında dahi bakış açısı ayrımcılığına sebep olacak bir düzenlemenin anayasa aykırılık incelenmesinden geçmesini sağlayabilir. Dil, bir menfaati diğerini ihlal etmeden koruyan bir hüküm çizmekte başarısız olduğunda, vaka özelinde olgusal analizler yapmak daha etkili olabilir; böylece menfaatler arasında denge sağlanabilir.

Kaynakça

- Bonadio, Enrico. "Brands, Morality and Public Policy: Some Reflections on the Ban on Registration of Controversial Trademarks". *Marquette Intellectual Property Law Review* 19 (2015), 38-61. <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1270&context=iplr>
- Chiappetta, Vincent. "Trademarks: More Than Meets the Eye". *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy* 1 (2003), 35-104. <https://illinoisjltp.com/file/126/chiappetta.pdf>
- CRS, Congressional Research Service. "The First Amendment: Categories of Speech". Erişim: 15 Ağustos 2024. <https://sgp.fas.org/crs/misc/IF11072.pdf>
- Cuatrecasas, Lucas D. "Failure to Function and Trademark Law's Outermost Bound". *NYU Law Review* 96 (2021), 1312-1372. <https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2021/10/Cuatrecasas-ONLINE.pdf>
- Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2023.
- Dinçer, Yasin – Altun, Muhammed Yakup. "Survey Evidence in Trademark Law: Use and Evidential Value in the United States and Turkey". *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/3 (2024), 795-836. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.140>
- Dinwoodie, Graeme B. – Mark D. Janis. *Trademarks and Unfair Competition: Law and Policy*. New York: Wolters Kluwer, 2018.
- Farley, Christine Haight – Lisa P. Ramsey. "Raising the Threshold for Trademark Infringement to Protect Free Expression". *American University Law Review* 72 (2023), 1225-1292. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4396913
- Grynberg, Michael. "The Trademark Problem of "TRUMP TOO SMALL"". *The Columbia Journal of Law and the Arts* 46 (2022), 47-60. <https://journals.library.columbia.edu/index.php/lawandarts/article/view/11015/5500>
- Harjo v. Pro-Football, Inc., 50 U.S.P.Q.2D (BNA) 1705, (1998). <https://ipwatchdog.com/wp-content/uploads/2022/08/TTAB-opinion.pdf>
- Hetu, Jennifer M. – Reitz, Jukie E. "Intellectual Property Law: Disparaging, Immoral, and Scandalous Trademarks Just because You Can, Doesn't Mean You Should". *Michigan Bar Journal* 100 (2021), 22-25. https://www.honigman.com/media/publication/2469_Disparaging,%20Immoral,%20and%20Scandalous%20Trademarks,%20Michigan%20Bar%20Journal,%20Sept%202021.pdf
- Iancu v. Brunetti, 139 S.Ct. 2294, 2302 (2019). https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-302_e29g.pdf
- In re Fox, 702 F.3d 633, 638 (Fed.Cir. 2012). <https://casetext.com/case/in-re-fox-16>
- In re McGinley, 660 F.2d 481, 482 (C.C.P.A. 1981). <https://casetext.com/case/in-re-mcginley>
- In re Riverbank Canning Co. 95 F.2d 327, (C.C.P.A. 1938). <https://casetext.com/case/in-re-riverbank-canning-co>
- Janis, Mark D. *Trademark and Unfair Competition in a Nutshell*. St. Paul: West Academic Publishing, 2021.
- Kaya, İlknur. "İsviçre ve Fransız Hukuku Bakımından Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka Aykırı Markalar", *TBB Dergisi* 175 (2024), 393-422. <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2024-175-2234>
- LaFrance, Mary. *Understanding Trademark Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2020.

- Lee, Ilhyung. "Tam Through the Lens Of Brunetti: The Slants". *Emory Law Journal* 69 (2019), 2001-2017. <https://scholarlycommons.law.emory.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=elj-online>
- Lee, Jon J. "Racism and Trademark Abandonment". *The George Washington Law Review* 91 (2023), 932-1008. <https://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2023/09/91-Geo.-Wash.-L.-Rev.-932.pdf>
- Loza, Christina S. "Feature: Iancu v. Brunetti: Immoral and Scandalous Marks May Now Be Registered with the USPTO without Limitation". *Orange County Lawyer Magazine* 61 (2019), 31-38.
- Matal v. Tam, 582 U.S. 218, 247 (2017). https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1293_1o13.pdf
- Memişoğlu, Sami Özgür Memişoğlu. *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri: İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi*, 2018.
- Ochoa, Tyler T. vd. *Understanding Intellectual Property*. Durham: Carolina Academic Press, 2020.
- Pro Football, Inc. v. Harjo, 385 U.S. App. D.C. 417, 418, 565 F.3d 880 (2009). <https://casetext.com/case/pro-football-v-harjo>
- Pro-Football, Inc. v. Blackhorse, 112 F. Supp. 3d 439, 448 (E.D. Va. 2015). <https://casetext.com/case/pro-football-inc-v-blackhorse>
- Pro-Football, Inc. v. Blackhorse, 709 F. App'x 182, 184 (4th Cir. 2018). <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca4/15-1874/15-1874-2018-01-18.html>
- Ramsey, Lisa P. "Trademark Law Institute for Intellectual Property & Information Law Symposium: Free Speech Challenges to Trademark Law After Matal v. Tam". *Houston Law Review* 56 (2018), 401-470. <https://houstonlawreview.org/article/6779-free-speech-challenges-to-trademark-law-after-i-matal-v-tam-i>
- Roberts, Alexandra J. "Trademark Failure to Function". *Iowa Law Review* 104 (2019), 1977-2054. <https://ilr.law.uiowa.edu/sites/ilr.law.uiowa.edu/files/2022-10/Trademark%20Failure%20to%20Function.pdf>
- Schechter, Roger E. – Thomas, John R. *Principles of Trademark Law*. St. Paul: West Academic Publishing, 2021.
- SMK, Sınai Mülkiyet Kanunu (Kanun No. 6769), Resmi Gazete 29944 (10 Ocak 2017). Erişim 15 Temmuz 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6769&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
- Snow, Ned. "Immoral Trademarks after Brunetti". *Houston Law Review* 58 (2020), 401-451. <https://houstonlawreview.org/article/18017-immoral-trademarks-after-brunetti>
- Stephenson, Michael. "The Lanham Act's Immoral or Scandalous Provision: Down but not Out". *University of Pittsburgh Law Review* 82 (2021), 973-995. <https://lawreview.law.pitt.edu/ojs/lawreview/article/view/807>
- The Value House v. Phillips Mercantile Co., 523 F.2d 424, 429 (10th Cir. 1975). <https://casetext.com/case/value-house-v-phillips-mercantile-company>
- Thomas, Janet Shiffler. "Likelihood of Confusion Under the Lanham Act: A Question of Fact, a Question of Law, or Both?". *Kentucky Law Journal* 73 (1984), 234-253. <https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2033&context=klj>

- Trademark Trial and Appeal Board. No. 1,606,810 (02.04.1999). <https://ttab-reading-room.uspto.gov/efoia/efoia-ui/>
- Trademark Trial and Appeal Board. No. 87496454 (24.06.2021). <https://plus.lexis.com/>
- Trademark Trial and Appeal Board. No. 88308426, 88308434, 88308451, ve 88310900 (22.08.2022). <https://ipwatchdog.com/wp-content/uploads/2022/08/TTAB-opinion.pdf>
- Tsisis, Alexander. "Justice Breyer's Balanced Reasoning on Free Speech: A Comparative Analysis". *First Amendment Law Review* 21 (2023), 395-422. <https://journals.law.unc.edu/firstamendmentlawreview/wp-content/uploads/sites/8/2023/08/tsisis-piece-.pdf>
- TTAB, Trademark Trial and Appeal Board, In re Brunetti, 2022 TTAB LEXIS 297. <https://plus.lexis.com/>
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Kanun No. 2709), *Resmi Gazete* 17863 (9 Kasım 1982). Erişim 12. Temmuz 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
- United States Patent and Trademark Office, "Trademark Manual of Examining Procedure (TMPEP)", (Erişim Tarihi 15.06.2024), <https://tmep.uspto.gov/RDMS/TMEP/Apr2017>
- University of Notre Dame Du Lac v. J.C. Gourmet Food Imports Co., 703 F.2d 1372, 1375 (1983). <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/703/1372/12104/>
- Widmaier, Uli. "Use, Liability, and the Structure of Trademark Law". *Hofstra Law Review* 33 (2004), 602-709. <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2433&context=hlr>
- Yasaman, Hamdi vd. *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Yen, Alfred C. "Choosing the Consequences of Tam and Brunetti". *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property* 19 (2020), 396-406. <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ckjip>

Makale Bilgi Formu

Yazarın Katkıları: Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Telif Beyanı: Yazar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

Destek/Destekleyen Kuruluşlar: Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

Etik Onay ve Katılımcı Rızası: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.