

MARKANIN İNTERNET ORTAMINDA ELEŞTİRİ AMAÇLI KULLANIMI: ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 9 OCAK 2019 TARİHLİ NAİF ŞAŞMA KARARI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME

*The Use Of Trademark For Criticism on the Internet Environment: An
Evaluation in the Framework of the Constitutional Court's Naif Sasma
Decision, Dated January 9, 2019*

Dr. Hâkim Tamer SOYSAL*

Geliş Tarihi: 26.03.2019 Kabul Tarihi: 31.10.2019

ÖZET

Anayasa Mahkemesi, 9 Ocak 2019 tarihinde verdiği Karar'da, bir kargo firmasına ait ticari markanın alan adında "mağdurları" ifadesi ile birlikte yer almasını, ifade özgürlüğü hakları kapsamında kullanım olarak nitelendirmemiş ve kullanımın markadan doğan ticari itibar haklarını zedeleyici olduğunu belirtmiştir. İnternet ortamında bu tür kullanımın en bariz örneği, markanın internet alan adında yer alması suretiyle kullanılmasıdır. Bu tür kullanımlar, internet alan adlarına ilişkin uyuşmazlıkların yoğun olarak görüldüğü ABD'de ve WIPO Uyuşmazlık Çözüm mekanizmaları kapsamında genel olarak ifade özgürlüğü hakları ile bağlantılı olarak yorumlanmaktadır. Makalemizde, konuya ilişkin teknik ve teorik bilgiler verildikten sonra, WIPO Panelleri ve ABD mahkemelerince verilen kararlar ışığında Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirilmesi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Marka, Tanınmış marka, ifade Özgürlüğü, İnternet Alan Adları, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO), UDRP Kuralları, ACPA Kuralları.

ABSTRACT

The Constitutional Court of Turkey in its decision dated January 9, 2019, stated that the using of the trademark of a cargo company, together with the the word 'victims' in the internet domain name, didn't consider within the scope of the freedom of expression and that the use of the trademark harmed the commercial reputation of the trademark. The most distinct example of this kind of use on the Internet is the use of the trademarks in the domain names. Such uses are interpreted in the United States and the WIPO Dispute Resolution mechanisms, where conflicts concerning Internet domain names are commonly seen, in general, in relation to freedom of expression rights. In our article, after giving the technical and theoretical information about the issue, the decision of the Constitutional Court will be evaluated in the light of the decisions made by the WIPO Panels and US courts.

Keywords: Trademark, Well-known trademark, Freedom of Expression, Internet Domain Names, World Intellectual Property Organisation (WIPO), UDRP Rules, ACPA Rules.

* Adalet Bakanlığı, tamer.soysal@adalet.gov.tr, ORCID ID: 0000-0001-6763-5041

GİRİŞ

1972 yılının Ekim ayında Washington'da Hilton Otelinde yapılan "Birinci Uluslararası Bilgisayar İletişim Konferansı"nda¹ "federal bir araştırma etkinliği" olarak tanıtılan İnternet, 1994 yılında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Ulusal Bilim Kurumu'nun,² internetin ticari olarak kullanımına izin vermesi ile yeni bir evreye girmiş, insanların yaşamlarını değiştiren ve dönüştüren bir iletişim platformu halini almıştır. İnternetin yepyeni ve etkili bir iletişim platformu halini almasından sonra bireyler ve firmalar da bu yeni iletişim platformunun olanaklarından faydalanmaya çalışmışlardır. Firmalar, bir yandan internetin ortaya çıkardığı yeni fırsatları değerlendirmeye çalışmakta, öte yandan da kendilerini bu yeni ortamda alan adları almak suretiyle temsil ettirmeye çalışmaktadır. Daima çok taraflı bir süreç olan iletişimin öteki tarafında yer alan bireyler/gruplar ise bu yeni iletişim ortamını ifade özgürlüğü haklarını kullanabilecekleri bir ortam olarak anlamlandırmaktadır. Hiç şüphesiz hukukun en önemli fonksiyonu da, gelişmeleri takip ederek yeni oluşan bu çatışma alanlarına çözüm getirebilmektir. En önemli temel hak ve özgürlük kategorilerden biri olan ifade özgürlüğü hakları ile markaların internet ortamında karşı karşıya gelmeleri de bu neviden çatışma alanlarından birini oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 20 Mart 2019 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan kararı ile Türk hukukunda fazlaca tartışılmayan markaların internet ortamında eleştiri hakkı kapsamında kullanımını değerlendirmek daha gerekli ve mümkün bir hal almıştır.

I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 9 OCAK 2019 TARİHLİ NAİF ŞAŞMA KARARI³

A. KARAR'A ESAS İLK DERECE MAHKEMESİ VE YARGITAY KARARI

Anayasa Mahkemesi kararına konu bireysel başvuruyu, Nafi Şaşmaz isimli avukat yapmıştır. Başvurucu, '.....kargomagdurlari.com' alan adının sahibi kişidir. Davacı marka sahibi, marka hakkının ihlali ve haksız rekabet hükümlerine dayanarak internet sitesi sahibine dava açmıştır. Davalı, Yurtiçi Kargo firmasından ayrılan bazı çalışanların davalarına bakmıştır ve çalışanların düşünceleri ile konuyla ilgili diğer eleştiri ve görüşleri yayınlamak üzere '..... kargomagdurlari.com' internet sitesini oluşturmuştur. Davacı Şirket, "Yurtiçi Kargo" adının tescilli markaları olduğunu, davalının eylemleri nedeniyle marka

¹ International Conference on Computer Communication, Washington, October 1972. Bu konferanslar, daha sonra belirli aralıklarla yapılmaya başlamıştır. Bkz. <http://www.iccn.org/iccn07/index.html>

² United States, National Science Foundation, <https://www.nsf.gov/>

³ Anayasa Mahkemesi Kararı, İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2015/3782, Karar Tarihi: 9.1.2019, Resmi Gazete: 20 Mart 2019, 30720. Karar'a internet üzerinden ulaşmak için bkz. Anayasa Mahkemesi, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/3782>

haklarının zarar gördüğünü, eylemin 556 sayılı KHK'nın 5833 sayılı Kanun⁴ ile değiştirilen 9/2-e maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 2 Temmuz 2013 tarihinde verdiği Karar'da,⁵ internet alan adının tescili ve kullanımının Avukatlık görevi kapsamında olmadığını, internet sitesinin ticari amaç taşımaması ve ticari etki doğurmaması ayrıca markasal kullanım bulunmadığı nedeniyle kararın 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 55/1-a-(1) maddesi uyarınca haksız rekabet hükümlerine göre verildiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre ticari kullanım bulunmasa bile "..... kargo mağdurları" ifadesinin davacının markası üzerinde negatif bir çağrışım oluşturduğunu, alan adı kullanımının davacıyı küçük düşüreceği ve ticari itibarını zedeleyeceğini, markasal kullanım olmadığı için 556 sayılı KHK'nın uygulanamayacağını ancak 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin 55/1/a-1 maddesinin⁶ ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca 6102 sayılı Kanun'un 56/1-d ve 56/1-e maddeleri uyarınca 1.000 TL. maddi ve 1.000 TL. manevi tazminata hükmetmiştir. Verilen Karar, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından 17 Mart 2014 tarihinde onanmıştır.⁷

B. ANAYASA MAHKEMESİNE YAPILAN BAŞVURU VE İDDİALAR

Başvurucu Avukat, Yargıtay kararının kesinleşmesinin ve 19 Ocak 2015 tarihinde kendisine tebliğinin ardından 18 Şubat 2015 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Bireysel başvurular, iç hukuk yollarına ilişkin başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemiş ise ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren "otuz gün" içinde yapılmalıdır (AYM İçtüzüğü, m. 64/1).⁸ Dolayısıyla başvurucu bireysel başvuru yoluna süresi içinde başvurmuştur.

Başvurucu iddiasında bireysel başvuruya konu mahkeme kararında, kendisinin ticari bir faaliyet içinde olmadığı tespiti yapılmasına rağmen alan

⁴ 5833 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 21.01.2009, Resmi Gazete: 28.01.2009, 27124.

⁵ İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 02.07.2013, 2012/137 Esas, 2013/117 Karar.

⁶ 6102 sayılı Ticaret Kanunu söz konusu bendi şu şekildedir: "Aşağıda sayılan haller haksız rekabet hallerinin başlıcalarıdır: a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle; 1. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötölemek" (m. 55/1/a-1).

⁷ Yargıtay 11. HD., 17.03.2014, 2013/15738 Esas, 2014/5119 Karar.

⁸ İçtüzüğün 64/1 maddesi 5 Mart 2014'te değiştirilmiştir. Söz konusu fıkra değiştirilmeden önce şu şekildeydi: "Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.". Söz konusu değişiklik ile "ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten" ibaresi çıkarılmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair İçTüzük, Resmi Gazete; 5 Mart 2014, 28932.

adında davacı markası ile birlikte "mağdurları" ibaresini kullanması nedeniyle olaya haksız rekabet hükümlerinin uygulandığını, oysa kendisinin davacı kargo şirketinin mağdur ettiği kişiler adına iş mahkemelerinde muvazaa temelli davalar açtığını, bu davaların çoğunluğunun mahkemelerce kabul edildiğini, gerçekten mağduriyet yaşayan insanlar var olmasının kurulan internet sitesini gereksiz, incitici ve haksız olmaktan çıkardığını iddia etmiştir. Başvuru kendisi hakkında 1.000 TL. maddi, 1.000 TL manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin de, açmış olduğu internet sitesi nedeniyle davacının herhangi bir maddi hakkına tecavüz edilmediğini, ticari anlamda salt zarara uğraması kastıyla hareket edilmediğini, anayasal ilkeler doğrultusunda anayasal haklarının kullanılmasından öte bir amaç taşımadığını belirtmiş ve Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesi, haberleşme hürriyetinin, düşünce ve kanaat hürriyetinin, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

C. ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

1. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ORGANLARI VE İNCELEME USULLERİNE İLİŞKİN KISA BİLGİ

3 Nisan 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun⁹ ile Anayasa Mahkemesi'nin yapısı değiştirilmiştir. Konuya ilişkin ayrıntılar, Anayasa Mahkemesi'nin iç düzen ve işleyişine ilişkin Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde¹⁰ düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, 6216 sayılı Kanun'un 5 inci maddesine dayanarak hazırlanmış ve 12 Temmuz 2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Anayasa Mahkemesi teşkilatı; Başkanlık, Genel Kurul, bölümler, komisyonlar, Genel Sekreterlik ve idari birimlerden oluşur (6216 sayılı Kanun, m. 20). Komisyonlar, bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapmak üzere iki Anayasa Mahkemesi üyesinden oluşturulan kurulları ifade eder (6216 sayılı Kanun, m. 2/1-g, AYM İçtüzüğü, m. 3/1-p). Komisyonlar, Bölümlere bağlı olarak görev yapmak üzere, bölüm başına üçer Komisyon şeklinde oluşturulmuştur. Komisyonlara kıdemli üye başkanlık eder (AYM İçtüzüğü, m. 32/1).

Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlar tarafından yapılır. Kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına oybirliği ile karar verilen başvurular hakkında, kabul edilemezlik kararı verilir. Kabul edilemezlik kararları kesindir (6216 sayılı Kanun, m. 48/3, 48/4). Oy birliği sağlanamayan dosyalar

⁹ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 30.03.2011, Resmi Gazete: 03.04.2011, 27894.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, Resmi Gazete: 12.07.2012, 28351.

ise bölümlere havale edilir (6216 sayılı Kanun, 48/3). Ayrıca komisyonlar, işin esas incelemesi ile birlikte kabul edilebilirlik incelemesini karara bağlama hususunu da bölümlere sevk edebilirler (6216 sayılı Kanun, 48/3, AYM İktüzüğü, m. 3/1-ğ, 28/1-b).

Bölümler, bireysel başvuruları incelemek üzere oluşturulan bir başkanvekili başkanlığında altışar¹¹ üyesi olan kurulları ifade eder (6216 sayılı Kanun, 2/-ç). İki adet bölüm bulunur. Bölümler, bir başkanvekilinin başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır (6216 sayılı Kanun, m. 22/1). Kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesi ile komisyonlarca kabul edilebilirliği karara bağlanamamış başvuruların kabul edilebilirlik ve esas yönünden incelenmesi, bölümler tarafından yapılır (AYM İktüzüğü, m. 28/1-b).

Bireysel başvuruların kabul edilebilirliğine karar verilmesi halinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı, gerekli gördüğü hallerde, görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir (6216 sayılı Kanun, m. 49/2). Somut uyuşmazlıkta Anayasa Mahkemesi kabul edilemezlik kararı verdiğinden, Adalet Bakanlığı'ndan görüş alınmamıştır.

2. ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Komisyonu, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar vermiş ve dosyayı kabul edilebilirlik hususunda karar vermeden Bölüm'e göndermiştir.

Anayasa Mahkemesi, başvurunun bir bütün halinde Anayasa'nın "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti" başlıklı 26 ncı maddesi kapsamında incelenmesine karar vermiştir. Mahkeme bu incelemeyi öncelikle başvurunun ifade özgürlüğü haklarına müdahalenin bulunup bulunmadığı ve müdahale bulunmaktaysa müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı yönünde yapmıştır (Naif Şaşma Kararı, par. 15 ve 16).

Mahkemeye göre ilk derece mahkemesi kararıyla başvurunun kurduğu internet sitesine erişimin engellenmesine ve başvurucu aleyhine maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir. Dolayısıyla başvurunun ifade özgürlüğü haklarına bir müdahalenin varlığından bahsedilebilir (Naif Şaşma Kararı, par. 17).

Müdahalenin ihlal niteliğinde olup olmadığı değerlendirilirken yasallık, meşru amaç ve demokratik toplum gereklerine uygunluk açısından ayrı ayrı inceleme yapılmıştır. İlk derece mahkemesi kararını, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 55 inci maddesine dayandırmıştır, dolayısıyla yasallık unsuru oluşmuştur. İkinci olarak bu müdahale başkalarının şöhret ve haklarının

¹¹ Daha önce Bölümler'in yedişer üyesi bulunmaktayken, 6 kasım 2018 tarih ve 30587 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İktüzük değişikliği ile Bölümler'in üye sayısı "Bölüm Başkanı ve altı üye" olarak değiştirilmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi İktüzüğünün Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair İktüzük, Resmi Gazete, 06.11.2018, 30587.

korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olarak yapılmıştır. Bu nedenle meşru amaç bulunmaktadır (Naif Şaşma Kararı, par. 20 ve 21).

Müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk incelemesi daha ayrıntılı olarak yapılmıştır. Öncelikle Mahkeme, "çoğunluğa muhalif olanlar da dahil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları ve bu çabaların hoşgörüle karşılanması çoğulcu demokratik düzeninin gereklerindedir." şeklinde görüşünü belirtmiş ve düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün demokrasinin işleyişi açısından yaşamsal önemde olduğunu vurgulamıştır (Naif Şaşma Kararı, par. 22).

Müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması için 'zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması' ve 'orantılı' olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi ardından 'ticari itibar'ın Anayasa'nın 35 inci maddesi anlamında mülkiyet hakkı kapsamında 'mülk' teşkil ettiği hususunda tereddüt bulunmadığını ifade etmiştir. Devletlerin, mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri bulunduğu, sadece devlet tarafından değil, özel hukuk kişileri tarafından mülkiyete yapılan müdahalelerin korunması zorunluluğu bulunduğu belirtilmiştir. Mülkiyet hakkına üçüncü kişiler tarafından müdahalede bulunulması durumunda, bu müdahalenin malik üzerinde doğurduğu olumsuz sonuçların mümkünse eski hale döndürülmesini, mümkün değilse malikin zarar ve kayıplarının telafi edilmesini sağlayan idari ve yargısal birtakım hukuki mekanizmaların oluşturulmasının da devletlerin pozitif yükümlülüğü kapsamında olduğu belirtilmiştir (Naif Şaşma Kararı, par. 27).

Sayılan bu ilkeleri karara uygulayan Mahkeme, öncelikle verilen kararın başvuruya konu internet sitesinin içeriği ile ilgili olmadığını ve sadece davacı şirkete ait markanın anılan internet sitesinin alan adında kullanılmasıyla ilgili olduğu ve değerlendirmelerin bununla sınırlı yapıldığını belirtmiştir (Naif Şaşma Kararı, par. 29).

Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu müdahale ile devletin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri bağlamında, davacı şirketin ticari itibarının korunmasının amaçlandığının gözönünde bulundurduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını internet alan adında geçen "..kargomagdurlari" ibaresinin davacı şirket yönünden toplumda negatif bir çağrışım meydana getirdiği, bu alan adının kullanımının davacıyı küçük düşürdüğü ve ticari itibarını zedelediği gerekçesine dayandığını vurgulamıştır. Bu bağlamda ilk derece mahkemesinin kararında müdahalenin toplumsal bir ihtiyaç baskısına karşılık geldiği hususundaki ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterildiği belirtilmiştir (Naif Şaşma Kararı, par. 31). Bu bağlamda ilk derece mahkemesinin kararını orantılı ve müdahaleyi demokratik toplum

düzeninin gereklerine uygun olduğu sonucuna varan Anayasa Mahkemesi, başvurunun ifade özgürlüğü haklarına ilişkin ihlal bulunmadığının 'açık' olduğunu belirterek, başvuruyu 'açıkça dayanaktan yoksun' olması nedeniyle 'kabul edilemez' bulmuştur (Naif Şaşma Kararı, par. 33).

D. KARŞI OY YAZISI

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü tarafından verilen Karar'a bir üye¹² katılmamış ve karşı oy yazısı yazmıştır.

Karşı oy yazısına göre ifade özgürlüğü yalnızca bilgilerin içeriğini değil bu bilgilerin dağıtım araçlarını da kapsadığından internet sitelerine veya bunlarda yer alan bilgilere erişimin engellenmesi bilgi alma ve verme özgürlüğü kapsamında kalmaktadır. Günümüzde internet, başta ifade özgürlüğü olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahiptir. Somut başvuruda ilgili internet sitesine erişimin engellenmesi nedeniyle başvurunun müdahale edilen ifade özgürlüğü ile bahsi geçen şirketin ticari itibardan kaynaklanan mülkiyet hakkı arasında bir çatışma olduğundan bu iki hak arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının incelenmesi gerekmektedir. Karşı oy yazısına göre bu denge incelemesi yapılırken, ihlale konu olan internet sitesinin içeriğinde yer alan bilgilerin gerçekliği, bunların sunuluş şekli ve kim veya kimler tarafından sunulduğu, içerikteki bilgilerin kamusal yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, eleştiriye uğrayanın kim olduğu ve neden eleştirildiği gibi ölçütler göz önünde bulundurulmalıdır (Naif Şaşma Kararı, Karşı Oy Yazısı, par. 11).

Bir şirketin ekonomik bir malvarlığı değeri kapsamında kalan ticari itibarın maddi anlamda mülkiyet, manevi anlamda ise şeref ve saygınlık yönü bulunduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte bilirkişi raporundan internet sitesinin şirket tarafından işten çıkarılan çalışanların bu durumu protesto etmek için gerçekleştirdiği çeşitli etkinlik ve eylemlerle ilgili haber, fotoğraf, video ve yorumlar için kullanıldığı, sitede mal ve hizmet sunumu yapılmadığı, ticari bir amaç taşınmadığının anlaşıldığı belirtilmiştir (Naif Şaşma Kararı, Karşı Oy Yazısı, par. 14). İnternet sitesinde, ilgili şirketin faaliyetlerine ilişkin olarak yanıltıcı, gereksiz yere incitici veya tamamen yanlış ve uydurma bilgiler yer almamaktadır. Sitede, şirket aleyhine dava açan kişilerin durumlarını anlatan bilgiler yer almaktadır. Burada amaç, davacıyı kötülemekten ziyade uğranılan ve haksız olduğu düşünülen, şirket davranışlarını ifade özgürlüğü çerçevesinde dile getirmek, eleştirmek ve kamuoyuna aktarmak olarak yorumlanmıştır. Bu nedenle ilgili şirket çalışanlarının mağdur edildiklerini düşünen ve bu konuda yargıya başvurarak mağduriyetlerinin giderilmesini talep eden bazı eski şirket

¹² Karşı oy yazısını yazan Anayasa Mahkemesi Üyesi Engin Yıldırım'dır. Bu bölümde belirtilen ifadeler sayın Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısından alınmıştır.

çalışanlarının şirkete karşı gerçekleştirdikleri bu eylem, 'haksız rekabet' değil, eski çalışanların 'ifade özgürlüğü' çerçevesinde değerlendirilmelidir. İnternet sitesinin adında yer alan "mağdurları" ibaresi şirketin bazı eski çalışanlarının, şirketle yaşadıkları iş ilişkisinden kaynaklanan sorunları kendi bakış açılarına göre ifade etme ve yorumlama biçimidir. Bu kişiler kendilerinin şirket tarafından mağdur edildiğini düşünmektedirler. İnternet sitesi kuran ve kullanan kişilerin ilgili şirketin mağdur edilmesi veya zarara uğratılmasından ziyade, kendilerine göre mağduriyetlerini ve bundan kaynaklanan deneyimlerini kendi aralarında paylaşmak ve bu konuda kamuoyunu bilgilendirmek amacı taşıdıkları düşünülmelidir (Naif Şaşma Kararı, Karşı Oy Yazısı, par. 15). İnternet alan adında "mağdurlar" ibaresinin kullanılması, başvuruçunun müvekkillerinin durumlarına kamuoyunun dikkatini çekmek için 'çarpıcı' ama biraz abartılı ve dramatik bir yol olarak görülebilir. Mağdur edildiklerini, haksızlığa uğradıklarını düşünen insanların kurduğu bir internet sitesinin isminde bu mağduriyete neden olduğunu düşündükleri tüzel kişiliğin adıyla beraber "mağdurları" ibaresinin olması düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamındadır (Naif Şaşma Kararı, Karşı Oy Yazısı, par. 19).

Karşı oy yazısında, Derece Mahkemesi'ne sunulan dilekçede yer alan bilgilere göre başvuruya konu internet sitesini ziyaret istatistiklerine de yer verilmiştir. Sitenin kurulduğu tarihten, engelleme kararı verildiği tarihe kadar 43.000 kişi siteyi ziyaret etmiştir. Karşı oy görüşüne göre bu ziyaretçi trafiği internet sitesinin isminin kamuoyunun dikkatini çekmede etkili olduğunun bir göstergesi olarak değerlendirilebilir. Bu sayede, şirket tarafından mağdur edildiklerini düşünen kişiler seslerini kamuoyuna duyurabilmişlerdir. Yurttaşların, bir uyuşmazlıkta seslerini duyurabilmeleri, kendi görüşlerini kamuoyuna aktarabilmeleri demokratik toplum düzeninin oluşması ve sürdürülmesinde hayati bir öneme sahiptir. Şirketlerin davranışları her zaman olmasa da genelde kamusal bir öneme sahiptir. Kamuoyunun dikkatini çeken, yurttaşların refahını, düşüncelerini etkileyen bir konuda onların düşüncelerini caydırıcı bir etkiyle karşılaşmadan ifade etmesi ve paylaşmasında kamusal bir çıkar olduğu açıktır (Naif Şaşma Kararı, Karşı Oy Yazısı, par. 17 ve 18).

Karşı oy yazısında şirketlerin ticari itibarlarının korunması ile şirketlerin eleştirilmesi arasında kurulacak dengeye de dikkat çekilmiştir. Buna göre ticari itibarın korunması amacıyla yapılan müdahaleler ifade özgürlüğünü kullanılamaz hale getirmemelidir. Ticari itibarın özel bir çıkar işlevi baskın gelirken ifade özgürlüğü kamusal yanısıra ağır basan bir çıkardır. Şirket aleyhine olan, onu eleştiren olguya dayalı ifadeler kamu yararına olan tartışmalarla ilgilidir. Kamuyu ilgilendiren konularda en geniş ve farklı kaynaklara dayanan bilgiye ulaşma imkânına sahip olmak yurttaşların en doğal hakkıdır. Bir anonim şirket biçiminde tüzel kişilik olarak kamusal alanda var olmayı kabul eden şirketlerinin faaliyetlerinin kamusal tartışma konusu olması neredeyse kaçınılmazdır (Naif

Şaşma Kararı, Karşı Oy Yazısı, par. 20). Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin Başlangıç Kısmında "...her birey ve toplumun her organı"na Bildirgedeki hak ve özgürlüklere saygının yerleşmesi için çaba göstermeleri çağrısında bulunulmuştur, Şirketler de Bildirgede ifade edilen "toplumun her organı" ibaresinin bir parçası olarak görülmelidir.

Karşı oy yazısında internet alan adında kullanılan ve Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde "haksızlığa uğramış kimse, kıygın" anlamı bulunan mağdur kelimesi ile şirket markasının yan yana kullanılmasının, şirket açısından toplumda olumsuz çağrışımlar yaptığı kabul edilmekle birlikte, şirketin kendisi ile ilgili açıklamalar ve bilgilendirilmeleri dışında şirketle ilgili açık iftira, itham ve karalama taşımayan değerlendirme ve bilgilendirmelerin toplumun değişik kesimlerince yapılması ve bunların paylaşılması demokrasinin gereği olarak nitelendirilmiştir. Düşünce ve ifade özgürlüğü ilke olarak bilgi akışının sınırlanmamasını, tek kaynaktan dağıtılmasını değil, genişletilmesini ve çeşitlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Sonuç olarak internet sitesine erişimin engellenmesi ilgili tedbirin, şirketin ticari itibarından kaynaklanan mülkiyet hakkının korunması için demokratik bir toplumda gerekli bir tedbire denk düşmemektedir. Davacı şirketin mülkiyet hakkının korunması amacıyla başvuruçunun adına tescilli internet sitesine erişimin süresiz olarak engellenmesi bu amaca ulaşmak için elverişli bir araç olmakla birlikte kullanılabilir en son çare ve alınabilecek en hafif önlem niteliğinde değildir. Gerekli olmayan bir araçla başvuruçunun ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahalede bulunulmuştur.

Karşı oy görüşü başvuruçunun '....kargomagdurlari.com' alan adıyla kullandığı web sitesine erişimin süresiz olarak engellenmesi şeklinde verilen derece mahkemesi kararıyla başvuruçunun ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiği şeklindedir.

II. MARKALAR VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKLARI

A. MARKA: KAVRAM VE FONKSİYONLARI

Markalar, genel olarak hükümet tarafından tevdi edilen tekelleri haklara dayanan telif ve patent haklarından farklı olarak tekelleri haklar olarak nitelendirilmeyen ancak kullanım veya tescil ile sahibine kullanma hakkı veren ayırt edici ad ve işaretlerden kabul edilir.¹³ Genel olarak ticari marka, belirli bir işletmenin mal ve hizmetlerini ayırt edilebilir hale getiren ve bunları rakiplerinin mallarından ayıran herhangi bir işaret olarak tanımlanır.¹⁴ Bu tanım aynı zamanda

¹³ Dima Basma, The Nature, Scope and Limits of Modern Trademark Protection: A Luxury Fashion Industry Perspective, A Thesis submitted to the University of Manchester for the Degree of Doctor of Philosophy in the Faculty of Humanities, February, 2016., s. 67.

¹⁴ A WIPO Training Manual, Introduction to Trademark Law and Practice, The Basic Concepts, February 1993., s. 9. (WIPO, Trademark Law and Practice)

markanın birbiriyle iç içe geçmiş iki fonksiyonunu içerir. Bir işletme, mal veya hizmetlerini 'ayırt edilebilir hale dönüştürmek (individualizes)' için ürünün menşesine işaret etmelidir. Geleneksel anlamda marka, kullanıldığı mal veya hizmetin “menşeyini/kaynağını (source)”, o mal veya hizmetin kimden, hangi işletmeden geldiğini gösterir. Bu fonksiyon, tüketicinin ürünün kim tarafından üretildiğini bilmesi veya ürünün üretildiği fabrikanın nerede olduğunu bilmesini gerektirmez. Bu fonksiyon ile tüketicilerin malın kaynağına ilişkin güven duymalarının temin edilmesi yeterli kabul edilir.¹⁵ Markanın, kaynak belirtme işlevi, markalı ürünün diğerlerinden ayırt edilebilmesini gerektirir. Bu durum, markanın kaynak belirtme ve ayırt etme işlevlerinin birbiriyle iç içe geçmiş olduğunu gösterir.

Genel olarak markaların bu iki fonksiyonu dışında, güven işlevi (kalite ve garanti) ile reklam ve tanıtma fonksiyonlarının da bulunduğu ve bu fonksiyonların da korunması gereği kabul edilmektedir.¹⁶ Tüketiciler, pazar araştırmasında kararlarını verirken, markadan ürün ve hizmete yönelik olarak bekledikleri güveni de temin etmesini beklerler. Özellikle markanın, tüketici zihninde oluşturduğu güven ve imgenin (imajın) yitirilmemesi, markanın korunması açısından önem taşır.

Modern dönemde markaların alışılmış bu fonksiyonları ile birlikte yatırım ve iletişim fonksiyonları da bulunduğu belirtilmektedir.¹⁷ İletişim fonksiyonu işlevini yerine getirmek için daha çok reklam ve yatırım fonksiyonları kullanılmaktadır. Marka, iletişim fonksiyonu ile reklamcılara kendi mesajlarını tüketicilere taşımasına izin verir. Bu mesajlar kimi zaman markanın ilgili olduğu mal ve hizmetleri aşan ve daha çok 'brand'¹⁸ olarak ifade edilen işletmenin genel markası ile tüketiciler arasında bağlantı kuran ve düşünce aktaran bir şekle dönüşür. Bu şekilde işletmenin ve markanın genel algısının ve güvenilirliğinin artırılması amaçlanır.¹⁹

Uygulamada bir ticari marka iletişim fonksiyonunu yerine getirirken ürünün öne çıkan niteliklerini alıcının zihnine getirmeye çalışır. Ardından markanın imajı ve kurumsal yanı ile kamu arasında bağlantı kurmaya çalışır.²⁰

¹⁵ WIPO Trademark Law and Practice, s. 10.

¹⁶ Tamer Soysal, İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law), Adalet Yayınevi, Eylül 2014., s. 733 vd. (Soysal, Domain Name Law)

¹⁷ Basma, 137.

¹⁸ Brand, genel olarak ticari markanın ilgili olduğu ürünleri üreten işletmeyle veya işletmenin ürün yelpazeleri için kullandığı genel ad ile ilgili bir fikri, cümleyi, pek çok değer ve vasfı özetleyen bir semboldür. Bu manada 'brand' ticari markalara göre daha geniş bir anlam içermektedir. Pek çok durumda 'brand' ile 'ticari marka (trademark)' aynı olmasına rağmen; ticari marka marka hukuku içinde yasal bir terim iken, 'brand' daha çok işletmenin pazarlama, imaj, itibar ve goodwill gibi varlıklarına ilişkin bir kavramdır. Bkz. Basma, s. 79-80.

¹⁹ Basma, 149.

²⁰ Basma, s. 147.

Bu işlev, tek taraflı ve çok taraflı diyalog modeline benzetilmiştir.²¹ Markaların genel olarak tek taraflı (monolog) iletişim modelini yerine getirdiği ifade edilmiştir. Monolog iletişim modelinde monolog komuta etmeye, zorlamaya, manipüle etmeye, kazanmaya, göz kamaştırmaya, aldatmaya ya da kullanmaya çalışır. Bu iletişim modelinde mesaj alıcının ihtiyaçlarından çok, iletişimcinin mesajına odaklanır. İletişimci tarafından benimsenen temel değerler, hedefler ve politikalar esas alınır, alıcıların uygulamak istedikleri dikkate alınmaz. Geri bildirimler sadece iletişimcinin amacı doğrultusunda kullanılır. Alıcıdan doğru bir cevap beklenmez veya engellenme yoluna gidilir. Bu tür bir iletişim modelinde, markalar için de, kazançlarını maksimize etme yolları tümüyle açıktır. Buna karşılık diyaloga dayalı iletişim modeli daha çok ifade özgürlüğü ile bağlantıdır ve çoğu zaman saldırgan, incitici veya doğru olmayan tarzda gerçekleşebilir. İfadeler, daima devam eden bir sosyal sürecin parçası olarak nitelendirilir. Markaların, reklamlar aracılığıyla bu tek taraflı iletişim modelini kullanarak alıcıları ürünü almaya iknaya çalıştığı vurgulanır. Markaların bu güçlü iletişim modelinin 1980'lerden sonra başladığı ve özel sektörün büyüyerek kamunun küçüldüğü bir zaman diliminde ortaya çıkan büyük şirketlerin, kârlarını düşürecek hiçbir düşüncüyü kabul etmeyen bir yapıya büründüğü ifade edilmektedir. Böylesi bir ortamda, büyük şirketleri eleştirmenin en kolay yolu da onlarla ilgili fikirlerin markaları üzerinden dile getirilmesidir. Buna karşılık marka sahipleri de, hukukun enstrümanlarını kullanmak suretiyle bu eleştirileri devre dışı bıraktırmaya, engellemeye çalışmaktadırlar.²²

B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKLARINA BAKIŞ

1. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ UYGULAMASI

Birleşik Devletler'de, 1787 tarihli Kuruluş Bildirgesi'ne, 1791 yılında dahil edilen Birinci Ek Madde (first amendment) çerçevesinde, güçlü bir ifade özgürlüğü (freedom of express) geleneği ve uygulaması olduğu söylenebilir.

Birleşik Devletler Anayasası'nın Ek Birinci Maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:²³

“Kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükunet içinde toplanma ve şikayete neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten

²¹ Wolfgang Sakulin, Trademark protection and freedom of expression: an inquiry into the conflict between trademark rights and freedom of expression under European, German, and Dutch law, University of Amsterdam, UvA-DARE, Digital Academic Repository, https://pure.uva.nl/ws/files/1515251/75299_06.pdf, s. 5.

²² Sakulin, s. 6.

²³ ABD Anayasasının Türkçe tercümesi için bkz. <http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf> (Son Erişim Tarihi: 23.03.2019).

talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapmayacaktır".²⁴

İfade özgürlüğünün korunması ölçütü olarak uygulanan üç önemli yaklaşım bulunmaktadır:²⁵ Fikirlerin pazar yeri yaklaşımı (theory of marketplace of ideas), insan onuru ve kendini gerçekleştirme yaklaşımı (theory of human dignity and self-fulfillment) ve demokratik yönetim yaklaşımı (theory of democratic self-governance).

Bu ilkelere göre,²⁶ düşüncenin açıklanması, çok yakın bir gelecekte ortaya çıkması gereken kanunsuz bir fiilin (imminent lawless action) gerçekleştirilmesini tahrik (incite) etmedikçe ya da bu fiilin gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik veya buna elverişli olmadıkça müeyyide altına alınamayacaktır.²⁷

Fikirlerin pazar yeri kuramına göre, hakikate ancak fikirlerin serbestçe ifade edildiği ve birbiri ile rekabet ettiği özgür bir ortamda ulaşılabilecektir. Devletin bu sürece müdahale etmesi, toplumların gelişimini önemli ölçüde engelleyecektir. Eğer devlet, ifadenin serbest dolaşımını engellerse, toplumun doğrulara ulaşmasını de engellemiş olacaktır.²⁸

Mahkemeler, bir yasanın ya da davranışın ifade özgürlüğünü sınırlandırdığını tespit ettikten sonra, ikinci aşamada Ek Birinci Madde anlamında, ifade özgürlüğü dışında kabul edilen alanlara dahil olup olmadığını inceleyecektir. Ek Birinci maddenin kapsamına ifade açıklamaları, konuşma, basın, dernek kurma ve dilekçe hakkı girmektedir. İfade açıklamaları içinde yer alan tahrik, teşvik ve kışkırtma eylemleri (advocacy and incitements), bölücü ve yıkıcı propaganda (seditious speech), toplumda infial uyandıracak nefret içerikli konuşmalar (fighting words), gruplara toplu hakaret (group libel), sırların ifşası gibi suçlar girmekte, bununla birlikte bu hakların sınırsız ve mutlak olmadığı da kabul edilmektedir.

Ticari ifadelere ilişkin olarak, yanıltıcı ve aldatıcı ya da yasadışı herhangi bir faaliyete özendirici nitelikteki ifadelerin kamusal makamlar tarafından sınırlandırılabilmesi ilkesel olarak kabul edilmektedir.²⁹ Bu yüzden ticari

²⁴ "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free speech exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress grievances".

²⁵ Dale Carpenter, Theories of Free Speech Protection, 2012, <http://uscivilliberties.org/themes/4585-theories-of-free-speech-protection.html> (Son Erişim Tarihi: 31.03.2019)

²⁶ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S., 444, 447, (1969).

²⁷ Carpenter, agm.; Öykü Didem Aydın, Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı, Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (2), 2011 (s. 26-63), s. 30.

²⁸ Şule Özsoy, Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar, TBB Dergisi, S. 56, 2005 (s. 29-47), s. 31.

²⁹ In re Primus R.M.J., 455 U.S. 191 (1982); Pittsburgh Press Co. v. Human Relations Commission, 413 U.S. 376 (1973). Buna karşılık Yüksek Mahkeme, avukatlara uygulanan

faaliyetlere ilişkin yapılan reklamların, ifade özgürlüğü hakkının düzenleme alanı dışında kaldığı ya da siyasal ifadelere göre daha dar bir korumaya sahip olduğu söylenebilir.³⁰

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ UYGULAMASI

İngiliz filozof John Stuart Mill (1806-1873), 1859 yılında yazdığı 'Özgürlük Üstüne (On Liberty)' isimli eserinde "Bir düşüncenin ona her türlü itiraz olanağı varken çürütülememiş olmasından dolayı doğru olduğunu farzetmekle, bu düşüncenin çürütülmesine izin verilmemek suretiyle onun doğruluğunu kabul etmek arasında önemli bir fark bulunduğunu" belirtmektedir.³¹ Günümüzde demokratik sistemlerin temelini oluşturan temel hak ve özgürlüklerin en önemli kısmını ifade özgürlüğü hakları oluşturmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) giriş kısmında geçen etkili bir demokrasi ve insan haklarına saygılı olma prensibi çerçevesinde ifade özgürlüğü, yalnızca kendi içinde önemli bir hak olmakla kalmaz, aynı zamanda AİHS kapsamındaki diğer hakların korunmasında merkezi bir rol oynar.³² İfade özgürlüğü ile diğer hakların çatışması halinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, demokratik bir toplum için vazgeçilemez nitelikteki³³ ifade özgürlüğü haklarının önemini dikkate alarak bir denge oluşturmaya çalışır.

AİHS'in 10 uncu maddesi, iki paragraftan oluşmaktadır. İlk paragraf korunan özgürlükleri tanımlar. İkinci paragraf bir devletin ifade özgürlüğünün kullanılmasına meşru şekilde müdahale edebileceği koşulları öngörür. Birinci paragraf ifade özgürlüğünün üç bileşenini içermektedir: i. Fikir sahibi olma özgürlüğü, ii. Bilgi ve fikir alma özgürlüğü ve iii. Bilgi ve fikir verme özgürlüğü.³⁴

İfade hürriyeti, düşüncüyü söz, yazı ya da başka vasıtalarla başkalarına aktarabilme, anlatabilme, yayabilme ve onları kendi düşünce ve inançlarının doğruluğuna ikna edebilme, inandırabilme, tercihleri doğrultusunda tutum ve davranışlarda bulunabilme hakkını ifade eder.³⁵

Sözleşme'nin 10 uncu maddesi bir iletişim aracı olarak internet açısından

reklam yasağının Anayasa'nın Birinci Ek Değişikliği kapsamında ifade özgürlüğüne aykırı olduğuna karar vermiştir. Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350 (1977).

³⁰ Ticari/Ticari Olmayan Söylemler/İfadeler, bir alt başlıkta daha ayrıntılı incelenecektir.

³¹ John Stuart Mill, On Liberty, s. 96.; Aktaran; Mill on Freedom of thought and expression, [http://documents.routledge-interactive.s3.amazonaws.com/9781138793934/A2/Mill/](http://documents.routledge-interactive.s3.amazonaws.com/9781138793934/A2/Mill/MillTruth.pdf) MillTruth.pdf, s. 6.

³² Dominika Bychawska-Siniarska, Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights, A Handbook for Legal Practitioners, 2017, s. 9.

³³ Case of Lingens v. Austria, Application No. 9815/82, 8 July 1986; Case of Thoma v. Luxembourg, Application No. 38432/97, 29 March 2001; Marônek/Slovakia, Application No. 32686/96, 19 April 2001; Case of Castells v. Spain, Application No. 11798/85, 23 April 1992.

³⁴ Siniarska, Handbook, s. 13.

³⁵ Adnan Küçük, İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu, Eylül 2003., s. 48.

da geçerlidir. İletilen mesajın ticari amaçlar doğrultusunda iletilmesi halinde dahi ifade özgürlüğü hakları korunmaktadır.³⁶ Devletlerin bu özgürlükleri müdahaleleri, 'demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde' mümkündür.

Sözleşme'nin 10 uncu maddesinin, İkinci Fıkrasına göre ifade özgürlüğü haklarının kullanılması şu hallerde sınırlandırılabilir: Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, ii. Kamu düzeninin sağlanması, iii. Suç işlenmesinin önlenmesi, iv. Sağlığın veya ahlâkın korunması, v. Başkalarının şöhret ve haklarının korunması, vi. Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi, vii. Yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması.

Bu hallerde dahi kısıtlama, ifade özgürlüğünün belirli bir şekilde kullanılmasına ilişkin uygulanabilecek, ifade özgürlüğünün özüne dokunulamayacaktır (AİHS, 10/1, 17).

AİHM, Sözleşme'nin 10 uncu maddesi kapsamında kamu makamları tarafından yapılan müdahaleleri genel olarak şu ölçütlere göre incelemektedir:

a. Müdahale Kanunla yapılmış mıdır? İfade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin kanun ile yapılması demek, müdahalenin yasal bir dayanağı olması, söz konusu yasanın yeterince kesin ve kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı koruyucu bir önlem içermesi demektir.

Yasal dayanak şeklen bir yasal düzenleme olması ile birlikte söz konusu yasanın ilgili kişiler tarafından ulaşılabilir olması ve ne tür bir hareketin, ne tür sonuçlara yol açabileceğinin makul bir düzeyde tahmin edilebilir (öngörülebilirlik) olmasını gerektirir.

b. Müdahalenin meşru bir amacı bulunmakta mıdır? Müdahalenin, Sözleşme'nin 10/2 maddesinde sayılan hususlar nedeniyle yapılmasını ifade eder. Ulusal güvenlik, toplum düzeninin bozulması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlâkın korunması gibi. AİHM, çoğunlukla bu şartı devletler tarafından belirtilen şekliyle kabul eder ve meşru bir amaç güdüldüğüne karar verir.

c. Müdahale, demokratik bir toplumda gerekli midir? Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması şartının karşılanabilmesi için, bazı sebeplerin bulunması tek başına yeterli olmamaktadır. Bu şartı karşılamak için; müdahalenin "acil bir toplumsal ihtiyaca yanıt vermesi (pressing social need)" ve aynı zamanda "orantılı" olması gerekmektedir.

Mahkeme, "acil toplumsal ihtiyacın" belirlenmesinde taraf devletlere bir 'takdir marjı (margin of appreciation)' bırakmaktadır. Ancak bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp, AİHM'in denetimine tabidir.

Orantılılık, birey hakları ile genel kamu yararının dengelenmesi ve müdahalede bulunulan amacın daha alt seviyede bir müeyyide ile karşılanması mümkünken, daha ağır bir müeyyide uygulanmamasını ifade eder. Müdahale ne

³⁶ Ashby Donald France, Application No. 36769/08, 10 January 2013, par. 34.

kadar kapsamlı ve ağır ise, söz konusu müdahaleyi haklı çıkartmak için gereken nedenler de o denli güçlü olmalıdır.

AİHM, başvurunun konu bakımından Sözleşme veya Protokolleri hükümleriyle bağdaşmaması, dayanaktan açıkça yoksun veya bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olması halinde AİHS'in 35/3/a maddesine göre başvuru hakkında 'kabul edilemezlik' kararı verebilecektir. Aynı husus Türk hukukunda 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin 48/2 maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilecektir.

AİHM, uygulamada dört temel nedene dayanarak bir başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna ulaşmaktadır: i. Temyiz mercii ya da "dördüncü derece mahkemesi" olmama, ii. Açık ya da görünür bir ihlalin bulunmaması, iii. Delil yokluğu nedeniyle şikâyetlerin kanıtlanamaması, iv. Şikâyetin karmaşık ya da zorlama olması.³⁷

Bu kriter, başvurunun özüne ilişkindir, dolayısıyla, bir başvurunun esası hakkında değerlendirme yapmadan onun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar verilebilmesi mümkün değildir. Bu incelemede, şikâyetin delillerle kanıtlanıp kanıtlanmadığı veya açık bir görünür ihlal bulunup bulunmadığı hususları dikkate alınmalıdır. Ayrıca açıkça dayanaktan yoksunluk kriteri herşeyden önce bir usul ekonomisi kriteridir. Çünkü işin esasına girilerek yapılar ve AİHM uygulamasında da en son incelenen kabul edilemezlik kriteri niteliği taşır.³⁸

3. TİCARİ VE TİCARİ OLMAYAN SÖYLEM AYRIMI (COMMERCIAL SPEECH/ NON-COMMERCIAL SPEECH)

a. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YAKLAŞIMI

ABD Anayasası'nın Birinci Düzenlemesi, hükümeti ifade özgürlüğünü kısıtlayan düzenlemeler yapmaktan yasaklamaktadır. Bununla birlikte tüm ifadeler Birinci Düzenleme kapsamında eşit önemi haiz olarak nitelendirilemez.³⁹ Anayasal koruma açısından örneğin politik, şiddete dayanmayan ve ticari nitelik

³⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kabul Edilebilirlik Kriteri Uygulama Rehberi, 2014, https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_TUR.pdf, s. 74-86. (AİHM, Kabul Edilebilirlik Kriteri Uygulama Rehberi)

³⁸ AİHM Kabul Edilebilirlik Kararı Uygulama Rehberi, s. 79. Bülent Algan, Bireysel Başvurularda 'Açıkça Dayanaktan Yoksunluk' Kriterininin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63 (2), 2014 (247-284)., s. 252.

³⁹ Alexandra Martinez, The Act of Registering a Trademark: Commercial Speech, Non-Commercial Speech, or a Combination of Both, 2017, https://www.inta.org/Academics/Documents/2017/Martinez_%20Student%20Winner.pdf, s. 14.

arzetmeyen ifadeler en yüksek koruma düzeyinde kabul edilirler. Bu tür ifadeler ancak özel yasal hükümler gereği veya kavgacı ya da müstehcen içerikte olması halinde kısıtlanabilirler. Buna karşılık ticari nitelikteki ifadeler, anayasal koruma açısından daha düşük düzeyde değerlendirilirler.⁴⁰

Ticari söylem (commercial speech), ticari bir işlem içeren ifade açıklamalarını kasteder.⁴¹ Markaların, karşılaştırmalı reklamlarda yahut ürün hizmetlere ilişkin olarak tanımlayıcı/referansiyel kullanımları bu tür kullanım kapsamında değerlendirilir.⁴² Bununla birlikte bu tür kullanımlar da markanın dürüst kullanımı (fair use) doktrini çerçevesinde meşru kabul edilebilir.⁴³

Başlangıçta ticari söylem tamamen Anayasal korumanın dışında kabul edilmiştir.⁴⁴ Ancak yıllar içinde bu tür konuşmaların da anayasal ifade özgürlüğü düzenlemesinden faydalanabileceği yönünde kararlar verilmiştir.⁴⁵ Buna rağmen bugün halen ticari ifadeler, ABD'de ifade özgürlüğünden daha alt düzeyde yararlanırlar.⁴⁶

Olgular, ifadenin ekonomik bir motivasyonla belirli bir ticari ürüne ilişkin olduğuna veya reklam niteliğinde olduğuna ya da böyle olduğuna ilişkin güçlü kanıtlar sunmakta ise bu takdirde ifadeyi 'ticari (commercial)' olarak nitelendirmek gerekecektir.⁴⁷ Ticari söylem, yanlış yahut hatalı bilgiler içeriyor veya yasa dışı bir ürünün/hizmetin reklamını yapıyorsa, yasaklanabilecektir.⁴⁸ Yüksek Mahkeme, Central Hudson kararında, ticari söylemin anayasal ifade özgürlüğü kapsamında olup olmayacağını tespitine ilişkin dördümlü bir test benimsemiştir.

⁴⁰ Martinez, s. 15.

⁴¹ Board of Trustees of State University of New York v. Fox, No. 87-2013, June 29, 1989, 492 U.S. 469, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/469/>

⁴² Wolfgang Sakulin, Trademark Protection and Freedom of Expression, An Inquiry into the Conflict between Trademark Rights and Freedom of Expression under European Law, Wolters Kluwer, 2011, s. 277 vd.; Ross A. Dannenberg; Heather R. Smith-Carra, Balancing Free Speech and Trademark Rights, Summer 2017, <https://bannerwitcoff.com/wp-content/uploads/2017/07/Balancing-Free-Speech-and-Trademark-Rights.pdf>; Soysal, Domain Name Law, s. 122.

⁴³ Bu konuda bkz. Gül Büyükkılıç, Markanın Sulandırılması ve Sulandırmaya Karşı Koruma, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2018, (s. 467-474).

⁴⁴ US Supreme Court, Valentine v. Chrestensen, 316 U.S., 52, April 13, 1942, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/52/>

⁴⁵ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., No. 74-895, May 24, 1976.;

⁴⁶ State University of New York v. Fox, 492 U.S. 469, June 29, 1989, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/469/>

⁴⁷ United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Michael Hunt and Matthew Dowd v. City of Los Angeles, No. 09-55750, 99--55765, March 22, 2011, <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1560209.html>

⁴⁸ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, No. 79-565, June 20, 1980, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/447/557>

Buna göre; i. Söylem ticari nitelikli midir? Ticari nitelikli ise yanlış yahut hatalı bilgi içeriyor mu yahut yasa dışı bir ürün reklamı bulunmakta mıdır? ii. Ticari söylemin kısıtlanması ile hizmete sunulan kamu çıkarları esaslı şekilde önemli olmalıdır. iii. Düzenleme, söz konusu kamu çıkarlarını doğrudan iletmemelidir. iv. Kısıtlama, kamu çıkarı için gerekli olandan daha geniş olmamalıdır.

Öncelikle ilk iki soru incelenir ve bu ilk iki soru geçildikten sonra, diğer iki soru açısından 'özel ve detaylı bir inceleme (special care)' yapılır.

b. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ YAKLAŞIMI

Ticari söylem, ABD menşeli olarak oluşmuş ve gelişmiştir. Bununla birlikte AİHM yaklaşımı da bu ifadeleri dışlamamaktadır. AİHS'in 10/1 maddesinde "Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir." denilmiş ve daha sonra ifadeler arasında kategorik bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle ekonomik konularla ilgili ifadeler olarak nitelendirilen ticari söylem de AİHS 10 uncu maddesine göre korunurlar. Bununla birlikte ticari nitelikteki bu ifadeler, politik ifadelerle göre daha alt düzeyde korunurlar ve AİHS 10/2 maddesindeki düzenlemeleri yapma hususunda devletlerin ticari nitelikteki bu ifadeler ile ilgili düzenleme yapma alanı daha geniş tutulmuştur.⁴⁹

1989 yılında verilen Markt Intern Verlag GmbH ve Klaus Beermann/Almanya davasında, Markt Intern isimli ticari bültende, büyük ölçekli şirketlerin ticari uygulamalarına ilişkin bilgiler verilmekteydi. Klaus Beermann, bu dergide Cosmetic Club International isimli bir İngiliz posta sipariş firmasının, alınan üründen memnun olmayan müşteriye parasını iade etmediğini, parayı satıcıya verdiğini belirtti ve bu konuda okuyuculardan da daha fazla bilgisi olanlardan bilgi istedi. Şirketin dergiye dava açması üzerine Alman Mahkemesi, olayda ifade özgürlüğünün uygulanamayacağına çünkü Markt Intern'in rekabet amacıyla bu haberi yaptığını belirtti. Dosya sonraki süreçte AİHM önüne gitmiştir. AİHM, kararında ticari bir dergide, piyasada faaliyet gösteren bir şirket hakkında bilgi yayımlanmasını 'ticari ifade' olarak nitelendirmiş ve bu hususta hükümetlerin daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır. AİHM'e göre dergiye yapılan müdahale AİHS 10/2 maddesine uygun olarak yapılmıştır.⁵⁰ Ticari söylemler konusunda AİHM'in bilhassa yapılan müdahalenin demokratik toplum gereklerine uygunluğu açısından bir değerlendirme yaptığı görülmüştür.⁵¹

⁴⁹ Bychawska-Siniarska, s. 14.

⁵⁰ Case of Markt Intern Verlag GMBH and Klaus Beermann v. Germany, Application No. 10572/83, 20 November 1989.

⁵¹ Joanna Krzemińska, Freedom of Commercial Speech in Europe, 2005, aei.pitt.edu/3043/2/JKrzeminska_EUSA_paper.doc, s 9.; Case of Markt Intern Verlag GMBH/Beermann v. Germany, par. 32-38.

4. DEĞİŞEN TÜKETİCİ HAKLARI KONSEPTİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKLARI

1962 yılında ABD Başkanı John Kennedy tüketici hakları oluşturma çabalarına girişmiş ve tüketici haklarını (consumer rights) güvenlik hakkı, bilgi sahibi olma hakkı, seçme hakkı ve haberdar olma hakkı olarak açıklamıştır.⁵² Ancak günümüzde tüketici hakları bu yalın hakların ötesinde algılanmaktadır. Kaufman ve Channon, tüketici haklarını dört gelişme aşamasında ele almışlardır. Bunlar: i. Başlangıç, doğuş aşaması (crusading), ii. Gelişme sağlanan ve herkes tarafından tanınan dönem (popular movement), iii. Örgütlü dönem (organizational period), iv. Hükümet yasalarının ve düzenlemelerinin yer aldığı bürokrasi dönemi (bureaucracy).⁵³ Günümüzde tüketici hakları pek çok ülkede anayasal ve münferit yasalarla güvence altına alınmış, sivil toplum alanında oluşturulan örgütlü yapılarla desteklenmiş güçlü bir görünüme kavuşmuştur.

Zygmunt Bauman'a göre tüketicilik (consumerism), üretim toplumundan tüketim toplumuna geçiş ile birlikte belirginleşmiş ve kişilerin ihtiyaçlarından çok statü, aidiyet ve haz kazanmasına yönelik bir hal almıştır.⁵⁴ Son yıllarda tüketim harcamalarının hızla arttığı gözlemlenmektedir. Dünya genelinde 1960'larda 2 trilyon dolar büyüklüğündeki toplam tüketim hacmi, günümüzde 57 trilyon dolarlık bir büyüklüğe erişmiştir. ABD 327 milyon nüfusu ile dünya genelindeki toplam tüketim harcaması büyüklüğünün % 29'unu oluşturmaktadır. Türkiye, 1960'lı yıllarda yaklaşık 28 milyon nüfusu ile 10 milyar ABD doları büyüklüğündeki tüketici büyüklüğüne sahipken, 2017 yılı sonunda 80 milyon nüfus ve toplam 700 milyar dolarlık bir büyüklüğe erişmiştir.⁵⁵ Tüketimin yalnız bireylerin fiziksel ihtiyaçlarına cevap vermediği, bu satışların büyük miktarının 2015 yılında 500 milyar doların üzerine çıkmış olan ve ürünleri kullanım değerlerinden bağımsız bir şekilde pazarlamayı amaç edinmiş reklamcılık faaliyetleri aracılığıyla gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır.⁵⁶ Bu yeni tüketim toplumunda, satıcılarla tüketiciler arasındaki ilişki, iş hukukundaki işveren ile işçi arasındaki ilişkiye benzetilebilir. Tıpkı işverenin, işçi karşısındaki güçlü konumunu dengelemeye yönelik olarak hukukun devreye girmek suretiyle işçi lehine haklarını daha kolay ortaya koyucu mekanizmaları devreye sokması gibi, satıcının da tüketici karşısındaki güçlü konumu uyarınca günümüzde tüketici hakları çok daha kurumsal, sistemli ve güvencelere bağlanmış bir hak

⁵² Wendy Reiboldt; Melanie Horn Mallers (Editors), Consumer Survival, An Encyclopedia of Consumer Rights, Safety, and Protection, ABC-CLIO, 2014, s. 550.

⁵³ Gökhan Yolaç, Consumerism: Literatür Tarama, Öneri Dergisi, C. 5, S. 35, Ocak 2011 (s. 159-162)., s. 161.

⁵⁴ Zygmunt Bauman, Work, Consumerism And The New Poor, McGraw-Hill Education, Londra 2004, Aktaran; Ömer Ersin Kahraman, Yeni Toplum ve Kitleleşme Üretimi, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 25, Bahar 2018 (s. 383-400)., s. 389.

⁵⁵ Rakamlar için bkz. The World Bank, <https://data.worldbank.org/indicator/NE.CON.TOTL.CD?locations=US> (Son Erişim Tarihi: 28.03.2019)

⁵⁶ Kahraman, s. 384.

halini almıştır. Bu yeni ekseninde, tüketicilerin bilhassa tanınmış statüdeki ürün ve hizmetlere ilişkin eleştiri ve yorumları da çok daha fazla şekilde korunmaya değer kabul edilmelidir.

III. MARKA HAKLARININ İNTERNET ORTAMINDA KULLANILMASI SURETİYLE İHLAL EDİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Ülkemizde 10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun⁵⁷ 7/3 üncü maddesiyle "işaretin ticaret alanında kullanılması"ndan bahsedilmiş, 7/3-d bendi ile ise işaretin internet ortamında kullanılması durumunda ihlale vücut verebilmesi için gerekli olan şartlar sayılmıştır. Bu şartlar; i. İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımını ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması, ii. İşaretin aynı veya benzerinin internet ortamında kullanılması, iii. İşaretin ticari etki yaratacak biçimde kullanılması, iv. İşaretin alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerle internet ortamında kullanılması şeklinde belirtilmiştir (SMK, m. 7/3-d).

İnternet ortamı ifadesi, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Buna karşılık 23 Mayıs 2007 tarihinde yürürlüğe giren 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un⁵⁸ 2 nci maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre internet ortamı, "Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortam"dır. İnternet ortamında yapılan yayın ifadesi ise internet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri karşılamaktadır (5651 sayılı Kanun, m. 2/1-ğ).

Markanın internet ortamında kullanımı, alan adında kullanım şeklinde olabileceği gibi web sitelerinde ve arama motorlarında yer alan anahtar kelimeler, yönlendirici kodlar vasıtasıyla da gerçekleştirilebilir.⁵⁹ Ayrıca markanın sosyal medyada ve diğer iletişim platformlarında kullanılması şeklinde kullanım da mümkündür. Başvuru konusu, tescilli ve tanınmış olan markanın internet alan adında kullanılmasını kapsadığı için incelememiz de markaların internet alan adında kullanımına ilişkin olacaktır.

⁵⁷ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, Kabul Tarihi: 22.12.2016, Resmi Gazete: 10.01.2017, 29944.

⁵⁸ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 04.05.2007, Resmi Gazete: 23.05.2007, 26530.

⁵⁹ İnternet ve arama motorlarında anahtar kelime kullanımı ve oluşturduğu ihlal türleri hakkında bkz. Tamer Soysal, Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 12, Aralık 2018, (s. 693-722).

B. MARKANIN İNTERNET ALAN ADI OLARAK KULLANILMASI

1. İNTERNET ALAN ADLARI VE ALAN ADLARI SİSTEMİ

İnternet alan adları, bir veya birden fazla IP adresi ile ilişkili olarak kullanılabilen, URL⁶⁰ içindeki belirli bir web sayfasını tanımlayan kısımdır.⁶¹ İnternet Alan Adları Yönetmeliği'nin 3/1-d maddesinde alan adı, internet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol adresini tanımlayan adlar olarak tanımlanmıştır.

Günümüzde, herhangi bir kişi bir uygulama aracılığıyla bir başkasına konumunu gönderebilmektedir. Bu sayede kişinin hangi şehir, mahalle, cadde ve mahalde bulunduğu anlaşılabilir. Bu örnekte olduğu gibi internet alan adları da siber uzayda kullanıcıların hüviyet cüzdanı gibi işlem görmektedir. Bu sayede de kişilerin konum bilgilerine dahi ulaşmak mümkün olmaktadır. İnternette makinelerin iki tip adresi bulunmaktadır: Mutlak adresler (IP numarası) ve sembolik adresler (domain name). Sembolik isimler ağ yapısını aktarması ve hatırdaki kalması açısından kolaylık sağlamaktadır. İnternette yönlendirme IP numaraları cinsinden gerçekleşmektedir.⁶² Alan adları sisteminin perde arkasında sembolik isimler ve IP numaraları arasındaki iki yönlü dönüşüm bulunmaktadır. Alan isimleri, kullanıcılara bir anlam ifade eden, hatırlanması ve belirlenmesi kolay kısaltmalardan oluşan internet adreslerini ifade eder. IP sayısı ise, uluslararası telefon numarası, örneğin 192.91.247.53 gibi, sayısal bir adrestir. İnternet kullanıcısı bir alan ismini bilgisayarına yazdığı zaman, internet yazılımı (software) otomatik olarak bu alan ismini IP sayısal adresine dönüştürür, ilgili servis sağlayıcı (server) ile bağlantı kurar ve alan ismine karşılık gelen ana sayfa bilgisayarda görünür. Alan adları sistemi de IP numaraları ile alan adları arasındaki yönlendirmeye dayalı bir sistemi ifade etmektedir.⁶³

Alan ismi sisteminde bir alan ismi noktalarla ayrılan dört ana bölümden (labels)⁶⁴ oluşur. Soldan sağa doğru ilk bölüm kullanılan TCP/IP alt protokolünü gösterir (www,ftp, icr gibi). İkinci kısım ilgili bilgisayarın adıdır. Üçüncü kısım

⁶⁰ Uniform Resource Locators (URLs), (İnternet Kaynak Belirteçleri). Genel olarak web tarayıcıları vasıtasıyla bir web adresine yönlendirme yapılabilmesini sağlayan komut formatının tamamına 'URL' adı verilmektedir. URL'ler internet sunucu kaynağının nerede olduğunu bulan bir komut formatıdır. Örneğin 'http://www.pcwebopedia.com/index.html' şeklindeki bir URL'de alan adı 'pcwebopedia.com' kısmından oluşmaktadır. URL'ler için bkz. Soysal, Domain Name Law, 277-280.

⁶¹ Domain Name, https://www.webopedia.com/TERM/D/domain_name.html

⁶² Mustafa Akgül; İnternet Sunucu Araçları ve Yönetim, Ankara 1999, s.15

⁶³ Tamer Soysal, İnternet Alan Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım-1; Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2006/2 (s. 481-507), s. 489 vd.

⁶⁴ ICANN, <http://www.icann.org/tlds/>

bilgisayarın bağlı olduğu kurumun hangi türden bir kurum olduğunu gösterir. En sonda ise, alan adının alındığı ülke kodu bulunur.

Alan ismi dediğimizde ön ek “http://www.” dahil edilmez. Asıl alan adı kısmı ön ekten sonra gelen kısımdır. Bu bölüm ise iki kısımdan oluşur. Bilgisayar adlarını gösteren, alan adının asıl kısmı “ikinci derece alan ismi (second level domain-SLD)” olarak adlandırılır. Kurumun çeşidini gösteren kısım ise “birinci derece alan ismi (top level domain-TLD)” olarak adlandırılır. Alan isimleri “dereceleri” sağdan sola doğru sayılmaktadır.

Birinci-derece alan isimleri iki kategoriye ayrılmıştır: Jenerik birinci derece alan isimleri (generic top level domains-gTLDs) ve ülke kodu birinci derece alan isimleri (country-code top level domains-ccTLDs).⁶⁵ İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu'nun (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers-ICANN)⁶⁶, başlangıçta “.com”, “.edu”, “.gov”, “.int”, “.mil”, “.net”, “.org” ve “.arpa” jenerik adlarını kullanıma sokmuş, ardından üç genişleme gerçekleştirmiştir. İlk genişlemede, 2000 yılında “.aero”, “.biz”, “.coop”, “.info”, “.museum”, “.name” ve “.pro”; ikincisinde 2004 yılında “.asia”, “.cat”, “.jobs”, “.mobi”, “.tel”, “.travel” ve üçüncüsünde de 2009 yılında “.post”, 2011 yılında “.xxx” jenerik adlarını kullanıma sokmuştur. 23 Ekim 2013 tarihinde başlayan yetkilendirme işlemleri ile de ICANN yeni jenerik alan adları sistemini uygulamaya koymuştur.⁶⁷

Jenerik birinci derece alan isimleri dışında, ülke kodlarının alan adının en sonunda yer aldığı “ülke kodu birinci derece alan adları (ccTLDs)” bulunmaktadır. Fonksiyonel olarak gTLD ile ccTLD arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. ccTLD içinde tahsis edilmiş bir alan ismi, bir gTLD içinde tahsis edilmiş bir alan ismi gibi aynı bağlantıyı sağlar. Ülke kodu, ilgili web sitesinin yönlendirildiği ülkeyi işaret eder.⁶⁸ Ülke kodları ISO-3166 standardında yaklaşık 249 ülke kodundan oluşan adlandırma sistemine dayanmaktadır. Örneğin Türkiye'nin ülke kodu “tr”, Fransa'nın “fr”, Almanya'nın “de”, İngiltere'nin “uk” ve ABD'nin “us” dir.⁶⁹

İnternet alan adları hukukunda da temel tahsis ilkesi “first come-first served (ilk gelen, ilk alır)” kuralı olmuştur. İnternet alan adları sisteminin ilk zamanlarında Network Solutions Inc (NSI), alan adlarını bu kurala dayalı olarak dağıtmıştır. Eylül 1998'de İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu'nun (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers-ICANN) kurulması ile alan adları sisteminin yönetimi el değiştirmiş ancak alan adlarının dağıtımında

⁶⁵ Ayrıca bu iki kategori dışında bir de ‘alt yapı birinci derece alan ismi (infrastructure TLD)’ olarak da bilinen ‘arpa’ bulunmaktadır. Bkz. <http://www.iana.org/arpa-dom/>

⁶⁶ ICANN, <http://www.icann.org>

⁶⁷ Yeni jenerik alan adlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Soysal, Domain Name Law, s. 208-220.

⁶⁸ John C. Ruhnka; John W. Bagby, Protecting Web Domain names, CPA Journal, Nov2001, Vol. 71, I. 11, s.62

⁶⁹ International Organization for Standardization, English Country Names and Code Elements; <http://www.iso.org/iso/en/prods-services/iso3166ma/02iso-3166-code-lists/list-en1.html>

“first come, first served” kuralı temel kayıt yöntemi olarak varlığını korumuştur. ICANN, internetin iş dünyası, teknik, akademik ve kullanıcı gruplarının geniş katılımıyla oluşturulmuş kar amacı gütmeyen bir kuruluş olarak nitelendirilmiştir.

2. İNTERNET ALAN ADLARININ ÖNEMİ

İnternet insanlığını yıllar boyu alışık olduğu modellerle yaklaştığı, bilgedinme, eğitim, eğlenme, ticaret yapma, alışveriş, finansal işlem ve bunlara benzer, kapsamı her gün genişleyen kategorilerde paradigma değişikliği getirmiştir.⁷⁰ Paradigma değişikliği ile birlikte internet kullanıcılarının oluşturduğu yepyeni bir faaliyet alanı olarak ‘siber uzay’ oluşmuştur. İnternetin ticari kullanımı ile birlikte bireyler, firmalar, ulusal ve uluslararası kuruluşlar da sözkonusu değişime ilgisiz kalmamışlar ve ‘alan adları’ almak suretiyle kendilerini bu sonsuz paylaşım evreninde temsil ettirmeye başlamışlardır. İnternet alan adları sayısı da bu gelişmelere paralel olarak hızlı bir artış seyri izlemiştir. 1990’larda birkaç yüzden oluşan alan adı sayısı, 2000 yılında 17 milyona, 2002 yılında 28 milyona, 2008 yılında 100 milyona ulaşmıştır.⁷¹ Günümüzde toplam 350 milyon internet alan adı kayıtlı olarak kullanılmaktadır.⁷² Ülkemiz ülke kodu olan '.tr' uzantılı alan adı sayısı ise 1 Nisan 2019 tarihi itibarıyla 404.105'dir.⁷³

Siber uzayda ticaret de gelişmelerden nasibini almış ve web tabanlı alışveriş rakamları 1996’da 407.3 milyon dolar, 1997’de 1.1 milyar dolar ve 2000 yılında 4.5 milyar dolar olmuştur.⁷⁴ Ülkemizde 2007 yılında 3.2 milyar dolar olan e-ticaret hacmi 2010 yılı başında 10 milyar doları bulmuştur.⁷⁵ Bu gelişmeler, firmaları internet ortamında kendilerini temsil ettirmek için daha istekli hale getirirken, daha önce benzeri görülmemiş firma türleri de, alan adları almak suretiyle, internet ortamında faaliyette bulunmaya başlamışlardır. Bütün bu gelişmeler sonucu, alan adını sadece ‘adres’ olarak değerlendiren anlayış geride kalmıştır. Çünkü, zamanla alan adları ile ilgili iki önemli gelişme olmuştur. Bunlardan birincisi, sözkonusu adların fikri mülkiyet hukukundaki “işaret”in veya “tanıtma vasıtası”nın anlamını yüklenip bir malvarlığı değeri kazanmalarındır. İkincisi, bir alan adının, adın sahibinin korunan işaretinden (markası, ticaret unvanı, işletme adı gibi) veya işaretinin bir parçasından

⁷⁰ Sait Güran, Teoman Akünal; Köksal Bayraktar ve Diğerleri; İnternet ve Hukuk, Superonline Workshop Metni, İstanbul 2000

⁷¹ Domain Counts&İnternet Statistics, <http://www.domaintools.com/internet-statistics/>

⁷² Domain Stats, <https://domainnamestat.com/>

⁷³ NIC.TR,Günlük İstatistikler, 1 Nisan 2019, [https://nic.tr/index.php?USRACTN=STATISTICS &PHPSESSID=1554153187771252124664130](https://nic.tr/index.php?USRACTN=STATISTICS&PHPSESSID=1554153187771252124664130)

⁷⁴ Fahad A. Alyabis, Electronic Commerce: An Introduction (Book Review), <http://www.nait.org/jit/Articles/alyabis120800.pdf>

⁷⁵ E-Ticaret Hacmi Arttı, Referans Gazetesi, 15.03.2010

oluşması halinin hukuk tarafından dikkate alınmaya başlamasıdır.⁷⁶ Bugün alan adları tüm dünyada "ayırt edici ad ve işaretler" kapsamında tanınmakta ve kabul edilmektedir.⁷⁷

İnternet alan adlarının bu anlamda büyük bir reklam ve pazar gücüne sahip olduğu kuşkusuzdur. Bugün internette temsil edilmeyen, web sitesi olmayan kuruluşları düşünmek imkansız hale gelmiştir. İnternet alan adları firmalar açısından da eşsiz bir reklam aracı niteliğine bürünmüştür. Çünkü firmalar sadece bir alan adı temin ederek olası müşterilerine kendi firma ve ürünleri ilgili tüm bilgilere ulaşma olanağını sunabilmektedirler. Akıllı telefonlar yoluyla oluşan yeni ortamda insanların yaşamında telefon uygulamalarının (applications) yer etmeye başlaması da, kanımızca internet alan adlarının önemini azaltmamıştır⁷⁸ Tüketiciler, daha doğrusu internet kullanıcıları da bu düşünce ile hareket etmektedirler. Zira bir şirket veya ürün hakkında bilgi almak, bir hizmetten yararlanmak isteyen kullanıcı bilgisayarında internet tarayıcısının adres kısmına, ilgili ürün veya hizmet markasını yazmakta, bu şekilde bilgi ve hizmete ulaşmayı amaçlamaktadır. İnternet kullanıcısı nazarında marka sahibi ve alan adı ile ulaşılan sitenin sahibi aynı kişi, şirket veya kuruluştur. Böylece internet kullanıcısı bakımından alan adları; şirket, kurum, organizasyon veya bireylerin internet ortamındaki hem isim hem de adreslerini oluşturmaktadır. Bu nedenle, internet alan adlarıyla ticaret unvanı, markalar gibi ayırt edici ad ve işaretler arasındaki ihtilaf oluşma durumları da sıklıkla yaşanmaktadır.

⁷⁶ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Arıkan, Aralık 2005, İstanbul, s.24.

⁷⁷ Soysal, *Domain Name Law*, s. 298 vd.; Füsün Nomer, *İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar*, Prof. Hayri Domanıç'e 80. Yaşgünü Armağanı, İstanbul 2001 (s. 395-418). Bu vesile ile 1923 yılında Kayseri'nin Pınarbaşı ilçesinde doğan ve 4 Temmuz 2010 tarihinde 87 yaşında yaşama veda eden Prof. Hayri Domanıç Hocamızı da saygı ve dua ile anıyoruz.

⁷⁸ 2010 yılında Chris Anderson ve Michael Wolff tarafından *Wired* Dergisi'nde yayımlanan "Web öldü, Yaşasın İnternet (The Web is Dead, Long Live the Internet)" başlıklı makale sonrasında, yoğun olarak tartışılmaya başlayan bu duruma ilişkin olarak, şu görüşler belirtilmiştir: "Bizim görüşümüze göre, sosyal ağlar ve mobil uygulamalar kullanıcıların alışkanlıkları üzerinde önemli değişimler yapmıştır. Ancak bu değişimler 'trend'dir ve değişmeye ve gelişmeye devam etmektedir. Oysa Web'in mecrası, tüm bu değişimleri içermeye daha müsaittir. Web 2.0'dan sonra Web 3.0 ile bilhassa yapay zeka ve interaktif modellerdeki gelişmeler devam etmektedir. ...Bu nedenle internetin ana mecrasının web olmaya devam edeceğini, değişimlerin ise bu mecrada yaşanacağını düşünüyoruz." Ayrıntılı bilgi için bkz. Soysal, *Domain Name Law*, s. 46-49.

3. İNTERNET ALAN ADLARININ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE KULLANIMINA İLİŞKİN FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNCE VERİLMİŞ KARARLARA BAKIŞ

a. MARKA VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKLARININ ÇATIŞMASI DURUMU

Markalar ile ifade özgürlüğü haklarının çatışma durumu asıl olarak üçüncü kişilerin markayı kullanmaları ile ortaya çıkan bir durumdur. Bununla birlikte marka sahipleri açısından da marka haklarını seçerken veya marka ile ilgili slogan, reklam faaliyetleri gerçekleştirirken konulmuş olan bazı sınırlamalar nedeniyle de ifade özgürlüğü hakları gündeme gelebilecektir. Pek çok ülkede ulusal marka kanunları ile girişimcilerin bilhassa kamu için aldatıcı nitelikte olan veya kamuya mal olmuş işaretleri marka olarak seçmeleri sınırlandırılmıştır.⁷⁹ Örneğin ABD Markalar Kanunu'nun (Lanham Act) 2(a) maddesiyle ahlaka aykırı yahut insanları, kurumları, inançları veya ulusal sembolleri küçük düşürücü, aşağılayıcı ifadeler içeren markaların tescili yasaklanmıştır. Benzer bir hüküm Kanada Markalar Kanunu'nun 9/1-j maddesinde de yer almaktadır.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5/1 maddesiyle kamuyu ilgilendiren, tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş işaretler ile yetkili mercilerce tescil izni verilmemiş olan armalar, nişanlar ve adlandırmaları içeren işaretler, dini değerleri veya sembolleri içeren işaretler ve kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir.

Bu tür durumlarda marka sahibi, istediği işareti tescil ettiremediği zaman ifade özgürlüğü haklarının sınırlandığını iddia ederek yargı yoluna başvurabilmektedir. Buna örnek bir uyuşmazlıkta "The Slants"⁸⁰ markasını eglence sektöründe marka olarak kullanmak isteyen Siman Tam'in başvurusu ABD Marka ve Patent Ofisi (USPTO)⁸¹ tarafından Asya asıllı Amerikalıları aşağılama içerdiği için reddedilmiştir. Konu yargıya taşınmış, Yüksek Mahkeme (Supreme Court), 19 Haziran 2017 tarihinde verdiği Karar ile ABD Lanham Kanunu'nda 70 yıldır yer alan 2(a) düzenlemesinin Amerikan Anayasası'nın Birinci Düzenlemesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Karar'a gerekçe olarak insanların ifade özgürlüğü haklarının incitici yahut saldırgan olduğu için yasaklanamayacağı gösterilmiştir.⁸² Bu Karar sonrasında ABD mahkemelerinde 25 yıldır devam etmekte olan Amerikan futbol takımı Washington Redskins

⁷⁹ Lisa R. Ramsey, A Free Speech Right to Trademark Protection, The Trademark Reporter, International Trademark Association, V. 106, No. 5, September-October 2016 (s. 797-882), s. 797.

⁸⁰ "Slant" ifadesi, küçümseyici bir ifade olarak "çekik gözlü" anlamını da içermektedir. Bkz. Slant-eye, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/slant-eye>

⁸¹ United States Patent and Trademark Office-USPTO, <https://www.uspto.gov/>

⁸² Matal v. Tam, 582 U.S., June 19, 2017, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/582/15-1293/>

tarafından tescil edilen "Redskins" ifadesine ilişkin uyuşmazlık da 18 Ocak 2018 tarihinde karara bağlanmıştır. Karar'a konu "Redskins" markası, ilgili kulüp tarafından 1967-1990 yılları arasında altı farklı şekilde marka olarak tescil edilmiştir. Bu tescil sonrasında, 1992 yılından itibaren çeşitli defalar bu ifadenin Amerikan yerlilerini aşağılayıcı olması nedeniyle markanın iptali için davalar açılmıştır. Redskins ifadesi "kızılderili" anlamını içermektedir.⁸³ USPTO tarafından bu markaların Lanham Kanunu'nun 2(a) maddesine aykırılık içermesi nedeniyle altı markanın iptali kararı verilmiştir. Bununla birlikte Dördüncü Daire, verdiği Karar ile "The Slangs" kararına dikkate alarak altı markanın iptali kararını geri almıştır.⁸⁴

Markalar ile ifade özgürlüğü haklarının çatışmasını gündeme getiren asıl husus ise markanın dürüst kullanımının sınırlarının ne olduğu ile bilhassa ifade özgürlüğü haklarının kullanılırken markaların alay, komiklik, eleştiri gibi unsurlarla birlikte yer alması olduğu söylenebilir.

Sahteciliğe Karşı Uluslararası Ticaret Antlaşması'nın⁸⁵ fikri mülkiyet haklarının dijital ortama etkin olarak uygulanmasını düzenleyen 27 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre yasal kurallar dijital ortamdaki tecavüzlere uygulanırken, dürüst davranış, mahremiyet ve ifade özgürlüğü gibi temel ilkeler korunacak ayrıca elektronik ticaret gibi meşru faaliyetlerin önünde engeller oluşturmayacak şekilde bir uygulama benimsenecektir. Bu Antlaşma, Ekim 2011'de ABD, Güney Kore, Singapur, Yeni Zelanda, Fas, Japonya, Kanada ve Avustralya tarafından imzalanmış, 2012 yılında ise Meksika ile birlikte 22 Avrupa ülkesi tarafından da imzalanmış ancak henüz yürürlüğe girmemiştir. Bununla birlikte uluslararası mahiyet arzeden bu antlaşmada ifade özgürlüğüne ilişkin bu düzenleme önem arz etmektedir.

Avrupa Birliği'nin 14 Haziran 2017 tarihli 2017/1001 sayılı Marka Tüzüğü'nün⁸⁶ 21 inci Gerekçesinde açık bir şekilde AB ticari markasının sağladığı münhasır hakların, üçüncü kişilerin dürüst kullanımlarını veya estetik ifade amaçlı kullanımlarını önleyecek şekilde kullanılmayacağı ayrıca bu Tüzüğün başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklere tam saygıyı temin edecek şekilde uygulanacağı belirtilmiştir (AB Marka Tüzüğü, rec. 21).

⁸³ Redskin, <http://www.webster-dictionary.org/definition/redskin>

⁸⁴ Karar için bkz. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, No. 15-1874, Pro-Football, Inc., v. Amanda Blackhorse ve Diğerleri, January 18, 2018, <http://www.ca4.uscourts.gov/opinions/151874.U.pdf>

⁸⁵ Antlaşma metni için bkz. Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Council of the European Union, Brussels, 23 August 2011, <https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2012196%202011%20INIT> (Son Erişim Tarihi: 31.03.2019)

⁸⁶ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017, on the European Union trademark, (codification), Official Journal of the European Union, 16.6.2017, L 154/1.

Aynı husus, Avrupa Birliği'nde 2008/95 sayılı Ticari Marka Direktifi'nin yerine yürürlüğe giren 2015/2436 sayılı Ticari Marka Direktifi'nin⁸⁷ 27. Gereğesinde de yer almaktadır. Türk hukukunda bu neviden ifade özgürlüğüne gönderme yapan bir marka düzenlemesi yer almamaktadır.

Markaların ifade özgürlüğü kapsamında kullanımına ilişkin mahkemelerce farklı kararlar verilmekle birlikte genel olarak bilhassa internet üzerinden kullanılan markalarla ilgili mahkemelerin ifade özgürlüğü haklarından yana baskın bir değerlendirmeleri olduğunu söylemek mümkündür.⁸⁸ Bu kararlara aşağıda temas edilecektir.

b. DÜNYA FİKRİ MÜLKİYET ÖRGÜTÜ (WIPO) UYGULAMASINDA MARKALARIN İNTERNET ALAN ADINDA ELEŞTİRİ/YAKINMA AMAÇLI KULLANIMINA İLİŞKİN YAKLAŞIM

aa. İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu (ICANN) ve UDRP Çözüm Kuralları

İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu, internetin iş dünyası, teknik, akademik ve kullanıcı gruplarının geniş katılımıyla oluşturulmuş kar amacı gütmeyen bir özel sektör kuruluşudur.⁸⁹

ABD Ticaret Bakanlığı'nın 5 Haziran 1998 tarihinde "Beyaz Kitap"ı yayınlamasının ardından, 6 Kasım 1998 tarihinde yayımlanan Yönetmelik (Original Bylaws)⁹⁰ ile ICANN hukuken ABD hükümeti tarafından tanınmıştır.

25 Kasım 1998 tarihinde ABD Ticaret Bakanlığı ile ICANN arasında bir "Mutabakat Metni"⁹¹ imzalanmış ve böylece ICANN, ABD hükümeti tarafından resmi olarak görevlendirilmiştir.⁹² Mutabakat metninde, ICANN'ın Beyaz

⁸⁷ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of Member States relating to trademarks (Recast), Official Journal of the European Union, 21.12.2015, L 336/1.

⁸⁸ Marka ve ifade özgürlüğü hakları ile ilgili bkz. Sakulin, age., s. 277 vd.; Ross A. Dannenberg; Heather R. Smith-Carra, Balancing Free Speech and Trademark Rights, Summer 2017, <https://bannerwitcoff.com/wp-content/uploads/2017/07/Balancing-Free-Speech-and-Trademark-Rights.pdf>; Soysal, Domain Name Law, s. 791 vd.

⁸⁹ ICANN, Internet Corporation For Assigned Names and Numbers, <http://icann.org/>

⁹⁰ Bylaws, Effective as of 6 November 1998; <http://www.icann.org/general/archive-bylaws/bylaws-06nov98.htm>

⁹¹ Memorandum of Understanding between the US. Department of Commerce and İnternet Corporation for Assigned Names and Numbers, November 25, 1998, <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/icann-memorandum.htm>

⁹² Birleşik Devletler Ticaret Bakanlığı 7 Ekim 1998 tarihinde, daha ICANN yetkilendirilmeden önce NSI ile yaptığı Sözleşme ile NSI'nın yeni kurum (new corporation) ile ana kök sunucu olarak faaliyetlerine devam edeceğini kararlaştırmıştır. Bkz. Special Award Conditions, NCR-9218742, Amendment No. 11, <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/proposals/docnsi100698.htm>

Kitap'ta belirtilen istikrar, rekabet, aşağıdan yukarıya özel sektör koordinasyonu ve temsil ilkelerine bağlı kalarak, internetin teknik, idari ve politika geliştirme görevlerini koordine edeceği belirtilmektedir. Mutabakat metni ile ICANN, internet alan adları sisteminin teknik yönetimini, IP adres alanlarının tahsisini, protokol parametrelerinin belirlenmesini ve alan adları sisteminin idaresini koordine etmekle görevlendirilmiştir.

24 Ekim 1999 tarihinde, uygulama belgeleriyle beraber, "Alan İsmi Anlaşmazlıklarının Halli için Yeknesak Politikalar (The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy-UDRP)"⁹³ kabul edilmiştir.

29 Kasım 1999 tarihinde, ilk servis sağlayıcı kurum olarak Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) onaylanmış ve politikalar 1 Aralık 1999'da uygulamaya konmuştur. Bunun hemen ertesinde WIPO Hakemlik ve Arbuluculuk Merkezi'ne 2 Aralık 1999 tarihinde ilk ihtilaf dosyası müracaatı yapılmış ve ilk on-line karar 14 Ocak 2000 tarihinde verilmiştir. Dava 45 gün içerisinde sonuçlanmış olup, sistemin bu şekilde hızlı çalışması hedeflenmiştir.⁹⁴

ICANN, UDRP sistemini 1 Aralık 1999 tarihinden itibaren uygulamaya başlamış, ancak prosedürün resmi anlamda yürürlüğe girmesi 1 Ocak 2000 tarihi olmuştur.

Mevcut durumda, ICANN tarafından yetkilendirilen beş adet yetkili servis sağlayıcı⁹⁵ UDRP kurallarına göre alan ismi uyuşmazlıklarının çözümü için başvuruları kabul etmektedir.

WIPO,⁹⁶ 1994 yılında kurulmuştur. Merkezi İsviçre'nin Cenevre şehrinde yer almaktadır. WIPO, Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi (WIPO, Arbitration and Mediation

⁹³ Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en> Kurallar'ın Türkçe tercümesi için bkz. Tamer Soysal, Alan İsmi Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Yeknesak Politikalar (UDRP) Çevirisi, Türkiye Adalet Akademisi, Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Sayı: 18, Temmuz 2015.

⁹⁴ WIPO Arbitration and Mediation Center, Case No. D99-0001, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/1999/d1999-0001.html> (worldwrestlingfederation.com) Dünya Güreş Federasyonu (World Wrestling Federation) tarafından yapılan bu şikayette, 7 Ekim 1999'da "ilk gelen, ilk alır" kuralından faydalanarak 'www.worldwrestlingfederation.com' alan adını kayıt ettiren Michael Bosman adlı kişi, alan adını kayıt ettirdikten üç gün sonra, alan adını şikayetçiye satmak istemiştir. 14 Ocak 2000 tarihinde Hakem olarak görev yapan M. Scott Donahey tarafından verilen Karar ile alan adının şikayetçi tarafa transferine karar verilmiştir.

⁹⁵ Bu servis sağlayıcıları şu şekildedir: 1- Arap Alan Adları Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (Arab Center for Domain Name Dispute Resolution-ACDR), 2- Asya Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (Asian Domain Name Dispute Resolution Center), 3- Çek Cumhuriyeti Tahkim Mahkemesi, İnternet Uyuşmazlıkları Tahkim Merkezi, (The Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes), 4- Ulusal Tahkim Forumu (National Arbitration Forum-NAF), 5- Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO). Bkz. ICANN, <https://www.icann.org/resources/pages/providers-6d-2012-02-25-en>

⁹⁶ WIPO, <http://arbiter.wipo.int/domains/>

Center), 1 Aralık 1999 tarihinde akredite edilmiştir. Akredite edilen ilk servis sağlayıcıdır. Alan adı ihtilaflarında en çok tercih edilen servis sağlayıcıdır. Bugüne kadar toplam 33.871 alan adı uyuşmazlığında, 29.588 uyuşmazlıkta alan adının transferine, 3737 uyuşmazlıkta talebin reddine ve 546 uyuşmazlıkta alan adının iptaline (cancellation) karar verilmiştir.⁹⁷ WIPO'nun bu konumu nedeniyle, incelememiz WIPO kararları esas alınmak suretiyle yapılacaktır.

UDRP kurallarının birinci maddesinde amaç belirtilmiştir. Amaç, alan adının kaydı veya kullanımından doğabilecek anlaşmazlıklarla ilgili hüküm ve şartları belirlemektir. Alan adı için başvuruda bulunan kişi, verilen bilgilerin eksiksiz ve doğru olduğunu, alan adı kaydının üçüncü bir tarafın yasal haklarını ihlal etmeyeceğini, kanunsuz bir iş yapmak amacıyla kayıt yaptırmadığını ve alan adını kanuna aykırı şekilde kullanmayacağını garanti edecektir (UDRP, m.2). Dolayısıyla, kayıt edilen alan adı üçüncü bir tarafın haklarını ihlal ediyor veya kanuna aykırı surette kullanılıyorsa, alan adı korunmayacaktır. UDRP'nin 4. maddesinde, alan adı ile ilgili bir uyuşmazlığın UDRP vasıtasıyla silinmesi veya devri için gerekli şartlar "Zorunlu İdari Hükümler" başlığı altında sayılmıştır. Buna göre alan adı ile ilgili yetkili servis sağlayıcılarından birine başvuran şikayetçi şu hususları savunacak ve ispatlayacaktır:

a. İnternet Alan Adının ticari bir marka veya hizmet markası ile aynı veya itibasa mahal verecek şekilde benzer olduğunu,

b. İnternet Alan Adı üzerinde herhangi bir hakkı veya haklı menfaati olmadığını,

c. İnternet Alan Adının kötüniyetli olarak kayıt edilmiş ve kullanılmış olduğunu.
Davacı, uyuşmazlık çözümünde bu üç unsurun da bulunduğunu ispatlamalıdır.

bb. Alan Adlarının Eleştiri Amaçlı Kullanımı ve Verilen Kararlara Bakış

İnternet üzerinde şirketlere veya şirketlerin ürettikleri mal ve hizmetlere yönelik şikayet, eleştiri ve yorumlar veya ünlü kişiler ile ilgili eleştiri amacıyla alan adlarının kullanılmasına 'cyber-gripping (siber-şikayet)' adı verilmektedir.⁹⁸ Birleşik Devletler'de özellikle alan adlarının sonuna eklenen 'sucks' eki bu neviden alan adlarını belirtmek için sık olarak kullanılmaktadır.⁹⁹

Alan adının siber-şikayet (cyber-gripping) şeklinde kullanımı halinde, bu durumun 'siber korsanlık (cyber-squatting)'¹⁰⁰ hali oluşturup oluşturmayacağı,

⁹⁷ WIPO, Case Outcome (Consolidated), All Years, https://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/decision_rate.jsp?year= (Son Erişim Tarihi: 08.04.2019).

⁹⁸ Word Spy, <http://www.wordspy.com/words/cybergripping.asp>

⁹⁹ Bu neviden alan adları için bkz. <http://www.webgripesites.com/> ve <http://www.cybergripping.com/>

¹⁰⁰ Cybersquatters (siber korsanlık yapan kişiler) "alan adı korsanları (domain name pirates veya domain name hijackers)" olarak da adlandırılır. Siber korsanlık, bilhassa internet alan adlarının ticari olarak kullanımına ilk izin verildiği yıllarda ünlü markalardan oluşan alan adlarını önceden kayıt ettirerek marka sahiplerine yüklü meblağlar karşılığında alan adını

genellikle anayasal ifade özgürlüğü ile marka hukuku koruması arasındaki sınır değerlendirilmek suretiyle belirlenmeye çalışılmaktadır. UDRP kurallarının 4 (c) (iii) maddesinde; internet alan adının "ticari olmayan yasal kullanımı ile dürüst kullanımı (legitimate noncommercial or fair use)", alan adı üzerinde "haklı menfaat (legitimate interests)" olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla alan adının "ticari olmayan yasal veya dürüst kullanımı" meşru kullanım olarak kabul edilecektir.

Dürüst kullanım doktrini, fikri mülkiyet hukukunda uygulandığı gibi hukukun da genel prensiplerinden birisidir. TRIPS'in 17. maddesinde "(M)arka sahibinin ve üçüncü tarafların meşru menfaatlerinin dikkate alınması koşuluyla, tanımlayıcı terimlerin adil kullanımı gibi, bir marka ile tanınan haklara sınırlı istisnalar uygulanabilir" diyerek dürüst kullanıma atıfta bulunmuştur.

Seçilmiş UDRP Soruları Üzerine Oluşturulan 2011 tarihli WIPO Panel Görüşlerine Genel Bakış'ta¹⁰¹ konuya ilişkin olarak hakemlerin herhangi bir uygulama üzerinde görüş birliğine ulaşamadıkları ancak temel olarak iki görüşü uyguladıkları belirtilmiştir. Birinci görüşe göre; eleştiri ve düşünce özgürlüğü, korunan bir marka ile aynı veya karıştırılabilecek kadar benzer alan adlarını kayıt etme ve kullanmayı da kapsar şekilde genişletilmemelidir. Bu durum özellikle markanın hiçbir ek almaksızın kullanılması durumunda geçerli olacaktır.¹⁰² Ancak bu görüş sahipleri, markanın örneğin "sucks" gibi çeşitli ekler vasıtasıyla alan adı olarak kaydedilmesi ve ticari olmayan gaye ile eleştiri amaçlı kullanılması durumunda ikinci görüşü uygulayabilmektedir.

İkinci görüşe göre; alan adının, eleştiri amacıyla kullanıldığına ilişkin hiçbir ek almaması durumunda dahi, alan adını kullanan tarafın, dürüst ve ticari olmayan gaye ile eleştiri amaçlı hareket etmesi durumunda marka hakkı ihlali bulunmadığı yönünde kararlar verilebilmektedir.¹⁰³

satma girişimlerini ifade etmektedir. Bkz. Graham J. H. Smith, Internet Law and Regulation, Third Edition, Bird&Bird 2002., s. 78

¹⁰¹ WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition (WIPO Overview 2.0), <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/#24>

¹⁰² Bu görüş esas alınarak çözülen uyuşmazlıklar için bkz. WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-1314.html> (skatteetaten.com)(Transfer); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0763.html> (myeronline.com) (Transfer); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2007/d2007-1461.html> (1066ha.com)(Transfer); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0022.html> (fbcglenarden.com) (Transfer).

¹⁰³ Bu görüş esas alınarak çözülen uyuşmazlıklar için bkz. WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0190.html> (bridgestone-firestone.net); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0536.html> (tmpworldwide.net, tmpworldwide.org); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2004/d2004-0014.html> (hjta.com); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2008/d2008-0647.html> (sermosucks.com) Bu uyuşmazlıklarda, alan adının transferi talepleri reddedilmiştir.

Bu iki görüş dışında, bazı Panel kararları ile başka kriterler belirlenmiştir. Bu kriterler;

(i) Alan adı gerçekten marka sahibini eleştirmek için kayıt edilmiş ve kullanılmakta mıdır?

(ii) Alan adını kayıt ettirenin eleştiri için iyi bir sebebi olmalıdır ve ticari kazanç güdülmemelidir.

(iii) İnternet sitesi ziyaret edildiğinde, internet kullanıcıları sitenin marka sahibine ait olmadığını kolay bir şekilde anlayabilmelidir.

(iv) Alan adını kayıt ettiren, marka sahibine ait başkaca alan adlarını da kayıt ettirmekten kaçınmalıdır.

(v) Uygun durum oluştuğunda, alan adı sahibinin, kendi sitesinden gerçek marka sahibinin resmi internet sitesine bağlantı sağlaması gerekir.

(vi) Alan adının, marka sahibi ile bağlantısı olduğunu sanarak e-posta gönderen kullanıcılar uygun bir şekilde, sitenin marka sahibi ile bağlantısı olmadığı konusunda uyarılmalıdır.¹⁰⁴

Seçilmiş UDRP Soruları Üzerine Oluşturulan WIPO Panel Görüşleri'nin (WIPO İçtihatlarına Bakış, 3.0) 2017 tarihli versiyonunda alan adı sahibinin dürüst kullanımı değerlendirilmesi yapılırken temel esas olarak alan adının marka ile arasında bir bağlantı veya yakın ilişki varmış intibai uyandıran davranışların 'dürüst (fair)' olarak nitelendirilmeyeceği belirtilmiştir.¹⁰⁵ Buna karşılık markanın 'sucks' eki gibi eleştiri amaçlı kullanıldığını gösteren eklerle birlikte kullanılması halinde, alan adı ile marka arasında bu tür bir yakın bağlantı olmadığı kabul edilecektir. Bu nedenle UDRP içtihatlarında alan adının ifade özgürlüğü kapsamında ticari olmayan kullanımları, genel olarak alan adı sahibinin alan adı üzerindeki hakkı veya haklı menfaati kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak bunun için, alan adı sahibinin eleştiri amaçlı kullanımının gerçek olması ve ticari nitelik içermemesi gerekir. Bu unsurların bulunmadığı çeşitli uyuşmazlıklarda hakemler, eleştiri amaçlı kullanımın siber korsanlığı maskeleyen için kullanıldığı yönünde kararlar vermişlerdir.

WIPO İçtihatlarına Bakış Raporu'nda¹⁰⁶ eleştiri amaçlı kullanımın meşru

¹⁰⁴ Bu görüşlerin belirtildiği kararlar için bkz. WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2004/d2004-0206.html> (covancecampaign.com)(Ret); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2007/d2007-1947.html> (calvinayrefoundation.org) (Transfer); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0062.html> (royalholiday.info)(Transfer); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0076.html> (midlandheart.com)(Ret)

¹⁰⁵ WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition (WIPO Jurisprudential Overview 3.0), <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>, 2.5., What are some core factors UDRP panels look at in assessing fair use?.

¹⁰⁶ WIPO Jurisprudential Overview 3.0, 2.6. Does a criticism site support respondent rights or legitimate interests?.

kabul edilmesine ilişkin görüşün, alan adı ile markanın aynı olduğu veya bir harf dışında aynı olduğu (typo-squatting)¹⁰⁷ halleri de kapsar şekilde genişletilemeyeceği de belirtilmiştir. Alan adı ile markanın aynı yahut ayniyet derecesinde benzer olduğu hallerde, alan adının kullanımı gerçekten eleştiri amaçlı olsa ve ticari nitelik taşımasa dahi bu kullanım meşru kabul edilemeyecektir. Buna karşılık alan adı sahibi, markaya 'sucks' veya benzeri bir küçültücü (derogatory) ifadeyi ekleyerek alan adını kullanıyorsa ve bu kullanım ticari nitelik taşımıyor ve gerçek bir eleştiri sitesi şeklinde ise, bu takdirde WIPO içtihatları bu kullanımı meşru kullanım kapsamında değerlendirmektedir. Hatta bazı Hakem kararlarında, örneğin alan adının ve web sitesinin kullanılması için hosting ve kayıt masrafları gibi masrafların kullanıcılarından toplanması gibi önemsiz ticari faaliyetlerin dahi, alan adının meşru kullanımına hanel getirmeyeceği kabul edilmiştir.

UDRP Kuralları'na göre karar veren Hakemler, pek çok Karar'da, ünlü markaların alan adı olarak kullanılmasını başkaca bir incelemeye dahi gerek duymaksızın, kötüniyetli kullanım olarak kabul etmiştir.¹⁰⁸ WalMart Stores¹⁰⁹ ile Walsucks arasındaki uyuşmazlıkta sorumlu (respondent) şirket "walmartcanadasucks.com", "wal-martcanadasucks.com", "walmartuksucks.com", "walmartpuertorico.com" ve "walmartpuertoricosucks.com" alan adlarını 13 Mayıs 2000, 15 Mayıs 2000 ve 17 Mayıs 2000 tarihlerinde kayıt ettirmiştir. Şikayetçinin (Complainant), "Wal-Mart" markası tescillidir ve 1965'ten beri Kanada'da, 1962'den beri de ABD'de bilinmekte ve kullanılmaktadır. Şikayetçi, markasını 1993'te ABD'de, 1998'de ise Kanada'da tescil ettirmiştir. Ayrıca "Wal-Mart" markası 46 ülkede daha tescil edilmiş veya tescil için başvuruda bulunulmuştur. Şikayetçi şirket, "walmart.com", "wal-mart.com" ve "wal-martstores.com" alan adları altında faaliyetlerini sürdürmektedir. Davacı,¹¹⁰ davalının¹¹¹ "wal-mart" markası üzerinde herhangi

¹⁰⁷ Typo-squatting eylemi de esasen siber korsanlığın bir türüdür.'Typo' ve 'Typographical error' kelimeleri baskı ve matbaa hatalarını ifade etmek için kullanılır. Kelime mekanik veya el/parmak hatalarını içerir fakat bilgisizlikten dolayı oluşmuş hataları içermez. İnternet kullanımında da kullanıcıların gitmek istedikleri internet sitesi ile adres satırına yazmış oldukları internet sitesinin harf hataları nedeniyle farklılaşmasını ifade eder. Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Typographical_error ve <http://en.wikipedia.org/wiki/Typosquatting> Bkz. Soysal, Domain Name Law, s. 433.

¹⁰⁸ M.Lisa Sharrock; The Future of Domain Name Dispute Resolution: Craftin Practical International Legal Solutions From within the UDRP Framework, Duke Law Journal, Vol. 51, s.835 vd.

¹⁰⁹ Wal-Mart Stores, 1972 yılından beri perakende satışı ile uğraşan mağazalar zinciridir. Bkz. <http://www.walmart.com>

¹¹⁰ WIPO Hakem kararlarında 'şikayetçi (complainant) şeklinde geçen taraf, makalemizde anlatım kolaylığı açısından 'davacı' olarak belirtilecektir.

¹¹¹ WIPO Hakem kararlarında 'sorumlu (respondent)' şeklinde geçen taraf, makalemizde anlatım kolaylığı açısından 'davalı' olarak belirtilecektir.

bir hakkı veya haklı kullanımı olmadığını iddia etmiştir.

Davalı, internet üzerinde “sucks” eklenerek yapılan alan adları ile meşru eleştiri hakkının kullanıldığını, “lucentsucks.com” alan adının benzer şekilde kullanımını Virginia Bölge mahkemesinin¹¹² düşüncesi açıklama özgürlüğü (freedom of speech) kapsamında değerlendirdiğini, yine Kanada Ottawa Üniversitesi Profesörlerinden Michael Geist'in “lucentsucks.com” kararını isabetli olarak değerlendirdiği ve siber uzaydaki bu tür kullanımın ‘meşru kullanım’ kapsamında görülmesi gerektiği hususlarını belirtmiştir.

Panel, “lucentsucks.com” kararının somut uyuşmazlıktan farklı olduğunu ifade etmiştir. Öncelikle “lucentsucks.com” alan adı uyuşmazlığında, davacının markası ile alan adının karıştırılma tehlikesi bulunmamaktadır. Oysa somut uyuşmazlıkta, davacının markaları ABD ve Kanada’da tanınmış marka niteliğindedir ve davacı “walmart.com” alan adı ile tanınmaktadır. Kullanılan alan adları ile davacının tescilli markası olan “Wal-Mart” markası karıştırılabilecek kadar benzerdir. Davalı, bu alan adları ile dürüst bir kullanım içinde olduğunu da ispatlayamamıştır. Panel, bu görüşlerle alan adlarının, davacı firmaya transferine 20 Temmuz 2000 tarihinde karar vermiştir.¹¹³

Bir başka uyuşmazlıkta davacı Bridgestone Firestone Inc., davalı ise 28 Ağustos 1999’da ‘bridgestone-firestone.net’ alan adını kayıt ettiren Jack Myers adındaki kişidir. Davacı, 29 Mart 1921 ile 13 Nisan 1999 tarihleri arasında “Bridgestone and Firestone” adlarını çeşitli şekillerde marka olarak tescil ettirmiştir. Davacı 1921’den beri araba lastikleri alanında faaliyet göstermektedir. Davacı, faaliyetleri ile ilgili olarak ‘bridgestone-firestone.com’ alan adını kullanmaktadır. Davacı, 20 Mart 2000 tarihinde WIPO’ya başvurmuştur.

Davalı savunmasında, davacının tescilli markalarını alan adı olarak kullanması eyleminin, Birleşik Devletler Anayasası’nda düzenlenen ifade özgürlüğü ve 1996 tarihli Birleşik Devletler Anti-Dilution Kanunu¹¹⁴ kapsamında ‘dürüst kullanım’ niteliğinde olduğunu ve marka hakkının ihlali olmadığını belirtmiştir. Davalı, internet sitesini davacının firmasıyla ilgili şikayet ve görüşler için kullanmaktadır. Ayrıca internet sitesinin ana sayfasında “Bu web sitesinin Bridgestone/Firestone

¹¹² Lucent Techs., Inc., v. LucentSucks.com, United States District Court for the Eastern District of Virginia, 95 F. Supp. 2d 528., May 3, 2000.

¹¹³ WIPO, <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-0477.html> (walmartcanadasucks.com, wal-martcanadasucks.com, walmartuksucks.com, walmartpuertorico.com, walmartpuertoricosucks.com) Aynı yönde; NAF, <http://www.arbforum.com/domains/decisions/102247.htm> (kendallhuntsucks.com), <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2001/d2001-1195.html> (philipssucks.com)

¹¹⁴ ABD Markanın Sulandırılmasına İlişkin Federal Kanun, United States of America, Federal Dilution Act of 1995. Kanun'da 6 Ekim 2006 tarihinde değişiklikler yapılmıştır Bkz. Trademark Dilution Revision Act of 2006, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-109publ312/pdf/PLAW-109publ312.pdf>

Şirketi ile herhangi bir şekilde bağlantısı yoktur” uyarısı bulunmaktadır.

Hakem, Birleşik Devletler Mahkemeleri tarafından eleştiri hakkı kapsamında markanın kullanılmasına izin veren kararları da örnek göstererek davalının kullanımının ticari kullanım olmadığını, alan adının eleştiri hakkı kapsamında kullanıldığını üstelik kullanılan internet alan adının ‘com’ uzantılı değil, ‘net’ uzantılı olduğunu belirtmiş ve ‘dürüst kullanım’ olduğuna karar vererek marka sahibinin talebini 6 Temmuz 2000’de verdiği Karar ile reddetmiştir.¹¹⁵

2014 yılında karara bağlanan uyuşmazlıkta davacı 'nixsolutions.com' alan adını kullanan Ukrayna merkezli bir yazılım ve teknoloji şirkettir. Davacı, 'nix' adını Ukrayna'da marka olarak tescil ettirmiştir. Davalı ise 'nixsolutions-sucks.com' alan adını 2013 yılında kayıt ettirmiş ve davacı şirket ile ilgili eleştiri ve görüşleri yayımlamak için kullanmaktadır. Davalı internet sitesinde 'Nix Solutions Inc. Şirketinden Sakının (Beware of Nix Solutions Inc.)' ifadesi yer almakta ve davacı şirket ile bağlantılı kişilerin isimleri "Dolandırıcı ve Hırsızlar Listesi (List of Scammers and Thieves)" başlığı ile yayımlanmaktadır. Web sitesinde, davacı şirkete yönelik yasal davalara da yer verilmektedir. Hakem kararında, davalının davacı ile rekabet hali bulunmadığını, internet sitesinde ticari bir faaliyet de olmadığını, davalının internet sitesinde reklama dahi yer vermediğini, sadece davacı şirket ile ilgili diğer müşterileri uyaran ifadeler ile eleştirilerin yer aldığını belirtmiştir. Davacı, davalının internet sitesinde kendisiyle ilgili kanıtlanmamış iddialarda bulunduğunu belirtmiş ise de, Panel, UDRP Çözüm usulünün bu iddiaların gerçekliğini araştırmak olmadığını, alan adının ticari olmayan amaçlarla eleştiri amaçlı kullanımının tespitinin yeterli olduğunu belirtmiştir. Bu görüşlerle Panel, 7 Ekim 2014 tarihinde verdiği Karar ile alan adının transferi talebini reddetmiştir.¹¹⁶

Bir başka Karar'da davacı İngiltere merkezli olarak tüm Avrupa'da faaliyetleri olan bir sermaye piyasası değerlendirme şirketi ve gayrimenkul ve taşınabilir mallara ait aracılık hizmetleri sunan profesyonel bir şirket olan 'Royal Institution of Chartered Surveyors (Yeminli Uzmanlar Kraliyet Enstitüsü)' şirkettir. Davacı, 'RICS' adını 2003 yılında marka olarak tescil ettirmiş ve 'rics.org' alan adını kullanmaktadır. Davalı ise davacının üyelerinden birisidir ve davacı ile yaşadığı anlaşmazlık sonucu disiplin işlemi uygulanmış ve üyelikten atılmıştır. Bunun üzerine mahkemeye başvuran davalı, yeniden üyelik tesis ettirmiştir. Ardından 4 Ekim 2011 tarihinde 'rics-corruption.com' alan adını ve 14 Aralık 2015 tarihinde 'ricsfrance.com' alan adlarını kayıt ettirmiştir. Davalı bu sitelerde kendisine davacı tarafından uygulanan disiplin işlemini ayrıntılarıyla anlatan

¹¹⁵ WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0190.html> (bridgestone-firestone.net)

¹¹⁶ WIPO, <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2014-1475> (nixsolutions-sucks.com ve nixsolutionsucks.com)

bilgiler ve belgeler yayımlamakta ayrıca dozu fazla olan eleştiriler sıralamaktadır. Örneğin davalının web sitesinde "Yeminli Uzmanların Düzenleyici Otoritesi İnsan Haklarını İstismar Ediyor (The Surveyor's Regulatory Authority Abused Human Rights)" ve "Temyiz Paneli, RICS Disiplin Duruşması Paneli'nin Mr. Martin Rushton'un RICS Kural ve Davranış Kuralları'nı ihlal ettiğine ilişkin yanlış (ve aşağılayıcı) kararına ulaşırken (sinsi ve derinden) yasaya aykırı şekilde hareket ettiğine karar verdi" şeklinde ifadeler yer almaktadır.

Panel değerlendirme yaparken 'ricsfrance.com' ve 'rics-corruption.com' alan adları arasında bir ayırım yapmıştır. Davalı, 'ricks-corruption.com' internet sitesinde kendine göre haklı olduğu konuları dile getirmekte, zaman zaman da davacının başka müşterilerinin görüşlerini yayımlamaktadır. Bu hususların doğruluğu davacı tarafından ayrı bir prosedür ile takip edilmesi gereken konulardır. UDRP Panel kararları ağırlıklı olarak bu tür kullanımların ifade özgürlüğü kapsamında olduğu şeklindedir. İfade özgürlüğü haklarının kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilirken, davalının ticari bir faaliyeti olup olmadığı, davacının marka haklarına zarar verme kastıyla hareket edip etmediği ile davacının marka/internet sitesi ile bir karıştırma olup olmadığı hususlarının dikkate alınacağını, davalının ticari bir faaliyeti olmadığı gibi 'corruption' ibaresinden internet sitesinin eleştiri amaçlı olarak kullanıldığının anlaşıldığı ifade edilmiştir. Bu görüşlerle Panel, 'ricks-corruption.com' alan adının transferi talebinin reddine karar vermiştir. Buna karşılık 'ricsfrance.com' alan adı davacı ile davalı arasında bir bağlantı olduğu yahut bu sitenin davacıya ait olduğu izlenimi oluşturmaktadır. Bu yüzden Panel, bu alan adının davacıya transferine karar vermiştir.¹¹⁷

c. ABD'de Markaların İnternet Alan Adında Eleştiri/Yakınma Amaçlı Kullanımına Yaklaşım

Alan adları ile ilgili uyuşmazlıkların artması üzerine, ABD'de 29 Kasım 1999 tarihinde internet üzerinde siber korsanlık ile mücadele için, "Siber Korsanlığa Karşı Tüketiciyi Koruma Kanunu (Anti-cybersquatting Consumer Protection Act-ACPA)"¹¹⁸ yürürlüğe girmiştir. ABD'de 5 Temmuz 1996'dan beri yürürlükte olan ve markaların korunması ile ilgili düzenlemeler içeren Lanham Markalar Kanunu'nun 43 üncü maddesine eklenen (d) bölümü ile yürürlüğe giren ACPA markalar ve kişi adlarının alan adı olarak kullanılmasını önlemeyi amaçlayan düzenlemeler içermektedir.

ACPA, UDRP gibi alternatif bir çözüm usulü olmayıp, mahkemeler nezdinde uyuşmazlıkların çözümünü sağlayan yargısal bir çözüm usulü getirmektedir.

¹¹⁷ WIPO, <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2016-0951> (ricsfrance.com ve rics-corruption.com)

¹¹⁸ ACPA kuralları için bkz. <http://www.gigalaw.com/library/anticybersquattingact-1999-11-29-p1.html>

ACPA'nın yürürlüğe girmesi ile marka sahipleri için, alacak davaları (in personam)¹¹⁹ yanında, çok tartışılan eşyaya bağlı aynı hak davaları (in rem action)¹²⁰ açmak da mümkün hale gelmiştir.¹²¹

ACPA'da, internet alan adı, "herhangi bir yetkili kayıt kurumu tarafından internet üzerinde kayıtlı bir bilgisayarı tanımlamak üzere kayıt edilen elektronik bir adresten oluşan, alfanumerik bir belirteç" olarak tanımlanmıştır.

ACPA'ya göre talepte bulunabilmek için alan adının ticari kullanımı şart değildir. Önemli olan alan adının kötüniyetli olarak kullanıldığının ortaya konulmasıdır.¹²²

ACPA'ya göre marka sahibi; i. Markasının ayırt edici niteliğe sahip olduğunu veya tanınmış marka niteliğinde olduğunu; ii. Alan adı sahibinin markadan kazanç sağlamak amacıyla kötüniyetli olarak hareket ettiğini; iii. Alan adı ile markanın aynı veya karıştırılacak kadar benzer olduğunu ispatlamalıdır.

ACPA kapsamında, alan adını kullanan tarafın sorumlu olması için, alan adını kullananın aynı zamanda alan adını kayıt eden veya alan adını kayıt edenin yetkili lisans sahibi olması gerekir (ACPA, 1125 (d)(1)(D)).

Markanın ayırt edicilik karakteri veya tanınmış olma şartı, alan adının kayıt edildiği tarihte mevcut olmalıdır. Aynı şekilde "alan adının kötüniyetli olarak kayıt edildiği" şartı da "alan adı kayıt tarihinde (at the time of registration)" mevcut olmalıdır (ACPA, 1125(d)(1)). Bu durum, alan adını iyiniyet ile kayıt ettirdikten sonra, bu hakkın ilk kayıttan bağımsız şekilde başkasına devri

¹¹⁹ 'In Personam' ibaresi, şahsi haktan doğan şahsi talep hakkını ifade eder. Alacak hakkı nisbi haklardanır. Yani sadece belirli bir borçluya veya borçlulara karşı ileri sürülebilir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop; Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.,s.14-15. Kişiyeye bağlı davanın, doğal sonucu yetki meselesinin de kişiyeye bağlı olarak belirlenmesidir. Bkz. In Personam, <http://dictionary.law.com/>; Türk Hukukunda HMK 6 ncı maddesi (HUMK m. 9) ile genel yetki 'davalının ikametgahı mahkemesi' nin bulunduğu yer olarak belirlenmiştir.

¹²⁰ In Rem Action ibaresi, eşyaya bağlı aynı hakları ifade eder. Aynı haklar, sahibine mutlak haklar verir. Eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlar ve hiç kimsenin araya girmesine, aracılık etmesine lüzum olmaksızın kendini gösterir. Aynı haklar, herkese karşı ileri sürülebilir. Bkz. M. Kemal Oğuzman; Özer Seliçi; Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 14 vd. Aynı haklara ilişkin davalar, aynı hakkın bulunduğu yerde açılırlar. Bkz. Jurisdiction, <http://dictionary.law.com/>; Türk Hukukunda da HMK 12 nci maddesine göre (HUMK m. 13) gayrimenkule ilişkin davalar gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinde görülürler.

¹²¹ Alan adlarının hak niteliği ile üzerinde mülkiyet hakkı kurulup kurulamayacağına ilişkin bkz. Tamer Soysal, İnternet Alan Adlarının 'Hak' Niteliği ve AİHM'in Paefgen v. Almanya Kararı Çerçevesinde Alan Adları Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tesisi, Adalet Bakanlığı, Adalet Dergisi, S. 54, Ocak 2016 (s. 1-25), <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/54.sayi/3.pdf>

¹²² Jerry Abeles, Courts must weight the claims of Trademark Holders against the rights of Domain Name Registrants, Los Angeles Lawyer, October 2013, 26., <http://www.lacba.org/Files/LAL/Vol36No7/3084.pdf>

halinde, bu kişinin sorumlu olup olmayacağı hususunda belirsizlik oluşmasına sebep olmuştur. Mahkemeler, bu belirsizliği alan adını kullanan tarafın, alan adını kullanım şeklini ve kötünüyete ilişkin sınırlı sayıda olmayan halleri dikkate alarak aşmaya çalışmışlardır.¹²³

ACPA'da alan adı korsanlığı için davacının ispatlaması gereken şartlar belirtildikten sonra, kötünüyetin belirlenmesinde dikkate alınacak hususlar – sınırlı sayıda olmayan şekilde- sayılmıştır. Bu hallerden dördüncüsü “alan adı sahibinin, alan adını ticari olmayan gayelerle veya dürüst kullanım şeklinde iyi niyet ile kullanması” olarak belirtilmiştir (ACPA, 1125(d)(1)(B)(i)(IV)). Bu hüküm, ACPA'da alan adı sahibi için, sorumluluktan bağışık tutulma (safe harbor) hali olarak düzenlenmiştir. Bu durum aynı zamanda ‘markanın dürüst kullanılması’ olarak nitelendirilmektedir. Markanın, alan adında mizah, eleştiri gibi amaçlarla kullanılması hali de (cyber-gripping), bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Siber yakınma (cyber-gripping) durumunda, bir tarafın (cyber-griper), bir şikayet veya saldırgan içerikli web sitesi oluşturması ve hedeflenen tarafa (target party) yönelik bir takım eleştiri, şikayet ve hicivler yönelmesi söz konusu olmaktadır. Tipik olarak siber-yakınan (cyber-griper), hedeflediği şirkete ait markaları “sucks.com”, “crooks.com” veya “ripoff.com” gibi marka için aşağılayıcı ifade içeren eklentilerle kullanmayı tercih etmektedir. Ancak pek çok kişi de herhangi bir ek almaksızın, hedeflediği markaya ilişkin alan adlarını kayıt ettirmek suretiyle eleştirilerde bulunmaktadır.

Siber yakınma durumu, alan adlarına ilişkin olarak ABD’de pek çok davada inceleme konusu yapılmıştır. Buna ilişkin hayli meşhur bir uyuşmazlıkta, davacı ünlü hayvan hakları derneği PETA’dır.¹²⁴ PETA, ABD’de hayvanları korumak için çalışmalar yapan ve hayvanlara daha insani davranılmasına yönelik faaliyetlerle uğraşan bir kuruluştur. Doughney adındaki davalı ise, ‘peta.org’ alan adını kayıt ettirerek “People Eating Tasty Animals-PETA” adıyla faaliyet göstermeye başlar. PETA, hayvanlara karşı insani muameleler topluluğu adıyla faaliyet gösterirken, Doughney, aynı kısaltmayı “Lezzetli Hayvanlar Yiyen İnsanlar” şeklinde kullanmaktadır. Doughney, sitesinde avcılık, et yemekleri, hayvan derisi ve kürk gibi konularda ayrıntılı bilgiler vermektedir. Uyuşmazlığı inceleyen Mahkeme, eylemde ACPA’nın 43(d)(1) maddesine göre kötünüyetli kullanım hali olduğuna hükmetmiştir. Siteye girildiği zaman ‘PETA’ kısaltmasının açılımından bu sitenin davacı derneğe ait bir site olmadığı anlaşılmaktadır.

¹²³ Frederick M. Abbott, On the Duality Internet Domain Names: Propertization and its Discontents, New York University, Journal of Intellectual Property and Entertainment Law, Fall 2013, s. 39 vd.

¹²⁴ PETA (People for the Ethical Treatment of Animals), Mart 1980’de Virginia, Norfolk şehrinde kurulmuştur. Dernek 300 çalışanı, 2 milyonu aşkın üyesi ve ilgi çekici protestoları ile hayvan haklarının en önde gelen sivil toplum kuruluşu olmuştur. Derneğin resmi sitesi için bkz. <http://www.peta.org>

Ancak Doughney bu kısaltmayı daha önce hiç kullanmamıştır. PETA kısaltması, hayvan hakları derneği ile tanınmakta ve bilinmektedir. Doughney, davacının adından haksız suretle faydalanarak internet kullanıcılarını kendi sitesine çekmeye çalışmaktadır. Site faaliyetleri de davacının faaliyetleri ile taban tabana zıtlık içermektedir. Bu nedenle davacının imajı olumsuz yönde etkilenmektedir. Mahkeme bu görüşlerle, ACPA'nın 43(d)(1)-B paragrafındaki "kötüniyet testi (bad faith test)" kapsamında davalının kötüniyetli olduğuna karar vermiş ve alan adının davacıya transferine karar vermiştir.¹²⁵ Karar temyiz incelemesi sonucunda da onanmıştır.¹²⁶

ABD'de cyber-gripping örneği bir başka uyuşmazlık Jerry Falwell ile 'fallwell.com' alan adını kayıt ettirip kullanan Christopher Lamparello arasındaki uyuşmazlıktır. Falwell,¹²⁷ Birleşik Devletler ve dünya genelinde önemli bir tanınmışlığa sahip, politik konulara yakınlığıyla tanınan ve televizyon programları da yapan evanjelist¹²⁸ bir din adamıdır. Falwell 'Jerry Falwell', 'Falwell' ve 'Listen America with Jerry Falwell' adlarını marka olarak tescil ettirmiştir. Ayrıca internet üzerinden günde 9.000 ziyaretçisi olan 'falwell.com' (tek "l" harfi ile) alan adını da kullanmıştır.

Davalı Lamparello, 11 Şubat 1999 tarihinde 'fallwell.com' (çift "l" ile) alan adını kayıt ettirmiş ve bu sitede Jerry Falwell'in görüş ve düşüncelerini eleştiren yazılara yer vermeye başlamıştır. Falwell, giriş sayfasında 'This web site is NOT affiliated with Jerry Falwell or his ministry'¹²⁹ şeklinde sitenin Falwell'in resmi sitesi ile ilgisi olmadığı yasal uyarısını yapmaktadır. Ayrıca Jerry Falwell'in resmi internet sitesine kendi sitesinden bağlantı koymuştur. Falwell, Ekim 2001

¹²⁵ People for the Ethical Treatment of Animals v. Doughney, 263 F. 3d 359, 2001.

¹²⁶ Peta v. Doughney, CA-99-1336-A, United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, August 23, 2001. Karar için bkz. http://cyber.law.harvard.edu/stjohns/PETA_v_Doughney.html

¹²⁷ Jerry Lamon Falwell, 1933-2007 yılları arasında yaşamıştır. 1956'da Thomas Road Baptist Kilise'sini kurmuş, 1971'de Liberty Üniversitesi'ni ve 1979'da Moral Majority Topluluğunu kurmuştur. Falwell için bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Jerry_Falwell

¹²⁸ Evanjelist kelimesi, Eski Yunanca'da 'euangelion', latince 'evangelium' kelimelerinden türemiştir. Kelime, eski Yunanca'da 'iyi ve müjdeli haber getiren haberciye verilen mükafat' anlamındayken sonraları 'müjdeli haber' anlamında kullanılmıştır. 'Melek' anlamındaki 'angel' kelimesi de aynı kökten gelmektedir. Kelime, hristiyanlık teolojisinde 'gospel' anlamında genel kabul görmüş dört incili (matta, markos, luka, yuhanna) ifade etmeye başlamış ve bu dört incil yazarına da 'four evangelist (Dört Evanjelist)' denilmiştir. Evanjelizm, 'kutsal kitaba yönelmek', evanjelist 'hristiyan bilgisini yayan, vaaz eden kişi (proselytism)', evanjelik ise 'protestan kilisenin muhazakar kanadını' ifade eder. Evanjelistlerin en belirgin özelliği Eski Ahiddeki (Old Testament) 'seçilmiş kavim' inancını benimsemiş olmalarıdır. Evanjelizm için bkz. Stephen Sizer, Christian Zionism: Its History, Theology and Politics, AAARGH Internet Editions, 2005, <http://aaargh.vho.org/fran/livres2/SIZERchriszion.pdf>; Evanjelizmi yaymak için vaazların televizyondan yapılması durumu, 'television' ve 'evangelism' kelimelerinin birleşimi ile 'televangelism' olarak adlandırılmıştır. Jerry Falwell en tanınmış televanjelik din adamlarındandır. Bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/Televangelism>

¹²⁹ "Bu web sitesi Jerry Falwell veya kilisesi ile bağlantılı değildir"

ve Haziran 2003'te, site sahibi Lamparello'ya iki mektup yazmış ve "fallwell.com" internet alan adının kendisine devrini talep etmiş, aksi takdirde sitede kendi isminin kullanılmamasını istemiştir. Lamparello ise derhal bir menfi tespit davası açarak kendisinin Falwell'in haklarını ihlal etmediğinin tespitini istemiştir. Falwell karşı dava açmış ve Lamparello'nun 'fallwell.com' alan adını kullanmasının, ABD Markalar Kanunu'na aykırı olduğunu ve ayrıca haksız rekabet teşkil ettiğini ve ACPA kapsamında da siber korsanlık hali olduğunu iddia etmiştir. Yerel Mahkeme verdiği Karar ile Lamparello'yu söz konusu alan adını kullanmaktan men etmiş ancak Falwell'in talep ettiği yasal tazminat ve avukatlık ücreti talebini reddetmiştir. İki taraf da, Karar'ı temyiz etmiştir.

Temyiz Mahkemesi, öncelikle marka hakkı ihlali ile menşei konusunda aldatma olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, bunların olması için ilk şart olarak alan adının kullanımının ticari bir kullanım olması gerektiğini belirtmiştir. Karar'da marka hukukunun üç önemli fonksiyonu olduğu belirtilmiştir: i. Marka hukuku, ürünün kimliğini korur (to protect product identification), ii. Tüketicinin bilgilenmesini sağlar (to provide consumer information) iii. Kaliteli mal ve hizmet üretimini teşvik eder (to encourage the production of quality goods and services). Marka hukukunun bu fonksiyonları, ifade hürriyetini kontrol etmek veya denetim altına almak için kullanılmamalıdır.¹³⁰ Çünkü ürünlerin eleştirilmesi ve ürünle ilgili görüş ve yorumların paylaşılmasında, kamunun menfaati vardır ve aynı zamanda bu düşünce özgürlüğünün de bir parçasıdır. Kişiler sürekli ürüne ilişkin hakları ihlal edeceği tehdidi altında kalırlarsa, özgürlüğün sağlanması mümkün olmayacaktır.

1995 tarihli Federal Trademark Dilution Act ve 1999 tarihli ACPA düzenlemeleri ile ticari menfaat ile hareket edilmeyen durumlarda marka ihlalinin oluşması güç olacaktır. Ancak Lanham Kanunu'nun (32) ve 43(a)) göre bu husus daha geniş yorumlanmak suretiyle, ticari olmayan kullanımlarda dahi marka hakkının ihlal edildiği sonucuna varılabilecektir. PETA kararında olduğu gibi mal ve hizmet satışı yapılmassa dahi, faaliyet "mal ve hizmetlerle bağlantılı (in connection with goods or services)" kabul edilerek marka hakkının ihlal edildiği sonucuna varılabilecektir.

Temyiz Mahkemesi, bu görüşlerin ardından, marka hukukunda ihlalin temel noktasının "karıştırılma ihtimali (likelihood of confusion)" olduğunu belirtmiştir. Somut uyuşmazlıkta, davalının internet sitesi ile davacının internet sitesinin karıştırılma ihtimali bulunmamaktadır. Davalı, internet sitesinde sitenin Falwell'in resmi internet sitesi olmadığını açıkça belirtmektedir. Davalının, siber korsanlık eylemi içinde olduğuna dair başkaca alan adı kaydı bulunmamaktadır. Davalının kötüniyetli olduğuna dair delil bulunmamaktadır.

¹³⁰ Mark A. Lemley, The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense, Yale Law Journal, Vol. 108, 1710-11 1999, s. 1687.

PETA kararında, davalı uyuşmazlığa konu alan adı dışında, 50-60 civarında alan adını da kayıt ettirmişti ve bunları satarak ticari kazanç elde etmek istiyordu. Davalının kötünüyetinin tespitinde, bu hususlar da dikkate alınmıştı. Somut uyuşmazlıkta bu hususlar bulunmamaktadır. Lamparello'nun internet sitesinde kitap satışı için 'amazon.com' internet sitesine bağlantı kurması da, tek başına alan adının ticari gaye ile kullanıldığını göstermez.

Mahkeme, geçmişte benzer şekilde siber korsanlık iddiasına rağmen eleştiri hakkı kapsamında düşünülerek ACPA'ya aykırılık olmadığına karar verilen iki davaya atf yapmıştır. Bu iki dava 2004 yılında karar verilen TrendMaker Homes ve Lucas Nursery Inc. kararlarıdır.

TrendMaker Homes¹³¹ adında lüks evler yapımı işiyle uğraşan şirket müşterilerinden Joseph Maxwell, 'trendmakerhome.com' internet sitesini kayıt ettirerek bu alan adı altında kendi tecrübelerine dayanarak TrendMaker Homes Şirketi ile ilgili şikayet ve eleştirilere yer vermeye başlar. TrendMaker Homes Şirketi'nin alan adı ise 'trendmakerhomes.com' dur. Her iki alan adı arasında sadece 's' harfi farklıdır. Maxwell, ilk kayıt ettirdiği alan adı olan 'trendmakerhome.com' alan adının kayıt süresi dolduktan sonra, bu defa 'trendmakerhome.info' alan adı ile faaliyetlerini sürdürür.

TrendMaker Homes (TMI Inc.), ACPA'ya aykırılık olduğunu, eylemin siberkorsanlık oluşturduğunu, belirterek dava açmış ise de Temyiz sonucu verilen Karar¹³² ile davalının potansiyel müşterilere olumsuz düşünceleri iletmek için hareket ettiği, ticari kullanım olmadığı belirtilerek davacının talebi reddedilmiştir.

Benzer şekilde karar verilen bir başka uyuşmazlıkta bahçe ve fidanlık işiyle uğraşan Lucas Nursery Inc. müşterilerinden Michelle Grosse, Landscaping Inc. isimli işyerinde Lucas Nursery tarafından yapılan işi beğenmeyince, 12 Ağustos 2000 tarihinde 'lucasnursery.com' alan adını kayıt ettirir ve bu sitede Lucas Nursery ile ilgili şikayet ve yorumlar yayımlamaya başlar. Davalı Grosse, sitenin Lucas Nursery'nin resmi sitesi olmadığını belirtmektedir. Ayrıca başkaca alan adı kayıtları yaptırmamış, alan adını satmaya da çalışmamıştır. Mahkeme, ACPA'ya göre davalının eyleminin marka hakkı ihlali olmadığı, ACPA'nın temel amaçlarından bir tanesinin de internet ortamında tüketicileri korumak olduğu tespitini yapmıştır.¹³³

Bu iki örnek Karar'da belirtilen düşüncelerden de yola çıkan Yüksek Mahkeme, 'fallwell.com' alan adını kayıt ettiren Lamparello'nun eyleminin eleştiri hakkı

¹³¹ Şirket'in resmi internet sitesi için bkz. <http://www.trendmakerhomes.com/>

¹³² TMI, Inc. v. Maxwell, 368 F. 3d 433, 434-35 5 th Circuit, April 21, 2004, Karar için bkz. <http://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/03/03-20243-CV0.wpd.pdf>

¹³³ Lucas Nursery Inc., & Landscaping, Inc., 359 F.3d 806, 810 (6 th Circuit, March 5, 2004). Karar için bkz. <http://www.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/04a0071p-06.pdf>

kapsamında olduğunu, ticari kullanım ve kötünietli kullanım olmadığını belirterek ACPA'ya göre marka hakkı ihlali oluşmadığına karar vermiştir.¹³⁴

İnternet alan adının tescilli marka ile birlikte eleştiri içerik şeklinde kullanımına ilişkin bir başka Karar, 2008 yılında verilen Utah Lighthouse Ministry ve Found for Apologetic Information & Research davasında verilmiştir. Bu davada davacı Utah Işık Kilisesi (UTLM),¹³⁵ ABD'de kendilerine "Ahir Zaman Azizleri (Latter Day Saints)" adını veren ve yaygın adı ile Mormonluk¹³⁶ olarak bilinen topluluğa ait "İsa Mesih'in Ahir Zaman Azizleri Kilisesi (Church of Jesus Christ of Latter-day Saints-LDSs)"¹³⁷ hakkında eleştiriler yapan bir kilisedir. Site, 'utlm.org' internet sitesinde, kitap satışları ile birlikte LDS hakkında eleştirilere yer vermektedir.

Apolojetik¹³⁸ Bilgi ve Araştırma Kuruluşu (Foundation for Apologetic Information and Research-FAIR),¹³⁹ mormonluk ve Ahir Zaman Azizlerine ilişkin eleştirilere cevap veren ve bu konuda araştırmalar yapan gönüllü bir kuruluştur. Allen Wyatt, FAIR'in ikinci başkanıdır. Kasım 2003'te Wyatt, kendi şirketi olan "Discovery Computing" adına 'Utah Lighthouse Ministry' ile kilisenin kurucuları olan 'Gerald Tanner' ve 'Jerald Tanner' isimlerinden oluşturduğu, aralarında 'utahlighthouse.com' ve 'utahlighthouse.org' alan adlarının da bulunduğu 10 farklı alan adını kayıt ettirmiştir. Oluşturulan web siteleri, ilk olarak Nisan 2004 tarihinde faaliyete geçirilmiştir. Sitelerde, UTLM'ye ait tescilli marka olan siyah ve beyaz renklerden oluşan bir fener ile 'utlm.org' sitesine benzer ifadeler yer almaktadır. UTLM sitesinde "Welcome to an official website of the Utah Lighthouse Ministry, founded by Jerald and Sandra Tanner (Jerald ve

¹³⁴ Christopher Lamparello v. Jerry Falwell; Jerry Falwell Ministries, 420 F.3d 309, 4 th Circuit, August 24, 2005, Karar için bkz. <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/042011.P.pdf>

¹³⁵ Utah Lighthouse Ministry, UTLM., Jerald ve Sandra Tanner tarafından 1982 yılında "mormonluk hareketini" eleştiren bir kilise olarak kurulmuştur. Kilisenin resmi internet sitesi için bkz. <http://www.utlm.org>

¹³⁶ Mormon Kilisesi, Joseph Smith tarafından 1830 yılında ABD'de kurulmuştur. Joseph Smith, İsa ve onun havarileri tarafından kurulmuş kilisenin doğru yoldan sapması nedeniyle, kendisinin Tanrı tarafından seçildiğini, kendisine kitap ve kiliseyi yenileme görevi verildiğini iddia etmiştir. Mormon kilisesi, hristiyanlığın ana kiliseleri tarafından heretik olarak nitelendirilmiştir. Buna rağmen, 80'i aşkın ülkede 10 milyon mormon bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. Ramazan Işık, Mormonluk ve Mormon Kilisesi Üzerine Bir Araştırma, Cumhuriyet Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. X/1, Haziran 2006 (s. 165-190).

¹³⁷ The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints, <http://www.lds.org>

¹³⁸ Kelime anlamı olarak "savunma" anlamına gelen "apology", ilahiyat terminolojisinde "belli bir saldırı veya suçlama karşısında Hristiyanlığı savunma" anlamını ifade etmektedir. Apologetic ise, sistematik bir şekilde Hristiyanlığı savunma yollarını ve araçlarını araştıran bilim dalı olarak belirtilmektedir. Bkz. Muhammet Tarakçı, Hristiyan Düşüncesinde Apoloji ve St. Thomas Aquinas, Uludağ Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2005 (s. 135-146).

¹³⁹ Kasım 1997'de inanışlarına yönelik eleştirileri karşılamak üzere bir grup mormon tarafından New York'ta kurulmuştur. Ağustos 2013 tarihinde, topluluk adını "FairMormon" olarak değiştirmiştir. Topluluğun resmi internet sitesi için bkz. <http://www.fairmormon.org>

Sandra Tanner tarafından kurulan, Utah Işık Kilisesi'nin resmi internet sitesine hoşgeldiniz)" ifadesi yer alırken; FAIR tarafından hazırlanan taklit sitede "Welcome to an official website about the Utah Lighthouse Ministry, founded by Jerald and Sandra Tanner (Jerald ve Sandra Tanner tarafından kurulan, Utah Işık Kilisesi hakkındaki Resmi Web Sitesine Hoşgeldiniz)" ifadesi yer almaktadır. Her iki yazı da aynı formatta yer almaktadır. Site, 16 ayrı siteye bağlantı (link) içermektedir. Bunların onbir tanesi Brigham Young Üniversitesi'ne, üç tanesi ise FAIR'in kendi sitesine bağlantı sağlamaktadır. Bağlantıların bir tanesi de Ahir Zaman Azizlerinin sitesine bağlantı sağlamaktadır. Wyatt tarafından hazırlanan sitelerde, sitenin UTLM'nin resmi internet sitesi olmadığına ilişkin bir uyarı yer almamaktadır. Ancak sitede "Destroy, Mislead and Deceive (Tahrip, Yanılma ve Aldatma)" ifadesi yer almaktadır. Ayrıca sitelerde, reklam yer almamakta ve herhangi mal ve ürün satışı yapılmamaktadır.

Davacı UTLM, Mahkeme'ye başvurmuş ve marka hakkı ihlali, haksız rekabet, markanın sulandırılması, siber korsanlık ve endüstriyel tasarım ihlalleri bulunduğunu iddia etmiştir.

Mahkeme, yaptığı incelemede davacının "Utah Lighthouse" adının Kasım 2003 tarihinde tescilli bir marka olmadığını belirlemiştir.¹⁴⁰ Davacı, davalının internet sitelerini mal ve hizmetlerle bağlantılı kullandığını ispat etmiş ancak bunun kötüniyetli olarak yapıldığını ispat edememiştir. Mahkeme, ACPA'ya dayanan iddialara ilişkin olarak ACPA'nın kötüniyetin tespitine ilişkin bir bağışıklık düzenlemesini içerdiğini, Mahkeme'nin alan adını kullanan tarafın, alan adını yasal ve dürüst bir şekilde kullandığı inancıyla hareket ettiğini tespit etmesi halinde, kötüniyete hükmedemeyeceğini belirtmiştir. Somut uyumsuzlukta, davalının kullanıma soktuğu web sitelerinin internet kullanıcıları tarafından UTLM'nin resmi internet sitesi olarak düşünülmesi ihtimal dahilinde değildir. Çünkü siteye gidenler, site içeriğinden bu sitenin UTLM'nin resmi sitesi olmadığını anlamaktadırlar. Ayrıca davalılar bu adları ticari olarak kullanmamaktadır. Bu nedenle davalının eyleminin ACPA kapsamında sorumluluktan bağışık tutulması gereken alanda kaldığını belirleyen Mahkeme, davacının iddialarının reddine karar vermiştir. Verilen Karar, 29 Mart 2008 tarihinde Onuncu Daire tarafından da onanmıştır.¹⁴¹

d. Türkiye'de Konuya İlişkin Düzenlemeler ve Verilmiş Kararlar'a Bakış

aa. Markanın Dürüst Kullanımı

Markanın dürüst kullanımına ilişkin olarak 556 sayılı KHK'nın 12. maddesinde "*Dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak*

¹⁴⁰ UTLM, markasını 25 Temmuz 2006 tarihinde tescil ettirmiştir.

¹⁴¹ United States Court of Appeals, Tenth Circuit, Utah Lighthouse Ministry v. Foundation for Apologetic Information and Research; Discovery Computing, No. 07-4095, May 29, 2008.

kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamalı kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez” düzenlemesi yer almaktaydı. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) 7/5 maddesinde ise bu ifadenin daha açık ve kısmen genişletilerek düzenlendiğini görüyoruz. Buna göre üçüncü kişiler, dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışına uygun olmak kaydıyla, başkasına ait markayı şu biçimlerde kullanabilecektir: i. Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi, ii. Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması, iii. Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.

SMK'nın 8 inci maddesinde ise markanın başvuru eserlerinde yer alması hali düzenlenmiştir. Buna göre tescilli bir markanın, basılı olarak veya elektronik ortamda sunulan sözlük, ansiklopedi ya da başka bir başvuru eserinde, tescilli olduğu belirtilmeden jenerik ad izlenimi verecek şekilde yayımlanması durumunda, marka sahibinin talebine bağlı olarak yayımcı, elektronik ortamda sunulan eserlerde derhâl, basılı eserlerde ise yayımın talebi takip eden ilk baskısında markanın tescilli olduğunu belirtmek suretiyle yanlışlığı düzeltir ya da markayı eserden kaldırır. Bu düzenleme, 556 sayılı KHK'nın 10 uncu maddesi düzenlemesi ile de uyumludur.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda markanın ifade özgürlüğü kapsamında kullanımına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamıştır. Bununla birlikte markanın internet ortamında kullanımına ilişkin 7/3-d maddesiyle bu kullanımın ihlal oluşturabilmesi için öncelikle markanın ticaret alanında kullanılması ile markayı kullanan kişinin, markanın kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartı aranmaktadır. Bu düzenleme yukarıda incelenen internet alan adlarına ilişkin ACPA ve UDRP düzenlemeleri ile de uyumludur. Dolayısıyla kişinin bir başkasına ait markayı alan adında ticari etki yaratmayacak şekilde, ifade özgürlüğü hakkı kapsamında kullanımı bu madde düzenlemesi uyarınca meşru kabul edilebilecektir.

bb. Tanınmış Markalarda Koruma

Anayasa Mahkemesi'nin kararına konu kargo markasının Ülkemizde tanınmış bir marka olduğu düşünülebilir. Nitekim gerek ilk derece Mahkemesi gerekse Anayasa Mahkemesi kararında, '...kargomagdurlari.com' şeklindeki kullanımın kargo markasının ticari itibarına zarar verdiği şeklinde kabul yapılmıştır.

Markanın niceliksel olarak hitap ettiği çevrenin önemli bir kesimi tarafından bilinmesi yanında markanın tanınmışlığını kabul için niteliksel bir unsur olarak

markanın reklam gücü ve etkisi şeklinde ortaya çıkan markanın itibarının da bulunması gerekir. Bu husus SMK'nın 6/5, 7/1-c (556 sayılı KHK'nın 8/4 ve 9/1-c) maddelerinde geçen "markanın itibarı" ifadesi ile ortaya çıkmaktadır. Markanın itibarı, markanın tüketici zihninde temsil ettiği düşünce ve değeri bir başka deyişle imajı ifade etmektedir.¹⁴²

Tanınmış markanın koruma alanı (SMK, m. 7/1-c):

- i. Tanınmış markanın itibarından dolayı haksız yarar elde etmek sureti ile,¹⁴³
- ii. Tanınmış markanın itibarına zarar vermek sureti ile,¹⁴⁴
- iii. Tanınmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikte,¹⁴⁵ herhangi bir işaretin kullanılması sureti ile ihlal edilebilecektir.¹⁴⁶

Markanın itibarına zarar verilmesinde; tanınmış marka sahibinin yıllar süren çabaları sonucu oluşturduğu markasına ait imge (imaj) zayıflatılmakta ve itibarı (prestij) zaafa uğratılmaktadır. Bu durum çok değişik şekillerde oluşabilir. Tanınmış markanın internet alan adı olarak kullanılması sureti ile markanın itibarına zarar verilmesi, kullarımdaki web sitesi içeriğinin marka imajını olumsuz etkileyecek nitelikte olması, tanınmış markanın önüne olumsuz ekler eklenmek sureti ile alan adının oluşturulması veya web sitesi üzerinden marka sahibinin rakiplerini övücü yayınlar veya markayı yerici yayınlar yapılması şeklinde oluşabilecektir.¹⁴⁷ Tanınmış markanın itibarının zarara uğratılması, markanın düşük kaliteli mallarda ve imaja aykırı surette kullanılması, markanın istenmeyen bağlantılar kurulmasına yol açacak şekilde kullanılması ve markanın küçük düşürücü biçimde kullanılması suretiyle gerçekleştirilebilir.

İskandinav ülkelerinde tanınmış olan bir parfüm markasının, fare zehiri için kullanılması, tanınmış markanın itibarının zarara uğratılması olarak değerlendirilmiş ve dava nedeniyle markanın bu şekilde istenmeyen bağlantılara yol açacak şekilde kullanılması 'Fare Zehiri Doktrini (rat poison doctrine)'¹⁴⁸ olarak isimlendirilmiştir.¹⁴⁹ Tanınmış markanın internet alan adı olarak kullanımı da istenmeyen bağlantılara yol açacak şekilde kullanıldığında markanın itibarını zarara uğratabilecektir. Markanın 'Gag Etkisi' denilen şekilde kullanılarak gülünç durumlar oluşturulmak sureti ile de itibarının zarara uğratılması mümkündür. Bu şekilde oluşan ihlallerde tüketici nezdinde 'karıştırma tehlikesi' çoğu zaman

¹⁴² Hanife Dirikkan, Tanınmış Markanın Korunması, Mart 2003, Seçkin Yayınevi, Ankara., s. 148 ve 154.

¹⁴³ Bkz. Dirikkan, s. 200-215.

¹⁴⁴ Bkz. Dirikkan, s. 215-224.

¹⁴⁵ Bkz. Dirikkan, s. 224-229.

¹⁴⁶ Büyükkılıç, s. 257-369.

¹⁴⁷ Soysal, Domain Name Law, s. 818 vd.

¹⁴⁸ CJEU, C-323/09, Interflora Inc., Interflora British Unit v. Marks&Spencer plc.; Flowers Direct Online Limited, 24 March, 2011, dipnot 42.

¹⁴⁹ Dirikkan, s. 221.

yoktur ancak buna rağmen tanınmış markaya sağlanan koruma nedeniyle marka hakkı ihlal edilmektedir. Almanya'da verilen bir Karar'da tanınmış bir marka olan 'Lufthansa'¹⁵⁰ markasının; 'hava' anlamındaki 'Luft' kelimesi yerine, 'istem, hoşlanma, zevk duyma' anlamındaki 'Lust' kelimesi kullanılmak sureti ile 'Lusthansa' şekline getirilmesi markanın itibarına zarar verici kullanım olarak değerlendirilmiştir.¹⁵¹ Tanınmış bir marka olan 'Viagra'¹⁵² markasının "viagratiip.de" ve "viagrabestellun.de" şeklinde pornografik içerikli kullanımı da Frankfurt Mahkemesi tarafından markanın itibarının zarara uğratılması olarak nitelendirilmiştir.¹⁵³

Tanınmış markayı alan adı olarak kullananların eylemi, Yargıtay tarafından da marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilmiştir. Buna ilişkin bir uyuşmazlıkta, davalı ayakkabıcılık alanında faaliyet göstermektedir ve 26 Ekim 1998 tarihinde 'jaguar.com.tr', 24 Şubat 2009 tarihinde de 'jagclub.com.tr' alan adını kayıt ettirmiştir. Davalı internet sitesinde ticari faaliyetlerde bulunmakta ve Jaguar Arabaları'na¹⁵⁴ ait "Jaguar başı" logosunu kullanmaktadır. Mahkeme, davalının internet sitesinde tescilli "Jaguar başı" logosunu kullanmasının, davacıların tescilli ve tanınmış olan "Jaguar" ve "Jaguar+Şekil" markaları ile iltibas oluşturacağını, davalılara ait internet sitelerini görüp inceleyen, talep eden, sipariş eden kimseler nazarında ürünlerin davacı Jaguar Cars'tan

¹⁵⁰ Almanya merkezli havayolu şirketi olan Lufthansa adı ilk olarak 25 Eylül 1979 tarihinde Almanya'da marka olarak tescil edilmiştir. Marka, 26 Şubat 2001 tarihinde Avrupa Birliği markası ve 20 Ağustos 1996 tarihinde Birleşik Devletler'de tescil edilmiştir. Markanın 'lufthansa.org', 'lufthansa.net', 'lufthansa.com.au', 'lufthansaairlines.com', 'lufthansa.com', 'lufthansaagent.com', 'lufthansaticket.com', 'belufthansa.com', 'lufthansa-reisemarkt.com' şeklinde kullanımları UDRP kurallarına aykırı bulunarak alan adlarının marka sahibine transferine karar verilmiştir. Bkz. WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/>

¹⁵¹ Kemal Şenocak, Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali, BATİDER; Eylül 2009 (s. 89-141), s. 134.

¹⁵² Viagra adı, Pfizer İlaç Firması tarafından 2 Haziran 1998 tarihinde Birleşik Devletler'de marka olarak tescil edilmiştir. Markanın 'viagra.biz', 'viagrachile.com', 'viagraoysters.com', 'vivaviagra.com', 'viagraing.com', 'viagrastories.com', 'viagraindia.com', 'cheapviagrastore.com', 'half-price-viagra.com', 'bioviagra.com', 'freenericviagra.com', 'viagra-price-guide.org', 'freeviagraclub.com', 'shopviagra.com', 'pfizerviagra.com', 'viagre-123.net', 'europeanviagra.com', 'blue-viagra.com', 'blue-viagra.net', 'viagra-discussion-board.com', 'viagraconfidential.com', 'viagra.net', 'wwwviagra.com', 'viegratea.com' gibi çeşitli kullanımları marka hakkını ihlali olarak nitelendirilerek UDRP kurallarına göre alan adlarının marka sahibine transferine karar verilmiştir. Bkz. WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/>

¹⁵³ Şenocak, s. 134.

¹⁵⁴ Jaguar Arabaları, İngiltere merkezli tanınmış bir otomobil firmasıdır. Firma ilk olarak 1922 yılında Swallow Sidecar Company adıyla kurulmuş, 2. Dünya savaşından sonra ismini "Jaguar" olarak değiştirmiştir. Firma, 1990 yılında Ford'a satılmış, 2008 yılında ise Hindistan firması Tata tarafından satın alınmıştır. Firma, Jaguar Land Rover Ltd. adıyla faaliyetlerini sürdürmektedir. Jaguar için bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Jaguar_Cars

kaynaklandığı, “Jagclub” markasının davacıya ait markalardan biri olduğu ve bu ürünlerin üreticisi ile davacı arasında işletmesel bir bağ bulunduğu algılamasına yol açacağını belirtmiş ve davacının marka hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁵⁵ Yargıtay,¹⁵⁶ davalı ayakkabı firmasının da dava tarihinden önce, 07.02.2002 tarihinde, 25. sınıftaki ayak giysileri emtiasında “Jag Club” ve “Jaguar başı” ibarelerini marka olarak tescil ettirmesi karşısında, bu hususun da incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁵⁷

Bir başka uyuşmazlıkta, davalının ticaret unvanında “Aras Nakliyat” ibaresini ve ‘ankaraarasnakliyat.com’ alan adını kullanması eylemi, uluslararası alanda ve yurt içi kara, deniz ve hava yolu kargo taşımacılığı ile nakliyecilik alanında faaliyet gösteren davacının, tanınmış ve tescilli “Aras”, “Aras Cargo, “Aras Kargo” markalarına tecavüz olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁸ Karar, Yargıtay tarafından da onanmıştır.¹⁵⁹

Bir başka davada, davalının ‘bjktv.com’ alan adını kayıt ettirerek kullanması eylemi, “BJK”, “1903”, “Beşiktaş” ve “Karakartal” markalarının sahibi Beşiktaş Jimnastik Kulübü’nün marka haklarına aykırı görülmüştür. Karar’da eylemin 556 sayılı KHK’nın 9/2-e maddesine aykırı olduğu belirtilerek markaya tecavüz eyleminin tespitine, tecavüzün önlenmesine ve dava konusu internet adresine erişimin engellenmesine hükmedilmiştir.¹⁶⁰ Verilen Karar, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından 06.12.2011 tarihinde onanmıştır.¹⁶¹

Tanınmış marka ile aynıyet içeren alan adı, ticari bir faaliyette kullanılmasa dahi, marka hakkının ihlal edildiğine karar verilecektir. Davacı Avea İletişim Hizmetleri A.Ş., tarafından “avea.com” alan adını kullanan ve kayıt ettirenlere karşı açılan davada, mahkeme alan adını kayıt ettiren olarak gözüken Kore uyruklu kişiye ulaşamadığı ve gerçekte böyle biri olup olmadığı belli olmadığı için davanın Kore uyruklu kişi yönünden açılmamış sayılmasına fakat “avea.com” internet sitesini işleten kişinin alan adının bulunduğu web sitesinde “Avea” marka ve logosunu kullanmak suretiyle davacının marka hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme, buna karşılık alan adının Kore’de kayıt edilmesi ve alan adını kayıt ettirenin tespit edilememiş olması nedeniyle alan adının transferine veya silinmesine şeklinde karar tesis etmemiştir.¹⁶²

¹⁵⁵ İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 30.01.2009, 2006/46 Esas, 2009/9 Karar.

¹⁵⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 01.12.2011, 2009/14376 Esas, 2011/16272 Karar.

¹⁵⁷ Bu durum karşısında, davacının öncelikle kendi tanınmış markası ile iltibas oluşturduğuna iddia ettiği fakat tescil edilmiş olan markanın hükümsüzlüğünü ileri sürmesi gerekirdi.

¹⁵⁸ Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 17.03.2009, 2008/35 Esas, 2009/63 Karar.

¹⁵⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 21.04.2011, 2009/12226 Esas, 2011/4766 Karar.

¹⁶⁰ İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 10.12.2009, 2006/316 Esas, 2009/158 Karar.

¹⁶¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 06.12.2011, 2010/5047 Esas, 2011/16489 Karar.

¹⁶² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 04.02.2013, 2012/1156 Esas, 2013/1838 Karar.

cc. İfade Özgürlüğü Kapsamında Yaklaşım

Tanınmış markadan oluşan alan adı altında, marka ile ilgili eleştiri ve görüşler yayınlanmasının anayasal fikir özgürlüğü açısından konumunun ne olduğu akla gelmektedir. Anayasamızın 25 inci maddesinde “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.” denildikten sonra, 26 ncı maddesinde de “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar” denilerek düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti temel hak ve hürriyet olarak düzenlenmiştir. Anayasa'nın 14 üncü maddesiyle de temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması ilkesi benimsenmiştir.

Düşünceyi açıklama hürriyeti başkalarının şeref, haysiyet ve temel değerlerini rencide edici şekilde kullanılmamalıdır. Hukuk devleti ilkesi de bunu gerektirir. Bununla birlikte korunmaya değer bir markanın, o marka ile ilgili görüş ve şikayetleri dile getirmek için alan adında kullanılması halinde ifade özgürlüğü hakkı ile markayı koruyan hakların çatışması söz konusu olacaktır. Bu gibi durumlarda öncelikle markadan oluşan alan adı ile ticari bir kullanım olup olmadığı incelenmelidir. Ayrıca web sitesi içeriğinde markaya ilişkin kullanılan ifadeler ve göndermeler de önem taşıyacaktır. Ticari bir kullanım olmasa dahi, eleştiri hakkının sınırlarını aşan, konuya ilişkin olmayan, aşağılayıcı ve zedeleyici ifadeler marka hakkının ihlalini gündeme getirebilecektir.

Bir diğer önemli husus olarak gerek UDRP, gerekse Dünya uygulamalarında benimsenen bir yaklaşım olarak eleştiri amacı ile de olsa, marka ile internet alan adının 'aynıyet' içerdiği durumlarda marka hakkının ihlali söz konusu olacaktır. Çünkü bu şekilde alan adı ile marka arasında 'karıştırılabilirlik' oluşturulmasının yanı sıra, tanınmış markanın, siber uzayda kendi adıyla temsil edilmesine engel olunmaktadır.¹⁶³ Ayrıca bu tür alan adlarının önce davranılıp kayıt edilmesi dahi, bizatihi ticari bir değer oluşturmaktadır. Bu nedenle eleştiri amaçlı alınan bu tür alan adlarında, markaya eklemeler yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak bu halde dahi internet sitesinin tanınmış marka ile arasında bir bağlantı olmadığına açıkça belirtilmesi ve internet sitesinin ticari amaçla kullanılmaması gerekir.

WIPO nezdinde UDRP kuralları uygulanarak çözüme kavuşturulan

¹⁶³ Tamer Soysal, Siber Uzayın Hüviyet Cüzdanları: İnternet Alan Adları ve Ortaya Çıkardığı İhtilafları Çözüm Yolları (İçinde, Müge Demir (Editör), Yeni Medya Üzerine, LiteraTurk, İstanbul, Eylül 2013, s. 255-308)).

uyuşmazlıkta, Türk Hakem Gökhan Gökçe, 'akbankmagdurlari.com' ve 'akbankmagdurlari.net' alan adları, tüketicilerin kendilerini ifade edebilecekleri, ifade özgürlüğü kapsamında oluşturulan siteler olarak nitelendirilmiştir. Buna karşılık aynı Karar'da, "antiakbank.com" alan adı, eleştiri amacıyla oluşturulmuş bir site olarak nitelendirilmemiştir.¹⁶⁴ Bize göre de tanınmış bir marka olan "Akbank" adına eklenen "anti" kelimesi, tanınmış markanın itibarına zarar vermektedir. Buna karşılık, "akbankmagdurlari" ifadesi, sitenin iyi niyetli kullanımı durumunda, markaya zarar verici olarak yorumlanamaz. Bu itibarla, verilen Karar isabetli olmuştur.

Bu konuda fazla içtihat oluşmayan Türk hukukunda, Yargıtay, iki karar vermiştir. Bunlardan ilki 'opelzede.com' internet sitesine ilişkindir. Site, Opel marka araçlara ilişkin eleştiri, yorum ve karikatür yayınlarını içermektedir. Davacı Opel firması, sitede markası ile ilgili asılsız ve haksız beyanlarda bulunduğu, öteki davalıların yapmış olduğu kazada hava yastıklarının açılmamasında aracı ayıplı bulan raporların yayımlandığını, markanın bu şekilde zarar gördüğünü belirterek marka hakkı ihlali olduğunu iddia etmiştir.

Davalılardan, C.T. dava konusu sitenin kendisine ait olmadığını belirtmiştir. Öteki davalılar ise bilirkişi raporunu mağduriyetlerinin giderilmesi amacıyla siteye gönderdiklerini, internet sitesi ile bir bağlantıları olmadığını belirtmişlerdir.

Mahkeme, alan adının kayıtlı olduğu kişinin belli olmaması ve internet sitesinin ticari olarak kullanılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 26 Kasım 2012 tarihinde kararı onamıştır.¹⁶⁵

İkinci önemli uyuşmazlık ise Anayasa Mahkemesi kararına konu olan '... kargomagdurlari.com' alan adına ilişkin olarak oluşmuştur. İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 2 Temmuz 2013 tarihinde verdiği Karar'da¹⁶⁶ eylemde markasal kullanım veya ticari kullanım olmadığını ancak "... kargo mağdurları" ifadesinin davacının markası üzerinde negatif bir çağrışım oluşturduğunu, alan adı kullanımının davacıyı küçük düşüreceği ve ticari itibarını zedeleyeceğini belirtmiş ve eylemde markasal kullanım olmadığı için de 6102 sayılı Kanun'un haksız rekabete ilişkin 55/1-a (1) bendini uygulamıştır. Mahkeme, marka hakkının haksız rekabet yoluyla ihlali yanında, 6102 sayılı Kanun'un 56/1-d ve 56/1-e maddeleri uyarınca maddi ve manevi tazminata hükmetmiştir. Verilen Karar, 17 Mart 2014 tarihinde Yargıtay tarafından da onanmıştır.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Bkz. WIPO, D2011-1411, www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/ (akbankmagdurlari.com, akbankmagdurlari.net ve antiakbank.com)

¹⁶⁵ Yargıtay 11. HD., 26.11.2012., 2011/12467 Esas, 2012/19096 Karar.

¹⁶⁶ İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 02.07.2013, 2012/137 Esas, 2013/117 Karar.

¹⁶⁷ Yargıtay 11. HD., 17.03.2014, 2013/15738 Esas, 2014/5119 Karar. Yargıtay kararında bir üye, muhalif görüşte kalmış ve eylemin internet sitesinin kullanımının ifade özgürlüğü

IV. ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

6216 sayılı Kanun'un 45 inci maddesine göre bireysel başvuru yoluna Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddialarına ilişkin gidilebilecektir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan inceleme, eylemin 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu çerçevesinde bir marka ihlali olup olmadığına ilişkin değildir. Başvurucunun temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edilip edilmediğine ilişkindir. Anayasa Mahkemesi, bu esaslar dahilinde başvurucunun ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin başvurucunun iddialarını "açıkça dayanaktan yoksun" olarak nitelendirirken, başvurucunun "açık ya da görünür bir ihlalinin bulunmaması" ve "iddialarına ilişkin yeterli kanıtlar getirememesi" nedenlerine dayandığı söylenebilir. Şunu kabul etmek gerekir ki, gerek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesi, salt hukuki nedenlerle 'kabul edilemezlik' kararı tesis etmemektedir. Kabul edilemezlik kararları aynı zamanda bir usul ekonomisi ilkesi olarak mahkemelerin yetki ve görev alanlarını tayin etmeyle bağlantılı olarak hukuk politikası ile ilgilidir. Ancak buna rağmen bize göre internet, marka ve ifade özgürlüğü gibi gerek yeterli içtihadın bulunmadığı, gerekse yeterli akademik çalışmaların olmadığı alanlarda Anayasa Mahkemesi'nin 'kabul edilemezlik' kararı yerine, uyuşmazlığın esasını incelemesi daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Anayasa'nın 2 nci maddesinde ifadesini bulan 'hukuk devleti ilkesi" ile 36 ncı maddesinde düzenlenen 'hak arama hürriyeti' esaslarının uygulamaya geçirilmesi de böyle mümkün olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin başvuru Naif Şaşma ile ilgili verdiği bu Karar, başvurucunun çağımızın en etkili iletişim aracı konumundaki internet ortamında gerçekleştirdiği hak arama ve düşüncelerini eleştirel şekilde ifade etme özgürlüğüne ket vurmamakla kalmayıp, bu tür hak arama girişimlerinin önünü de kapatıcı bir nitelik arz etmektedir. Halbuki Anayasa Mahkemesi Youtube kararında internet ile ilgili şu düşünceleri kararında belirtmiştir:¹⁶⁸

"İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklindeki medya kanalıdır. İnternetin sağladığı

kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

¹⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, Genel Kurulu Kararı, Başvuru Numarası: 2014/4705, Karar Tarihi: 29.05.2014, paragraf 57 ve 58.

sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelen sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır....(i)nternet siteleri büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde toplumun gündem oluşturmaya, gündemin takibini ve bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağlamaktadır."

Aynı hususlar 2 Nisan 2014 tarihinde İkinci Bölüm tarafından verilen Twitter kararında da¹⁶⁹ belirtilmiştir.¹⁷⁰ Anayasa Mahkemesi aynı özgürlükçü yaklaşımını 25 Şubat 2016 tarihinde verdiği Erdem Gül ve Can Dünder Başvurusu'nda da göstermiştir.¹⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin başvuru hukuk devleti ilkesi ve hak arama hürriyetinin gereği olarak Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri nezdinde yaptığı girişimleri topluma duyurma ve fikirlerini ifade etme ortamı olarak kullandığı '...kargomagdurlari.com' internet sitesine ilişkin de aynı özgürlükçü yaklaşımı göstermesi, daha demokratik, çoğulcu ve çağın gelişmelerine uygun bir yaklaşım olurdu.

Bu genel ilkesel tespiti yaptıktan sonra, uyuşmazlığın yasal düzenlemeler kapsamındaki konumunu belirlemek gerekli olacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin, bireysel başvurularla ilgili genel inceleme esasları nedeniyle, uyuşmazlığı salt bir marka davası şeklinde değerlendirmesi beklenemezse de, Anayasa Mahkemesi'nin uyuşmazlığı açıklığa kavuşturmak için Sınai Mülkiyet Kanunu'nda konuyu düzenleyen 7/3-d maddesinden faydalanması mümkündür. Uyuşmazlık tescilli ve tanınmış bir markanın, internet alan adında kullanımına ilişkindir. 556 sayılı KHK'da 5833 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile 9/2-e maddesi olarak eklenen düzenleme, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda da 7/3-d maddesi olarak yer almıştır. Söz konusu madde marka tescilinden doğan hakların kapsamını düzenlemektedir. Marka tescilinden doğan haklar kapsamında, marka sahibi, şu şartların oluşması halinde eylemi engelleyebilecektir.

- *İşaretin ticaret alanında kullanılması (SMK, m. 7/3)*: Bu ifade nedeniyle markaya tecavüz halinin "markasal" kullanım ile oluşması şartı yoktur. Ayrıca engellenecek tecavüz eyleminin "ticaret alanında kullanılması" şarttır.

¹⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2014/3986, Karar Tarihi: 02.04.2014, paragraf 39.

¹⁷⁰ Anayasa Mahkemesi'nin Twitter ve Youtube Kararlarının Değerlendirilmesi için bkz. Tamer Soysal, Anayasa Mahkemesi'nin Twitter ve Youtube Kararları ve Değerlendirilmeleri, Adalet Dergisi, S. 52, Mayıs 2015, http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/52.sayi/01_tamer.pdf

¹⁷¹ Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2015/18567, Karar Tarihi: 25.02.2016.

- *İşaretin aynı veya benzerinin internet ortamında kullanılması (SMK, m. 7/3-d)*: Eğer marka ile alan adı tamamen farklı ve bir benzerlik hali yoksa, bu hüküm uygulanamayacaktır.

- *İşaretin internet ortamında ticari etki yaratacak şekilde kullanılması (SMK, m. 7/3-d)*: SMK'nın 7/3 maddesi ilk cümlesinde düzenlenen, "ticaret alanında kullanım" şartı, "d" bendinde internet ortamında kullanıma ilişkin olarak tekrarlanmış ve "ticari etki yaratacak şekilde kullanım" şart koşulmuştur. Bu nedenle, marka sahibinin bu neviden bir eylemi engelleyebilmesi için markanın internet ortamında ticari etki yaratacak şekilde kullanılması şarttır.

- İnternet ortamında kullanımın internet alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimde kullanımı şarttır.

- Son olarak konuyu Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruları inceleme yaklaşımı ile uyumlu hale getiren şu şart aranmaktadır. İşareti internet ortamında kullanan kişinin, bu kullanımına ilişkin "hakkı veya meşru bağlantısı bulunmaması" gerekmektedir. Dolayısıyla eğer işareti internet ortamında kullanan kişi, anayasal teminat altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden bir tanesini kullanmak için böyle bir davranışta bulunuyorsa, bu halde Anayasa Mahkemesi eylemi başvuru açısından "hakkı veya meşru bağlantılı" şeklinde nitelendirebilecektir.

Konuya ilişkin en özel düzenleme olan SMK'nın 7/3-d düzenlemesini gerek ilk derece mahkemesi, gerek Yargıtay gerekse Anayasa Mahkemesi dikkate almamıştır. Bu maddenin uygulanabilmesi için "markasal kullanım" şartı da bulunmamaktadır.

Uyuşmazlığa konu alan adı "...kargomagdurlari.com" şeklindedir. Bu adın tanınmış marka olan kargo sahibinin tescilli markasına benzer olduğu açıktır. Buna karşılık gerek ilk derece mahkemesi kararında, gerekse Anayasa Mahkemesi kararında başvuru alan adını kullanımının ticari nitelikte olmadığı açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu nedenle, uyuşmazlığa bu madde uygulanamayacak ancak alan adı sahibinin "hakkı veya meşru bağlantısı" olup olmadığı değerlendirmesi yapılmak suretiyle bir sonuca varılabilecektir.

İnternet alan adlarına ilişkin en yoğun ve çeşitli uyuşmazlıkların bulunduğu ABD ile salt bu neviden uyuşmazlıkları çözmek için oluşturulmuş olan UDRP Çözüm Mekanizması kapsamında WIPO Hakemleri tarafından yapılan incelemelerde, bu türden marka ile eleştiri amaçlı internet sitelerinin karşı karşıya gelmesi durumunda şu hususların dikkate alınması gerektiği söylenebilir:

- Öncelikle uyuşmazlığa konu alan adı ile marka arasında 'aynıyet' veya 'benzerlik' durumu mevcut mudur? Bu husus incelenmelidir. Şayet alan adı ile marka aynı veya kullanıcıların kolaylıkla yanlış harf yazmak suretiyle gidebilecekleri türden bir aynıyete yakın bir benzerlik durumu varsa (typo-

squatting) bu halde, internet alan adı ticari etki oluşturmaksızın, eleştiri amaçlı kullanılıyor olsa dahi, bu kullanım markaya tecavüz olarak yorumlanmalıdır. Çünkü marka ile aynıyet içeren bu türden bir alan adının kullanıcı tarafından kayıt edilmesi dahi, tek başına "ticari etkiyi haiz" kabul edilmelidir. Bu şekilde, marka sahibinin, kendi adından oluşan alan adını kullanımı engellenmekte ve internet kullanıcıları nezdinde de, karıştırılabilirlik oluşturulmaktadır.

- İkinci olarak internet alan adı ve web sitesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, marka sahibi ile arasında bir bağlantı, anlaşma, onay halini çağrıştıran bir duruma sebebiyet verilmekte midir? Bu husus incelenecektir.

- Üçüncü olarak internet alan adı sahibinin, alan adını bu şekilde kullanımı "samimi ve gerçek bir ifade özgürlüğü ve eleştiri hakkının kullanımı mıdır" yoksa, kişinin marka sahibine kasıtlı olarak zarar verme niyeti ile hareket etmesini gerektirir sebepler bulunmakta mıdır? Bu incelenecektir. Bu kapsamda internet alan adını kayıt ettirenin, başka başka alan adlarını da bu şekilde kayıt ettirmesi durumu onun, eleştiri hakkı konusunda dürüst şekilde hareket etmediğini gösterebilecektir.

- Dördüncü olarak internet alan adının kullanımı ticari nitelikte midir? Bu husus değerlendirilirken, internet sitesinin kayıt ve masraflarını giderme amaçlı ufak tefek gelirler, ticari olarak değerlendirilmemelidir.

- Beşinci bir ölçüt olarak internet alan adı sahibi, alan adına markadan ayırmak için bir ek almış mıdır? Sitenin eleştiri niyetiyle kullanıldığına ilişkin bu neviden ekler (sucks, şikayet, mağdur, eleştiriler gibi) eylemde, internet alan adı sahibinin hakkını veya meşru menfaati olduğunu düşündürmelidir.

- Bir diğer etken olarak internet alan adı sahibinin, internet sitesinde kendisinin marka sahibi ile bağlantısı olmadığı veya sitenin marka sahibi ile ilgisi olmadığına ilişkin kullanıcılara yönelik bir açıklaması bulunmakta mıdır? Bu hususa bakılacaktır.

İnternet ortamında marka ihlali davalarında genel olarak markasal kullanım şartı aranmamakla birlikte ticari kullanım şartı arandığı görülmektedir. Avrupa Birliği'nde 2015/2436 sayılı Ticari Marka Direktifi'nin 10/2 maddesinde marka sahibinin üçüncü kişilerin izinsiz marka kullanımı ile ilgili ancak "ticarete kullanımı (in the course of trade)" halinde taleplerde bulunulabileceği belirtilir. Aynı husus 14 Haziran 2017 tarihli 2017/1001 sayılı Marka Tüzüğü'nün¹⁷² 9/2 maddesinde de belirtilmiştir. ABD'de Lanham Markalar Kanunu'nun 1114 (1) (a) ve 1125 (c) maddesinde de ihlalin oluşması için "olağan şekilde ticarete kullanım (ordinary course of trade)" şartı aranmaktadır.

¹⁷² Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017, on the European Union trademark, (codification), Official Journal of the European Union, 16.6.2017, L 154/1.

Bu altı esas dahilinde, Anayasa Mahkemesi'nin kararına konu uyuşmazlık değerlendirildiğinde, alan adının ticari nitelik içermeyen şekilde başvuruçunun Anayasa'nın 26 ncı maddesinde düzenlenen "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti" ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10 uncu maddesinde düzenlenen "İfade Özgürlüğü" hakları kapsamında eleştirilerini paylaştığı bir platform olarak kullanıldığı sonucu çıkarılabilecektir.

Anayasa Mahkemesi Kararı'na Karşı Oy Yazısı'nda da belirtildiği üzere,¹⁷³ günümüzde güçlü şirketler karşısında bireyler, kendileri ifade etme, haklarını arama, eleştirilerini dile getirme yönünden her zamankinden daha kısıtlanmış durumdadırlar. Marka sahipleri ile ilgili dile getirilen en önemli yaklaşımlardan birisi de markanın günümüzde güçlü bir iletişim aracı olarak kullanıldığı, bu nedenle marka sahiplerinin markayı bu kadar fonksiyonel kullanması karşılığında bazı eleştirilere de katlanmasının makul olması gerektiğidir. Bir başka husus olarak nasıl ki özel hayatın sınırları çizilirken ünlü ve topluma mal olmuş kişilerin özel alanı daha dar yorumlanmaktadır, tanınmış ve yılların birikimi ile toplumsal güven kazanmış markaların da, ticari nitelik arzermeyen, kendileriyle rekabet durumu olmayan, yapıcı eleştirilere ilişkin daha geniş bir hoşgörü göstermeleri beklendiği söylenebilecektir. Bu yaklaşım, AİHM'in topluma mal olmuş, politik figürlerin eleştirilmesine ilişkin geniş ifade özgürlüğü yorumu ile de uyumludur.

Türk hukukunda marka ile ifade özgürlüğü haklarının karşı karşıya geldiği durumlarda bu kurumların ilk derece mahkemelerince de yeteri kadar tartışılmadığı görülmektedir. Bize göre salt markaya zarar vermek kastı olmaksızın ve ticari gaye güdülmeksizin markaya ilişkin eleştirileri ifade eden internet sitelerine karşı daha toleranslı davranılması gerekir. İngiltere'de, eleştiri amaçlı web sitesi isimlerinde sık olarak kullanılan "sucks" eki gibi; "zede", "mağdurları" gibi eklerin dürüst kullanım bulunmak kaydıyla marka hakkının ihlalini oluşturmayacağı düşüncesindeyiz. Tüketici hakları ve düşünceleri ifade etme haklarının da, marka hakkı gibi korunması gereken haklardan olduğu gerçeği gözardı edilmemelidir.

Kara Avrupası hukukunda, markaların, ticari gaye olmaksızın eleştiri amacıyla kullanılması genel olarak meşru kabul edilmiştir.¹⁷⁴ Alan adları hukukunda da, markaların eleştiri amacıyla kullanılması eyleminin, bilhassa markanın korunması ile elde edilecek faydadan daha geniş bir paydada sosyal sorumluluk gayesiyle kullanılması durumunda, anayasal ifade özgürlüğü hakları kapsamında yorumlandığını görüyoruz. Buna güzel bir örnek, "Stop Esso" boykotları nedeniyle oluşan uyuşmazlıktır. Ünlü petrol şirketi Exxon Mobil'in küresel ısınmayı kabul etmemesi, Kyoto Protokolü'nü desteklememesi nedeniyle Exxon Mobil'in

¹⁷³ Anayasa Mahkemesi, Naif Şaşma Kararı, Karşı Oy Yazısı, paragraf, 20-26.

¹⁷⁴ Paris Court of Appeal, 16 November 2005 (Esso Kararı); Paris Court of Appeal, 17 November 2006 (Areva Kararı); German Supreme Court, 3 February 2005, BGH I ZR 159/02 (Milka Kararı).

uluslararası ticarete kullandığı unvanı olan "Esso" adı, "stopesso.de" alan adı olarak kayıt edilmiş ve sivil toplum kuruluşları tarafından çevre sorunlarına dikkat çekmek için kullanılmıştır. Almanya'da Hamburg Mahkemesi, 'stopesso.de' kararında şu hususu vurgulamıştır:¹⁷⁵ "Şirketler, marka hukukunu, adlarının şirket faaliyetleri eleştirilirken kullanılmasını engellemek için kullanamaz.". Mahkeme, "stopesso.de" alan adı altında sivil toplum kuruluşlarının, toplumda farkındalık oluşturmak için küresel ısınma gibi problemlere dikkat çektiğini ve bu kapsamda siteyi de boykot için kullandığını, bu hususun Anayasal ifade özgürlüğü kapsamında kaldığına işaret etmiştir.¹⁷⁶

Bir başka örnek 2001 yılında Fransa'da gerçekleştirilen Danone boykotu sırasında oluşmuştur. Danone, Fransa merkezli, çok uluslu bir gıda firmasıdır. Firma, yeni iş planları çerçevesinde 570 çalışanını işten çıkarma kararı almıştır. Firmanın, bu kararını protesto etmek için bir gazeteci "jeboycottedanone.com"¹⁷⁷ alan adını kayıt ettirmiştir. Söz konusu web sitesine gidildiğinde, Danone Logosunun değiştirildiği ve "insanlar yoğurt değildir (human beings are not yogurts)" ifadesinin yer aldığı görülmektedir.

Danone firması, bu alan adının faaliyete geçmesinin hemen ardından 18 Nisan 2001 tarihinde mahkemeye başvurmuş ve alan adının kullanımının durdurulması ile marka tecavüzü nedeni ile zararlarının tazminini talep etmiştir. İlk derece Mahkemesi tazminata hükmetmiştir. Ancak Fransız Temyiz Mahkemesi, eylemin marka hakkı ihlali oluşturmadığını, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasından ibaret olduğunu, bu durumda ifade özgürlüğü hakkının marka hakkından önce geleceğini belirtmiş ve kararı bozmuştur. Yüksek Mahkeme, eylemde ticari bir kullanım bulunmadığını da belirtmiştir.¹⁷⁸ Ancak bu belirleme yapılırken, alan adı ile markanın aynı olup olmadığı, karıştırılabilirlik oluşturup oluşturmadığı, sitede reklamların yer alıp almadığı gibi durumlar dikkate alınmıştır.¹⁷⁹

Dünyadaki uygulamalar, oluşan içtihatlar ve internetin doğası dikkate alındığında Anayasa Mahkemesi'nin de uyuşmazlığa ifade özgürlüğü perspektifinden bir yaklaşım göstermek suretiyle söz konusu uyuşmazlıkta, başvuranın Anayasa'nın 26 ncı maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiği yönünde karar vermesi beklenirdi. Türk hukukunda Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 7/3 maddesi de bu yoruma cevaz verici mahiyet arz etmektedir.

¹⁷⁵ Sakulin, age. s. 136 vd.

¹⁷⁶ Hamburg District Court, 10 June 2002, 2002 MD 9 (stopesso.de) Aynı yönde karar için bkz. Kammergericht Berlin, 23 October 2001, KG5 U 101/1 (oil-of-elf.de); Aktaran; Sakulin, age. s. 205.

¹⁷⁷ Fransızca "Je", "ben (I)" ve "boycotté", "boykot etmek" anlamındadır. Alan adı, "Danoneyi boykot ediyorum" anlamını taşımaktadır. Bkz. Soysal, Domain Name Law, s. 787.

¹⁷⁸ Mark Lee Hunter; Marc Le Menestrel; Henri-Claude de Bettignies, Beyond Control: Crisis Strategies and Stake Holder Media in the Danone Boycott of 2001, Corporate Reputation Review, Volume 11, Number 4, 2008., s. 339-340.

¹⁷⁹ Soysal, Domain Name Law, s. 786-787.

SON SÖZ

Ülkemizde nüfusun % 75'i internet kullanıcısı ve nüfusun yarısından fazlası sosyal medya ağlarının aktif kullanıcısı konumundadır.¹⁸⁰ İnternetin ticari olarak kullanımına izin verildiği 1994 yılından itibaren geçen yaklaşık 30 yılda internete özgü teamül ve etik kurallar ile kullanım alışkanlıklarının oluştuğu inkar edilemez bir gerçektir. Türkiye'de Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı tarafından Mart 2019 döneminden itibaren "Bilişim ve Teknoloji Hukuku" müstakil bir doçentlik alanı olarak kabul edilmiştir.¹⁸¹ Bu konuya yaklaşımın ortaya konulması açısından sevindirici bir gelişmedir. Bununla birlikte Ülkemizde gerek bilişim okur-yazarlığının geliştirilmesi gerekse yargı mensuplarının bilişim ve konularına ilişkin yetkin duruma getirilmeleri konusunda eksikliklerimiz olduğu da kabul edilmelidir. İnternete ve hukukuna yaklaşım ne büsbütün hukuk kurallarını devre dışı bırakacak ölçüde özgürlükçü, ne de her konuyu mevcut kurallar ile katı bir anlayış ile çözecek kadar dar bir bakış açısını içermemelidir. Bilhassa ulusal güvenlik, kamu güvenliği gibi konuların daha hassasiyetle değerlendirilmesi olağan karşılanmalıdır. Buna karşılık marka ve ifade özgürlüğü gibi konularda daha esnek bir bakış açısı benimsemenin doğru olduğuna inanıyoruz. Bu kapsamda, hakim ve savcılara gerek staj sürelerinde gerekse meslek içinde internet alan adları, fikri mülkiyet haklarının internete özgü kullanımları, internette erişim sınırlamaları gibi konularda eğitimler verilmesinin de fayda sağlayacağına inanıyoruz.

İnternetin, alışılmış marka hakkı ihlallerini değiştirdiği ve dönüştürdüğü açık olarak görülmektedir. Zaman içinde ülkeler başta ABD kaynaklı olarak verilen örnek mahkeme kararlarını esas almak suretiyle kendi mevzuatlarını bu yeni durumları da kapsayacak şekilde değiştirmekte veya Yüksek Mahkeme kararları ile yeni duruma yön vermektedirler. İnternet kullanıcılarının, uygulamayı benimsemesi ile artık alışkanlık ve gelenek halini almış hususlar, mahkemelerce kararlarında esas alınmak suretiyle marka hakkı ihlaline farklı bir açıdan yaklaşılmaktadır. Hukukun dinamik yönü de internet, bilişim, fikri mülkiyet gibi konularda daha belirgin olarak öne çıkmaktadır. Hiç şüphesiz, dördüncü sanayi devriminden¹⁸² bahsedildiği bir dönemde bu gelişmelerin takip edilmesi daha büyük önem taşımaktadır.

¹⁸⁰ Digital in 2019, Turkey, <https://dijilopedi.com/2019-turkiye-internet-kullanim-ve-sosyal-medya-istatistikleri/> (Son Erişim Tarihi: 31.03.2019)

¹⁸¹ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti, Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı, Doçentlik Başvuru Şartları, 2019 Mart Dönemi, Tablo 5, Hukuk Temel Alanı, http://www.uak.gov.tr/temelalan/TA_Tablo5_2019M_140319.pdf

¹⁸² Klaus Schwab, The Fourth Industrial Revolution, World Economic Forum, 2016.

KAYNAKÇA

A WIPO Training Manual, Introduction to Trademark Law and Practice, The Basic Concepts, February 1993. (WIPO, Trademark Law and Practice).

ABBOTT M., Frederick; On the Duality Internet Domain Names: Propertization and its Discontents, New York University, Journal of Intellectual Property and Entertainment Law, Fall 2013.

ABD Anayasası, <http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>

ABELES, Jerry; Courts must weight the claims of Trademark Holders against the rights of Domain Name Registrants, Los Angeles Lawyer, October 2013, 26., <http://www.lacba.org/Files/LAL/Vol36No7/3084.pdf>

ACPA, <http://www.gigalaw.com/library/anticybersquattingact-1999-11-29-p1.html>

AKGÜL, Mustafa Akgül; İnternet Sunucu Araçları ve Yönetim, Ankara 1999.

ALGAN, Bülent; Bireysel Başvurularda 'Açıkça Dayanaktan Yoksunluk' Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63 (2), 2014 (247-284).

ALYABIS A., Fahad; Electronic Commerce: An Introduction (Book Review), <http://www.nait.org/jit/Articles/alyabis120800.pdf>

Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Council of the European Union, Brussels, 23 August 2011, <https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2012196%202011%20INIT>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kabul Edilebilirlik Kriteri Uygulama Rehberi, 2014, https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_TUR.pdf, (AİHM, Kabul Edilebilirlik Kriteri Uygulama Rehberi)

AYDIN, Öykü Didem; Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı, Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (2), 2011 (s. 26-63).

BASMA, Dima; The Nature, Scope and Limits of Modern Trademark Protection: A Luxury Fashion Industry Perspective, A Thesis submitted to the University of Manchester for the Degree of Doctor of Philosophy in the Faculty of Humanities, February, 2016.

BÜYÜKKILIÇ, Gül; Markanın Sulandırılması ve Sulandırmaya Karşı Koruma, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2018.(yok.gov.tr).

BYCHAWSKA-SINIARSKA, Dominika; Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights, A Handbook for Legal Practitioners, 2017.

CARPENTER, Dale; Theories of Free Speech Protection, 2012, <http://uscivilliberties.org/themes/4585-theories-of-free-speech-protection.html>

DANNENBERG A., Ross; SMITH-CARRA R., Heather; Balancing Free Speech and Trademark Rights, Summer 2017, <https://bannerwitcoff.com/wp-content/uploads/2017/07/Balancing-Free-Speech-and-Trademark-Rights.pdf>

Dictionary, <https://www.merriam-webster.com>

Digital in 2019, Turkey, <https://dijilopedi.com/2019-turkiye-internet-kullanim-ve-sosyal-medya-istatistikleri/>

DİRİKKAN, Hanife; Tanınmış Markanın Korunması, Mart 2003, Seçkin Yayınevi, Ankara.

Domain Counts&Internet Statistics, <http://www.domaintools.com/internet-statistics/>

Domain Stats, <https://domainnamestat.com/>

European Court of Human Rights, HUDOC, <https://hudoc.echr.coe.int/>

Find Law for Legal Professionals, <https://caselaw.findlaw.com/>

GÜRAN ve DİĞERLERİ, İnternet ve Hukuk, Superonline Workshop Metni, İstanbul 2000.

HUNTER, Mark Lee; MENESTREL, Marc Le; BETTIGNIES, Henri-Claude de; Beyond Control: Crisis Strategies and Stake Holder Media in the Danone Boycott of 2001, Corporate Reputation Review, Volume 11, Number 4, 2008.

IANA, <http://www.iana.org/>

ICANN, <http://www.icann.org/tlds/>

International Organization for Standardization, English Country Names and Code Elements; <http://www.iso.org/iso/en/prods-services/iso3166ma/02iso-3166-code-lists/list-en1.html>

İŐIK, Ramazan; Mormonluk ve Mormon Kilisesi Üzerine Bir Araştırma, Cumhuriyet Üniversitesi, İlahiyet Fakültesi Dergisi, C. X/1, Haziran 2006 (s. 165-190).

KAHRAMAN, Ömer Ersin; Yeni Toplum ve Kitleleş Üretim, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 25, Bahar 2018 (s. 383-400).

KRZEMINSKA, Joanna; Freedom of Commercial Speech in Europe, 2005, aei.pitt.edu/3043/2/JKrzeminska_EUSA_paper.doc

KÜÇÜK, Adnan; İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu, Eylül 2003.

Legal Information Institute, Supreme Court, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/home>

LEMLEY A. Mark; The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense, Yale Law Journal, Vol. 108, 1710-11 1999.

MARTINEZ, Alexandra; The Act of Registering a Trademark: Commercial Speech, Non-Commercial Speech, or a Combination of Both, 2017, https://www.inta.org/Academics/Documents/2017/Martinez_%20Student%20Winner.pdf

Memorandum of Understanding between the US. Department of Commerce and İnternet Corporation for Assigned Names and Numbers, November 25, 1998, <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/icann-memorandum.htm>

Mill on Freedom of thought and expression, <http://documents.routledge-interactive.s3.amazonaws.com/9781138793934/A2/Mill/MillTruth.pdf>, s. 6.

NIC.TR, Günlük İstatistikler, 1 Nisan 2019, <https://nic.tr/index.php?USRAC TN=STATISTICS&PHPSESSID=1554153187771252124664130>

NOMER, Füsun; İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar, Prof. Hayri Domaniç'e 80. Yaşgünü Armağanı, İstanbul 2001 (s. 395-418).

OĞUZMAN, M. Kemal; SELİÇİ, Özer; OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

ÖZSOY, Şule; Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar, TBB Dergisi, S. 56, 2005 (s. 29-47).

RAMSEY R., Lisa; A Free Speech Right to Trademark Protection, The Trademark Reporter, International Trademark Association, V. 106, No. 5, September-October 2016 (s. 797-882).

Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017, on the European Union trademark, (codification), Official Journal of the European Union, 16.6.2017, L 154/1.

REIBOLDT, Wendy; MALLERS, Melanie Horn; (Editors), Consumer Survival, An Encyclopedia of Consumer Rights, Safety, and Protection, ABC-CLIO, 2014.

RUHNKA C., John; Bagby W., John; Protecting Web Domain names, CPA Journal, Nov2001, Vol. 71, I. 11, s.62.

SAKULIN, Wolfgang; Trademark Protection and Freedom of Expression, An Inquiry into the Conflict between Trademark Rights and Freedom of Expression under European Law, Wolters Kluwer, 2011.

SAKULIN, Wolfgang; Trademark protection and freedom of expression: an inquiry into the conflict between trademark rights and freedom of expression under European, German, and Dutch law, University of Amsterdam, UvA-DARE, Digital Academic Repository, https://pure.uva.nl/ws/files/1515251/75299_06.pdf

SCHWAB, Klaus; The Fourth Industrial Revolution, World Economic Forum, 2016.

SHARROCK M., Lisa; The Future of Domain Name Dispute Resolution: Craftin Practical International Legal Solutions From within the UDRP Framework, Duke Law Journal, Vol. 51.

SMITH, Graham J. H.; Internet Law and Regulation, Third Edition, Bird&Bird 2002.

SOYSAL, Tamer; İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law), Adalet Yayınevi, Eylül 2014., (Soysal, Domain Name Law).

SOYSAL, Tamer; Anayasa Mahkemesi'nin Twitter ve Youtube Kararları ve Değerlendirilmeleri, Adalet Dergisi, S. 52, Mayıs 2015, http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/52.sayi/01_tamer.pdf

SOYSAL, Tamer; İnternet Alan Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım-1; Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2006/2 (s. 481-507).

SOYSAL, Tamer; İnternet Alan Adlarının 'Hak' Niteliği ve AİHM'in Paeffgen v. Almanya Kararı Çerçevesinde Alan Adları Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tesisi, Adalet Bakanlığı, Adalet Dergisi, S. 54, Ocak 2016 (s. 1-25), <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/54.sayi/3.pdf>

SOYSAL, Tamer; Siber Uzayın Hüviyet Cüzdanları: İnternet Alan Adları ve Ortaya Çıkardığı İhtilafları Çözüm Yolları (İçinde, Müge Demir (Editör), Yeni Medya Üzerine, LiteraTurk, İstanbul, Eylül 2013, s. 255-308)).

SOYSAL, Tamer; Alan İsmi Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Yeknesak Politikalar (UDRP) Çevirisi, Türkiye Adalet Akademisi, Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Sayı: 18, Temmuz 2015.

SOYSAL, Tamer; Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 12, Aralık 2018, (s. 693-722).

Special Award Conditions, NCR-9218742, Amendment No. 11, <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/proposals/docnsi100698.htm>

ŞENOCAK, Kemal; Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali, *BATİDER*; Eylül 2009 (s. 89-141).

TARAKÇI, Muhammet; Hristiyan Düşüncesinde Apoloji ve St. Thomas Aquinas, *Uludağ Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2005 (s. 135-146).

TEKİNALP, Ünal; *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Arıkan, Aralık 2005, İstanbul.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; *Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

The World Bank, <https://data.worldbank.org/indicator/NE.CON.TOTL.CD?locations=US>

Türkiye Cumhuriyeti, Anayasa Mahkemesi, <http://www.anayasa.gov.tr>

United States Patent and Trademark Office-USPTO, <https://www.uspto.gov/>

US Supreme Court Cases, <https://supreme.justia.com/>

WIPO Arbitration and Mediation Center, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/>

WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition (WIPO Overview 2.0), <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/>

WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition (WIPO Jurisprudential Overview 3.0), https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0

Wikipedia, <http://en.wikipedia.org>

Word Spy, <http://www.wordspy.com/words/cybergripping.asp>

YOLAÇ, Gökhan; *Consumerism: Literatür Tarama, Öneri Dergisi*, C. 5, S. 35, Ocak 2011 (s. 159-162).

Not:

İlk derece Mahkeme kararlarına ve Yargıtay kararlarına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

İnternet sitelerinde dipnotta erişim tarihi belirtilmeyen kaynaklara son erişim tarihi 31.03.2019 tarihidir.