

MARKA HAKKINA İKTİBAS VEYA İLTİBAS SURETİYLE TECAVÜZ SUÇU

Ahmet Alpaslan ÇANKAYA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Reşit KARAASLAN

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Haziran 2021

JÜRI VE ENSTİTÜ ONAYI



ÖZET

MARKA HAKKINA İKTİBAS VEYA İLTİBAS SURETİYLE TECAVÜZ SUÇU

Ahmet Alpaslan ÇANKAYA

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran, 2021

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Reşit KARAASLAN

Marka hakkına yönelen suçlar Sınai Mülkiyet Kanunu ile düzenlenerek güncel ve suç ile mücadelede etkin hale getirilmeye çalışılmıştır. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda marka, coğrafi işaret, geleneksel ürün adı, tasarım, patent ve faydalı model olmak üzere altı farklı sınai mülkiyete tabi soyut varlık düzenleme altına alınmış ancak bunlardan sadece markalar cezai koruma kalkanı altına alınmıştır. Bu durum da kanun koyucunun marka hakkına vermiş olduğu önemi ve marka hakkını koruma çabasını ortaya koymaktadır.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 30. maddesi ile marka hakkına yönelen üç farklı suç tipi düzenlenmiştir. Buna göre başkasına ait marka hakkına iktibas ya da iltibas suretiyle tecavüz, marka korumasını gösterir işareti kaldırma ve yetkisiz hukuki tasarruf halleri suç olarak tanımlanmıştır.

Çalışmamızda Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 30/1. maddesinde tanımlanan marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Sınai Mülkiyet Kanunu, marka hakkı, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz, marka taklitçiliği.

ABSTRACT

THE CRIME OF INFRINGEMENT OF TRADEMARK RIGHT THROUGH QUOTATION OR LIKELIHOOD OF CONFUSION

Ahmet Alpaslan ÇANKAYA

Department of Public Law

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, June 2021

Supervisor: Assist. Prof. Dr. Reşit KARAASLAN

With regulating by the Industrial Property Code, offences against trademark rights are tried to be made up-to-date and effective in the fight against crime. In the Industrial Property Code, intangible assets, which are subject to six different industrial properties, namely trademark, geographical sign, traditional product name, design, patent, and utility model, are regulated. However, from these only trademarks are under a criminal protection shield. This reveals also the importance given by the legislator to the trademark right and its effort to protect the trademark right.

Three different types of crime against trademark right are regulated by the Article 30 of the Industrial Property Code. Thus, infringement of trademark right through quotation or likelihood of confusion, removing the sign indicating the trademark protection and unauthorized legal acts are defined as offences.

In our study, the crime of infringement of trademark right through quotation or likelihood of confusion, which is defined by the Article 30/1 of the Industrial Property Code, has been examined.

Key Words: The Industrial Property Code, trademark right, infringement of trademark right through quotation or likelihood of confusion, trademark imitation.

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan “bilimsel intihal tespit programı”yla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

Ahmet Alpaslan ÇANKAYA

İÇİNDEKİLER

BAŞLIK SAYFASI	i
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ	v
İÇİNDEKİLER	vi
ŞEKİLLER DİZİNİ	xv
SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ	xviii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA VE MARKA HAKKI KAVRAMI, MARKA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ, MARKA LİSANS SÖZLEŞMELERİ, GENEL OLARAK MARKA HAKKINA YÖNELEN SUÇ TİPLERİ

1. MARKANIN TANIMI	3
2. MARKANIN UNSURLARI.....	5
2.1. Genel Açıklamalar	5
2.2. İşaret.....	6
2.3. Ayırt Edicilik	8
2.4. Sicilde Gösterilebilir Olma	11
3. MARKANIN FONKSİYONLARI	12
3.1. Genel Açıklamalar	12
3.2. Markanın Ayırt Edicilik Fonksiyonu	13
3.3. Markanın Kaynak Gösterme Fonksiyonu	14
3.4. Markanın Kalite Standardını Garanti Fonksiyonu.....	15
3.5. Markanın Reklam Fonksiyonu.....	16
3.6. Markanın Tekelleştirme Fonksiyonu	16
4. MARKANIN TÜRLERİ.....	16
5. MARKANIN DİĞER AYIRT EDİCİ İŞARETLERDEN FARKI.....	19
5.1. Marka Dışındaki Diğer Ayırt Edici İşaretler	19

5.2.	Markanın Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adından Farkı.....	19
5.3.	Markanın İşletme Adı ve Ticaret Unvanından Farkı	20
6.	MARKA HAKKI VE MARKA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ.....	21
6.1.	Genel Açıklamalar	21
6.2.	Marka Hakkının Hukuki Niteliği	22
6.3.	Marka Hakkının Özellikleri	23
6.3.1.	Soyut olma	23
6.3.2.	Mutlak olma	24
6.3.3.	Sahibine inhisari hak sağlama.....	24
6.3.4.	Süreye bağlılık	24
6.3.5.	Hukuki işlemlere konu olabilme	24
6.4.	Marka Hakkının Doğumu ve Tescil İlkesi.....	25
6.4.1.	Genel açıklamalar	25
6.4.2.	Markanın tescil süreci	26
7.	MARKA HAKKININ KORUNMA ŞEKİLLERİ.....	27
7.1.	Marka Hakkının Korunmasının Gerekçesi	27
7.2.	Marka Hakkının Hukuki ve Cezai Yollarla Korunması	29
8.	MARKA HAKKININ SONA ERME NEDENLERİ	29
8.1.	Genel Açıklamalar	29
8.2.	Koruma Süresinin Sona Ermesi ve Süresinde Yenilenmemesi Nedeniyle Marka Hakkının Sona Ermesi	30
8.3.	Vazgeçme Nedeniyle Marka Hakkının Sona Ermesi	31
8.4.	Markanın Hükümsüzlüğüne Karar Verilmesi Nedeniyle Marka Hakkının Sona Ermesi	32
8.5.	Markanın İptaline Karar Verilmesi Nedeniyle Marka Hakkının Sona Ermesi	32
9.	MARKA LİSANS SÖZLEŞMELERİ	35
9.1.	Genel Açıklamalar	35
9.2.	Türlerine Göre Marka Lisans Sözleşmeleri	37
9.2.1.	İnhisari olmayan marka lisans sözleşmeleri	37
9.2.2.	İnhisari marka lisans sözleşmeleri	38
10.	MARKA HAKKINA YÖNELEN SUÇLARA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER.....	39
10.1.	Genel Açıklamalar	39

10.2. Marka Suçu Kavramı	41
11. SINAİ MÜLİYET KANUNU'NDA DÜZENLENEN MARKA SUÇLARI.....	42

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HAKKINA İKTİBAS VEYA İLTİBAS SURETİYLE TECAVÜZ SUÇUNA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR, SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER VE SUÇUN UNSURLARI

1. MARKA HAKKINA İKTİBAS VEYA İLTİBAS SURETİYLE TECAVÜZ SUÇUNA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR.....	43
2. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER	44
2.1. Genel Açıklamalar	44
2.2. Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçuyla Korunmaya Çalışılan Hukuki Değer.....	45
3. MARKA HAKKINA İKTİBAS VEYA İLTİBAS SURETİYLE TECAVÜZ SUÇUNUN UNSURLARI	48
3.1. Tipikliğin Maddi Unsurları.....	48
3.1.1. Fail	48
3.1.1.1. Genel açıklamalar.....	48
3.1.1.2. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından fail	50
3.1.1.3. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun işletme bünyesinde işlenmesi halinde işletme sahiplerinin, yöneticilerinin ve çalışanlarının cezai sorumluluğu.....	51
3.1.2. Mağdur.....	53
3.1.2.1. Genel açıklamalar.....	53
3.1.2.2. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından mağdur	55
3.1.3. Suçun konusu.....	57
3.1.3.1. Genel açıklamalar.....	57
3.1.3.2. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun konusu..	57
3.1.4. Fiil.....	60
3.1.4.1. Genel açıklamalar.....	60
3.1.4.2. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından fiil	62

3.1.4.3. İktibas ve iltibas kavramları	68
3.1.4.3.1. Genel açıklamalar	68
3.1.4.3.2. İktibas kavramı	68
3.1.4.3.3. İşaretin aynılığı ya da fark edilemeyecek derecede benzer olması	70
3.1.4.3.4. Mal ya da hizmetin aynılığı	71
3.1.4.3.5. İltibas kavramı	72
3.1.4.3.6. Mal ya da hizmet açısından iktibas ve iltibas kavramları	77
3.1.4.3.7. İktibas ve iltibas kavramlarının kanunilik ilkesi açısından değerlendirilmesi	82
3.1.4.4. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun seçimlik hareketleri	85
3.1.4.4.1. Genel olarak	85
3.1.4.4.2. Tüm seçimlik hareketler açısından ön şart olarak markasal kullanım zorunluluğu	86
3.1.4.4.3. Mal üretmek veya hizmet sunmak	89
3.1.4.4.4. İthal veya ihraç etmek	90
3.1.4.4.5. Satışa arz etmek veya satmak	93
3.1.4.4.6. Ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak	95
3.1.4.4.7. Mütecaviz işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması	96
3.2. Tipikliğin Manevi Unsurları	99
3.2.1. Genel açıklamalar	99
3.2.2. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun manevi unsuru	102
3.2.3. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun bir kısım seçimlik hareketleri açısından özel bir manevi unsur olarak ticari saik unsuru	103
3.2.4. Suçun maddi unsurlarında hata ile kastın ortadan kalkması hali	106
3.2.4.1. Genel açıklamalar	106

3.2.4.2. <i>Kastı ortadan kaldıran hata türleri</i>	107
3.2.4.2.1. <i>Suçun maddi unsurlarında hata</i>	107
3.2.4.2.2. <i>Failin, marka hakkını araştırma yükümlülüğü ve suçun maddi unsurlarında hata ile ilişkisi</i>	107
3.3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru	109
3.3.1. Genel açıklamalar	109
3.3.2. İlgilinin rızası	111
3.3.3. Başkasına ait markanın dürüstçe kullanılması.....	113
3.3.4. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş olan malların kişisel ihtiyaç için bulundurulması ve kullanılması	114
3.3.5. Zararı tazmin edilmiş malların ticari amaçla kullanılması	114
3.3.6. Marka hakkının tüketilmesi hususu ve marka hakkının tüketilmesinin hukuka uygunluk nedenleri açısından değerlendirilmesi	115
3.3.7. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata hali	116

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KUSURLULUK, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, ETKİN PİŞMANLIK, OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTI, YAPTIRIM, MUHAKEME KURALLARI VE ZAMANAŞIMI

1. KUSURLULUK	118
1.1. Genel Açıklamalar	118
1.2. Kusurun Konusu	119
1.3. Kusurun Unsurları.....	119
1.4. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran ya da Azaltan Nedenler	120
1.4.1. Genel açıklamalar	120
1.4.2. Amirin emri.....	120
1.4.3. Zorunluluk hali nedeniyle kişinin irade yeteneğinin azalması ya da ortadan kalkması	121
1.4.4. Meşru savunmanın sınırının heyecan, korku ve/veya telaş nedeniyle aşılması	121
1.4.5. Cebir ve/veya tehdit nedeniyle kişinin irade yeteneğinin azalması ya da ortadan kalkması.....	121
1.4.6. Haksız tahrik nedeniyle kişinin irade yeteneğinin azalması	122

1.4.7.	Yaş küçüklüğü	122
1.4.8.	Akıl hastalığı.....	122
1.4.9.	Sağır ve dilsizlik	123
1.4.10.	Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma.....	123
1.5.	Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu Açısından Kusurluluğu Azaltan ya da Ortadan Kaldıran Haller	124
1.5.1.	Haksız tahrik nedeniyle kişinin irade yeteneğinin azalması	124
1.5.2.	Yaş küçüklüğü	125
1.5.3.	Sağırılık ve dilsizlik	127
1.6.	Kusurluluğu Ortadan Kaldıran ya da Azaltan Nedenlerin Maddi Şartlarında veya Fiilin Haksızlık Oluşturduğu Hususunda Hata	129
1.6.1.	Genel açıklamalar	129
1.6.2.	Kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenlerin maddi şartlarında hata	129
1.6.3.	Fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hata.....	130
2.	SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ	131
2.1.	Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme.....	131
2.1.1.	Genel açıklamalar	131
2.1.2.	Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunda teşebbüs ve gönüllü vazgeçme	134
2.2.	İştirak	135
2.2.1.	Genel açıklamalar	135
2.2.2.	İştirak kastı.....	135
2.2.3.	İştirak açısından maddi unsur	136
2.2.4.	İştirak türleri	137
2.2.4.1.	<i>Müşterek faillik</i>	137
2.2.4.2.	<i>Dolaylı faillik</i>	137
2.2.4.3.	<i>Azmettirme</i>	138
2.2.4.4.	<i>Yardım etme</i>	139
2.3.	İştirak Halinde İşlenen Suçlar Açısından Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme.	140
2.4.	İçtima	141
2.4.1.	Genel açıklamalar	141
2.4.2.	Suçların içtimaı türleri	141
2.4.2.1.	<i>Zincirleme suç</i>	141

2.4.2.2. <i>Fikri içtima</i>	142
2.4.2.3. <i>Bileşik suç</i>	144
3. ETKİN PİŞMANLIK.....	144
3.1. Genel Açıklamalar	144
3.2. Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu Açısından Etkin Pişmanlık.....	145
3.3. Hizmet Markaları Açısından Etkin Pişmanlık	153
4. OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTI.....	153
4.1. Genel Açıklamalar	153
4.2. Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu Açısından Objektif Cezalandırılabilme Şartı	154
5. MUHAKEME KURALLARI.....	156
5.1. Şikâyet	156
5.1.1. Genel açıklamalar	156
5.1.2. Şikâyetin hukuki mahiyeti	157
5.1.3. Şikâyet hakkı olanlar	158
5.1.3.1. <i>Genel açıklamalar</i>	158
5.1.3.2. <i>Ortak markaya ve garanti markasına karşı işlenen iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından şikâyet hakkına sahip olanlar</i>	159
5.1.3.3. <i>Lisans sahibinin şikâyet hakkı</i>	160
5.1.3.4. <i>Marka hakkının sona ermesinin şikâyet hakkı üzerindeki etkileri</i>	163
5.1.3.4.1. <i>Genel olarak</i>	163
5.1.3.4.2. <i>Koruma süresinin sona ermesi nedeniyle marka hakkının sona ermesi halinde şikâyet hakkı</i>	163
5.1.3.4.3. <i>Vazgeçme nedeniyle marka hakkının sona ermesi halinde şikâyet hakkı</i>	165
5.1.3.4.4. <i>Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi nedeniyle marka hakkının sona ermesi halinde şikâyet hakkı</i>	166
5.1.3.4.5. <i>Markanın iptaline karar verilmesi nedeniyle marka hakkının sona ermesi halinde şikâyet hakkı</i>	167
5.1.3.4.6. <i>Marka hakkının devrinden sonra marka hakkını devreden ve devralanın şikâyet hakkı</i>	168

5.1.3.4.7. Marka hakkının miras yolu ile intikali halinde mirasçılarının şikâyet hakkı.....	168
5.1.4. İştirak halinde işlenen suçlar bakımından şikâyet	169
5.1.5. Şikâyet hakkının kullanılacağı süre	170
5.1.6. Şikâyetten feragat ve vazgeçme.....	171
5.1.7. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunda şikâyet hakkının kullanılamayacağı haller.....	172
6. UZLAŞTIRMA.....	173
6.1. Genel Açıklamalar	173
6.2. Uzlaştırma Sürecinin Sonuçlanması	174
6.2.1. Uzlaştırma sürecinin uzlaşmama ile sonuçlanması	174
6.2.2. Uzlaştırma sürecinin uzlaşma ile sonuçlanması	175
6.2.2.1. Edimsiz uzlaşma.....	175
6.2.2.2. Edimli uzlaşma.....	176
7. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	177
8. KORUMA TEDBİRLERİ	177
8.1. Genel Açıklamalar	177
8.2. Arama.....	178
8.3. El koyma	180
9. YAPTIRIM	181
9.1. Genel Açıklamalar	181
9.2. Cezalar	182
9.2.1. Genel açıklamalar	182
9.2.2. Hapis cezaları.....	182
9.2.3. Adli para cezaları	183
9.2.4. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçuna uygulanacak cezalar	183
9.3. Güvenlik Tedbirleri.....	184
9.3.1. Genel açıklamalar	184
9.3.2. Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma	185
9.3.3. Eşya müsaderesi.....	186
9.3.3.1. Genel açıklamalar.....	186
9.3.3.2. Eşya müsaderesinin şartları	187

9.3.3.2.1.	<i>Kasten işlenen suçun mevcudiyeti</i>	187
9.3.3.2.2.	<i>Eşya ile suç arasında ilişkinin mevcudiyeti</i>	187
9.3.3.2.3.	<i>Eşyanın iyi niyetli üçüncü kişiye ait olmaması</i>	188
9.3.3.2.4.	<i>Müsaderenin orantılı olması</i>	188
9.3.4.	Kazanç müsaderesi	189
9.3.4.1.	<i>Genel açıklamalar.....</i>	189
9.3.4.2.	<i>Kazanç müsaderesinin konusu</i>	189
9.3.4.3.	<i>Kazanç müsaderesinin şartları</i>	190
9.3.5.	Kamu izninin iptali	191
9.3.6.	Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından uygulanabilecek güvenlik tedbirleri	192
9.3.6.1.	<i>Genel açıklamalar.....</i>	192
9.3.6.2.	<i>Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma</i>	192
9.3.6.3.	<i>Eşya müsaderesi</i>	192
9.3.6.4.	<i>Kamu izninin iptali.....</i>	193
10.	HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI.....	193
10.1.	Genel Açıklamalar	193
10.2.	Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Kararın Güvenlik Tedbirlerine Etkisi.....	195
11.	ZAMANAŞIMI	197
SONUÇ		199
KAYNAKÇA		203

ŞEKİLLER DİZİNİ

	<u>SAYFA</u>
Şekil 1.1.Markanın unsurları	5
Şekil 1.2.Marka görseli	...10
"MODERN PASTANE", "TARİHİ KANDİLLİ PASTANESİ"	
Şekil 1.3.Marka görseli	...10
"İNCİR WAFFLE"	
Şekil 1.4.Marka görseli	...15
"SELPAK", "ORKİD"	
Şekil 1.5.Marka görseli	...17
"PEYMAN"	
Şekil 1.6.Marka görseli	...17
"BANKAMATİK"	
Şekil 1.7.Marka görseli	...18
"TSE", "ISO"	
Şekil 1.8.Marka görseli	...28
"MCDONALD'S"	
Şekil 2.1.Marka görseli	...43
"DEFACTO"	
Şekil 2.2.Markanın iltibashı olarak kullanımına örnek olarak marka ve işaret	
karşılaştırması	...44
"IKEA"	
Şekil 2.3.Marka görseli	...47
"HOTİÇ"	
Şekil 2.4.Marka görseli	...58
"DETAY DİJİTAL"	
Şekil 2.5.Fark edilemeyecek derecede benzer işaretin aynı mal ya da hizmetlerle	
birlikte kullanılmasına örnek olarak marka ve işaret karşılaştırması.....	67
"İNCİR WAFFLE"	
Şekil 2.6.Fark edilemeyecek derecede benzer işaretin karıştırılma ihtimali	
yaratacak derecede benzer mal ya da hizmetlerle birlikte	

kullanılmasına örnek olarak marka ve işaret karşılaştırması.....	67
<i>"İNCİR WAFFLE"</i>	
Şekil 2.7. Karıştırılma ihtimali yaratacak derecede benzer işaretin aynı mal ya da hizmetlerle birlikte kullanılmasına örnek olarak marka ve işaret karşılaştırması.....	67
<i>"İNCİR WAFFLE"</i>	
Şekil 2.8. Karıştırılma ihtimali yaratacak derecede benzer işaretin karıştırılma ihtimali yaratacak derecede benzer mal ya da hizmetlerle birlikte kullanılmasına örnek olarak marka ve işaret karşılaştırması.....	68
<i>"İNCİR WAFFLE"</i>	
Şekil 2.9. Markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanımına örnek olarak marka ve işaret karşılaştırması	69
<i>"REAL TECHNIQUES BY SAM&NIC"</i>	
Şekil 2.10. Marka görseli	78
<i>"A"</i>	
Şekil 2.11. Marka görseli	81
<i>"LACOSTE"</i>	
Şekil 2.12. Marka görseli	88
<i>"BUGS BUNNY"</i>	
Şekil 2.13. Marka görseli	91
<i>"ADIDAS OUTLET"</i>	
Şekil 2.14. Markanın iltibası olarak kullanımına örnek olarak marka ve işaret karşılaştırması	105
<i>"DOLCE&GABBANA"</i>	
Şekil 2.15. Marka görseli	113
<i>"CANON"</i>	
Şekil 2.16. Marka görseli	116
<i>"VICKS VAPORUB ŞEKİL", "VICKS"</i>	
Şekil 3.1. Marka görseli	147
<i>"PURINA"</i>	
Şekil 3.2. Marka tescil ve yenileme sürecinde markanın cezai açıdan korunma kesiti	164
Şekil 3.3. Marka tescil ve ek süre içinde yenileme sürecinde markanın cezai	

açıdan korunma kesiti	.164
Şekil 3.4. Marka hakkının vazgeçme nedeniyle sona ermesi halinde markanın	
cezai açıdan korunma kesiti	.165



SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
CD.	: Ceza dairesi
CMK	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUY	: Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği
ÇKK	: 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu
DTÖKA	: Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması
E.	: Esas numarası
HD.	: Hukuk dairesi
HGK	: Hukuk genel kurulu
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İMK	: İngiltere Marka Kanunu
K.	: Karar numarası
KMK	: 6507 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu
MARKHK	: Mülga 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MK	: Mülga 551 Sayılı Marka Kanunu
NİS ANLAŞMASI	: Nice Agreement Concerning The International Classification of Marks (Markaların Tescili Amacıyla Malların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması)
RG	: Resmî Gazete
SMK	: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
SMKUDY	: Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TKHK	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TPMK	: Türk Patent ve Marka Kurumu
TRIPS	: Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması)
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu



GİRİŞ

Marka kavramının doğuşunu tarihteki ilk "*Bunu kim yaptı?*" ya da "*Bunu ben yaptım.*" cümlesi ile eşleştirmek dahi mümkün olabilecektir. Nitekim yaratım süreci sonucunda ortaya çıkan mal ya da hizmet çıktısının kim tarafından ortaya konulduğunun bilinmesinin istenmesi insanlığı marka kavramını oluşturmaya doğru itmiştir. Ancak markaların önem kazanması mal ve hizmet piyasasının gelişmesi, çeşitlenmesi ve yerelden ulusala hatta globale ulaşması ile eş zamanlı olmuştur. Geniş tüketici topluluklarına hitap eden mal ve hizmet piyasasının güçlenmesi ile birlikte markalar ile nitelendirilen mal ve hizmetlerden haksız kazançlar elde etmek isteyen arz sahiplerinin ortaya çıkması da kaçınılmaz olmuştur. Bu nedenle de marka sahiplerinin, tüketicilerin ve piyasaların korunmasını tesis etmek amacıyla hem hukuki hem de cezai normatif düzenlemelerin yürürlüğe girmesi de zorunluluk halini almıştır. Nitekim modern Türk hukukunda da diğer ülke hukuklarında olduğu gibi Markalar Kanunu, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve son olarak Sınai Mülkiyet Kanunu ile marka sahipleri ve markalar koruma altına alınmaya çalışılmıştır.

Sınai Mülkiyet Kanunu ile markaların, coğrafi işaretlerin, geleneksel ürün adlarının, tasarımların, patent ve faydalı modellerin düzenleme altına alınmasına rağmen sadece markalar açısından cezai koruma öngörülmüş olması da kanun koyucunun, piyasada önemli roller üstlenen markalara ne derece önem verdiğini de göstermektedir. Markalar hakkında yürürlüğe giren son normatif düzenlememiz olan Sınai Mülkiyet Kanunu ile markalar hem hukuki hem de cezai açıdan korunmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz, marka korumasını gösterir işareti kaldırma ve yetkisiz tasarruf suçları tanımlanmıştır. Hem uygulamasının yoğunluğu hem de diğer suç tiplerine nazaran daha kapsamlı olarak düzenlenmesi nedeniyle marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu çalışma konusu olarak ele alınmıştır.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 30/1. maddesinde düzenlenen marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu tanımlanırken kullanılan "iktibas" ve "iltibas" kavramlarının açıklamasının keskin hatlar ile tanımlanmamış oluşu, marka hakkının şikayete tabi bir suç olması ve marka hakkının hukuki işlemlere konu olabilmesi nedeniyle hak sahibinin değişkenlik gösterebilmesi, marka hakkının doğumu ve sona ermesi anlarının ceza muhakemesine etki etmesi gibi bir çok nedenle öncelikle marka

hakkındaki hukuki düzenlemelerin incelenmesi gerekmiştir. Markanın hukuki yönden incelenmesi çalışma konusu ile sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Markanın hukuki açıdan incelenmesi akabinde ise çalışma konumuzu oluşturan marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku açısından ele alınmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA VE MARKA HAKKI KAVRAMI, MARKA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ, MARKA LİSANS SÖZLEŞMELERİ, GENEL OLARAK MARKA HAKKINA YÖNELEN SUÇ TİPLERİ

1. MARKANIN TANIMI

Marka kavramı Türk hukukunda ilk kez Osmanlıda 1872 tarihinde yürürlüğe giren Alamet-i Farika Nizamnamesi ile karşımıza çıkmaktadır¹. Söz konusu Nizamname 1888 tarihinde Fransız Fabrika ve Ticaret Markaları Kanunu'nun etkisi ile büyük değişikliğe uğramış ve Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamname yürürlüğe girmiştir. 1888 yılında yürürlüğe giren Nizamname Cumhuriyet Dönemi'nde de yürürlükte kalmış ve ancak 1955 yılında köklü değişikliklere uğramıştır. Nizamname, 551 sayılı Markalar Kanunu² (MK) ile yürürlükten kaldırılmıştır. 1995 yılına gelindiğinde ise 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname³ (MARKHK) yürürlüğe girmiştir⁴. Halihazırda yürürlükte bulunan 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu⁵ (SMK) ise MARKHK'yi yürürlükten kaldırmıştır.

Marka kavramı, MARKHK ve SMK'de doğrudan tanımlanmamıştır⁶. Terimsel olarak marka, görülebilir işaret anlamına gelse de hukuki olarak marka daha geniş anlamlara sahiptir⁷. Hukuki olarak marka, bir işletmenin ya da kişinin tüketicilere arz ettiği mal veya hizmetin bir başka işletme ya da kişinin mal ya da hizmetinden ayırt edilmesini aynı zamanda işletme ya da kişinin tüketicilere arz ettiği birden çok mal ya da hizmetinin de kendi içinde birbirinden ayırt edilmesini sağlayan her türlü işaret olarak tanımlanabilir⁸. Buradan yola çıkarak markayı, bir ticari ürünü ya da hizmeti

¹T. Akay (2016). Osmanlı Devleti'nde Marka Hukukunun Gelişimi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (126), s. 374.

²RG. 12.03.1965, S.119511.

³RG. 27.06.1995, S.22326.

⁴H. Çağlar (2015). *Marka Hukuku Temel Esaslar* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 3.

⁵RG. 10.01.2017, S.29944.

⁶İ. Yarar (2020). *Marka Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 47.

⁷İ. Güneş (2020). *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 39.

⁸Markanın diğer tanımları için bakınız: Ü. Tekinalp (2012). *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 360; İ. Güneş (2017). *Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları* (3. Baskı).

hedef kitleye tanıtmaya, kendisi ile benzer olan ticari ürünlerden ya da hizmetlerden ayırmaya yarayan işaretler olarak tanımlamak da mümkündür⁹. Güneş'e göre marka, mal ya da hizmetin hangi üreticiden geldiğini ortaya koyan işaretlerdir¹⁰. Bu noktaya kadar ortaya koyduğumuz tanımlardan da görüleceği üzere bir işareti marka yapan temel husus, bir ürün ya da hizmeti kendisi ile benzer olan ürün ya da hizmetten ayırmasıdır. Bu nedenle marka kavramı, piyasadaki tüketicilerin zihninde oluşan algılar bütünü olarak da tanımlanabilir¹¹.

Marka, maddi bir varlığı olmayan, soyut nitelikte ancak maddi değeri olan, sahibinin aktifinde yer alan bir değerdir. Bu nedenle marka, üzerinde somutlaştığı mal ya da hizmetten tamamen farklıdır¹². Bir başka ifade ile marka, üzerinde somutlaştığı, kendisini ayırttığı mal ya da hizmetten farklı bir olgudur.

MARKHK'de ve SMK'de marka kavramının doğrudan tanımlanmadığını ancak dolaylı anlatım yolu ile tanımlanmaya çalışıldığını ifade etmiş idik. Dolaylı tanımlama yöntemi ile yapılan bu tanımlama da yetersizliği nedeniyle doktrinde eleştirilmiştir. Bu kapsamda MARKHK'de markanın bir teşebbüsün mal veya hizmetinin diğer teşebbüsün mal veya hizmetinden ayırt edilmesini sağlama aracı olarak tanımlanması doktrinde eleştirilmiş¹³ ancak bu eleştirilere rağmen SMK'de de aynı tanımlama yöntemi ve şekli devam etmiştir¹⁴. Güneş'e göre teşebbüs kavramı tanımın bir unsuru değildir. Zira marka aynı teşebbüsün birbirinden farklı mallarının ayırt edilmesini de sağlamaktadır¹⁵. Arkan'a göre marka, teşebbüslerin değil, işletmelerin ürettikleri malları ya da sundukları hizmetleri ayırt etme işlevi üstlenmektedir¹⁶. Biz de normatif düzenlemenin teşebbüsler ile sınırlandırılmaksızın kaleme alınması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim esnaf işletmeleri, tarım işletmeleri, işletme sayılmayan gerçek

Ankara: Adalet Yayınevi, s. 59; S. Uzunallı (2019). *Marka Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 19; Ş. Kayıhan (2019). *Ticari İşletme Hukuku* (6. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 189.

⁹Ö. Ege (2018). *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları*. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 15.

¹⁰Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s.39.

¹¹Hollis, Nigel, A. Kuruoğlu vd. (2011). *Küresel Marka: Dünya Pazarında Kalıcı Marka Değeri Yaratma ve Geliştirme Yöntemleri*. İstanbul: Brandage Yayınları, s. 27.

¹²Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 34.

¹³Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 11; Yarar, **a.g.k.**, 2020, s. 47.

¹⁴F. Özer (2017). *Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 33-34.

¹⁵Güneş, **a.g.k.**, 2017, s. 74.

¹⁶S. Arkan (2017). *Ticari İşletme Hukuku*. (24. Baskı). Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 285.

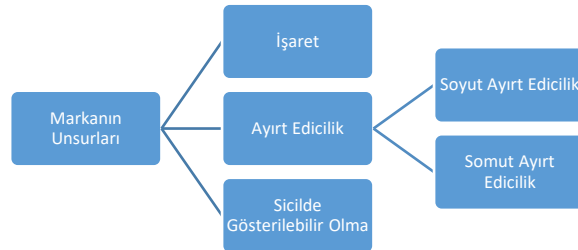
kişiler adına da marka tescili yapılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Zira marka hakkı sahibi olmanın ticari işletme sahibi olma ya da tacir olma gibi bir ön şartı yoktur¹⁷.

Markadan doğan hakları elinde bulunduran kişiye ise marka sahibi denir. Marka hakkı aslen tescille ya da devren miras yoluyla veya hukuki bir işlemle kazanılır.

2. MARKANIN UNSURLARI

2.1. Genel Açıklamalar

Bir işaretin marka olarak kullanılabilmesi için öncelikle marka olmaya uygun ve ayırt edici niteliği olması gerekmektedir. Ayrıca marka olmaya uygun bu işaretin marka hakkı sahibine sağlanan hukuki korumanın konusunu açık ve kesin olarak ortaya koyacak şekilde sicilde gösterilebilir olması gerekmektedir¹⁸. *Tekinalp*'e göre markanın unsurları işaret ve işaretin ayırt edici olması olarak ikiye ayrılmaktadır. Sicilde gösterilebilme markanın unsuru değil, işaretin somutluk özelliğidir¹⁹. Bu görüşün aksine *Güneş ve Çağlar ve diğerlerine* göre ise sicilde gösterilebilme de markanın unsurlarındandır²⁰. Kanaatimizce de ayırt edicilik ve sicilde gösterilebilme her ne kadar işareti nitelese de bu hususlar da markanın unsurudur. Nitekim SMK'de sayılan marka hakkına karşı işlenen suçlardan dolayı ceza muhakemesi sonucunda failin cezalandırılabilmesi için markanın Türkiye'de tescil edilmiş olması, markanı tescil edilebilmesi için de gerekli kontrollerden geçerek sicilde açıkça gösterilerek yayınlanması gerekmektedir²¹.



Şekil 1.1. Markanın Unsurları

¹⁷Arkan, **a.g.k.**, 2017, s. 285; Yazar, **a.g.k.**, 2020, s. 47.

¹⁸Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 11; R. Karasu, C. Suluk ve T. Nal (2020). *Fikri Mülkiyet Hukuku* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 155.

¹⁹Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 360 vd.

²⁰Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 40.

²¹Arkan, **a.g.k.**, 2017, s. 332.

Bunların dışında marka olarak kullanılacak işaretin yani markayı oluşturacak işaretin estetik, ilk defa bulunmuş ya da özgün olması gerekmemektedir²². Bu tip hususların markanın hukuki alanında bir öneme sahip değildir. Örneğin özgün olmayan bir şeklin marka olarak kullanılmasında hukuken bir engel bulunmamaktadır.

2.2. İşaret

Hukuki olarak işaret kavramı, bir işletme ya da kişi tarafından üretilen mal ya da sunulan hizmetleri çağrıştıran, hedefine aldığı kesimi işletme ya da kişiye bağlayan, işletme ya da kişi tarafından üretilen mal ya da bunlar tarafından sunulan hizmeti çağrıştıran simgelerdir²³.

Geniş anlamda işaret, sadece şekilleri ifade etmez. SMK’de işaret kavramı geniş anlamda kullanılmıştır²⁴. SMK’nin 4. maddesinde, “*seçimde genişlik ilkesi*”²⁵ uyarınca kişi adları dahil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajların biçimi olmak üzere her türlü işaretin –diğer şartların da varlığı halinde- marka olarak tescil edilebileceği hüküm altına alınmıştır²⁶. Marka olarak kullanılabilecek işaretler kural olarak herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır²⁷. Bu durum SMK ile gelen yeniliklerden birisidir. Nitekim MARKHK’de yer alan grafiksel gösterilme şartı nedeniyle notaya dökülemeyen seslerin, kokuların, hareketlerin marka olarak tescili mümkün değildi²⁸. SMK’nin 4. maddesinde, marka olarak tescil edilebilecek işaret türleri örnekleme yolu ile sayılmıştır. Bu nedenle marka olarak tescil edilebilecek işaretler sadece SMK’nin 4. maddesinde sayılanlardan ibaret değildir. İşaret, bilgi veya mesaj ileten ve beş duyu organından en az birisi tarafından algılanabilen her şeyi kapsar²⁹.

²²Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 193.

²³Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 360.

²⁴Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 360.

²⁵Seçimde genişlik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 361.

²⁶Marka olarak kullanılabilecek işaretler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 362 vd.; Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 15 vd.

²⁷Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 39.

²⁸O. U. Karaca (2020). *Fikri ve Sınai Haklar Sempozyumu - Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler*. Ankara: Yetkin Yayınları, s.81.

²⁹Karasu, Suluk ve Nal, **a.g.k.**, 2020, s. 156.

Kural olarak her türlü işaretin marka olarak tescil edilebileceği hüküm altına alınmış olsa da³⁰ SMK'nin 5. maddesinde sayılan türden işaretlerin marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir³¹. Çalışma konumuzu SMK kapsamında düzenlenen ve sadece tescil edilmiş markalara sağlanan cezai koruma oluşturduğu için hangi işaretlerin marka olarak tescilinin kabil, hangi işaretlerin marka olarak tescilinin kabil olmadığı konusunda detaylı açıklama yapılmayacaktır. Zira çalışmamızın konusunu tüm aşamalardan geçerek Türk Patent ve Marka Kurumu (TPMK) nezdinde tescil edilmiş markalara ve bu markalardan doğan haklara yönelik fiiller oluşturmaktadır.

SMK'nin 4. maddesinde işaretlerin, yalnızca mallar veya hizmetler için marka olarak tescil edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Mallar ya da hizmetler dışında kalan şeyler için herhangi bir işaret diğer tüm unsurları taşısa dahi marka olarak tescil edilemeyecektir³². Bu kapsamda seçimde genişlik ilkesini karıştırmamak gerekmektedir. Seçimde genişlik ilkesi uyarınca SMK'nin 5. maddesine aykırı düşmeyen her türlü işaret marka olarak kullanılabilecekken markalar sadece mal ya da hizmetleri birbirinden ayırt etmek için kullanılabilecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki SMK açısından işaret, henüz tescil edilmemiş simgeleri tanımlamak için kullanılmıştır. Bir simge, tescil edildiği andan itibaren marka haline gelir ve SMK'nin sağladığı koruma kalkanının altına girer³³. Buradan hareketle marka hakkına karşı işlenen suçların bir başka markanın kullanımı ile işlenemeyeceğini; suçun ancak kanuni tanıma uygun işaretlerin kullanılması ile işlenebileceğini

³⁰D. İmirlilioğlu (2018). *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 5.

³¹SMK'nin 5. maddesine göre ayırt edici niteliği haiz olmayan işaretler; ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malın üretildiği, hizmetin sunulduğu zamanı gösteren veya malın ya da hizmetin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler, aynı emtia sınıfı mal veya hizmetler için daha önceden tescil edilmiş ya da tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan işaretler, ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler, mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak türden işaretler, Paris Sözleşmesi'nin "*Markalar: Devlet Amblemleri, Resmi Ayar Damgaları ve Devletlerarası Teşkilatın Amblemleri ile İlgili Yasaklar*" başlıklı 2. mükerrer 6. maddesinde belirtilen işaretler, Paris Sözleşmesi'nin 2. mükerrer 6. maddesi kapsamı dışında kalsa da kamuyu ilgilendiren, tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş işaretler ile yetkili mercilerce tescil izni verilmemiş olan armaları, nişanları veya adlandırmaları içeren işaretler, dini değerleri veya sembolleri içeren işaretler, kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı işaretler, tescilli coğrafi işaret içeren işaretlerdir. Söz konusu niteliği taşıyan işaretler marka olarak tescil edilemez.

³²Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 13.

³³Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 260.

söyleyebiliriz. Öte yandan ele alınan suçun tescil edilmemiş bir markaya karşı işlenmesi de mümkün değildir. Kullanılan işaretin kullanandan başkasına ait bir marka olmaması halinde de SMK'nin 30. maddesinde düzenlenen suç tipleri açısından işlenemez suç ortaya çıkacaktır. Tescil edilmemiş işaretler ancak TTK'nin 62. maddesi uyarınca haksız rekabet suçu ile cezai korumadan yararlanabilecektir.

2.3. Ayırt Edicilik

Ayırt edicilik, bir işaretin mal ya da hizmet açısından tüketicinin belleğinde yer etmesidir³⁴. Markanın ayırt ediciliği markanın en önemli özelliği olduğu gibi tescilinde de belirleyici bir rol oynar³⁵. Ayırt edicilik unsuru da tıpkı marka kavramı gibi SMK'de doğrudan tanımlanmamıştır. SMK'nin 4. maddesinde “...bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini ...” sağlıyorsa o işaret ayırt edicidir demek suretiyle ayırt ediciliğin tanımı dolaylı olarak ortaya konulmuştur.³⁶ Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi ve SMK'nin sağladığı korumadan yararlanabilmesi için o işaretin öncelikle ayırt edici özelliğinin bulunması³⁷ ya da gelecekte ayırt edici özelliği kazanabilme kabiliyetinin bulunması gerekmektedir³⁸. Nitekim marka olarak tescil ettirilmek istenen işaret, tescil öncesinde ayırt edicilik niteliğini kazanmış olabileceği gibi ayırt edicilik özelliği olmamasına rağmen bir şekilde tescil edilmiş olan markanın zamanla kullanılması veya reklam kampanyaları gibi pazarlama teknikleriyle de ayırt edici hale getirilebilir³⁹.

Sanayide ya da ticarete herkes tarafından kullanılan⁴⁰ ya da kullanılması mümkün olan veya cins bildiren⁴¹ ya da herhangi bir malın ya da hizmetin adı haline gelmiş olan, bizzat ürünü ya da ürünün önemli bir özelliğini çağrıştıran, tüketiciler tarafından ürün adı olarak bilinen ya da başka bir marka ile karıştırılma ihtimali bulunan işaretlerin ayırt edicilik vasfının mevcut olmadığı kabul edilecektir. Bu neviden işaretlerin marka olarak tescili mümkün değildir.

³⁴Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 365.

³⁵İmirlioğlu, **a.g.k.**, 2018, s. 14.

³⁶Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 366; İmirlioğlu, **a.g.k.**, 2018, s. 14.

³⁷Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 40; Güneş, **a.g.k.**, 2017, s. 77.

³⁸Güneş, **a.g.k.**, 2017, s. 78.

³⁹Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 365; İmirlioğlu, **a.g.k.**, 2018, s. 6.

⁴⁰Yargıtay 11. HD. 05.11.2001, E. 2001/5627, K. 2001/8669. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.)

⁴¹Yargıtay 11. HD. 01.12.2000, E. 2000/7590, K. 2000/9528. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.)

SMK'nin 5/1-b maddesine göre ayırt edici niteliği haiz olmayan işaretler⁴² marka olarak tescil edilemezler. SMK'nin 16. maddesi ve 16. maddesinde yer verilen atıf doğrultusunda 5/1-b maddesi uyarınca ayırt edicilik unsuru, markanın tescili sırasında resen gözetilir. Bir işaretin marka olarak tescil edilip edilemeyeceği noktasında tayin edici unsur o işaretin ayırt edici olup olmadığıdır⁴³. Ayırt edicilik, tescili sağlayıcı ya da tescilin terkinini önleyici güce sahiptir⁴⁴. Bir başka ifade ile ayırt edici özelliği olmayan işaretlerin tescili kural olarak mümkün olmasa da tescil öncesi kullanım neticesinde ayırt edicilik kazanmış olan işaretler marka olarak tescil edilebilir. Aynı zamanda ayırt edici özelliği olmamasına rağmen bir şekilde tescil edilmiş ve tescil sonrasında kullanım ile ayırt edicilik özelliği kazanmış olan marka hakkında da hükümsüzlük davası açılmaz.

İşaretin ayırt ediciliği sadece diğer işaretler açısından değerlendirilmeyecektir. Ayırt edicilik unsuru hem marka olarak tescil edilecek olan işaretin kendisini diğer işaretlerden farklı kılmasında hem de mal ya da hizmetlerin ayırt edilmesinde kendisini gösterir⁴⁵. Bir işaretin ayırt edici nitelikte olabilmesi için üzerinde kullanıldığı mal ya da hizmetle ilgili işlemlerden önce algılanabilir olması gerekmektedir⁴⁶. İşaretin ayırt edici olup olmadığı hedef kitledeki tüketiciler, işaretin niteleyeceği mal ya da hizmetler ve işareti oluşturan tüm unsurlar dikkate alınarak belirlenecektir. ABAD'ın kararları da bu yöndedir⁴⁷.

Marka, kural olarak esas ve yardımcı olmak üzere iki unsurdan oluşur. Markayı oluşturan esas unsurun işlevlerinden birisi de ayırt ediciliği sağlamaktır. Yardımcı unsur ise esas unsura bağlı olarak onunla birlikte kullanılan ve kamuya ait olduğu için herkes tarafından kullanılabilen işaretlerdir⁴⁸. Ayırt edicilik niteliğinin kamuya ait olmayan ve dolayısıyla sadece marka sahibi tarafından kullanılabilen esas unsorda aranması

⁴²Bir işaret ortaya çıktığı andan itibaren ayırt edici özelliği haiz olabilir. Bunun dışında o işaretin kullanım sonucu zamanla ayırt edici niteliği haiz olabilme kabiliyetinin varlığı da ayırt edicilik unsurunun varlığını kabul için yeterlidir.

⁴³Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 360; İmirlioğlu, **a.g.k.**, 2018, s. 14.

⁴⁴Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 365.

⁴⁵İ. Başbüyük (2018). *Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 15.

⁴⁶İ. Güneş (2015). *Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 26.

⁴⁷D. Çelikel (2020). *Marka Hukukunda Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Kararları ve Yorumu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 24.

⁴⁸Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 14.

gerekmektedir. Aşağıda yer verilen örneklerden de görüleceği üzere yiyecek ve içecek sağlanması hizmetleri açısından tescil edilen markaların ilk işaretleri esas unsur iken "Pastane" işareti esas unsura bağlı yardımcı unsur niteliğindedir. Ayırt edicilik unsuru da esas unsorda aranacaktır.



Şekil 1.2. TMPK'nun 2019/58672 tescil numaralı. "MODERN PASTANE"
TMPK'nun 2018/77654 tescil numaralı. "TARİHİ KANDİLLİ PASTANESİ"

Ayırt edicilik unsurunu soyut ve somut ayırt edicilik olmak üzere ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir⁴⁹. Soyut ayırt edicilik, işaretin herhangi bir mal veya hizmet ile ilişkilendirilmeden marka olarak kullanılıp kullanılamayacağına yöneliktir⁵⁰. Örneğin "şahane, lüks, kaliteli, .., =, 0" gibi işaretler hiçbir mal veya hizmet için ayırt edici olmadığından tek başına marka olarak tescil edilemeyeceklerdir. Bir başka ifade ile soyut ayırt ediciliğe sahip olamayan işaretler hiçbir koşulda marka haline gelemeyecektir. Bu tip işaretlerin marka olarak tescil edilebilmesi SMK'nin 5/1-b maddesi uyarınca mümkün olmamaktadır⁵¹. Somut ayırt edicilik kavramı ise bir işaretin münhasıran bir mal veya hizmet için ayırt edici olup olmamasına ilişkindir⁵².



Şekil 1.3. TMPK'nun 2017/19604 tescil numaralı. "İNCİR WAFFLE"

Yukarıda yer verilen örnekte de görüldüğü gibi "İncir" işaretinin marka olarak kullanılabilmesi için soyut ayırt edicilik özelliği mevcuttur. Ancak "İncir" işaretinin,

⁴⁹Karasu, Suluk ve Nal, **a.g.k.**, 2020, s. 157.

⁵⁰İmirlioğlu, **a.g.k.**, 2018, s. 21; Karasu, Suluk ve Nal, **a.g.k.**, 2020, s. 21.

⁵¹Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 77.

⁵²İmirlioğlu, **a.g.k.**, 2018, s. 22; Karasu, Suluk ve Nal, **a.g.k.**, 2020, s. 157.

incir meyvesi için marka olarak kullanılması somut ayırt edicilik yönünden mümkün değildir. Bir diğer ifade ile soyut ayırt edicilik, bir işaretin marka olabilmesinin bir koşulu iken somut ayırt edicilik o işaretin marka olarak tescil edilebilirliğinin bir koşuludur⁵³. Soyut ayırt edicilik kullanımla kazanılmazken somut ayırt edicilik kullanım ile kazanılabilir⁵⁴.

2.4. Sicilde Gösterilebilir Olma

Sicilde gösterilebilir olma unsuru, - *Karasu ve diğerlerine* göre bu unsur "*açıklık ve kesinlik unsuru*" olarak ele alınmaktadır.⁵⁵ – MARKHK’de “*çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen*” tanımlaması ile ele alınmıştır. SMK’de ise bu tanımlama değiştirilmiştir. MARKHK’nin 5. maddesinde markanın grafiksel yöntemlerle temsil şartı yerine SMK’de daha geniş anlamla yorumlanabilecek şekilde ve Avrupa Birliği (AB) marka direktiflerine uygun biçimde sicilde gösterilebilme şartı getirilmiştir⁵⁶. Buna göre marka sahibine tanınan hukuki korumanın konusunu açık ve kesin bir şekilde anlaşılmasını sağlayacak şekilde marka sicilinde gösterilebilir nitelikteki işaretlerin – diğer şartları da haiz ise – marka olarak tescil edilebileceği öngörülmüştür. Markanın tescili için sicilde gösterilebilir nitelikte olmasının aranmasının nedeni, markayı tüm açıklığı ile ortaya koymaktır. Bu hali ile ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde sicilde gösterilen marka esas alınacaktır⁵⁷.

Sicilde gösterilebilir olma unsurunu doğrudan doğruya markanın görselliğinin bulunması olarak düşünmemek gerekir. Zira bazı durumlarda markanın kendisi görsel olmamakla birlikte sicilde gösterilebilir nitelikte olabilir. Bu duruma en güzel örnek ses markalarıdır⁵⁸. Ses işaretleri görsel nitelikte olmasa da notaya dökülerek sicilde açıkça gösterilebilir ve bu hali ile de sicilde gösterilebilir olma unsurunu karşılayabilir. Bu

⁵³Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 12-13.

⁵⁴İmirlioğlu, **a.g.k.**, 2018, s. 25.

⁵⁵Karasu, Suluk ve Nal, **a.g.k.**, 2020, s. 157-158.

⁵⁶Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 76-77.

⁵⁷S. Eroğlu (2003). Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), s. 103.

⁵⁸Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 14; Ses markaları hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Eroğlu, **a.g.k.**, 2003, s. 112-113; R. Karasu (2007). Ses Markaları. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*. 7 (2), s. 29-59.

kapsamda kimyasal bir formül ile sicilde gösterilen koku işareti de marka olarak tescil edilebilir⁵⁹. Kokuların ve tatların marka olarak tescilini engelleyen herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen uygulamada TPMK tarafından sicilde gösterilebilme unsuru sağlanmadığı gerekçesi ile kokuların ve tatların tescilinden imtina edilmektedir⁶⁰.

3. MARKANIN FONKSİYONLARI

3.1. Genel Açıklamalar

Ticari hayatın gelişmesi ve pazar içindeki arzın artmasına bağlı olarak ticari rekabetin uç noktalara varması ile birlikte piyasaya arz edilen malların ya da hizmetlerin onları sunan işletmeler ya da kişiler ile özdeşleştirilmesi ve diğer mallardan, hizmetlerden ayırtırılması ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaç marka kavramını ortaya çıkartmış ve markanın önemini günden güne artırmıştır. Hatta öyle ki kanun koyucular markaları hem hukuki hem de cezai açıdan korumaya yöneltmiştir. Markanın üstlendiği önem ve sahip olduğu güç onun fonksiyonlarından kaynaklanmaktadır.

Türk doktrininde, Alman doktrininin aksine markanın fonksiyonlarının markaya sağlanan hukuki koruma kapsamında olup olmadığı ele alınmamıştır. Bir başka ifade ile Türk doktrininde markanın ekonomik ve hukuki fonksiyonları arasında herhangi bir ayırım yapılmamış, hangi ekonomik fonksiyonun hukuki sonuçlar doğurduğu yeterince incelenmemiştir⁶¹.

Tekinalp'e göre markanın, ayırt etme, mal veya hizmetlerin kaynağını gösterme, mal veya hizmetlerin kalitesini gösterme (güven) reklam, tekelleştirme ve koruma olmak üzere toplam altı fonksiyonu bulunmaktadır⁶².

⁵⁹G. Gökçen (2017). *Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları*. Ankara: Lykeion Yayınları, s. 9-10; Koku markaları hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Ö. Öztürk (2007). Koku Markası. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*. 7 (2). s. 59-66.

⁶⁰H. Çağlar, B. Yıldız ve D. İmirlioğlu (2019). *Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 57.

⁶¹Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 378.

⁶²Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 378.

3.2. Markanın Ayırt Edicilik Fonksiyonu

Ayırt edicilik, markalar açısından hem bir unsur hem de bir fonksiyon olarak karşımıza çıkmaktadır⁶³. SMK'nin 4. maddesinde “... *bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması...*” demek suretiyle markanın ayırt etme fonksiyonu ortaya konulmuştur. Hatta söz konusu normatif düzenleme ile markanın ayırt edici fonksiyonu özellikle vurgulanmıştır⁶⁴. Ayırt etme fonksiyonu markanın, mal veya hizmete kişilik kazandırmasından gelmektedir⁶⁵. Markalar ayırt edicilik fonksiyonu sayesinde mal veya hizmetleri ferdileştirerek tüketiciler tarafından kolaylıkla teşhis edilmelerini sağlar⁶⁶. Marka olarak kullanılan işaret piyasaya arz edilen mal ya da hizmetin diğer mal ya da hizmetlerden ayrışmasına hizmet etmelidir⁶⁷. Ancak belirtmek gerekir ki markalar sadece bir işletme ya da kişinin mallarının veya hizmetlerinin diğer işletme ya da kişinin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesinde değil aynı zamanda aynı işletme ya da kişinin farklı kalitedeki veya farklı içerikteki mallarının ya da hizmetlerinin birbirinden ayırt edilmesinde de işlevseldir⁶⁸. Markanın var olma amacı bir işletmenin ya da kişinin mal veya hizmetinin diğer işletmelerin ya da kişilerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamaktır. Bu nedenle markanın başat fonksiyonu ayırt edicilik fonksiyonudur.

Markanın ayırt edicilik unsuru ile ayırt edicilik fonksiyonu iç içe geçmiştir. Nitekim ayırt edicilik unsurunu haiz olmayan bir işaretin marka olarak tescil edilmesi hukuken mümkün değildir⁶⁹. Başbüyük'e göre markanın diğer fonksiyonları ayırt edicilik fonksiyonunun uzantısıdır. Bir başka ifade ile bir markanın fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için öncelikle ayırt edicilik unsurunun varlığı gerekmektedir⁷⁰.

⁶³İmirlioğlu, **a.g.k.**, 2018, s. 5.

⁶⁴Güneş, **a.g.k.**, 2017, s. 73; İmirlioğlu, **a.g.k.**, 2018, s. 4.

⁶⁵Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 378.

⁶⁶Karasu, Suluk ve Nal, **a.g.k.**, 2020, s. 158.

⁶⁷Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 42.

⁶⁸Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 33.

⁶⁹Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 14.

⁷⁰Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 14.

3.3. Markanın Kaynak Gösterme Fonksiyonu

Markanın en önemli fonksiyonlarından birisi de malın kim tarafından üretildiğinin, hizmetin kim tarafından sağlandığının gösterilmesidir⁷¹. Markanın kaynak gösterme fonksiyonu, bir mal veya hizmetin hangi işletme ya da kişi tarafından satışa arz edildiğinin marka ile gösterilmesidir⁷². Bir mal veya hizmet satın alınırken bu mal veya hizmetin kim tarafından üretildiği ya da sunulduğu bilgisi kullanılan marka sayesinde kolayca anlaşılabilir hale gelmektedir. Bu şekilde söz konusu malı veya hizmeti satın alan kişiler malın veya hizmetin kim tarafından üretildiğini ya da sunulduğunu daha rahat ve etkili şekilde anlayabilir ve tercihlerini ona göre yapabilirler⁷³. Bu noktada unutulmamalıdır ki markanın tanınırlık düzeyi arttıkça markanın kaynak gösterme fonksiyonu da güçlenecektir⁷⁴. Markanın kaynak gösterme fonksiyonu sadece malın veya hizmetin satın alınması anında değil, malın üretilmesi veya hizmetin hazırlanması, reklamı gibi süreçlerde de önem arz etmektedir⁷⁵. Bu hali ile markanın, üretilen malın veya sunulan hizmetin kaynağını açık bir şekilde ortaya koyduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Avrupa Birliği Adalet Divanı(ABAD) kararlarında da markanın en önemli fonksiyonu olarak kaynak gösterme fonksiyonu gösterilmektedir⁷⁶.

Doktrinde markanın kaynak gösterme fonksiyonunun günümüzde anlamsız hale geldiğini savunan yazarlar da vardır. *Tekinalp*'e göre başta ilaç sektörü olmak üzere birçok sektörde alıcılar malları markasını önemsemeksizin, adı ile arar ve satın alırlar.

⁷¹Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 39.

⁷²Tekinalp, **a.g.k.**, 2012 s. 378; Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 42.

⁷³Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 33.

⁷⁴İmirlioğlu, **a.g.k.**, 2018, s. 7.

⁷⁵Çağlar, Yıldız ve İmirlioğlu, **a.g.k.**, 2019, s. 66.

⁷⁶ABAD'ın C-170/15 sayılı kararı. <https://bit.ly/2R5Jmn5> (Erişim tarihi: 09.05.2021) “... *the proprietor of a trade mark is entitled to prevent a third party from using, without his consent, a sign identical with that trade mark when that use is in the course of trade, is in relation to goods or services which are identical with those for which that trade mark, including not only the essential function of trade mark, which is to guarantee to consumers the origin of the goods or service (the origin function), but also its other functions such as, in particular, that of guaranteeing the quality of those goods or services or those of communication, investment or advertising.*”; ABAD'ın C-487/07 sayılı kararı. <https://bit.ly/2Q6VK64> (Erişim tarihi: 09.05.2021) “... *the trade mark proprietor to protect his specific interests as proprietor, that is, to ensure that the trade mark can fulfil its functions and that, therefore, the exercise of that right must be reserved to cases in which a third party's use of the sign affects or is liable to affect the functions of the trade mark. These functions include not only the essential function of the trade mark, which is to guarantee to consumers the origin of the goods or services in question and those of communication, investment or advertising.*”

Bu tip durumlarda malın markası, malın adı haline gelmiş ve malı üreten işletme belirsizleşmiştir⁷⁷. Bu duruma örnek olarak kağıt mendilin “*Selpak*” markası ile özdeşleşmesi, hijyenik pedin “*Orkid*” markası ile özdeşleşmesi gösterilebilir.



Şekil 1.4. *TPMK'nun 2020/97293 tescil numaralı. "SELPAK"*
TPMK'nun 97164 tescil numaralı. "ORKİD"

Ayrıca belirtmek gerekir ki marka hakkının lisans sözleşmeleri ile birlikte devredilebilmesi ve bu şekilde birden fazla işletme tarafından tek markanın kullanılması hem hukuken hem de ticari olarak mümkündür. Böyle durumlarda markanın kaynak gösterme fonksiyonunun zayıflayacağını rahatlıkla söyleyebiliriz.

3.4. Markanın Kalite Standardını Garanti Fonksiyonu

Doktrinde kaliteyi garanti fonksiyonu olarak yapılan isimlendirmeyi⁷⁸ doğru bulmamaktayız. Zira markanın kaliteyi garanti fonksiyonunun olduğunu söylemek her markalı mal veya hizmetin yüksek kalitede olduğu yönünde yanlış bir anlaşılmaya sebebiyet verebilir. Belirli bir marka altında satılan mal veya sunulan hizmet yüksek kalitede olabileceği gibi düşük kalitede de olabilir.

Her markalı ürün veya hizmetin yüksek kalitede olduğu gibi bir ön kabul bulunmamakla birlikte marka, satışa arz edilen ürün veya sunulan hizmetin her zaman aynı standart kalitede olduğunu garanti eder. Bu nedenle de ürün veya hizmeti satın almak isteyenler daha önceden deneyimledikleri ya da farklı bir yol ile bilgi sahibi oldukları markalı ürün veya hizmeti tercih ederler. Bu durum da markanın kalite standardını garanti fonksiyonunu ortaya koyar⁷⁹. Örneğin A işletmesi X markalı kahve makinesi ile alıcıda güven tesis etmişse, aynı firmanın X markası ile piyasaya süreceği çay makinesi için de aynı kalite ve güven hissi alıcıda kendiliğinden oluşacaktır. Bu

⁷⁷Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 378

⁷⁸Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 34.

⁷⁹Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 34.

durum aynı zamanda aşağıda açıkladığımız markanın reklam fonksiyonuna da örnek olarak gösterilebilir. Açıklamalardan anlaşılacağı üzere markanın kalite standardını garanti fonksiyonu tamamen ekonomik bir fonksiyondur. Bu fonksiyonun herhangi bir hukuki sonucu mevcut değildir⁸⁰.

3.5. Markanın Reklam Fonksiyonu

Markanın reklam fonksiyonu ekonomik alanda oldukça önemlidir⁸¹. Ticari faaliyette bulunan işletmeler ya da kişiler satışlarını ve pazar hacimlerini arttırabilmek adına önemli reklam bütçeleri ayırırlar. Reklam kampanyalarının markalar –tescilsiz ise işaretler- üzerinden yürütülmesi ise doğal bir zorunluluktur. Ayrıca markanın tanınmışlık düzeyinin artması ile birlikte markanın kendi kendisinin reklamını yapacağını da unutmamak gerekir. Markanın tanınmışlık düzeyi ne kadar artarsa, kalite standardını garanti fonksiyonu ile birlikte markanın reklam etkisi de o derecede artacaktır⁸².

3.6. Markanın Tekelleştirme Fonksiyonu

Markanın kalite standardını garanti ve reklam fonksiyonu ile birlikte güçlenmesi ve güçlendikçe aynı sektördeki rakip işletmeleri pazar dışına itilmesi ya da pazara yeni işletmelerin girişinin güçleşmesi mümkündür. Bu da işletmenin ya da kişinin tekelleşmesine yol açacaktır. Bu husus markanın tekelleştirme fonksiyonuna işaret eder⁸³.

4. MARKANIN TÜRLERİ

Markalar, kullanım amacına, tanınmışlık düzeylerine, sahiplerine göre sınıflandırmaya tabi tutulabilir⁸⁴.

⁸⁰Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 378.

⁸¹Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 43.

⁸²Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 378.

⁸³Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 378.

⁸⁴Marka türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 25-32.

Ticari markalar, bir işletmenin ya da kişinin ürettiği veya ticaretini yaptığı malların diğer mallarından ve başkaca işletmelerin ya da kişilerin ürettiği veya ticaretini yaptığı mallardan ayırt edilmelerini sağlayan markalardır⁸⁵. Ticari markaları mal markası olarak tanımlayan yazarlar da vardır⁸⁶. Bu markalar ticarete konu emtialar için kullanılırlar⁸⁷. Ticaret markalarına örnek olarak "*Peyman*" markasını verebiliriz.



Şekil 1.5. TMPK'nun T/02525 başvuru numaralı. "*PEYMAN*"

Hizmet markaları ise gıda ürünlerinin sunumu, sigortacılık, otelcilik gibi hizmet sektöründe ticaret yapan işletmelerin ya da kişilerin hizmetlerini diğer hizmetlerinden ve başkaca işletmelerin ya da kişilerin hizmetlerinden ayırt edilmelerini sağlayan markalardır⁸⁸. Bu tür markaların konusunu somut olmayan ekonomik değerler oluşturmaktadır⁸⁹. Hizmet markalarına örnek olarak "*Bankamatik*" markasını verebiliriz.



Şekil 1.6. TMPK'nun 2008/51511 tescil numaralı. "*BANKAMATİK*"

Tanınırlık derecelerine göre *tanınmış*⁹⁰ ve *standart* markalar olarak iki gruba ayrılan markalar, sahiplerine göre bireysel marka, ortak marka ve garanti markası olarak üç gruba ayrılırlar. Çok geniş tüketici kitleleri tarafından bilinirliğe sahip markalar

⁸⁵E. Çetintürk (2019). *Marka Taklitçiliği Suçu* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 422.

⁸⁶Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 6.

⁸⁷Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 25.

⁸⁸Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 423.

⁸⁹Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 26.

⁹⁰Tanınmış marka kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: T. Ercan ve N. Teke Akbulut (2020). *Tanınmış Marka Kavramı, Hukukten Korunması ve Uluslararası Ticaretteki İşlevi*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 37.

*tanınmış markalardır*⁹¹. Tek bir gerçek kişi, adi ortaklık ya da tüzel kişiye ait markalar *bireysel markalardır*. *Garanti markaları* ise ticareti yapılan mal ya da arz edilen hizmetin önceden belirlenmiş bir standartta olduğunu gösteren markalardır. "*TSE*" ve "*ISO*" markaları, garanti markalarının en tipik örnekleridir⁹².



Şekil 1.7. *TMPK'nun 2018/47431 tescil numaralı. "TSE"*
TPMK'nun 2016/81440 tescil numaralı. "ISO"

Ortak markalar ise belirli bir standardı sağlamak amacıyla genellikle işletmeler grubu ya da meslek birlikleri tarafından kullanılan markalardır. Bir örgüt ya da topluluğun üyelerinin ticaretini yaptığı mal ya da arz ettiği hizmetleri diğer örgüt ya da topluluğun üyelerinin ticaretini yaptığı mal ya da arz ettiği hizmetlerden ayırt etmek için kullanılan markalardır⁹³. Ortak markalarda, marka birden çok kişi için tescil edilir. Hukuki kişilik oluşturmeyen bu kişilerden her biri markayı ayrı ayrı kullanma hakkına sahip olurlar⁹⁴. Serbest Mali Müşavirler Odasının siyah üzerine beyaz M harfinden oluşan markası ortak markanın en tipik örneğidir⁹⁵.

SMK'nin 30. maddesinde düzenlenen marka hakkına yönelik suç tiplerinin kanuni tanımına bakıldığında markanın hangi türe dahil olduğunun herhangi bir öneminin olmadığı, Türkiye'de tescil edilmiş olan her tür markanın cezai korumadan yararlanabileceği görülmektedir. Bu nedenle cezai koruma açısından marka türleri arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır⁹⁶.

⁹¹B. Özkök (2015). *Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmen İptali*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.52.

⁹²Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 423.

⁹³Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 423.

⁹⁴Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 27.

⁹⁵Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 423.

⁹⁶Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 423.

5. MARKANIN DİĞER AYIRT EDİCİ İŞARETLERDEN FARKI

5.1. Marka Dışındaki Diğer Ayırt Edici İşaretler

Ayırt edici niteliği haiz işaretler sadece markalardan oluşmamaktadır. Marka dışında coğrafi işaret ve geleneksel ürün adı, ticaret unvanı ve işletme adı da ayırt edici niteliği haiz işaretlerden meydana gelmektedir⁹⁷.

Çalışmamızın bu bölümünde marka dışındaki ayırt edici işaretler ile marka arasındaki farklar ortaya konulmaya, bu sayede ayırt edici işaretler arasında yer alan markanın daha iyi anlaşılabilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Nitekim markanın tespitinin sağlanması, suçun maddi konusunun da tespitinin sağlanmasına imkân tanıyacaktır.

5.2. Markanın Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adından Farkı

Coğrafi işaretler SMK'nin ikinci kitabında kendisine yer bulmaktadır. Coğrafi işaretler, bir ürünün coğrafi kaynağını gösteren, ünlü, diğerlerinden farklı olan, uzun yıllardır bilinen ürünü gösteren, ayırt edici niteliği haiz işaretlerdir⁹⁸. "*Ezine peyniri, Isparta halısı*" gibi coğrafi işaretler en tipik örneklerdir.

Coğrafi işaretler, markalardan farklı olarak bireysel mülkiyete uygun olmayan, kolektif kullanıma uygun ayırt edici işaretler olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁹.

Coğrafi işaret kapsamına girmeyen ve o ürüne ait piyasada ürünü belirtmek için geleneksel olarak en az otuz yıldır kullanılan adlar, ürünün geleneksel üretim tekniği veya geleneksel hammadde veya malzemeden üretilmiş olması halinde geleneksel ürün adı olarak kullanılabilir¹⁰⁰. Görüldüğü üzere geleneksel ürün adları ürünün üretildiği yeri göstermemektedir. Geleneksel ürün adları ürünün farklı coğrafyada ancak geleneksel yöntem ve hammaddeler ile üretildiğini ortaya koymaya yarayan ayırt edici işaretlerdir.

Coğrafi işaret ve geleneksel ürün adlarının markalardan ayırt edilmesi son derece önemlidir. Nitekim coğrafi işaret ve geleneksel ürün adlarının marka olarak algılanması halinde SMK ile markaya sağlanan hukuki ve cezai koruma alanına coğrafi

⁹⁷Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 459.

⁹⁸S. Kılıç Daldal (2020). Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı Kullanımı: Amblem ve Diğer Unsurlar. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 22 (2), s. 35.

⁹⁹Güneş, a.g.k., 2020a, s. 11.

¹⁰⁰Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 461.

işaret ve geleneksel ürün adlarının da dahil edilmesi söz konusu olacaktır. Her marka altında üretilen ürünlerde coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı kullanılabilir. Bu kullanım ile coğrafi işaret veya geleneksel ürün adına herhangi bir markasal işlev yüklenemeyecektir. Bir örnek ile anlatmak gerekirse “*Ezine peyniri*” coğrafi işareti¹⁰¹ ile hem X markasının hem de Y markasının peynirlerinde ayırt edici işaret olarak kullanılabilir. Ürünleri ayırt eden X ve Y markaları iken “*Ezine peyniri*” coğrafi işareti ancak ürünü nitelemektedir. Çalışmamızda birçok kez vurguladığımız üzere markanın ürünü niteleme gibi bir fonksiyonu bulunmamaktayken coğrafi işaret ve geleneksel ürün adları doğrudan ürünü nitelemek için kullanılmaktadır.

5.3. Markanın İşletme Adı ve Ticaret Unvanından Farkı

Esnaf işletmeleri için belirlenen ekonomik sınırı aşacak şekilde gelir sağlamayı amaçlayan ticari faaliyetlerin devamlı şekilde yürütüldüğü işletmelere *ticari işletmeler* denilmektedir¹⁰². Tacirin, işletmesine¹⁰³ ilişkin işlemleri gerçekleştirirken kullandığı isme *ticaret unvanı* denir¹⁰⁴.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere ticaret unvanı, tacirleri birbirinden ayırmakta işlevseldir¹⁰⁵. Ticaret unvanı gerçek ya da tüzel kişinin adı olarak karşımıza çıkabilir¹⁰⁶.

İşletme adı ise ticari unvandan farklı olarak tacir yerine doğrudan işletme ile ilgilidir¹⁰⁷. İşletme adının işlevi, tacirin sahip olduğu işletmeyi diğer benzer tip işletmelerden ayırt etmektir¹⁰⁸.

¹⁰¹Ezine peyniri coğrafi işareti, Ezine Peynirini ve Mandıracılarını Koruma, Geliştirme ve Tanıtma Derneği'nin başvurusu üzerine 05.08.2006 tarihinde menşei adı olarak tescil edilmiştir. Menşei sınırı Kaz Dağları'nın kuzey ve batı kesimlerinde yer alan Ezine, Bayramiç ve Ayvalık ilçeleridir. Tescile göre Ezine Peyniri: “*Kaz Dağları'nın kuzey ve batı kesimlerinde yer alan Ezine, Bayramiç ve Ayvalık ilçelerinin doğal bitki örtüsü ve su kaynaklarıyla beslenen koyun, keçi ve ineklerden elde edilen sütlerin mevsime göre; keçi sütü en az %40, koyun sütü %45-%55, inek sütü en fazla %15 oranlarında karıştırılmasıyla üretilen Menle adı tanımına uygun tam yağlı, muhtelif büyüklükte teneke tipi beyaz peynirdir.*” Bakınız: <https://cografiisaretli.com/peynir/ezine-peyniri> (Erişim Tarihi:25.01.2020).

¹⁰²F. Bilgili ve E. Demirkapı (2016). *Ticari İşletme Hukuku*. Bursa: Dora Yayınevi, s. 17; İ. Kayar (2017). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 57; İ. Kayar (2018). *Ticaret Hukuku* (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 57; İ. Kayar (2018). *Ticari İşletme Hukuku* (11. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 43.

¹⁰³Ticari işletmeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız: S. Çetiner ve A. Bozkurt Yüksel (2017). *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 53 vd.

¹⁰⁴F. Bilgili ve E. Demirkapı (2019). *Ticaret Hukuku Bilgisi*. Bursa: Dora Yayınevi, s. 111.

¹⁰⁵Kayıhan, **a.g.k.**, 2019, s. 177.

¹⁰⁶Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 464.

Marka, çoğu kez ticaret unvanı ya da işletme unvanı ile iç içe geçmiş olarak karşımıza çıksa da aslında marka, ticaret unvanı ya da işletme adından farklı bir konumdadır. Nitekim marka, mal ya da hizmeti üreteninden ya da mal ya da hizmetin sunulduğu işletmeden ziyade bizzat mal ya da hizmetin tanıtılması ve ayırt edilmesinde işlevseldir¹⁰⁹. Bu haliyle de markanın ticaret unvanı ve işletme adından ayrılmaktadır.

Bilgili ve Demirkapı, markanın işletme adı ve ticaret unvanından farkını şu şekilde özetlemektedir: *Ticaret unvanı tacirin ticari iş ve işlemlerinde kullandığı ad anlamına gelmektedir. "İşletme adı işletmeyi diğer işletmelerden ayırt etmeye ve tanıtmaya yarayan ad iken marka, işletmenin ürettiği mal veya hizmetleri diğer işletmelerin ürettiği mal veya hizmetlerden ayırt etmeye hizmet eden her türlü işarettir"*¹¹⁰.

6. MARKA HAKKI VE MARKA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

6.1. Genel Açıklamalar

*Hak, genel kuralların somut bir olay ve işlemle örtüştürülüp ilgilisi açısından diğerlerine karşı ileri sürülebilen, talep edilen ve korunmasına ilişkin birtakım yöntem ve mekanizmaların olduğu bir hukuki yetki ve talep imkânıdır*¹¹¹. Hak, yetkilere sahip olmak ile başlar.

Marka hakkı, sahibine marka hakkını kullanma, başkasına kullandırma, devretme, değiştirme ve dilerse terk etme yetkileri verir. Marka hakkının sağladığı tüm bu yetkiler marka sahibinin serbest iradesi ve rızası ile kullanılabilir. Aynı zamanda hukuk düzeni, marka sahibine bu yetkilerini korumak amacıyla koruma tedbirleri isteme yetkisi de vermiştir. Bahsi geçen tüm yetkilerin toplamına marka hakkı denmektedir. Marka, üzerinde somutlaştığı mal ya da hizmetten farklı olduğu için gayri maddi niteliktedir. Dolayısıyla marka hakkı gayri maddi mal üzerindeki hakkı ifade eden¹¹², mutlak¹¹³ ve inhisari¹¹⁴ nitelikte bir hak türüdür.

¹⁰⁷Kayıhan, **a.g.k.**, 2019, s. 186; Bilgili ve Demirkapı, **a.g.k.**, 2019, s. 121.

¹⁰⁸Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 466.

¹⁰⁹Arkan, **a.g.k.**, 2017, s. 285.

¹¹⁰Bilgili ve Demirkapı, **a.g.k.**, 2019, s. 122.

¹¹¹E. E. Atay (2020). *Hukuk Başlangıcı* (8. Baskı). Ankara: Gazi Kitabevi, s. 365.

¹¹²Uzunallı, **a.g.k.**, 2019, s. 22.

¹¹³Uzunallı, **a.g.k.**, 2019, s. 23.

6.2. Marka Hakkının Hukuki Niteliği

Sahibine tekel hakkı tanıyan marka hakkının hem olumlu hem de olumsuz yönü vardır. Marka hakkı, hak sahibine adına tescilli markasının başkaları tarafından kullanılmasını yasaklamak da dahil olmak üzere birtakım inhisari hak ve yetkiler sağladığı gibi hakkı üzerinde mevzuatın izin verdiği serbestlikte tasarrufta bulunma hakkı da sağlar¹¹⁵. Marka sahibi hem olumlu hem de olumsuz hak ve yetkilerini herkese karşı ileri sürülebilir. Bu yönüyle de marka hakkının doktrinde özel hukuk açısından mülkiyet hakkı kapsamına girip girmeyeceği tartışmalı olsa da mutlak haklardan olduğu rahatlıkla söylenebilir¹¹⁶.

Marka hakkının da içinde yer aldığı sınai mülkiyet hakları ekonomik değeri olan, kullandıkça değerlenen¹¹⁷ düşünsel ürünlerden oluşmaktadır. Marka, üzerinde somutlaştığı maldan ya da şeyden ayrı bir ekonomik değeri olan gayri maddi maldır. Marka sahibi hem markasını kullanarak hem de başkasına kullandırarak markasından ekonomik menfaat elde edebilir. Bu kapsamda da marka hakkı malvarlığı değerini içinde barındırdığından¹¹⁸ ekonomik haklardandır. Nitekim markalar ticari faaliyetler açısından muhasebe işlemlerine tabi tutulan, dünya örneklerinde görüldüğü üzere işletmelerin bilançolarında yer alan ekonomik değerlerdendir¹¹⁹. Markaların değerleri belirlenebilir ve ölçülebilir, markalar işletmeye sermaye olarak getirilebilir¹²⁰, devir ya da lisans sözleşmelerine konu edilebilir¹²¹.

Marka hakkının malvarlığı değerinin yanında anayasa hukuku açısından diğer fikri ve sınai haklar gibi mülkiyet hakkı değerini de ihtiva ettiği söylenebilir¹²². Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS) Ek – 1 nolu Protokol'ün 1. maddesine göre

¹¹⁴Uzunallı, **a.g.k.**, 2019, s. 24.

¹¹⁵Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 35.

¹¹⁶B. İ. Altın (2020). *Marka Hakkının Niteliği ve Devletin Markaya Müdahalesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 42.

¹¹⁷Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 45.

¹¹⁸Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 396.

¹¹⁹B. B. Yılmaz (2012). Marka Değerinin Bilançodaki Yeri ve Türkiye Muhasebe Standardı 38'e Göre Marka Muhasebesi. *Maliye Finans Yazıları*, (97), s. 10-17.

¹²⁰M. Aslan (2016). *Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Olarak Getirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 103-104; H. Dinç (2016). *Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Konulması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 67.

¹²¹İ. Güneş (2020b). Marka Tescilinin Devrinde Benzer Marka Sorunu. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 22 (2), s. 2.

¹²²Altın, **a.g.k.**, 2020, s. 37.

mülkiyet hakkı sadece maddi varlığa sahip haklar için değil aynı zamanda gayri maddi hak ve menfaatler için de geçerlidir. Aynı şekilde İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi(İHEB)'nin 27. maddesinin 2. fıkrasına göre herkes ürettiği bilim, yazın ve sanat ürününden doğan manevi haklarının korunması hakkına sahiptir. Bu hali ile de marka hakkının da içinde bulunduğu sınai hakların mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir¹²³.

Marka hakkı, her ne kadar ilk bakışta salt malvarlığına ilişkin bir hak olarak göze çarpsa da aslında hem malvarlığıyla hem de kişisel menfaatlerle ilişkilidir. Marka hakkının malvarlığına ilişkin bir hak olması bu hakkın bizzat kullanılarak ya da başkasına kullanılarak ekonomik kazanç elde edilmesinden; kişisel menfaatlere ilişkin bir hak olması ise markanın –dolayısı ile marka sahibinin- ünü ve itibarını yansıttığından kaynaklanmaktadır¹²⁴. Bu hali ile de marka hakkının kişilik haklarını da ihtiva ettiği söylenebilir.

6.3. Marka Hakkının Özellikleri

Marka, gayri maddi yani somut olmayan ancak maddi bir değeri bulunan; sahibinin malvarlığı değerleri arasında yer alan değerlerden birisidir. Markanın ayırt edicilik fonksiyonu nedeniyle mal ya da hizmetlerle birlikte, mal ya da hizmetlerle iç içe geçmiş şekilde kullanılması işin doğası gereğidir. Ancak marka, mal ya da hizmet ile birlikte kullanılmasına rağmen mal ya da hizmetten tamamen bağımsız, ayrı bir hakkın konusunu oluşturmaktadır¹²⁵. Marka hakkı soyut, sahibine mutlak ve inhisari haklar sağlayan, hukuki işlemlere konu olabilen ve süreli bir haktır.

6.3.1. Soyut olma

Marka hakkının somut bir varlığı bulunmamaktadır. Markalar, nitelendirdikleri ve birlikte kullanıldıkları mal ya da hizmetler ile birlikte somutlaşırlar. Ancak bu husus markanın, birlikte kullanıldığı mal ya da hizmetten farklı bir varlığı olduğu gerçeğini

¹²³Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 397-398.

¹²⁴Tekinalp, **a.g.k.**, 2012, s. 381.

¹²⁵Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 34.

değiştirmez. Markalar, birlikte kullanıldıkları mal ya da hizmetten farklı ancak onlarla birlikte somutlaşan maddi değerlerdendir.

6.3.2. Mutlak olma

Marka hakkı herkese karşı ileri sürülebilen, sahibinin izni olmaksızın kullanılması hukuka uygun olmayan mutlak nitelikte bir haktır¹²⁶.

6.3.3. Sahibine inhisari hak sağlama

Marka hakkı, marka sahibine inhisari bir şekilde marka hakkından yararlanma yetkisi verir. Marka sahibi söz konusu inhisari yetkisi ile hem marka hakkını dilediği gibi kullanma hem de üçüncü kişilerin izinsiz kullanımını engelleme ve önleme imkânı tanımaktadır¹²⁷.

6.3.4. Süreye bağlılık

SMK'nin 23. maddesi uyarınca “*Tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır.*” On yıllık koruma süresi sınırsız bir şekilde her seferinde on yıl olmak üzere uzatılabilir¹²⁸. Koruma süresi açısından getirilen sınırlama, koruma süresinin uzatılması açısından öngörülmemiştir. Korumanın sınırsız şekilde uzatılabilme imkânı da marka hakkını diğer sınai mülkiyet haklarından ayırtmaktadır.

6.3.5. Hukuki işlemlere konu olabilme

Marka hakkı taahhüt ve tasarruf işlemlerinin konusunu oluşturabilir. Marka hakkı devredilebilir, üzerinde rehin kurulabilir, lisans sözleşmesine, bağış sözleşmesine, mirasa konu olabilir, üzerinde intifa hakkı kurulabilir, sermaye olarak kullanılabilir ve

¹²⁶Uzunallı, **a.g.k.**, 2019, s. 23.

¹²⁷Uzunallı, **a.g.k.**, 2019, s. 23; Kayıhan, **a.g.k.**, 2019, s. 214.

¹²⁸Kayıhan, **a.g.k.**, 2019, s. 213.

haczedilebilir¹²⁹. Bahsedilen hukuki işlemler sınırlı sayıda değildir ve örnek kabilinden belirtilmiştir.

6.4. Marka Hakkının Doğumu ve Tescil İlkesi

6.4.1. Genel açıklamalar

Marka hakkının kazanılması noktasında iki farklı ilke vardır. Bu ilkelerden bir tanesi tescil ilkesi diğeri ise kullanma ilkesidir¹³⁰. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde kullanma ilkesi geçerli olduğu için tescil açıklayıcı niteliktedir. Ancak Türk marka hukukunun da temelini ve esaslı noktasını oluşturan tescil ilkesine göre, marka hakkı, marka olarak kullanılacak olan işaretin mevzuata ve usulüne uygun şekilde TPMK nezdinde tescil edilmesi ile doğar¹³¹. Kullanma ilkesine göre de marka üzerinde hak sahipliği, markanın kullanılması ve kullanım sonucu markaya ayırt edicilik kazandırılması sonucu doğar. Görüldüğü üzere kullanma ilkesi, marka hakkının doğumu için tescili aramamaktadır.

SMK hükümleri uyarınca marka hakkı tescil ile doğar¹³². Tescil kurucu niteliktedir ve üçüncü kişilere karşı sicilde yayınlanma tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Tescil işlemi, tescilden önce kullanılmaya başlanmış olan işaretler açısından yapıldığında açıklayıcı, tescil işleminden önce kullanılmamış olan işaretler açısından yapıldığında ise kurucu etki doğurmaktadır¹³³. Çağlar'a göre ise marka üzerindeki hak markanın oluşturulması ile doğar¹³⁴ ¹³⁵

Markaların cezai yönden korunmadan yararlanabilmesi için tescil ilkesi benimsenmiştir. Bu hususta herhangi bir tartışma ya da duraksama mevcut değildir.

¹²⁹Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 35; Çetiner ve Bozkurt Yüksel, **a.g.k.**, 2017, s. 190; Kayıhan, **a.g.k.**, 2019, s. 218-219; M. İ. Kaya ve B. Tatlı (2020). *Ticaret Hukuku-I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 155.

¹³⁰Güneş, **a.g.k.**, 2017, s. 76.

¹³¹Güneş, **a.g.k.**, 2017, s. 76.

¹³²Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 44.

¹³³Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 54.

¹³⁴Çağlar, Yıldız ve İmirlioğlu, **a.g.k.**, 2019, s. 70.

¹³⁵SMK kapsamında düzenlenen hukuki ve cezai korumadan yararlanmanın kural olarak tescil ile kazanılacağı hususunda bir şüphe bulunmamaktadır. SMK kapsamında düzenlenen hukuki korumadan yararlanmanın tescil ile kazanılmasına ilişkin kural Paris Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde tanınmış marka olarak sayılan markalar açısından geçerli değildir. Bu markaların SMK kapsamında düzenlenen hukuki korumadan yararlanabilmesi için Türkiye’de tescilli olmasına gerek yoktur.

SMK'nin 30/5. maddesi uyarınca marka hakkına karşı işlenen suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için tecavüze uğrayan markanın Türkiye'de tescilli olması şarttır.

6.4.2. Markanın tescil süreci

Marka başvurusu, SMK'nin 11. ve Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik¹³⁶ (SMKUDY)'in 5. maddesinde yer alan bilgi, belge ve evraklar ile birlikte TPMK tarafından kabul edilen başvuru formunun elektronik ortamda doldurulması suretiyle TPMK nezdinde gerçekleştirilir. TPMK kendisine ulaşan başvuruyu öncelikle başvurunun SMK'nin 3. ve 11. maddelerinde yer alan şartları taşıyıp taşımadığı hususunda şekli açıdan kontrol eder. Bu kapsamda TPMK, başvuru sahibinin SMK'nin sağladığı korumadan yararlanabilecek kişilerden¹³⁷ olup olmadığını ve başvuru için gerekli başvuru formunun ve eklerinin eksiksiz şekilde sunulup sunulmadığını, başvurunun SMK'nin 11. maddesi hükümlerine uygun olup olmadığını kontrol eder. Şekli incelemenin olumlu sonuçlanması üzerine başvuru, başvurunun alındığı tarih, saat ve dakika itibarıyla kesinleşmiş olur. Başvurunun şekli açıdan kesinleşmesinin akabinde başvuru mutlak ret nedenleri açısından incelenir ve mutlak ret nedenlerinin mevcut olmadığının tespiti halinde başvuru, bültende yayımlanır. Marka başvurusunun bültende yayımlanmasının akabinde iki ay içerisinde ilgili kişiler tarafından markanın mutlak ret ya da nispi ret¹³⁸ nedenleri ile tescil edilmemesi gerektiği yönündeki itirazlarını TPMK nezdinde gerçekleştirebilirler¹³⁹.

¹³⁶RG. 24.04.2017, S.30047.

¹³⁷SMK'nin 3. maddesine göre SMK ile sağlanan hukuki ve cezai korumadan, T.C. vatandaşları, T.C. vatandaşı olmamasına rağmen T.C. sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek kişiler, sermayesinin kaynağı ve ortaklarının uyrukları ne olursa olsun ticaret merkezi T.C. sınırları içinde olan ya da T.C. sınırları içinde ticari faaliyette bulunan tüzel kişiler, Paris Sözleşmesi veya DTÖKA hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip kişiler, karşılıklılık ilkesi uyarınca, T.C. uyruğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyruğundaki kişiler yararlanır.

¹³⁸SMK'nin 6. maddesi uyarınca marka tescilinde nispi ret nedenleri şunlardır:

- Tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile birebir aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimalinin mevcudiyeti.
- Ticari vekil veya temsilcinin, marka sahibinin izni olmaksızın ve haklı bir sebebe dayanmaksızın markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kendi adına tescili için başvuru yapmış olması.
- Başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmiş olması.

SMK'nin 22. maddesi hükmüne göre, “başvurusu eksiksiz yapılmış veya eksiklikleri giderilmiş, 16. madde uyarında incelenmiş, yayımlanmış, hakkında itiraz yapılmamış veya yapılan itirazların tümü nihai olarak reddedilmiş ve tescil ücretinin ödendiğine ilişkin bilgi de dahil olmak üzere eksik evrakı, süresi içinde Kuruma sunularak bütün aşamaları tamamlanmış bir başvuru tescil edilerek sicile kaydedilir ve Bültende yayımlanır.”¹⁴⁰”

7. MARKA HAKKININ KORUNMA ŞEKİLLERİ

7.1. Marka Hakkının Korunmasının Gerekçesi

Marka kavramı mal ve hizmet piyasasının gelişmesi, genişlemesi ve yerelden ulusala hatta globale ulaşması sonucunda ortaya çıkmaya başlamıştır. Mal ve hizmet piyasasının gelişmesi sonucunda mal ya da hizmetlerde ayırt edici işaretlerin kullanılması sonucu¹⁴¹ markaların doğması bu markalara ve marka sahiplerine birtakım korumaların getirilmesini de zorunlu kılmıştır. Marka hakkının korunmasının kamusal bir yönü de vardır. Zira markalar tüketicilere mal ya da hizmetlerin kaynağını, türünü, kalitesini bildirmektedir. Bu durum da tüketicilere markayı taşıyan mal ya da hizmetin

- Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesi uyarınca tanınmış marka sayılan markalar ile aynı veya benzer nitelikteki işaret ile tanınmış markanın kapsadığı mal veya hizmet ile aynı ya da benzer mal veya hizmet sınıfı için marka başvurusu yapılması.
- Tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir markanın, Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, tanınmış markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği hallerde, aynı ya da benzer marka başvurusunun haklı bir sebebe dayanmadan yapılması.
- Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait isim, ticaret unvanı, fotoğraf, telif hakkı veya başkaca bir fikri mülkiyet hakkı içeriyor olması.
- Ortak markanın veya garanti markasının yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren üç yıl içinde yapılan, ortak marka veya garanti markasıyla aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmet içeren marka başvurusunun mevcudiyeti.
- Tescilli markanın yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren iki yıl içinde yapılan bu iki yıllık süre içinde kullanılmaya devam edilmiş tescilli marka ile aynı ya da benzer olan ve aynı ya da benzer mal veya hizmet içeren markanın mevcudiyeti.
- Marka başvurusunun kötü niyetle yapılmış olması.

¹³⁹Markanın tescilli süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: O. Sarı (2020). *Marka Hakkı Edinme Süreci*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 181-352; T. Savaş ve M. Saygın (2020). *Marka Tescil Süreci*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 27-77.

¹⁴⁰Marka tescil başvurusu ve değerlendirme süreci hakkındaki diyagram için bakınız: Karasu, Suluk ve Nal, **a.g.k.**, 2020, s. 211; Marka tescil sürecinde TPMK kararlarına karşı başvurulabilecek hukuki yollar hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Y. Aker (2021). *Marka Tescil Sürecinde Türk Patent ve Marka Kurumu Kararlarına Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 93-256.

¹⁴¹Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 2.

seçimi konusunda kolaylık ve güven sağlamak ve bu hali ile piyasayı güçlendirici etkiye sebep olmaktadır¹⁴².

Ayrıca marka kavramının sadece yetişkin bireyler açısından öneme sahip olduğunu düşünmek hatalı olacaktır. Marka kavramı 3 yaşından itibaren tüm bireyler açısından önemlidir. Zira 3 - 4 yaş aralığındaki çocuklar çevrelerindeki markaları fark eder ve tanır, 4 yaş sonrasında ise markaları taklit ederek yazma denemelerine başlar¹⁴³. Markalar, çocukların erken dönem okuma yazma yaşantılarında da rol oynamaktadır. Çocuklar, günlük hayatlarında bazen markalardan, bazen reklamlardan, bazen de yazılı şeklini bildikleri sözcük ya da sözcük gruplarından destek alırlar¹⁴⁴. Her birimiz, okuma yazma bilmeyen çocukların "McDonald's" markasını gördüklerinde markanın bulunduğu yerde yemek yenileceğini, özellikli ürünlerin bulunduğunu bildiğini ve bunu talep ettiğini gözlemlemiştinizdir. Tüm bunlar göstermektedir ki markalar neredeyse bireylerin bütününe hitap etmektedir ve bu da ticari hayattaki güçlerini arttırmaktadır.



Şekil 1.8. TMPK'nun 91661 tescil numaralı. "MCDONALD'S"

Mal ve hizmet piyasasında arzın bollaşması, rekabetin artması, mal ya da hizmetlerin taklit edilmek suretiyle haksız kazanç sağlamak isteyen kişilerin ortaya çıkması hali de markanın önemini giderek artırmıştır¹⁴⁵. Öte yandan marka ederinin, ticaret sahasında fiyat dışı rekabette güçlü bir avantaj sağlaması da markanın öneminin artmasına katkı sunmuştur¹⁴⁶.

¹⁴²Uzunallı, **a.g.k.**, 2019, s. 20; Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 3.

¹⁴³H. Atlar ve Y. Uzuner (2019). *İşitme Kayıplı Çocuk ve Gelişen Okuryazarlık Durum Çalışması*. Ankara: Vize Akademik, s. 38-39.

¹⁴⁴Atlar ve Uzuner, **a.g.k.**, 2019, s. 48-49.

¹⁴⁵Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 42; "... Tanık beyanlarından ve delil tespit raporundan davacı yanın Pinoli, Japone ve Piano isimli pastalarının özelliği bulunduğu, davacı şirket ile özdeşleşmiş olduğu ve marka değerlerinin bulunduğu, davalı yanın da bu pastaların tıpa tıp aynısını (görünüş ve tat olarak) yaptığı ve satışa sunduğu anlaşıldığından..." (R. T. Pekdinçer (2019). *Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar II*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 99 - 100.)

¹⁴⁶F. Karakoyun ve S. Ü. Kestane (2018). *Entelektüel Sermaye Olarak Marka (Vergileme ve Pazarlama Boyutuyla)*. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 33.

Özetlemek gerekirse marka hakkı sahibinin piyasada yer alan mal ve hizmetlerden kendi mal ve hizmetlerinin ayırt edilebilmesi hususunda tüketicilerin ise tüketim tercihlerini belirlemesi hususunda kolaylık sağlayan markaların hem hukuki hem de cezai yönden korunması zorunlu hale gelmiştir.

7.2. Marka Hakkının Hukuki ve Cezai Yollarla Korunması

Marka hakkının olumsuz yönünü teşkil eden, marka sahibinin izni olmadan üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen kullanımları engelleme ve önleme yetkisi kendisini hem hukuki hem de cezai koruma olarak göstermektedir.

Marka hakkına yönelik hukuki koruma TPMK nezdinde itiraz ve dava hakkı olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre marka sahibi, kendi hakkına tecavüz niteliğinde olan marka başvuruları için TPMK'ye itiraz edebileceği gibi mahkemeden de tecavüz niteliğindeki fiillerin önlenmesini, durdurulmasını, maddi ve manevi zararlarının tazminini vs. talep edebilir¹⁴⁷.

Marka hakkının cezai yönden korunmasına ilişkin düzenlemeler ise SMK'nin 30. maddesinde düzenlenmiştir. Çalışma konumuzu da söz konusu cezai koruma kapsamında ihdas edilen suç tiplerinden marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu oluşturmaktadır. Çalışmanın ilerleyen bölümünde çalışma konumuzu kapsayan suç tipine ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir.

8. MARKA HAKKININ SONA ERME NEDENLERİ

8.1. Genel Açıklamalar

Marka tescillendikten sonra marka sahibine tek elci, inhisari haklar verir. Bu haklar ancak marka hakkının devamı süresince hüküm ve sonuç doğuracaktır¹⁴⁸. Zira marka hakkı kişilik hakları gibi kendiliğinden, doğumundan sonra ilelebet var olacak olan haklardan değildir. Marka hakkının sona ermesi mümkündür.

¹⁴⁷Marka hakkına tecavüz hallerinde açılacak davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Ege, **a.g.k.**, 2018, s.55-101.

¹⁴⁸Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 423.

SMK'nin 28. maddesine göre, marka koruma süresinin dolması ve markanın süresi içinde yenilenmemesi, marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesi hallerinde marka hakkı sona erer. Söz konusu sona erme halleri marka sahibinin iradesi ile gerçekleşecek sona erme halleridir. Ayrıca marka sahibinin iradesi dışında markanın hükümsüzlüğüne ve iptaline karar verilmesi halinde de marka hakkı sona erecektir.

Marka hakkının iradi ya da irade dışında sona ermesi halleri çalışmamız açısından önemlidir. Zira çalışmamızın sonraki bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alındığı üzere marka hakkına yönelen suçların kovuşturması şikâyet tabidir. Şikâyet hakkı ise kural olarak marka sahibine aittir. Dolayısı ile marka hakkının nerede ve ne şekilde sona erdiği hususunun ceza hukukuna da yansımaları bulunmaktadır. Bu konular ilerleyen bölümlerde ele alınacak olup şu an sadece marka hakkının sona erme nedenleri üzerinde durulacaktır.

8.2. Koruma Süresinin Sona Ermesi ve Süresinde Yenilenmemesi Nedeniyle Marka Hakkının Sona Ermesi

SMK'nin 23. maddesine göre tescilli markanın koruma süresi tescil başvurusundan itibaren on yıldır. On yıllık koruma süresi, onar yıllık dönemler halinde, sınırsız şekilde yenilenebilir. Yenileme talebinin marka sahibi tarafından, on yıllık marka koruma süresinin sona ereceği tarihten önceki altı ay içinde yapılması gerekir. Bu süre içinde usulüne uygun olarak yenileme işlemi yapılmaz ise SMK ek bir hak daha vermiştir. Buna göre on yıllık koruma süresinin sona ermesinden sonraki altı aylık süre içinde ek ücretin ödenmesi şartıyla da yenileme işlemi yapılabilir. Her halükârda yenileme işlemi, önceki on yıllık koruma süresinin sona erdiği tarihi izleyen günden itibaren hüküm ve sonuç ifade eder.

Yukarıda açıklanan on yıllık koruma süresinin sona ermesinden sonraki altı aylık sürenin de sona ermesi halinde marka sahibi yenileme talebinde bulunamayacaktır. Böyle bir durumda, marka hakkını devam ettirmek isteyen kişi ancak yeniden tescil talebinde bulunarak süreci başından başlatabilecektir¹⁴⁹. Marka koruma süresi bittikten sonra marka sahibinin aynı markayı kullanmaya devam etmesi halinde

¹⁴⁹Ö. Arslan (2019). *Marka Hakkının Sona Ermesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 18.

koruma süresi sona erdikten sonra geçecek iki yıllık süre içinde aynı marka için üçüncü kişilerce yapılan tescil başvurularına itiraz edebilme hakkı vardır.

Marka hakkının yenilemesi markanın tescilli olduğu tüm mal veya hizmetler için yapılabileceği gibi mal veya hizmetlerin bir kısmı için de yapılabilir¹⁵⁰. Mal veya hizmetler açısından kısmi yenileme yapıldığı takdirde marka hakkı sadece yenilemesi yapılan mal veya hizmetler açısından devam edecek diğer mal veya hizmetler yönünden sona erecektir.

Marka hakkının süresi içinde yenilenmemesi halinde marka hakkı, on yıllık koruma süresinin sona ermesi anından itibaren sona erecektir. Marka hakkının sona ermesi ile birlikte tescilin sağladığı özellikle cezai koruma da dahil tüm koruma kendiliğinden sona erer. Ancak yenilememe nedeniyle marka hakkının sona ermesinden önce gerçekleşen tecavüz fiilleri nedeniyle marka hakkı sahibinin şikâyet süresi içinde şikâyet hakkı devam edecektir.

8.3. Vazgeçme Nedeniyle Marka Hakkının Sona Ermesi

SMK'nin 28. maddesine göre marka sahibi, marka hakkından tamamen veya kısmen vazgeçebilir¹⁵¹. Marka sahibi markasının tescil edildiği mal veya hizmet grubunun tamamından vazgeçebileceği gibi bu mal veya hizmetlerin bir kısmından da vazgeçebilir. Kısmi vazgeçme halinde marka hakkı sadece vazgeçilen mal veya hizmet grubu açısından sona erecektir¹⁵².

Vazgeçmenin yazılı olarak TPMK'ye sunulması geçerlilik şartıdır. Zira vazgeçme, bozucu yenilik doğuran bir işlem olduğu için iradenin muhataba ulaşması gerekmektedir¹⁵³. Vazgeçme iradesi yazılı olarak TPMK'ye sunulduktan sonra marka hakkının vazgeçme nedeniyle sona erdiği bültende yayımlanır. Vazgeçmenin hüküm doğurduğu an vazgeçmenin sicile kayıt tarihidir.

¹⁵⁰Arslan, **a.g.k.**, 2019, s. 18.

¹⁵¹Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 426.

¹⁵²Arslan, **a.g.k.**, 2019, s. 23.

¹⁵³Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 172.

8.4. Markanın Hükümsüzlüğüne Karar Verilmesi Nedeniyle Marka Hakkının Sona Ermesi

Menfaati olanlar, Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları SMK'nin 25. maddesinde sayılan hallerin mevcudiyeti halinde mahkemeden markanın hükümsüzlüğünü talep edebilir. Talep üzerine hükümsüzlük şartlarının tespiti halinde mahkemece markanın hükümsüzlüğüne karar verilir. Buna göre markanın mutlak ret nedenlerine rağmen tescil edilmesi ya da nispi ret nedenlerine yapılan tüm itirazlara rağmen bir şekilde tescil edilmesi halinde SMK'de sayılan diğer şartların da mevcudiyeti halinde markanın hükümsüzlüğüne karar verilecektir¹⁵⁴.

Markanın kısmi hükümsüzlüğüne karar verilmesi de söz konusu olabilir. SMK'de sayılı hükümsüzlük nedenleri markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerden sadece bir kısmı için mevcut ise markanın sadece o mal veya hizmet açısından kısmen hükümsüzlüğüne karar verilir.

Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde bu karar marka başvurusu anından itibaren etki doğuracaktır. Hükümsüzlük kararı ile birlikte marka tescili ile sağlanan koruma hiç doğmamış sayılarak geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Dolayısı ile marka hakkına yönelik tecavüz suçundan da bahsedilemeyecektir.

Markanın hükümsüz olduğu şüpheli ya da sanık tarafından bir savunma olarak da ileri sürülebilir. Böylesi bir durumda şüpheli ya da sanığa markanın hükümsüz olduğunun tespiti için dava açması amacıyla süre verilmelidir. Böylesi bir durumda şüpheli ya da sanık tarafından açılan hükümsüzlük davasının sonucu savcılık ya da ceza mahkemesi tarafından beklenilmelidir¹⁵⁵.

8.5. Markanın İptaline Karar Verilmesi Nedeniyle Marka Hakkının Sona Ermesi

Markanın iptaline karar verilme nedenleri olarak markanın kullanılmaması, markanın yaygın ad haline gelmesi, markanın yanıltıcı hale gelmesi, garanti markası veya ortak markaların kullanıma ilişkin usul ve esasları gösteren teknik şartnameye aykırı olarak kullanılması karşımıza çıkmaktadır. TPMK tarafından iptal kararının

¹⁵⁴Markanın hükümsüzlüğü davaları hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Arslan, **a.g.k.**, 2019, s. 93-126.

¹⁵⁵Hükümsüzlük kararının etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Z. Bahadır (2018). *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali*. Ankara: Turhan Kitabevi, s.179-182 ; Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 545.

verilebilmesi için TPMK'ye başvuru yapılması zorunludur. TPMK tarafından resen markanın iptaline karar verilemeyecektir.

SMK'nin 9. maddesine göre “*Tescil edilen marka, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir.*” Markanın kullanılmamasının tazmini ya da cezai bir yaptırım olmasa da bu halde markanın iptali ihtimali doğmaktadır. Kullanmama nedeniyle markanın iptali hususunda markanın tanınmış marka olup olmama konusunda bir ayrıma gidilmemiştir¹⁵⁶. İptal yaptırımının gerekçesi ise kullanılmayan markalarla serbest rekabetin yersiz ve kötü niyetli marka tescilleri ile tıkanma noktasına gelmesini engellemektir¹⁵⁷. Ancak markanın ayırt ediciliğine zarar vermeksizin farklı unsurlar ile birlikte kullanılması halinde, markanın sadece ihracat amacıyla mal veya ambalaj üzerinde kullanılması ya da markanın marka sahibinin izni ile kullanılması hallerinde markanın marka sahibi tarafından kullanıldığı kabul edilmelidir. Bu durumlarda markanın kullanılmama gerekçesi ile iptaline karar verilemeyecektir.

Bu noktada SMK'nin 9. maddesinde belirtilen “*ciddi biçimde kullanma*” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu ele alınmalıdır. Zira madde alelade kullanımı kullanım olarak iptali engelleyen kullanım olarak görmemektedir. Kullanımın ciddi biçimde olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre tespit edilebilecektir. Kullanım şekli, süresi, yoğunluğu, coğrafi alanı gibi objektif hususlar gözetilerek kullanımın ciddi olup olmadığı ortaya çıkacaktır¹⁵⁸. Sadece markanın iptali sonucunun doğumunu engellemek amacıyla, sembolik şekilde üretim ve satış yapılması ya da markanın az sayıda broşür ve ilanda kullanılması hali ciddi biçimde kullanma olarak değerlendirilemeyecektir¹⁵⁹. Markanın ayırt edici karakterini zedelemekten tescilli olduğu mal veya hizmet sınıflarında ekonomik yarar sağlamak amacıyla ve bu amaca

¹⁵⁶Özkök, **a.g.k.**, 2015, s.216.

¹⁵⁷Arslan, **a.g.k.**, 2019, s. 132.

¹⁵⁸H. Çağlar (2017). 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m.14 Hükmünü İptal Eden Kararın Etkileri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (1), s. 6.

¹⁵⁹G. Coşgun (2018). *Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 40; T. Elanur (2021). *Marka Hukukunda Kullanımın İspatı*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 45.

uygun şekilde gerçekleştirilen kullanımlar, ciddi biçimde kullanım olarak değerlendirilebilir¹⁶⁰.

Beş yıllık kullanmama süresinin hesabının hangi andan itibaren yapılacağı hususu da önemlidir. Beş yıllık kullanmama süresinin hesabında başlangıç tarihi olarak tescil tarihi esas alınacaktır¹⁶¹. Tescilden sonra kullanılan ancak sonrasında kullanımına ara verilen marka açısından da son kullanma tarihi esas alınacaktır.

Marka sahibinin kendi hareketleri veya gerekli tedbirleri almaması nedeniyle markanın, tescilli olduğu mal ya da hizmet açısından yaygın, jenerik ad haline gelmesi de bir başka iptal nedenidir¹⁶². Bu noktada önemli olan markanın yaygın ad haline gelmesinde marka sahibinin kusurlu olmasıdır.

Marka sahibi veya marka sahibinin izin verdiği kişilerce gerçekleştirilen kullanım neticesinde markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı konusunda tüketicileri yanıltıcı nitelik alması halinde de marka iptal edilecektir¹⁶³.

Garanti markası ve ortak marka açısından markaların tescili sırasında markaların kullanımına ilişkin olarak sunulan teknik şartnameye aykırı kullanım da garanti markası ve ortak marka açısından bir iptal nedenidir¹⁶⁴.

SMK'nın 26/5. maddesi hükmüne göre iptal kararı markanın tescil edildiği tüm mallar veya hizmetler için verilebileceği gibi bu mal veya hizmetlerin bir kısmı için de verilebilir. Diğer sona erme sebeplerinde olduğu gibi markanın iptali de kısmi olarak gerçekleşebilir.

TPMK tarafından markanın iptaline karar verilmesi halinde bu karar, kural olarak yazılı iptal talebinin TPMK verildiği tarihe kadar geriye dönerek etkilerini doğurur. İstisnai olarak ve talep halinde iptal nedenlerinin doğduğu ana kadar geriye dönerek etkilerini doğuracağına karar verilebilir. İptal kararının hangi andan itibaren geçerli olacağı marka hakkına yönelen suçların soruşturulması ve kovuşturulması

¹⁶⁰Arslan, **a.g.k.**, 2019, s. 133.

¹⁶¹O. U. Karaca (2018). *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları* (2. Baskı). Ankara: Lykeion Yayınları, s. 51-52.

¹⁶²Arslan, **a.g.k.**, 2019, s. 142.

¹⁶³Arslan, **a.g.k.**, 2019, s. 144.

¹⁶⁴Arslan, **a.g.k.**, 2019, s. 145.

bakımından da önemlidir. Bu konular çalışmamızın sonraki bölümlerinde ele alınacaktır.

Markanın hükümsüzlüğünde olduğu gibi markanın iptal edilmesi gerektiği hususu da şüpheli ya da sanık tarafından savunma olarak ileri sürülebilir. Böylesi bir durumda da şüpheli ya da sanığa SMK'nin 26. maddesi hükümleri uyarınca işlem yapması için süre verilmeli ve işlemin sonucu beklenilmelidir¹⁶⁵. İptal kararının soruşturma ve kovuşturmayla etkileri çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alınacaktır.

Marka hakkının iptal nedeniyle sona ermesi konusuna son vermeden önce şu hususa da değinmek gerekmektedir: SMK'nin 192. maddesi uyarınca iptal halleri ve iptal talebi başlıklı 26. maddenin yürürlüğü SMK'nin yayımlandığı 10.01.2017 tarihinden itibaren yedi yıl süre ile ertelenmiştir. Dolayısı ile SMK'nin 26. maddesi 10.01.2024 tarihinde yürürlüğe girecektir. Ancak SMK'nin Geçici 4. Maddesi'ne göre 10.01.2024 tarihine kadar SMK'nin 26. maddesinde belirtilen usul ve esaslara göre iptal talepleri mahkemeye yöneltilebilecektir.

9. MARKA LİSANS SÖZLEŞMELERİ

9.1. Genel Açıklamalar

Marka lisans sözleşmeleri, bir marka sahibinin, marka hakkının marka sahibinin uhdesinde kalması kaydı ile sahip olduğu hakların kullanımını kısmen ya da tamamen başkasına lisans yolu ile süreli ya da süresiz olarak devrettiği sözleşmelerdir¹⁶⁶. Marka lisans sözleşmelerinde lisans alanın, lisans verene bir miktar parayı ödemesi ya da farklı bir edimi ifa etmesi borç olarak kararlaştırılabilir. Ancak sözleşmenin ivazlı olması zorunlu değildir¹⁶⁷. Zira lisans sözleşmeleri açısından olmazsa olmaz olan edim lisans verenin edimidir¹⁶⁸.

Yargıtay'a göre lisans sözleşmeleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu(TBK) ve mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu(BK)'nda düzenlenmediği için atipik nitelikte,

¹⁶⁵Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 545.

¹⁶⁶Ç. Özel (2015). *Marka Lisansı Sözleşmeleri* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 47.

¹⁶⁷Ç. Ceylan (2017). Marka Lisans Sözleşmesi. *Ankara Barosu Dergisi*, 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, s. 60-61.

¹⁶⁸Ceylan, **a.g.k.**, 2017, s. 60-61.

kendisine has sözleşmelerdendir. Yargıtay, lisans sözleşmelerini, mülkiyet hakkı marka sahibinde kalmak şartıyla marka hakkının başkalarınca kullanımına izin verilmesi şeklinde tanımlamaktadır¹⁶⁹.

Günümüzde marka lisans sözleşmeleri, franchise sözleşmeleri¹⁷⁰ ile birlikte de akdedilmekte ve karma sözleşmelere konu edilebilmektedir¹⁷¹.

Marka lisans sözleşmelerinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Yazılı şekilde yapılmayan marka lisans sözleşmeleri geçerli değildir. Yazılı şekil şartı geçerlilik nedeni olarak arandığından taraflar arasında şifahen kurulan sözleşmeler hukuken geçerli sözleşmeler değildir.

Gayri maddi varlıklardan olan marka hakkı üzerinde tekel hakkına sahip olan kişi, marka lisans sözleşmeleri ile bu hakkını iktisadi açıdan daha verimli şekilde kullanabilir¹⁷². Kendisinin kullanmadığı marka hakkını başkasına kullandırarak ekonomik menfaat elde edebilir.

Marka hakkının lisans sözleşmesine konu edilebileceği SMK'nin 24. ve 148. madde hükümleri ile düzenlenmiştir. Nitekim SMK'nin 148. maddesine göre "*Sınai mülkiyet hakkı ... lisans konusu olabilir...*" ve 24. maddesine göre "*Marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir.*" Bahsedilen normatif düzenlemeden de anlaşılacağı üzere marka hakkı, tescil edildiği mallar ya da hizmetlerin sadece bir kısmı için de lisans sözleşmesine konu edilebilir. Bu hali ile marka sahibi, markasını sadece belirli mal ya da hizmet için lisans alana markasını kullanma izni vermiş olur. Bu izin süreli ya da süresiz olarak hakkın devri ile verilmiş olur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki lisans sözleşmeleri ile devredilen markanın mülkiyeti değil kullanım haklarıdır.

Marka lisans sözleşmesi, lisans veren ya da lisans alanın talebi, ücretin ödenmesi ve SMKUDY'nin 20. maddesinde belirlenmiş diğer şartların yerine getirilmesi halinde sicile kaydedilir ve kaydedilen lisans sözleşmesi bültende yayımlanır. Lisans

¹⁶⁹Yargıtay 11. HD. 24.02.2020, E. 2019/3850, K. 2020/1989: "... 6098 sayılı TBK ve mülga 818 sayılı BK'da düzenlenmemiş olması nedeniyle atipik sözleşmelerden olan lisans sözleşmeleri, mülkiyet hakları sahiplerinde kalmak koşuluyla, marka, patent, tasarım ve know-how gibi gayri maddi nitelikteki fikri ve sınai hakların, başkalarınca kullanımına izin verilmesi olarak tanımlanmaktadır."

¹⁷⁰Franchise sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: M. Aydoğdu ve N. Kahveci (2019). *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (4. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 28 vd.

¹⁷¹Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 183.

¹⁷²Ceylan, **a.g.k.**, 2017, s. 65.

sözleşmesinin sicile kaydedilmesi garanti ve ortak markalar haricindeki markalar için geçerlilik şartı olmasa da sicile kaydedilmeyen lisans sözleşmelerinden doğan haklar iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir. Anlaşılacağı üzere garanti ve ortak markalar haricindeki markalar açısından marka lisans sözleşmesinin sicile kaydedilmesi ve bültende yayımlanması kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir.

9.2. Türlerine Göre Marka Lisans Sözleşmeleri

SMK'nin 24. maddesine göre marka lisans sözleşmeleri, inhisari ve inhisari olmayan marka lisans sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım lisans alana tanınan hakkın çerçevesi ve lisans alan dışındaki kişilerce markanın kullanılma imkanının olup olmaması yönünden yapılan bir tasniflendirilmelidir.

Marka lisans sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça lisans sözleşmesinin kural olarak inhisari olmayan marka lisans sözleşmesi olduğu kabul edilecektir¹⁷³. Nitekim inhisari lisans sözleşmesi, marka sahibinin haklarını önemli ölçüde sınırlandırdığı için bu hususun lisans sözleşmesinde ayrıca ve açıkça belirtilmesi gerekmektedir¹⁷⁴.

9.2.1. İnhisari olmayan marka lisans sözleşmeleri

Lisans alanın, markanın kullanılması hususunda tek el hakkına sahip olmadığı, lisans alana münhasır yetki tanınmadığı sözleşmelere *inhisari olmayan marka lisans sözleşmesi* denilmektedir¹⁷⁵. Söz konusu sözleşmeye *basit marka lisans sözleşmesi* ya da *adi lisans sözleşmesi* de denilmektedir¹⁷⁶.

İnhisari olmayan lisans sözleşmesi ile markanın kullanım hakkı lisans alana devredilir ancak bu kullanım hakkının devrine rağmen marka sahibi markasını kendisi de kullanmaya devam edebilir ya da başkaca kişilere de inhisari olmayan lisans sözleşmesi ile markanın kullanım hakkını devredebilir.

¹⁷³Özel, **a.g.k.**, 2015, s. 50.

¹⁷⁴Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 186.

¹⁷⁵Ceylan, **a.g.k.**, 2017, s. 73.

¹⁷⁶Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 188.

Kural olarak, marka lisans sözleşmelerinde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, özellikle belirlenmese bile sözleşme inhisari olmayan lisans sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Bu durum, inhisari olmayan lisans sözleşmesinin kanun koyucu tarafından lisans sözleşmelerinin doğal türü olarak kabul edildiğini göstermektedir¹⁷⁷.

9.2.2. İnhisari marka lisans sözleşmeleri

Lisans alanın, markanın kullanılması hususunda tek el hakkına sahip olduğu, lisans alana münhasır yetki tanındığı, hatta marka lisans sözleşmesinde açıkça belirtilmediği sürece marka sahibinin dahi markasını kullanamaz hale geldiği sözleşmelere *inhisari marka lisans sözleşmesi* denilmektedir¹⁷⁸. Marka sahibi inhisari lisans sözleşmesi ile markasının kullanım hakkını lisans alana devrettikten sonra da markasını kullanmaya devam etmek istiyor ise bu durumu inhisari marka lisans sözleşmesinde açıkça belirtmek durumundadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki inhisari marka lisans sözleşmesi ile lisans alana tüm Türkiye’de geçerli olarak inhisari hak verilebileceği gibi sadece belirli bölge ile sınırlı olarak da inhisari hak verilebilir¹⁷⁹. İnhisari yetkilerin coğrafi sınırlar dahilinde verilmesi halinde başkaca coğrafi sınırlarda da farklı kişilerle inhisari marka lisans sözleşmesi akdedilebilir.

İnhisari lisans sözleşmesi ile sadece lisans sözleşmesinin geçerli olduğu süre içinde ve lisans sözleşmesi hükümleri çerçevesinde lisans sahibine tek elci haklar tanındığı için lisans alanın lisans sözleşmesi ile belirlenen çerçeveyi aşması ya da lisans sözleşmesinin süresi sona erdikten sonra da markayı kullanmaya devam etmesi hallerinde marka hakkına tecavüzden bahsedilebilecektir¹⁸⁰.

İnhisari olmayan lisans sözleşmesinin kanun koyucu tarafından lisans sözleşmelerinin doğal türü olarak kabul edilmesinden dolayı taraflar akdettikleri lisans sözleşmesinin inhisari nitelikte olduğunu açıkça göstermeleri gerekmektedir. Nitekim SMK’nin 24. maddesine göre “Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans, inhisari değildir.”

¹⁷⁷Ceylan, a.g.k., 2017, s. 73.

¹⁷⁸Özel, a.g.k., 2015, s. 50; Ceylan, a.g.k., 2017, s. 74.

¹⁷⁹Ceylan, a.g.k., 2017, s. 74.

¹⁸⁰Güneş, a.g.k., 2020a, s. 186.

10. MARKA HAKKINA YÖNELEN SUÇLARA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

10.1. Genel Açıklamalar

Gayri maddi malvarlıklarından marka hakkına karşı işlenen suçlar asıl olarak bireysel hukuki menfaatlere yönelse de bir yanı ile de ekonomik hayat ile yakından ilişkili olmaları nedeniyle geniş anlamda ekonomi ceza hukukuna dahildir¹⁸¹. Ekonomik suçlar, meydana getirdikleri etki bakımından benzeşen birden çok suç tipini içinde barındıran kümeyi ifade etmektedir. Bu nedenle de suç tipine ilişkin olarak doktrinde kavramsal bir birliktelik yoktur¹⁸².

Bu suç tipleri genellikle ceza düzenlemeleri dışındaki özel hukuk düzenlemelerine atıf yapar¹⁸³. Nitekim SMK'nin 30. maddesinde yer verilen ve ceza öngören maddelerin anlaşılabilmesi, uygulanabilmesi için SMK'nin özel hukuka ilişkin hükümlerine başvurmak zarureti doğmaktadır.

Sınai hakları oluşturan marka, coğrafi işaret ve geleneksel ürün, tasarım, patent ve faydalı model gibi haklar SMK'de düzenlenmiştir. SMK kapsamında düzenlenen söz konusu sınai haklardan sadece marka hakkına cezai koruma getirilmiştir. Marka hakkı dışındaki hiçbir sınai hakka SMK kapsamında ya da başkaca bir normatif düzenleme ile cezai koruma getirilmemiştir. Sınai haklardan sadece marka hakkı açısından hukuki korumanın yanında cezai koruma da öngörülmüş olması, kanun koyucunun marka hakkına atfettiği önemi de göstermektedir. SMK'nin 33 ila 54. maddeleri arasında düzenlenen coğrafi işaret ve geleneksel ürün adına yönelik hakkı ihlal edici nitelikteki fiiller açısından herhangi bir cezai yaptırım öngörülmemiştir. Aynı şekilde tasarım, patent ve faydalı model için de sadece hukuki koruma kalkanı sağlanmıştır.

Kanun koyucunun marka hakkı dışındaki sınai mülkiyet haklarının konusunu oluşturan hususları bir yönüyle kamuya ait gördüğünü bu nedenle de cezai koruma altına almadığını söyleyebiliriz. Nitekim coğrafi işaret ve geleneksel ürün adları üzerine tescil edilene herhangi bir inhisari, tekerci hak sağlamamaktadır. Bu hali ile ilgili sınai mülkiyet haklarının bir yönü ile kamuya ait olduğunu söyleyebiliriz. Öte yandan tasarım, patent ve faydalı modelin hukuki koruması dahi belirli bir süre ile

¹⁸¹A. Nuhoglu ve K. Tiedemann (2017). *Ekonomi Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 109.

¹⁸²V. Ö. Özbek (2020). *Ekonomi Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 21.

¹⁸³Nuhoglu ve Tiedemann, **a.g.k.**, 2017, s. 29.

sınırlandırılmış¹⁸⁴, bu süre geçtikten sonra ilgili tasarım, patent ya da faydalı modelin kamuya ait olacağı kabul edilmiştir. Ancak marka hakkı -sona ermediği sürece- her zaman marka sahibinin aktifinde yer alan ve ekonomik hayatta karşılığı olan bir hak türüdür. Açıklanan normatif düzenlemeler de marka hakkı dışındaki sınai mülkiyet haklarının bir yönü ile kamuya ait görüldüğü bu nedenle de cezai koruma öngörülmediği yönündeki düşüncelerimizi desteklemektedir.

Marka hakkı her şeyden önce marka sahibinin malvarlığı değerleri arasında yer almaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın onuncu bölümünde malvarlığına karşı suçlar düzenlenmiştir. TCK'nin onuncu bölümünde düzenlenen suçların konusunu maddi malvarlıkları oluşturmaktadır. Gayri maddi malvarlıkları açısından TCK'nin onuncu bölümünde yer alan suçların tatbiki mümkün değildir. Ancak maddi ve gayri maddi malvarlıkları arasında herhangi bir değer farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle gayri maddi malvarlığı değerlerinden biri olan marka hakkına karşı işlenen fiiller açısından TCK'nin onuncu bölümünde yer alan düzenlemelerden ayrılan bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuş ve bu kapsamda SMK'nin 30. maddesi düzenlenmiştir¹⁸⁵.

Markalar, ulusal ve uluslararası ticaret sahnesinde çok önemli görevler üstlenmektedir. Markaların üstlendikleri bu görevler o kadar önemli boyutlara gelmiştir ki zaman zaman markanın, üzerinde kullanıldığı mal veya hizmetten daha çok öncelendiği, markanın dahi bir ticaret emtiası gibi işleme tabi kılındığı görülmektedir. Günümüz ticaret hayatında markanın önemi nedeniyle marka hakkı sadece marka sahipleri için değil toplum açısından da korunması gerekli bir değer haline gelmiştir.

İletişim ve lojistik imkanların artması, uluslararası ticaret ve gümrük antlaşmaları ile iç piyasadan farksız hale gelen uluslararası pazar açısından da marka önemli bir göreve sahiptir. Bu nedenle marka hakkının korunması sadece ulusal düzeyde kalmamış, uluslararası antlaşmalarla da marka hakkının koruma ağı genişletilmeye çalışılmıştır. Nitekim Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights [TRIPS])'nın 61. maddesine

¹⁸⁴SMK md. 69: “Tescilli tasarımların korunma süresi başvuru tarihinden itibaren beş yıldır. Bu süre beşer yıllık dönemler halinde yenilenmek suretiyle toplam yirmibeş yıla kadar uzatılabilir.”

SMK md. 101: “Başvuru tarihinden başlamak üzere, patentin koruma süresi yirmi yıl, faydalı modelin koruma süresi on yıldır. Bu süreler uzatılamaz.”

¹⁸⁵Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 109.

göre üye ülkelerin marka hakkına yönelik fiillere ilişkin cezai yaptırımlar öngörmesi hüküm altına alınmıştır. TRIPS'in 61. maddesi hükmü uyarınca “Üyeler en azından, ticari ölçekte bilerek marka sahtekarlığı veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ve cezaları hükme bağlayacaklardır. Uygulanabilecek telafi yöntemleri eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı nitelikte olan hapis ve/veya para cezalarını içerecektir. Uygun hallerde, uygulanabilecek telafi yöntemleri, ihlale neden olan malların ve suçun işlenmesinde esas olarak kullanılan malzeme ve aletlere el konmasını, bunlar üzerindeki hakkın kaybedilmesini ve bunların imha edilmesini de içerecektir. Üyeler fikri mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu ihlal suçu kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak cezai usuller ve cezaları hükme bağlayabilirler¹⁸⁶.”

Öte yandan markaların, ticari faaliyet yürütenlerin yanında tüketiciler açısından da önemli olduğu atlanmamalıdır. Nitekim markaların en önemli fonksiyonlarından biri olan kalite standardını garanti fonksiyonu sayesinde markalar, tüketicilerin önceden bildikleri kalite standardında ürün ya da hizmeti almalarına hizmet eder. Bu durum da hem tüketicinin iradesinin sakatlanmasının engellenmesini, bu suretle de ekonomik hayattaki güvenin bozulmamasını sağlar.

Gerek SMK ile gerekse de SMK öncesi normatif düzenlemeler ile TRIPS'in 61. maddesine uygun olarak marka hakkına iltibas veya suretiyle tecavüz (marka sahtekarlığı) fiili de dahil olmak üzere birtakım fiillere karşı cezai yaptırım öngörülerek ekonomik anlamda büyük önem atfedilen markaların korunması sağlanmaya çalışılmıştır.

10.2. Marka Suçu Kavramı

Suç, toplumsal düzen için korunmaya değer hukuki menfaati ihlal etmeye yönelik, hukuka aykırı, kusurlu ve iradi insan davranışı şeklinde tanımlanmaktadır¹⁸⁷. Genel suç tanımına göre marka suçları da başkasına ait marka hakkına yönelik, suçun

¹⁸⁶<https://teftis.ktb.gov.tr/Eklenti/34660,ticaretile-baglantili-fikri-mulkiyet-anlasmasi-trips-199-.doc?0> (Erişim Tarihi:26.01.2020)

¹⁸⁷İ. Özgenç ve İ. Üzülmüş (2020). *Genel Ceza Hukuku* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 18.

kanuni tanımında belirtilmiş suçun unsurlarını ihlal etmeye yönelik, hukuka aykırı, kusurlu ve iradi insan davranışı olarak tanımlanabilir¹⁸⁸.

11. SİNAİ MÜLİYET KANUNU'NDA DÜZENLENEN MARKA SUÇLARI

Marka hakkına yönelik suç tipleri SMK'nin 30. maddesinde sayılmıştır. Marka hakkına ilişkin olarak SMK'de düzenlenen suç tipleri başkasına ait marka hakkına iktibas ya da iltibas suretiyle tecavüz, marka korumasını gösterir işareti kaldırma ve yetkisiz hukuki tasarruf olmak üzere üçe ayrılmıştır.

Başkasına ait marka hakkına iktibas ya da iltibas suretiyle tecavüz suçu SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre *“Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”*

İkinci suç tipi olan marka korumasını gösterir işareti kaldırma suçu ise SMK'nin 30/2. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeye göre *“Marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan ...”* kaldırılması suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun cezai müeyyidesi ise bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası olarak belirlenmiştir.

SMK'de marka hakkına ilişkin olarak tanımlanan son suç tipi ise marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçudur. Bu suç tipine göre, yetkisiz olarak *“... başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunmak”* suç olarak tanımlanmıştır¹⁸⁹.

Çalışmamızın sonraki bölümlerinde SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen marka hakkına karşı iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu tüm ayrıntıları ile incelenmiştir.

¹⁸⁸Başbüyük, a.g.k., 2018, s. 29.

¹⁸⁹Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: E. Esen (2017). Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hakkının Yetkisiz Tasarruf Suçu. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (2), s. 717-732.

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HAKKINA İKTİBAS VEYA İLTİBAS SURETİYLE TECAVÜZ SUÇUNA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR, SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER VE SUÇUN UNSURLARI

1. MARKA HAKKINA İKTİBAS VEYA İLTİBAS SURETİYLE TECAVÜZ SUÇUNA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Öğretide marka hakkına tecavüz suçu olarak adlandırılan bu suç tipini bazı yazarlar *marka taklitçiliği suçu* olarak da adlandırmaktadır. Çetintürk'e göre; taklitçilik kavramı, terimsel olarak sadece markalar açısından doğru anlamında kullanılmaktadır. Esaslı unsurları tescil edilmiş olan markadan ayıramayan, bu nedenle de marka hakkı sahibinin haklarına tecavüz eden marka, taklit markadır¹⁹⁰. Ayrıca yazar, bu savını SMK'nin 29/1-b, 29/1-c ve 30/7. madde hükümlerinde yer alan “*taklit*” kelimelerinin kanun koyucu tarafından kullanılmış olmasına da dayandırmaktadır¹⁹¹. Yazara göre “*taklit*” kelimesi kanun koyucu tarafından özellikle seçilmiş ve kullanılmıştır. Birtek ise söz konusu suç tipini *marka ve üretim korsanlığı suçu* olarak adlandırmaktadır¹⁹². Başbüyük ise bu suç tipini *marka hakkına tecavüz suçu* olarak adlandırmaktadır¹⁹³. Biz kanunun lafzından hareketle, suç tipinin içeriğini daha net şekilde ortaya koyduğu için suçun terimsel tanımını marka hakkına iktibas¹⁹⁴ veya iltibas¹⁹⁵ suretiyle tecavüz suçu olarak ele almayı uygun görüyoruz.

¹⁹⁰Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 380.

¹⁹¹Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 381-382.

¹⁹²F. Birtek (2013). Marka ve Üretim Korsanlığı Suçu (Markanın İzinsiz Kullanılması). *İpek Yolu Canlanıyor Türk-Çin Hukuk Zirvesi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sempozyum Yayınları, s. 486.

¹⁹³Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 88.

¹⁹⁴Kelime anlamı ile “*alıntı*” anlamına gelen iktibas, marka hukuku açısından başkasına ait markanın tıpkı aynısının ya da dikkatle incelenmediği takdirde farkına varılamayacak kadar az değiştirilmiş halinin aynı tür mal ya da hizmetlerde kullanılması olarak tanımlanır. Örneğin “*DEFACTO*” markasının aynen bir kıyafet butiği sahibi tarafından kullanılması halinde iktibastan söz edilecektir.



Şekil 2.1. TMPK'nun T/02545 tescil numaralı. “*DEFACTO*”

¹⁹⁵Kelime anlamı olarak “*andırıma, karışıklık*” anlamına gelen iktibas, marka hukuku açısından başkasına ait marka ile karıştırılma ihtimali olabilecek kadar benzer işaretin aynı ya da benzer tür mal ya da hizmetlerde kullanılması olarak tanımlanır. Örneğin mobilya satış hizmetleri için “*IKEA*” markasına benzer ve karıştırılma ihtimali olan “*İKİAA*” işaretinin kullanılması halinde iltibastan söz edilecektir.

SMK'nin 30/1. maddesinde yer alan marka hakkına karşı iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu hem iktibas hem de iltibas suretiyle kanuni tanımda yer alan fiillerin icrasını suç olarak tanımlamaktadır. İktibas kavramı, taklitçilik ifadesini karşılarsa da karıştırılma ihtimali olarak tanımlayabileceğimiz ve taklitçiliğe göre çok daha fazla muğlak olan iltibas kavramı taklitçilik ifadesini tam olarak karşılayamamaktadır. Bu nedenle SMK'nin 30/1. maddesi hükmünün marka taklitçiliğinden çok daha fazlasını suç olarak tanımladığını söylemek mümkündür.

Öte yandan suç tipinin daha iyi anlaşılabilmesi için marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu ifadesinin de SMK'nin 30/1. maddesi hükmünde yer verilen suç tipinden çok daha kapsamlı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Nitekim marka hakkına tecavüz niteliği taşıyan her türlü eyleme ilişkin olarak cezai yaptırım öngörülmemiştir. Sadece SMK'nin 30/1. maddesi hükmünde yer verilen seçimlik hareketlerden birisi ile gerçekleştiren tecavüz fiilleri suç kapsamında değerlendirilmiştir¹⁹⁶. Bu nedenle marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu ifadesinin kullanıldığı yerlerde sadece SMK'nin 30/1. maddesinde tanımlanan fiiller ile gerçekleştirilen tecavüz eylemlerinin anlaşılması gerektiğini belirtmeliyiz. Aksi takdirde suç tipine ilişkin olarak yapacağımız açıklamalarımızın kastedilenin dışına çıkarak suçun kanuniliği ilkesine aykırı hale gelmesi muhtemeldir.

2. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

2.1. Genel Açıklamalar

Suçla korunan hukuki değerın ortaya konulabilmesi için öncelikle suç kavramının ne olduğunun açıklanması zaruridir. Nitekim suçun tanımı, suç ile korunan hukuki değeri de ihtiva edecektir.

Suç kavramının tanımı hem maddi hem de şekli açıdan yapılabilir. Şekli anlamda suç, normatif düzen tarafından suç olarak tanımlanmış fiillerdir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere şekli suç tanımı, sadece suç ihtiva eden fiillerin hangi şartlar altında



Şekil 2.2. TPK'nun 2007/43282 tescil numaralı. "İKEA"

¹⁹⁶Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 385.

cezalandırılacağını açıklamaktadır. Suçun maddi tanımı ise ceza hukukunun amacı olan hukuki değeri korumayı da kapsar. Maddi anlamda suç, toplumda kabul gören ve ceza hukukunun korumasından yararlanan hukuki değerlere tecavüz eden fiiller olarak tanımlanır¹⁹⁷.

Suçun hem maddi hem de şekli tanımını birleştirerek suç kavramını ortaya koyan Özgenç ve Üzülmaz'e göre suç, toplum ile birlikte huzur içerisinde yaşamının tesisi ve toplumsal düzenin korunması için gerekli hukuki değerlere tecavüz eden insan davranışlarıdır¹⁹⁸. Bu nedenle her ceza hükmünün temelini, korunması gerekli toplumsal düzen açısından zaruri olan hukuki değerler oluşturmaktadır. Korunması gerekli değerlere saldıran kişi aynı zamanda bu değerleri tanımadığını, bu değerlere karşı olduğunu da göstermektedir¹⁹⁹. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu ile korunmaya çalışılan hukuki değer de bu kapsamda incelenmesi gerekmektedir.

2.2. Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçuyla Korunmaya Çalışılan Hukuki Değer

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun koruduğu hukuki değerlerin bir yandan marka sahibinin mülkiyet hakkı ve gayri maddi malvarlığı değeri bir yandan da kişilik hakkı değeri olduğunu söylemek mümkündür.

Öte yandan her suç tipinde olduğu gibi marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu ile birtakım kamusal değerlerin de dolaylı olarak korunduğu öğretide savunulmaktadır. Bu görüşe göre marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu ile toplum ve ekonomik düzene ait değerler de dolaylı olarak korunmaktadır. Nitekim her suç tipinin geniş anlamda kamusal değerlerin korunmasına yönelik olduğu fikrinden yola çıkarak bu suç tipi ile de rekabetçi piyasa koşullarına, tüketicilere, ekonomik düzene ve dolayısı ile kamusal düzene ait değerlerin de korunduğu söylenebilir²⁰⁰. Nitekim marka hakkının ihlal edilmesi marka sahibinin

¹⁹⁷M. Koca ve İ. Üzülmaz (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 41-43.

¹⁹⁸Özgenç ve Üzülmaz, **a.g.k.**, 2020, s. 18.

¹⁹⁹Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 396.

²⁰⁰Ç. Arslan ve D. Özdemir (2016). Türk Hukukunda Marka Suçları Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), s. 1088; Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 86-87;

hakları yanında aynı zamanda markanın kaliteyi garanti fonksiyonu nedeniyle emsallerine göre daha fazla ücret ödemeyi dahi göze alarak özellikle o markayı tercih eden tüketicinin güvenini ve iradesini de ihlal etmektedir²⁰¹. Nitekim marka kullanımı, tüketicilerin satın alma sürecinde verdiği kararları olumlu yönde etkilemekte, tüketicileri marka altında sunulan mal ya da hizmete yönlendirmektedir. Ancak ekonomik düzen içerisinde tüketici konumunda olanların şikayet hakkının bulunmaması bu korumanın tüketiciler açısından çok dolaylı bir koruma olduğu söylenebilir. Nitekim, marka sahibinin şikayeti olmaksızın suç nedeniyle zarar gören tüketicinin ceza hukuku anlamında dolaylı da olsa korumadan yararlanamayacağı açıktır.

Çetintürk'e göre, tüketiciler, taklit marka kullanılan ürünleri bilerek satın almakta, fiyatının düşüklüğü nedeniyle özellikle tercih etmektedir. Bu nedenle de tüketicilerin iradelerinin sakatlanmış olması ihtimali çok düşüktür. Dolayısı ile de kendi isimlendirmesi ile marka taklitçiliği suçu ile yukarıda açıklanan kamusal değerlerin korunması gibi bir faydasının olmadığını savunmaktadır²⁰². Yazarın bu görüşüne katılmamız mümkün değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suç tipi sadece mallar için değil hizmetler için de uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca söz konusu hüküm sadece tanınmış markalar için hüküm ifade etmemektedir. Bu nedenle aynı ya da benzer markaların kullanılması suretiyle aynı ya da benzer emtia sınıflarında hizmet arz edilmesi halinde tüketicilerin kolaylıkla aldanabilmesi, iradelerinin sakatlanabilmesi mümkündür. Tüketicilerin iradeleri sadece hizmet arzında değil sahte malların satışı ile de yanıltılabilir. Özellikle internet yolu ile yapılan alışverişlerde sahte malların orijinalleri ile benzer fiyatlara ya da "sınırlı sayıda", "kampanyalı fiyatlar" gibi tüketiciyi düşünmeden harekete geçirmeyi amaçlayan cümleler ile birlikte daha düşük fiyatlara satıldığı sıklıkla gözlenmektedir. Nitekim bir kısım tüketici yorumlarında internet üzerinden "*Hotiç*" marka olarak satılan ürünün "*Hotiç*" markasına ait olmayan sahte bir ürün olduğu belirtilmiştir²⁰³.

Ö. B. Özmen (2020). *İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 61.

²⁰¹Arslan ve Özdemir, **a.g.k.**, 2016, s. 1088; A. Kart (2019). *Marka Hakkına Tecavüz Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 89-90.

²⁰²Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 400-401.

²⁰³Bu şekilde çok sayıda yaşanan olaylara ilişkin örnek olarak: <https://www.sikayetvar.com/trendyol/trendyol-orijinal-olmayan-urun-5> (Erişim Tarihi:29.02.2020); <https://www.sikayetvar.com/trendyol/trendyolun-sattigi-markalarin-orijinal-olmaması> (Erişim Tarihi: 29.02.2020); Bilindiği üzere bu tip internet sitelerinde satışı yapan platform işletmecisi değil, satıcının

HOTİÇ

Şekil 2.3. TMPK'nun 2010/40357 tescil numaralı. "HOTİÇ"

Hem mal hem de hizmet yönünden karşımıza çıkan bu tip durumlar iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz ihtiva eden fiillerin tüketicilerin iradelerini sakatladığı, ekonomik sisteme zarar verdiği tartışmasızdır. Dolayısıyla SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suç tipi ile kamusal düzene ilişkin değerlerin de dolaylı olarak koruma altına aldığı rahatlıkla söylenebilir.

Suçun koruduğu hukuki değerlere ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar doğrultusunda doktrinde her ne kadar SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suç tipi ile tüketici haklarının, tüketicinin iradesinin, ekonomik düzenin, vb. hukuki değerlerin doğrudan korunmasının²⁰⁴ sağlandığı ifade edilse de bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun da içerisinde olduğu SMK'nin 30. maddesinde düzenlenen suç tipleri için şikayet hakkı sadece marka sahibine ve lisans sözleşmesi ile aksi belirtilmedikçe inhisari lisans sahibine ve belirli şartlar dahilinde inhisari olmayan lisans sahibine verilmiştir. Hal böyle iken marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek üretilen, satılan mallar ya da arz edilen hizmetleri alan tüketicilerin zedelenen hukuki menfaatleri nedeniyle şikayetçi olabilmeleri ya da marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun mağduru olabilmeleri mümkün değildir. Başka bir ifade ile marka sahibinin ilgili suç nedeniyle şikayetçi olmadığı durumlarda rekabetçi piyasa koşullarına, tüketicilere, ekonomik düzene ve dolayısıyla kamusal düzene ait değerlerin korunması mümkün değildir. Bu nedenlerle de marka hakkına iktibas veya iltibas suçu ile doğrudan ve öncelikli olarak marka sahibinin korunduğunu tüketiciler gibi üçüncü kişilere ve

kendisidir. Bu nedenle marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçundan cezai sorumluluğu tartışılması gereken kişi, platform işletmecisinden ziyade, bizatihi satıcının kendisidir.

²⁰⁴Arslan ve Özdemir, **a.g.k.**, 2016, s. 1088; A. Nuhoglu (2018). *Dr. Dr. H. c. Silvia Tellenbach'a Armağan - Marka Hakkına Tecavüz Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 423.

kamuya ait değerlerin ise çok dolaylı olarak korunduğunu söylemek daha doğru bir ifade olacaktır.

Bu noktada marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle üretilen malları ya da sunulan hizmetleri bu mal ya da hizmetlerin gerçek markaya ait olduğuna aldanarak satın alan tüketicilerin menfaatlerinin nasıl korunacağını da cevabı verilmelidir. TCK'nin 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçuna göre *“Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir.”* Bu hükümden hareketle marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle üretilen malları ya da sunulan hizmetleri aldanarak satın alan tüketicilerin dolandırıcılık suçunun doğrudan mağduru kabul edilmelidir.

3. MARKA HAKKINA İKTİBAS VEYA İLTİBAS SURETİYLE TECAVÜZ SUÇUNUN UNSURLARI

3.1. Tipikliğin Maddi Unsurları

3.1.1. Fail

3.1.1.1. Genel açıklamalar

TCK'nin 37. maddesine göre suçun kanuni tanımında belirtilen fiili iradi olarak gerçekleştiren kişiye fail denir. Fail olmadan fiilin vücut bulması mümkün değildir. İradi hareket edebilme yeteneği sadece insanlara mahsustur. Bu nedenle de sadece gerçek kişiler suçun faili olabilir²⁰⁵. Tüzel kişilerin hak ehliyeti bulunmasına rağmen fiil ehliyetleri yoktur. Bu nedenle iradi olarak hareket etme kabiliyeti olmayan tüzel kişileri suç faili olarak kabul etmek mümkün değildir²⁰⁶. Ancak tüzel kişilerin fail olamaması suçun, bir tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde işlenemeyeceği anlamına da gelmemektedir. Nitekim tüzel kişiler adına hareket eden gerçek kişiler, tüzel kişilik yararına ya da tüzel kişiliğin faaliyetleri çerçevesinde suç faili olabilirler. Bu durumda da tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine başvurulabilir²⁰⁷. Tüzel kişilik çerçevesinde suç

²⁰⁵Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 114; Özgenç ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 50.

²⁰⁶Özgenç ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 50; Tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul eden ülkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: H. Kızılarıslan (2020). *Tüzel Kişilere Özgü Koruma ve Güvenlik Tedbirleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 117-131.

²⁰⁷Özgenç ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 50.

işlenmesi halinde de tüzel kişiliğin yönetim organlarını oluşturan her gerçek kişiyi suçun faili olarak ele almak mümkün değildir. Bu noktada da sadece işlenen suç ile ilgili iş ve işlemleri gerçekleştiren gerçek kişilerin suçun faili olacağını söylemek gerekmektedir²⁰⁸.

Suç tiplerini, kanuni tanımda belirlenen failin özelliklerine göre tasnif edildiğinde genel suç, özgü suç ve bizzat işlenebilen suç olarak suçları üçe ayırmak mümkündür.

Cezai yaptırım ihdas eden normatif düzenlemelerde yer alan fail tanımları kural olarak tüm gerçek kişileri kapsar. Fiil icra etme kabiliyeti olan her gerçek kişi tarafından işlenebilen suçlara *genel suçlar* denilmektedir²⁰⁹.

Suçun kanuni tanımında fail açısından birtakım şartlar, özellikler ya da sınırlamalar öngörülen, herkes tarafından işlenmesi mümkün olmayan, sadece özel bir yükümlülük altında olan ya da özel bir sıfatı olan kişilerce işlenebilen suçlara *özgü suçlar* denir²¹⁰. Bu tip suçların işlenebilmesi için sadece iradi insan fiili yeterli olmaz, fiili işleyen kişinin, kanunun aradığı sığata, niteliğe sahip olması veya özel yükümlülüğünün bulunması gerekir. Özgü suçların en tipik örneği TCK'nin 94. maddesinde düzenlenen işkence suçudur. Kanuni tanıma göre bir gerçek kişinin işkence suçunun faili olabilmesi için yetkili kamu görevlisi olması gerekmektedir. Bu nedenle de işkence suçu, özgü suçlar kategorisinde yer almaktadır²¹¹.

Bizzat işlenebilen suçlar, özgü suçların bir türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu suçlarda tipik fiilin bizzat fail tarafından icra edilmesi gerekmektedir. Dolayısı ile fiilleri bizzat icra etmeyen kişiler suçun işlenmesine katkıları ne olursa olsun ancak azmettiren ya da yardım eden sıfatını alabilirler. TCK'nin 272. maddesinde düzenlenen yalan tanıklık suçu, faile göre tasnif açısından bizzat işlenebilen suçlara örnek olarak gösterilebilir²¹².

²⁰⁸Ö. Bayrak (2019). *Uygulamada Fikri – Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 137.

²⁰⁹Koca ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2018, s. 115.

²¹⁰Koca ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2018, s. 115; V. Ö. Özbek, K. Doğan ve P. Bacaksız (2020). *Ceza Genel Hukuku (Temel Bilgiler)* (11. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 141.

²¹¹İ. Başbüyük (2010). Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12 (Özel Sayı), s. 1448-1450.

²¹²Koca ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2018, s. 116.

3.1.1.2. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından fail

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, tipik fiillerden birisini ya da birkaçını veya hepsini icra eden herkes tarafından işlenebileceği için bu suç tipi faili açısından genel suçlar kategorisinde yer almaktadır. Nitekim SMK'nin 30/1. maddesi incelendiğinde *kişiden* bahsedildiği, kişi kavramının ise tüm gerçek kişileri kapsadığı²¹³, fail açısından herhangi bir sınırlama ya da özellik öngörülmediği açıktır.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik fiillerinden satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak fiilleri için failin ticari saik ile hareket etmesi gerekmektedir. Bu fiillerin ticari saiklerle icra edilmemesi halinde fiilin suçun kanuni tanımına uygun olmaması nedeniyle suç oluşmayacaktır²¹⁴. Failde aranacak saik hususu çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Ancak failde aranacak ticari saikin bu suçu özgü suç haline getirip getirmeyeceği konusuna bu noktada değinmek gerekir. Fiillerin icrasında failde aranacak saik nedeniyle suçu özgü suç olarak görmek doğru olmayacaktır. Nitekim failde aranacak ticari saik faile bir özellik, nitelik yüklemes. Ticari saik, failin tacir ya da esnaf olmasını gerektirmez²¹⁵. Aksi yönde bir kabul sahte olarak üretilmiş olan ürünleri yol kenarlarında satan ve tacir ya da esnaf sıfatı olmayan kişileri fail olmaktan çıkartacaktır²¹⁶. Kasten öldürmenin töre saiki ile gerçekleştirilmesi halinde de bu suçun özgü suç olarak kabul edilemeyeceği gibi burada da failde aranan ticari saik nedeniyle suçun, özgü suç olarak kabulü mümkün değildir. Failin saikinin suçun maddi tanımında yer alması nedeniyle salt tüketim saiki ile marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle üretilmiş malı elinde bulunduranlar ya da bu nevi bir hizmetten yararlananlar suçun faili olmayacaktır²¹⁷.

Bu noktada suçun tacir ya da esnaf tarafından işlenmesi halinin nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerekip gerekmediği hususu tartışılabilir. *Çetintürk*'e göre iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ekonomik hayat içinde işlenebilecek

²¹³Mağdur ve fail sıfatlarının bir kişide vücut bulması mümkün olmadığından marka hakkına tescil, devir, miras, vb. sebeplerle sahip olan kimseler hariç herkes SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suçun faili olabilir.

²¹⁴Özmen, **a.g.k.**, 2020, s. 99.

²¹⁵Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 405; Kart, **a.g.k.**, 2019, s. 96.

²¹⁶Çetintürk **a.g.k.**, 2019, s. 405.

²¹⁷Güneş, **a.g.k.**, 2017, s. 145; Bayrak, **a.g.k.**, 2019, s. 136.

bir suç olması nedeniyle bu suçun genellikle –zorunlu olmamakla birlikte – ticaret yapan kişiler tarafından işleneceğinden hareketle ticari saikin nitelikli hal olması gerekmemektedir²¹⁸.

Tüzel kişilerin fail olarak kabulünün mümkün olamayacağını açıklamıştık. Nitekim TCK'nin 20/2. maddesinde yer alan "*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamaz.*" hükmü amirdir. Ancak tüzel kişilik lehine faaliyetler sırasında işlenen suçlar için hem MARKHK'de hem de SMK'de TCK'nin 20/2. maddesine uygun olarak tüzel kişiler için güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir. Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntıları ile ele alınacaktır.

3.1.1.3. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun işletme bünyesinde işlenmesi halinde işletme sahiplerinin, yöneticilerinin ve çalışanlarının cezai sorumluluğu

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun bir işletmenin faaliyetleri kapsamında işlenmesi halinde bu suç nedeniyle kimin ya da kimlerin cezai sorumluluğunun doğacağı hususu da irdelenmelidir. Nitekim SMK'nin 30/1 maddesine göre mütecaviz işaret kullanarak mal üretmek ya da hizmet sunmak, bu ürün ya da hizmeti satışa arz etmek, satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari saiklerle satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak fiilleri seçimlik hareketler olarak sayılmıştır. Bu seçimlik hareketler, bir işletmenin çalışanları, yöneticileri ya da işletme sahipleri tarafından işlenebilir niteliktedir²¹⁹.

SMK'de marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun işletme bünyesinde işlenmesi halinde işletme çalışanlarının, yöneticilerinin ve işletme sahiplerinin cezai sorumluluğuna ilişkin herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak genel hükümler çerçevesinde, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun işlendiğini bildiği halde malı üreten, hizmeti sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden çalışan da işletmenin sahibi ya da yöneticileri veya işletmeyi fiilen idare edenler ile müşterek fail olarak sorumlu olacağını söylemek mümkündür. Pek çok olayda çalışanların bilgi ve tecrübeleri nedeniyle başkasının

²¹⁸Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 405-406.

²¹⁹Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 753.

marka hakkına tecavüz eden bir işaretin kullanıldığından habersiz olacağı, bu konuda kaçınılmaz bir hataya düşmüş olacakları, marka hakkına iktibas veya iltibas suçunu işleme kastının olmayacağı düşünülebilir. Bu halde, suçun işlenmesi için çalışanlar araç olarak kullanılmış olacak ve çalışanlara emir ve talimat veren yöneticiler dolaylı fail olacaklardır. Bu halde dolaylı fail konumundaki kişiler suçun faili konumunda olacaktır²²⁰. Ancak her somut olayda çalışanların durumu titizlikle incelenmelidir. İşletme çalışanlarının kastının tespiti halinde işletme çalışanları da işletme sahipleri, yöneticileri ya da işletmeyi fiilen yönetenlerle birlikte müşterek fail olarak cezai sorumluluk ile karşı karşıya kalacaklardır.

SMK'nin 30/1. maddesinde sayılan seçimlik hareketlerden satın almak, bulundurmamak, nakletmek veya depolamak fiillerinin tipikliğe uygun olabilmesi için failin söz konusu fiilleri ticari saik ile icra etmesi gerekmektedir. İşletme çalışanlarının, iş sözleşmesi dahilinde ücret karşılığında gerçekleştireceği faaliyetlerin ticari saik ile gerçekleştirdiğinin kabulü pek mümkün gerekmemektedir. Bu nedenle söz konusu seçimlik hareketler açısından işletme çalışanlarının ticari saiklerinin bulunup bulunmadığı titizlikle incelenmelidir.

İşletme çalışanları, işverenin ya da işletmeyi fiilen yönetenlerin verdiği emirler ile fiillerini icra etmektedir. Peki bu durum çalışanlar açısından ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran neden olarak değerlendirilebilir mi? TCK'nin 24/2. maddesi hükmüne göre *“Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.”* TCK'nin 24/2. maddesi hükmü ile düzenlenen ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran amir emrinden kasıt, aralarında kamu hukuku nedeniyle mevcut olan astlık – üstlük ilişkisine dayanılarak üst tarafından asta verilen emirlerdir. Nitekim madde gerekçesinde²²¹ yer alan *“hiyerarşik yapı içinde”, “kamu görevlileri”* gibi ifadeler astlık – üstlük ilişkisinin kamu hukukundan kaynaklanması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Hizmet akdinin tarafları olarak karşılıklı edimler yüklenen işçi ile işveren arasında kamu hukuku nedeniyle ortaya çıkan astlık – üstlük

²²⁰H. Aldemir (2019a). *Ceza Hukuku Genel Hükümler Rehberi*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 807.

²²¹Yargıtay 19. CD. 20.12.2018, E. 2015/34267, K. 2018/13648 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): *“... Hiyerarşik yapı içinde amirin verdiği emrin hukuka uygun olması halinde, verilen bu emrin yerine getirilmesi de hukuka uygun olacaktır. Amirin emri, hukuka aykırı olmasına rağmen, bu emir emredilen açısından bağlayıcı olabilir. Anayasamıza göre; kamu görevlileri, görevlerini ifa ederken amiri durumundaki kişilerden aldıkları emirleri hukuka aykırı bulmaları halinde, bu emri yerine getirmeyiz ve bu aykırılığı o emri verene bildirirler. Ancak, emir hukuka aykırı olmakla beraber, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz. ...”*

ilişkisinden bahsetmek mümkün değildir²²². Dolayısıyla da işverenin emri nedeniyle işçi tarafından gerçekleştirilen fiillerden işçinin cezai sorumluluğunun ortadan kalkacağını söylemek mümkün değildir.

Özetlemek gerekirse, işverenin yönlendirmesi olsun ya da olmasın, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle üretilmiş mal ya da hizmete ilişkin olarak işletme çalışanın SMK'nin 30/1. maddesinde yer alan seçimlik hareketleri icra etmesi durumunda işletme çalışanın marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüzün mevcut olduğunu bilip bilmediği hususu değerlendirilecektir. Değerlendirme neticesinde işletme çalışanın, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edildiğini bilmesine rağmen bu fiilleri icra ettiği ortaya konulabilirse işçi müşterek fail konumunda olacaktır. Aksi durumda ise işveren dolaylı fail olarak karşımıza çıkacaktır. Nitekim Yargıtay da işletme çalışanlarının müşterek faillğine ilişkin olarak çalışanların marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüzün mevcut olduğunu bilip bilmediği veya bu tecavüz hususunu bilebilecek konumda olup olmadığı yönünde araştırma yaparak hüküm kurma yoluna gitmektedir²²³.

3.1.2. Mağdur

3.1.2.1. Genel açıklamalar

Faili olmayan suç olamayacağı gibi mağduru olmayan suç da olamaz²²⁴. Suç niteliğindeki fiil hem bireysel hem de toplumsal olumsuzluklara yok açtığı için işlenen suç karşısında geniş bir kesim doğrudan veya dolaylı olarak etki altına girer²²⁵. Suç,

²²²B. S. Temiz (2021). *Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 78-79.

²²³Yargıtay 19. CD. 26.10.2017, E. 2016/1133, K. 2017/8760 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı):

“... yapılan aramada, katılan firmalar adına tescilli markaları taşıyan ve bilirkişi raporunda belirtildiği üzere taklit olarak üretilen toplam 90 adet kol saatine el konulduğu, ... suça konu eşyaların sanıklardan ...'ın iş yerinde hazır olduğu sırada ele geçirildiği, sanık ...'ın 10.02.2011 tarihli kolluk ifadesinde “işletmecisi diğer sanık ... olan işyerinde çalışarak geçimini sağladığını” beyan ettiği, sanık ...'ın ise aynı tarihli kolluk ifadesinde “iş yerinin işletmecisi olduğunu, sanık ...'ın ise bu yerde çalıştığını ve suç konusu eşyaları fatura karşılığı TASİŞ’ ten aldığını” beyan ettiği; sanıkların inkara dayalı kovuşturma aşamasındaki savunmaları ile dosya içerisindeki bilgi ve belgelere göre sanık ...'ın abisi olan diğer sanık ...'e ait iş yerinin çalışanı olduğu ve sanık ...'ın ise babasının amca oğlu olan diğer sanık ...' ait iş yerinin işletmecisi olduğu, tüm dosya kapsamına göre sanıkların suça konu eşyaları mevcut niteliklerini bilerek kabul ve satışa arz ettiklerinin anlaşılması karşısında, kanıtlanan eylemlerinden ötürü mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraat kararı verilmesi...” bozmayı gerektirmiştir.

²²⁴Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 407.

²²⁵M. B. Seçkin (2018). *Mağdur Hakları*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 120.

cezai yaptırım ile korunan bir menfaatin ihlali olduğuna göre suç fiilinden çoğu kez birden çok kişinin, farklı gerekçelerle zarar görmesi mümkündür. Örnek vermek gerekirse bir hırsızlama fiilinden hırsızlanan malın sahibinin yanında ailesi, arkadaşları ve çevresindekiler de etkilenecektir. Ancak suç fiilinin olumsuz etkisi altına giren her kişi suçun mağduru olarak kabul etmek de mümkün değildir. Mağdur, icra edilen fiil ile ortaya çıkan haksızlığın muhatabı olmuş, suçun hukuki konusunun sahibi olan kişi anlamına gelmektedir. Bir başka ifade ile mağdur, suçun konusuna sahip olan kişi veya kişilere denir²²⁶. İşlenen suçun olumsuz etkisi altında kalan, mağdur dışındaki²²⁷ kişiler ise *suçtan zarar gören* olarak isimlendirilmektedir²²⁸.

Koca ve Üzülmmez'e göre; suçun mağduru da tıpkı fail gibi sadece gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişiler, topluluklar, devletler gibi kurum ve organlar ancak suçtan zarar gören olabilir. Bu nedenle her mağdur aynı zamanda suçtan zarar gören iken her suçtan zarar gören suçun mağduru olmayacaktır²²⁹. Tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağı hususunda *Özmen, Akbulut ve Ensari* de aynı fikirdedir²³⁰. Tüzel kişilerin, toplulukların, devletlerin belirli suç tiplerinde suçun hukuki konusunu oluşturan değerlere sahip olabileceği, ceza yargılamasındaki kamusallığın zorunlu sonucu olarak her suçun asli mağdurunun devlet olduğu gözetildiğinde tüzel kişilerin de mağdur olabilecekleri görüşünde olan yazarlar da vardır²³¹. Nitekim çalışmamızın konusunu teşkil eden marka hakkına karşı işlenen suçların hukuki konusu marka hakkıdır. Tüzel kişilerin marka hakkı sahibi olabilecekleri gözetildiğinde marka hakkına karşı işlenen suçların mağduru olabileceklerinin kabulü gerekmektedir.

Suçun mağduru ya da suçtan zarar gören sıfatlarına sahip olmak, davaya katılma hususunda da önemlidir. Nitekim 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın

²²⁶T. Katoğlu (2012). Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (2), s. 661.

²²⁷Suçun konusuna sahip olan mağdur da suçtan zarar gören kapsamındadır. Bir başka ifade ile her mağdur aynı zamanda suçtan zarar gören kişidir ancak her suçtan zarar gören kişi mağdur değildir.

²²⁸Seçkin, **a.g.k.**, 2018, s. 121.

²²⁹Koca ve Üzülmmez, **a.g.k.**, 2018, s. 117.

²³⁰B. Akbulut (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 375; Özmen, **a.g.k.**, 2020, s. 67; D. Ensari (2020). *Türk Hukukunda Marka Hakkı ve Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar*. İstanbul: Aristo Yayınevi, s. 75.

²³¹Kart, **a.g.k.**, 2019, s. 98; S. İlhan (2019). *Marka Hakkı Aleyhine İşlenen Suçlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 64.

237/1. maddesi uyarınca kamu davasına katılabilmek için mağdur, suçtan zarar gören ya da malen sorumlu olmak şartı vardır²³².

3.1.2.2. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından mağdur

SMK'nin 7. maddesine göre marka koruması tescil ile sağlanır ve tescilden doğan tüm haklar sadece marka sahibine aittir. Dolayısı ile bu suçun mağduru olabilmek için öncelikle tescilli bir markanın sahibi olmak gerekmektedir. SMK'nin 3. maddesine göre, SMK ile sağlanan korumadan sadece SMK'de sınırlı sayıda sayılan kişiler yararlanabilir. Hükme göre sadece *Türkiye Cumhuriyet vatandaşlarının, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerin, Paris Sözleşmesi veya 15.04.1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip kişilerin ve son olarak karşılıklı ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyruğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyruğundaki kişilerin* markasını tescil ettirme ve dolayısı ile SMK ile sağlanan cezai korumadan yararlanma hakkı vardır.

SMK'nin 3. maddesi uyarınca marka sahibi olarak SMK'nin sağladığı cezai korumadan yararlanabilecek ilk grup Türkiye Cumhuriyeti (T.C.) vatandaşlarıdır. Marka sahibi olabilmek için tacir olmak, ticari işletme sahibi olmak ya da ticaret ile ilgilenmek gibi bir şart bulunmamaktadır. Örneğin bir vergi memuru da marka sahibi olabilir, dolayısıyla da marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun mağduru olabilir²³³ Ayrıca T.C. sınırları içerisinde yerleşim yeri olan ya da yerleşim yeri olmamakla birlikte sınai ya da ticari faaliyet yürüten T.C. vatandaşı olmayan gerçek kişiler de marka hakkı sahibi olabilir ve dolayısıyla bu suçun mağduru olabilir.

Tüzel kişilerin de marka sahibi olabilmeleri mümkündür. Dolayısı ile tüzel kişiler de marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun mağduru olabilir. Sermayesinin menşei fark etmeksizin T.C. sınırları içinde işletme merkezi bulunan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan tüm tüzel kişiler marka sahibi olabilir ve SMK ile sağlanan cezai korumadan yararlanabilirler.

²³²G. Kazaker (2019a). *Kamu Davasına Katılma*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 57.

²³³Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 408.

Paris Sözleşmesi veya 15.04.1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması (DTÖKA) hükümleri dahilinde marka sahibi olabileceği kararlaştırılmış olan gerçek ve tüzel kişiler de bu suçun mağduru olabilirler²³⁴.

Bunların dışında kalan yani T.C. sınırları içinde yerleşim yeri olmayan ve sınai ya da ticari faaliyette bulunmayan, Paris Sözleşmesi veya DTÖKA hükümlerine tabi kişiler dışında kalan yabancılar ise ancak uluslararası hukukun karşılılık ilkesi uyarınca SMK ile tanınan cezai korumadan yararlanabilir ve bu suç tipinin mağduru olabilir.

Son olarak markayı lisans sözleşmesi kapsamında kullanan kişilerin bir başka ifade ile lisans hakkı sahiplerinin mağdur sıfatı alıp alamayacaklarını ele almak gerekmektedir. *Çetintürk*'e göre lisans alanlar suçtan doğrudan doğruya etkilendikleri için mağdur sıfatını almalıdır. Yazara göre marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu karşısında lisans alanın satış hacminin düşeceği, pazarında bulunan müşterilerin aldatılarak markadan kaçmalarına neden olacağı açıktır²³⁵. *Başbüyük*'e göre lisans sahipleri, suçla korunan hukuki değer olan marka hakkının bizzat sahibi olmadıkları için suçun mağduru olamayacak ancak suçtan zarar gören olarak kabul edilebilecektir²³⁶. Kanaatimizce de inhisari olsun veya olmasın lisans sahiplerinin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi gerekmektedir²³⁷.

SMK'nin 30/5. maddesinde yer verilen objektif cezalandırılabilme şartı düşünüldüğünde tescil ya da kazanım ülkesine bakılmaksızın marka hakkı sahibi herkes marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun mağduru olarak kabul edilecektir.

Suçun hukuki konusunu marka hakkı teşkil ettiği için marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu nedeniyle iradeleri sakatlanan tüketicilerin bu suçun mağduru olarak kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Nitekim tüketicilerin marka üzerinde bir hak sahipliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla da tüketicileri bu suçun mağduru ya da suçtan zarar göreni olarak kabul etmek ve bunun sonucu olarak tüketicilere şikâyet hakkı tanımak söz konusu suç tipinin konusuna aykırı olacaktır.

²³⁴Ayrıntılı bilgi için bakınız: *Çetintürk*, **a.g.k.**, 2019, s. 409-410.

²³⁵*Çetintürk*, **a.g.k.**, 2019, s. 416.

²³⁶*Başbüyük*, **a.g.k.**, 2018, s. 91.

²³⁷Inhisari olsun ya da olmasın lisans sözleşmeleri ile marka hakkının lisans sahibine devredilmediği gözetildiğinde lisans sahiplerinin mağdur olarak kabulü mümkün değildir.

3.1.3. Suçun konusu

3.1.3.1. Genel açıklamalar

Suç ihtiva eden her hareketin yöneldiği bir konu mutlaka vardır. Konusu olmayan bir suçun olması mümkün değildir²³⁸. Suçun konusu, tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştiği ya da hareketin yöneldiği kişi ya da şeydir²³⁹. Suçun konusu maddi varlıkların yanında gayri maddi varlıklar da teşkil edebilir. Suçun konusunu oluşturan şeyin somut bir nesne olmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Fiziki bir varlığı olmayan ancak hukuk düzeni tarafından varlık olarak kabul edilen şeyler de suçun konusunu oluşturabilir²⁴⁰. Kaldı ki suç ihtiva eden hareketin üzerinde gerçekleştiği ya da hareketin yöneldiği şeyin somut bir varlık olması her durumda mümkün de değildir. Örneğin, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun konusunu gayri maddi varlıklardan olan markanın kendisi teşkil eder.

Dönmezer ve Erman'a göre “Suçun hukuki konusu, belirli bir suçun yaratılmasındaki maksattan ibarettir.²⁴¹” Suçun konusu ile suçla korunan hukuki değeri birbiriyle karıştırmamak gerekir²⁴². Hukuki değer maddi varlıklar olarak karşımıza çıkmamaktadır. Hukuki değerden, toplum düzeninin kurulması ve devamı için gerekli manevi değerler anlaşılmalıdır²⁴³. Bir örnek ile açıklamak gerekirse marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun konusu markanın kendisi iken suçla doğrudan korunan hukuki değer tescilden ve sahiplikten doğan marka hakkı ile mülkiyet hakkıdır.

3.1.3.2. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun konusu

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun konusunu, marka olarak tescil edilmiş ve dolayısıyla ayırt edici, sicilde gösterilebilir nitelikteki işaret ve marka hakkı oluşturmaktadır²⁴⁴. Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere SMK'de

²³⁸Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 424.

²³⁹Koca ve Üzülmüş, a.g.k., 2018, s. 118; Akbulut, a.g.k., 2018, s. 375.

²⁴⁰Kart, a.g.k., 2019, s. 85.

²⁴¹S. Dönmezer ve S. Erman (1973). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I* (5. Baskı). İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, s. 355.

²⁴²Akbulut, a.g.k., 2018, s. 374.

²⁴³Koca ve Üzülmüş, a.g.k., 2018, s. 118.

²⁴⁴Özmen, a.g.k. 2020, s. 65.

düzenlenen cezai korumanın çemberi içerisine ancak tescilli markalar girmektedir. Bu nedenle marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun konusunu tescilli markalar ve bu tescilden doğan marka hakları oluşturmaktadır²⁴⁵. Ancak marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun oluşabilmesi için fiilin, markanın tescil kapsamında bulunan mal ya hizmetler ile aynı veya benzer mal ya da hizmetler üzerinden icra edilmesi gerekmektedir²⁴⁶.

DETAY
DİJİTAL

Şekil 2.4. TMPK'nun 2020/71974 başvuru numaralı. "DETAY DİJİTAL"

Örneğin 05. sınıf²⁴⁷ mal ve hizmetler için tescilli "Detay Dijital" markasına karşı işlenecek marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu ancak 05. sınıf mal ve hizmetler ya da bu mal ve hizmetlerle karıştırma ihtimali doğuracak derecede benzeyen mal ve hizmetler üzerinden işlenebilir. Marka hakkına sahip olmaksızın, "Detay Dijital" markasını kullanarak antibakteriyel el losyonu üretmek marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunu oluşturacakken, "Detay Dijital" işaretini kullanarak 37. sınıfta²⁴⁸ yer alan asansör tamiri ve bakımı hizmeti vermek mal ya da hizmet arasında ayniyet veya benzerlik bulunmadığı için bu suçu oluşturmayacaktır. Dolayısı ile marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun konusunu markalı mal ya da hizmetler oluşturmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalarımızın yanlış anlaşılması için şu hususu bir kez daha vurgulamak gerekmektedir. Marka, üzerinde somutlaştığı mal ya da hizmetten farklı bir varlığa sahiptir. Markanın bir mal üzerinde ya da arz edilen hizmette kullanılması markayı malın ya da hizmetin kendisi haline getirmeyecektir. Her ne kadar hizmet markaları açısından karıştırılma ihtimali oldukça düşük olsa da ticaret markaları için suçun konusunun mütecaviz markanın üzerinde kullanıldığı mal olarak algılanmaması

²⁴⁵Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 93-94; Özmen, **a.g.k.**, 2020, s. 65.

²⁴⁶Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 427-428.

²⁴⁷Türk Patent Enstitüsü (2017). *Mal ve Hizmet Sınıflandırma Listesi*.

<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/F0350475-CA48-45ED-8740-7FA48400987E.pdf> (Erişim tarihi:31.05.2021)

²⁴⁸Bakınız: dipnot 247.

gerekmektedir²⁴⁹. Nitekim mütecaviz markanın üzerinde kullanıldığı malın asıl marka ile ticarete kullanılmıyor olması ya da mütecaviz markanın üzerinde kullanıldığı mal ile asıl markanın üzerinde kullanıldığı malın kalite ve niteliklerinin birebir olması mümkündür. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun konusu olarak markanın üzerinde kullanıldığı mal kabul edilirse açıklanan bu iki durumda da herhangi bir suçun varlığından bahsedilemeyecektir. Zira ilk ihtimalde taklit edilen bir mal olmayacak, ikinci ihtimalde ise taklit bir maldan söz edilemeyecektir²⁵⁰. Bu nedenle *Başbüyük* tarafından yapılan, suçun konusu "markalı üründür" şeklindeki nitelendirmeye²⁵¹ katılmadığımızı belirtmek isteriz. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu markanın üzerinde kullanıldığı mal ya da hizmet ile birlikte ele alınması gerektiği tartışmasızdır. Ancak bu durum, suçun konusunu markadan tamamen farklı konumda olan "markalı ürün" haline getirmeyecektir.

Doktrinde yaygın görüş olarak marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun konusunun Türkiye'de tescilli markalar olduğu görüşü dile getirilmektedir²⁵². Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Bize göre suçun konusu tescilinin hangi ülkede olduğuna bakılmaksızın tescilli olan markalardır. Bu ayrım SMK'nin 30/5. maddesinde düzenlenen objektif cezalandırılabilme şartı açısından önemlidir. Her ne kadar SMK'nin 30/5. maddesi²⁵³ çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alınacak olsa da bu noktada yeri geldiği için değinilmek gerekmiştir. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun konusunu Türkiye'de tescilli markalar olarak ele aldığımızda Türkiye'de tescilli olmayan markalara karşı işlenen fiillerin suç oluşturmayacağı, dolayısıyla da SMK'nin 30/5. maddesinin işlevsiz kalacağı ve markanın Türkiye'de tescilli olma şartını suçun maddi unsurları arasına alacağı açıktır. Böylesi bir durumda kastın, suçun tüm maddi unsurlarını kapsamaması gerektiği de gözetildiğinde kastı ortadan kaldıran hata türlerinin markanın tescil edildiği ülke üzerinde olması halinde de manevi unsur eksikliği nedeniyle failin beraatine karar verilmesi gerekecektir. Öte yandan suçun konusu mağdurun belirlenmesinde de rol oynayacaktır. Ancak görüşümüzde olduğu gibi marka hakkına iktibas veya iltibas

²⁴⁹Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 430.

²⁵⁰Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 425 - 426.

²⁵¹Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 93.

²⁵²Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 93; Ensari, **a.g.k.**, 2020, s. 77 ; Özmen, **a.g.k.**, 2020, s. 65.

²⁵³SMK md.30/5: "Bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye'de tescilli olması şarttır."

suretiyle tecavüz suçunun konusunu hangi ülkede tescil edilmiş olursa olsun tescilli markalar olduğunu kabul ettiğimizde bu durum hem suçun maddi unsurları arasında yer almayacak hem de SMK'nin 30/5. maddesindeki objektif cezalandırılabilme şartı uygulanabilir hale gelecektir.

Bu tartışmanın uygulamaya yansımaları şu şekilde olacaktır: Hollanda ülkesinde tescilli "XYZ" markası ile su arıtma cihazı üretimi ve satışı yapan Dirk, bu ürününü Türkiye piyasasına da açmıştır. Dirk, Hollanda ülkesinde tescilli olan "XYZ" markasını Türkiye'de tescil ettirmemiştir. "XYZ" markası altında satılan ürünlere büyük rağbet olduğunu gören Yusuf, "XYZ" markasının aynısını kullanarak su arıtma cihazı satışına başlamıştır. Söz konusu durumdan haberdar olan "XYZ" markası sahibi Yusuf hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Böyle bir durumda ceza muhakemesi nasıl şekillenecektir²⁵⁴? SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suçun konusunu Türkiye'de tescilli markalar olarak ele aldığımızda "XYZ" markasının Türkiye'de tescilli olmaması gerekçesi ile soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilecektir. Yusuf hakkında kamu davası açılması halinde ise yine "XYZ" markasının Türkiye'de tescilli olmaması gerekçesi ile beraat kararı verilecektir. Ancak SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suçun konusunu tescilli markalar olarak ele aldığımızda şüpheli Yusuf hakkında yürütülen soruşturma neticesinde hakkında kamu davası açılması gerekecektir. SMK'nin 30/5. maddesinde düzenlenen objektif cezalandırılabilme şartının değerlendirilmesi ve somut olaya uygulanması kovuşturma aşamasında gerçekleştirilecektir. Böyle bir durumda suçun tamamlanmış olması ancak SMK'nin 30/5. maddesinde düzenlenen objektif cezalandırılabilme şartı oluşmadığı gerekçesi ile Yusuf hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

3.1.4. Fiil

3.1.4.1. Genel açıklamalar

Suçun oluşabilmesi için öncelikle bir fiilin mevcudiyeti gerekmektedir. Fiil olmadan suç oluşmaz kuralı ceza hukukunun temel kuralıdır²⁵⁵. Nitekim modern ceza hukukunda icra edilmemiş, fiile dönüştürülmemiş salt düşüncenin cezalandırılması mümkün değildir. Fiilin olmadığı yerde manevi unsurun ya da fiilin tipe uygun olup

²⁵⁴Diğer suç tipleri dışlanmıştır.

²⁵⁵Özgenç ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 43.

olmadığının araştırılması anlamsız olacaktır²⁵⁶. Fiil, bir amaca yönelmiş, insanın iradesinin ürünü olan, dış dünyada etki doğuran, neticeyi gerçekleştirebilecek kabiliyette, icrai ya da ihmali insan davranışı şeklinde tanımlanabilir²⁵⁷.

Fiil, insan davranışı olarak karşımıza çıksa da her insan davranışını fiil olarak ele almak mümkün değildir. Nitekim insan davranışını ceza hukuku anlamında fiil olarak ele alabilmek için bu davranışın iradi olması zorunludur. Refleks nedeniyle gerçekleştirilen hareketler gibi iradenin mutlak bir şekilde devre dışı kaldığı durumlarda fiilden söz edilemez. Ancak irade ile kusur yeteneği birbiri ile karıştırılmamalıdır. Zira kişinin iradi bir davranışta bulunması ile kusur yeteneğinin mevcudiyeti arasında herhangi bir bağ bulunmamaktadır. Örneğin kusur yeteneği olmayan bir akıl hastasının davranışı iradi olabilir ve bu davranış ceza hukuku anlamında fiil olarak karşımıza çıkabilir²⁵⁸.

Bir fiilin, ceza hukukunun inceleme alanına girebilmesi için iradi olması gerekmektedir. Serbest ve özgür iradenin ürünü olmayan fiiller cezai sorumluluğa esas olamayacaktır. Bu iradiliğin sadece fiili kapsamı yeterlidir. Bir başka ifade ile fiil açısından aranan irade şahsi değerlerden yoksundur²⁵⁹. Örneğin, bir kimsenin elini tutarak hareket ettirip bir aracın kapısının çizilmesi durumunda fiilin iradiliğinden bahsedilemez. Ancak bir kişiyi silahla tehdit ederek aracın kapısının çizdirilmesi durumunda tehdit altında aracın kapısını çizen kişinin hareketi iradedir. Zira iradilik sadece fiil açısından aranacaktır.

Fiilin iradi olmasının yanında bu fiilin bir gerçek kişi tarafından icra edilmesi de gerekmektedir²⁶⁰. Ceza hukukunun konusunu yaşına ve ruhsal durumuna bakılmaksızın tüm gerçek kişilerin fiilleri oluşturur. Bu nedenle hukuki kişilikleri olmasına rağmen tüzel kişilerin fiil icra etme kabiliyeti olmadığından suç işleyemeyecekleri ancak yetkili organlarını oluşturan gerçek kişilerin fiillerinin cezai sorumluluk doğurabileceği söylenebilir²⁶¹. Çalışmamızın konusunu oluşturan suç tiplerinin bir tüzel kişilik bünyesi altında, tüzel kişiliğin çıkarları uğruna işlenmesi olağandır ve sıklıkla rastlanılmaktadır.

²⁵⁶Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 469-470; Özgenç, Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 43.

²⁵⁷M. E. Artuk vd. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 231-232.

²⁵⁸Özgenç ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 43.

²⁵⁹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 102-103.

²⁶⁰Dönmezer ve Erman, **a.g.k.**, 1973, s. 396.

²⁶¹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 104.

Bu tip durumlarda, örneğin bir limited şirket tarafından, bir tüzel ya da gerçek kişiye ait markanın iktibas suretiyle izinsiz olarak kullanılması halinde cezai sorumluluk, fiili icra kabiliyetine sahip şirket yetkili organlarını oluşturan gerçek kişilerde olacaktır.

Suçun maddi unsurlarından olan fiil, suçun kanuni tanımında mutlaka yer almalıdır. Fiil icrai bir fiil olabileceği gibi hareketsiz kalma olarak kendisini gösteren ihmali bir fiil de olabilir²⁶². Fiilin kanunu tanımındaki düzenleniş biçimine göre suçlar; tek hareketli suçlar, çok hareketli suçlar, serbest hareketli suçlar, bağlı hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlar ve kesintisiz suçlar olarak tasnif edilebilir²⁶³.

Suçlar, fiilin konusuna göre de zarar ve tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Sadece tehlikenin ortaya çıkmasının, zararın oluşmasının aranmadığı suçlara *tehlike suçları* denilmektedir. İnceleme konumuzu oluşturan marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu icrai hareketle işlenebilen, bağlı ve seçimlik hareketli bir tehlike suçudur²⁶⁴.

3.1.4.2. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından fiil

SMK ile birlikte cezai hükümler ve cezai sorumluluğa sebebiyet verecek fiiller müstakil olarak belirlenmiştir. Cezai sorumluluğa sebebiyet veren fiillerin müstakil olarak belirlenmesi hali cezai sorumluluk alanını MARKHK hükümlerine göre daraltarak suç ihtiva eden fiilleri netleştirmiş gibi gözükmemektedir. Ancak suçun maddi unsurlarının yorumlanmasının SMK'nin 7. ve 29. maddelerinde hüküm altına alınmış olan tecavüz fiillerine bağlanmış olması bu muğlaklığın ve MARKHK döneminde yaşanan hukuki sorunların devamı anlamına gelmektedir²⁶⁵.

Marka hakkı, sahibine, herkese karşı ileri sürebileceği inhisari haklarlar sağlar. Hak sahibi izni alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini/engellenmesini talep hakkına sahiptir. Buradan hareketle marka sahibinin rızası hilafına markanın kullanımı ya da marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunulması marka hakkına tecavüz niteliğinde

²⁶²Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 90; Fiil kavramını açıklayan teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız. Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 92-102.

²⁶³Fiilin kanuni tanımındaki düzenleniş biçimine göre suçların tasnifi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Özgenç ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 44-47.

²⁶⁴Özmen, **a.g.k.**, 2020, s. 68-69.

²⁶⁵Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 472.

olacaktır²⁶⁶. Marka hakkına tecavüz, en başından beri iznin olmaması, izin isteğinin reddedilmiş olması, iznin sona ermiş olması ya da verilen iznin sınırlarının aşılmış olması nedenleri ile ortaya çıkabilir²⁶⁷. Marka hakkına tecavüz niteliğinde olan fiillerin tamamı haksız fiil kapsamında değerlendirilmelidir. Bu haksız fiillerden bir kısmı cezai müeyyideye bağlanmışken bir kısmı ise sadece hukuki sorumluluğa sebebiyet verecektir.

Marka hakkına yönelmiş bir tecavüzden bahsedebilmek için öncelikle tescil edilmiş bir marka bulunmalıdır. Tescil edilmiş olan marka geçerli ve üstün hakkın mevcudiyetini sağlayacaktır. Nitekim SMK'nin sağladığı koruma kalkanı kural olarak tescil edilmiş olan markaları kapsamaktadır²⁶⁸.

Geçerli ve üstün hak niteliğindeki tescilli markanın mevcudiyetinin yanında marka sahibinin tecavüz ihtiva eden eyleme ilişkin izninin ya da rızasının olmaması gerekmektedir. Çağlar'a göre marka sahibinin rızası açık ya da zımni olabilir. Ancak marka sahibinin sessiz kalması zımni rıza olarak değerlendirilemez. Zımni rızanın olduğunun iddia edildiği hallerde bu iddiayı genel kural çerçevesinde iddia sahibi ispat etmekle yükümlüdür²⁶⁹. Marka sahibinin izni ve rızası kendisini marka lisans sözleşmeleri ile de gösterebilir. Nitekim yukarıda açıkladığımız üzere marka sahibi, sahip olduğu inhisari kullanım haklarını başkalarına devredebilir. Dolayısıyla, bir lisans sözleşmesi hükümleri uyarınca yapılan markasal ve ticari kullanım marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz suçunu oluşturmayacaktır.

SMK'de açıkça öngörülmüş olmasa dahi marka hakkına tecavüzün oluşabilmesi için kullanımın ticari saiklerle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Marka hakkına karşı gerçekleştirilecek bir tecavüzden bahsedebilmek için tescilli markanın bir işletmenin veya kişinin mal ya da hizmetini nitelendirmek amacıyla izinsiz olarak kullanılması gerekmektedir²⁷⁰. Bu koşulun istisnasını ise SMK'nin 8. maddesi oluşturmaktadır. SMK'nin 8. maddesine göre markanın sözlük, ansiklopedi gibi başvuru eserlerinde

²⁶⁶Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 473.

²⁶⁷Özmen, **a.g.k.**, 2020, s. 70.

²⁶⁸İstisnai durumlar için bakınız. Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 107 vd.

²⁶⁹Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 108.

²⁷⁰Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 108.

maddede öngörülen şekilde kullanılması halinde de marka hakkına karşı tecavüzden söz edilir ve marka sahibi 8. maddede yer alan korumadan yararlanabilir²⁷¹.

Özet olarak bir kez daha belirtmek gerekirse marka hakkına tecavüz niteliğinde olan her haksız fiil hukuki sorumluluğun yanında aynı zamanda cezai sorumluluğa sebebiyet vermemektedir. Hukuki sorumluluğa sebebiyet veren bir kısım haksız fiiller için cezai müeyyide öngörülmüştür. Cezai sorumluluk gerektiren haksız fiillere ulaşabilmek için öncelikle SMK'nin 7. ve 29. maddesinde sayılı tüm haksız fiilleri incelemek gerekmektedir.

Marka hakkı üzerinde yetkisi olmayan bir kimsenin marka sahibinin hakkına el uzatması bir başka ifadeyle marka hakkına tecavüz sayılacak ve hukuki sorumluluğa sebep olacak fiilleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- Markayı SMK'nin 7. maddesinde sayılan şekillerde kullanmak. Bu ifadeyi açıklamak gerekirse;
 - Tescilli marka ile aynı olan herhangi işareti, markanın tescil sınıfına giren mal veya hizmetlerde kullanmak.
 - Tescilli markanın tescil sınıfına giren mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetlerde, bu benzerlik nedeniyle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan, tescilli marka ile aynı veya benzer herhangi bir işareti kullanmak.
 - Hangi sınıf mal veya hizmet grubunda tescilli olmasına bakılmaksızın Türkiye'de tanınmış olan marka ile aynı veya benzer işaretin, tanınmış markanın ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yarar elde edecek veya tanınmış markanın ayırt ediciliğine zarar verecek nitelikte kullanılması. Bu kullanımı haklı kılacak bir nedenin mevcudiyeti halinde bu tür kullanım marka hakkına tecavüz sayılamayacaktır.
 - Yukarıdaki üç maddede sayılan şekilde kullanılan işaretlerin ticaret alanında mal veya malın ambalajı üzerinde kullanılması; işareti taşıyan

²⁷¹SMK md.8: “Tescilli bir markanın, basılı olarak veya elektronik ortamda sunulan sözlük, ansiklopedide ya da başka bir başvuru eserinde, tescilli olduğu olduğu belirtilmeden jenerik ad izlenimi verecek şekilde yayımlanması durumunda, marka sahibinin talebine bağlı olarak yayımcı, elektronik ortamda sunulan eserlerde derhal, basılı eserlerde ise yayımın talebi takip eden ilk baskısında markanın tescilli olduğunu belirtmek suretiyle yanlışlığı düzeltir ya da markayı eserden kaldırır.”

malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması ya da hizmet markaları açısından işaret altında hizmetin sunulması ya da hizmetin sunulabileceğinin teklif edilmesi; işareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi; işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması²⁷²; işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmamasına rağmen işaretin aynı veya benzerini internet ortamında, ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük, hashtag ya da benzer biçimlerde kullanması; işareti ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanmak ve işareti hukuka aykırı karşılaştırmalı reklamlarda kullanmak marka hakkına tecavüz ihtiva eden kullanım biçimleridir.

Bazı yazarlarca SMK'nin 7.3. maddesinde yer verilen fiillerin SMK'nin 7/2. maddesinde sayılan tecavüz fiillerinden farklı tecavüz fiilleri olmadığı, bu fiillerin SMK'nin 7/2. maddesinde belirtilen tecavüz fiillerinin işleniş biçimleri olduğu savunulmuşsa da bu nitelendirmeye katılmamız mümkün değildir. Nitekim SMK'nin 7/3. maddesinde yer verilen fiiller SMK'nin 7/2. maddesinde sayılan fiiller ile bağlantılı değildir ve SMK'nin 7/2. maddesinde sayılan fiillerden bağımsız olarak işlenebilir²⁷³.

- Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.
- Markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yolu ile kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkartmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu tip ürünlere dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak. SMK'nin 29/1-c maddesi hükmünde kullanılan “ürün” ibaresinden hem mal hem de hizmetin anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim tecavüz yolu ile kullanılan marka adı altında hizmet arz etmek ile mal satmak arasında kanuni düzenleme açısından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Marka sahibi tarafından lisans

²⁷²SMK'nin 7/3-ç maddesinde düzenlenen hükümde “veya” bağlacı yerine “ve” bağlacı kullanılması kanaatimizce uygun olmamıştır. Zira ilgili işaretlerin iş evrakında kullanılmaksızın sadece reklamlarda kullanılması halinde de tecavüz söz konusu olacaktır. Bu nedenle her iki kullanım türünün birbirine ve bağlacı ile bağlanması kanaatimizce uygun olmamıştır.

²⁷³Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 475.

yoluyla verilmiş olan hakları izinsiz olarak genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek ve lisans sözleşmesinin süresinin dolması sonrasında da kullanıma devam etmek tecavüz niteliğinde olacaktır²⁷⁴.

Yukarıda yer verdiğimiz ve SMK'nın 29. maddesi ve 29. maddesi atfı ile 7. maddesinde sayılan marka hakkına tecavüz niteliğinde olan fiiller, tescilli marka ile aynı sınıf mal ya da hizmetlerde kullanılarak işlenebileceği gibi benzer mal ya da hizmetlerde de kullanılarak işlenebilir²⁷⁵. Her iki kullanım halinde de marka hakkına tecavüz ihtiva eden haksız fiil işlenmiş olacaktır. Bunun aksine tescilli marka ile hiçbir ilgisi olmayan tür mal ya da hizmete ilişkin kullanım kural olarak haksız fiil oluşturmayacak ve hukuki ya da cezai herhangi bir sorumluluğa sebebiyet vermeyecektir. Aynı şekilde tescilli marka ile karıştırılma ihtimali olacak kadar benzer işaretin tescilli marka ile aynı veya benzer sınıf mal ya da hizmetlerde kullanılması hali de marka hakkına tecavüz ihtiva etmektedir.

SMK'nın 29. maddesinin 7. maddeye yaptığı atıf ile dolaylı bir şekilde tescilli marka ile aynı olan işaretin, tescilli marka ile aynı tür mal ya da hizmette kullanılması hali marka hakkına tecavüz olarak tanımlanmıştır. Marka hakkına tecavüzün bu türü en somut şekilde ortaya konulabilen tecavüz fiilidir. Nitekim hem işaret hem de üzerinde kullanıldığı mal ya da hizmet açısından aynılık mevcuttur. Tescilli marka ile aynı olan işaretin tescil sınıfı mal veya hizmette kullanılması hali doktrinde birincil tecavüz olarak isimlendirilmektedir. Nitekim marka hukuku açısından model kanun olarak kabul edilen İngiltere Marka Kanunu(İMK)'nda da birincil tecavüz tanımlaması kullanılmaktadır²⁷⁶.

Tescilli marka ile karıştırılma ihtimali olan işaretin aynı ya da benzer mal veya hizmette kullanılması haline ise doktrinde ve İMK'de ikincil tecavüz tanımlaması yapılmaktadır²⁷⁷. Marka hakkına tecavüzün bu halinde işaretler ya da mal veya hizmet arasında aynılık aranmamaktadır. Tecavüz suretiyle kullanılan işaretin, tescilli markaya ortalama kişiler tarafından bu iki işaretin karıştırılma ihtimali olacak kadar benzemesi

²⁷⁴Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 314-315.

²⁷⁵SMK md.11'e göre başvuruya konu mal veya hizmetler 12.07.1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan Nis Anlaşmasına göre sınıflandırılır. Mallar için 34, hizmetler için 11 sınıf mevcuttur. Malların ve hizmetlerin sınıflandırılması markanın koruma sınırlarını belirlemektedir. Nitekim ceza normlarında “aynı”, “aynı tür” veya “benzer mal veya hizmetler” ifadeleri yer almaktadır.

²⁷⁶Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 478 vd.

²⁷⁷Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 478 vd.

ve tescilli marka ile aynı ya da benzer mal veya hizmetlerde kullanılması hali de marka hakkına tecavüz niteliğindedir.

Marka hakkına tecavüz ihtiva eden haksız fiilleri beş ana gruba ayırarak şu şekilde özetleyebilir: Markanın birebir aynısının ya da fark edilemeyecek derecede benzerinin tescilli marka ile aynı mal veya hizmet türlerinde kullanılması²⁷⁸, markanın birebir aynısının ya da fark edilemeyecek derecede benzerinin tescilli marka ile benzer türden mal veya hizmet türlerinde kullanılması²⁷⁹, markanın karıştırılma ihtimali olacak kadar benzerinin tescilli marka ile aynı tür mal veya hizmet türlerinde kullanılması²⁸⁰, markanın karıştırılma ihtimali olacak kadar benzerinin tescilli marka ile benzer türden mal veya hizmet türlerinde kullanılması²⁸¹, tanınmış markanın birebir aynısının ya da

²⁷⁸30.(örneğin dondurmalar ve yenilebilir buzlar), 35(Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için dondurmalar ve yenilebilir buzların bir araya getirilmesi hizmetleri) ve 43.(Yiyecek ve içecek sağlanması hizmetleri) nice sınıflarında tescilli "İncir Waffle" markasının birebir aynısının ya da fark edilemeyecek derecede benzerinin 30, 35 ve 43. nice sınıflarında yer alan mal ya da hizmetlerle birlikte kullanılması hali bu duruma örnek verilebilir.



Şekil 2.5. TMPK'nun 2017/19604 tescil numaralı. "İNCİR WAFFLE"

²⁷⁹30.(örneğin kahve, kakao; kahve veya kakao esaslı içecekler, çikolata esaslı içecekler), 35.(müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için kahve, kakao; kahve veya kakao esaslı içecekler, çikolata esaslı içeceklerin bir araya getirilmesi hizmetleri) ve 43.(yiyecek ve içecek sağlanması hizmetleri) nice sınıflarında tescilli "İncir Waffle" markasının birebir aynısının ya da fark edilemeyecek derecede benzerinin 32. nice sınıfında yer alan meyve suları, meşrubatlar mallarında ya da 35. nice sınıfında yer alan müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için meyve sularının, meşrubatların bir araya getirilmesi hizmetlerinde kullanılması hali bu duruma örnek verilebilir.



Şekil 2.6. TMPK'nun 2017/19604 tescil numaralı. "İNCİR WAFFLE"

²⁸⁰43.(yiyecek ve içecek sağlanması hizmetleri) nice sınıfında tescilli "İncir Waffle" markaları ile karıştırılma ihtimali doğuracak şekilde benzer "En-Cir Cafe&Waffle" işretinin 43. nice sınıfında yer alan yiyecek ve içecek sağlanması hizmetlerinde kullanılması hali bu duruma örnek olarak gösterilebilir.



Şekil 2.7. TMPK'nun 2017/19604 tescil numaralı. "İNCİR WAFFLE"

²⁸¹30.(örneğin kahve, kakao; kahve veya kakao esaslı içecekler, çikolata esaslı içecekler), 35.(müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için kahve, kakao; kahve veya kakao esaslı içecekler, çikolata esaslı içeceklerin bir araya getirilmesi hizmetleri) ve 43.(yiyecek ve içecek sağlanması hizmetleri) nice sınıflarında tescilli "İncir Waffle" markaları ile karıştırılma ihtimali doğuracak şekilde benzer "En-Cir Cafe&Waffle" işaretinin 32. nice sınıfında yer alan meyve suları, meşrubatlar mallarında ve/veya 35. nice sınıfında yer alan müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için meyve sularının, meşrubatların bir araya getirilmesi hizmetlerinde kullanılması hali bu duruma örnek verilebilir.

fark edilemeyecek derecede benzerinin ya da karıştırılma ihtimali olacak kadar benzerinin farklı türden mal veya hizmetlerle birlikte kullanılması²⁸².

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun fiillerini ortaya koymadan önce iktibas ve iltibas kavramları ile mal ya da hizmet açısından iktibas ve iltibas kavramlarını ortaya koymak gerekecektir.

3.1.4.3. İktibas ve iltibas kavramları

3.1.4.3.1. Genel açıklamalar

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bakımından SMK'nin 30/1. maddesinde sayılan tipik fiillerin iktibas veya iltibas suretiyle icra edilmesi gerekmektedir. Nitekim kanun hükmünde “başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek ...” düzenlemesi yer almaktadır. Bu nedenle öncelikle iktibas ve iltibas kavramlarının ortaya konulması zaruridir.

3.1.4.3.2. İktibas kavramı

Arapça kökenli iktibas kavramı Türk Dil Kurumu (TDK) tarafından alıntı olarak tanımlanmaktadır²⁸³. Marka hukuku açısından iktibas kavramı ise başkasına ait markanın tıpkı aynısının ya da dikkatle bakılmadığı sürece farkına varılamayacak kadar az değiştirilmiş halinin aynı tür mal ya da hizmetlerde kullanılması olarak tanımlanabilir²⁸⁴.

İktibas kavramı SMK ya da başka bir normatif düzenleme ile tam olarak ortaya konmamış ve tanımlanmamıştır. Bu nedenle iktibas kavramının ne ifade ettiğinin tam olarak ortaya koyma işi doktrine ve içtihatlarla kalmıştır²⁸⁵. Çetintürk'e göre de SMK'nin 30/1. maddesi hükmü suçun tüm unsurlarını içeren tam ceza normu değildir.



en-cir cafe&waffle

Şekil 2.8. TMPK'nun 2017/19604 tescil numaralı. "İNCİR WAFFLE"

²⁸²H. Mintaş (2019). *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi* (1. Baskı). Ankara:Seçkin Yayıncılık, s. 177.

²⁸³TDK Güncel Sözlük. <https://sozluk.gov.tr/>

²⁸⁴Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 485.

²⁸⁵Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 489; Yazar, a.g.k., 2020, s. 292

Bu hüküm gerçekte, yasaklanan fiilleri tanımlamayıp sadece yaptırımını ortaya koyduğu için eksik norm niteliğindedir²⁸⁶. Nitekim kanun koyucu, eksik normlar ile suç karşılığında hükmedilecek cezayı belirler ancak tipiklik içeriğinin belirlenebilmesi için başkaca hükümlere atıf yapar²⁸⁷. Tipikliğin içeriğinin belirlenebilmesi için ceza normlarına atıf yapılabileceği gibi hukuk normlarına da atıf yapılabilir. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından da tipikliğin içeriğinin belirlenebilmesi için hukuk normlarına atıf yapılmıştır. Nitekim iktibas kavramının hukuken ortaya koyulabilmesi için SMK'nin 7/2-a, 29/1-b, 29/1-c ve 5/1-ç maddesi hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir²⁸⁸. Zira kanun koyucu tarafından iktibas kavramının sınırları münferiden belirlenmiş olmasa dahi iktibas kavramının ve dolayısı ile cezai sorumluluğun sınırlarının belirlenmesi zaruridir.

SMK'nin 5/1-ç maddesi hükmünde kullanılan "...marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler", 7/2-a maddesi hükmünde kullanılan "Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaret...", 29/1-b ve 29/1-c maddesi hükümlerinde yer alan "... markayı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek", "markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiği..." şeklindeki ifadelerin iktibas kavramının sınırlarını ortaya koyduğu kabul edilebilir. Doktrin ve içtihat zemininde yapılacak tanımlamaların bu hükümler çerçevesinde dolaşması zaruridir. Bahsi geçen kanuni düzenlemeler çerçevesinde yapılan doktrinsel tanımlamalar iktibas, tescilli bir marka ile ayniyet gösteren, birebir aynı olan işaretin kullanılması olarak ele almaktadır²⁸⁹.



Şekil 2.9. TMPK'nun 2021/058367 başvuru numaralı. "REAL TECHNIQUES BY SAM&NIC"

Topçu ve Başbüyük'e göre iktibas sadece tescilli marka ile birebir aynı işaretin kullanılması ile oluşmaz. Tescilli markanın neredeyse aynısının, çok ufak değişiklikler

²⁸⁶Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 495.

²⁸⁷R. Karaaslan (2019). *Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu - Beyaz Normların Yanılma Teorisi Açısından Değerlendirilmesi*. Ankara: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, s. 4.

²⁸⁸Yarar, a.g.k., 2020, s. 293.

²⁸⁹Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 490.

ile kopya edilmesi halinde de iktibas oluşmaktadır²⁹⁰. Nitekim yukarıda yer verdiğimiz normatif düzenlemelerde de markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin²⁹¹ kullanımı da iktibas sınırları içerisinde yer almaktadır. Yukarıda yer verilen marka ve işarete görüldüğü şekilde markanın esaslı unsurunun çok ufak farklılıklar ile kullanılması halinde marka ile mütecaviz işaretin aynılığından bahsedilemese de ancak çok dikkatli bir inceleme neticesinde ortaya çıkartılabilen bu benzerliğin çok güçlü ve açık olduğunun kabulü gerekir. Bu tip durumlarda da iktibasın oluşacağı SMK ile hüküm altına alınmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus markanın benzerinin değil, ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması durumu iktibasa yol açacaktır²⁹².

Meran'a göre markanın aynılığının ya da fark edilemeyecek derecede benzerliğinin tek başına iktibasa yol açabildiği belirtilse²⁹³ de iktibasın ortaya çıkabilmesi için hem işaretler hem de işaretlerin üzerinde kullanıldığı mal ya da hizmetlerin ayniyeti veya fark edilemeyecek derecede benzer olması gerekmektedir²⁹⁴. İktibas halinde ayrıca karıştırılma tehlikesinin mevcudiyetinin araştırılması da gerekmemektedir²⁹⁵.

3.1.4.3.3. İşaretin aynılığı ya da fark edilemeyecek derecede benzer olması

İşaretin aynılığı, marka ile işaretin aynı olmasını, karşılaştırılan işaretlerin özdeş, birebir taklit olmasını ifade eder. İktibasta, tescilli marka ile işaret arasında markanın tüm unsurları yönünden ayniyet²⁹⁶ ya da en azından fark edilemeyecek derecede benzerlik olması söz konusudur. Karşılaştırılan marka ile işaret arasında küçük de olsa farklılık olması durumunda aynılıktan bahsedilemez. Ayniyetin, markanın hem asli hem de tali unsurlarını kapsamaması gerekmektedir. Ayrıca karşılaştırılan marka ile işaretin içerdiği tüm unsurlar birebir aynı olmasına rağmen bu unsurların konumlandırıldığı yerlerin değiştirilmesi ile genel görünüm farklılaşıyor ise bu durumda da aynılıktan

²⁹⁰D. Topçu (2007). *Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 111; Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 98; Yazar, **a.g.k.**, 2020, s. 293.

²⁹¹İlk bakışta aynı gibi görünen, ortalama tüketici tarafından kolaylıkla tespit edilemeyecek, belirlenmesi için detaylı incelemeye ihtiyaç duyulan benzerlikler ayırt edilemeyecek kadar benzer olarak kabul edilmelidir.

²⁹²N. Meran (2015). *Marka Hakları ve Korunması* (4. Baskı). Ankara:Seçkin Yayıncılık, s. 500.

²⁹³Meran, **a.g.k.**, 2015, s. 501.

²⁹⁴Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 98-99.

²⁹⁵İlkhan, **a.g.k.**, 2019, s. 70; Ensari, **a.g.k.**, 2020, s. 81.

²⁹⁶Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 509.

bahsedilemez. Bu tip durumlarda ayırt edilemeyecek kadar benzerlik araştırması yapılması gerekmektedir²⁹⁷. Bir başka ifade ile tescilli marka ile tıpa tıp aynı olmamakla birlikte çok ayrıntılı bir inceleme yapmaksızın aradaki farkın anlaşılacak hallerde dahi aynılıktan değil ayırt edilemeyecek kadar benzerlikten söz etmek gerekir²⁹⁸. Ancak ayırt edilemeyecek kadar benzerlik araştırmasında kullanılacak objektif kriterler saptanmamıştır²⁹⁹.

TPMK'ye göre aralarında çok küçük farklar olan işaretlerin aynı oldukları kabul edilmezken³⁰⁰ ABAD'a göre işaretler arasındaki ufak farklılıklar ortalama tüketici dikkati ile algılanamayacağından bu tip ufak farklılıklar işaretler arasındaki ayniyeti ortadan kaldırmaz³⁰¹.

Öte yandan belirtmek gerekir ki marka ile birebir aynı olan işaretin gerçeğinden daha büyük ya da daha küçük kullanılması, sözcük markalarında yazı karakterlerinin değiştirilmesi, markayı oluşturan unsurların renklerinin değiştirilerek kullanılması gibi durumlarda marka ile işaret aynı kabul edilmektedir³⁰². Ayrıca tescilli marka ile birebir olan bir işarete vasıf, cins, nitelik belirten bir ibarenin konulması ayniyeti etkilemeyecektir. Örneğin Alp Seyahat markası ile Hakiki Alp Seyahat işareti arasında ayniyetin mevcudiyeti nedeniyle Hakiki Alp Seyahat işareti ile Alp Seyahat markası arasında iktibas ilişkisi mevcuttur.

3.1.4.3.4. Mal ya da hizmetin aynılığı

Markaların, mal ya da hizmetlerin birbirinden ayırt edilmesi için kullanıldığından ve bir mal ya da hizmet ile birlikte kullanılmayan, mal ya da hizmete özgülenmeyen işaretin markasal değeri olamayacağından söz etmiştik. Markalar, hukuka aykırı olmayan her türlü mal ya da hizmetler ile birlikte kullanılabilir ve bu kullanım için tescil edilirler.

²⁹⁷Türk Patent Enstitüsü (2015). *Marka İnceleme Kılavuzu*. <https://bit.ly/2PZGN5y> (Erişim tarihi: 24.04.2021), s. 34.

²⁹⁸M. Özen (2009). Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımlar. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 9 (2), s. 63.

²⁹⁹İlkhan, **a.g.k.**, 2019, s. 69.

³⁰⁰Türk Patent Enstitüsü, **a.g.k.**, 2015, s. 34.

³⁰¹Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 510.

³⁰²Türk Patent Enstitüsü, **a.g.k.**, 2015, s. 34.

Markaların, tescil edilecekleri mal ya da hizmetlerin daha rahat belirlenebilmesi, gerektiğinde uluslararası kullanımlarda birlik sağlamak için mal ve hizmetlerin sınıflandırılması yoluna gidilmiştir. Bu kapsamda Markaların Tescili Amacıyla Malların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması (Nice Agreement Concerning The International Classification of Marks) (NİS ANLAŞMASI) akdedilmiştir³⁰³. Türkiye’de 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Nis Anlaşması’na taraf olmuştur.

Nis Anlaşması ile oluşturulan uluslararası sınıflandırma sisteminde 11.000 kalemden fazla mal ve hizmet 34 mal sınıfı (1-34 arası) 11 hizmet sınıfı (35-45 arası) altında gruplandırılmıştır³⁰⁴. TPMK de bu sınıflandırma sistemini kullanmaktadır³⁰⁵.

İktibastan söz edebilmek için işaretin yanında mal ya da hizmetin de aynı olması gerekmektedir³⁰⁶. Örneğin 30. sınıfta yer alan mallar için tescilli ve çikolata esaslı içeceklerin üretimini yapan ABC markasını aynen kullanarak 11. sınıfta yer alan akvaryum filtreleri üretimi yapılması halinde iktibastan söz edilemeyecek dolayısıyla böyle bir durumda marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz suçu oluşmayacaktır. Ancak bu durumda marka hakkına iltibas suretiyle tecavüz suçunun oluşup oluşmadığı hakkında değerlendirme yapmak gerekecektir.

3.1.4.3.5. İltibas kavramı

Arapça kökenli iltibas kavramı TDK tarafından andırışma olarak tanımlanmaktadır³⁰⁷. Osmanlıca sözlüklerde göre ise “*birbirine benzeyen şeyleri şaşırtıp birbirine karıştırmak, karışıklık*” olarak tanımlanmıştır³⁰⁸. Marka hukuku açısından iltibas kavramı ise tescilli marka ile karıştırılma ihtimali/tehlikesi olabilecek kadar benzer işaretin kullanılması olarak tanımlanabilir³⁰⁹. Nitekim Yargıtay da iltibas

³⁰³T. Ansay ve E. C. Scheider (2014). *Introduction To Turkish Business Law*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.151.

³⁰⁴Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s.239.

³⁰⁵Bakınız: dipnot 247.

³⁰⁶İlkhan, **a.g.k.**, 2019, s. 68.

³⁰⁷TDK Güncel Sözlük. <https://sozluk.gov.tr/>

³⁰⁸Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 486.

³⁰⁹Ü. Aslan Düzgün (2018). İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 36, s. 176.

kavramını karıştırma ihtimali ile eş anlamlı olarak kullanmaktadır³¹⁰. SMK'nin 30. maddesi gerekçesinde de açık bir şekilde iltibas kavramı ile karıştırılma ihtimalinin kastedildiği belirtilmiştir³¹¹. Yine aynı şekilde Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nda da iltibas kavramı yerine karıştırılma ifadesi kullanılmış; bu değişikliğin ise yapılan yeni normatif düzenlemelerde karıştırılma kavramının iltibas kavramı yerine kullanıldığı gerekçesi ile yapıldığı belirtilmiştir³¹².

İltibas kavramı da iktibas gibi normatif düzenlemeler ile tanımlanmamış ve kavramın ortaya konulması doktrin ve içtihatlarla bırakılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki karıştırılma ihtimali olacak kadar benzerliğin ortaya konulması, sınırlarının çizilmesi iktibas kavramının tanımlanmasından çok daha zorludur³¹³. Buna karşın suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve hukuki belirlilik ilkesi gereğince iltibas kavramının sınırının da çizilmesi zaruridir. Sınır olarak da SMK'nin 7/1-b maddesi hükmünün esas alınması yerinde olacaktır. Buna göre iltibas “ *tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması*” çerçevesinde tanımlanabilir³¹⁴.

Karıştırılma ihtimali/tehlikesi, ortalama tüketici tarafından her iki işaret arasında herhangi bir gerekçeyle bağlantı kurulabilmesi ihtimali olarak tanımlanabilir³¹⁵.

³¹⁰Yargıtay 11. HD. 13.03.2019, E.2017/5156, K.2019/2090 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): “... Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu, tüm dosya kapsamına göre, dava konusu ... “Z/MAG” ibareli marka başvurusu ile davalı yanın işbu davaya mesnet gösterdiği markalar arasında ... iltibas ihtimalinin mevcut olduğu...”; Yargıtay 11. HD. 25.03.2019, E.2018/194, K.2019/2227 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): “...Mahkemece, taraf markalarının birbirine benzediği, davacı markalarının iletişim sektöründen tanınmış olduğu, taraf markalarının kapsadığı mal ve hizmetlerin birbirinden uzak sektörlerde olması nedeniyle iltibas ihtimali bulunmadığı...”; Yargıtay 11. HD. 11.03.2019, E.2017/5131, K.2019/1959 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): “... Mahkemece, taraf markaları arasında sesçil ve anlamsal olarak ortalama tüketicileri iltibasa düşürecek seviyede benzerlik bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. ... davalıya ait “Doğaevi” markası ile davacıya ait “Doğa” esas unsurlu markalar arasında ... karıştırılma ihtimalinin bulunduğu kabul edilerek, markaların aynı ve benzer olduğu sınıftaki mal ve hizmetler yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi isabetli görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.”

³¹¹SMK md.30 gerekçesi: “... Maddenin ilk fıkrasında yer alan iltibas kavramı ile karıştırılma ihtimali kastedilmektedir.”

³¹²Özmen, a.g.k., 2020, s. 78-79.

³¹³Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 491.

³¹⁴Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 493.

³¹⁵Mintaş, a.g.k., 2019, s. 83; M. Karadaş (2020). *Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 40.

Ortalama tüketici grubu her marka ve mal ya da hizmet açısından değişkenlik gösterecektir. Nitekim her mal ya da hizmet açısından tüketici grubu farklılaşacaktır. Dikkate alınması gereken ortalama tüketici grubu, arz edilen mal ya da hizmeti talep etmesi muhtemel tüketiciler açısından değerlendirilecektir³¹⁶. Öte yandan karıştırılma ihtimalinin oranı her ürün için de aynı değildir. Her yerde bulunan, fiyatı cüzi olan, satın almak için fazla vakit ayrılmayan mallarda kullanılan markalar açısından karıştırılma ihtimalinin oranı yüksek iken yüksek fiyatlı, satın almadan önce belirli bir süre araştırma yapılan mallarda kullanılan markalar açısından karıştırılma ihtimalinin oranı oldukça düşük olacaktır³¹⁷. ABAD'a göre de karıştırılma ihtimali tüketicilerin mal ya da hizmetlerin aynı veya birbiri ile bağlantılı işletme ya da kişilere ait olduğunu düşünme tehlikesidir³¹⁸. İltibasın ortaya çıkması için tescilli marka ile benzerinin tüketiciler tarafından karıştırılmış olması gerekmemektedir. İltibasın ortaya çıkması için karıştırma ihtimalinin varlığı yeterlidir. İltibasın tespitinde somut karıştırma değil, karıştırma ihtimali aranacaktır³¹⁹. Unutmamak gerekir ki karşılaştırılan marka ile işaretin birbirine benzer olması da iltibasın varlığı için yeterli değildir. Bu benzerlik, ortalama tüketiciler için karıştırma ihtimali doğurmadıkça iltibastan bahsedilemeyecektir³²⁰. Öte yandan karıştırılma ihtimalinin kabulü için mal veya hizmetleri piyasaya süren kişilerin rakip olması da gerekmemektedir³²¹.

Karıştırılma ihtimali, marka ile kullanılan işaretin birbirlerine benzemesi nedeniyle hem ortalama tüketicinin aslında almak istediği mal ya da hizmeti aldığını zannetmesi şeklinde –klasik anlamda iltibas-³²² karşımıza çıkabileceği gibi tüketicinin marka ile marka yerine kullanılan işaretin birbiri ile aynı olmadığını fark ettiği durumlarda da iki işletme arasında ilişki olduğunu düşünmesi şeklinde –geniş anlamda iltibas-³²³ de gerçekleşebilir³²⁴. Bir başka ifade ile iltibas nedeniyle ortalama tüketiciler

³¹⁶Aslan Düzgün, **a.g.k.**, 2018, s. 178-179 ; Ensari, **a.g.k.**, 2020, s. 85.

³¹⁷H. Bozgeyik (2018). *Görüşler ve Kararlar Hukuki Mütalaalar: Marka, Tasarım, Telif, Haksız Rekabet, Kıymetli Evrak*. Ankara:Adalet Yayınevi, s. 14.

³¹⁸ABAD'ın 29.09.1998 tarih ve C-39/97 sayılı kararı: “... Accordingly, the risk that the public might believe that the goods or services in question come from the same undertaking or, as the case may be, from economically-linked undertaking, constitutes a likelihood of confusion within the meaning of article 4(1)(b) of the directive(seeSabel,pargraphs 16 to 18).”

³¹⁹Karadaş, **a.g.k.**, 2020, s. 41.

³²⁰Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 519.

³²¹Karadaş, **a.g.k.**, 2020, s. 42.

³²²Karadaş, **a.g.k.**, 2020, s. 43.

³²³Karadaş, **a.g.k.**, 2020, s. 43-44.

malları ya da hizmetleri karıştırabilecekleri gibi işletmeleri de birbirleri ile ilişkilendirmek suretiyle karıştırabilirler. Hem klasik anlamda hem de geniş anlamda gerçekleşebilecek her iki karıştırılma ihtimali de iltibasın ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. Nitekim SMK'nin 7/1-b maddesi hükmünde “*ilişkilendirilme ihtimali*” de iltibas kapsamında ele alınmıştır.

İltibasın ortaya çıkması için tüketiciler tarafından karıştırılmanın gerçekleşmiş olmasının aranmamasının, sadece karıştırılma ihtimalinin mevcudiyetinin yeterli olmasının ceza hukukunda da yansıması vardır. Marka hakkına iltibas suretiyle tecavüz suçunun oluşması için tüketicilerin aldatılmış olması ya da failin tüketicileri aldatma saiki ile hareket etmesi gerekmemektedir. Bu nedenle de marka hakkına iltibas suretiyle tecavüz suçunun bir tehlike suçu olduğunu söyleyebiliriz.

Tescilli marka ile tescilli marka ile benzer olduğu iddia edilen işaret arasındaki karıştırılma ihtimalini kapsayan benzerliğin belirlenmesinde markanın bir bütün olarak tüketicilerde bıraktığı izlenim dikkate alınacaktır³²⁵. Karşılaştırılan marka ile işaretin bütüncül etkisi, işitsel, görsel vb. benzerliği, mal ya da hizmetin hedefindeki tüketici grubu, mal ya da hizmetin değeri gibi tüm unsurlar değerlendirmede göz önüne alınacaktır³²⁶. Bu durum bütünlük ilkesinin bir gereğidir³²⁷. Nitekim ABAD'ın C-579/08P sayılı kararında da benzerlik değerlendirmesi görsel, duysal, kavramsal açıdan markanın ayırt edici ve esaslı unsurları dikkate alınarak yapılmıştır³²⁸.

Tescilli marka ile işaret arasında işaretlerin yazılışları farklı olsa dahi telaffuzlarında benzerlik varsa markalar ses benzerliği nedeniyle benzer kabul edilirler. Şekil benzerliği, marka olarak kullanılan şekle benzerlik olarak karşımıza çıkabileceği gibi malın dış görüntüsünün ya da ambalaj şeklinin benzetilmesi şeklinde de karşımıza çıkabilir. Bu tip durumlarda da marka ile işaretin birbirine benzer olduğu kabul

³²⁴Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 525-526; İlkhan, **a.g.k.**, 2019, s. 75.

³²⁵Mintaş, **a.g.k.**, 2019, s. 85.

³²⁶Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 520.

³²⁷Yargıtay 11. HD. 22.05.2019, E.2018/2025, K.2019/4021 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): “...Mahkemece davacı adına tescilli itiraza mesnet “VITRA” markası ile davalı şirket tarafından başvurusu yapılan “NITRA” markası arasında iltibas oluşturacak derecede benzerlik bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş ise de her iki ibare arasında görsel ve sesçil olarak benzerlik bulunduğu kabulü ve marka kapsamlarının da aynı ve benzer olduğu hususu nazara alınarak davanın kabulüne karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

³²⁸Z. E. Kurt (2020). *Uygulamalı Marka Hukuku* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 50.

edilecektir. Anlam benzerliği de marka ile işareti birbirine benzer hale getirebilir. Nitekim Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin kararına göre her iki dilde de zenci anlamına gelen Neger ve Mohr kelimeleri birbirine benzer olarak görülmüştür. Ancak karşılaştırılan marka ile işaretin tali unsurlarındaki benzerlik iltibasın ortaya çıkması için yeterli değildir. Benzerliğin markanın esaslı unsuru ile sağlanması gerekmektedir.

İltibasın tespiti için marka ve işaretin birlikte kullanıldığı mal ya da hizmetler de dikkate alınmalıdır³²⁹. Bütünlük ilkesi uyarınca hem işaret hem de tescil sınıfı mal ya da hizmetler açısından yapılacak olan inceleme neticesinde ayniyet tespit ediliyorsa bu noktada tüketiciler tarafından karıştırılma ihtimalinin mevcudiyetini araştırmak anlamsız olacaktır. Bu tip durumlarda yani iktibas halinde karıştırılma ihtimali mutlak³³⁰. Karıştırılma ihtimalini mutlak olarak gören bu kabule "karışıklık karinesi" adı verilmektedir³³¹. Ayniyetten ya da ayırt edilemeyecek kadar benzerlikten uzaklaştıkça somut durum iktibas yerine iltibas kavramı ile açıklanacaktır³³². Örneğin 3. sınıf için tescilli diş bakım ürünleri, diş macunları, diş parlatma ve beyazlatma maddeleri, tıbbi amaçlı olmayan ağız gargaraları türlerindeki malları için kullanılan XYZ markasının birebir aynısının 10. sınıfta yer alan diş hekimliği için alet, bebekler için diş kaşıyıcılar türlerindeki mallar için tescilsiz olarak kullanılması halinde iltibastan söz edilecektir. Zira kullanılan işaretler birebir aynı olsa dahi markaların üzerinde kullanıldığı mallar açısından ayniyetin olmaması nedeniyle SMK md.7/1-a ve md.7/2-b hükümleri uyarınca iktibas oluşmayacak, iltibas söz konusu olacaktır.

Çetintürk'e göre; iltibas kavramı ile karıştırılma ihtimalinin suçun unsuru haline getirilmiş olması ceza hukukunun müdahale alanını orantısız ve gereksiz şekilde artırmaktadır. Bu nedenle de iltibas içerikli fiillerin suç olma niteliği kaldırılmalıdır³³³. Çetintürk bu görüşünü, Kanun koyucunun aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik halini kamusal değerleri önceleyerek resen gözetilecek nitelikte görmesine, bunun aksine karıştırılma ihtimali oluşacak derecede benzerlik halini ise ancak talep halinde dikkate değer bulmasına dayandırmaktadır³³⁴. Bazı yazarlar ise iktibas suretiyle

³²⁹Mintaş, **a.g.k.**, 2019, s. 85.

³³⁰Topçu, **a.g.k.**, 2007, s. 111 - 112.

³³¹Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 508.

³³²Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 501.

³³³Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 544.

³³⁴Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 544 - 547.

marka hakkına tecavüz suçunun cezai yaptırımını ile iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun cezai yaptırımının aynı olmasını eleştirmiştir³³⁵.

3.1.4.3.6. *Mal ya da hizmet açısından iktibas ve iltibas kavramları*

İktibas ve iltibas kavramlarının daha iyi anlaşılabilmesi için bu kavramların markanın nitelendirdiği mal ya da hizmetlerle ilişkilendirmesi önemlidir. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun kanuni tanımına bakıldığında mal ya da hizmet açısından herhangi bir sınırlamaya gidilmediği görülecektir. Ancak SMK'nin 7/2-a ve 7/2-b hükümlerinde "*Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması*" iktibas olarak; "*tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması*" iltibas olarak tanımlanmıştır. Dolayısı ile kural olarak³³⁶, markanın tescillendiği emtia sınıfı açısından da özdeşlik ya da karıştırılma ihtimali yaratacak derecede benzerlik olmadığı sürece marka ile işaretlerin aynılığından veya karıştırılma ihtimalinin mevcudiyetinden bahsedilemeyecektir.

Mal ya da hizmetlerin benzerliğinin aranmasında sadece emtia listeleri üzerinden bir araştırma yeterli olmamaktadır. Emtia listelerinin yanında mal veya hizmetin kullanım amaçlarının birbirlerine yakın olup olmadıkları, hitap ettikleri tüketici gruplarının benzer olup olmadığı, dış görünüşleri itibariyle karıştırılma ihtimalinin bulunup bulunmadığı, malların üretildikleri hammaddelerin aynı olup olmadığı, dağıtım ya da satış kanallarının birbirine yakın olup olmadığı, birbirlerinin ikamesi olup olmadıkları da benzerlik araştırmasında önem taşımaktadır³³⁷.

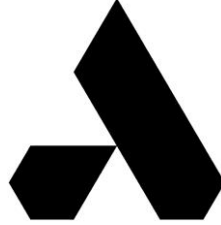
Marka sahibi markasını tescil ettirirken markasını hangi emtia sınıfında yani hangi mal ya da hizmet sınıfında kullanacağını da belirtmek zorundadır. Marka sahibi,

³³⁵S. Donay ve H. Erman (1973). *Sınai Mülkiyet Aleyhine Suçlar*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, s. 54.

³³⁶İktibas veya iltibas suretiyle tecavüzden bahsedilebilmesi için tescil sınıfı mal ya da hizmetlerin aynılığının ya da karıştırılma ihtimali doğuracak derecede benzerliğinin aranması kuralı tanınmış markalar açısından geçerli değildir.

³³⁷İlkan, **a.g.k.**, 2019, s. 78-79; Özmen, **a.g.k.**, 2020, s. 77-78; H. Sarıgül (2020). *Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 45.

markasını tescil ettirirken TPMK tarafından hazırlanan sınıflandırma listesinde yer alan mal ve hizmet sınıfları üzerinden seçimlerini gerçekleştirerek markasını tescil ettirir³³⁸.



Şekil 2.10. TPMK'nun 2020/98760 tescil numaralı. "A"³³⁹

Örneğin yukarıda yer verilen ve 03. sınıfta³⁴⁰ yer alan ilaç ihtiva etmeyen sabunlar için "A" markası tescil edilmiştir. "A" markasının marka sahibi dışındaki kişilerce ilaç ihtiva etmeyen sabunlar için yukarıda yer verilen markanın aynısının kullanılması halinde hem markanın hem de malın ayniyeti nedeniyle iktibastan söz edilecektir. "A" markasının 05. sınıfta³⁴¹ yer alan ilaçlı sabunlar için kullanılması halinde markanın ayniyeti ve malın karıştırılmaya yol açacak derecede benzerliği nedeniyle iltibastan söz edilecektir. Ancak "A" markasının 07. sınıfta³⁴² yer alan lastik sökme ve takma makineleri için kullanılması halinde işaretin ayniyeti yanında mal açısından herhangi bir ayniyet ya da karıştırılma ihtimali doğuracak derecede benzerlik mevcut olmadığından iktibas veya iltibastan bahsedilemeyecektir. Bu konuda Yüksek Mahkeme kararlarına bakıldığında da iktibas veya iltibasın tespiti açısından mal ve hizmetler arasında da değerlendirme yapıldığı görülmektedir³⁴³. Hatta Yüksek

³³⁸Mal ve hizmet sınıf listeleri, 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile taraf olunan Nis Anlaşması hükümleri doğrultusunda TPMK tarafından, Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ hükümlerince hazırlanan listelerdir. Bu kapsamdaki en güncel liste 2017 tarihli sınıflandırma listesidir. Listenin detayları için bakınız. <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/MClassification/> (Erişim tarihi:06.03.2021)

³³⁹Örnek açısından "A" markasının tanınmış marka olma ihtimali dışlanmıştır.

³⁴⁰Bakınız: dipnot 247.

³⁴¹Bakınız: dipnot 247.

³⁴²Bakınız: dipnot 247.

³⁴³Yargıtay 11. HD. 11.04.2017, E.2015/14029, K.2017/2059 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): "Davacı vekili; müvekkilinin "... ibareli 3, 9, 14, 18 ve 35. sınıf ürün ve hizmetleri içeren birden çok tanınmış markanın sahibi olduğunu, davalının daha önce "... ..." ibareli 09.10.2009/53104 sayılı takma saçlar ve saç aksesuarları ürünlerini içeren marka tescil başvurusunda bulunduğunu, başvurunun müvekkilinin itirazı üzerine reddedildiğini, davacının ret kararının iptali istemiyle ... 4. Fikri ve Sınai

Haklar Hukuk Mahkemesi'nde dava açıldığını, yapılan yargılama sonunda anılan ürünlerin müvekkilin markalarının kapsamındaki 3. sınıftaki kozmetik ürünleriyle aynı tür olduğu, bu haliyle iltibasa neden olacağı gerekçesiyle açılan davanın 22.10.2012 gün ve E.2011/247, K.2012/227 sayılı kararla reddedildiğini, davalının bu kez 27.05.2011 tarihinde "... .." ibaresindeki "... ibaresini çıkararak sadece "... ibareli takma saçlar ve saç aksesuarları ürünlerini içeren 2011/44807 sayılı markayı adına tescil ettirdiğini, başvurunun tescilinin müvekkilinin "... esas ve ayırt edici unsurlu markaları ile haksız rekabet ve iltibasa sebebiyet vereceğini, ayrıca müvekkilinin markasının tanınmışlığından haksız yarar sağlayacağını, müvekkilinin sahip olduğu markasının itibar ve ayırt edici karakterine zarar vereceğini beyanla davalı adına tescil edilen markanın hükümsüzlüğü ile sicilden terkinine karar verilmesini dava ve talep etmiştir. Davalı vekili; tescilli markalarla başvuru konusu ibare arasında iltibasa sebebiyet verebilecek derecede benzerlik olup olmadığının tespitinde işaret ve markanın görsel, sescil ve anlamsal unsurları itibariyle bütünsel olarak analiz edilmeleri gerektiğini, başvuru ile redde mesnet markaların kapsamlarında yer alan ürünler itibariyle ortalama düzeydeki tüketicilerin davacı markalarıyla müvekkili markasını karıştırmasının mümkün olmadığını beyanla davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece tüm dosya kapsamına göre; davacının "... ibareleri markaların sahibi olduğu, anılan markanın 3. ve 26. sınıftaki ürün ve hizmetler bakımından tescilli olduğu, davalı markasının da "... ibaresinden oluştuğu, davacı markaları ve davalı markasının aynı olduğu, davacının markalarının 3. sınıftaki kozmetik ürünlerini de içerdiği, davalı markasının ise 26. sınıftaki takma saçlar ve saç aksesuarları ürünlerini içerdiği, bu ürünlerin aynı türden olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, ... oybirliği ile karar verildi."; İstanbul BAM. 16. HD. 18.07.2018, E.2018/2411, K.2018/1706 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): "Davacı vekili dava dilekçesinde, "müvekkilinin inşaat sektöründe 25 yıldır faaliyet gösterdiğini TPE nezdinde "... + şekil + ..." marka tescili bulunduğunu, davalının ise ..." markasını inşaat sektöründe kullandığını, Bakırköy 1. FSHM'nin 2017/554 Esas sayılı dosyasında görülen marka hakkına tecavüz davası ile ilgili verilen ihtiyati tedbir kararının infazı için gidildiğinde adreste işbu davanın davalısı olan şirketin kurulmuş olduğunun görüldüğünü, davalı ... İnşaat Emlak Nakliyat San. ve Tic. A.Ş. ile 2017/544 Esas sayılı dosyanın davalısı ... Emlak Ltd. Şti'nin kurucu ortaklarının akraba olduğunu, tedbir kararının infaz edilememesi için davalı şirketin, 18.10.2017 tarihinde açılan önceki davadan sonra 09.11.2017 tarihinde kötü niyetli olarak kurulduğunu, davalının inşaat konusu satış projelerinde ..." markasını kullandığını, bunun marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunu, davalının ticari sicil kaydının da iltibas yarattığını, müvekkilinin tüm bunlardan maddi ve manevi zarar gördüğünü" iddia ile esasa dair talepleri yanından davalının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturan fiillerinin durdurulması, önlenmesi, iltibas yaratan ürün ve hizmetlerin ticari hayata konulması, reklamlara konu yapılmasının önlenmesi, "... ibaresin içeren tabelaların kaldırılması, broşür vb. evrakın toplatılması yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmesini istemiştir. Davalı vekili davaya cevabında, "marka hakkına tecavüzün söz konusu olmadığını, müvekkilinin davacıdan habersiz olarak bu şirketi kurduğunu, ..." ibaresinin başında bulunan "... ibaresinin ayırt edici olduğunu ve iltibas önlediğini, ..." ibaresi ile davacının markası arasında bir iltibasın bulunmadığını, müvekkilinin projelerinin Ankara'da, davacının ise İstanbul'da olduğunu, tescilli ticaret ünvanını kullanmasının haksız rekabet oluşturmadığını, tazminata yol açacak herhangi bir kullanımın söz konusu olmadığını" savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkeme, 20.02.2018 tarihinde 20.000 TL teminat karşılığında, ihtiyati tedbir talebinin kabulüne ve davalının "... ve ..." ibarelerini tabela, broşür, tanıtım evrakı olarak proje ve ofislerde kullanımının engellenmesine, bunlara el konularak yed-i emin'e teslimine karar vermiş, davalının itirazı mahkemece duruşma yapılmaksızın reddedilmiş, istinaf başvurusu üzerine, dairemizce 03.05.2018 tarihinde tedbire itirazın duruşmalı incelenmesi gerektiği gerekçesiyle dosya mahalline iade edilmiş, mahkemece 29.05.2018 tarihinde duruşmalı olarak yapılan incelemesi sonucunda, ihtiyati tedbire itirazın reddine karar verildiği ve

Mahkeme'nin mal ve hizmet sınıflarının altında yer alan mal ve hizmet gruplarını ayrı ayrı incelediği, sınıfları aynı olsa dahi alt grupların farklı olması gerekçeleri ile iktibas veya iltibasın mevcut olmadığını hüküm altına aldığı kararları da mevcuttur³⁴⁴. Ancak böylesi bir durumdan söz edebilmek için karıştırılma ihtimalinin doğmayacağı çok kuvvetli bir şekilde ortaya konulmalıdır.

Marka tescil sınıfının farklı olmasına rağmen işaretlerin aynılığı ya da benzerliği halinde koruma ancak tanınmış markalar için öngörülmüştür. Bu istisnai korumanın da şartları vardır. Tescil sınıfları farklı olsa dahi Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık nedeniyle 1) tanınmış markanın itibarından haksız bir yarar elde edilmesi, 2) tanınmış markanın itibarına zarar verilmesi, 3) tanınmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici nitelikte olması hallerinden en az birisinin mevcudiyeti durumunda tanınmış markalar bahsedilen istisnai korumadan yararlanabilirler³⁴⁵. Bir başka ifade ile marka olarak kullanılan işaretlerin benzer olduğu ancak mal ya da hizmetlerin farklı olduğu hallerde markanın tanınmış olup olmadığı hususu araştırılacak; markanın tanınmış olduğuna kanaat getirilirse de yukarıda saydığımız üç durumdan en az birisinin varlığı halinde tecavüzün varlığı kabul edilecektir³⁴⁶.

davalının bu red kararına karşı istinaf başvurusunda bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı vekili istinaf dilekçesinde, "müvekkilinin marka hakkına tecavüz sayılabilecek bir uygulaması olmadığını, şirketin davacının varlığından habersiz olarak tescil ettirildiğini, hiçbir kötü niyetlerinin bulunmadığını, "... ibaresinin inşaat sektöründe yaygın olarak kullanıldığını, ayırt edici olması için müvekkilinin "... .." biçiminde kullandığını, bu ibarenin davacı şirket ile iltibasa yol açmayacak tescilli ticaret unvanının kullanılmasının haksız rekabet oluşturmadığını, müvekkilinin sorumluluğuna yol açacak herhangi bir işleminin bulunmadığını, tedbire itirazın mahkemece haksız olarak reddedildiğini, bunun müvekkili yönünden ciddi ve telafisi imkansız zararlara yol açacağını" iddia ile kararın kaldırılmasını, ihtiyati tedbir talebinin reddini istemiştir. Davacı vekili istinafa cevabında, dava dilekçesindeki iddialarını tekrarlar, "davalının kötü niyetinin aşikar olduğunu davalı tarafın tescilli ticaret unvanını değil "... ibaresini markasal olarak kullandığını, bu kullanımın marka hakkına tecavüz olduğunu" iddia ile istinaf isteminin reddini istemiştir. Davacının, "... no'lu marka tescilinin ".i şekil+ ..." biçiminde olduğu, tescilin 19, 36, 37, 42, 44, 45. sınıflardaki bir kısım mal ve hizmetleri kapsadığı ve bunlar arasında inşaat hizmetlerinin de yer aldığı görülmektedir. Her ne kadar davalı vekili yukarıda yazılı nedenlerle istinaf isteminde bulunmuş ise de, davacının markasının tescil kapsamı, iddia olunan kullanım biçimi ve 6769 sayılı SMK'nın 29/1-a ve 7/3-e maddeleri karşısında ilk derece mahkemesi kararının yerinde olduğu anlaşılmakla istinaf isteminin reddi gerekmiştir."

³⁴⁴Yarar, **a.g.k.**, 2020, s. 310.

³⁴⁵Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 219-220.

³⁴⁶Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 220.



Şekil 2.11. *TMPK'nun 132198 tescil numaralı. "LACOSTE"*

Bu konuyu bir örnek ile açıklamak gerekirse "*Lacoste*" şekil markasının aynısının ya da karıştırılmaya yol açabilecek derecede benzerinin ilgili markanın tescil sınıfları dışında yer alan mal ya da hizmetlerle kullanılması halinde doğrudan doğruya iktibas ya da iltibasın varlığından söz edilemeyecektir. İktibas veya iltibas suretiyle kullanımın var olduğunun kabulü için "*Lacoste*" şekil markasının itibarından haksız bir yarar elde edilmiş ya da "*Lacoste*" şekil markasının itibarına zarar verilmiş olması ya da "*Lacoste*" şekil markasının ayırt edici karakterini zedeleyici nitelikte bir kullanımın olması şartlarından birisinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Tanınmış markalar açısından aranan üç şarttan ikisinin yani tanınmış markanın itibarından haksız bir yarar elde edilmesi ve tanınmış markanın itibarına zarar verilmesi hallerinde bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekmektedir. Tanınmış markanın itibarından haksız şekilde yarar elde edilmedi ya da tanınmış markanın itibarına zarar verilmedi ise iktibas veya iltibas söz konusu olmayacaktır. Aynı durum üçüncü şart olan tanınmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici nitelikte olması şartında geçerli değildir. Burada kullanımın, tanınmış markanın ayırt edici karakterini zedeleme imkânı olup olmadığı araştırılmalıdır. Kullanım sonucu, tanınmış markanın ayırt edici karakterinin zedelenip zedelenmediği hususu belirleyici değildir.

Mal ya da hizmet açısından iktibas ve iltibas kavramları incelendikten sonra ortaya şu sonuç çıkmaktadır. İktibas veya iltibas halinin ortaya çıkabilmesi için marka ile işaret arasında olduğu gibi marka ve işaretin birlikte kullanıldığı mal ya da hizmet açısından da ayniyetin veya karıştırma ihtimali yaratacak derecede benzerliğin aranacağı SMK'nin 7/2-a ve 7/2-b maddeleri ile ortaya konulmuştur. Buna karşılık marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçuna ilişkin düzenlemede mal ya

da hizmet açısından ayniyet ya da karıştırma ihtimali yaratacak derecede benzerliğin aranacağı belirtilmediği gibi SMK'nin 7/2-a ve 7/2-b maddelerine de herhangi bir atıf yapılmamıştır. Bu düzenlemelerin ceza hukuku açısından kullanılacağına ilişkin net bir düzenleme ya da atıf yapılmaması kanunilik ve ceza hukukunda kıyas yasağı ilkelerine aykırı düşmektedir. Kanaatimizce söz konusu hususun SMK'nin 30/1. maddesi hükmüne eklenerek bu sorunun ivedilikle çözülmesi gerekmektedir.

3.1.4.3.7. *İktibas ve iltibas kavramlarının kanunilik ilkesi açısından değerlendirilmesi*

Ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisi, en basit hali ile kanunsuz suç ve ceza olmaz olarak ifade edilebilecek olan kanunilik ilkesidir. Kanunilik ilkesi gereğince ceza hukukunun tek esası kanundur³⁴⁷. Hukuk devleti, ceza hukuku açısından kendisini hukuki güvenlik olarak gösterir. Ceza hukukunda, hukuki güvenlik ise temelini suçta ve cezada kanunilik ilkesinde bulmaktadır³⁴⁸. Kanunilik ilkesi, normatif düzenlemede yer alan suç tanımlarının tüm unsurları ile birlikte açık, belirli şekilde gösterilmesini de zorunlu kılar. Suç teşkil eden fiillerin neler olduğu ve karşılığında öngörülen cezai müeyyidenin duraksamaya yer vermeyecek şekilde ortaya konması gerekmektedir. Aksi halde kişiler için hukuki güvenlik ve eşitlik sağlanamamış olur. Nitekim kanunilik ilkesi, devlet ve hakim karşısında bireylerin kamusal haklarının garantisidir³⁴⁹. Bu nedenlerle Kanun koyucu, ceza ihdas eden bir normatif düzenleme yaparken muğlak, her anlama gelebilecek, ucu açık ifadeler ve kavramlar kullanmaktan mutlak suretle kaçınmak zorundadır. Kişilerin hangi anlama geldiği belirsiz ceza normlarına göre hareketlerini düzenlemesi mümkün değildir. Ayrıca bu tip normatif düzenlemeler şahsi ve keyfi uygulamalara da neden olabilecektir³⁵⁰.

Kanunilik ilkesine uygun ceza normunun, suç teşkil eden fiillerin nelerden oluştuğu ve bu fiiller karşılığında hükmedilebilecek cezai müeyyidenin açık şekilde göstermesi gerekmektedir. Kanun koyucu, tüm açıklığı ceza normu içinde

³⁴⁷F. Erem (1954). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (3. Baskı). Ankara: İstiklal Matbaacılık, s. 5; Dönmezer ve Erman, **a.g.k.**, 1973, s. 20; E. Çetintürk ve A. R. Töngür (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 44.

³⁴⁸Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 54.

³⁴⁹Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 9.

³⁵⁰Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 551.

sağlayabileceği gibi eksik norm suretiyle de kanunilik ilkesine uygun ceza normu ihdas edebilir. Eksik norm tekniği ile suç teşkil eden fiillere karşı hükmedilebilecek cezai müeyyide ortaya konulduktan sonra tipikliğin belirlenmesi için aynı kanun içindeki farklı maddelere ya da farklı kanuna ait maddelere atıf yapılabilir. Bu durumda da suçta ve cezada kanunilik ilkesinin karşılanacağını söyleyebiliriz³⁵¹. Nitekim farklı madde ya da kanunlarda olsa dahi suçun tipikliği ve uygulanabilecek cezai müeyyide tüm açıklığı ile ortaya konulmuş olacaktır.

Çetintürk'e göre iktibas ve iltibas kavramları herkes tarafından farklı anlaşılmaya müsait, yoruma açık ve hukuki belirlilik açısından sorunlu kavramlardır. Özellikle iltibas kavramının yarattığı belirsizlik, hangi derecede benzerliğin karıştırılma ihtimali doğuracağını tespitinin zorluğu ve sübjektifliği suçun tespitini oldukça güçleştirmektedir. İktibas kavramı da belirsiz olmasına rağmen, aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin tespiti karıştırılma ihtimalinin tespitine göre daha az sorunludur³⁵². Hatta *Çetintürk*'e göre marka hakkına iltibas suretiyle tecavüzün suç olarak tanımlanması “büyük hata”dır³⁵³. Hangi kullanımın iltibas niteliğinde olacağının net bir şekilde tanımlanamaması maddenin uygulanmasında çelişkiler ortaya çıkartmakta ve hakime geniş takdir yetkisi sağlamakta, hangi fiilin suç sayılacağını tespitinde bilirkişilerin rolünün neredeyse hüküm kurma noktasına getirmektedir³⁵⁴. Bilirkişilerin yargı faaliyetindeki önemi, yargılama faaliyetine etkisi de gözetildiğinde³⁵⁵ bu durumun sakıncalı noktalara varabileceği açıktır. Ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında bilirkişilerin hukuki konularda mütalaa açıklayamayacakları, sadece hukuk dışındaki teknik konularda bilirkişilik yapabilecekleri unutulmamalıdır³⁵⁶. Öte yandan bilirkişi görüşlerinin bir delil olmadığı sadece delil hakkında bir açıklama niteliğinde olduğunu da akıldan çıkartmamak gerekmektedir. Bu kapsamda bilirkişinin görevi sadece eldeki delilleri kendi uzmanlık alanında inceleyerek delili açıklamaktır³⁵⁷.

³⁵¹Karaaslan, **a.g.k.** s. 4.

³⁵²Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 550-559.

³⁵³Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 557.

³⁵⁴Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 558.

³⁵⁵F. Berberoğlu Yenipınar (2018). *Ceza Mahkemelerinde Bilirkişilik* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 41.

³⁵⁶Berberoğlu Yenipınar, **a.g.k.**, 2018, s. 17.

³⁵⁷Y. Ünver ve H. Hakeri (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku* 3. Cilt (15. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 564.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun eksik norm tekniği ile ihdas edilmesinden dolayı suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim eksik norm tekniğinde suçun tipikliği açısından farklı maddelere hatta ceza hukukundan bağımsız maddelere dahi atıflar yapılarak kanunilik ilkesi karşılanmaktadır. Zira marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından getirilen eleştiriler iktibas ve iltibas kavramlarının tanımlanmamış, sınırlarının net şekilde ortaya konulmamış olması üzerinde yoğunlaşmaktadır³⁵⁸. İlgili ceza hükmünün eksik norm tekniği ile düzenlendiğini söyleyebilmek için tipikliği ortaya koyan en önemli kavramlardan olan iktibas ve iltibas kavramlarının tanımının başka hükümler ile yapılması gerekmektedir. Ancak şu an için iktibas ve iltibas kavramlarının tanım ve sınırlarının belirlenmesi işi yargı makamlarına, yargı makamları eli ile de bilirkişilere bırakılmış durumdadır. Bu hususun ise suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği, bugün iltibas olarak görülmeyen kullanımın her an bilirkişi marifeti ile iltibas oluşturan kullanıma dönüştürülmesinin mümkün olduğu açıktır. Öte yandan yukarıda bahsedildiği üzere iktibas ve iltibasın sadece marka ve işaretler açısından değil mal ve hizmet sınıflarını da kapsaması ancak bunun için SMK'nin 7/2-a ve 7/2-b maddelerine atıf yapılmamış olması da marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunu kanunilik ilkesi karşısında güçsüz duruma düşürmektedir.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu ve kanunilik ilkesi açısından tespit edilen bu sıkıntının giderilebilmesi için iktibas ve iltibas kavramlarının normatif düzenlemeler ile açıklanması ve SMK'nin 30/1. maddesinde SMK'nin 7/2-a ve 7/2-b maddesine atıfta bulunularak iktibas ve iltibasın hem marka ve işaret arasında hem de marka ve işaretin üzerinde kullanıldığı mal ya da hizmet arasında aranması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır.

³⁵⁸Güneş, a.g.k., 2020a, s. 544 - 545.

3.1.4.4. Marka hakkına ictibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun seçimlik hareketleri

3.1.4.4.1. Genel olarak

Suçun kanuni tanımına uygun olmadıkça bir başka ifade ile tipik olmadıkça ceza hukuku açısından ele alınabilecek bir hareketten söz edilemez.

Suçları, hareketlerin kanuni tanımındaki şekillerine göre tek hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlar, kesintisiz suçlar ve ihmali suçlar olarak sınıflandırmak mümkündür³⁵⁹.

Ortaya çıkması için tek hareketin³⁶⁰ icrasının yeterli olduğu suç tipine *tek hareketli suç* denilmektedir³⁶¹. Tek hareketin icrası ile oluşmayan, kanuni tanımda yer verilen birden çok hareketin birlikte icra edilmesi şartı ile ortaya çıkan suçlara ise *çok hareketli suçlar* denilmektedir³⁶². Suçun kanuni tanımında birden fazla hareket tipine yer verildikten sonra suçun, kanuni tanımda yer verilen tipik hareketlerden sadece bir tanesinin icrası ile dahi işlenebileceğinin belirtildiği suçlara *seçimlik hareketli suçlar* denir³⁶³. Bu tip suçlar, suçun kanuni tanımında yer verilen hareket türlerinden birisinin ya da bir kısmının veya hepsinin icrası ile vücut bulabilir. Bir başka ifade ile aynı suç konusuna yönelik olmak kaydı ile suçun kanuni tanımında yer verilen tüm hareketler icra edilse dahi tek bir suç oluşacaktır³⁶⁴. Suçun kanuni tanımında harekete yönelik bir tanımlama yapılmamış ise o suç, kanuni tanımda belirtilen neticeyi meydana getirme kabiliyeti olan her türlü hareket ile işlenebilir. Bu tip suçlar, *serbest hareketli suçlar* olarak adlandırılır³⁶⁵. Bunun aksine suçun kanuni tanımında harekete yönelik bir tanımlama, sınırlandırma yapılmış ise bu tip suçlara *bağlı hareketli suçlar* denilmektedir³⁶⁶. Bağlı hareketli suçun meydana gelmesi için kanuni tanımda tarif edilen hareketin ya da hareketlerin icra edilmesi gerekmektedir. Bu hareketler icra

³⁵⁹Koca ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2018, s. 122.

³⁶⁰Fiilin tekliğı doğal anlamda değil hukuki anlamda ele alınmalıdır. Örneğın yaralama fiilinde birden çok kere atılan yumruk darbesi hareketin tekliğini etkilemeyecektir. Birden çok yumruk darbesi ile gerçekleştirilen yaralama fiili tek bir fiildir.

³⁶¹Dönmezer ve Erman, **a.g.k.**, 1973, s. 400; Koca ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2018, s. 122.

³⁶²Dönmezer ve Erman, **a.g.k.**, 1973, s. 401; Koca ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2018, s. 122; Özgenç ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2020, s. 45.

³⁶³Dönmezer ve Erman, **a.g.k.**, 1973, s. 400.

³⁶⁴Dönmezer ve Erman, **a.g.k.**, 1973, s. 401; Koca ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2018, s. 124.

³⁶⁵Koca ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2018, s. 123; Özgenç ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2020, s. 45.

³⁶⁶Koca ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2018, s. 123; Özgenç ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2020, s. 45.

edilmeksizin suç oluşmayacaktır. *Kesintisiz suçlar*, kanuni tanımda belirtilen hareketin kesintisiz olarak icra edildiği suçlardır³⁶⁷. Örneğin, uyuşturucu madde bulundurma suçunda uyuşturucu maddenin fail tarafından hakimiyet altında tutulduğu süre boyunca bu suçun kesintisiz olarak işlendiği söylenebilir. Fail, hakimiyeti altına aldığı uyuşturucu maddeyi hakimiyeti altından çıkarttığı anda bu suç sona erer. Ancak bu süre boyunca geçen zaman ne kadar uzun olursa olsun suç tekdir.

SMK'nin 30/1. maddesine göre başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üretmek veya hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, ticari amaçla bulundurmak, nakletmek ya da depolamak suç olarak tanımlanmıştır. Suçun kanuni tanımına göre, tanımda belirtilen birden çok tipik hareketten sadece bir tanesinin icrası ile suç vücut bulacaktır. Bu nedenle bu suç tipi tek ve seçimlik hareketli suçlar kategorisindedir. Aynı zamanda hareket şekillerinin tanımda sınırlandırılmış olması nedeniyle bağlı hareketli suçlar kategorisinde de yer almaktadır.

SMK'nin 30/1. maddesinde yer alan hareketleri tek tek incelemeden önce normatif düzenlemede yer alan "*başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek*" ifadesine dikkat çekmek gerekmektedir. Zira, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz etmeksizin mal üretmek veya hizmet arz etmek, satışa çıkartmak veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak hareketleri marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunu oluşturmayacaktır. Nitekim normatif düzenlemede yer alan iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz etmek hareketi, ele aldığımız suçun işlenmesinde araç hareket olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶⁸. Kanuni tanımda yer alan hareketlerin araç hareket olmaksızın işlenmesi halinde suç oluşmayacaktır.

3.1.4.4.2. Tüm seçimlik hareketler açısından ön şart olarak markasal kullanım zorunluluğu

Markasal kullanım, mütecaviz işaretin tescilli markanın kaynak gösterme fonksiyonuna saldıracak şekilde ve marka işlevine uygun olarak kullanılması bir başka

³⁶⁷Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 125.

³⁶⁸Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 608.

ifade ile marka yerine geçmek üzere kullanılması anlamına gelmektedir³⁶⁹. Markasal kullanım, ortalama tüketici tarafından işaretin birlikte kullanıldığı mal ya da hizmetin kaynağını gösterdiğini kabul etmesine yarayacak nitelikteki kullanımdır^{370, 371}. Öte yandan herhangi bir mal ya da hizmetle ilişkilendirilmemiş kullanım markasal kullanım olarak nitelendirilemeyecektir³⁷². Markasal kullanımın markanın fonksiyonlarından hangileri ile ilişkili olduğuna yönelik farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. *Dirikkan*'a göre, markasal kullanım sadece kaynak gösterme fonksiyonunu değil buna ek olarak reklam ve garanti fonksiyonunu da kapsamaktadır³⁷³. Ancak çalışmamızın daha önceki bölümlerinde açıkladığımız üzere markanın kaynak gösterme fonksiyonu tanınmış ya da tanınmamış olsun tüm markalar açısından oldukça önemli iken markanın reklam ve garanti fonksiyonları ancak tanınmış markalar açısından önem kazanmaktadır. Dolayısıyla markasal kullanım ile markanın reklam ve garanti fonksiyonlarının ilişkilendirilmesi tanınmamış markalar açısından markasal kullanım kavramını çok fazla ve aleyhe şekilde genişletecektir. Bu nedenle markasal kullanımın, tanınmamış markalar açısından tespitinde kullanımın sadece kaynak gösterme fonksiyonuna saldırıp saldırmadığının incelenmesi ile yetinilmesi yerinde olacaktır.

Marka hakkına tecavüz suçunun oluşabilmesi için tescilli markaya iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz eden işaretin markasal olarak kullanılması ön şarttır. Bu şart, SMK'nin 30/1. maddesinde tanımlanan tüm seçimlik hareketler açısından aranması gereken bir ön şarttır.

³⁶⁹Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 134-135.

³⁷⁰İmirlioğlu, **a.g.k.**, 2018, s. 190.

³⁷¹Yargıtay 19. CD. 18.01.2018, E.2015/34562, K.2018/342 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): "... Katılan vekilinin şikayet dilekçesi ile 2002/30739 tescil numaralı "..." markasının Türk Patent Enstitüsü nezdinde adlarına tescilli olduğu, sanığın ise bu markayı kullanarak restoran işlettiğini belirterek şikayetçi olması üzerine, kolluk görevlilerince yapılan tespitte sanığın dava konusu markayı "... Restoran" şeklinde kullandığı belirlenmiş, alınan bilirkişi raporunda "..." ibaresinin markanın ana unsuru olarak kullanıldığı ve bu haliyle sanığın eyleminin marka hakkına tecavüz teşkil ettiği yönünde görüş bildirilmiş ve sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmişse de; "..." Ege ve Akdeniz'de bulunan bir balık türü olup, markasal kullanım yönünden ayırt edicilik gücü zayıf olan bir kelimedir. Tescil belgesi incelendiğinde katılan adına tescilli olan 2002/30739 numaralı "..." ibaresinin bir kareografi oluşturmadığı, yalnızca harflerin yan yana dizilişi suretiyle oluşturulduğu, sanık ise dava konusu markayı "... Restoran" şeklinde kullanmakla birlikte, "..." kelimesinde bulunan "f" harfinin balık oltası şeklinde yazıldığı, bu haliyle katılan adına tescilli marka ile karıştırılma ihtimali bulunmadığı ve 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61/A-1 maddesinde düzenlenen suçun oluşmadığı" tespit edilmiştir.

³⁷²İmirlioğlu, **a.g.k.**, 2018, s. 190.

³⁷³H. Dirikkan (2003). *Tanınmış Markaların Korunması*. Ankara, s. 272. 'den aktaran Kart, **a.g.k.**, 2019, s. 125.



Şekil 2.12. *TMPK'nun 2005/12673 tescil numaralı. "BUGS BUNNY"*

Örnek vermek gerekirse yukarıda yer verilen "*Bugs Bunny*" şekil markasının kıyafet üzerine salt süsleme amacıyla, ortalama tüketici tarafından süslemede yer alan karakterin marka olarak algılanmayacağı şekilde basılması durumunda söz konusu iktibas veya iltibas içerikli kullanım marka hakkına tecavüz suçunu oluşturmayacaktır³⁷⁴. Nitekim böyle bir kullanımda markanın kaynak gösterme fonksiyonuna yönelen bir saldırı bulunmamaktadır. Böyle bir kullanımda tüm seçimlik hareketler açısından aranan markasal kullanım ön şartı yani araç hareketi gerçekleşmediğinden suçun maddi unsuru tam olmayacaktır. *Çetintürk*'e göre mütecaviz işaretin mal üzerinde ya da hizmet ile birlikte kullanımının markasal kullanım olmadığı durumlarda suçun maddi unsurunun yokluğu yanında suçun manevi unsuru da oluşmaz³⁷⁵. Ancak böylesi bir durumda fikri hak ihlali ya da haksız rekabet hususu değerlendirmeye alınabilir.

Markasal kullanım, mütecaviz işaretin bir mal ya da hizmet ile birlikte, mal ya da hizmet ile bağlantılı olarak kullanılması zorunluluğunu da ortaya çıkartmaktadır. Bu nedenle bir mal ya da hizmet ile birlikte kullanılmaksızın, bağımsız olarak markanın ya da ambalajın ya da benzerinin üretilmesi marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunu oluşturmayacaktır. Örneğin "*Lacoste*" markasında bulunan timsahın aynısının ya da karıştırılma ihtimali doğuracak derecede benzerinin bir mala iliştilmeksizin dokunarak üretilmesi halinde kullanımın bir mal ile bağlantılı olmaması nedeniyle marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz suçu oluşmayacaktır. Ancak dokumanın hazır bulunan ya da hazırlanmaya başlanmış gömleklere dikilmek üzere

³⁷⁴Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 655.

³⁷⁵Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 656-657.

üretilmesi halinde marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz suçuna teşebbüsün ortaya çıkacağı unutulmamalıdır.

3.1.4.4.3. *Mal üretmek veya hizmet sunmak*

Kelime anlamı ile *üretmek* “*Ekonomik bir etkinlik sonucu ürün elde etmek; oluşturmak, yaratmak, meydana getirmek.*³⁷⁶” olarak tanımlanmaktadır. SMK’nin 30/1. maddesi kapsamında üretmek fiili, özelliği veya niteliği ya da niceliği tescilli marka altında üretilen markaya benzesin ya da benzemesin tescilli marka ile aynı ya da karıştırılma ihtimali doğuracak derecede benzeri işaret kullanılarak bir mal ortaya çıkartmak olarak tanımlanabilir.

SMK’nin 30/1. maddesi kapsamında üretmek fiilinin kabulü için tescilli markaya iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz eden işaretin kullanıldığı malın satışa arz edilmeye hazır olacak şekilde ortaya çıkartılmış olması gerekmektedir. Suçun oluşması için satışa arz edilmeye hazır şekilde ortaya çıkartılmış malın satışa arz edilmesine gerek yoktur. Satışa arz edilmeye hazır olmayan bir malın üretilmiş olduğunu kabul etmek olanaksızdır. Böylesi bir durumda ancak teşebbüs hükümleri uygulanabilir. Özmen’e göre de üretilmiş ancak marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz eden işaretlerin üzerine yerleştirilmediği ürünlerin mevcudiyeti de suçun tamamlanmış sayılması için yeterlidir³⁷⁷. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere bu görüşe katılmamaktayız.

TDK’ye göre *hizmet* “*Birinin işini görme veya birine yarayan bir iş yapma*³⁷⁸” olarak tanımlanmaktadır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun(TKHK)’un 3/1-d maddesi uyarınca hizmet; “*bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu*” olarak tanımlanmaktadır. SMK’nin 30/1. maddesi kapsamında hizmet sunmak fiili, Nice Anlaşması’na göre belirlenen 11 sınıfta yer alan hizmet türlerinin, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz eden işaretin kullanılarak piyasaya arz edilmesi olarak tanımlanabilir³⁷⁹.

³⁷⁶TDK Güncel Sözlük. <https://sozluk.gov.tr/>

³⁷⁷Özmen, a.g.k., 2020, s. 88.

³⁷⁸TDK Güncel Sözlük. <https://sozluk.gov.tr/>

³⁷⁹Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 613.

Hizmet sunmak fiilinin ne zaman tamamlandığının tespiti üretmek fiilinin ne zaman tamamlandığının tespitinden çok daha zordur. Hizmetin piyasaya arz edilmeye uygun hale getirilmiş olması, hizmetin ifa edilmesi için gerekli vasıtaların hazır edilmiş olması genel hatları ile fiilin tamamlandığını işaret etse de her somut olay için ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir³⁸⁰.

3.1.4.4.4. İthal veya ihraç etmek

Genel olarak T.C. sınırları içerisine, herhangi bir yabancı ülkeden, ticari amaçlarla mal getirmek ithal etmek, T.C. sınırları içerisinde bulunan malı, ticari amaçlarla herhangi bir yabancı ülkeye götürmek ise ihraç etmek olarak tanımlanabilir. SMK'nin 30/1. maddesi kapsamında ithal etmek, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz eden işaretin üzerinde kullanıldığı malın T.C. sınırları içerisine, ticari amaçlarla herhangi bir yabancı ülkeden sokulması; ihraç etmek ise aynı nitelikte malın T.C. sınırları içerisinden, ticari amaçlarla herhangi bir yabancı ülkeye çıkartılması olarak ifade edilebilir.

SMK'nin 30/1. maddesi kapsamında ithal etmek veya ihraç etmek fiilleri için ithalat ya da ihracatın hangi yolla gerçekleştirildiğinin, işlemin ekonomik ya da fiziksel hacminin hiçbir önemi yoktur³⁸¹. Hatta söz konusu malların ithalat ya da ihracat için gümrük işlemlerine tabi tutulmuş olması da gerekmemektedir. Bir başka ifade ile ithalat ya da ihracat işlemlerinin kaçak yollarla ya da yasal yollarla gerçekleştirilmesinin önemi yoktur³⁸². Önemli olan marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz teşkil eden işaretin üzerinde kullanıldığı malın ithalat ya da ihracatta kullanılmasıdır. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz eden işaretin üzerinde kullanıldığı malın ihraç edildiği, ihraç edilen yabancı ülkede ortaya çıkması halinde de SMK'nin 30/1. Maddesi hükmü uyarınca şikâyet üzerine Türkiye'de cezai takibat yapılacaktır³⁸³.

Belirttiğimiz üzere iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu açısından ithal ya da ihraç edilen malların kaçak yollarla ithal ya da ihraç edilmesi de mümkündür. Ancak bu halde ayrıca Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu/(KMK) hükümleri

³⁸⁰Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 614.

³⁸¹Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 615.

³⁸²Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 145.

³⁸³Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 615.

de uygulama alanı bulabilecektir. KMK'nin 3/1. maddesine göre “Eşyayı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Eşyanın, gümrük kapıları dışından ülkeye sokulması halinde, verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılır.”



Şekil 2.13. TMPK'nun 132198 tescil numaralı. "ADIDAS OUTLET"

Gümrük işlemlerine tabi tutulmaksızın yani kaçak olarak ithal edilen malın üzerinde iktibas ya da iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz eder nitelikte bir işaretin kullanılmış olması halinde, örneğin üzerinde "Adidas Outlet" ibaresi olan ayakkabıların gümrük kapılarından, gümrük işlemlerine tabi tutulmaksızın sokulması halinde, tek bir hareket ile ortaya hem KMK'nin 3/1. maddesinde hem de SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen iki farklı suç ortaya çıkmış olacaktır. Ancak böylesi bir durumda TCK'nin 44. maddesinde belirtilen "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır." hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Nitekim mütecaviz işareti üzerinde barındıran malın ithal ya da ihracı öncesinde fail, söz konusu malları üretmiş ya da ticari amaçla satın almış ya da ticari amaçla bulundurmış ya da ticari amaçla nakletmiş ya da ticari amaçla depolamış olmak zorundadır. Bu nedenle de söz konusu fiiller ile SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suç işlenmiş olacaktır. Dolayısı ile ihraç ya da ithal etme fiilleri yeni bir fiil olarak karşımıza çıkacaktır. Bu nedenlerle fail hakkında farklı neviden fikri içtima uygulanması mümkün olmayacaktır³⁸⁴.

³⁸⁴Yargıtay 19. CD. E.2016/13094, K.2017/3661 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): "Marka hakkına tecavüz suçundan şüpheli ... hakkında yapılan soruşturma evresi sonucunda, Kemer Cumhuriyet Başsavcılığı'nca verilen 25.11.2015 tarihli ve 2015/4051-2602 sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararına yönelik itirazın reddine ilişkin Antalya 2. Sulh Ceza Hakimliği'nin 12.02.2016 tarihli ve 2016/317 değişik iş sayılı kararı aleyhine, Adalet Bakanlığı'nın 02.08.2016 gün ve 8154 sayılı kanun yararına bozma istemini içeren yazısı ekindeki dava dosyası, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 19.09.2016 gün ve KYB. 2016/327485 sayılı ihbarnamesi ile dairemize gönderilmekle okundu. Anılan ihbarnamede, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesinde yer alan "Cumhuriyet Savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını

KMK'nin 3/8. maddesi hükmü uyarınca "İhracı kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeden çıkaran kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır." Kanun koyucu sadece kanunlarla yasaklanmış olan eşyaların ihrac edilmesi halinde cezai sorumluluk öngörmüştür. Bu nedenle her marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz teşkil eden işaretin kullanıldığı malın ihracı halinde hem

açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Cumhuriyet Savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür." şeklindeki düzenleme karşısında, Cumhuriyet Savcısının soruşturma yapmak zorunda olduğu, somut olayda şüphelinin işyerinde yapılan aramada ele geçirilen ve gümrük kaçağı olduğu tespit edilen saat ve güneş gözlükleri bakımından müşteki şirketin marka haklarının ihlal edildiği iddiası ile şikayet dilekçesi verilmiş olduğu, ancak şüpheli hakkında şikayete konu gümrük kaçağı eşyalar nedeniyle daha önce kaçakçılık suçundan açılmış olan dava gerekçe gösterilerek mükerrer soruşturma nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği anlaşılmış ise de şüpheli hakkında daha önce açılan kamu davasının konusunun kaçakçılık suçu olduğu, bu sebeple marka hakkına tecavüz yönünden yapılan şikayetin konusunun farklı olduğu cihetle, soruşturmaya devam edilmesi gerektiği gözetilmeden, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın kanun yararına bozulması isteminde bulunulmakla, Gereği görüşülüp düşünüldü: ... Suç tarihinde yürürlükte bulunan ve 21.01.20019 tarihli 4722 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu 556 sayılı KHK'nin 61/A-1 maddesinde yer alan, güncel haliyle 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 30. maddesinde yer alan "marka hakkına tecavüz" suçunun unsurlarının, "Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üretmek, satışı arz etmek veya satmak, ithal ya da ihrac etmek, ticari amaçla; satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak" olduğu, suçun oluştuğunun her türlü delille ispatının mümkün olduğu, bu hususta soruşturmaya konu olay özelinde, kaçakçılık suçuna dair soruşturma dosyasından temin edilen arama, el koyma tutanağının marka hakkına tecavüz iddiasıyla başlatılan soruşturma dosyasına kazandırıldığı, aynı şüphelinin aynı eylemi hakkında Kemer 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2015/331 Esas sayılı dava dosyasında sadece kaçakçılık suçundan kamu davası açıldığı görülmektedir. Somut olaya bakıldığında; şikayete konu ürünlerin, şikayetçinin hak sahibi olduğu markanın yurt dışından kaçak yollarla yurda giren ve bilinen ürünlerin taklitleri oldukları, bu nedenle kaçakçılık suçundan şüpheli hakkında kamu davası açıldığı, ancak aynı zamanda 556 sayılı KHK'de yer alan marka hakkına tecavüz suçundan dolayı bir kamu davası açılmadığı görülmekte, Cumhuriyet Savcılığı tarafından, soruşturma konusu olayla ilgili olarak başka bir soruşturma dosyasında iddianame düzenlendiğinden bahisle, marka hakkına tecavüz suçundan dava açılmasının mükerrer yargılamaya neden olacağı gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği anlaşılmaktadır. 5271 sayılı CMK'nin 255/1. maddesinde açıkça yazılı olduğu üzere; "Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verilir." Suça konu maddi olay nedeniyle şüpheli hakkında Kemer 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2015/331 Esas sayılı dava dosyası kapsamında 5607 sayılı Kanun'da unsurlarının yer aldığı kaçakçılık suçlarına dair cezalandırılması için kamu davası açılmış ve devam etmektedir. 556 sayılı KHK'de unsurları yazılı marka hakkına tecavüz suçları ile kaçakçılık suçlarının unsurları birbirinden farklı eylemleri içermekte, adı geçen maddelerde farklı ceza hükümleri öngörülmekte, yargılama usulleri de farklılıklar arz etmektedir. Soruşturma dosyasında mevcut deliller kapsamında yeni bir araştırma yapılmasına lüzum görülmeksizin, Kemer 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2015/331 Esas sayılı dava dosyası kapsamında toplanan mevcut delillere atıfla, somut olayda; marka hakkına tecavüz suçundan da ayrı bir kamu davası açılması gerektiği ..." anlaşılmıştır.

SMK'nin 30/1. maddesi hem de KMK'nin 3/8. maddesi hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz teşkil eden işaretin kullanıldığı malların kanunen ihraç edilmesi yasaklanmış olması halinde hem KMK hem de SMK ile düzenlenen suç tipleri uygulama alanı bulabilecektir.

Bu noktada marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz teşkil eden işareti taşıyan malların Türkiye üzerinden transit geçirilmesi veya T.C. sınırları içerisinde serbest ticaret bölgelerde tutulması halinde yine marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek ithal ya da ihraç etmek suçunun oluşup oluşmayacağı değerlendirilmelidir. Tecavüz ihtiva eden işareti üzerinde taşıyan malın Türkiye üzerinden transit geçişi ya da serbest ticaret bölgesinde tutulması halinde mal, yurt dışından gelip iç piyasaya sürülmediği; doğrudan başka ülkelere götürüldüğünden dolayı mal fiilen ve hukuken ithal edilmiş sayılamaz³⁸⁵. Ancak SMK'nin 30/1. maddesi hükmünde, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz eden işaretin üzerinde kullanıldığı malın ticari amaçla nakledilmesi de suç olarak tanımlandığından bu neviden malları transit geçişe tabi tutan ya da başka bir ülkeye götürmek üzere serbest ticaret bölgesinde tutanlar şikâyet üzerine yine SMK'nin 30/1. maddesi kapsamında cezai takibata uğrayacaktır.

3.1.4.4.5. Satışa arz etmek veya satmak

TDK'ye göre *satmak* “Bir değer karşılığında bir malı alıcıya vermek” olarak tanımlanmaktadır³⁸⁶. Hizmet açısından da satmak fiili, bir değer karşılığında bir hizmeti alıcıya sağlamak olarak tanımlanabilir. Satışa arz etmek ise bir değer karşılığında bir malı alıcıya vermeye ya da hizmeti sunmaya hazır olunduğunun herhangi bir araç ya da yöntem ile duyurulması olarak tanımlanabilir. SMK'nin 30/1. maddesi kapsamında satmak fiili, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz teşkil eden işaretin kullanıldığı mal ya da hizmeti bir değer karşılığında alıcıya vermek ya da sunmak olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı şekilde vermeye ya da sunmaya hazır olunduğunun herhangi bir araç ya da yöntem ile duyurulması da SMK'nin 30/1. maddesinde yer alan satışa arz etmek fiilini karşılayacaktır.

³⁸⁵Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 625.

³⁸⁶TDK Güncel Sözlük. <https://sozluk.gov.tr/>

Kanaatimizce satmak, satıŖa arz etmek fiilini de kapsamaktadır. Nitekim bir mal ya da hizmet satıŖa arz edilmeksizin satıŖ iŖlemine konu olması mümkün değildir. SMK'nin 30/1. maddesi hükmünde satıŖa arz etmek fiiline yer verildikten sonra bir de satmak fiilinin kanuni tanıma alınması anlamsız olmuŖtur. SatıŖa arz fiilinin tamamlanma anı, failin suça konu mal ya da hizmeti bir bedel karŖılıęında alıcıya vermeye ya da sunmaya hazır olduğunu ortaya koyacak davranıŖlarda bulunması anıdır. Satmak fiilinin tamamlanma anı ise satıŖ szleŖmesine konu malın mülkiyetinin ve zilyetliğinin alıcıya devredilmesi anıdır. SatıŖ szleŖmesinin yapılması ancak szleŖmeye konu malın mülkiyetinin ve zilyetliğinin alıcıya devredilmediği durumda satıŖ gerekleŖmeyecektir. Ancak böyle bir durumda dahi satıŖa arz fiili tamamlandığı için failin SMK'nin 30/1. maddesi kapsamındaki sorumluluğu bakidir. SatıŖa arz fiiline de suçun kanuni tanımında yer verilmemiŖ olsaydı böyle bir durumda failin TCK'nin 35. maddesinde düzenlenen teŖebbs hükümleri uyarınca cezai sorumluluğu doğacaktır. Ancak satıŖa arz fiilinin de suç kapsamına alınması sonrasında satmak fiilinin de ayrıca suç olarak tanımlanması hukuki açıdan farklı bir sonuç doğurmamaktadır.

Satmak ya da satıŖa arz etmek fiilleri için ticari saik aranmadığından dolayı marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek retildeğini bildiği bir malı kullandıktan sonra ikinci el olarak satan kiŖi de bu suçu iŖlemiŖ olacaktır.

SatıŖa arz etmek fiilinin içerisinde failin, hakimiyeti altında bulundurduğu malı kiralamayı teklif etmesi satmak fiilinin içerisinde de kiralaması bulunmamaktadır. Bu nedenle marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz teŖkil eden iŖaretin üzerinde kullanıldığı malın kiralanmasının teklif edilmesi ya da kiralanması bu seçimlik hareket içerisinde değerlendirilemeyecektir. Ancak kiralamanın gerekleŖtirilebilmesi için malın ticari amaçla failin uhdesinde bulunması gerektiğinden fail, Ŗikayet zerine yine SMK'nin 30/1. maddesi hükmü uyarınca cezai takibata uğrayacaktır. Nitekim marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz teŖkil eden iŖaretin üzerinde kullanıldığı malın ticari amaçla bulundurulması da suç olarak tanımlanmıŖtır. Öte yandan kiralama hizmeti hizmet satıŖı olarak da değerlendirileceğinden bu halde de suç tamamlanmıŖ olacaktır.

3.1.4.4.6. *Ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak*

Satın almak, bir mal ya da hizmeti satış sözleşmesinde belirlenen bedeli ödeyerek kendisine mal etmek ya da hizmetten yararlanmak olarak tanımlanabilir³⁸⁷. SMK'nin 30/1. maddesi kapsamında satın almak, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz teşkil eden işareti taşıyan malı ticari amaçlarla kendisine mal etmek ya da aynı nitelikteki işaret altında sunulan hizmetten ticari amaçlarla yararlanmak olarak tanımlanabilir.

Bulundurmak, bir şeyi ya da eşyayı hakimiyeti altında tutmak anlamına gelmektedir. SMK'nin 30/1. maddesi kapsamında bulundurmak, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz teşkil eden işareti üzerinde bulunduran malı ticari amaçlarla hakimiyet altında tutmaktır. Hakimiyetten kasıt sadece yanında bulundurmak değil, dilediği her an ulaşabilecek ve tasarrufta bulunabilecek şekilde evinde, aracında, işyerinde vs. tutmak anlamına gelmektedir³⁸⁸.

Nakletmek “*Bir yerden başka bir yere geçirmek, iletmek*” olarak tanımlanmaktadır³⁸⁹. SMK'nin 30/1. maddesi kapsamında nakletmek, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz niteliğinde olan işareti üzerinde taşıyan malın ticari amaçlarla bir yerden başka bir yere götürülmesi, iletilmesi olarak tanımlanabilir. Failin cezai sorumluluğu için naklin bizzat fail ya da failin nakil işlemi için anlaştığı üçüncü bir kişi tarafından yapılmasının bir farkı bulunmamaktadır³⁹⁰.

Depolamak, doğrudan hakimiyet altında bulundurulması imkânsız olan malların bir yerde muhafaza edilmesi olarak tanımlanabilir³⁹¹. SMK'nin 30/1. maddesi kapsamında depolamak, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz niteliğinde olan işareti üzerinde taşıyan malın satışa arz edilmeden ticari amaçlarla muhafaza edilmesi olarak tanımlanabilir. Depolama alanı bizzat faile ait olabileceği gibi failin anlaştığı üçüncü kişiye de ait olabilir.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun seçimlik hareketlerinden olan satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak fiilleri failin

³⁸⁷TDK Güncel Sözlük. <https://sozluk.gov.tr/>

³⁸⁸Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 637.

³⁸⁹TDK Güncel Sözlük. <https://sozluk.gov.tr/>

³⁹⁰Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 638.

³⁹¹Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 638.

saiki açısından sınırlandırmaya tabi tutulmuştur³⁹². Bu suç tipi açısından, belirtilen seçimlik hareketler açısından failin sadece kasten hareket etmesi yeterli değildir. Failin, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz teşkil eden işaretin üzerinde kullanıldığı malı bulundurması, nakletmesi, depolaması veya aynı nitelikteki işaretin kullanıldığı mal ya da hizmeti satın alması sırasında ticari saikinin bulunması gerekmektedir. Belirtilen seçimlik hareketlerde aranan ticari saik hususu tipikliğinin manevi unsurları başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

3.1.4.4.7. Mütcevaz işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de belirttiğimiz üzere marka, teşebbüslerin ürettikleri ya da arz ettikleri mal ya da hizmetleri birbirinden ayırma özelliğini haiz iken ticaret unvanı ya da işletme adının, mal ya da hizmetlerden bağımsız olarak işletmeleri birbirinden ayırma özelliği vardır. Bu noktada marka ve ticaret unvanı ya da işletme adı birbirinden ayrılmaktadır. Öte yandan mütcevaz işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması hali suçun ön şartı olan markasal kullanımı da karşılamayacaktır.

SMK'nin 7/3-e maddesine göre marka hakkına iktibas ya da iltibas suretiyle tecavüz teşkil eden “işaretin, ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması”, SMK'nin 7/3-ç maddesine göre aynı neviden “işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması” durumları marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilmiştir. Marka olarak tescilli işaretin tecavüz fiili oluşacak şekilde ticaret unvanı ya da işletme adı olarak işletmenin internet sitesinde, kartvizitinde, antetlerinde ve sair yerlerde kullanımı marka hakkına tecavüz niteliğinde olsa da marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunu oluşturmayacaktır. SMK'nin 30. maddesinde belirtilen suçun seçimlik hareketleri arasında markanın mal veya hizmetten ayrı olarak ticaret unvanı ya da işletme adı olarak çeşitli şekillerde kullanılması sayılmamıştır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve ceza hukukunda geçerli olan kıyas yasağı nedeniyle bu fiillerin suç oluşturmayacağı ancak hukuki koruma kapsamında değerlendirilebileceği açıklıkla söylenebilir.

³⁹²Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 637.

Öte yandan hizmet markaları açısından marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz eden işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması hali bazı durumlarda SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suçun oluşmasına sebebiyet verebileceğini de belirtmek gerekir. Hizmet sunumu ile işletme adının birbiri ile çok sıkı ilişki içerisinde olduğu durumlarda işletme adı olarak kullanılan mütecaviz işaretin hizmeti nitelemesi gibi bir durum ortaya çıkabilir. Bu halde mütecaviz olarak kullanılan işaret ile hizmet arasında bir bağ kurulacak ve SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suçun maddi unsuru ortaya çıkacaktır. Ticaret markaları açısından tespiti kolay olsa da hizmet markaları açısından bu durumun titizlikle ve somut olayın özelliklerine göre irdelenmesi, kullanımın markasal nitelikte olup olmadığının tespiti gerekmektedir³⁹³.

³⁹³Yargıtay HGK. 21.02.2019, E.2017/11-119, K.2019/187 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): *"Taraflar arasındaki 'ticaret unvanının terkin ve marka hükümsüzlüğü' davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İstanbul 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesince asıl ve karşı davanın reddine dair verilen 05.04.2012 tarihli ve 2009/134 Esas 2012/79 Karar sayılı karar davacı/karşı davalı vekili tarafından temyiz edilmekle Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 15.05.2013 tarihli ve 2012/10875 Esas 2013/9979 Karar sayılı kararı ile; ... Davacı/karşı davalı vekili, müvekkilinin ... ibareli markası olduğunu, reklam, promosyon ve organizasyon alanında faaliyette bulunduklarını, www. com isimli alan adlarının olduğunu, davalının ise ticaret unvanında ... ATÖLYESİ ibaresini kullandığını, 'www. ...atolyesi.com' alan adının bulunduğunu, davalının kullanımının iltibasa neden olacağını, haksız yarar elde edeceğini ileri sürerek marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespitini, menini, davalının ticaret unvanından ... ibaresinin tekini, internet alan adının kullanımının durdurulmasını, 10.000,00-TL manevi tazminatın tahsilini, hükmün ilanını talep ve dava etmiştir. Davalı/karşı davacı vekili, davacı markasının cins, vasıf bildirdiğini, bu ibarenin herkesin kullanımına açık olduğunu, anılan ibarenin tescilinin mümkün bulunmadığını savunarak asıl davanın reddini, karşı davada ise davacı markalarının hükümsüzlüğünü ve ticari itibarlarının zedelenmesi nedeniyle 1.000,00-TL manevi tazminatın tahsilini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davacı/karşı davalının ... ibaresinin zayıf marka olduğu, başka unsur ve ilavelerle ayırt edicilik kazandırılabilirliği, davacı markası ile davalı ticaret unvanının benzer olmadığı, iltibas tehlikesi bulunmadığı, dolayısıyla markaya tecavüz ve haksız rekabetin söz konusu olmadığı, davacı/karşı davalının markasına ayırt edicilik kattığı, hükümsüzlük şartlarının bulunmadığı gerekçesiyle asıl ve karşı davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı/karşı davalı vekili temyiz etmiştir. 'Asıl dava, marka hakkına tecavüz, haksız rekabetin tespiti, meni, ticaret unvanının terkin, alan adının iptali ve manevi tazminat istemlerine ilişkin olup, mahkemece yukarıda açıklanan gerekçelerle asıl ve karşı davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, davacı/karşı davalının ticaret unvanı ve markasının kılavuz sözcüğü ... ibaresi olduğu gibi, davalı/karşı davacının ticaret unvanı ve alan adında da kılavuz sözcük ... ibaresinden oluşmaktadır. Ayrıca, davaya konu ... ATÖLYESİ ticaret unvanında geçen ATÖLYE ibaresi ise faaliyet türünü göstermiş olması itibarıyla 6762 sayılı TTK'nin 43. maddesi uyarınca ticaret unvanına ayırt edicilik katan ibare olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Anılan husus, davalı/karşı davacının alan adı olarak kullandığı tanıtma işareti bakımından da geçerlidir. Bu itibarla, mahkemece tarafların iddia ve savunmalarında dayandıkları marka, ticaret unvanı ve alan adının asıl unsurunun ... ibaresinden oluştuğu nazara alınarak, somut uyumsuzluğun buna göre çözümlenmesi gerekirken, yanlışlıklarla değerlendirilmelerle, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir..." gerekçesi ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir. ... Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının*

süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüldü: Asıl dava; markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti ile ticaret unvanının terkinini, internet adresine erişimin durdurulması ve manevi tazminat istemine; karşı dava ise marka hükümsüzlüğü ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı/karşı davalı vekili; müvekkilinin reklam, tanıtım, organizasyon, promosyon ve benzeri konularda faaliyet gösterdiğini ve "... ibareli müvekkili adına tescilli markaların bulunduğunu, müvekkilinin sektörde bu ibareyle tanındığını ve müvekkilinin "www. com.tr" alan adının da sahibi olduğunu, davalının 17.04.2009 kuruluş tarihinden itibaren ticaret unvanında "... ibaresini kullandığını, ayrıca "www. ...atolyesi.com" alan adının sahibi olduğunu, davalı şirketin müvekkiliyle aynı alanda faaliyet gösterdiğini, tarafların unvanlarında ve internet alan adreslerinde ayırt edici unsurun "... ibaresi olduğunu ve bu durumun tüketiciler nezdinde iltibasa yol açtığını, davalının "... ibaresinin yanına "atölye" ibaresini eklemesinin müvekkilinin markalarının bir serisi olarak algılanabileceğini, davalı eylemlerinin aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek davalının ticaret unvanından "... ibaresinin terkinini, davalı tarafından kullanılmakta olan "www. ...atolyesi.com" isimli siteye erişimin durdurulmasını, davalının reklam, kartvizit, broşür gibi tüm yazılı evrak ve tanıtım vasıtaları ile tabelasının tedbiren toplatılmasını ve imhasını, bu suretle davalının müvekkili markasına vaki tecavüzünün ve haksız rekabetinin men'ini, durdurulmasını, 10.000,00-TL manevi tazminatın faizi ile birlikte davalıdan tahsilini ve hükmün ilanını talep ve dava etmiş, karşı davanın ise reddini istemiştir.

Davalı/karşı davacı vekili; davacı/karşı davalı markasının cins, vasıf bildirdiğini, bu ibarenin herkesin kullanımına açık olduğunu ve anılan ibarenin tescilinin mümkün bulunmadığını ileri sürerek karşı davada davacı/karşı davalı markalarının hükümsüzlüğüne ve ticari itibarlarının zedelenmesi nedeniyle 1.000,00-TL manevi tazminatın davacı/karşı davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, asıl davanın ise reddini istemiştir. Yerel mahkemece; "... ibaresinin anlam itibarıyla halk arasında "uğur getirileceğine inanılan şey" olarak bilindiği ve tarafların faaliyet gösterdikleri sektörde başlı başına ... ibaresinin zayıf marka niteliğinde olduğu, özellikle markanın zayıf olması nedeniyle markanın yanında başka unsur ve olgularla desteklenmesinden dolayı iltibas olayının söz konusu olamayacağı, tarafların ticaret unvanındaki esaslı olan ana unsur ibarelerinin birebir örtüşmediği, davacının unvanındaki ana unsurun "... ibaresi iken davalının unvanındaki ana unsurun ise "... atölyesi" ibaresi olduğu, dolayısıyla davacı/karşı davalı unvanına tecavüzünün söz konusu olmadığı, davalı/karşı davacının "... atölyesi" ibaresini markasal olarak ve ibareye ayırt edici nitelik kazandırır şekilde kullandığı, bu halde de gerek tecavüz ve haksız rekabet iddialarının gerekse manevi tazminat talebinin dayanağının bulunmadığı, ayrıca karşı davada hükümsüzlük iddiasının sübut bulmadığı, kullanımın yasal zeminde olması nedeniyle tazminat koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle asıl ve karşı davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı/karşı davalı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda ... açıklanan gerekçelerle bozulmuştur. Yerel mahkemece, önceki kararda dayanan gerekçeler genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir. ... Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; asıl davada, davacının "... ibaresinin tescilli olarak marka ve ticaret unvanında kullanımı karşısında davalının ticaret unvanındaki ve internet alan adındaki kullanımında yer alan asıl unsurun hangi ibareden oluştuğu noktasında toplanmaktadır. ... Bilindiği üzere, dava tarihinde yürürlükte bulunan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir. Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ise 556 sayılı KHK'nin 9. maddesinde(6769 sayılı SMK'nin 7. maddesinde) sayılmıştır. ... Görüleceği üzere, tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve bu nedenle bağlantı ihtimali de dahil halk nezdinde karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin, markanın tescilli olduğu mallarla aynı veya benzer mallarda kullanılması marka hakkına tecavüz teşkil oluşturmaktadır. Karıştırılma ihtimalinden bahsedilmek için halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde, herhangi bir sebeple bir bağlantı kurması yeterlidir. Başka deyişle halk aldığı mal veya hizmetin başka bir işletmeye ait olduğunu bilse fakat güvendiği işletme ile mal veya hizmet aldığı işletme arasında ekonomik bir bağlantı bulunu zannetse bile "karıştırılma ihtimali" vardır. (Tekinalp, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s.434) Buradaki "halk" kavramından ortalama niteliklere sahip olan tüketicilerin anlaşılması gerekir. Hemen belirtilmelidir ki herhangi bir işaretin marka gibi kullanılması "markasal kullanım" olarak adlandırılmaktadır. Bir işaretin marka olarak kullanılıp kullanılmadığı ise o işaretle

Ticaret unvanı kullanımı altında markasal kullanımın tespiti halinde failin cezai sorumluluğunun da ayrıca araştırılması gerekmektedir.

3.2. Tipikliğin Manevi Unsurları

3.2.1. Genel açıklamalar

Tipikliğin maddi (objektif) unsurlarının mevcudiyeti yanında tipikliğin manevi unsurlarının mevcudiyeti olmadan fiili tipik haksızlık olarak nitelendirebilmek mümkün değildir. Haksızlığın bir diğer unsuru da manevi unsurdur³⁹⁴. Fail ile fiil arasında

karşı karşıya gelen ortalama niteliklere sahip bir tüketicinin algısına göre belirlenmelidir. Şayet ortalama tüketici, o işareti bir mal veya hizmetin markası gibi algılıyorsa markasal kullanımdan söz edilecektir. Markasal kullanımdan söz edebilmek için işaretin sadece mal veya hizmet üzerinde kullanılması zorunlu olmayıp, ilanlarda, kataloglarda, ticari belgelerde kullanılması mal veya hizmetle bağlantılı olarak markasal etki doğuracak şekildeki tüm kullanımları markasal kullanım oluşturacaktır (Bilge, Mehmet Emin; Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara, 2014, s. 116). Bu kapsamda daha önce tescil edilmiş bir markanın varlığı karşısında marka ile aynı veya benzer ibareler içeren bir ticaret unvanının veya markasal olarak kullanılması da marka hakkına tecavüz teşkil edecektir. Zira marka ve ticaret unvanı esas itibarıyla farklı işlevlere sahiptir. Ticaret unvanı bir taciri diğer tacirlerden ayırt etmeyi sağlarken, marka ise bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamaktadır. Ticaret unvanı veya unvanda yer alan bir kelime, ticaret siciline yazılı halinden farklı olarak mal veya hizmetle bağlantılı şekilde kullanılır ve bu kullanıma artık markasal değer atfedilirse 556 sayılı KHK'nin 9. maddesinde belirtilen durumun olduğu kabul edilerek marka hakkına tecavüz söz konusu olacaktır. Bu durumda ticaret unvanı, taciri değil, teşebbüsün mal veya hizmetini diğer bir teşebbüsün mal veya hizmetinden ayırt etme fonksiyonunu da üstlenmektedir. Buna karşılık ticaret unvanının markasal olmayan ve tescilli olduğu biçimde unvan olarak kullanılması durumunda marka hakkına tecavüzden ve haksız rekabetten söz edilemeyecektir (Bilge, s. 121). ... Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı şirketin "... ibareli markalarını ve ..." ibaresini içeren ticaret unvanını davalı şirketten önce kullanmaya başladığı ve tescil ettirdiği, davalı şirketin ise "..." ibaresi içeren ticaret unvanını davacı şirketten daha sonra tescil ettirdiği, ayrıca davalı şirketin ticaret unvanını "..." ibaresini ön plana çıkararak markasal olarak kullandığı ve internet alan adındaki kullanımın da markasal etki doğuracak şekilde olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca davacı şirketin "..." ibaresini tescilli olduğu sınıflarda kullanmak suretiyle ayırt edicilik kazandırdığı ve "..." ibareli markalarının tescilli olduğu hizmet sınıfı ile davalı şirketin faaliyet alanının benzer olduğu dosya kapsamı ile sabittir. Diğer yandan her iki tarafın ticaret unvanında yer alan "..." ibaresi, her iki unvanda da kılavuz sözcük olup, davalı unvanında yer alan "atölye" ibaresi ticaret unvanına ayırt edicilik unsuru katmamaktadır. Zira davalı şirketin ticari unvanının ayırt edici olma koşulunu sağlayan kısmı "..." sözcüğüdür. Faaliyetlerin nitelik ve şirket türünü ifade eden "..." sözcüğü dışındaki "Atölyesi Tekstil Organizasyon Ticaret Ltd. Şti." bölümü tasvirî olduğundan iltibas değerlendirmesinde dikkate alınmayacaktır. Bu itibarla davacı şirketin "..." ibaresine ayırt edicilik kazandırdığı, davalı şirketin "..." ibaresini ticaret unvanı haricinde markasal olarak kullandığı, ayrıca her iki tarafın hem ticaret unvanlarının ayırt edici unsurunun hem de faaliyet alanlarının aynı olduğu gözetilerek somut uyuşmazlığın çözülmesi gerekmektedir. Hal böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır."

³⁹⁴Özgenç ve Üzülmüş, a.g.k., 2020, s. 55.

herhangi bir manevi bağ mevcut değil ise suçun varlığından söz edilemez. Bir başka ifade ile tipikliğin manevi unsurları mevcut olmadan fiil, objektif açıdan failine isnat edilebilse dahi sübjektif açıdan failine isnat edilemez. Fiilin, sübjektif açıdan failine isnat edilemediği halde de failin cezai sorumluluğu doğmayacaktır³⁹⁵. Nitekim TCK ile birlikte manevi sorumluluk esası kabul edilmiştir. Bu nedenle suç teşkil eden fiilin mevcudiyeti failin cezai sorumluluğu için yeterli değildir. Failin cezai sorumluluğu için failin iradesi ile netice arasında kurulan manevi bir bağa da ihtiyaç vardır³⁹⁶. Tipik haksızlığın ortaya çıkabilmesi için tipikliğin maddi unsurları yanında aranan tipikliğin manevi unsurları kural olarak kast, istisnai olarak da taksir olarak karşımıza çıkar. Kast veya taksir tipik haksızlığın işleniş şeklidir³⁹⁷.

Kural olarak kast istisnai olarak da taksir, tipikliğin manevi unsurunun temel iki şeklini oluşturur³⁹⁸. Nitekim TCK'nin 21. maddesine göre “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.*” ve TCK'nin 22. maddesine göre “*Taksirle işlenen fiiller kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*” Bu nedenle de kanunda bir fiilin taksirle işlenmesi halinde cezalandırılacağı açıkça öngörülmedikçe taksir ile işlenen fiil nedeniyle failin cezai sorumluluğu doğmayacaktır. SMK'nin 30/1. maddesinde ya da başkaca bir ceza normunda, marka hakkına iltibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun taksirle işlenmesi halinde suçun oluşacağına ilişkin bir düzenleme yer almadığından bu suçun taksirle icra edilen bir fiil ile işlenmesi mümkün değildir.

TCK'nin 21/1. maddesine göre “*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” Doktrinde ise kast “*Tipikliğin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” suçun kanuni tanımında yer verilen tüm objektif unsurların bilinmesi ve istenmesi olarak tanımlanmaktadır³⁹⁹. Tanımlardan da anlaşılacağı üzere kast, bir arada bulunması zorunlu olan bilme ve isteme unsurlarından oluşmaktadır. Kastın varlığının kabulü için fail tarafından suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların fiilin icrası anında⁴⁰⁰ bilinmesi ve bu unsurların gerçekleşmesinin istenmesi

³⁹⁵Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 146.

³⁹⁶Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 303; İ. Özgenç (2020). *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler* (16. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 242.

³⁹⁷Özgenç ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 56.

³⁹⁸Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 146.

³⁹⁹Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 245.

⁴⁰⁰Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 167.

gerekmektedir⁴⁰¹. Fiil ile kast bir arada, birbiri yanında, aynı anda bulunmalıdır⁴⁰². Fail, suçun kanuni tanımında ister yazılı olsun ister yazılı olmasın tüm tipiklik unsurları bakımından kast ile hareket ettiğini bilmelidir⁴⁰³. Kastın kapsaması gereken unsurlar, haksızlığın içeriğini belirleyen olgulardır⁴⁰⁴.

Kastın mevcudiyeti için her şeyden önce failin icra ettiği fiilin iradi olması gerekmektedir⁴⁰⁵. İradi olmayan bir fiilden dolayı failin kasten hareket etmiş olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Failin neticeli suçlarda fiile ve neticeye, sırf hareket suçlarında ise fiile yönelik niyetinin mevcut olması gerekir⁴⁰⁶. Örneğin kasten yaralama suçunda failin hem yaralamaya yol açacak fiile hem de yaralama neticesine yönelik niyetinin mevcut olması şarttır. Ayrıca failde hareketin meşru bir hareket olmadığı, normatif düzende korunmadığı aksine kınandığına ilişkin şuurun olması gerekmektedir. Nitekim failde icra edilen fiilin meşru olduğuna yönelik makul ve kaçınılmaz bir inanç varsa fail hata hükümlerinden yararlanır⁴⁰⁷.

TCK'nin 21/2. maddesine göre *“Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde olası kast vardır.”* denilmek suretiyle kastın bir türü olan olası kast tanımlanmıştır. Olası kastın varlığının kabulü için fail tarafından, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların fiilin icrası anında bilinmesi ve bu unsurların gerçekleşip gerçekleşmemesini umursamaması gerekmektedir. Olası kast halinde bilme ve isteme unsurları seyrelmiş şekilde mevcuttur⁴⁰⁸.

Kast ile olası kastı birbirinden ayırmak için sıklıkla kullanılan bir örnek üzerinden kast ve olası kast kavramlarını açıklamak gerekir ise; failin aracı ile öldürmek istediği bir kişiye bilerek, isteyerek ve öldürmek amacı ile çarpması halinde failin kasten hareket ettiği; failin yaya trafiğinin yoğun olduğu bir alana, bir ya da birden fazla kişinin ölmesinin mutlağa yakın şekilde muhtemel olduğunu bilerek aracını sürmesi ve

⁴⁰¹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 155.

⁴⁰²Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 711.

⁴⁰³Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 246.

⁴⁰⁴Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 711.

⁴⁰⁵Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 304; Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 246.

⁴⁰⁶Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 304.

⁴⁰⁷Haksızlık yanılığı hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: N. Göktürk (2016a). *Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 96 - 99.

⁴⁰⁸A. E. Bozbayındır (2018). *Olası Kast Kavramı ve Sınırları*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 20.

hedeflememiş olsa dahi ölüme sebebiyet vermesi halinde failin olası kastla hareket ettiğini kabul etmek gerekir.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden iradi fiil nedeniyle kanunun suç olarak tanımladığı ve fail tarafından gerçekleşeceği öngörülme neticenin gerçekleşmesi hali ise taksir olarak tanımlanabilir. Taksir halinde fiil iradi ancak netice irade dışıdır.

Çalışmamızı oluşturan marka hakkına karşı işlenen suçlar açısından taksire dayalı cezai sorumluluk öngörülmediği için taksir kavramının ayrıntılarına girilmemiş, bu konuda genel bir tanımlama yeterli görülmüştür⁴⁰⁹.

3.2.2. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun manevi unsuru

Dile getirdiğimiz üzere marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun taksirle işlenebileceğine ilişkin herhangi bir normatif düzenlemenin bulunmaması nedeniyle SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen bu suç tipi genel kural nazara alındığında kasten işlenebilecek bir suç tipidir⁴¹⁰. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun neticeli suçlardan olmaması, sırf hareket suçu olması nedeniyle sadece fiilin kasten icra edilmesi yeterlidir⁴¹¹. Suçun kanuni tanımından suçun olası kast ile işlenemeyeceğine ilişkin bir anlam çıkartılamadığı için suçun olası kastla da işlenebileceği söylenebilir⁴¹².

Failin, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal ürettiğini veya hizmet sunduğunu, satışa arz ettiğini veya sattığını, ithal ya da ihraç ettiğini, ticari amaçlarla satın aldığını, bulundurduğunu, naklettiğini ya da depoladığını bilmesi ve bu fiilleri gerçekleştirmeyi istemesi failin kasten hareket ettiğinin kabulü için yeterlidir. Bir başka ifade ile failin kastının kanunda düzenlenen seçimlik hareketleri kapsamı

⁴⁰⁹Taksir hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 59-64.

⁴¹⁰MK'nin "Uygulanacak Cezalar" başlıklı 51/1-a ve b maddelerinde marka hakkına tecavüz fiilleri neticesinde öngörülen yaptırımlar sayıldıktan sonra 51/3. maddesinde "*bu maddede yazılı fiillerin dikkatsizlik veya ihmâl, yahut tedbirsizlikle işlenmiş olduğu anlaşıldığı takdirde fail yalnız para cezası ile cezalandırılır.*" denilmek suretiyle taksire dayalı cezai sorumluluk da kabul edilmiştir. Ancak MK sonrasında söz konusu suç tipi için taksire dayalı cezai sorumluluk hali kabul edilmemiştir.

⁴¹¹Güneş, **a.g.k.**, 2017, s. 143; Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 712.

⁴¹²Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 711.

yeterlidir. Ancak marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek üretilen mal ya da hizmeti satın almak, bulundurmak, nakletmek ya da depolamak fiilleri için failin genel kastının yeterli olmayacağını, failin ticari saik ile hareket etmesi gerektiğini hatırlatmak gerekmektedir.

Suçun kanuni tanımında düzenlenen seçimlik hareketlerin başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek icra edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle failin, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz eden bir işaret kullandığını bilmesi ve bu işareti kullanmayı istemesi de gerekmektedir⁴¹³. Fail, marka ile kullandığı mütecaviz işaretin aynı ya da karıştırılma ihtimali doğuracak derecede benzer olduğunu, marka ile mütecaviz işaretin nitelendirdiği mal ya da hizmetlerin aynı ya da karıştırılma ihtimali doğuracak derecede benzer olduğunu bilmemesine rağmen, açık kaynak olan sicilden herhangi bir araştırma yapmaksızın, umursamayarak mütecaviz işareti kullanması halinde de olası kasttan dolayı sorumlu olabilecektir.

Kastın, karıştırılma ihtimali doğuracak derecede benzerlik hususunu da kapsamı gerekip gerekmediği konusu da ele alınmalıdır. *Başbüyük*'e göre kast, hukuki bir niteleme ve değerlendirme ile ortaya çıkartılabilen karıştırılma ihtimali doğuracak derecede benzerlik hususunu kapsamasa da failin cezai sorumluluğuna gidilmelidir. Failin, kullandığı işaretin ve mal ya da hizmetlerin marka ile benzer olduğunu bilmesi kastın varlığının kabulü için yeterlidir. Bu durum her ne kadar fail aleyhine cezalandırılabilirlik alanını genişletse de bu sorun muğlak olan ceza normundan kaynaklanmaktadır⁴¹⁴.

3.2.3. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun bir kısım seçimlik hareketleri açısından özel bir manevi unsur olarak ticari saik unsuru

Kural olarak suçun oluşması için failin herhangi bir saik ile hareket etmesi gerekmez. Ancak kanun koyucu, bazı suç tipleri için failin birtakım saikler ile hareket

⁴¹³Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 713.

⁴¹⁴Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 156-157.

etmesini öngörmüştür. Saikin arandığı suç tiplerine *maksat suçları* da denilmektedir⁴¹⁵. Bu tür suçlarda failde aranan amacın mevcut olmaması suçun kanuni unsurunun yokluğu anlamına geleceğinden suç meydana gelmeyecektir. Failde aranan saik, kasttan ayrı, kastı hazırlayan, tipik haksızlığın özel sübjektif unsurudur. Failin, özel bir saik ile hareket etmesinin arandığı suç tiplerinde kastın varlığı tek başına yeterli olmamaktadır. Kastın yanında failin saikin de kanuni tanımda belirtilen saik ile örtüşmesi gerekmektedir⁴¹⁶.

Kastla, faili bir fiili icra etmeye yönelten his ya da menfaatten ibaret olan saiki birbirine karıştırmamak gerekir⁴¹⁷. Nitekim saik kasttan önce var olan, kastın hazırlanmasına hizmet eden duygu ya da düşüncedir⁴¹⁸. Failin, fiili icra ederkenki saiki her zaman failin kasten hareket ettiğini ortaya koyamayacağı gibi failin kasten hareket etmiş olması da failin suç tanımında belirtilen saik ile fiili icra ettiğine bir delil teşkil etmez.

Saik, suçun oluşup oluşmamasına etki ettiği hallerin dışında suçun nitelikli haline etki edici şekillerde de karşımıza çıkabilmektedir⁴¹⁹. Örneğin TCK'nin 82/1-k maddesine göre kasten öldürme suçunun töre saiki ile işlenmesi halinde faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verileceği öngörülmüştür⁴²⁰.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun seçimlik hareketlerinden olan satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak fiilleri de bu failin saiki açısından sınırlandırmaya tabi tutulmuştur. Burada aranan saik, suçu nitelikli hale getirmek için aranmamakta aksine suçun oluşması için aranmaktadır. Bir başka ifade ile düzenleme altına alınan ticari saik suçun unsurları arasındadır. Bu suç tipi açısından, belirtilen seçimlik hareketler açısından failin sadece kasten hareket etmesi yeterli değildir. Failin, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz teşkil eden işaretin üzerinde kullanıldığı malı bulundurması, nakletmesi, depolaması veya aynı nitelikteki işaretin kullanıldığı mal ya da hizmeti satın alması sırasında ticari saikin

⁴¹⁵M. Özen (2018). *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 289-290.

⁴¹⁶Özgenç ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 64.

⁴¹⁷Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 306.

⁴¹⁸Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 252.

⁴¹⁹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 252.

⁴²⁰M. Arslantürk (2020). *Öldürme Suçları Açıklamalı - Örnekli - Notlu - İçtihatlı - Gerekçeli* (2.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 449.

bulunması gerekmektedir. Bir başka ifade ile failde kastın yanında ek olarak bir başka manevi unsur olan ticari saikin de olması gerekmektedir⁴²¹.

Ticari saik ifadesinden kazanç/ekonomik menfaat elde etme amacı anlaşılmalıdır. Failin ticari saik ile marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz eden mal ya da hizmeti satın alması, malı bulundurması, nakletmesi veya depolaması yeterlidir, failin ticari amacının başarıya ulaşp ulaşmadığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak hareketleri için aranan ticari saikin altında ceza hukukunun müdahale alanının genişlemesinin engellenmesi ve tüketicilerin cezai sorumluluğuna gidilmesinin engellenmesi yatmaktadır. Aksi takdirde suçun dolaylı mağduru olan tüketicilerin bir anda sanık kürsüsüne oturmaları kaçınılmaz olacaktı.



Şekil 2.14. TMPK'nun 2008/63039 tescil numaralı. "DOLCE&GABBANA"

Örneğin satın alma fiili için ticari saik öngörülmemiş olsa idi üzerinde "Dolce&Gabanabbas" ibaresi bulunan sweatshirtü salt kullanmak için satın alan tüketici "Dolce&Gabbana" markasının sahibinin şikâyeti üzerine sanık kürsüsünde yer alacaktı.

Nitekim aranan ticari saikin yanında SMK'nin 153/1. maddesine yer verilen "Sınai mülkiyet hakkı sahibi hakkına tecavüz eden tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran veya kullanan kişilere karşı bu kanunda yer alan hukuk davalarını açamaz veya ceza davası açılması için şikayette bulunamaz." hükmü ile de tüketiciler koruma altına alınmıştır.

⁴²¹Aslan Düzgün, **a.g.k.**, 2018, s. 185; Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 729.

3.2.4. Suçun maddi unsurlarında hata ile kastın ortadan kalkması hali

3.2.4.1. Genel açıklamalar

Hukuki anlamda hata, kişinin düşündüğü, tasavvur ettiği ile maddi gerçekliğin birbirine uymaması halidir. Kural olarak hata, iradenin oluşumuna etki ederek tasavvur ile maddi gerçekliğin birbirine uymaması nedeniyle iradenin en baştan sakat şekilde doğumuna neden olmaktadır⁴²².

Failin düşündükleri dış dünyaya ait olabileceği gibi normatif düzenlemelere ilişkin de olabilir. Bu nedenle hata, hem maddi dünyada elle tuttuğumuz, gözle gördüğümüz maddi hususlarda (unsur yanlışlığı) olabileceği gibi normatif düzene ilişkin (yasak hatası) de olabilir⁴²³.

TCK'nin 30. maddesinde düzenlenen hata, kastı ortadan kaldıran hata ve kusurluluğu etkileyen hata olarak iki farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. "*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmemek*"⁴²⁴, "*bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren*"⁴²⁵ suçun nitelikli unsurlarında hataya düşmek, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya düşmek halleri kastı kaldıran hata türleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hataya düşmek⁴²⁶ ve haksızlık yanlışlığı⁴²⁷ halleri ise kusurluluğu etkileyen hata türleridir.

Kanunu bilmemekten kaynaklanan hata ise kastı ortadan kaldırmayacaktır. Doktrinde ifade edildiği üzere hukuki cehalet kişinin ceza ehliyetine engel teşkil etmeyecektir⁴²⁸. TCK'nin 4. maddesinde belirtildiği üzere ceza kanunlarını bilmemek mazeret olarak sayılmayacaktır. Ceza kanunlarını bilmemenin mazeret olarak yani hukuki cehalet ile işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda kaçınılmaz hataya düşmek birbiri ile karıştırılmamalıdır. Nitekim TCK'nin 30/4. maddesine göre işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen fail cezalandırılmayacaktır.

⁴²²Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s.253.

⁴²³Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s.253; Özbek, Doğan ve Bacaksız, **a.g.k.**, 2020, s.253.

⁴²⁴TCK md. 30/1 hükmü.

⁴²⁵TCK md. 30/2 hükmü.

⁴²⁶TCK md. 30/3 hükmü; Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 478.

⁴²⁷TCK md. 30/4 hükmü; Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 478.

⁴²⁸Erem, **a.g.k.**, 1954, s.30.

3.2.4.2. Kastı ortadan kaldıran hata türleri

3.2.4.2.1. Suçun maddi unsurlarında hata

TCK'nin 30/1. maddesine göre "*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz.*" Dolayısıyla fiilin icrası anında suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurları bilmeyen failin kasten hareket ettiğini söylemek mümkün olmayacaktır. Suçun maddi unsurlarında gerçekleşen yanılginın failin kastını ortadan kaldırabilmesi için failin düşüncesi maddi gerçekliğe uygun olsaydı icra ettiği fiil suç ihtiva etmeyecekti denilebilmesi gerekmektedir⁴²⁹. Suçun maddi unsurlarında düşülen hatanın kastı oradan kaldırması nedeniyle hatanın da kastın kapsamına giren maddi unsurlarda meydana gelmesi gerekmektedir⁴³⁰. Örneğin fail, yan yana duran çantalardan kendisine ait olduğunu zannederek bir başkasının çantasını alması durumunda failin kastından bahsedilemeyecektir. Zira fail, hataya düşmeden doğru çantayı alsaydı herhangi bir suç oluşmayacaktı. Çalışmamızın önceki bölümlerinde de ele aldığımız gibi objektif cezalandırılabilme şartının suçun maddi unsurları arasında yer almadığı yönündeki görüşümüz nedeniyle objektif cezalandırılabilme şartına ilişkin hata halinin kastı ortadan kaldırmayacağını da söylememiz gerekmektedir.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunda, başkasına ait marka hakkının mevcudiyetini bilmeyen ve bilebilecek konumda olmayan, kullandığı işaretin marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz niteliği taşıdığını bilmeyen ve bilebilecek konumda olmayan failin kasten hareket ettiğini söylemek mümkün olmayacaktır. Her ne kadar hata dolayısıyla kastın ortadan kalktığı hallerde taksirli sorumluluk hali saklı olsa da marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun taksirli şeklinin kanunda tanımlanmamış olması nedeniyle failin bu noktada taksire dayalı cezai sorumluluğu olmayacaktır.

3.2.4.2.2. Failin, marka hakkını araştırma yükümlülüğü ve suçun maddi unsurlarında hata ile ilişkisi

Bu noktada, kullandığı işaretin başkasın ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz teşkil edip etmediğini araştırmayan failin bu bilgisizliği ve özensizliği

⁴²⁹Koca ve Üzülmmez, **a.g.k.**, 2018, s. 256; Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 479-480.

⁴³⁰Koca ve Üzülmmez, **a.g.k.**, 2018, s. 255.

nedeniyle hata hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacağı hususuna değinmek gerekir. Zira bu husus birçok cezai takibatta şüpheli ya da sanık tarafından kullanılan bir savunma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Arseven'e göre iktisadi hayata giren ve mal ya da hizmetine marka ile ayırt edicilik kazandırmak isteyen herkesten markaya ilişkin bir araştırma yapması beklenmelidir. Bu araştırma yükümlülüğünü gerçekleştirmeyen failin en azından olası kast ile hareket ettiğinin kabulü gerekir⁴³¹. Doktrinde bizim de katıldığımız bu görüşe karşı çıkan yazarlar bulunmaktadır. Nitekim Çetintürk'e göre marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz fiilinin kasten işlenebilmesi için failin, kullandığı işaretin başkasının marka hakkına tecavüz ettiğini bilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla da kullandığı işaretin mütecaviz niteliğini bilmeyen failin kasten hareket ettiğini kabul etmek mümkün değildir⁴³². Yazara göre failin, araştırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda en azından olası kast ile hareket ettiğinin kabulü halinde fail, "bilmesi gerekirdi" şeklinde ifade edilebilecek bir karine ile karşı karşıya bırakılacaktır. "Failin bilmesi gerekirdi." şeklindeki bir karineyle muhatap edilmesi failin kasten ya da olası kast ile hareket etmediğini ispat külfetini faile yükleyecektir. Bu durum da ceza hukukunun temel ispat yükümlülüğünü tersine çevirecek ve masumiyet karinesine aykırılık oluşturacaktır⁴³³.

Doktrindeki aleyhe görüşlere rağmen kanaatimiz, marka sicillerinin açık bir şekilde incelenmesinin mümkün olması, ticari faaliyet gösteren ya da gösterecek kişilerin söz konusu açık sicillerden kolayca araştırma yaparak kendi işareti ile aynı ya da benzer bir markanın mevcut olup olmadığını tespit etme imkanı olması ancak bu imkanlara rağmen "ne olursa olsun" düşüncesi ile araştırma yapmaksızın dilediği işareti kullanması karşısında failin olası kast ile hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir. Ancak bahsettiğimiz kabul, karine teşkil edecek peşin bir kabul değildir. Faillerin "*Ben başkasına ait marka hakkının olduğunu bilmiyordum.*" mealindeki savunmalarına somut olayın özellikleri dahilinde titizlikle yaklaşılması, bu savunmanın somut olayın ve hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı irdelenmeli ve sonuca göre karar verilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'ın içtihatları da bu doğrultudadır⁴³⁴.

⁴³¹H. Arseven (1951). *Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, s. 165' den aktaran Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 716 - 717.

⁴³²Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 720.

⁴³³Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 720-729.

⁴³⁴Yargıtay 7. CD. 03.05.2005, E.2003/14093, K.2005/3929 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı); Yargıtay 19. CD. 09.09.2015, E.2015/7097, K.2015/4043 (Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s.717.)

3.3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

3.3.1. Genel açıklamalar

Hukuka aykırılık kavramı, normatif sistem ile çatışma, hukukun koyduğu kurallara karşı gelme anlamlarına gelmektedir⁴³⁵. Bir başka ifade ile hukukun yapma emri karşısında yapmak ya da yap emri karşısında yapmamak hukuka aykırılık unsurunu oluşturacaktır. Hukuka aykırılık ile haksızlık kavramlarını birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Hukuka aykırılık kavramı, suç oluşsun ya da oluşmasın fiili nitelendirirken haksızlık ise hukuka aykırı olan fiilin bizzat kendisidir⁴³⁶.

Hukuka aykırılık, tipiklik ile bağlantılı olmanın yanında suçun unsuru olarak tipiklikten bağımsızdır. Hukuka aykırılık unsuru suçun kanuni tanımında doğrudan yer almasa dahi durumun doğasına uygun olarak suçun tanımında kendiliğinden mevcuttur⁴³⁷. Suçun hukuka aykırı oluşuna yönelik karineye rağmen bazı suç tiplerinin kanuni tanımlarında suçun hukuka aykırılık unsuruna da yer verilmiştir. Buna örnek olarak TCK'nin 91/2. maddesinde yer alan *"Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* hükmü ve TCK'nin 120. maddesinde yer alan *"Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir."* hükmü gösterilebilir.

Fail tarafından icra edilen fiilin normatif düzende tanımlanan herhangi bir suç tanımı ile örtüşmesi o fiilin hukuka aykırı olduğuna ilişkin bir karine teşkil etse de o fiili doğrudan doğruya hukuka aykırı yapmaz. Bu karinenin çürütülerek suç tanımına uygun olarak icra edilen fiilin aslında hukuka aykırı bir fiil olmadığı ortaya konulabilir. Hukuka aykırılık karinesi ise ancak hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı ile ortadan kaldırılabilir⁴³⁸.

Tipikliğe uygun fiil, hukuka uygunluk nedeninin olmaması şartıyla tipik haksızlık niteliğini kazanır⁴³⁹. Nitekim hukuka uygunluk nedenleri, fiilin hukuka

⁴³⁵Özgenç ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 65.

⁴³⁶Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 318.

⁴³⁷N. Göktürk (2016b). Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (1), s. 408.

⁴³⁸Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 322.

⁴³⁹Göktürk, **a.g.k.**, 2016b, s. 418.

aykırılık özelliğini ortadan kaldırarak fiilin normatif düzene en başından itibaren uygun olmasını sağlar.

TCK'de düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri kanun hükmünün yerine getirilmesi⁴⁴⁰, meşru savunma⁴⁴¹, hakkın kullanılması⁴⁴² ve ilgilinin rızasıdır⁴⁴³. Hukuka aykırılık, tüm normatif sistem ile çatışma anlamına gelmektedir. Bir başka ifade ile medeni hukuk açısından hukuka uygun bir fiilin ceza hukuku açısından hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu durum hukukun bütünlüğü ilkesinin zorunlu bir gereğidir⁴⁴⁴. Bu nedenle marka hakkına karşı iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz fiilini hukuka uygun kılan nedenler sadece TCK'nin genel hükümlerinde aranmamalıdır. Marka hakkının tekeli haklar sağlamasına rağmen bu haklar sınırsız nitelikte değildir. SMK'nin 7/5., 152. ve 153. maddelerinde düzenlenen sınırlar tekeli haklara istisna olarak gösterilebilir ve bu istisnalar markanın korunmasının da istisnalarını oluşturur.⁴⁴⁵ SMK'nin 7/5. maddesinde düzenlenen dürüstçe kullanım, 153/1. maddesinde düzenlenen kişisel ihtiyaç için kullanıma, 153/2. maddesinde düzenlenen zararı tazmin edilen ürünlerin ticari amaçla kullanılması ve 154. maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin mahkeme kararı nedeniyle kullanım özel hukukta düzenleme alanı bulan hukuka uygunluk nedenleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Hem TCK genel hükümlerde hem de SMK'de yer alan hukuka uygunluk nedenlerinden çalışma konusu suç tipi açısından uygulama alanı bulması mümkün olan ilgilinin rızası olarak nitelendirilen hukuka uygunluk nedenleri inceleme konusu yapılmıştır.

Bu noktada hakkın kullanılmasının inceleme konusu suç açısından hukuka uygunluk hali olup olmadığı hususu akıllara gelebilir. TCK'nin 26/1 hükmüne göre hakkını kullanan kişiye ceza verilemez. Hukuk düzeni, kendi tanıdığı bir hakkın, hak sahibi tarafından kullanımını yasaklayamayacağından kişinin kendi hakkını kullanıyor olması da hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁴⁶.

⁴⁴⁰TCK md.24/1.

⁴⁴¹TCK md. 25/1.

⁴⁴²TCK md. 26/1.

⁴⁴³TCK md.26/2.

⁴⁴⁴Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 314.

⁴⁴⁵İ. Güneş (2018). *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığı ile Uygulamalı Marka Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 222.

⁴⁴⁶H. Hakeri (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 349.

Örneğin TCK'nin 232/2. maddesi düzenlemesine göre "*İdaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.*" Normatif düzenlemeden çıkan sonuç sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin mevcudiyeti ve bu hakkın kötüye kullanılmadığı sürece fiillerin hukuka uygun olacaktır⁴⁴⁷.

SMK'nin 30/1. maddesine baktığımızda bir başkasına ait marka hakkına iltibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek normatif düzenlemede sayılı seçimlik hareketlerin icrasının suç olarak tanımlandığını görmekteyiz. Bir başka ifade ile kişinin kendi markasını kullanması zaten SMK'nin 30/1. maddesi düzenlemesi karşısında tipikliği karşılamayacaktır. Tipik fiilin olmadığı durumda da hukuka uygunluk araştırmasının yapılması yersizdir. Dolayısıyla hakkın kullanımı, marka hakkına iltibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınamayacaktır.

3.3.2. İlgilinin rızası

Kişiler, kendi hakları üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri sürece kural olarak bu haklarının ihlal edilmesine de izin verebilirler. Kişinin, kendi hakkının ihlal edilmesine rıza gösterebilmesi kaynağını Anayasa'nın 12 ve 17. maddelerinden almaktadır. Zira ilgilinin rızası ile cezai korumadan yararlanmamayı tercih etmemesi kişinin manevi varlığını geliştirmesi kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁴⁸.

İlgilinin rızası her şart ve durumda hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmayacaktır. İlgilinin rızasından bahsedebilmek için öncelikle ortada kişinin üzerinde mutlak şekilde tasarruf yetkisinin olduğu bir hak olması gerekmektedir⁴⁴⁹.

İlgilinin rızası, bazı suç tiplerinde tipikliğin bir unsuru olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Bu tip suçlar açısından ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınamaz. Zira hukuka aykırılık araştırması ancak tipik fiiller açısından yapılabilir. Örneğin TCK'nin 99/2. maddesinde yer alan "*Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde,*

⁴⁴⁷Hakeri, **a.g.k.**, 2019, s. 350.

⁴⁴⁸Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 293.

⁴⁴⁹F. Birtek (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler* (6. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 282.

rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükmü ilgilinin rızasını tipikliğin içine almaktadır. Zira kadının rızasının olmaması durumunda aynı fiil TCK'nin 99/1. maddesinde yer alan *"Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* hükmü içinde değerlendirilecektir⁴⁵⁰. İnceleme konumunuzu oluşturan marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından böylesi bir durum söz konusu olmadığından ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilecektir.

Hakkın mevcudiyeti sonrasında hak sahibi kişinin rıza göstermeye ehil, rızanın önem ve sonuçlarını anlayabilir olması gerekir⁴⁵¹. Ceza hukuku açısından rıza ehliyeti, Medeni Kanun'da yer verilen fiil ehliyetinden farklıdır. Ceza hukuku açısından rızaya ehil olmanın ölçüsü rızanın yani vazgeçilen hakkın önem ve sonuçlarını anlayabilmektir. İlgili kişi, sahip olduğu hakkın ihlal edilmesine gösterdiği rızayı açıklamış değildir. Bu açıklama sözlü, yazılı, açık ya da zımni şekilde yapılabilir. Rıza en geç suçun icra hareketlerinin işlenmesi sırasında açıklanmış olmalı ve icra hareketleri devam ederken de rıza geri alınmamış olmalıdır⁴⁵². İcra hareketleri sırasında rızanın geri alınması anından sonraki hareketler açısından ilgilinin rızasından, dolayısı ile de hukuka uygunluk nedeninden bahsedilemeyecektir. İcra hareketleri sırasında rızanın bulunmaması ancak icra hareketlerinden sonra marka sahibinin hareketlere razı olması hukuka uygunluk hali kapsamında değerlendirilemeyecek ancak şikayet kurumu yönünden anlam taşıyacaktır⁴⁵³.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun konusunu marka hakkı oluşturmaktadır. Marka hakkı, marka sahibinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği haklardanır. Bu nedenle marka sahibinin, kendisine ait markasının kullanılmasına rıza gösterdiği durumlarda bu rızaya dayanılarak gerçekleştirilen fiiller suç oluşturmaz. Marka sahibinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkacaktır. Marka hakkının bir başkası tarafından kullanımına gösterilen rıza uygulamada lisans sözleşmeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Lisans sözleşmeleri ile

⁴⁵⁰Birtek, **a.g.k.**, 2018, s. 283; Hakeri, **a.g.k.**, 2019, s. 361.

⁴⁵¹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 295.

⁴⁵²Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 296.

⁴⁵³Özmen, **a.g.k.**, 2020, s. 104.

marka sahibinin rızasının kapsamı, geçerlilik zamanı ve yeri gibi tüm hususlar ayrıntılı olarak ele alınabilmektedir.

3.3.3. Başkasına ait markanın dürüstçe kullanılması

SMK'nin 7/5. maddesi uyarınca başkasına ait markanın dürüstçe ve ekonomik hayatın olağan akışı içinde *"gerçek kişilerin kendi ad ve adreslerini belirtmesi; malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması; özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hallerde kullanılması"* durumlarında başkasına ait marka hakkının dürüstçe kullanımı söz konusu olacaktır.

Marka hakkı sahibi, yukarıda bahsedilen neviden kullanımları engelleyemeyecektir. Bu yöndeki taleplerini hukuk düzeni korumayacaktır. Hatta öyle ki MARKHK döneminden bu yana yerleşik yüksek mahkeme içtihatlarına göre her somut olayda kullanımın, markanın dürüstçe kullanım niteliğinde olup olmadığının mahkemelerce resen araştırılması gerektiği belirtilmektedir⁴⁵⁴.



Şekil 2.15. TMPK'nun 2013/53381 tescil numaralı. "CANON"

Örneğin bir fotoğraf filmi üreticisi, ürettiği fotoğraf filminin hangi marka fotoğraf makineleri ile uyum içinde çalıştığını göstermek maksadıyla ürünün üzerine markasını yerleştirmesi halinde dürüstçe kullanımdan söz edilecektir⁴⁵⁵. Ancak hemen vurgulamak gerekir ki buradaki kullanım fotoğraf filminin markasının "Canon" olarak anlaşılmasına yol açmayacak şekilde olması zorundadır. Bu halde bu tip kullanımların suç olarak kabulü de mümkün olmayacaktır. Böylesi bir durum SMK tarafından düzenlenen hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁴⁵⁴Özmen, **a.g.k.**, 2020, s. 106.

⁴⁵⁵Güneş, **a.g.k.**, 2018, s. 225.

Bir örnek daha vermek gerekirse; "*Çankaya*" işaretinin akaryakıt emtiası için tescil edilmiş olması halinde Yağmur ÇANKAYA'nın sahibi olduğu akaryakıt istasyonunda kendi kişisel bilgilerini belirtmek amacıyla "*Çankaya*" işaretini kullanması SMK'nin 7/5. maddesi kapsamında değerlendirilecektir. Ancak bu kullanımın dürüst ve ekonomik hayatın olağan akışına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. "*Çankaya*" işaretinin marka olarak algılanabilecek şekil, büyüklük ve yoğunlukta kullanılması durumunda dürüst kullanımdan bahsedilemeyecektir. Dürüst kullanımın olmadığı noktada da SMK'nin 7/5. maddesinde yer alan hukuka uygunluk nedeni oluşmayacak ve bu kullanım nedeniyle marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçundan faile cezai yaptırım uygulanabilecektir.

3.3.4. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş olan malların kişisel ihtiyaç için bulundurulması ve kullanılması

SMK'nin 153/1. maddesi ile dava açılmayacak kişiler sayılmıştır. Buna göre marka sahibi, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş olan malları kişisel ihtiyaçları kadar elinde bulunduran ya da bu malları kişisel ihtiyaçları için kullanan kişiler açısından şikâyet hakkını kullanamayacaktır. Söz konusu hüküm ile tüketiciler açısından hukuka uygunluk nedeni öngörülmüş ve tüketicilerin şüpheli ya da sanık olmalarının önüne geçilmiştir.

3.3.5. Zararı tazmin edilmiş malların ticari amaçla kullanılması

Marka sahibi, sebep olduğu zararın karşılanması için kendisine tazminat ödeyen kişi tarafından, marka sahibinin el koyulması talebinde bulunmaması nedeniyle piyasaya sürülmüş olan ürünleri ticari amaçlarla kullanan kişilere karşı da şikâyet hakkını kullanamayacaktır⁴⁵⁶. SMK'nin 153/2. maddesinde düzenlenen hükümle de birtakım ticari kullanımlar açısından hukuka uygunluk nedeni öngörülmüştür.

Ticari kullanım açısından öngörülen hukuka uygunluk nedeninin ortaya çıkabilmesi için aşağıda belirtilen şartların mevcudiyeti gerekmektedir:

⁴⁵⁶Güneş, a.g.k., 2018, s. 243.

- Marka sahibinin hareketsiz kalarak ürünlere el koyulması talebinde bulunmaması ve bu süre içinde ürünlerin piyasaya sürülmüş olması,
- Mütecaviz kişi tarafından marka sahibine tazminat ödenmesi halinde zararı tazmin edilmiş ve piyasaya sürülmüş ürünlerin üçüncü kişilerce ticari amaçlarla kullanılması halinde marka sahibi, üçüncü kişilerin cezalandırılması için şikayet hakkını kullanamayacaktır.

3.3.6. Marka hakkının tüketilmesi hususu ve marka hakkının tüketilmesinin hukuka uygunluk nedenleri açısından değerlendirilmesi

SMK'nin 152. maddesi uyarınca marka sahibinin ya da marka sahibinin izni ile üçüncü kişilerin, marka ile ilişkilendirmek suretiyle üretilen ürünleri piyasaya arz etmesinden sonra piyasaya arz edilen ürünler üzerinde kullanılan marka açısından marka hakkı tükenmiş olacaktır. Marka sahibince ya da onun izni, lisansı ile bir başka kişi tarafından satışa sunulan mallar için satıştan sonraki fiiller Kanun'un koruma zırhının dışında olacaktır. MARKHK'nin 13. maddesinde hakkın tükenmesi, ürünün Türkiye'de piyasaya sürülmesine bağlanarak ülkesel tükenme ilkesinin kabul edildiği hüküm altına alınmışken⁴⁵⁷, SMK hükümlerinde herhangi bir bölgesel kısıtlama yapılmaksızın uluslararası tükenme ilkesi kabul edilmiştir.

Hakkın tükenmesi hususu sadece mallar açısından geçerlidir. Hizmet markalarının tükenmesinden bahsedilemeyecektir⁴⁵⁸.

Tekel hakkının istisnası olan marka hakkının tükenmesinin de istisnası vardır. Satışa sunulan malların üçüncü kişilerce değiştirilmesi, tahrip edilmesi ya da kötü niyetli sair kullanımları tükenme hakkı kapsamında değerlendirilemeyecektir⁴⁵⁹. Marka hakkının tükenmesi nedeniyle marka hakkı sahibi artık sonraki satışlara müdahil olamayacaktır⁴⁶⁰. Bu tükenme marka hakkının tamamını kapsamamakta, sadece piyasaya arz edilmiş ürünlerle sınırlı olarak ortaya çıkmaktadır.

⁴⁵⁷Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 162.

⁴⁵⁸Çağlar, **a.g.k.**, 2015, s. 162; Güneş, **a.g.k.**, 2018, s. 236-237; Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 708.

⁴⁵⁹Güneş, **a.g.k.**, 2018, s. 242.

⁴⁶⁰Güneş, **a.g.k.**, 2018, s. 236.



Şekil 2.16. *TMPK'nun 2018/38580 tescil numaralı. "VICKS VAPORUB ŞEKİL"*
TMPK'nun 2020/16920 tescil numaralı. "VICKS"

Örneğin "VICKS VapoRub" markası ile üretilen bir koli merhem, üretici tarafından ecza deposuna satılarak piyasaya arz edildikten sonra, söz konusu bir koli merhemle sınırlı olmak üzere marka sahibinin marka hakkı tükenmiş olacaktır. Bu duruma ilk satış hakkı adı da verilmektedir⁴⁶¹.

Çetintürk tarafından, orijinal ürünler açısından marka hakkına tecavüz suçu oluşmayacağından bahisle marka hakkının tükenmesinin hukuka uygunluk nedeni olmadığı savunulmaktadır⁴⁶². Aynı şekilde Başbüyük' e göre de orijinal ürün üzerinde kullanılan taklit olmayan marka herhangi bir suç oluşturmayacağından dolayı marka hakkının tükenmesi hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez⁴⁶³.

3.3.7. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata hali

Failin, herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğu konusunda düştüğü hata hali hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartında hata olarak ifade edilmektedir⁴⁶⁴. Bu halde fail, suçun maddi tanımında belirlenen fiili tipikliğe uygun olarak icra ettiğinin bilincinde olmasına rağmen hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyetinde düştüğü hata nedeniyle fiilinin hukuka uygun olduğunu zannetmektedir⁴⁶⁵.

Koca ve Üzülmüş'e göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarına ilişkin bilgi de kast kapsamına dahildir. Bu nedenle herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartının gerçekleşmemesine rağmen bu şartların gerçekleştiği düşüncesiyle fiilini icra eden failin kastından bahsedilemeyecektir. Ancak failin, hataya düşme noktasında

⁴⁶¹Güneş, **a.g.k.**, 2018, s. 236.

⁴⁶²Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 709.

⁴⁶³Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 176.

⁴⁶⁴Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 482.

⁴⁶⁵Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 298; Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 482.

taksirli halinin cezalandırılacağı öngörülmüşse fail suçun taksirli halinden dolayı cezalandırılacaktır⁴⁶⁶.

Failin, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının gerçekleştiği noktasında düştüğü hatadan yararlanabilmesi için hatanın kaçınılmaz nitelikte olması gerekmektedir. Bu nedenle failin düştüğü hata failin sübjektif özellikleri⁴⁶⁷ gözetildiğinde failin hataya düşmekten kaçınabileceği ortaya çıkıyor ise failin kastı ortadan kalkmamış olacaktır. Dolayısıyla da fail içine düştüğü hatadan yararlanamayacak ve kasten işlenmiş suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır.

Örneğin bir lisans sözleşmesi kapsamında marka hakkını kullandığını düşünen fail, içinde bulunduğu somut durum ve şahsi özellikleri gözetildiğinde lisans sözleşmesinin mevcudiyeti hususunda kaçınılması imkansız bir hataya düşmüşse bu hatasından yararlanacak ve haksızlık teşkil eden fiilinin ilgilinin rızası kapsamında gerçekleştirdiği kabul edilecektir.

⁴⁶⁶Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 300-301.

⁴⁶⁷Yaşı, mesleği, tecrübesi ve saire sübjektif özellikleri gözetilecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KUSURLULUK, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, ETKİN PİŞMANLIK, OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTI, YAPTIRIM, MUHAKEME KURALLARI VE ZAMANAŞIMI

1. KUSURLULUK

1.1. Genel Açıklamalar

Kusurluluk, tipikliğe uygun şekilde gerçekleştirilmiş olan fiil nedeniyle fail hakkında kınama yargısında bulunabilme imkânı olarak tanımlanabilir⁴⁶⁸. Kınanabilirlik ise failin, hukuk düzenine uygun davranma imkân ve kabiliyeti bulunmasına rağmen failin hukuk düzeni ile çatışmayı tercih etmesinden kaynaklanmaktadır⁴⁶⁹.

Tipik haksızlık, hukuk düzeni ile çatışan fiilin mevcut olup olmadığı ile ilgili iken kusurluluk failin kişisel sorumluluğu ile ilgilidir⁴⁷⁰. Kusurun konusunu, failin icra ettiği tipik haksızlık nedeniyle failin kınanabilir olup olmadığı hususu oluşturur.

Türk Ceza Hukukunda tipik haksızlık ile kusurluluk birbirinden net bir şekilde ayrı tutulmuştur⁴⁷¹. Bu noktada kusur ile suçun manevi unsurlarını (kast, taksir) birbiri ile karıştırmamak gerekmektedir. Kusurluluk, suç oluşturan fiilin bir unsuru ya da vasfı değildir⁴⁷². Nitekim suçun manevi unsurunun mevcut olmadığı durumda zaten tamamlanmış, vücut bulmuş bir suçtan da bahsedilemeyecektir. Failin kusurlu olup olmadığı ancak tam anlamı ile vücut bulmuş bir suçun tespitinden sonra araştırma konusu yapılabilecektir⁴⁷³. Bir başka ifade ile suçun kanuni tanımında belirtilen maddi unsurların gerçekleştirilmesi objektif isnadiyetin, failin tipikliği gerçekleştirdiğini bilmesi ve istemesi ya da bilebilecek durumda olması sübjektif isnadiyetin, failin

⁴⁶⁸Özgenç ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 83.

⁴⁶⁹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 312.

⁴⁷⁰Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 310.

⁴⁷¹Kusurluluk kavramını suçun manevi unsuru altında değerlendiren yazarlar da vardır. Bu konu hakkında bakınız: H. Karakehya ve A. K. Usluadam (2015). Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 3 (2), s.7-13; C. Apaydın (2018). *Ceza Hukukunda Kusurluluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 25 vd.

⁴⁷²Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 402.

⁴⁷³Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 402.

kendisine objektif ve sübjektif olarak isnat edilebilen suç nedeniyle kınanabilir olup olmadığının belirlenmesi ise bireysel isnadiyetin konusunu oluşturmaktadır⁴⁷⁴.

TCK'nin 61/f maddesi uyarınca faile verilecek cezanın belirlenmesinde failin kusur durumunun da dikkate alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Nitekim kusur olmadan cezanın olmayacağı da ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer almaktadır. Dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi ya da cezalandırılacaksa faile verilecek cezanın miktarının tespiti açısından bireysel isnadiyetin yani failin kusur durumunun tespiti oldukça önem arz etmektedir.

1.2. Kusurun Konusu

Yukarıda bahsedildiği üzere kusur, failin, hukuk düzenine uygun şekilde hareket etme imkân ve kabiliyeti olmasına rağmen hukuk düzeni ile çatışmayı tercih etmesi nedeniyle oluşan kınama yargısıdır. Bu nedenle kusurun konusunu da failin, hukuk düzenine uygun şekilde hareket etme imkân ve kabiliyeti olmasına rağmen hukuk düzeni ile çatışmayı tercih etmesine neden olan anlayışı, zihniyeti oluşturmaktadır. Ancak kusurun konusunu oluşturan anlayış failin genel anlayışı değil, fiil özelindeki ahlak ve etik algısından arındırılmış anlayışdır⁴⁷⁵. Failin genel anlayışından yola çıkarak oluşturulacak kusur kanaati modern ceza hukuku ile bağdaşmayacaktır. Nitekim yürürlükteki modern ceza hukukumuz fail değil fiil esastır.

1.3. Kusurun Unsurları

Gerçekleştirilen tipik haksızlık nedeniyle fail hakkında kusur yargısında bulunabilmek için öncelikle failin kusur yeteneğine sahip olması gerekmektedir⁴⁷⁶. Failin, fiili işlediği anda kusur yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Bir başka ifade ile fiili işlediği anda kusur yeteneğine sahip olmayan failin kınanabilmesi mümkün olmayacaktır⁴⁷⁷. Kusur yeteneği, failin kınanabilmesi için bir ön şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Kusur yeteneği mevcut olmayan failin kusurlu addedilebilmesi ve cezalandırılabilmesi mümkün değildir.

⁴⁷⁴Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 311.

⁴⁷⁵Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 312-313.

⁴⁷⁶Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 84.

⁴⁷⁷Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 313.

Kusur yeteneği ise failin gerçekleştirdiği tipik haksızlıkla ilişkili olarak failin algılama ve irade yeteneğine sahip olması anlamına gelmektedir. Bu nedenle kusur yeteneğinin algılama yeteneđi⁴⁷⁸ ve irade yeteneđi⁴⁷⁹ olmak üzere iki unsurdan oluştuğunu söyleyebiliriz⁴⁸⁰.

1.4. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran ya da Azaltan Nedenler

1.4.1. Genel açıklamalar

Failin kusurluluğunu etkileyen bir başka ifade ile kusurluluğunu ortadan kaldırın ya da azaltan nedenler TCK sistematığı içinde amirin emri, zorunluluk hali nedeniyle kişinin irade yeteneğinin azalması ya da ortadan kalkması, meşru savunmanın sınırının heyecan, korku ve/veya telaş nedeniyle aşılması, cebir ve/veya tehdit nedeniyle kişinin irade yeteneğinin azalması ya da ortadan kalkması, haksız tahrik nedeniyle kişinin irade yeteneğinin azalması, yaş kklđđ, akıl hastalığı, sağırlık ve dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma olarak sıralanabilir.

1.4.2. Amirin emri

TCK'nin 24/2. maddesinde *"Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz."* demek suretiyle kusurluluğu ortadan kaldırın hal düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu kusurluluğu ortadan kaldırın halin çalışma konumuz kapsamında uygulama alanı bulması mümkün gözükmemektedir. Ancak zel sektör çalışanının üstünden talimat alması durumunda konunun amirin emri başlığı altında ele alınıp alınamayacağı çalışmamızın sonraki bölümlerinde inceleme alanı bulmuştur.

⁴⁷⁸Algılama yeteneği hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Koca ve zlmez, **a.g.k.**, 2018, s. 314-316; zgen, **a.g.k.**, 2020, s. 85.

⁴⁷⁹İrade yeteneği hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Koca ve zlmez, **a.g.k.**, 2018, s. 316-317; zgen, **a.g.k.**, 2020, s. 85-86.

⁴⁸⁰zgen, **a.g.k.**, 2020, s. 85.

1.4.3. Zorunluluk hali nedeniyle kişinin irade yeteneğinin azalması ya da ortadan kalkması

TCK'nin 25/2. maddesinde "*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*" demek suretiyle kusurluluğu ortadan kaldıran hal düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu kusurluluğu ortadan kaldıran halin de çalışma konumuz kapsamında uygulama alanı bulması mümkün gözükmemektedir⁴⁸¹.

1.4.4. Meşru savunmanın sınırının heyecan, korku ve/veya telaş nedeniyle aşılması

Meşru savunma hali karşımıza kusurluluğu ortadan kaldıran hal olarak değil, hukuka uygunluk nedeni olarak çıkmaktadır. Meşru savunma kapsamında icra edilen fiiller hukuka aykırı olmayacağı için bu fiillerin failleri hakkında herhangi bir kusur araştırması da yapılmayacaktır. Ancak meşru savunmanın sınırının aşılması halinde hukuka uygun bir fiilden bahsedilemeyeceği gibi fiilin faili hakkında da kusurluluk araştırması yapmak gerekecektir. TCK'nin 27/2. maddesinde "*Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.*" demek suretiyle kusurluluğu ortadan kaldıran hal düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu kusurluluğu ortadan kaldıran halin de çalışma konumuz kapsamında uygulama alanı bulması mümkün gözükmemektedir.

1.4.5. Cebir ve/veya tehdit nedeniyle kişinin irade yeteneğinin azalması ya da ortadan kalkması

TCK'nin 28. maddesinde "*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza*

⁴⁸¹Zorunluluk hali nedeniyle kişinin irade yeteneğinin azalması ya da ortadan kalkması hali hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Z. T. Kangal (2010). *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 230-395.

verilmez." demek suretiyle kusurluluğu ortadan kaldıran hal düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu kusurluluğu ortadan kaldıran halin de çalışma konumuz kapsamında uygulama alanı bulması mümkün gözükmemektedir.

1.4.6. Haksız tahrik nedeniyle kişinin irade yeteneğinin azalması

TCK'nin 29. maddesinde *"Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."* demek suretiyle kusurluluğu azaltan hal düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu kusurluluğu azaltan halin çalışma konumuz kapsamında uygulanma ihtimali düşük de olsa mevcuttur. Bu nedenle çalışmamızın devamında ayrıntıları ile açıklanmıştır.

1.4.7. Yaş küçüklüğü

TCK'nin 31. maddesi ile yaş küçüklüğünün kimi durumlarda kusurluluğu ortadan kaldıran hal, kimi durumlarda ise kusurluluğu azaltan hal olarak düzenlenmiştir. Yaş küçüklüğü halinin çalışma konumuz kapsamında uygulanma ihtimali bulunduğundan çalışmamızın devamında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

1.4.8. Akıl hastalığı

TCK'nin 32/1. maddesinde *"Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez."* TCK'nin 32/2. maddesinde ise *"Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir."* demek suretiyle akıl hastalığı hali kimi durumlarda kusurluluğu ortadan kaldıran hal kimi

durumlarda ise kusurluluğu azaltan⁴⁸² hal olarak düzenlenmiştir. Ceza sorumluluğuna etki edebilecek akıl hastalıkları açısından şizofreni, sosyal fobiler örnek olarak gösterilebilir⁴⁸³. Söz konusu kusurluluğu ortadan kaldıran ya da duruma göre kusurluluğu azaltan halin çalışma konumuz kapsamında uygulama alanı bulması pek mümkün gözükmemektedir.

1.4.9. Sağır ve dilsizlik

Sağırılık ve dilsizlik hali doğrudan doğruya kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan hal olarak düzenlenmemiştir. Ancak TCK'nin 33. maddesiyle sağırılık ve dilsizlik halinin kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenlerden olan yaş küçüklüğünün kapsamını genişlettiği görülmektedir. Söz konusu kusurluluğu ortadan kaldıran ya da duruma göre kusurluluğu azaltan halin çalışma konumuz kapsamında uygulama alanı bulması mümkün olduğundan çalışmamızın devamında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

1.4.10. Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma

TCK'nin 34/1. maddesinde "*Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.*" demek suretiyle fiil kabiliyetini etkileyen geçici nedenler veya alkol, uyuşturucu madde etkisi kusurluluğu ortadan kaldıran hal olarak düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu kusurluluğu ortadan kaldıran halin de çalışma konumuz kapsamında uygulama alanı bulması mümkün gözükmemektedir.

⁴⁸²M. E. Yıldız (2020). *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 366.

⁴⁸³H. Ulutürk (2014). *Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 82.

1.5. Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu Açısından Kusurluluğu Azaltan ya da Ortadan Kaldıran Haller

Çalışmamızın bir önceki bölümünde TCK sistematğine göre kusurluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran hallere yer verilmiştir. Ancak tüm hallerin çalışma konumuz olan marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından uygulama alanı bulması mümkün gözükmemektedir. Çalışmamızın bu bölümünde marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından uygulama alanı bulması imkân dahilinde olan kusurluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran haller ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

1.5.1. Haksız tahrik nedeniyle kişinin irade yeteneğinin azalması

Haksız tahrik, hasız bir fiil nedeniyle kişide oluşan hiddet ya da şiddetli elemin etkisinde kalarak kişinin suç işlemesi hali olarak tanımlanabilir⁴⁸⁴. Haksız tahrik kavramının hukuki esası, haksız olan fiilin failde yarattığı öfke ya da şiddetli üzüntü nedeniyle failin kusurluluğunun azalmasıdır⁴⁸⁵. Nitekim, haksız tahrik hali irade yeteneği üzerinde etkili olarak faili olduğundan daha kolay bir şekilde suç işlemeye yöneltebilir. Bu halde de duyduğu öfke veya şiddetli üzüntü altında suç işleyen kişi ile bunlar olmadan suç işleyen kişiler arasında kınanabilirlik ve kusurluluk noktasında bir derecelendirmeye gidilmiş olması doğal ve yerindedir.

Kusurluluğu azaltan nedenlerden haksız tahrik hali TCK'nin genel hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu nedenle TCK'de ya da başkaca kanunlarda düzenlenmiş olan tüm suç tipleri için uygulama alanı bulabilecektir⁴⁸⁶. Dolayısıyla marka hakkına karşı iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu için de haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir.

Haksız tahrik halinden bahsedebilmek için birtakım şartların yerine gelmesi gerekmektedir. Haksız tahrik halinden söz edebilmek için öncelikle haksız bir fiilin bulunması gerekmektedir⁴⁸⁷. Bu fiilin failin önünde ya da doğrudan faile karşı gerçekleştirilmiş olması gerekme de⁴⁸⁸ bu fiilin insandan kaynaklı ve iradi bir fiil

⁴⁸⁴T. Demirbaş (2021). *Haksız Tahrik* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 22.

⁴⁸⁵Demirbaş, **a.g.k.**, 2021, s. 68.

⁴⁸⁶Demirbaş, **a.g.k.**, 2021, s. 68.

⁴⁸⁷E. Günay (2009). *Haksız Tahrik*. Ankara:Seçkin Yayıncılık, s. 99.

⁴⁸⁸Demirbaş, **a.g.k.**, 2021, s. 68.

olması gerekmektedir⁴⁸⁹. Haksız fiilin mevcudiyeti sonrasında da söz konusu haksız fiilin failde öfke veya şiddetli elem doğurması gerekmektedir⁴⁹⁰. Failin fiilini söz konusu haksız fiil nedeniyle kendisinde oluşan öfke veya şiddetli elem altında icra etmesi gerekmektedir. Ancak bu noktada bahsetmek gerekir ki haksız tahrik altında işlenen suçun mağduru ile haksız tahrike sebebiyet veren haksız fiilin farklı kişiler ise fail açısından haksız tahrik hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır⁴⁹¹.

Failin fiilini haksız tahrik altında icra edip etmediği durum fail tarafından öne sürülme dahi ceza hâkimi tarafından resen araştırılır ve şartlarının varlığı halinde uygulanır. Öte yandan düzenlemenin lafzına bakıldığında haksız tahrik nedeniyle ceza indiriminin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır. Hâkimin takdir yetkisi sadece uygulanacak cezanın sınırlar dahilindeki miktarında mevcuttur.

Failin, fiilini haksız tahrik altında işlemesi halinde TCK'nin 29. maddesi uyarınca *"... ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."*

Tüm bu bilgiler ışığında kendisine ya da yakınına yönelen haksız bir fiilin kendisinde yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile haksız fiili işleyen kişinin marka hakkına tecavüz ederek bu kişiye ekonomik olarak zarar vermek isteyen failin, haksız tahrik altında marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunu işlediği kabul edilecektir. Bu kapsamda marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun faili hakkında hükmedilecek cezadan cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilecektir.

1.5.2. Yaş küçüklüğü

Yaş küçüklüğü hali, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da azaltan fizyolojik bir sübjektif neden olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁹². TCK, 0 - 18 yaş aralığını üç gruba ayırmış ve her grup için farklı durumlar öngörmüştür.

⁴⁸⁹Demirbaş, **a.g.k.**, 2021, 69.

⁴⁹⁰Günay, **a.g.k.**, 2009, s. 99.

⁴⁹¹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 365.

⁴⁹²B. Aslan (2014). *Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü* (3. Baskı). Ankara:Seçkin Yayıncılık, s. 24.

İlk grup 0 - 12 yaş aralığındaki çocuklardır. TCK'nin 31/1. maddesine göre fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Fiili işlediği sırada suça sürüklenen çocuğun⁴⁹³ on iki yaşını doldurmamış olduğu belirlendikten sonra suça sürüklenen çocuğun kusur yeteneğinin mevcut olup olmadığı dahi araştırılmayacaktır. Marka hakkına karşı iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun kapsamı ve seçimlik hareketlerinin icra zorluğu gözetildiğinde 0 - 12 yaş aralığındaki çocukların bu suçu işlemesi ve dolayısıyla da TCK'nin 31/1. maddesi hükmünün uygulama alanı bulabilmesi pek mümkün görülmemektedir.

İkinci grup, 12 - 15 yaş arasındaki çocuklardır. Bu grupta yer alan çocuklar için öncelikle kusur yeteneği araştırması yapılması gerekmektedir. Kusur yeteneği araştırması genel bir araştırma olmayıp, işlenen fiil özelinde yapılacak bir araştırmadır⁴⁹⁴. Nitekim TCK'nin 31/2. maddesi uyarınca fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş ancak on beş yaşını doldurmamış olan çocukların işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde cezai sorumlulukları bulunmayacaktır. Böylesi bir durumda yaş küçüklüğü hali, kusurluluğu ortadan kaldıran hal olarak karşımıza çıkmaktadır. İkinci grupta yer alan çocuklardan kusur yeteneği bulunanlar açısından da yaş küçüklüğü hali kusurluluğu azaltan neden olarak düzenlenmiştir. Bu halde suça sürüklenen çocuk hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on beş yıla kadar; müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmedilir. *"... Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz."* Marka hakkına karşı iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun kapsamı ve seçimlik hareketlerinin icra zorluğu gözetildiğinde 12 - 15 yaş aralığındaki çocukların bu suçu işlemesi ve dolayısıyla da TCK'nin 31/1. maddesi hükmünün uygulama alanı bulabilmesi pek mümkün görülmemektedir.

Üçüncü ve son grup 15 - 18 yaş aralığındaki çocuklardır. Bu grupta yer alan çocuklar açısından kural olarak kusur yeteneği araştırması yapılması gerekli değildir. Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış olan

⁴⁹³Suçta sürüklenen çocuk kavramının tanımı için bakınız: Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) md.3/1-a.

⁴⁹⁴Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 321.

suça sürüklenen çocukların kusur yeteneklerinin varlığı kabul edilmektedir. Üçüncü grupta yer alan çocuklar için yaş küçüklüğü hali kusurluluğu azaltan neden olarak düzenlenmiştir. Bu halde suça sürüklenen çocuk hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmedilir. *"...Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası on iki yıldan fazla olamaz."*

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun üçüncü grupta yer alan yani 15 - 18 yaş aralığında yer alan çocuklar tarafından işlenmesi olasıdır. Zira reşit olmaya çok yakın, bilgi, görgü ve teknik altyapısı yeterli olabilecek üçüncü yaş grubunda yer alan çocukların, failin tacir ya da ticari işletme sahibi olma şartı da aranmadığı da gözetildiğinde marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun faili olması mümkündür. Örneğin 17 yaşında bir çocuk tarafından marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş olan gömleklerin internet siteleri üzerinden satışa arz edilmesi halinde TCK'nin 31/3. maddesi düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır. Böyle bir durumda yaş küçüklüğü olan suça sürüklenen çocuğun kusurluluğunun reşit olan bir sanıktan daha az olduğu kanuni varsayımı ile Kanun'un 30/1. maddesi uyarınca belirlenecek olan temel ceza TCK'nin 31/3. maddesi uyarınca 1/3 oranında indirilecektir.

1.5.3. Sağırılık ve dilsizlik

Dilsizlik *"Konuşamama ... biçiminde ortaya çıkan konuşma engeli. Doğuştan sağırılık ya da konuşma organlarındaki anormallikten ..."* kaynaklanan konuşamama hali olarak⁴⁹⁵; sağırılık ise *"İşitme duyusunun ya tümüyle ya da günlük gerekleri karşılayamayacak ölçüde bozuk oluşu"* şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁹⁶.

İşitme yeteneğine doğuştan sahip olmayan veya küçük yaşta bu yeteneğini tamamen yitiren kişilerin algılama yetenekleri yaşlılarına oranla daha az gelişeceğinden bahisle TCK'nin 33. maddesi ile sağır ve dilsiz kişiler açısından özel bir genel düzenlemeye gidilmiştir.

⁴⁹⁵R. Bakırcıoğlu (2016). *Ansiklopedik Eğitim ve Psikoloji Sözlüğü*. Ankara: Anı Yayıncılık, s. 471.

⁴⁹⁶Bakırcıoğlu, a.g.k., 2016, s. 1355.

Sağırılık ve dilsizlik hali doğrudan doğruya kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan hal olarak düzenlenmemiştir. TCK'nin 33. maddesinde *"Bu Kanunun, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, on beş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on sekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on sekiz yaşını doldurmuş olup da yirmi bir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır."* demek suretiyle yaş küçüklüğüne ilişkin kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan halin yaş sınırları genişletilmiştir.

Failin, fiili işlediği sırada sağır ve dilsiz olması halinde, failin kusurluluğunun dolayısıyla da cezai sorumluluk miktarının belirlenmesi için sağır ve dilsiz olan failin yaşına bakılması gerekmektedir. Sağır ve dilsiz olan kişiler için de üç farklı yaş grubu belirlenmiştir.

İlk grup 0 - 15 yaş aralığındaki sağır ve dilsiz çocuklardır. Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsiz çocukların cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Sağır ve dilsiz olan suça sürüklenen çocuğun fiili icra ettiği sırada on beş yaşını doldurmamış olduğu belirlendikten sonra suça sürüklenen çocuğun kusur yeteneğinin mevcut olup olmadığı dahi araştırılmayacaktır. 15 yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsiz bir çocuğun marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunu işlemesi halinde suça sürüklenen çocuğa herhangi bir ceza verilmeyecektir.

İkinci grup 15 - 18 yaş aralığındaki sağır ve dilsiz çocuklardır. Bu grupta yer alan sağır ve dilsiz çocuklar için öncelikle kusur yeteneği araştırması yapılması gerekmektedir. Nitekim TCK'nin 31/2. maddesi hükmü uyarınca 15 - 18 yaş aralığındaki sağır ve dilsiz çocukların işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeteri miktarda gelişmemiş olması halinde cezai sorumlulukları bulunmayacaktır. On beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış olan sağır veya dilsiz çocuklardan kusur yeteneği bulunanlar açısından yaş küçüklüğü hali kusurluluğu azaltan neden olarak düzenlenmiştir. Bu halde söz konusu suça sürüklenen sağır ve dilsiz çocuklara TCK'nin 31/2. maddesinde düzenlenen cezai indirimler uygulanacaktır. On beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış olan, kusur yeteneği mevcut sağır ve dilsiz suça

sürüklenen çocuk tarafından marka hakkına iltibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun işlenmesi halinde SMK'nin 30/1. maddesine göre belirlenecek cezanın yarısı indirilecektir.

Üçüncü ve son grup 18 -21 yaş arasında bulunan sağır ve dilsiz kişileri kapsamaktadır. Bu grupta yer alan kişiler açısından kural olarak kusur yeteneği araştırması yapılması gerekli değildir. On sekiz yaşını doldurmuş olup yirmi bir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsiz faile TCK'nin 31/3. maddesinde öngörülen ceza indirimi uygulanacaktır. Bu kapsamda on sekiz yaşını doldurmuş ancak yirmi bir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsiz failin, marka hakkına iltibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunu işlemesi halinde SMK'nin 30/1. maddesine göre belirlenecek cezanın üçte biri indirilecektir.

1.6. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran ya da Azaltan Nedenlerin Maddi Şartlarında veya Fiilin Haksızlık Oluşturduğu Hususunda Hata

1.6.1. Genel açıklamalar

Kusurluluğu etkileyen hata türleri yukarıda açıkladığımız, kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenlerin maddi şartlarında ya da fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda haksızlık yanılığı olarak karşımıza çıkabilir. Her iki durumda da fail kaçınılmaz hatasından yararlanabilecektir.

1.6.2. Kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenlerin maddi şartlarında hata

TCK'nin 30/3. maddesi uyarınca kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenlerin gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanacaktır⁴⁹⁷. Fail, kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenlerin mevcut olmamasına rağmen, içine düştüğü kaçınılmaz hata sebebiyle bu nedenlerin mevcut olduğu düşüncesi ile fiilini icra ederse bu hatasından yararlanacaktır. Failin, hatasından yararlanabilmesi için içine düştüğü hatanın kaçınılmaz olması gerekmektedir⁴⁹⁸. Failin

⁴⁹⁷Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 489.

⁴⁹⁸Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 372.

hatasının kaçınılabilir olması halinde ise cezası alt sınıra yakın şekilde tayin edilebilecektir⁴⁹⁹.

Kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenlerin maddi şartlarında hata halini örnek bir olayla izah etmek gerekirse: Teoman'ın ürettiği kestane şekerleri ile ilgili olarak çıkan asılsız haberler üzerine Teoman, bu asılsız haberlerin rakibi olan, ürettiği kestane şekerlerini "Maysa" markası ile piyasaya sunan Maysa Şekerleme Limited Şirketi'nin yetkililerince çıkartıldığını düşünmüştür. Hatta Maysa Şekerleme Limited Şirketi'nde çalışan birkaç arkadaşı da bu haberlerin bilinçli olarak çıkartıldığını kendisine söylemiştir. Böyle bir durumda, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü haksız fiil nedeniyle hiddetlenen Teoman *"Benim kestane şekerlerim kalitesizse ben de bu şekerleri "Maysa" markasıyla satarım."* diyerek, kendi ürettiği kestane şekerlerini "Maysa" markası altında satmaya başlamıştır. Bu halde kendisine yönelen haksız bir fiilin olduğu noktasında kaçınılmaz bir hataya düşen Teoman'ın, işlemiş olduğu marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz suçunu haksız tahrik etkisi altında işlediği kabul edilecek ve hakkında hükmedilecek cezadan dörtte bir ile dörtte üç oranında indirim yapılacaktır.

1.6.3. Fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hata

TCK'nin 30/4. maddesi uyarınca *"İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi"* yani haksızlık yanılığı içinde fiilini icra eden kişi cezalandırılmaz. Haksızlık yanılığı, failin icra ettiği fiilin hukuken yasak fiillerden olduğunu bilmemesi olarak tanımlanabilir⁵⁰⁰. Nitekim kusurluluk açısından dikkate değer olan failin işlediği fiilin hukuken onaylanabilir nitelikte olmadığı bilincinde olmasıdır⁵⁰¹.

Fail, icra ettiği fiilin tüm anlam ve sonuçlarına hâkim olmasına rağmen fiilin hukuken yasak olduğunu bilmemektedir. Fail tarihsel, politik, kültürel⁵⁰² ya da herhangi bir nedenle icra ettiği fiili yasaklayan normun mevcut olmadığı hususunda ya da mevcut normun yorumlanmasında hataya düşmekte ve bu hali ile de icra ettiği fiili meşru bir fiil

⁴⁹⁹Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 490.

⁵⁰⁰Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 368.

⁵⁰¹Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 491.

⁵⁰²O. E. Taşkın (2015). *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan Cilt II*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 1108.

olarak görerek icra etmektedir⁵⁰³. Haksızlık yanılığının bu haline doğrudan haksızlık yanılığı adı da verilmektedir.

Haksızlık yanılığı, failin olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğu zannıyla fiilini icra etmesi şeklinde de ortaya çıkabilir⁵⁰⁴. Haksızlık yanılığının bu haline de dolaylı haksızlık yanılığı adı verilmektedir.

Failin, içine düştüğü haksızlık yanılığının kaçınılmaz olması⁵⁰⁵ halinde failin kusurluluğu ortadan kalkacaktır⁵⁰⁶. Bir başka ifade ile failin içine düştüğü haksızlık yanılığı failin kastını ortadan kaldırmayacaktır⁵⁰⁷. Failin içine düştüğü haksızlık yanılığının kaçınılabılır bir hatadan kaynaklanması halinde kusurluluk ortadan kalkmayacaktır. Bu durumda fail, kasten işlediği suç nedeniyle cezalandırılacaktır⁵⁰⁸.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından doğrudan haksızlık yanılığı olarak tanımlanan, failin icra ettiği fiilin hukuk düzenince yasaklandığı hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmesinin suçun işleneceği ekonomik mecra, globalleşen ticaret sahası, söz konusu fiillerin birçok hukuk düzenince yasaklanmış olması gibi nedenlerle mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Ancak yine de bu husus her somut olayda ele alınmalıdır.

2. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

2.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

2.1.1. Genel açıklamalar

Sırf hareket suçları açısından suçun kanuni tanımında yer verilen hareketin eksiksiz şekilde icra edilmesi halinde tamamlanmış bir suçtan bahsedilebilecektir. Sırf hareket suçlarında hareketin başlaması ancak tamamlanamaması gibi durumlarda failin kusurlu sayılıp sayılmayacağı, kusurlu sayılacak ise de failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, fail cezalandırılacak ise cezasının miktarının ne olacağı konuları gündeme gelmektedir. Hemen hemen bütün hukuk sistemleri tamamlanmamış suçların da cezalandırılması ancak tamamlanmış suçlara nazaran daha az ceza ile tazyik

⁵⁰³Koca ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2018, s. 368.

⁵⁰⁴Koca ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2018, s. 369.

⁵⁰⁵Koca ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2018, s. 369.

⁵⁰⁶Failin içine düştüğü haksızlık yanılığının kaçınılmaz bir hatadan kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususu failin bilgisi, yaşı, tecrübesi, yaşadığı toplum ve çevre, mesleği gibi sübjektif özellikleri gözeticilerle belirlenecektir.

⁵⁰⁷Özgenç, **a.g.k.**, 2020, s. 492.

⁵⁰⁸Koca ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2018, s. 370.

edilmesini öngörmektedir⁵⁰⁹. Zira suça teşebbüs halinde de fail suç yoluna girerek icra hareketlerini ifa etmeye başlar, duruma göre bir veya daha fazla hareket ile sonuca yönelmeye çalışır ancak kendi iradesinden arı bir şekilde suçu tamamlayamaz⁵¹⁰.

TCK'nin 35. maddesine göre fail, işlemeyi kastettiği bir suçu, suçu işlemeye elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladıktan sonra kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Birtakım suç tipleri ancak belirli aşamalardan geçilerek işlenebilir. Birtakım suçların işlenebilmesi için de karar, hazırlık ve icrai hareketlere başlama ya da neticeyi meydana getirme aşamalarından geçilmesi gerekmektedir. Bu süreç içinde icrasına başlanan ancak failden kaynaklanmayan nedenlerle tamamlanamayan suçlara, *teşebbüs aşamasında kalmış suç* denir⁵¹¹. Teşebbüs aşamasında kalmış suç, suçun icrası ile tamamlanması arasındaki süreçte ortaya çıkabilir.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta failin, işlemeyi kastettiği suç için suçu işlemeye elverişli hareketleri ile doğrudan doğruya icraya başlaması gerekliliğidir. Onun dışında failin, suç işlemeyi düşünmesi, suç işlemek için araç alması, mağdur hakkında bilgi toplaması gibi hazırlık hareketleri teşebbüs kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu hazırlık hareketlerinin hiçbirisi kastedilen suçu şüphesiz bir şekilde ortaya koyabilecek nitelikte değildir⁵¹². Zira suç işleme düşüncesinin cezalandırılmayacağı göz önüne alındığında icrai hareketlere başlamayan, henüz düşünce aşamasında⁵¹³ olan failin teşebbüse dayalı olsa da cezai sorumluluğundan bahsetmek de uygun olmayacaktır⁵¹⁴. Failin icrasına başladığı hareketlerin kastettiği suçu işlemeye elverişli olup olmadığının tayininde objektif unsurların esas alınması gerekmektedir⁵¹⁵. Objektif görüşe göre failin özelliklerinden bağımsız şekilde failin icrasına başladığı hareket ile failin kastettiği suç tipi işlenebilir denilmekte ise hareketin elverişliliğinden bahsedilir. Öte yandan objektif açıdan elverişlilik sadece araç açısından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere tüm fiil açısından mevcut olmalıdır⁵¹⁶.

⁵⁰⁹Dönmezer ve Erman, **a.g.k.**, 1973, s. 444.

⁵¹⁰G. Özocak (2018). *Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 34.

⁵¹¹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 414.

⁵¹²P. Aksoy İpekçioğlu (2009). *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 49.

⁵¹³Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 421.

⁵¹⁴Aksoy İpekçioğlu, **a.g.k.**, 2009, s.49.

⁵¹⁵Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 397; Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 428-429; Koca ve Üzülmüş, 2018, **a.g.k.**, s. 434.

⁵¹⁶Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 428.

Objektif açıdan elverişliliğin bulunmadığı durumlarda ise elverişsiz teşebbüs ortaya çıkacaktır⁵¹⁷.

Teşebbüs, doğası gereği suçun tamamlanmamış yani icra hareketlerinin bitirilmemiş ya da henüz neticenin gerçekleşmemiş olmasını gerektirmektedir⁵¹⁸. Bu nedenle failin teşebbüsten dolayı sorumlu olabilmesi için suç işlemeye elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladıktan sonra hareketi kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle tamamlayamaması gerekmektedir. Failin kendi kararı ile icrai hareketine son vermesi veya suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlemesi durumunda elverişli icrai hareketinden gönüllü vazgeçen fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Fakat gönüllü vazgeçme anına kadar geçen sürede tamamlanan hareketler bir suç oluşturur ise fail o suçtan dolayı cezalandırılır. Nitekim TCK'nin 36. maddesine göre *"Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır."*

Gönüllü vazgeçme, failin özgür iradesi ile icra hareketlerine son vermesi ya da neticeli suçlar açısından, icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen kendi etkin çabası ile neticenin ortaya çıkmasını engelleme hali olarak tanımlanabilir⁵¹⁹. Gönüllü vazgeçme bir suçun tamam olana kadar her aşamada mümkün olabilir⁵²⁰. Gönüllü vazgeçme, teşebbüsün cezasızlık halidir. Erem'e göre teşebbüsün cezasızlık halinin öngörülmesi suç siyasetine de uygundur. Zira bu sayede icrai harekete başlayan ancak tamamen kendi kararı ile icrai hareketlerinden dönen veya suçun tamamlanmasını ya da neticenin ortaya çıkmasını engelleyen faile cezadan kurtulma, suçtan dönme imkanı tanınmıştır⁵²¹.

Teşebbüs ve gönüllü vazgeçme kurumlarının genel hüküm şeklinde düzenlenmesi nedeniyle bu kurumlar doğası gereği taksirli suçlar haricindeki tüm suç tiplerine uygulanabilir niteliktedir.

⁵¹⁷G. Kazaker (2019b). *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 26.

⁵¹⁸Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 432.

⁵¹⁹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 438.

⁵²⁰M. Arslantürk (2018a). *Etkin Pişmanlık - Vazgeçme - Cezasızlık*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 156.

⁵²¹Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 413.

2.1.2. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunda teşebbüs ve gönüllü vazgeçme

Sırf hareket suçlarında elverişli icra hareketlerinin bölünebilme imkanının olması durumunda teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulabilecektir⁵²². Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu seçimlik hareketli, sırf hareket suçlarındandır. Bir başka ifade ile SMK'nin 30/1. maddesinde öngörülen seçimlik hareketlerin yine aynı maddede belirlenen şartlar dahilinde icra edilmesi ile suç tamamlanmaktadır. Bu nedenle marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için failin, SMK'nin 30/1. maddesinde gösterilen seçimlik hareketlerden birinin ya da birkaçının icrasına objektif açıdan elverişli bir şekilde başlamış ve elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamamış olması gerekmektedir.

SMK'nin 30/1. maddesinde yer alan seçimlik hareketlerin genişliği gözetildiğinde marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu bakımında teşebbüs hükümlerinin uygulama alanı bulması oldukça zordur⁵²³.⁵²⁴ Ancak örneğin, marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş olan malları hiç depolamaksızın ya da elinde bulundurmaksızın, sadece aracı olarak üçüncü kişiye ithal etmek suretiyle satmak için sözleşme akdeden ancak ilgili malların gümrükten geçişini sağlayamayan fail hakkında teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir. Aynı örnekte olduğu gibi söz konusu mallar henüz alıcısına teslim edilmeden failin bu sevkiyattan gönüllü olarak vazgeçmesi ve alıcıya teslimin gerçekleşmesini engellemesi halinde de fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır.

⁵²²Özocak, a.g.k., 2018, s. 211.

⁵²³Yargıtay 19. CD. 27.06.2019, K.2019/10226 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı): “*Karşı Oy: ...sanıkların fiilinin marka taklidi ürünleri satmaya teşebbüs olarak nitelendirilmesi gerektiği ve bu fiilin 551 sayılı KHK' nin 5833 sayılı Kanun ile değişik 61/A-1. maddesindeki suçu oluşturacağı kuşkusuzdur. Zira sanıkların gümrük idaresine beyan ettikleri belgelerle alıcısı belli olan malları yurtdışına çıkarmak üzere gümrük kapısına araçla getirmeleri karşısında alıcının malı satın alma, satıcının ise satma hususundaki iradeleri bir araya gelmiş ve satım akdi kurulmuştur. Bu bağlamda suç yoluna girmiş olan sanık bölünmesi mümkün olan hareketlerden bir kısmını kendi iradesi dışında gerçekleşen sebeplerden dolayı tamamlayamamış, fiili neticelendirememiş yani satım akdini gerçekleştirememiştir. Açıklandığı üzere sanığın fiili, başkasına ait marka hakkına tecavüz ederek mal satma suçuna teşebbüs teşkil etmektedir.*”

⁵²⁴MARKHK'nin 61/A-1. maddesinde yer alan seçimlik hareketler arasında başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek üretilmiş malı ticari amaçla bulundurmamak fiili mevcut değildi. Ancak SMK'nin 30/1. maddesinde yer alan seçimlik hareketler arasında başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek üretilmiş malı ticari amaçla bulundurma fiiline yer verilmiştir. Dolayısıyla SMK döneminde kararda yer verilen türde fiillerde satış gerçekleşmese dahi ilgili malı ticari amaçlarla elinde bulunduran fail, teşebbüs hükümlerinden yararlanamayacaktır.

2.2. İştirak

2.2.1. Genel açıklamalar

Fiil her zaman bir kişi tarafından icra edilmez. Bazı zamanlarda birden fazla failin müşterek katılımı ile icra edilen fiil de karşımıza çıkabilir. Birden fazla fail tarafından icra edilen fiillerin aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde suçu birlikte işleyen faillerin cezai sorumluluklarının tayini sorunu karşımıza çıkacaktır⁵²⁵. Bu sorunun çözümü için suça iştirak konusu TCK'nin 37. ve 41. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Genel olarak iştirak kavramı, birden çok kişinin bir suçu işlemek amacıyla iradi şekilde birleşmeleri ve bu birleşme sonucunda suçun meydana gelmesi hali olarak tanımlanabilir⁵²⁶. İştirakin mevcudiyeti için iştirak haline ilişkin maddi ve manevi unsurların bir arada mevcudiyeti zorunludur⁵²⁷. Suçun icra edilmesine katılma yönündeki irade manevi unsur, suçun icrasına yapılan nedensel katkı ise maddi unsur karşılayacaktır⁵²⁸. Nitekim faillerde iştirake ilişkin bir anlaşmanın yani iştirake ilişkin manevi unsurun ve iştirak ilişkisi içerisinde katılma ile gerçekleştirilen fiil yani iştirake ilişkin maddi unsurun olmadığı durumlarda herhangi bir iştirak ilişkisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır⁵²⁹.

2.2.2. İştirak kastı

TCK'nin 37. maddesi uyarınca suç ihtiva eden fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olacaktır. Ancak suç ihtiva eden fiili birlikte gerçekleştiren kişilerin her biri açısından suça iştirak edildiğinin bilinmesi ve bu durumun istenmesi gerekmektedir. Bir başka ifade ile iştirak halinde hareket eden faillerde suçun manevi unsurundan ayrı şekilde iştirak halinde hareket etme kastı da aranacaktır⁵³⁰. Ancak iştirak kastı suçun oluşup oluşmadığına etki edecek nitelikte

⁵²⁵Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 420; Özbek, Doğan ve Bacaksız, **a.g.k.**, 2020, s. 311.

⁵²⁶Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 420.

⁵²⁷Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 428.

⁵²⁸C. Şenol (2017). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (10) s. 511.

⁵²⁹Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 428.

⁵³⁰Özbek, Doğan ve Bacaksız, **a.g.k.**, 2020, s. 317.

olmadığı, sadece failin iştirak ilişkisi içinde olup olmadığının tespiti için gerekli olduğu unutulmamalıdır.

İştirak kastı yalnızca failin, iştirak içinde yer alma iradesinin göstergesidir. Failler arasında suça iştirak iradesinin bulunması faillerden her birisinin cezai sorumluluğunun tespiti açısından önem taşımaktadır. Failler arasında suç işleme noktasında bir anlaşma olmadığı sürece müstakil faillerden her birisi farklı bir suçu işlemeye kast etmiş olabilir. İştirak kavramının tanımına uygun olarak işlenmek istenen suçun tüm failler için aynı olması gerekmektedir⁵³¹. Örneğin faillerden birisi mağduru öldürmek, diğeri ise mağduru yaralamak kastı ile hareket edebilir. Böylesi bir durumda her fail kendi kastı nispetinde cezai sorumluluk taşıyacaktır.

İştirak kastının mevcudiyeti için iradi fiil ile birlikte iştirak halinin istenmesi de gerekmektedir. Nitekim bir suça iştirak ettiğini bilmeyen failin kastı ortadan kalkacaktır⁵³². Örneğin marka hakkına iktibas suretiyle üretilecek gömleğin kumaşını tedarik eden kumaş toptancısı –bu kumaşların marka hakkına iktibas suretiyle üretilecek gömleklerde kullanılacağını bilmemek şartı ile- suça iştirak etmiş sayılamayacaktır.

Bu noktada ayrıca değinmek gerekir ki yukarıdaki paragrafta verdiğimiz örnekte olduğu gibi bilmeden suça iştirak ile hata nedeniyle, işlenmiş suça iştirak birbirlerinden farklıdır. Nitekim hata nedeniyle, işlenmiş suçta netice iradi olmayacağı için suç işleme noktasında faillerin iradelerinin birleştiğinden de bahsedilemez. Dolayısı ile böyle bir durumda iştirak ilişkisinin kurulabilmesi mümkün değildir.

2.2.3. İştirak açısından maddi unsur

İştirak halinin maddi unsuru suçun tamamına etki eden katılmadır. Nitekim iştirak hali fiilin birlikte icra edilmesine dayanır. Suçun meydana gelmesinde etki gösteren bir fiilin icra edilmesi iştirak halinde bulunan faillerin cezai sorumluluğunda maddi unsur karşılar⁵³³.

⁵³¹M. Özen (2007). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (70), s. 241.

⁵³²Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 424.

⁵³³Özbek, Doğan ve Bacaksız, **a.g.k.**, 2020, s. 316.

2.2.4. İştirak türleri

2.2.4.1. Müşterek faillik

TCK'nin 37/1. maddesine göre *"Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur."* Suçun kanuni tanımında yer alan unsurları doğrudan doğruya katılarak birlikte işleyen her bir fail müşterek fail olarak cezai sorumluluğa sahip olacaktır⁵³⁴. Burada faillerin hepsi icrai hareketler üzerinde hakimiyet kurmaktadır⁵³⁵. Ancak unutulmamalıdır ki müşterek faillikte, tipik fiillerin icrasında iş bölümü yaparak sonuca ulaşmaktadırlar⁵³⁶.

Örneğin marka hakkına iktibas suretiyle üretilen ve satışa arz edilen gömlekleri iş bölümü halinde çalışarak imal eden ve satışa arz eden tüm şerikler müşterek fail olarak SMK'nin 30/1. maddesi hükmünde düzenlenen suçtan dolayı sorumlu olacaktır.

2.2.4.2. Dolaylı faillik

Suçun işlenmesine doğrudan doğruya katkı sağlamamakla birlikte bir başkasının araç olarak kullanılması suretiyle suçun ortaya çıkartılması mümkündür. Böyle bir durumda arka planda kalan ve aracı yönlendiren faile dolaylı fail denilecektir⁵³⁷. Dolaylı failliğin kanuni dayanağı TCK'nin 37/2. maddesinde yer almaktadır. Hükme göre *"Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur."*

Araç olarak kullanılan kişi üzerinde cebir veya tehdit ile uygulamak suretiyle hakimiyet kurulmuş olabilir. Öte yandan araç olarak kullanılan kişi kaçınılmaz bir yanılğı içinde olduğundan dolayı da araç konumuna düşebilir. Ancak bu halde de dolaylı fail, araç olarak kullanılan kişiyi bilerek yanılğıya düşürerek araç olarak kullanmaktadır. Son olarak dolaylı failin, kusur yeteneği bulunmayan kişileri⁵³⁸ araç

⁵³⁴Özbek, Doğan ve Bacaksız, **a.g.k.**, 2020, s. 316.

⁵³⁵Özgenç ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 128-129.

⁵³⁶R. M. ÖNOK (2019). *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti - Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Faillik Doktrinleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 60.

⁵³⁷Özgenç ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 130.

⁵³⁸TCK'nin 37/2. maddesine göre dolaylı fail açısından daha fazla cezayı gerektiren hal düzenlenmiştir. Buna göre kusur yeteneği olmayanların araç olarak kullanılması halinde dolaylı fail için belirlenecek temel ceza üçte birden yarısına kadar artırılacaktır.

olarak kullanması hali karşımıza çıkabilir⁵³⁹. Bu tip durumlarda bir başka kişiyi araç olarak kullanan kişi dolaylı fail olarak cezai sorumluluğa sahip olacaktır⁵⁴⁰.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilmek suretiyle üretilmiş olan ürünleri bu ürünlerin mütecaviz işaret taşımadığı noktasında hataya düşürdüğü kişi eliyle satışını sağlayan kişi dolaylı fail olarak cezai sorumluluğu taşıyacaktır. Satışa arz edilen ürünlerin mütecaviz işaret taşıması hususunda hataya düşen araç konumundaki kişi ise söz konusu suçun taksirli sorumluluk halinin düzenlenmemesi nedeniyle cezai sorumlulukla karşı karşıya gelmeyecektir.

2.2.4.3. Azmettirme

Azmettirme, herhangi bir suç işlemeyi düşünmeyen kişiyi suç işlemeye yönlendirmek olarak tanımlanmaktadır⁵⁴¹. Azmettirme, suç işleme noktasında herhangi bir fikri, düşüncesi ya da bilgisi olmayan birisinin bu suçu işlemeyi isteyen bir başkası tarafından suçu işlemeye ikna edilmesi olarak da tanımlanabilir.

İcrai hareketleri bizzat gerçekleştirmek suretiyle suç işlemeyi düşünmeyen ancak suç işlemeyi amaçlayan tarafından ikna edilen kişiye azmettiren; bu kişiyi ikna edene ise azmeden denilmektedir. Azmettirilen⁵⁴² ile azmettiren arasında bir iştirak ilişkisi mevcuttur. İşlenen suç neticesinde azmettiren de azmettirilen ile aynı suçtan sorumlu olacaktır. Nitekim TCK'nin 38. maddesine göre "*Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.*"

Dolaylı faillik ile azmettirme birbirine sıklıkla karıştırılmaktadır. Ancak azmettirme ile dolaylı faillik arasında net bir ayrım mevcuttur. Dolaylı faillikte fiili icra eden kişinin iradesinden bahsedilmez; fiili icra eden araç olarak kullanılır. Ancak

⁵³⁹Özgenç ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2020, s. 131.

⁵⁴⁰Özbek, Doğan ve Bacaksız, **a.g.k.**, 2020, s. 317.

⁵⁴¹Koca ve Üzülmüş, 2018, **a.g.k.**, s. 485.

⁵⁴²TCK' nin 38/2. maddesi ile azmettirilen kişinin çocuk olması ya da çocuk olmamakla birlikte azmettirenin üstsoy veya altsoy olup bu soy bağı nüfusu kullanılarak azmedilmesi halinde azmeden için belirlenen temel cezanın üçte birden yarısına kadar artırılacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca TCK' nin 38/3. maddesi ile de tüm faillerin ortaya çıkarılabilmesi, cezai sorumluluğa sahip tüm faillerin cezalandırılabilmesini sağlamak amacıyla azmettirenin belirlenemediği durumlarda, azmettirenini açıklayan fail hakkında cezai indirim uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

azmettirmede azmettirilen serbest iradesi ile fiili icra eder, azmettiren tarafından araç olarak kullanılmaz. Dolayısıyla azmettirilen işlenen suç üzerinde tasarruf edebilir⁵⁴³.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından azmettirme hususunun karşımıza çıkması pek mümkün gözükme de azmettirme SMK'nin 30/2. maddesinde düzenlenen marka koruması olduğunu gösteren işareti kaldırma suçu açısından karşımıza çıkabilir. Örneğin başkasına ait marka koruması olduğunu gösteren işareti üretilmiş ve depoda bekletilen ürünlerin üzerinden kazıyarak kaldırmak isteyen birisi bu fiili, böyle bir fiili icra etmeyi düşünmeyen bir başka kişiye herhangi bir menfaat karşılığında yaptırabilir. Böylesi bir durumda menfaat karşılığında fiili icra eden kişi azmettirilen, menfaati vadeden ise azmeden olarak karşımıza çıkacaktır.

2.2.4.4. Yardım etme

Suçun işlenmesi için doğrudan doğruya katkı vermeyen, suçun işlenişi açısından diğer fail ya da faillerle birlikte ortak hakimiyet sahibi olmayan ancak suçun işlenmesi için diğer fail ya da faillerin fiillerine illi katkı sunan kişilere yardım eden adı verilmektedir. Bu kişiler suçtan, yardım eden sıfatı ile sorumlu olacaklardır⁵⁴⁴. Yardım etme, başka bir fail tarafından kasten işlenen suça kasten destek olmak anlamına gelmektedir⁵⁴⁵.

Yardım etme, failin kişisel kararı ile icrası başlanan suça destek olunması nedeniyle azmettirmeden; suç ihtiva eden fiil üzerinde hakimiyet kurulamaması nedeniyle de faillikten ayrılmaktadır⁵⁴⁶.

Yardım etme, ancak TCK'nin 39. maddesinde belirlenen şekilde gerçekleştirilen yardım fiillerinin icrası ile gerçekleşir. Bu kapsamda birisini suç işlemeye teşvik eden veya suç işleme kararı vermiş olan kişinin bu kararını kuvvetlendiren ya da suç ihtiva eden fiilin işlenmesinden sonra kendisine yardımcı olacağını vadeden kişi; suç ihtiva eden fiilin ne şekilde icra edilebileceği konusunda bilgi veren ya da faile gereken araçları suçun işlenmesinde kullanılması için temin eden; suç ihtiva eden fiillerin

⁵⁴³Koca ve Üzülmüş, 2018, **a.g.k.**, s. 496.

⁵⁴⁴Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 496.

⁵⁴⁵Ö. Çelen (2020). *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail - Yardım Eden Ayrımı)*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 255.

⁵⁴⁶Çelen, **a.g.k.**, 2020, s. 109.

işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında faile yardımda bulunarak fiilin icrasını kolaylaştıran kişiler suça yardım eden sıfatını alacaklardır⁵⁴⁷.

Marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz ederek "*Dolce&Gabbanabbas*" ibaresini kullanarak mont üretmek ve satmak isteyen birisine bu üretimin ne şekilde gerçekleştirilebileceğini, mütecaviz ibarelerle üretilen montların ne şekilde satılabileceğini faile anlatan, bu konuda faili teşvik eden, üretim cihazlarını temin eden kişi ya da kişiler yardım eden sıfatını alacaktır. Bu durumda yardım edene Kanunun 30/2. maddesi uyarınca verilecek ceza TCK'nin 39. maddesi uyarınca yarısı oranında indirilecektir.

2.3. İştirak Halinde İşlenen Suçlar Açısından Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Suçun birden çok kişinin katılımı ile işlendiği durumlarda da suça teşebbüs hali söz konusu olabilir. Birden çok kişinin katılımı ile işlenecek kasıtlı suçun elverişli hareketlerle doğrudan icrasına başlanması ancak suça iştirak eden faillerin elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanamaması halinde iştirak halinde işlenen suçlar açısından teşebbüs durumu ortaya çıkacaktır⁵⁴⁸. Bu durumda tüm şerikler açısından teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.

Öte yandan iştirak halinde işlenen suçlarda, suça iştirak eden faillerin bir kısmı gönüllü olarak icrai harekete başladıktan sonra icrai hareketten dönebilir veya suçun tamamlanmasını ya da neticenin ortaya çıkmasını engelleyebilir. Bu tip durumlarda sadece gönüllü vazgeçen fail ya da failer vazgeçme hükümlerinden yararlanabilecektir. Gönüllü vazgeçen, suça iştirak eden failin gayreti dışında başkaca bir sebeple suçun tamamlanamamış olması ya da gönüllü vazgeçen failin tüm çabalarına rağmen suçun tamamlanması halinde de gönüllü vazgeçen fail ya da failer gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır.

⁵⁴⁷Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 497-500.

⁵⁴⁸Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 503-504.

2.4. İçtima

2.4.1. Genel açıklamalar

Failin gerçekleştirdiği tek fiil ile tek bir neticenin ya da neticesiz suçlar açısından tek bir suçun ortaya çıkması halinde tartışmalı bir durum oluşmayacaktır. Fakat fail bazı zamanlarda birden çok fiil ile tek suçun ya da bir fiil ile birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet verebilir. İşte bu noktada failin cezalandırılması hususunda bir tereddüt yaşanabilir.

Ceza hukukunda kural olarak fail tarafından icra edilen fiil sayısı kadar suç oluşur⁵⁴⁹. Ne kadar suç oluşursa fail o kadar cezalandırılır⁵⁵⁰. Bu ilke kapsamında cezaların içtimai yani toplanması kuraldır. Fail, işlediği her bir suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılır, her bir ceza birbirinden bağımsız şekilde varlığını korur⁵⁵¹.

Fiil kadar suç, suç kadar ceza ilkesi ile zaman zaman çatışma haline düşen kusur ilkesi nedeniyle bazı hallerde faile fiil sayısı kadar ceza vermek onun kusurluluğu ile örtüşmemekte ve hakkaniyete aykırı hale gelebilmektedir⁵⁵². Kusur ilkesinin gözetilebilmesi için suçların içtimai hususunu düzenleyen ve istisnai haller öngören birtakım özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bu kapsamda TCK'nin 42 vd. maddelerinde bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima hükümleri düzenlenmiştir.

2.4.2. Suçların içtimai türleri

2.4.2.1. Zincirleme suç

Zincirleme suç, TCK'nin 43. maddesi ile tanımlanmıştır. Buna göre bir suç işleme kararı içinde farklı zamanlarda aynı kişiye karşı aynı suçun birden fazla kez işlenmesi halinde zincirleme suçun varlığı kabul edilir ve failin işlediği birden fazla suç için tek bir cezaya hükmedilir. Ancak bu durumda faile verilecek ceza dörtte üçüne kadar artırılır.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere zincirleme suçun kabulü için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle birden fazla fiil olmalı ve bu fiillerden

⁵⁴⁹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 506.

⁵⁵⁰“*Quot crimina, tot poenae*”

⁵⁵¹N. Göktürk (2014). Türk Hukuku'nda Suçların İçtimai. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2 (1), s. 31; Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 506.

⁵⁵²Göktürk, **a.g.k.**, 2014, s. 32.

her biri aynı suçu oluşturmaldır⁵⁵³. Bir suçun temel şekli ile nitelikli şekilleri de aynı suç olarak sayılacaktır. Fiillerden birisi suçun temel şekli iken diğer fiil suçun nitelikli halini oluşturabilir. Bu tip durumlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanma alanı bulacaktır.

Zincirleme suçun oluşumu için suçun çokluğunun yanında mağdurun tekliği aranmaktadır. Bir başka ifade ile failin işlediği suçların hepsi açısından tek bir mağdur olması gerekmektedir. Son olarak, mağdur tek bir kişi olsa dahi failin, fiillerini tek bir suç işleme kararı içinde icra etmiş olması gerekmektedir⁵⁵⁴.

Birden fazla mağdura karşı işlenen suçlar açısından da zincirleme suç hükümlerine başvurmak gerekebilir. Nitekim TCK'nin 43/2. maddesi hükmü uyarınca tek bir fiil ile birden fazla mağdura karşı işlenen suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Sadece kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçları açısından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı belirtildiği için inceleme konumuzu oluşturan marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu ve diğer marka hakkına yönelen suçlar açısından zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği açıktır. Örneğin, failin tek bir suç işleme kastı ile tescilli bir markayı kullanarak farklı zamanlarda mal üretmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Öte yandan failin işyerinde farklı marka sahiplerine ait markalı ürünleri bulundurması durumunda da tek bir fiil ile birden fazla mağdura karşı işlenen suç ortaya çıkmış olacaktır⁵⁵⁵.

2.4.2.2. Fikri içtima

Fikri içtima, tek bir fiil⁵⁵⁶ ile aynı suçun birden fazla kez işlenmesi veya tek bir fiil ile birden fazla suçun işlenmesi anlamına gelmektedir⁵⁵⁷. Suçların aynı türden

⁵⁵³Göktürk, **a.g.k.**, 2014, s. 42.

⁵⁵⁴Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, s. 520-531.

⁵⁵⁵Böylesi bir durumun kabulü için birden fazla marka sahibinin şikayetçi olması gerekmektedir. Aksi takdirde failin fiili zincirleme suç kapsamında değerlendirilemeyecektir.

⁵⁵⁶Fiilin tekliği hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Ç. Akkaya (2019). Suçların İçtimaı Bağlamında Fiil Tekliği, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (13), s. 1-38.

⁵⁵⁷Göktürk, **a.g.k.**, 2014, s. 44.

olması⁵⁵⁸ halinde aynı nev’iden fikri içtima; suçların farklı türlerden olması durumunda ise farklı nev’iden fikri içtimadan bahsedilecektir⁵⁵⁹.

TCK'nin 44. maddesine göre *"İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır."* Madde metni tek fiil ile birden fazla türden suçun oluşması halinde uygulanacak yöntemi göstermektedir. Dolayısıyla TCK'nin 44. maddesi düzenlemesi farklı nev'iden fikri içtimayı işaret etmektedir. Öte yandan yukarda da ele aldığımız TCK'nin 43/2. hükmü ise tek fiil ile birden fazla mağdura yönelik olarak aynı suçun işlenmesi halinde uygulanacak yöntemi göstererek aynı nev'iden fikri içtimayı zincirleme suç kavramı altında düzenlemiştir⁵⁶⁰.

Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu ile birlikte dolandırıcılık suçunun tek bir fiil neticesinde ortaya çıkması mümkün olabilir. Nitekim marka hakkına iktibas suretiyle üretilmiş olan ürünün, tüketiciye satılması esnasında dolandırıcılık suçunun maddi ve manevi unsurlarının da oluşması oldukça olasıdır. TCK'nin 157. hükmüne göre hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun zararına olarak kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir. Söz konusu gömleğin tüketiciye orijinal ürün olduğu belirtilerek, tüketicinin iradesi sakatlanarak yapılan satışta tek bir fiil ile hem SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz suçu hem de dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Bu durumda tek bir fiil ile birbirinden farklı suç tipleri oluşacağı için hem marka sahibinin şikayeti hem de dolandırıcılık suçu açısından savcılığın resen başlatılacağı bir cezai süreçte farklı nev'iden fikri içtima hükmü uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suç tipi için belirlenen seçimlik hareketler ile örnekte verdiğimiz somut olay incelendiğinde failin söz konusu gömleği tüketiciye satması için öncelikle mütecaviz markayı taşıyan gömleği ticari amaçla bulundurması gerekmektedir. Bu açıdan zaten henüz satış işlemi gerçekleşmeden önce fail tarafından SMK'nin 30/1. maddesinde sayılı suç tamamlanmış olmaktadır.

⁵⁵⁸TCK'nin 44. maddesi gerekçesine göre bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışında kalan suçlar, fikri içtima açısından farklı suçlar olarak kabul edilecektir.

⁵⁵⁹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 532.

⁵⁶⁰Göktürk, **a.g.k.**, 2014, s. 45.

Yukarıdaki örnek sadece satış anına ilişkin olarak ve konunun zihinlerde canlanması amacıyla verilmiştir.

SMK'nin 30/1. maddesine göre marka hakkına ıktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu için öngörülen ceza miktarı bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası iken TCK'nin 157. maddesine göre dolandırıcılık suçu için öngörülen ceza miktarı bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Tek bir fiil ile bahsedilen iki suçun ortaya çıkması halinde TCK'nin 44. hükmü uyarınca faile dolandırıcılık suçundan ceza verilecektir.

2.4.2.3. Bileşik suç

Birbirinden bağımsız nitelikte suç oluşturan fiillerin unsurlarının normatif düzenleme ile bir araya getirilerek tek fiil oluşturmamasını ya da birbirinden bağımsız şekilde suç oluşturan fiillerden birisinin, diğer suçun nitelikli halini oluşturduğunu öngören normatif düzenlemelerle öngörülen yeni suçlara bileşik suçlar denilmektedir⁵⁶¹. Örneğin TCK'nin 148. maddesinde düzenlenen yağma suçu, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle malın alınması şeklinde gerçekleşen birden çok fiil nedeniyle tek suç öngörmektedir. Bu nedenle yağma suçunun, bileşik suç tanımına uyan bir suç tipi olduğunu söyleyebiliriz.

Çalışma konumuzu oluşturan marka hakkına karşı ıktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun bileşik suçun kapsamına girmemesi nedeniyle bu konu hakkında temel açıklamalarda bulunularak yetinilmiştir.

3. ETKİN PİŞMANLIK

3.1. Genel Açıklamalar

Etkin pişmanlık, suçun işlenmesinden önce ya da suçun icrası sırasında failde olmayan ancak suçun tamamlanmasından sonra failde meydana gelen üzüntü, suçun etkilerini gidermeye ya da azaltmaya veya yeni suçların işlenmesine karşı birtakım aktif rol üstlenme isteği olarak tanımlanabilir⁵⁶². Kanun koyucu suç ve ceza politikası kapsamında, etkin pişmanlıkta bulunan ve birtakım şartları yerine getiren failin cezai

⁵⁶¹Koca ve Üzülmmez, **a.g.k.**, 2018, s. 553.

⁵⁶²Koca ve Üzülmmez, **a.g.k.**, 2018, s. 445; Arslantürk, **a.g.k.**, 2018, s. 22.

sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmaya ya da cezai sorumluluğunu azaltmaya yönelik hükümler düzenlemiş ve etkin pişmanlık gösteren faileri ödüllendirme yolunu tercih etmiştir⁵⁶³.

Etkin pişmanlık nedeniyle failin cezai sorumluluğunun tamamen ortadan kaldırılması ya da failin cezai sorumluluğunun azaltılması her suç tipi için mümkün değildir. Etkin pişmanlık halini düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. Etkin pişmanlık hükümleri istisnai şekilde düzenlenmiş durumdadır. Bu nedenle ceza normlarında açık hüküm bulunmayan hallerde failin etkin pişmanlığının cezai sorumluluğu açısından herhangi bir değeri de bulunmayacaktır. Örneğin TCK'nin 192/1. maddesi ile düzenlenen etkin pişmanlık hükmüne göre *"Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin sakladığı veya imal edildiği yerleri merciine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlaması halinde..."* fail hakkında herhangi bir cezaya hükmedilmeyecektir. TCK'nin 192/3. maddesi uyarınca da bu suçların resmi makamlar tarafından haber alındıktan sonraki safhada *"... gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım eden kişi hakkında verilecek ceza, yardımın niteliğine göre dörtte birden yarisına kadarı indirilir."* Bu kapsamda verdiğimiz örneklerden TCK'nin 192/1. maddesi ile düzenlenen etkin pişmanlık hali cezai sorumluluğu tamamen ortadan kaldıran sübjektif neden olarak, TCK'nin 192/3. maddesi ile düzenlenen etkin pişmanlık hali ise cezai sorumluluğu azaltan sübjektif neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak her iki durumda da unutulmamalıdır ki etkin pişmanlık hali icra edilen fiili suç olmaktan çıkartmamaktadır.

3.2. Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu Açısından Etkin Pişmanlık

Failin, suçun icrasından sonra duyduğu pişmanlık halinin cezai sorumluluk açısından bir değerinin olabilmesi için kanunda açıkça düzenlenmiş olması ve failin, söz

⁵⁶³Etkin pişmanlık nedeniyle cezai sorumluluğu ortadan kalkması ya da cezai sorumluluğu azaltması sübjektif niteliktedir. Bu nedenle, suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda sadece etkin pişmanlık gösteren şerik etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilecektir.

konusu normatif düzenlemede öngörülen şartları yerine getirmesi gerekmektedir. SMK'nin 30/7. maddesi ile sadece ticaret markalarına karşı işlenen suçlar açısından bir etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir.

Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş⁵⁶⁴ olan malları satıla arz eden ya da satan⁵⁶⁵ fail, suça konu malları nereden temin ettiğini yetkili makamlara bildirmesi ve bu bildirim sayesinde marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek mal üreten kişilerin ortaya çıkartılmasını ve suça konu mallarla aynı nevide olan mallara el konulmasını sağlaması durumunda fail hakkında herhangi bir cezaya hükmedilmeyecektir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere failin, cezasızlık halinden yararlanabilmesi için üç şartı yerine getirmesi gerekmektedir.

- Suça konu malları nereden temin ettiğini yetkili makamlara bildirmesi
- Bildirim neticesinde marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten kişilerin ortaya çıkartılmasını sağlaması
- Suça konu mallarla aynı nevide olan diğer üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş olan malı satışa arz eden ya da satan failin tamamlanan suçtan pişmanlık duyması, failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması için tek başına yeterli olmayacaktır. Fail hakkında SMK'nin 30/7. maddesinin uygulanabilmesi için yukarıda yer verdiğimiz şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu kapsamda failin öncelikle suça konu yani satışa arz ettiği ya da sattığı malları nereden aldığını soruşturma makamına bildirmesi gerekmektedir. Bu bildirim sonrasında soruşturma makamınca yapılacak araştırma neticesinde marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş olan diğer mallara el konulmasını sağlaması gerekmektedir. Bir başka ifade ile fail, verdiği bilgiler ile suça konu malların üreticilerini ve suça konu mallarla aynı neviden başkaca

⁵⁶⁴Madde metninde yer alan “*taklit marka*” ifadesi kanaatimizce yerinde olmamıştır. Çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntıları ile açıkladığımız üzere marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz, markanın taklit edilmesinden çok daha fazla fiili ihtiva etmektedir. SMK' nin 30/7. maddesinde kullanılan “*taklit marka*” ifadesi ile her ne kadar SMK' nin 30/1. maddesinde düzenlenen suç tipi kast edilmiş olsa da bu durumun duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

⁵⁶⁵Faillerin teşebbüs aşamasında kalmış olması durumunda da SMK' nin 30/7. maddesinde düzenlenen şartları yerine getiren fail etkin pişmanlık hükmünden yararlanacak ve cezai sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

malların da mevcudiyeti halinde bu malların da ortaya çıkartılması ve bu mallara el konulmasını sağlayacak nitelikte bilgileri paylaşması gerekmektedir. Ancak bu şartı yerine getiren fail hakkında cezai sorumluluk ortadan kalkacaktır.

Etkin pişmanlık hali için öngörülen ve birbirlerine "ve" bağlacı ile bağlanarak bir arada bulunması zorunlu kılınan şartlardan sadece "suça konu malların nereden temin edildiğinin bildirilmesi" şartı failin iradesi ile gerçekleşebilecektir. Onun dışında "bildirim neticesinde marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten kişilerin ortaya çıkartılması" ve "suça konu mallarla aynı nevide olan diğer üretilmiş mallara el konulmasının sağlanması" şartlarının gerçekleşmesi failin iradesi dahilinde gerçekleşmeyecektir.

Failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak üzere yapmış olduğu bildirim neticesinde marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten kişi ya da kişilerin ortaya çıkartılması ve varsa suça konu mallarla aynı neviden diğer malların ortaya çıkartılması ve bu mallara el konulması için bildirim alan soruşturma makamının, etkin ve hızlı bir çalışmaya girmesi gerekmektedir. Bu nedenle de failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı soruşturma makamlarının çalışmasına bırakılmıştır⁵⁶⁶. Öte yandan marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üretmek suçunun şikayete tabi bir suç olduğu da hatırlatılmalıdır. İlgili suçun şikayete tabi suçlardan olması nedeniyle etkin pişmanlık gösteren failin bildirim üzerine, suça konu malı üretenlerin ortaya çıkartılması ve varsa suça konu mallarla aynı neviden diğer mallara el konulabilmesi için marka sahibinin bu malı üreten kişiler için de şikayet hakkını kullanması gerekmektedir.



Şekil 3.1. TMPK'nun 2003/35563 tescil numaralı. "PURINA"

Örnek vermek gerekirse, marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz edilerek markası kullanılarak üretilmiş olan kedi mamasını satışa arz eden Buse, marka sahibi Societe Des Produits Nestle S.A.'nın şikayeti üzerine yapılan soruşturmada etkin

⁵⁶⁶Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 965.

pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istediğini belirterek suça konu malları aldığı Bülent'in adres ve kimlik bilgilerini paylaştığında suça konu malları ürettiği noktada şüpheli konumuna düşen Bülent hakkında soruşturma yürütülebilmesi dolayısıyla Buse'nin SMK'nin 30/7. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık şartlarını sağlayabilmesi için Societe Des Produits Nestle S.A.'nın Bülent açısından da şikayet hakkını kullanması gerekecektir. Öte yandan etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak isteyen failin hiçbir zaman üretici ile temas etmemiş olası, suça konu eşyaları bir aracı ya da toptancı vasıtası almış olması veya işyerinde çalışan olarak suça iştirak ediyor olması bu nedenlerle de üreticiyi hiç bilmiyor olması da mümkündür.

Yukarıda açıklanan ve benzer nedenlerle işlediği fiilden ve fiilin sonuçlarından pişman olarak suça konu malları nereden aldığını soruşturma makamları ile paylaşan ve muhbir konumuna gelen failin, elinde olmayan nedenlerle diğer şartların gerçekleşmemesi gerekçesiyle işlediği fiilden ve fiilin sonuçlarından hiçbir pişmanlık duymayan fail ile aynı cezai yaptırımla karşı karşıya kalması mümkündür⁵⁶⁷. Bu durumun hakkaniyete aykırı olduğu açıktır. Söz konusu durumun ortadan kaldırılabilmesi için etkin pişmanlık hükmünden yararlanma şartlarında esnekliğe gidilmesi ve Kanunun 30/7. maddesinde belirlenen şartların birbirine "veya" bağlacı ile bağlanarak gerekirse kademeli olarak cezasızlık hali öngörülmesi gerekmektedir. Bu kapsamda suça konu malları nereden temin ettiğini bildiren fail hakkında ceza indirimi hali, suça konu malları nereden temin ettiğini bildirerek suça konu malları üretenlerin ve varsa aynı neviden diğer malların ortaya çıkmasını ve bunlara el konulmasını sağlayan fail hakkında cezasızlık hali öngörülebilir. Çetintürk'e göre de bu sorunun çözümü için etkin pişmanlık hükmünden yararlanma şartlarının esnetilerek birbirlerine "veya" bağlacı ile bağlanarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir⁵⁶⁸. Başbüyük ve Güneş de bu konuda benzer öneri ve eleştirilerde bulunmuştur⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷TCK' nin 62. maddesinde yer alan *"Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir. Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir."* hükmü, fiilden dolayı pişmanlık göstermeyen faile de farklı gerekçelerle uygulanabileceği için söz konusu takdiri indirim hükmü göz ardı edilmiştir.

⁵⁶⁸Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 969.

⁵⁶⁹Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 239; Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 568.

Ticaret markası hakkına iktibas veya iltibas suretiyle seçimlik hareketleri marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle üretilmiş olan malları üretmek, ithal veya ihraç etmek, satışa arz etmek veya satmak, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak olmasına rağmen sadece satışa arz etmek veya satmak fiilleri açısından etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmiştir. Bu nedenle marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş olan malı depolayan failin etkin pişmanlık hükmünden faydalanması mümkün değildir.

Uluslararası ticaretin güvenliği açısından uluslararası ticaretin unsurları olan ithal ya da ihraç etmek ile suçun kaynağı olan üretmek fiillerinin dışında kalan ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak fiillerinin de etkin pişmanlık hükmü kapsamına alınması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak fiilleri de satışa arz etmek veya satmak fiillerinin ön aşamasını oluşturmaktadır. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş olan malı satışa arz etmek amacıyla satın alan ya da nakleden failin etkin pişmanlık hükmünden yararlanamaması ancak satışa arz eden failin etkin pişmanlık hükmünden yararlanması kanaatimizce orantılı değildir.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin 30.06.2011 tarih ve 2011/112 sayılı kararına da değinmek gerekmektedir. SMK'nin 30/7. maddesi ile eşdeğer olan MARKHK'nin 61A/7. maddesinde⁵⁷⁰ yer alan etkin pişmanlık hükmünün tüm seçimlik hareketler için düzenlenmemiş olması ve etkin pişmanlık hükmünden yararlanmak için fail tarafından yerine getirilmesi gereken şartların birbirine "ve" bağlacı ile bağlanması nedeniyle failin, kendi elinde olmayan nedenlerle etkin pişmanlık hükmünden yararlanamayacağı, bu durumun da Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu iddiaları⁵⁷¹ ile söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunun tespiti ve iptali talebi

⁵⁷⁰MARKHK md.61A/7: “Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz.”

⁵⁷¹AYM. 30.06.2011, E.2010/38, K.2011/112 (T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası): “... Etkin pişmanlık suç işleyen kişilerin belirli koşullar gerçekleşirse cezalandırılmamalarını veya cezanın azaltılmasını sağlar. Kanun koyucu taklit markalı malı üretenlerin etkin pişmanlıktan faydalanmalarını istememiştir. Kendi ürettiği malların geri kalanını teslim eden veya savunması ile taklit markalı malların bulunduğu yeri bildirerek yakalanmasını sağlayan üreticiler etkin pişmanlık hükmünden faydalanamayacaktır. Fıkra cümlelerin arasında “ve” bağlacı kullanılmıştır. Bu tüm koşullar birlikte gerçekleşirse, ancak o zaman etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanacağı anlamına gelir. Taklit markalı malı satışa sunan veya satan kişi, malı nereden satın aldığını bildirirse, bildirdiği yerdeki mallar yakalansa

ile İzmir 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi tarafından somut norm denetimi yoluna başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin 30.06.2011 tarih ve 2011/112 sayılı kararı ile kanun koyucunun benimsediği suç ve ceza siyaseti gereği olarak etkin pişmanlık hükmünün ne şekilde belirleneceği hususunda takdir yetkisinin mevcut olduğu, bu hükümde de takdir yetkisini Anayasal sınırlar dahilinde kullandığı gerekçesi ile başvurunun reddine karar vermiştir⁵⁷².

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı oyçokluğu ile alınmış bir karardır. Söz konusu karara failin, iradi olarak gösterdiği pişmanlıktan kendi iradesi dışındaki nedenlerden

bile yine etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamaz. Öncelikle faile malı satan kişinin üretici olması gerekir. Üretici olması da yetmez orada üretilen malların ele geçirilmesi de zorunludur. Faile malı satan kişi üretici değilse, malı satan kişinin üretici olduğu kesin olarak saptansa dahi üretim yerinde mal ele geçmemişse (satılmışsa, üretici tarafından saklanmışsa) failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması olanaksızdır. Taklit markalı ürünler çoğunlukla yabancı ülkelerde üretilmekte, ithal edilerek yurda sokulmaktadır. İthal edilen ürünleri satışa sunan veya satan kişiler hiçbir zaman etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaklardır. Maddedeki “ve” bağlacı yerine veya bağlacı kullanılsa idi, madde daha az sorunlu olacak ve Anayasa’ya aykırılık oluşturmayabilecekti. Tescilli marka hakkının ihlali suçlarının takibi şikayete bağlıdır. Fail malı üreten kişiyi bildirse bile ismi bildirilen kişi, failin suçuna yardım eden veya birlikte suç işleyen kişi değildir. Üretici hakkında şikayette bulunulmadığı sürece, üreticinin iş yerinde arama yapılamaz. Marka hakkı sahibi çeşitli nedenlerden dolayı üretici hakkında şikayet hakkını kullanmadığı takdirde, taklit markalı malı üreten kişiler yakalanamayacağından, üretilmiş mallara el konulamayacağından, fail hakkında yine etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır. ... Fail kendine düşen yükümlülüğü yerine getirdiği, Devletle işbirliği yaptığı halde, yukarıda anlatıldığı şekilde elinde olmayan nedenlerden dolayı etkin pişmanlıktan faydalanamaması, aynı konumda oldukları, satın aldıkları yerleri bildirdikleri halde madde metnindeki ikinci “ve” bağlacı yüzünden bu hükümden yararlanamayan kişilerin durumu T.C. Anayasası’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesini ihlal etmektedir.”

⁵⁷²AYM. 30.06.2011, E.2010/38, K.2011/112 (T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası): “... maddede suç sayılan eylemler hakkında sanığın ceza almaması için birbirine bağlı üç şartın birlikte gerçekleşmesi aranacaktır. Anayasa’nın 2. Maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devletinde yasakoyucu, ceza siyasetinin gereği olarak Anayasa’nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla cezalandırmada güdülen amacı da gözetenek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir. ... İtiraz konusu kural uyarınca cezaya hükmedilmemesi için sanığın taklit malları nereden temin ettiğini bildirmesi, suça konu malı üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması aranacaktır. Yasa koyucu, takip edilen suç ve ceza siyasetine bağlı olarak marka hakkının daha etkin korunması amacıyla alınacak önlemler bağlamında etkin pişmanlığın kapsamını belirleyebilir. Belirtilen kapsamıyla kuralın yasa koyucunun takdir yetkisi içerisinde kaldığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 2. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir. Kuralın Anayasa’nın 10. Maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

dolayı faydalanamaması halinin hukuk devleti ilkesine ve hiç pişmanlık göstermeyen fail ile iradi olarak pişmanlık göstermesine rağmen kendi elinde olmayan nedenlerle etkin pişmanlıktan yararlanamayan failin aynı cezai yaptırım ile karşı karşıya kalmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçeleri ile karşı oy kullanılmıştır⁵⁷³.

⁵⁷³AYM. 30.06.2011, E.2010/38, K.2011/112 (T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası): “...Yasa’da belirtilen pişmanlık eylemini gerçekleştiren fail bu olanaktan yararlandırılır. Ancak kuralda, cezasızlık olanağı, failin iradesiyle ortaya koyduğu eylemin, failin elinde olmayan başka koşulların da gerçekleşmesine bağlanmıştır. Failin iradesi dışındaki koşullara ve olgulara bağlı olarak etkin pişmanlıktan yararlanması veya yararlanamaması, malları nereden temin ettiklerini bildiren aynı konumdaki iki failden birisi ceza alırken diğerinin ceza almaması, etkin pişmanlık kırımının amaçlarıyla bağdaşmayacağı gibi Anayasa’nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine de aykırıdır. Kaldı ki failin taklit markaları nereden temin ettiğini bildirmesi, mallara el konulması sağlanamasa dahi suçla mücadelede yararlı bir katkı olup, bu durumda faile hiçbir pişmanlık göstermeyen kişiye uygulandığı gibi cezaya hükmolunması Anayasa’nın 2. maddesinde tanımlanan hukuk devleti ilkesine uygun bir düzenleme değildir. Her ne kadar Yasa koyucu etkin pişmanlık hükümlerini ceza siyasetinin gereği olarak kabul edip etmemekte takdir hakkına sahip ise de bu takdir hakkını Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı biçimde kullanamaz.”; “... Kuralda faile öngörülen cezasızlık hali ile asıl suçluların ortaya çıkarılması hedeflenip buna işaret edilmekte ve failde mevcut yüksek adalet duygusu sayılan vicdanını harekete geçirerek suç ve suçluluyla mücadele de amaç unsurunun hedeflendiği gözlenmekte, failin ika ettiği taklit mal satışına ilişkin haksızlıkla ortaya çıkan taklit malın üretenler ve saklayanlar vb. şeklindeki bir nevi suç zincirinin diğer halkalarının gizli kalmaması, onların da ortaya çıkarılması amaçlandığı lafzen anlaşılmaktadır. Faile yüklenen “suçla ilgili bilgileri” bildirme yükümlülüğü ve karşılığindeki cezasızlık hali, failde suçla mücadelede failin katkısını sağlamaya yönelik toplumun istediği sanık psikolojisinin yönlendirilmesine ilişkin olduğu açık olup ancak kuralın düzenlenmesinde cezasızlık halinin tüm bu sosyal ve psikolojik etmenlerin hareketine uygun bir duyarlılık içinde yer aldığını söylemek olanaksızdır. Onarıcı adalet anlayışına uygun yaklaşımla amaçlanmış kural, faile suçla mücadeleye katkısına rağmen cezasızlık hali sonucuna ulaşabilmesini, kendi inisiyatifi dışında gelecekteki tesadüfi koşullara terk ederek benzeri hukuki durumdaki bir failden eşitsiz olarak ayrılmaktadır. Düzenleme cezasızlık halini her üç şartın birlikte bulunması haline özgülendiğinde ise yukarıda anlatılan suç ve suçlulukla mücadelede yeni adalet anlayışında yer alan etmenler göz ardı edildiği düşünülmüştür. Suçluyu ıslah gayesi güden cezasızlık hali için sanıkta taklit malı nereden aldığı bildirme, bildirim doğru ise üretenlerin yani sair suçluların ortaya çıkması ve bu bilgi paylaşımı doğru olmasına rağmen taklit mallar bulunmazsa, bulunmak istenmemişse, kural olarak bu hali ile faili, mal üreten diğer sanıkları bildiren muhbir konumuna sokan, ama cezasızlık hali ya da bir ceza indiriminden yararlandırmayan düzenleme halini almaktadır. ... Kural bu hali ile işlevselliğini yitirmiş, aynı konumda bulunan failer arasında da tesadüflere dayalı sonuçlar yönünden yarattığı eşitsizlik tablosu ile hukuk devleti ilkesine aykırı bir düzenleme niteliğini almıştır.”; “... taklit edilmiş malı satışa arz eden veya satan hakkında cezaya hükmedilmemesine karar verilebilmesi için şüphelinin; a) bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi, b) bu suretle üretenlerin orta çıkarılması, c) üretilmiş mallara el konulmasının sağlanması şartlarının birlikte gerçekleşmesi öngörülmektedir. Hükümdeki “ve” bağlaçları bu şartların birlikte yorumlanmasını gerektirmektedir. Burada sanığın etkin pişmanlıktan yararlanması için malı nereden temin ettiğini bildirmesi yeterli olmayıp, bu bildirimin sonucuna göre malı üretenlerin ortaya çıkarılması ve üretilmiş mallara el konulması da zorunlu bulunmaktadır. Sanığın malı nereden temin ettiğini bildirmesi kendi iradesine bağlı ise de malı üretenlerin ortaya çıkarılması ve üretilmiş mallara el konulmasının sağlanması, kendi iradesi dışındaki sebeplere bağlı bulunmaktadır. Bu konuda ilave çalışma veya araştırmaya ihtiyaç duyulabilir. Bir malın birçok satıcı tarafından el değiştirilmesi halinde de, el konulacak mala ulaşabilmesi oldukça zordur. Sanığın, malı aldığı kişiden önceki satıcılarla işbirliği yapması gerekebilecektir. Ayrıca üretim yerinin yurt dışı olması durumunda taklit mala el konulmasının

Yukarıda değindiğimiz üzere biz de kararın karşı oyuna katıldığımızı bir kere daha belirtmek isteriz.

SMK'nin 30/7. maddesiyle failin, etkin pişmanlık hükmünden ne zamana kadar yararlanacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle failin, hüküm verilinceye kadar etkin pişmanlık hükmünden yararlanabileceği kabul edilmelidir⁵⁷⁴. Çetintürk'e göre failin, soruşturma aşamasında gösterdiği pişmanlık ile kovuşturma aşamasında gösterdiği pişmanlığın faile aynı yararı sağlamasını eleştirmektedir. Yazara göre failin soruşturma aşamasında gösterdiği pişmanlığın faile daha fazla yarar sağlaması gerekmektedir. Bu nedenle hükmün yeniden düzenlenerek soruşturma aşaması için cezai sorumluluğu ortadan kaldırır nitelikte, kovuşturma aşaması için ise cezai sorumluluğu azaltır nitelikte düzenlenmesi gerekmektedir⁵⁷⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki mevcut düzenleme, soruşturma aşamasında etkin pişmanlık gösteren ve gerekli şartları sağlayan şüpheli hakkında dava açılmasını da engellememekte ancak açılan ceza davası neticesinde sanığa ceza verilmesinin önüne geçmektedir⁵⁷⁶.

Öte yandan marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçuna ilişkin olarak düzenlenen etkin pişmanlık hükmünde *"başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş ..."* şeklindeki düzenleme de yerinde olmamıştır. Nitekim normatif düzenlemede *"taklit marka"* denilerek sadece marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz suçuna ilişkin olarak etkin pişmanlık hükmünün düzenlendiği gibi bir sonuç

olanaksızlığı ve suçun "şikayete bağlı" bir suç tipi olduğu yani müştekinin diğer sanıklardan şikayetçi olması gerektiği de dikkate alındığında, sanığın bütün şartları gerçekleştirerek etkin pişmanlıktan yararlanıp cezadan kurtulması neredeyse olanaksızdır. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gerekir. İtiraz konusu kuralla marka hakkının, taklit, korsan üretim, dağıtım ve satış konularında faillerle işbirliği yapmak suretiyle etkin korunmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Ancak yukarıda sözü edilen nedenlerle kuralın bu amacı gerçekleştirecek içerikte düzenlenmediği, hukuk devletinde yasaların belirlilik ve uygulanabilir olması ilkelerine aykırı bulunduğu görülmektedir."; "... Normun koruduğu değer, sanığın etkin pişmanlıktan mümkün olduğunca yararlandırılması suretiyle marka hakkının etkin biçimde korunmasıdır. Ancak kuralda "veya" bağlacı yerine "ve" bağlacının kullanılmış olmasıyla kendisinden beklenen amaca hizmet etmesi mümkün değildir. Zira birbirine bağlantılı üç şartın birlikte gerçekleşmesi neredeyse imkansız olduğundan, kuralın pratikte uygulanmasına rastlanmamaktadır. Bu durumda işlevi bulunmayan normun ya hukuk alemindeki varlığına son verilmesi veya konuluş amacına uygun hale getirilmesi, dolayısıyla içindeki "ve" bağlacının "veya" bağlacıyla değiştirilmesi gerekir."

⁵⁷⁴Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 967.

⁵⁷⁵Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 968.

⁵⁷⁶Güneş, a.g.k., 2020a, s. 568.

çıkabilir⁵⁷⁷. Zira madde gerekçesinde de bu konuya değinilmemiştir⁵⁷⁸. Söz konusu husus *Başbüyük* tarafından da eleştiri konusu yapılmıştır. *Başbüyük*'e göre, etkin pişmanlık hükmü düzenlenirken "*taklit marka*" denilerek iltibas suretiyle tecavüz suçunun dışlanması amaçlanmamış, bu durum terim birliğinin sağlanamamasından kaynaklanmıştır⁵⁷⁹. Bizim kanaatimiz de bu yöndedir ve sorunun çözümü marka hukukuna ilişkin normatif düzenlemelerdeki terim birliğinin sağlanmasından geçmektedir.

3.3. Hizmet Markaları Açısından Etkin Pişmanlık

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu için öngörülen etkin pişmanlık hali sadece ticaret markalarını kapsamına almaktadır. Kanun koyucu, ticaret markaları açısından da üretmek fiili ile işlenen marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından etkin pişmanlık hali öngörmemiş hatta üretmek fiilini icra edenlerin ortaya çıkartılmasını etkin pişmanlıktan yararlanma şartı olarak ortaya koymuştur. Bu durum, kanun koyucunun suçun kaynağı ile mücadele etme iradesini ortaya koymaktadır.

Ticaret markaları açısından üretmek fiilinin muhteviyatı ile hizmet markaları açısından hizmet sunmak fiili eşdeğer niteliktedir. Her iki fiil de suçun ana kaynağını, yayılma ve genişleme noktasını oluşturmaktadır. SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen seçimlik hareketler arasında hizmet markalarına ilişkin olarak sadece "*hizmet sunmak*" fiili öngörülmüştür. Bu nedenle de SMK'nin 30/7. maddesiyle veya farklı bir madde ile hizmet markaları açısından etkin pişmanlık hükmü öngörülmemesi kendi içinde tutarlı ve yerindedir.

4. OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTI

4.1. Genel Açıklamalar

Objektif cezalandırılabilme şartları, tüm unsurları ile vücut bulmuş olan suç nedeniyle failin cezalandırılabilmesi için ek olarak aranan ve mevcut olmadıkça failin

⁵⁷⁷Ensari, **a.g.k.**, 2020, s. 116.

⁵⁷⁸<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0699.pdf> (Erişim tarihi: 09.05.2021).

⁵⁷⁹*Başbüyük*, **a.g.k.**, 2018, s. 236.

cezalandırılmasının mümkün olmadığı, failden bağımsız, objektif koşullardır⁵⁸⁰. Alman ve Türk doktrininde objektif cezalandırılabilme şartlarının hukuki niteliği "*cezaya layıklık ve cezalandırma gerekliliği*" olarak belirlenmektedir⁵⁸¹.

Objektif cezalandırılabilme şartları kastın kapsamına girmez. Objektif cezalandırılabilme şartının suçun işlenmesi anında ya da suçun işlenmesinden sonra gerçekleşmesi halinde fail bu şartları bilmeseydi ya da şartın gerçekleşeceğini öngöremese dahi fail cezalandırılabilir⁵⁸². Ayrıca failin, objektif cezalandırılabilme şartları hakkında düştüğü hata da failin cezalandırılabilmesi açısından önem arz etmemektedir⁵⁸³.

Objektif cezalandırılabilme şartları istisnai niteliktedir. Her suç için uygulanacak genel bir objektif cezalandırılabilme şartı mevcut değildir. Failin cezalandırılabilmesi için özel olarak öngörülmedikçe objektif cezalandırılabilme şartı aranmayacaktır.

4.2. Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu Açısından Objektif Cezalandırılabilme Şartı

SMK'nın 7. maddesine göre Kanun ile sağlanan koruma tescil ile elde edileceği hüküm altına alınmış ve bu hüküm yine SMK'nın 30/5. maddesi ile desteklenmiştir. SMK'nın 30/5. maddesine göre marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu da dahil olmak üzere Kanun ile öngörülen suçlardan dolayı failin cezalandırılabilmesi için markanın Türkiye'de tescilli olması gerekmektedir⁵⁸⁴. Görüldüğü üzere markanın Türkiye'de tescilli olması suçun vücut bulması açısından etkili olmayan ancak failin cezalandırılabilmesi için gerekli olan objektif cezalandırılabilme şartıdır.

Objektif cezalandırılabilme şartlarının kastın kapsamına girmediğini, failin bu şartın gerçekleşebileceğini öngörüp öngörememesinin önemsiz olduğunu belirtmiştik. Bu nedenle marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunu işleyen failin, markanın Türkiye'de tescilli olduğunu bilmesinin veya bunu bilebilecek durumda olmasının ya da bunların tam tersinin herhangi bir önemi yoktur. Failin, başkasına ait

⁵⁸⁰T. Demirbaş (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 214.

⁵⁸¹Demirbaş, **a.g.k.**, 2020, s. 215.

⁵⁸²Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 374; Demirbaş, **a.g.k.**, 2020, s. 214.

⁵⁸³Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 374; Özbek, Doğan ve Bacaksız, **a.g.k.**, 2020, s. 274.

⁵⁸⁴Aslan Düzgün, **a.g.k.**, 2018, s. 184.

marka hakkına yönelerek bu suçu işlediğini bilmesi yeterlidir. Örneğin fail, başkasının kullandığını bildiği XYZ markasına karşı iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunu işlediğinde bu markanın Türkiye'de tescilli olup olmadığı konusunda bilgisinin olmaması ya da bu hususta hataya düşmesi işlediği fiilin haksızlık muhteviyatını ortadan kaldırmayacaktır. Ancak failin cezalandırılabilmesi XYZ markasının Türkiye'de tescilli olması şartına bağlıdır.

Failin cezalandırılabilmesi için gerekli olan Türkiye'de tescilli olma şartının suç tarihinde mevcut olması gerekmektedir. Suç tarihinde Türkiye'de tescilli olmayan markaya yönelik olarak işlenen suçlar açısından failin cezalandırılabilmesi mümkün gözükmemektedir⁵⁸⁵.

Görüşümüze aykırı olarak Özmen'e göre suçun hukuki konusu Türkiye'de tescil edilmiş olan markalar oluşturmaktadır. Tescilsiz ya da tescilli olmasına rağmen Türkiye'de tescilsiz olan işaret ya da markalar suçun hukuki konusunu oluşturamayacaktır. Dolayısıyla da SMK'nin 30/5. maddesinde düzenlenen Türkiye'de tescilli olma şartı objektif cezalandırılabilme şartı olarak görülmemelidir⁵⁸⁶.

SMK'nin 30/5. maddesinde yer alan düzenlemenin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu yönündeki görüşümüzü ortaya koyduktan sonra objektif cezalandırılabilme şartını öngören suç tiplerinin teşebbüse uygun suçlar olup olmadığı hususunu da değerlendirmek gerekecektir. Zira Türkiye'de tescilli olmayan bir marka hakkına karşı işlenen suçlardan dolayı failin suça teşebbüsten dolayı sorumluluğunun doğup doğmayacağı hususu tartışılmalıdır.

Artuk ve Alşahin' e göre objektif cezalandırılabilme şartı öngören suç tiplerinde teşebbüs cezalandırılmayacaktır. Yazarlara göre objektif cezalandırılabilme şartı öngören suç tiplerinde suçun tüm unsurları gerçekleşmiş olmasına rağmen objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmezse failin suça teşebbüsten de sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır⁵⁸⁷. Objektif cezalandırılabilme şartları tipikliğin, hukuka aykırılığın ve kusurun dışında kalan maddi ceza hukukuna ait bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla cezalandırılabilirliğin alanını daraltan objektif cezalandırılabilme şartının mevcut olmadığı hallerde faili suça teşebbüsten kaynaklanan

⁵⁸⁵Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 455.

⁵⁸⁶Özmen, **a.g.k.**, 2020, s. 65.

⁵⁸⁷M. E. Artuk, M. E. Alşahin (2013). Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, (19) 2, s. 22.

cezai sorumlulukla karşı karşıya getirmek uygun olmayacaktır⁵⁸⁸. Buradan hareketle Türkiye'de tescilli olmayan bir markaya karşı marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun işlenmesi halinde failin suça teşebbüsten dolayı sorumlu tutulamayacağı söylenebilecektir.

5. MUHAKEME KURALLARI

5.1. Şikâyet

5.1.1. Genel açıklamalar

Esasında tüm suçlar bir yönü ile kamu düzenini bozan fiiller olarak görülmektedir. Bu nedenle suçların re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gerekir. Ancak kanun koyucu istisnai olarak bazı suç tipleri için suçtan zarar görenin şikâyetini aramıştır⁵⁸⁹. Bir suçun takibinin şikâyete tabi olması istisnai olduğundan bu hususun kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir⁵⁹⁰.

Devletin hükümdarlık yetkileri içerisinde yer alan cezalandırma yetkisinin şikâyete tabi suçlar ile daraltılması ve güçsüzleştirilmesi hususunda doktrinde farklı görüşlere sebep olmuştur⁵⁹¹. Nitekim bir suçun cezai takibatının şikâyete tabi kılınması ile kamu davası açılması ya da açılmaması tamamen suçtan zarar görenin inisiyatifine bırakılmış olmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre bazı suçların soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olmasında bir sakınca mevcut değildir. Nitekim kanun koyucu, suçun cezai takibatını şikâyete tabi tutmak ile kişinin savunmasının devlet ile takviye edilmesini amaçlamıştır. Suçtan zarar gören, fiile karşı devletin kendisini savunmasını gerekli görmüyor ise şikâyet hakkını kullanmayacak ve devleti harekete geçirmeyecektir⁵⁹². Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi suçlar genellikle ihlal edilen hakkın sahibini daha çok ilgilendiren suçlardır. Bu tip suçlar kamu yararından çok hak sahibinin yararı için soruşturulur ya da kovuşturulur⁵⁹³. Şikâyete tabi suçlarda, şikâyet hakkına sahip olanların kovuşturma yapılmasını

⁵⁸⁸Z. Kangal (2010). Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (68) 1-2, s.154-155 ; Koca ve Üzülmüş, **ag.k.**, 2018, s.374.

⁵⁸⁹Erem, **ag.k.**, 1954, s. 94.

⁵⁹⁰Koca ve Üzülmüş, **ag.k.**, 2018, s. 379.

⁵⁹¹Bu konudaki leh ve aleyhe görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Erem, **ag.k.**, 1954, s. 94-96.

⁵⁹²Erem, **ag.k.**, 1954, s. 95.

⁵⁹³Dönmezer ve Erman, **ag.k.**, 1973, s. 345.

istememesi halinde o suç hakkında kovuşturma gerçekleştirilmeyeceği gibi sonradan şikâyetin geri çekilmesi halinde de soruşturma ve kovuşturma faaliyeti sona erecektir⁵⁹⁴. Bu yönü ile de şikâyet tabi suçlarda şikâyetin bir dava şartı olduğu söylenebilir⁵⁹⁵.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun da soruşturulması ve kovuşturulması SMK'nin 30/6. maddesinde açıkça belirtildiği üzere şikâyet tabidir. Bu nedenle ilgili suç açısından marka sahibinin ya da şikâyet hakkı bulunan kişinin şikâyeti olmadığı sürece soruşturma başlamayacak ve şüpheli ya da sanığın cezai sorumluluğu devam etmeyecektir.

5.1.2. Şikâyetin hukuki mahiyeti

Şikâyetin, maddi ceza hukukunun mu yoksa usul hukukunun mu konusu olduğu doktrinde tartışmalıdır⁵⁹⁶. Erem'e göre şikâyet, içeriği itibarıyla maddi ceza hukukunun, bu hakkın kullanılmasının şekli ise usul hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Kanun koyucunun şikâyet tabi suçlar ile suçtan zarar görene tanıdığı yetki, tam anlamı ile oluşmuş bir suçun cezai takibatına engel olmaktır. Cezai takibata engel olan dokunulmazlık gibi şikâyet de maddi ceza hukukuna aittir⁵⁹⁷. Şikâyet hakkının kullanılması ise usul hukukunun konusuna girmektedir. Tosun'a göre ise şikâyeti usul hukukunun konusu olarak kabul etmek daha sağlam gerekçelere dayanmaktadır. Nitekim suçun kanuni tanımında yer alan unsurların gerçekleşmesi ile birlikte suç oluşacaktır. Şikâyetin mevcut olmaması suçun suç olma niteliğine halel getirmemektedir⁵⁹⁸. Doktrindeki yaygın görüş de şikâyetin usul hukukunun konusu olduğu yönündedir. Zira şikâyet, suçun oluşumu için gerekli bir unsur değildir⁵⁹⁹.

⁵⁹⁴M. Arslantürk (2018b). *Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Temel Kitabı* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 85.

⁵⁹⁵Ö. Tosun (1981). *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersler Cilt:1* (3. Baskı). Fakülteler Matbaası, s. 181.

⁵⁹⁶Doktrindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 96-99.

⁵⁹⁷Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 99.

⁵⁹⁸Tosun, **a.g.k.**, 1981, s. 184.

⁵⁹⁹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 381.

5.1.3. Şikâyet hakkı olanlar

5.1.3.1. Genel açıklamalar

TCK'de şikâyet hakkına sahip olan kişiden bahsederken terim birliği dikkate alınmamıştır. TCK'nin 73. maddesinde dahi "yetkili kimse", "şikâyet hakkı olan", "suçtan zarar gören" olmak üzere üç farklı terim kullanılmıştır. Ancak genel olarak suçtan doğrudan doğruya zarar gören⁶⁰⁰ kişi ya da kişilerin şikâyet hakkının olduğu söylenebilir. Mağdurun yakını, eşi, alacaklısı gibi dolaylı olarak suçtan zarar görenlerin ise şikâyet hakkı olmayacaktır⁶⁰¹. Şikâyet hakkı sadece gerçek kişilere tanınmış bir hak değildir. Suçtan doğrudan zarar gören tüzel kişilerin de şikâyet hakkının olduğu kabul edilmelidir⁶⁰². Marka hakkına karşı işlenen suçlar bakımından da suçtan doğrudan zarar görenin marka sahibi ya da bazı durumlarda lisans sahibi olduğu söylenebilir. Dolayısıyla marka hakkına karşı işlenen suçlar karşısında şikâyet hakkı marka sahibine ya da bazı durumlarda lisans sahibine aittir.

Aynı suç nedeniyle birden fazla kişinin de doğrudan zarar görmesi ve şikâyet hakkına sahip olması mümkündür. Bu durumda her bir suçtan zarar görenin şikâyet hakkı diğerinden bağımsızdır. Her bir suçtan zarar gören şikâyet hakkını müstakil olarak kullanabilir⁶⁰³. Suçtan zarar görenin birden fazla olduğu durumda bunlardan birisinin şikâyet hakkını kullanması kovuşturmanın başlaması için yeterli olacaktır⁶⁰⁴. Markanın birden fazla gerçek ya da tüzel kişi adına müşterek olarak tescilli olması halinde marka hakkına karşı işlenen bir suç karşısında her bir müşterek marka sahibinin şikâyet hakkı müstakil ve birbirinden bağımsız olarak değerlendirilecektir. Böylesi bir durumda marka sahiplerinden sadece bir tanesinin şikâyet hakkını kullanması dahi failin cezai takibata uğraması için yeterli olacaktır.

Şikâyet hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması nedeniyle⁶⁰⁵ suçtan zarar görenin ölümü halinde şikâyet hakkı mirasçılara geçmemektedir⁶⁰⁶. Ancak burada

⁶⁰⁰M. B. Eryılmaz (2012). *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 318.

⁶⁰¹Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 102.

⁶⁰²Koca ve Üzülmmez, **a.g.k.**, 2018, s. 384; Özbek, Doğan ve Bacaksız, **a.g.k.**, 2020, s. 275.

⁶⁰³Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 102; Koca ve Üzülmmez, **a.g.k.**, 2018, s. 384; Özgenç ve Üzülmmez, **a.g.k.**, 2020, s. 276.

⁶⁰⁴Tosun, **a.g.k.**, 1981, s. 187.

⁶⁰⁵Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 103; Koca ve Üzülmmez, **a.g.k.**, 2018, s. 384.

⁶⁰⁶İstisnai olarak TCK'nin 131. maddesine göre hakaret suçu açısından hakaret suçunun mağduru şikâyet hakkını kullanmadan vefat ederse veya hakaret suçu vefat eden kişinin hatırasına karşı işlenmiş ise vefat edenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eşi veya kardeşleri şikâyet hakkını kullanabilir.

şikâyet hakkını kullanmış olan suçtan zarar görenin bu hakkını kullandıktan sonra vefat etmesi halinde failin cezai takibattan kurtulacağı anlaşılmamalıdır⁶⁰⁷. Nitekim şikâyet hakkını kullanmış, iradesini ortaya koymuş olan suçtan zarar görenin ölümü halinde bu iradenin yok sayılması mümkün değildir. Ayrıca CMK'nin 243. maddesine göre kovuşturma aşamasında katılan sıfatı kazanmış olan suçtan zarar görenin vefatı halinde katılma hükümsüz kalır ancak suçtan zarar görenin mirasçıları, katılanın haklarını takip etmek için bu davaya katılabilirler. Şikâyet hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olmasının sonucu olarak yasal temsilcinin, temsil ettiği ayrıt etme gücüne sahip küçük adına şikâyet hakkını kullanmadığı durumlarda ayrıt etme gücüne sahip küçük tarafından da şikâyet hakkı kullanılabilir⁶⁰⁸. Marka hakkına karşı işlenen suçlar açısından şikâyet hakkı sahibinin, marka hakkına karşı işlenen suç nedeniyle şikâyet hakkını kullanmadan önce vefat etmesi halinde mirasçıları, marka hakkı kendilerine miras yolu ile intikal etmiş olsa dahi bu fiil nedeniyle şikâyet hakkını kullanamayacaktır. Ancak şikâyet hakkı sahibinin bu hakkını kullandıktan sonra ya da kovuşturma aşamasında katılan sıfatını almasından sonra vefat etmesi halinde mirasçılarının şikâyeti sürdürme ya da davaya katılma hakları olacaktır.

5.1.3.2. Ortak markaya ve garanti markasına karşı işlenen iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından şikâyet hakkına sahip olanlar

SMK'nin 32/4. maddesi ile ortak markayı kullanma yetkisi olan işletmelerin ya da kişilerin tek başlarına dava açma yetkisi olduğu hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm doğrultusunda ortak markayı kullanma yetkisi olan gerçek ya da tüzel kişilerin

⁶⁰⁷Yargıtay 2. CD. 10.10.2010, E.2010/8418, K.2010/28858 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): "...TCK'nin 131. maddesinin 2. fıkrasında mağdurun şikâyetçi olmadan önce ölmesi halinde, ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoy ile eş veya kardeşlerinin şikâyetinde bulunabileceklerini, 5271 sayılı CMK'nin 243. maddesinin ise katılanın ölmesi halinde katılmanın hükümsüz kalacağı ve mirasçılarının katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabileceklerinin düzenlendiği, 5237 sayılı TCK'nin 73. maddesindeki düzenlemenin sanığın ölümü halinde kamu davasının düşürüleceğini öngördüğü ve şikâyetçinin ölmesi halinde kamu davasının düşürüleceğine dair bir düzenleme içermediği gözetilerek; şikâyetçi Kadem'in soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetine bağlı hakaret ve sair tehdit suçları nedeniyle, vekili tarafından verilen 27.07.2005 tarihli dilekçe ve soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısına verdiği 03.08.2005 tarihli ifadesinde, sanık hakkında şikâyetçi olduktan sonra kamu davası açıldığı ve şikâyetçinin kamu davasına katılmadan ve şikâyetinden vazgeçmeden öldüğünün anlaşılması karşısında; yargılamaya devam ile esas hakkında bir hüküm kurulması gerekirken, şikâyetçinin öldüğü gerekçesiyle yazılı şekilde davanın düşürülmesine karar verilmesi bozmayı gerektirmiş..."tir.

⁶⁰⁸Tosun, a.g.k., 1981, s. 186-187.

tek başlarına şikâyet hakkını kullanabilecekleri de kabul edilmelidir⁶⁰⁹. Ortak markaya yönelen iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu söz konusu olduğunda ortak markayı kullanma yetkisini haiz gerçek ya da tüzel kişi şikâyet hakkını müstakil olarak kullanabilecektir.

Ortak markanın aksine garanti markalarında, markayı kullanan gerçek ya da tüzel kişiler garanti markası üzerinde müstakil hak sahibi değildir. Garanti markasının bir sahibi vardır ve diğer gerçek ya da tüzel kişiler marka sahibinin kontrolü altında bu markayı kullanırlar. Bu nedenle garanti markasına karşı işlenen suçlarda şikâyet hakkı sadece garanti markası sahibinindir⁶¹⁰.

5.1.3.3. Lisans sahibinin şikâyet hakkı

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından şikâyet hakkı kural olarak marka sahibine aittir. Ancak marka hakkını bir lisans sözleşmesi kapsamında elinde bulunduran gerçek ya da tüzel kişilerin şikâyet hakkının olup olmadığı da incelenmelidir. Zira SMK'nin 158/1. maddesinde lisans sözleşmesinde *"aksi kararlaştırılmamışsa inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hak sahibinin bu Kanun uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabilir."* hükmü düzenlenmiştir. Bu hükümden anlaşılaçağı üzere inhisari lisans sahipleri aksi kararlaştırılmadığı sürece marka sahibi gibi marka hakkının sağladığı tekelle hakları kullanabilecektir⁶¹¹. SMK'nin 158. maddesi sadece hukuk davalarına ilişkin gibi gözüke de *"hak sahibinin bu Kanun uyarınca açabileceğı davalar..."* ifadesinde herhangi bir kısıtlama bulunmadığından bu hüküm şikâyet hakkının kullanılması noktasında da kıyasen uygulanabilir niteliktedir⁶¹². Bu nedenle inhisari lisans sahiplerinin de lisans sözleşmesine konu markaya yönelmiş olan iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçuna karşı -lisans sözleşmesinde aksi belirtilmemiş olmak şartı ile⁶¹³- şikâyet hakkına sahip olduğunu söyleyebiliriz.

⁶⁰⁹Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 1040.

⁶¹⁰Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 1040

⁶¹¹Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 1041; Güneş, **a.g.k.**, 2020a, s. 564.

⁶¹²Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 1041.

⁶¹³Marka sahibi ile lisans sahibi arasında akdedilen inhisari lisans sözleşmesinde dava hakkının sadece marka sahibi tarafından kullanılabileceğine ilişkin bir kayıt olması halinde inhisari lisans sahibinin dava ve dolayısı ile şikâyet hakkı olmayacaktır.

Öte yandan inhisari lisans sözleşmesine konu edilmiş marka hakkının sahibi de inhisari lisans sahibinden ayrı olarak şikâyet hakkını kullanabilir. Nitekim SMK'de de inhisari lisans sözleşmesine konu edilen markaya ilişkin dava hakkının marka sahibi tarafından kullanılamayacağından, bu yönde bir sınırlama olacağından bahsedilmemektedir⁶¹⁴. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 19.01.2015 tarih ve 2014/15585 Esas ve 2015/598 Karar sayılı kararında *"... Mahkemece dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda, inhisari marka lisans sözleşmesi ile kullanımı dava dışı şirkete devredilen markaya tecavüz dolayısıyla dava açma hakkının marka sahibi davacıya değil, inhisari lisans sahibine ait olduğu, marka sahibi davacının aktif dava ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir. ... Her ne kadar mahkemece davacı marka sahibinin aktif dava ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle yazılı şekilde karar tesis edilmiş ise de; 556 sayılı KHK'nın 21. maddesi uyarınca marka sahibinin, markasını değil, markasının kullanım hakkını lisans alana devrettiği, dolayısıyla marka sahibinin markadan doğan haklarına tecavüz edilmesi durumunda, inhisari lisans sahibinin, marka sahibinin 556 sayılı KHK uyarınca açabileceği davaları kendi adına açabileceği ancak bu yöndeki davaları marka hakkı sahibinin de açabileceğinin kabulü gerekmektedir. İnhisari lisans alana kendi adına dava açma hakkının tanınması, marka üzerindeki mutlak hakkın sahibi olan davacının dava haklarını bertaraf eder nitelikte değildir."* gerekçesiyle inhisari lisans sözleşmesinin marka hakkı sahibinin dava ve şikâyet haklarını bertaraf etmediğini ortaya koymuştur⁶¹⁵.

İnhisari olmayan lisans sahiplerinin şikâyet hakkına sahip olabilmeleri için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. SMK'nin 158/2. maddesinde *"İnhisari olmayan lisans alan, sinai mülkiyet hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı sözleşmede açıkça sınırlandırılmamışsa, yapacağı bildirimle, gereken davayı açmasını hak sahibinden ister. Hak sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmaması halinde, lisans alan, yaptığı bildirimi de ekleyerek, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabilir. Bu fıkra uyarınca dava açan lisans alanın, dava açtığını hak sahibine bildirmesi gerekir."* hükmü düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde de açılacak davalar hakkında bir kısıtlama bulunmadığından bu hüküm şikâyetin kullanılması noktasında da

⁶¹⁴MARKHK hükümleri de aynı doğrultudadır.

⁶¹⁵Güneş, a.g.k., 2018, s. 164-165.

kıyasen uygulanabilir niteliktedir. İnhisari olmayan lisans sahibinin kural olarak şikâyet hakkı bulunmamaktadır. İnhisari olmayan lisans sözleşmesi ile şikâyet hakkı lisans alana açıkça tanınabilir⁶¹⁶. Böyle bir sözleşme maddesi mevcut değil ise inhisari olmayan lisans sahibinin şikâyet hakkı sahibi olabilmesi için birtakım kanuni şartların mevcudiyeti gerekmektedir. Her şeyden önce inhisari olmayan lisans sahibinin dava açma hakkı lisans sözleşmesi ile açıkça sınırlandırılmamış olmalıdır. Lisans sözleşmesinde bu neviden bir sınırlandırma olması halinde inhisari olmayan lisans sahibi hiçbir şekil ve koşulda şikâyet hakkına sahip olmayacaktır. İnhisari olmayan lisans sahibinin dava açma hakkının açıkça sınırlandırılmadığı hallerde, lisans sahibinin şikâyet konu olacak fiili ya da fiil ile birlikte faili marka sahibine bildirmesi ve marka sahibinden ilgili husus hakkında şikayetçi olmasını talep etmesi gerekmektedir. Marka sahibi, bu bildirimle rağmen üç ay içinde şikâyet hakkını kullanmaz ise lisans alanın şikâyet hakkı doğacaktır.

Lisans sözleşmesine konu marka hakkına karşı iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun işlenmesi halinde şikâyet süresi inhisari olmayan lisans sahibinin şikâyet konu olacak fiil ve faili öğrendiği anda başlayacaktır. Şikâyet süresinin başlamasına rağmen inhisari olmayan lisans sahibi, marka sahibine yapacağı bildirimin marka sahibine ulaşmasını ve marka sahibine tanınan üç aylık sürenin sona ermesini beklemek⁶¹⁷ zorundadır⁶¹⁸. Altı aylık şikâyet süresinin hak düşürücü süre olması nedeniyle inhisari olmayan lisans sahibi tarafından yapılan bildirim, altı aylık şikâyet süresini kesmeyecek ya da durdurmayacaktır.

Gerek inhisari gerekse de inhisari olmayan nitelikte olsun her iki lisans türü açısından da lisans sahiplerinin şikâyet hakkı ancak tarafı oldukları lisans sözleşmesinin kapsamı ile sınırlıdır. Lisans sahibi, lisans sözleşmesi kapsamına girmeyen, lisans sözleşmesiyle herhangi bir bağlantısı olmayan fiiller açısından şikâyet hakkına sahip değildir⁶¹⁹. Örneğin, lisans sözleşmesi markanın sadece gömlekler üzerinde kullanılması

⁶¹⁶Güneş, **a.g.k.**, 2018, s. 166.

⁶¹⁷Marka sahibinin şikâyet hakkını kullanmayacağını inhisari olmayan lisans sahibine bildirmesi halinde lisans sahibi üç aylık süreyi beklemek durumunda değildir. Marka sahibinin şikâyet hakkını kullanmayacağına ilişkin beyanı kendisine ulaşan inhisari olmayan lisans sahibi şikâyet hakkını derhal kullanabilir.

⁶¹⁸Başbüyük, **a.g.k.**, 2018, s. 244; Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 1044.

⁶¹⁹Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 1045.

için verilmişse; lisans sahibi⁶²⁰, marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz ederek pantolon üretilmesi halinde şikâyet hakkına sahip olmayacaktır. Aynı şekilde söz konusu şikâyet hakkı sadece lisans sözleşmesinin geçerli olduğu zaman aralığında işlenen suçlar açısından kullanılabilir.

5.1.3.4. Marka hakkının sona ermesinin şikâyet hakkı üzerindeki etkileri

5.1.3.4.1. Genel olarak

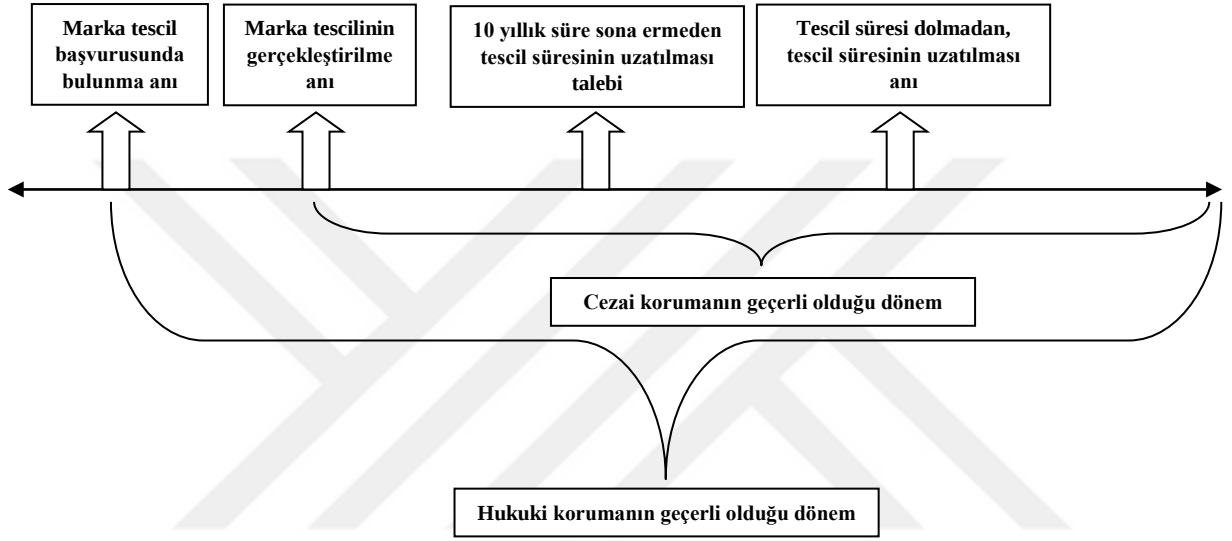
Marka hakkına karşı işlenen suçlar açısından şikâyet hakkının öncelikle marka hakkı sahibine ait olduğunu belirtmiş idik. Bu kapsamda marka hakkının sona ermesi halinde bu durum karşısında şikâyet hakkının ne şekilde etkileneceğinin de incelenmesi gerekmektedir. Nitekim bu aşamada koruma süresinin sona ermesi ve süresinde yenilenmemesi nedeniyle marka hakkının sona ermesi, vazgeçme nedeniyle marka hakkının sona ermesi, markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi nedeniyle marka hakkının sona ermesi, markanın iptaline karar verilmesi nedeniyle marka hakkının sona ermesi gibi hallerde şikâyet hakkının ne şekilde etkileneceği sorusu akıllara gelmektedir.

5.1.3.4.2. Koruma süresinin sona ermesi nedeniyle marka hakkının sona ermesi halinde şikâyet hakkı

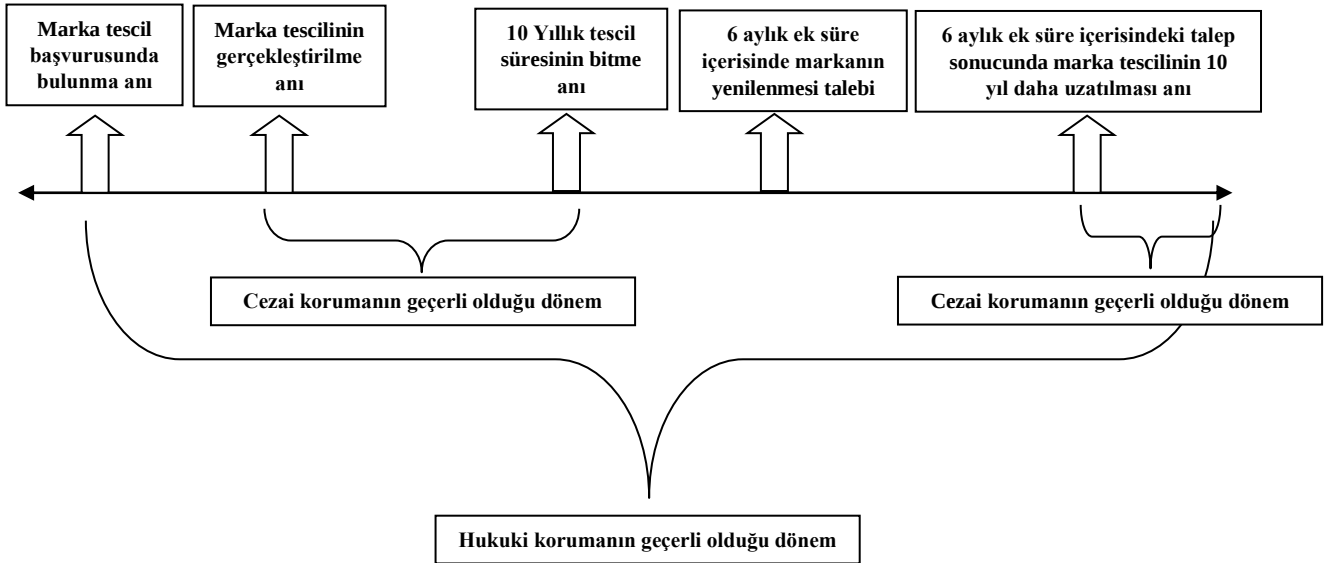
Çalışmamızın önceki bölümlerinde belirttiğimiz üzere SMK'nin 23. maddesi uyarınca tescilli markaların koruma süresi tescil başvurusundan itibaren on yıldır. On yıllık koruma süresi, onar yıllık dönemler halinde, sınırsız şekilde yenilenebilir. Yenileme talebinin marka sahibi tarafından, on yıllık koruma süresinin sona ereceği tarihten önceki altı ay içinde yapılması gerekir. Bu süre içinde usulüne uygun olarak yenileme işlemi yapılmaz ise SMK ek bir hak daha vermiştir. Buna göre on yıllık koruma süresinin sona ermesinden sonraki altı aylık süre içinde ek ücretin ödenmesi şartıyla da yenileme işlemi yapılır. Her halükârda yenileme işlemi, önceki on yıllık koruma süresinin sona erdiği tarihi izleyen günden itibaren hüküm ve sonuç ifade eder. Bu noktada belirtmek gerekir ki tescil başvurusu ile ek ücret ödemek suretiyle yenileme

⁶²⁰Bu konu açısından inhisari ya da inhisari olmayan lisans sahibi arasında herhangi bir ayrım bulunmamaktadır.

işleminin yapıldığı süre zarfının her anında hukuki koruma mevcut olsa da cezai koruma mevcut olmayacaktır. Cezai koruma markanın tescili anında başlar ve tescil süresinin sona ermesi ile sona erer. Marka tescilinin olağan şekilde on yıl daha uzatılması halinde cezai koruma da kesintiye uğramadan devam eder. Ancak marka tescilinin altı aylık ek süre içinde yapılması halinde cezai koruma kesintiye uğrayacak ve marka tescilinin süresinin uzatılmasına karar verilmesi anında yeniden başlayacaktır.



Şekil 3.2. Marka tescil ve yenileme sürecinde markanın cezai açıdan korunma kesiti

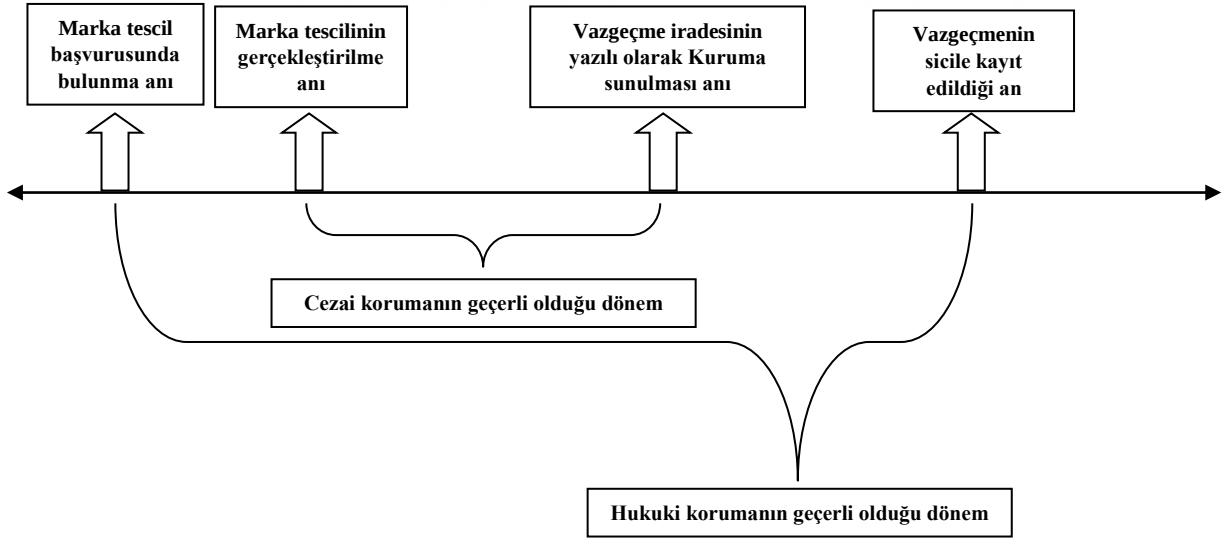


Şekil 3.3. Marka tescil ve ek süre içinde yenileme sürecinde markanın cezai açıdan korunma kesiti

Marka hakkı sahibi sadece cezai korumanın geçerli olduğu süre içinde gerçekleştirilen fiiller açısından şikâyet hakkına sahip olacaktır.

5.1.3.4.3. *Vazgeçme nedeniyle marka hakkının sona ermesi halinde şikâyet hakkı*

Marka hakkı, marka sahibinin bu hakkından vazgeçmesi nedeniyle de sona erebilir. Vazgeçmenin yazılı olarak TPMK'ye sunulması geçerlilik şartıdır ve vazgeçmenin hüküm doğurduğu an vazgeçmenin sicile kayıt tarihidir. Bu nedenle hukuki korumanın geçerli olduğu süreyi tescil başvurusunun yapıldığı an ile vazgeçmenin sicile kaydedildiği tarih aralığı olarak belirleyebiliriz. Ancak böylesi bir durumda cezai korumanın geçerli olduğu süre markanın tescili ile vazgeçme iradesinin TPMK'ye yazılı olarak sunulduğu an olarak belirlenecektir. Nitekim marka hakkından vazgeçme iradesi TPMK'ye yazılı olarak sunulduğu anda ortaya konulmuş olmaktadır. Bu nedenle de ceza hukuku açısından vazgeçme iradesinin TPMK'ye yazılı olarak sunulduğu an önem taşıyacaktır.



Şekil 3.4. *Marka hakkının vazgeçme nedeniyle sona ermesi halinde markanın cezai açıdan korunma kesiti*

Marka hakkı sahibi sadece cezai korumanın geçerli olduğu süre içinde gerçekleştirilen fiiller açısından şikâyet hakkına sahip olacaktır.

5.1.3.4.4. *Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi nedeniyle marka hakkının sona ermesi halinde şikâyet hakkı*

Marka hakkının, markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi neticesinde de sona ermesi mümkündür. Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde bu karar marka başvurusu anından itibaren etki doğuracaktır. Hükümsüzlük kararı ile birlikte marka tescili ile sağlanan korumalar hiç doğmamış sayılarak geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bir başka ifade ile zaten tescil edilmemesi gereken markanın bir şekilde tescil edilmiş olması ve bu markanın hükümsüzlüğüne karar verilmiş olması halinde hem hukuki hem de cezai koruma geriye dönük olarak ortadan kalkar.

Markanın hükümsüzlüğüne, marka sahibinin, kendisine ait marka hakkına ictibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun işlendiği iddiasıyla şikâyet hakkını kullanmasından ve soruşturmanın başlamasından sonra karar verilebilir. Böyle bir durumda cezai koruma en başından beri ortadan kalkacağı için soruşturma makamı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi gerekecektir. Markanın hükümsüzlüğüne, kovuşturma aşamasında karar verilmesi halinde ise sanık hakkında CMK'nin 223/2-a maddesi uyarınca beraat kararı verilmesi gerekecektir⁶²¹. Hatta markanın hükümsüzlüğüne sanık hakkında mahkûmiyet kararının kesinleşmesinden sonra da karar verilebilir. Böylesi bir durumda CMK'nin 311. maddesinde yer alan *"Kesinleşen bir hükmle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hallerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür: ... e) Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkum edilmesini gerektirecek nitelikte olursa."* hükmü uyarınca yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi ve yargılama neticesinde sanık hakkında şartları var ise beraat kararı verilmesi gerekecektir. Nitekim hukuk sistemimizde yeni olay ya da delilin bulunması hallerinde sadece sanık lehine muhakemenin yenilenmesi öngörülmüştür⁶²².

⁶²¹Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 1061.

⁶²²A. Karakurt (2009). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 108; Sanık aleyhine muhakemenin yenilenmesi nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: D. Nişancı (2018). *Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 68-97; Nişancı, a.g.k., 2018, s. 164-176.

Markanın hükümsüz olduğu şüpheli ya da sanık tarafından bir savunma olarak da ileri sürülebilir. Böylesi bir durumda şüpheli ya da sanığa markanın hükümsüz olduğunun tespiti için dava açması amacıyla süre verilmelidir. Böylesi bir durumda şüpheli ya da sanık tarafından açılan hükümsüzlük davasının sonucu savcılık ya da ceza mahkemesi tarafından beklenilmelidir⁶²³.

5.1.3.4.5. Markanın iptaline karar verilmesi nedeniyle marka hakkının sona ermesi halinde şikâyet hakkı

Markanın iptaline karar verilme nedenleri olarak markanın kullanılmaması, markanın yaygın ad haline gelmesi, markanın yanıltıcı hale gelmesi, garanti markası veya ortak markaların kullanımına ilişkin usul ve esasları gösteren teknik şartnameye aykırı olarak kullanılması karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu durumları çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenmiştik. Bu noktada marka hakkının iptaline karar verilmesi nedeniyle marka hakkının sona ermesi halinde bu durumun şikâyet hakkına ne şekilde etki edeceği ele alınmalıdır.

Markanın iptaline karar verilmesi halinde bu karar, kural olarak yazılı iptal talebinin sunulması anına kadar geriye yürümektedir. Bu durumda da iptal talebinin sunulması süresine kadar markanın hukuken hüküm ve sonuç doğurmuş olacağı, marka hakkına sağlanan cezai korumadan yararlanacağı açıktır. Bu nedenle markanın iptali nedenleri ortaya çıkana kadar marka hakkına karşı işlenen suçlar bakımından marka sahibinin şikâyet hakkı olacak, markanın iptal nedenleri ortaya çıktıktan sonra marka hakkına karşı işlenen suçlar bakımından marka sahibinin şikâyet hakkı olmayacaktır.

Markanın hükümsüzlüğünde olduğu gibi markanın iptal edilmesi gerektiği hususu da şüpheli ya da sanık tarafından savunma olarak ileri sürülebilir. Böylesi bir durumda da şüpheli ya da sanığa SMK'nin 26. maddesi hükümleri uyarınca işlem yapması için süre verilmeli ve işlemin sonucu beklenilmelidir⁶²⁴.

⁶²³Güneş, a.g.k., 2020a, s. 545.

⁶²⁴Güneş, a.g.k., 2020a, s. 545.

5.1.3.4.6. *Marka hakkının devrinden sonra marka hakkını devreden ve devralanın şikâyet hakkı*

Marka hakkının kısmen ya da tamamen devir sözleşmesine konu olabilmesi mümkündür. SMK'nin 148/4. maddesine göre devir sözleşmelerinin noter tarafından onaylanmış şekilde yazılı olarak yapılmış olması gerekmektedir. Devir sözleşmesinin geçerliliği için devir sözleşmesinin TPMK tarafından tescili ve sicile kaydı ile yayımlanması şart değildir.

Şikâyet hakkı ancak marka sahibi tarafından kullanılabilir bir haktır. Devir sözleşmesinin noter tarafından onaylanması anında devralanın yeni sıfatı marka sahibi olacaktır. Bu nedenle devir sözleşmesi TPMK nezdinde tescil edilmese bile marka hakkını devralan kişi, devir anından sonra işlenen suçlar için şikâyet hakkına sahip olacaktır⁶²⁵. Devir sözleşmesine konu marka hakkına karşı devir sözleşmesinin noter tarafından onaylanması anından önce işlenen ve temadi etmeyen suçlar açısından devralanın şikâyet hakkının mevcut olmayacağını söyleyebiliriz. Öte yandan devir sözleşmesinin noter tarafından onaylanması anından önce icra edilen fiillere karşı, devir sözleşmesinin noter tarafından onaylanmasından önce ya da onaylanmasından sonra⁶²⁶ yapılan şikâyet üzerine başlatılan cezai takibat marka hakkının devrinden sonra da devam edecektir ve bu dosyasının müştekisi ya da katılanı marka hakkını devreden olacaktır.

5.1.3.4.7. *Marka hakkının miras yolu ile intikali halinde mirasçılarının şikâyet hakkı*

Marka hakkının miras yolu ile mirasçılara intikali halinde mirasçılar, marka hakkı üzerinde elbirliği ile mülkiyete sahip olacaklardır. Markanın miras yolu ile el değiştirmesi halinde marka hakkının mirasçılara geçtiği andan itibaren işlenen fiillere karşı mirasçıların şikâyet hakkı doğacaktır. Mirasın intikalinden önce işlenen fiillere karşı ise mirasçıların şikâyet hakkı bulunmayacaktır. Ancak miras bırakanın vefatından önce şikâyet hakkını kullanmış olmaları halinde mirasçılar şikâyetlerini devam ettirebilecektir.

⁶²⁵Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 1047.

⁶²⁶Altı aylık şikâyet süresi içinde olmak şartıyla devir sözleşmesi noter tarafından onaylandıktan sonra da şikâyet hakkı kullanılabilir.

Murisin miras bıraktığı kişilerin birden fazla sayıda olması halinde mirasçılardan her biri şikâyet hakkını müstakil olarak kullanma imkanına sahiptir ve bir mirasçının şikâyet hakkını kullanması yeterlidir.

Marka hakkının doğası gereği bir çok hukuki işleme konu olarak el değiştirmesi mümkündür. Bu nedenle çalışmamızda tüm hukuki işlemlere değinmemiz mümkün olmamıştır. Ancak genel hatlarla marka hakkının hukuki işleme el değiştirdiği durumlarda yeni hak sahipleri ancak el değiştirme anından itibaren işlenen fiillere karşı şikâyet haklarını kullanabileceklerini söyleyebiliriz.

5.1.4. İştirak halinde işlenen suçlar bakımından şikâyet

Suçun birden fazla kişi tarafından iştirak ilişkisi içerisinde işlenmesi halinde suça iştirak edenlerden birisi aleyhine şikâyet hakkının kullanılması halinde suça iştirak eden tüm failler şikâyet edilmiş gibi tüm failler hakkında cezai takibat başlayacaktır. Bu duruma doktrinde şikâyetin bölünmezliği, şikâyetin yayılma etkisi veya şikâyetin sirayeti adı verilmektedir⁶²⁷. Nitekim, aksinin kabulü halinde şeriklerden bir kısmı için şikâyet hakkının kullanılması bir kısmı için kullanılmaması ile aynı fiil nedeniyle bir kısım şahsın cezalandırılması bir kısım şahsın ise cezasız kalması durumu ortaya çıkacaktır. Böyle bir hal de ceza adaletini temelinden sarsar niteliktedir⁶²⁸.

Şikâyetin bölünmezliğinin kabulüne paralel olarak faillerden birisi için şikâyetten vazgeçme diğer failler açısından da geçerli olacaktır⁶²⁹. Nitekim TCK'nin 73/5. maddesine göre “İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar.”

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun birden fazla kişi tarafından iştirak ilişkisi içerisinde işlenmesi halinde marka sahibinin, suça iştirak eden faillerden birisi için şikâyet hakkının kullanılması halinde tüm failler cezai takibata uğrayacaktır. Yine şikâyetin bölünmezliği ilkesi gereği marka sahibinin, faillerden birisi hakkında şikâyetinden vazgeçmesi halinde bu vazgeçme tüm faillere sirayet edecek ve bu fiil açısından cezai takibata uğrayan kimse kalmayacaktır.

⁶²⁷Dönmezer ve Erman, **a.g.k.**, 1973, s. 346; Özbek, Doğan ve Bacaksız, **a.g.k.**, 2020, s. 276.

⁶²⁸Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 104.

⁶²⁹Özbek, Doğan ve Bacaksız, **a.g.k.**, 2020, s. 276.

5.1.5. Şikâyet hakkının kullanılacağı süre

Şikâyet hakkının kullanılması belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma için belirlenen sürenin sona ermesi akabinde şikâyet hakkı düşecektir. Belirlenecek sürenin ne faili sürekli olarak şikâyet edilme korkusu ile dava zamanaşımı süresince tedirgin edecek kadar uzun ne de mağdurun şikâyet hakkını kullanmasını engelleyecek kadar kısa olmaması gerekmektedir⁶³⁰.

Suçtan zarar gören, şikâyet hakkını altı ay içerisinde kullanmalıdır. Aksi takdirde fail hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması mümkün değildir. Altı aylık şikâyet süresi, suça ilişkin olarak öngörülen zamanaşımı süresini⁶³¹ geçmemek şartıyla⁶³² suç ihtiva eden fiilin, fiil neticeyi de kapsadığı için neticenin⁶³³ ve failin öğrenildiği günden başlar. Bir başka ifade ile altı aylık şikâyet süresi hem failin hem de fiil ile birlikte neticenin, suçtan zarar gören tarafından öğrenildiği an başlar⁶³⁴. Altı aylık şikâyet süresi kesin niteliktedir. Bu sürenin tükenmesinden sonra bir daha şikâyet hakkının kullanılması mümkün değildir⁶³⁵. Kanunda öngörülen altı aylık şikâyet süresi şikâyet hakkı açısından zamanaşımı süresi değil hak düşürücü süredir⁶³⁶. Bu nedenle zamanaşımını kesen ya da durduran sebepler şikâyet süresini kesmez ya da durdurmaz⁶³⁷.

Suçtan doğrudan zarar görenin birden fazla olması halinde altı aylık şikâyet süresi her bir suçtan doğrudan zarar gören için ayrı ayrı hesaplanmalıdır⁶³⁸. Zira hem failin hem de fiil ile birlikte neticenin öğrenilmesi her bir suçtan doğrudan zarar gören açısından farklı zamanlara rastlayabilir. Suçtan zarar görenlerden birisinin kesin nitelikteki altı aylık şikâyet süresini kaçırmaması halinde dahi diğer suçtan zarar görenler - kendileri açısından işleyen altı aylık şikâyet süresini geçirmemiş olmamak şartı ile- şikâyet haklarını kullanabilir⁶³⁹.

⁶³⁰Dönmezer ve Erman, **a.g.k.**, 1973, s. 349.

⁶³¹TCK'nin 66/1-e. maddesi uyarınca marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

⁶³²Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 385.

⁶³³Erem, **a.g.k.**, 1954, s. 108.

⁶³⁴Sadece fiilin öğrenilmesi ile birlikte şikâyet hakkının kullanılabilmesi mümkündür. Ancak altı aylık şikâyet süresi fiil ve failin öğrenilmesi anından itibaren başlamış olacaktır.

⁶³⁵Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 385.

⁶³⁶Dönmezer ve Erman, **a.g.k.**, 1973, s. 352.

⁶³⁷Erem, **a.g.k.**, 1954, 107.

⁶³⁸Erem, **a.g.k.**, 1954, 109.

⁶³⁹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 386.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından özel bir şikâyet süresi öngörülmemiştir. Bu nedenle şikâyet süresinin tespiti için ceza genel hükümlerine başvurulacaktır. Bu nedenle altı aylık şikâyet süresi marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından da geçerli olacaktır⁶⁴⁰. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından altı aylık şikâyet süresi, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu ihtiva eden fiil gerçekleştirildiğinden ve bu gerçekleştirilen fiilin kim tarafından gerçekleştirildiğinden haberdar olunduğu an işlemeye başlayacaktır. Şikâyet hakkı sahibinin bu süre içerisinde şikâyet hakkını kullanması gerekmektedir.

5.1.6. Şikâyetten feragat ve vazgeçme

Şikâyet hakkının kullanılmasından feragat etmek ya da kullanılmış bir şikâyet hakkından vazgeçmek mümkündür. Şikâyet süresi içinde, henüz şikâyet hakkı kullanılmamış olmak şartıyla şikâyet hakkının kullanılmayacağının tek tarafı olarak beyan edilmesi şikâyet hakkından feragat anlamına gelecektir. Şikâyet hakkından feragat eden hak sahibi bir daha bu hakkını kullanamayacaktır.

Hak sahibinin şikâyet hakkını kullandıktan sonra bu hakkından vazgeçmesi de mümkündür. Böyle bir durumda şikâyet üzerine soruşturmaya başlayan savcılık, şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verecektir. Şikâyetten, kovuşturma sırasında vazgeçilmesi halinde de mahkemece davanın düşmesine karar verilecektir⁶⁴¹. Şikâyetten feragat tek tarafı bir işlem iken şikâyetten vazgeçme halinde şüpheli ya da sanığın şikâyetten vazgeçme hususunu kabul etmesi gerekmektedir. Zira şüpheli ya da sanığın sahip olduğu aklanma hakkı kapsamında şüpheli ya da sanık esas hakkında karar verilerek üzerindeki suçlamalardan kurtulma imkanını kullanmak isteyebilir. Bu nedenle şikâyetten vazgeçme şüpheli ya da sanığın kabulü ile anlam kazanacaktır⁶⁴². Şikâyetten vazgeçme hususunu kabul etmeyen sanık hakkında kovuşturma faaliyeti devam edecektir. Sanığın, şikâyetten vazgeçmeyi kabul etmemesi durumunda yapılan yargılama neticesinde mahkemece suçun sabit olduğu tespit edilse dahi sanık hakkında

⁶⁴⁰Aslan Düzgün, **a.g.k.**, 2018, s. 188.

⁶⁴¹V. Bıçak (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 415.

⁶⁴²A. Yıldırım (2013). Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumunun Aklanma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (3), s. 154.

mahkûmiyet hükmü kurulamayacaktır. Zira sanığın lehine olan şikâyetten vazgeçme hususu göz önüne alınarak düşme kararı verilmesi gerekmektedir⁶⁴³.

Şikâyetin geri alınması kural olarak ancak hüküm kesinleşene kadar mümkündür⁶⁴⁴. Öte yandan şikâyet süresi içinde şikayetçi olunmaması, şikâyetten vazgeçilmesi ya da şikayettin geri alınması şikâyet hakkı sahibinin uğradığı zararın giderilmesini talep etme hakkını ortadan kaldırmayacaktır⁶⁴⁵.

5.1.7. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunda şikâyet hakkının kullanılamayacağı haller

SMK'nin 153/1. maddesine göre marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu işlenmek suretiyle üretilerek piyasaya sürülen ürünleri şahsi ihtiyaçları nispetinde elinde bulunduran veya kullanan kişilere karşı şikâyet hakkı kullanılamayacaktır. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun seçimlik hareketlerinden olan kullanmak ve bulundurmak fiilleri açısından ticari saikin de aranmasına ek olarak SMK'nin 153/1 hükmü ticari olmayan, kişisel kullanımların ve bulundurmanın cezai takibata yol açmaması hususunda pekiştirici olmuştur.

Ayrıca SMK'nin 153/2. maddesi ile belirli şartların mevcudiyeti halinde marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu işlenmek suretiyle üretilen ürünleri ticari amaçla kullanılması da şikâyet hakkının sınırları dışına çıkartılmıştır. Hüküm uyarınca marka sahibinin *zararlarının giderildiği ve* marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu işlenmek suretiyle üretilen *ürünlere el konulmadığı hallerde* bu neviden malların ticari olarak kullanımı karşısında şikâyet hakkı sahibi şikâyet hakkını kullanamayacaktır⁶⁴⁶. Şikâyet hakkını ortadan kaldıran bu durum hukuka uygunluk hali sayılmamış ancak söz konusu ürünleri ticari amaçla kullanan kişiler hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülmesinin de önüne geçilmiştir⁶⁴⁷.

⁶⁴³Yıldırım, **a.g.k.**, 2013, s. 154.

⁶⁴⁴Bıçak, **a.g.k.**, 2018, s. 415.

⁶⁴⁵Bıçak, **a.g.k.**, 2018, s. 416.

⁶⁴⁶Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 1059.

⁶⁴⁷Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 1059.

6. UZLAŞTIRMA

6.1. Genel Açıklamalar

CMK'nin 253. maddesi ile düzenlenen uzlaştırma kurumu, çağdaş ceza adaleti uygulamalarında en etkili onarıcı adalet⁶⁴⁸ uygulaması olarak kabul edilmektedir. Uzlaştırma süreci ile şüphelilerin doğrudan doğruya kamu davası ve cezai yaptırımlar ile karşı karşıya kalması yerine onarıcı adaleti tesis etmeye çalışan kurumlar ile karşı karşıya gelmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Öte yandan uzlaştırma ile suç mağdurlarının korunması ile birlikte faillerin de hızlı bir şekilde topluma kazandırılması amaçlanmaktadır⁶⁴⁹. Uzlaştırma ile birlikte şüphelinin, mağdur ile mağdurun da şüpheli ile bir araya gelmesi, birbirlerini dinlemesi ve karşılıklı olarak empati kurarak süreci anlamaları amaçlanmıştır. Bu şekilde, suçun işlenmesi ile sarsılan toplumsal düzen ve yaşanan mağduriyet, taraflar arasında edimli ya da edimsiz olarak yapılacak barış ile ortadan kaldırılacaktır.

Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği (CMUY)'nin 4/1-j maddesine göre uzlaştırma *"Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak anlaşmış olmalarını"* ifade etmektedir. Yerdelen ve Özbek'e göre uzlaştırma, barışma olarak ele alınmaktadır⁶⁵⁰.

Her suç tipi uzlaştırma kapsamında ele alınamayacaktır⁶⁵¹. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar⁶⁵² ile genel ya da müstakil kanunlarda öngörülen suç tipleri uzlaştırma kapsamında değerlendirilecektir. SMK'nin 30/6. maddesine göre marka hakkına karşı işlenen tüm suçların soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olduğu ortaya konulmuştur. Soruşturulması ve kovuşturulması için şikâyetin arandığı suçların uzlaştırma hükümlerine tabi olduğu yönündeki genel kuralı

⁶⁴⁸Onarıcı adalet kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: E. Yerdelen ve M. S. Özbek (2018). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 11-66.

⁶⁴⁹E. Çetintürk (2017). *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 8-9; Bıçak, **a.g.k.**, 2018, s. 384.

⁶⁵⁰Yerdelen ve Özbek, **a.g.k.**, 2018, s. 67.

⁶⁵¹Bıçak, **a.g.k.**, 2018, s. 385.

⁶⁵²Şikâyete tabi olsa dahi cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uzlaştırma yoluna gidilemez. Ayrıca uzlaştırmaya tabi olmayan bir suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenen uzlaştırmaya tabi suç için de uzlaştırma hükümleri uygulanamaz.

ortadan kaldıracak başkaca bir düzenleme de olmadığından marka hakkına karşı işlenen suçların uzlaştırma hükümlerine tabi olduğunu söylemek mümkündür.

Marka hakkına karşı iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun işlendiğine ilişkin şikâyetin soruşturma makamına ulaşması akabinde soruşturma makamı tarafından ivedilikle gerekli soruşturma işlemlerine başlanır. Soruşturma işlemleri neticesinde kamu davası açılması için yeterli şüphe⁶⁵³ ortaya çıkar ise dosya, uzlaştırma işlemlerinin gerçekleştirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir. Uzlaştırma bürosu tarafından görevlendirilen uzlaştırmacının yürüttüğü uzlaştırma sürecinde marka sahibi ile fail bir araya gelir ve yapılan görüşmelerle taraflar arasındaki barışın tesis edilmesine çalışılır.

6.2. Uzlaştırma Sürecinin Sonuçlanması

Uzlaşma görüşmeleri uzlaşmama, edimli olarak uzlaşma ya da edimsiz şekilde uzlaşma olarak sonuçlanabilir.

6.2.1. Uzlaştırma sürecinin uzlaşmama ile sonuçlanması

Uzlaşma görüşmeleri sonucunda marka sahibi ya da şüphelinin veya her ikisinin de uzlaşmama yönündeki iradesi ile süreç uzlaşmamayla sonuçlanacaktır. Bu durumda görevli uzlaştırmacı tarafından hazırlanacak ve soruşturma makamına sunulacak olan uzlaşmama raporu neticesinde süreç öncesinde kamu davası açmak için yeterli şüpheyne ulaşıldığı için şüpheli hakkında kamu davası açılacaktır⁶⁵⁴. Uzlaştırma sürecinin olumsuz sonuçlanması ve şüpheli hakkında kamu davası açılması halinde uzlaştırma sürecindeki iş ve işlemler ile açıklamalar şüpheli lehine ya da aleyhine delil olarak kullanılamayacaktır.

Uzlaştırma süreci bir kere yürütülebileceğinden dolayı tarafların uzlaşmama ile sonuçlandırdıkları süreç sonunda yeniden uzlaştırmacı yönetiminde bir araya gelerek

⁶⁵³Yeterli şüphe hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: M. Yayla (2016). *Ceza Muhakemesi Hukukunda: İspat ve Şüphe*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 124-126.

⁶⁵⁴Uzlaştırma süreci soruşturma kapsamında leh ve aleyhe delil toplanmasını etkilemez. Uzlaştırma süreci devam ederken fail lehine deliller toplanabilir ve bu deliller neticesinde kamu davasının açılması için ulaşılan yeterli şüphe ortadan kalkabilir. Bu durumda uzlaşma gerçekleşmese dahi fail hakkında kamu davası açılmayacaktır. Uygulamada örneğine sıklıkla rastlanılmasa da böyle bir ihtimalin hukuken mevcut olduğunu da belirtmek gerekir.

uzlaşmaları mümkün değildir. Ancak uzlaştırma sürecinden sonra marka sahibi ile şüpheli kendi aralarında uzlaştıklarını gösterir usulüne uygun uzlaşma belgesini iddianame düzenlenene kadar soruşturma makamına sunmaları halinde şüpheli hakkında kamu davası açılmayacak ve uzlaşmanın türüne göre bir karar verilecektir.

Soruşturma makamı tarafından uzlaştırma işlemleri gerçekleştirilmeden hazırlanan iddianamenin ilgili ceza mahkemesi tarafından da kabul edilmesi üzerine başlanacak kovuşturma sırasında uzlaştırmaya tabi bir suç nedeniyle tarafların uzlaştırma sürecine katılmadıkları ortaya çıkabilir. Böylesi bir durumda dosya derhal ceza yargıcı tarafından uzlaştırılma bürosuna gönderilmek üzere soruşturma makamına tevdi edilir. Bu surette başlayan uzlaştırma görüşmeleri neticesinde tarafların uzlaşmamaları halinde kamu davası kaldığı yerden devam eder ve sonuca göre hüküm kurulur.

6.2.2. Uzlaştırma sürecinin uzlaşma ile sonuçlanması

Marka sahibi ile şüpheli arasında yürütülen uzlaştırma süreci sonunda taraflar faile yüklenecek bir edim şartıyla ya da tamamen edimsiz olarak uzlaşabilirler.

6.2.2.1. Edimsiz uzlaşma

Uzlaştırma süreci sonunda taraflar, marka sahibinin şüpheliden herhangi bir edim talep etmediği şekli ile uzlaşmayı kabul edebilirler. Bu durumda uzlaştırmacı tarafından hazırlanacak olan uzlaşma raporuna marka sahibinin herhangi bir edim talebi olmaksızın tarafların uzlaştığı yazılacak ve bu rapor soruşturma makamına sunulacaktır. Edimsiz uzlaşmanın marka sahibi ve failin özgür iradelerine dayandığını tespit eden soruşturma makamı tarafından uzlaşma raporu onaylanır ve uzlaşma nedeniyle şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

Uzlaştırma işleminin kovuşturma aşamasında yürütülmesi sonucunda tarafların edimsiz uzlaşması halinde mahkeme tarafından davanın düşmesine karar verilecektir.

6.2.2.2. Edimli uzlaşma

Marka sahibi, uzlaşmak için şüpheliden bir edimi yerine getirmesini de isteyebilir. Şüphelinin, kendisine yüklenecek edimi ve edimli uzlaşmayı kabul etmesi halinde taraflar arasında uzlaşma sağlanmış olacaktır. Şüpheliye yüklenecek edim kanuna ve ahlaka aykırı olmamak kaydı ile bir şeyin ya da bir miktar paranın marka sahibine verilmesi ya da bir şeyin yapılması olabilir. Bir başka ifade ile marka sahibi, şüpheliden bir miktar paranın kendisine vermesini ya da marka hakkına tecavüz edildiğinin gazetede ilan edilmesi, belirli bir yere bir miktar paranın kendi adına bağışlanması, belirli miktarda ağacın dikilmesi gibi bir şeyin yapılmasını edim olarak talep edebilir. Tarafların edimli olarak uzlaşmaları halinde uzlaştırma raporuna edim ve edimin ne şekilde ne zaman ifa edileceği yazılır ve bu rapor soruşturma makamına sunulur.

Edimli uzlaşma sonucunda şüphelinin üstlendiği edimi tek seferde yerine getirmesi halinde hakkında kovuşturmaya yer olduğu kararı verilir. Tarafların anlaşması üzerine edimin ifasının ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması ya da süreklilik kesbetmesi halinde şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemeyecektir. İleriki dönemde fail tarafından edimin tamamen ifa edildiğinde ise hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimli uzlaşmaya rağmen failin edimi ifa etmemesi halinde ise bildirim üzerine fail hakkında kamu davası açılır. Bu noktada marka sahibi dilerse edimin ifası için ilamlı icra takibine girişilebilir.

Edimli uzlaşma kovuşturma aşamasında da gerçekleşebilir. Kovuşturma aşamasında gerçekleşen edimli uzlaşma sonucunda sanık üstlendiği edimi tek seferde yerine getirirse mahkeme tarafından davanın düşmesine karar verilir. Edimin ifası ileri tarihe bırakılmış ya da takside bağlanmış ise ya da edim süreklilik kesbediyorsa mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Edimli uzlaşmaya rağmen failin edimi ifa etmemesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kaldırılarak yargılamaya devam edilir ve sonuca göre hüküm kurulur.

7. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

SMK'nin 156/1. maddesi ile marka hakkına karşı işlenen suçlar için yargılama görevi fikri ve sınai haklar ceza mahkemelerine verilmiştir. Fikri ve sınai haklar ceza mahkemeleri asliye ceza mahkemeleri ile aynı dereceye sahip mahkemelerdir ve fikri ve sınai haklar ceza mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde görevli mahkemeler asliye ceza mahkemeleri olacaktır.

CMK'nin 12. maddesine göre yargılama yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesi yargılama yetkisine sahipken, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi yargılama yetkisini haiz olacaktır. Zincirleme şekilde işlenen suçlar açısından da zincire dahil son suçun işlendiği yer mahkemeleri yargılama yetkisine sahip olacaktır⁶⁵⁵. Bu kapsamda marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından yargılama görev ve yetkisi, suçun işlendiği yerde bulunan fikri ve sınai haklar ceza mahkemeleri olacağını söyleyebiliriz⁶⁵⁶. Suçun işlendiği yerde fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi bulunmaması halinde o yer asliye ceza mahkemesi yargılamada görevli olacaktır.

8. KORUMA TEDBİRLERİ

8.1. Genel Açıklamalar

Ceza soruşturması ve kovuşturmasındaki temel amaç maddi gerçekliğe ulaşmak ve ulaşılan maddi gerçeklik sonucunda failin hak ettiği ceza ile cezalandırılmasını sağlamaktır. Ceza hukukunda söz konusu nihai amaca ulaşmak için kullanılan birtakım enstrümanlar mevcuttur. Koruma tedbirleri de maddi gerçekliğin ortaya çıkmasına yardımcı olan muhakeme araçlarıdır. Gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de koruma tedbirleri ile muhatap olmaları mümkündür⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵Y. Ünver ve H. Hakeri (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku 3. Cilt* (15. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 313.

⁶⁵⁶Aslan Düzgün, **a.g.k.**, 2018, s. 188.

⁶⁵⁷Kızıllarslan, **a.g.k.**, 2020, s. 196.

Koruma tedbirlerinin bir diğ er işlevi de ceza kovuşturması akabinde verilen kararların uygulanabilir olmasını, failin yol açtığı maddi zararların tazmin edilebilir olmasını sa lamaktır⁶⁵⁸.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecav  z suçunun s  z konusu olduğu durumlarda maddi gerçekliğe ulaşmayı sağlayacak koruma tedbirlerinden en  onemlileri arama ve el koymadır⁶⁵⁹. Bu nedenle çalışma konumuzla sınırlı kalmak amacıyla koruma tedbirlerinden sadece arama ve el koyma tedbirleri inceleme konusu edilecektir. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecav  z suçunun delillerinin tespiti ve müsadereye tabi olacak eşyaların ele geçirilmesi amacıyla arama tedbirine, delillerin ve ileride müsadereye tabi olabilecek eşyaların üzerindeki faile ait zilyetli in kaldırılması için de el koyma tedbirine başvurulması m mk nd r⁶⁶⁰.

Koruma tedbirlerinin temel olarak sekiz ortak özelliği bulunmaktadır. Buna göre koruma tedbirlerinin ortak özellikleri; yasa ile düzenlenmiş olması, suç   phesinin belli bir yo unlu a varmış olması, ceza hükmü verilmeden önce temel bir hakkı kısıtlaması, geçici nitelikte olması, muhakemenin yapılabilmesine olanak sağlaması, gecikilmesinde sakınca bulunması, kural olarak hâkim, istisnai olarak savcı kararının bulunması, orantılılık ilkesine uygun olmasıdır⁶⁶¹.

Öte yandan marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecav  z suçunda olduğu gibi soru turulması ve kovu turulması  ik yete tabi suçlarda, şikayet şartı ger ekle medi i sürece koruma tedbirlerine ba vurulamayaca ını da söylemek gerekmektedir.

8.2. Arama

CMK'nin 116. maddesi uyarınca *"Yakalanabilece i veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."* Arama,   pheli

⁶⁵⁸B. Öztürk, B. Eker Kazancı ve S. Soyer Güleç (2019). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 25.

⁶⁵⁹ etint rk, **a.g.k.**, 2019, s. 1086.

⁶⁶⁰ etint rk, **a.g.k.**, 2019, s. 1086.

⁶⁶¹ zt rk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç, **a.g.k.**, 2019, s. 26-27.

ya da sanığın yakalanmasını ve delillerin zapt edilmesine imkân veren bir koruma tedbiridir⁶⁶².

Arama güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için öncelikle bir suçun işlenmiş olması gerekmektedir. Ortada işlenmiş bir suç yok ise ancak önleme aramasından bahsedilebilir⁶⁶³. Arama kararı verilebilmesi için suçun işlendiğine ilişkin makul şüphenin mevcut olması, arama güvenlik tedbirinin ölçülü olması gerekmektedir. Aksi takdirde arama hukuka aykırı olacağı gibi arama neticesinde elde edilecek deliller de hukuka aykırı olacaktır⁶⁶⁴.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun seçimlik hareketlerinden birisinin ya da birkaçının işlendiğine ilişkin şüpheyek olarak şüphelinin yakalanabileceği ya da suça ilişkin delillerin ortaya çıkabileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin mevcudiyeti durumunda failin üstü, eşyası, konutu, işyeri ve ona ait diğer yerlerde arama yapılabilecektir. Görüleceği üzere arama yapılabilmesi için somut delillere dayalı kuvvetli şüphe ve orantılılık aranarak şüphelinin mağdur edilmemesi sağlanmaya çalışılmıştır.

Suç delilleri her zaman failin üzerinde ya da faile ait yerlerde olmayabilir. Bu nedenle CMK'nin 117. maddesi uyarınca *"Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."* Ancak üçüncü kişinin üstünün ya da ona ait yerlerin aranabilmesi için suç delillerinin üçüncü kişinin üzerinde ya da ona ait yerlerde olduğunun kabul edilmesine imkân sağlayacak olayların mevcut olması şartına bağlıdır. Bu şart failin bulunduğu yer ve teknik takip sırasında girdiği yerler açısından aranmayacaktır. Buradan hareketle marka hakkına iktibas veya iltibas suçuna ilişkin delillerin tespiti için üçüncü kişinin üzerinde ya da ona ait yerlerde arama yapılabilmesinin mümkün olduğunu söyleyebiliriz.

CMK'nin 119/1. maddesi uyarınca arama işlemi, sulh ceza hakiminin kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına

⁶⁶²F. Erem (1968). *Ceza Usulü Hukuku* (2. Baskı), Şehir: Ajans - Türk Matbaacılık, s. 429; V. C. Canoğlu (2017). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları (Haksız Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Arama ve El Koyma)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 101; Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç, **a.g.k.**, 2019, s. 119.

⁶⁶³H. Aldemir (2019b). *Adli - Önleme Arama ve Elkoyma* (3. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 35.

⁶⁶⁴Aldemir, **a.g.k.**, 2019b, s. 36.

ulaşılamadığı hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile yapılabilir. Konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılacak arama işlemi sulh ceza hakiminin kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Arama işlemi kovuşturma aşamasında yapılacaksa sulh ceza hâkimi yerine davaya bakan mahkemenin kararı aranacaktır. CMK'nin 119. maddesinde yazılı şartları yerine getirmeksizin yapılan arama neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliğinde olacak ve hükme esas alınamayacaktır.

CMK'nin 118/1. maddesi uyarınca hem faile ait konutta, işyerinde ya da diğer kapalı yerlerde hem de üçüncü kişiye ait konutta, işyerinde ya da diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapmak kural olarak mümkün değildir. Kuralın istisnası CMK'nin 118/2. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Suçüstü hal mevcutsa ya da gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa bu durumda gece vakti de arama yapmak mümkün olacaktır.

8.3. El koyma

Arama işlemi ile delillerin ortaya çıkartılmasından sonra söz konusu delillere ve daha sonra müsadereye tabi tutulabilecek diğer şeylere el konulması gerekecektir. El koyma, delillerin veya daha sonra müsadereye tabi tutulacak şeylerin zabt altına alınması işlemi olarak tanımlanabilir⁶⁶⁵. Nitekim CMK'nin 123. maddesi ile suç delillerinin ve kazanç ya da eşya müsaderesine konu olabilecek malvarlığı değerlerine el konulabileceği hüküm altına alınmıştır. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçuna konu eşyalar hem suç delili hem de suç eşyası olarak müsadere konusudur. Bu nedenle söz konusu eşyalar zilyedin rızası ile teslim edilmezse bu eşyalara el konulabilecektir⁶⁶⁶.

CMK'nin 127. maddesi uyarınca el koyma işlemi, sulh ceza hakiminin kararı veya "...gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ..." ile yapılabilir. El koyma işleminin Cumhuriyet savcısının ya da Cumhuriyet savcısına ulaşılamaması durumunda ise kolluk amirinin yazılı emri ile yapılırsa bu işlem yirmi dört saat içinde

⁶⁶⁵Erem, **a.g.k.**, 1968, s. 433; E. Şen ve S. Eryıldız (2017). *Elkoyma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 18-19; Aldemir, **a.g.k.**, 2019b, s. 301.

⁶⁶⁶El konulamayacak eşyalar hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Eryılmaz, **a.g.k.**, 2012, s. 522-523.

sulh ceza hakiminin onayına sunulmak zorundadır. Sulh ceza hâkimi kırk sekiz saat içinde el koyma kararının hukuka uygun olduğuna ilişkin kararını açıklamazsa ya da el koyma tedbirinin hukuka aykırı olduğuna hükmederse el koyma tedbiri ortadan kalkar. El koyma tedbirine kovuşturma aşamasında ihtiyaç duyulması halinde arama tedbirinin aksine kovuşturma aşamasında da sulh ceza hâkimi görevlidir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki muhafaza altına alma ile el koyma işlemleri birbirine karıştırılmamalıdır. Zira suç delillerinin ve/veya daha sonra müsadereye konu olabilecek malvarlığı değerlerinin zilyedi tarafından gönüllü olarak teslim edilmesi halinde söz konusu malvarlığı değerleri muhafaza altına alınacaktır. Ancak zilyedin rızası olmadığı durumlarda el koyma koruma tedbiri uygulanabilir.

El koyma ile aşağıda değineceğimiz müsadereyi birbiri ile karıştırmamak gerekmektedir. El koyma işlemi, ceza muhakemesi sırasında yararlanılan bir koruma tedbiri iken müsadere ceza hukuku yaptırımıdır⁶⁶⁷.

9. YAPTIRIM

9.1. Genel Açıklamalar

Suç teşkil eden hukuka aykırı fiilin icrası sonrasında failin yeniden suç teşkil eden herhangi bir fiili icra etmemesi hususunda ıslahı için faile ceza ya da güvenlik tedbiri uygulanacaktır⁶⁶⁸. Ceza ve güvenlik tedbirleri ancak suç teşkil eden fiilin mevcudiyeti halinde uygulanabilecektir. Suç teşkil eden fiilin mevcudiyeti halinde de failin kusurlu olduğu durumlarda ceza ve güvenlik tedbiri, failin kusurlu olarak kabul edilemediği hallerde ise sadece güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir⁶⁶⁹. Nitekim güvenlik tedbirlerinin uygulanması için kural olarak failin kusurlu olması aranmamaktadır. Bunun dışında suç teşkil etmeyen haksız fiiller açısından faile ceza ya da güvenlik tedbiri uygulamak mümkün değildir.

Suçların kanuniliği yanında yaptırımların kanuniliği de ceza hukukunun temel ilkelerindendir. Fiil için kanunda açıkça öngörülme­yen hiçbir ceza ya da güvenlik

⁶⁶⁷Ş. Altuğ (2017). *Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 53.

⁶⁶⁸Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 557.

⁶⁶⁹İ. Deniz (2014). *Ceza Muhakemesinde Hüküm: (Türleri - Oluşturma Şekilleri - Şartları)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 159-160; G. Süslü (2016). *Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlülük*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 127; Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 558.

tedbirinin uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle cezaların yanında güvenlik tedbirlerinin de kanunda açıkça gösterilmesi modern ceza hukukunun zorunluluğudur.

9.2. Cezalar

9.2.1. Genel açıklamalar

Cezalar, suç ihtiva eden tipik haksızlığı kusurlu olarak icra eden failer için devlet gücü ile uygulanan, faili bir daha suç ihtiva eden tipik haksızlığı kusurlu olarak icra etmemek üzere ıslah etmeyi amaçlayan, muhatabına fiziki olmayan acı veren, onu korkutan ve caydıran yaptırımlardır⁶⁷⁰.

Cezaları yoksun bıraktıkları değerlere göre yaşama, özgürlüğe, şerefe ve malvarlığına yönelik cezalar olarak sınıflandırmak mümkündür. Yaşama yönelik cezalar ölüm cezalarıdır. Türk Ceza Hukuku sisteminde ölüm cezası mevcut değildir. Özgürlüğe yönelik cezalar hapis cezaları olarak, malvarlığına yönelik cezalar ise adli para cezaları olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁷¹.

9.2.2. Hapis cezaları

TCK'nin 46. maddesi uyarınca hapis cezaları ağırlaştırılmış müebbet cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak üçe ayrılmaktadır.

Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, hükmedilen kişinin hayatı boyunca devam eden, sıkı güvenlik rejimine tabi olarak infaz edilen hapis cezası türüdür. Müebbet hapis cezası ise hükmedilen kişinin hayatı boyunca devam eden ancak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasında olduğu gibi sıkı güvenlik rejimine tabi olmadan infaz edilen hapis cezası türüdür. Bunların dışında kalan, kanunda aksi belirtilmediği sürece bir aydan az, yirmi yıldan fazla olmayan hapis cezalarına süreli hapis cezası denilmektedir. Bir yıl veya daha az süreli hapis cezaları ise kısa süreli hapis cezası olarak adlandırılır.

⁶⁷⁰Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 559.

⁶⁷¹Süslü, **a.g.k.**, 2016, s. 128-129.

9.2.3. Adli para cezaları

Adli para cezaları, hapis cezası ile birlikte ya da hapis cezasının yerine hükmedilebilecek yaptırım türü olarak karşımıza çıkmaktadır. TCK'nin 52/1. maddesine göre adli para cezası *"... beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere⁶⁷² belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibaret"* olan ceza türüdür.

Adli para cezasının tespiti iki aşamadan oluşmaktadır. İlk önce sanığa verilecek adli para cezasının tam gün sayısı yani birim gün sayısı⁶⁷³ belirlenmelidir. Akabinde ise her bir tam günün karşılığı olarak sanığın ekonomik ve diğer şahsi özellikleri göz önüne alınarak yirmi ila yüz Türk Lirası arasında bir miktar belirlenmesi gerekmektedir. Sanığa verilecek adli para cezasının tam gün sayısı ve bir gün karşılığının tutarı belirlendikten sonra bu iki miktar çarpılarak adli para cezası miktarı belirlenmiş olacaktır.

9.2.4. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçuna uygulanacak cezalar

SMK'nin 30/1. maddesine uyarınca başkasının marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek SMK'de belirtilen seçimlik hareketleri icra eden fail hakkında hükmedilecek ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasıdır. Kanun koyucu, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçuna karşı verilecek cezayı hem hapis cezası hem de adli para cezası olarak belirlemiştir. Bu nedenle sanık hakkında TCK'nin 61. maddesinde düzenlenen kurallar çerçevesinde belirlenecek hapis ve adli para cezasına hükmedilecektir.

⁶⁷²Adli para cezasının, hapis cezasına seçenек yaptırım olarak belirlendiği durumlarda hapis cezasının alt ve üst sınırları, adli para cezasının alt ve üst sınırını oluşturacaktır.

⁶⁷³Koca ve Üzülmöz, **a.g.k.**, 2018, s. 618.

9.3. Güvenlik Tedbirleri

9.3.1. Genel açıklamalar

Güvenlik tedbirleri, failin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın işlenen suç ile orantılı olarak fail hakkında veya suçun konusu ya da suçun işlenmesinde yararlanılan araç hakkında uygulanan koruma veya mevcut durumu iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır⁶⁷⁴. Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için kasıtlı işlenen bir suçun varlığı zorunlu olsa da failin kusurlu olması gerekmemektedir⁶⁷⁵. Bu kapsamda fail hakkında bir suçun işlenmediği anlamına gelen beraat kararı dışında verilecek her türlü kararda -ceza verilmesine yer olmadığı kararı ya da sanığın ölümü nedeniyle davanın düşmesi kararı da dahil olmak üzere⁶⁷⁶- güvenlik tedbirlerine de hükmedilebilir. Güvenlik tedbirlerine hükmedebilmek için suçun işlendiğinin sabit olması şart olduğuna göre soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi suçlar açısından şikâyet hakkı kullanılıp da failin suç işlediği sabit olmadıkça güvenlik tedbirlerine hükmedilemeyeceğini söyleyebiliriz⁶⁷⁷. Mağdurun şikâyet hakkını kullanıp daha sonra şikâyetinden vazgeçmesi durumunda da fail hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilmemesi gerekmektedir⁶⁷⁸. Marka hakkına karşı işlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olması gözetildiğinde mağdur tarafından şikâyet hakkı kullanılmadığı ya da sonradan şikâyetten vazgeçildiği durumlarda kovuşturmaya devam edilemeyeceği için failin suç işlediğinin sabit hale gelmemesi nedeniyle fail hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilmemelidir.

Güvenlik tedbirleri TCK'nin 53 ila 60. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (TCK md.53), eşya müsaderesi (TCK md.54), kazanç müsaderesi (TCK md.55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (TCK md.56), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (TCK md.57), suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlar (TCK md.58), sınır dışı edilme (TCK md.59) ve sadece tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek olan kamu izninin iptali (TCK md.60) güvenlik tedbiri türleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızın konusu itibariyle belli hakları

⁶⁷⁴Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 622.

⁶⁷⁵Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 622.

⁶⁷⁶Dava zamanaşımı ya da genel af nedeniyle verilen düşme kararları ile birlikte güvenlik tedbirlerine hükmedilemeyecektir.

⁶⁷⁷Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 986.

⁶⁷⁸Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 987.

kullanmaktan yoksun bırakılma, eşya müsadere, kazanç müsadere ve tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek olan kamu izninin iptali güvenlik tedbirleri incelenecektir.

Güvenlik tedbirleri gerçek veya tüzel kişiler hakkında uygulanabilir⁶⁷⁹. Belirli haklardan yoksun bırakılma, eşya ve kazanç müsadere güvenlik tedbirleri gerçek kişiler hakkında uygulanabilirken; tüzel kişiler hakkında ise eşya ve kazanç müsadere güvenlik tedbirlerine ek olarak tüzel kişiye verilen kamu izninin iptali güvenlik tedbiri de uygulanabilir. TCK'nin 60/4. maddesi uyarınca tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedebilmek için kanunda açıkça hüküm bulunması gerekmektedir. Marka hakkına karşı işlenen suçlar açısından gerçek kişi failer hakkında eşya ve kazanç müsadere güvenlik tedbirleri, SMK'nin 30/4. maddesinde yer alan açık düzenleme uyarınca suçun bir tüzel kişilik yararına işlenmesi ve diğer şartların mevcudiyeti halinde de tüzel kişiler hakkında eşya ve kazanç müsadere güvenlik tedbirlerine ek olarak kamu izninin iptali güvenlik tedbiri de uygulanabilir.

9.3.2. Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma

TCK'nin 53. maddesi uyarınca "*Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak*" birtakım hakları kullanmaktan yoksun bırakılacaktır⁶⁸⁰. Söz konusu güvenlik tedbiri mahkûmiyetin bir sonucu olarak, mahkûmiyete bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.

Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için kural olarak failin kusurluluğu aranmamasına rağmen belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakma güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için failin kusurlu olması ve fail hakkında hapis cezasına hükmedilmiş olması gerekmektedir⁶⁸¹. Nitekim fail hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmaksızın söz konusu güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır. Fail hakkında mahkûmiyet hükmü kurabilmek için de failin kusurlu olması gerekmektedir.

Öte yandan kural olarak taksirle işlenebilen suçlardan mahkûmiyet halinde de belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakma güvenlik tedbirine başvurulamayacaktır⁶⁸².

⁶⁷⁹Kızıllarslan, **a.g.k.**, 2020, s. 332.

⁶⁸⁰Failin mahrum bırakılacağı haklar için bakınız: TCK md. 53.

⁶⁸¹Bıçak, **a.g.k.**, 2018, s. 439-440.

⁶⁸²Bıçak, **a.g.k.**, 2018, s. 440.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunu işleyen ve hakkında mahkûmiyet hükmü kurulan fail hakkında da *kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak* birtakım hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına karar verilecektir.

Çalışma konumuzun kapsamı itibariyle belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma güvenlik tedbirinin ayrıntılarına girilmesi uygun görülmemiş, genel hatları ile verilen bilgiler ile yetinilmiştir⁶⁸³.

9.3.3. Eşya müsaderesi

9.3.3.1. Genel açıklamalar

Eşya müsaderesi TCK'nin 54. maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre *"İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmedilir."* Hakkında müsadereye hükmedilecek eşyanın ele geçirilemediği, bulunamadığı durumlarda bu eşyalar yerine konulan her türlü değer de eşya müsaderesi kapsamında müsaderesi mümkündür⁶⁸⁴. Nitekim TCK'nin 54/2. maddesine göre müsaderesine karar verilecek *"... eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir."* Eşya müsaderesi, işlendiği sabit olan suçun sonucu olarak suçla ilişkili olan eşyanın ya da TCK'nin 54/2. maddesinde düzenlenen şartların oluşması halinde eşyanın değeri kadar paranın mülkiyetinin devlete geçmesi olarak tanımlanabilir⁶⁸⁵.

Bir eşyanın müsaderesine karar verebilmek için kanunda birtakım şartlar aranmıştır. Buna göre söz konusu eşyanın kasten işlenen bir suçta kullanılmış olması, kasten işlenen bir suçta tahsis edilmiş olması ya da kasten işlenen suçtan meydana gelmiş olması ve iyi niyetli üçüncü kişiye ait olmaması gerekmektedir. Örneğin, x limited şirketi faaliyetleri çerçevesinde marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz edilerek

⁶⁸³Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma güvenlik tedbiri hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 624-635.

⁶⁸⁴Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 640.

⁶⁸⁵A. Dalkılıç (2013). *Türk Ceza Hukukunda Müsadere*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 65; Dalkılıç, **a.g.k.**, 2013, s. 80.

gömlek üretilmesi nedeniyle kurulan mahkûmiyet hükmü ile birlikte üretimde kullanılan dikiş makinelerinin iyi niyetli üçüncü şahsa ait olmaması ve müsadere ile fiil sonuçları arasında orantılılık olması halinde üretimde kullanılan dikiş makineleri hakkında müsadere hükümleri uygulanacaktır.

9.3.3.2. Eşya müsaderesinin şartları

9.3.3.2.1. Kasten işlenen suçun mevcudiyeti

Eşya müsaderesinin uygulanabilmesi için kasten işlenen bir suçun varlığı gerekmektedir. Taksirle işlenen suçlar açısından eşya müsaderesine hükmedilemeyecektir. Ayrıca eşyanın kasten işlenen bir suçta kullanılmış olması, kasten işlenen suça tahsis edilmesi ya da kasten işlenen suçtan meydana gelmesi için suçun icrasına başlanmış olması gerekmektedir⁶⁸⁶. Bu kapsamda hazırlık faaliyetleri kapsamında kullanılan eşyaların müsaderesine karar verilemeyeceği söylenebilir.

Eşya müsaderesi güvenlik tedbirlerinin, marka hakkına iltibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun kasten işlenen suçlardan olması nedeniyle uygulanması noktasında bir duraksama bulunmamaktadır. Ancak çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak bahsedildiği üzere marka hakkına iltibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet tabi olduğundan eşya müsaderesi güvenlik tedbirine hükmedebilmek için şikâyet şartının gerçekleşmesi gerekmektedir⁶⁸⁷.

9.3.3.2.2. Eşya ile suç arasında ilişkinin mevcudiyeti

Müsadere edilecek eşya ile suç arasında ilişkinin mevcut olması gerekmektedir. Suçun işlenmesinde kullanılmayan, suçun işlenmesine tahsis edilmemiş ya da suçun işlenmesinden ortaya çıkmamış eşyalar için müsadere kararı verilemeyecektir⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶Dalkılıç, **a.g.k.**, 2013, s. 78.

⁶⁸⁷TCK md. 54/1-son cümlesi uyarınca marka hakkına iltibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu kapsamında hazırlanan eşya aynı zamanda kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli ise şikâyet şartı gerçekleşmese dahi bu eşyaların müsaderesine karar verilebilir.

⁶⁸⁸Dalkılıç, **a.g.k.**, 2013, s. 65-66.

9.3.3.2.3. *Eşyanın iyi niyetli üçüncü kişiye ait olmaması*

Eşyanın müsaderesine karar verebilmek için aranan şartlardan bir diğeri ise söz konusu eşyanın iyi niyetli üçüncü kişiye ait olmamasıdır⁶⁸⁹. İlgili eşyanın zilyetliğini meşru, hukuka uygun bir amaç ile faile veren kişinin iyi niyetli olduğu kabul edilmelidir⁶⁹⁰. Malikin rızası olmaksızın fail tarafından alınan ve suçta kullanılan eşya açısından da malikin iyi niyetli olarak kabul edileceği açıktır. Bu tip durumlarda ilgili eşya suçta kullanılmış olsa dahi hatta o eşya olmadan suç işlenemeyecek olsa dahi eşya müsaderesine hükmedilemeyecektir. Örneğin dikiş makinelerini meşru amaçlarla kullanılmak üzere faile kiralayan iyi niyetli üçüncü kişinin dikiş makineleri, söz konusu makinelerle marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz ederek gömlek üretilmesi halinde işlenen bu kasıtlı suç nedeniyle müsadere edilemeyecektir. Ancak dikiş makinelerinin sahibi söz konusu makineler ile suça konu bir üretim gerçekleştirileceğini bilerek dikiş makinelerini faile kiralar ise bu durumda malikin iyi niyetli olmaması nedeniyle makinelerin müsaderesine karar verilebilecektir.

9.3.3.2.4. *Müsaderenin orantılı olması*

TCK'de aranan tüm koşullar sağlanmış olsa dahi eşya müsaderesinin orantılılık ilkesine de uygun olması gerekmektedir. Nitekim TCK'nin 54/3. hükmüne göre eşya müsaderesine hükmedebilmek için müsaderenin, suça oranla daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu orantısızlık nedeniyle hakkaniyete aykırı olduğu anlaşıldığında eşya müsaderesine hükmetmeme konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır.

Orantılılık ilkesine uygun olarak suçta kullanılan eşyanın bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, bu kısımlar eşyaya zarar vermeksizin ayrılabiliriyorsa sadece bu kısımlar hakkında müsadere kararı verilmesi gerekmektedir⁶⁹¹.

⁶⁸⁹Dalkılıç, **a.g.k.**, 2013, s. 72.

⁶⁹⁰Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 638.

⁶⁹¹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 639.

9.3.4. Kazanç müsadereesi

9.3.4.1. Genel açıklamalar

Kazanç müsadereesi, işlendiği sabit olan suçun sonucu olarak ortaya çıkan, bizzat suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ve söz konusu maddi menfaatlerin değerlendirilmesi ya da dönüştürülmesi sonucunda meydana gelen ekonomik kazançların mülkiyetinin devlete geçmesi olarak tanımlanabilir⁶⁹². Kazanç müsadereesi ile suç işleyerek ekonomik değer elde etmek arasındaki bağlantının kesilerek suç işlemenin bir kazanç elde etme aracı olarak kullanılmasının önüne geçilmek istenmektedir⁶⁹³. Bu nedenle kazanç müsadereesi güvenlik tedbirinin, marka hakkına karşı işlenen suçlarda olduğu gibi ekonomik çıkar sağlamak için işlenen suçlar açısından etkin bir caydırıcılık sağlama işlevi mevcuttur⁶⁹⁴. Suç gelirlerinin geriahiminde kullanılan ceza hukuku kurumu kazanç müsadereesi değildir. Kazanç müsadereesi ile birlikte el koyma ve eşya müsadereesi de suç gelirlerinin geriahiminde başvuru alan ceza hukuku kurumlarıdır⁶⁹⁵.

Kazanç müsadereesinin uygulanabilmesi için suç ile elde edilen kazancın tam olarak ortaya konulabilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde kazanç müsadereesinin uygulanması mümkün değildir. Kanun koyucu, kazancın tam olarak belirlenmesinin zor olduğu suç tiplerinde kazanç müsadereesi yapılamayacağı için hapis cezasına ek olarak adli para cezası da öngörerek caydırıcılığı pekiştirme yoluna gitmiştir⁶⁹⁶.

9.3.4.2. Kazanç müsadereesinin konusu

Kazanç müsadereesinin konusunu *"suçun işlenmesi ile elde edilen"* veya bizzat *"suçun konusunu oluşturan"* veya *"suçun işlenmesi için sağlanan"* maddi menfaatler ve bahsedilen maddi menfaatlerin *"değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar"* oluşturur. Müsadereenin konusunu oluşturan ekonomik değerleri örneklerle açıklamak gerekirse, marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş olan malın satışından elde edilen gelir, suçun işlenmesi ile elde edilen

⁶⁹²B. H. Aslan (2016). *Kazanç Müsadereesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 27.

⁶⁹³Dalkılıç, a.g.k., 2013, s. 82.

⁶⁹⁴Çetintürk, a.g.k., 2019, s. 1002.

⁶⁹⁵S. Genç (2016). *Suç Gelirlerinin Geri Alımı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 75-77; Genç, a.g.k., 2016, s. 155.

⁶⁹⁶Koca ve Üzülmüş, a.g.k., 2018, s. 618.

kazanca; polis memuruna verilen rüşvet, suçun konusunu oluşturan ekonomik değere; azmettiren tarafından bir suçun işlenmesi için azmettirilene verilen para ise suçun işlenmesi için sağlanan kazanca karşılık gelecektir⁶⁹⁷.

TCK'nin 55/2. maddesine göre müsadere konusunu oluşturan maddi menfaatlara el konulmadığı veya bu menfaatlerin merciiine teslim edilmediği hallerde bu ekonomik menfaatlerin karşılığı olan para miktarının müsadere karar verilecektir.

9.3.4.3. Kazanç müsadere kararının şartları

Kazanç müsadere kararına hükmedebilmek için her şeyden önce kasten işlenmiş bir suçun mevcudiyeti gerekmektedir⁶⁹⁸. Bu nedenle taksirli suçlar açısından kazanç müsadere hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır.

TCK'nin 55/1. maddesinin son cümlesine göre “... *müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilmemesi gerekir.*” Ayrıca yine TCK'nin 55/3. maddesine göre de müsadereye konu olacak eşyayı sonradan iktisap eden kişinin TMK hükümleri uyarınca iyi niyetin korunması kapsamına dahil olması halinde söz konusu eşyaların kazanç müsadere kararına tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu iki düzenleme mağdurun ve iyi niyetli üçüncü kişinin haklarının korunması amaçlanmıştır⁶⁹⁹. Zira ilgili kazancın müsadere edilmesi halinde zaten suç nedeniyle hakları zarar gören mağdur bir de ekonomik zararını tazmin edemez hale gelecektir. Aynı şekilde iyi niyetli üçüncü kişi de herhangi bir kusuru olmaksızın ekonomik zarara uğrayacaktır.

Müsadere kararı verilemeyecek bir diğer hal ise suça konu eşyanın ya da suça konu eşyanın satışı sonucunda elde edilecek kazancın ya da uğranılan zarara ilişkin olarak bir miktar paranın mağdur tarafından hukuki yollarla talep edilebildiği durumlardır. Mağdurun hukuki talep hakkı olduğu noktada kazanç müsadere kararına hükmedilemeyecektir⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 640.

⁶⁹⁸B. H. Aslan, **a.g.k.**, 2016, s. 76.

⁶⁹⁹Koca ve Üzülmüş, **a.g.k.**, 2018, s. 641.

⁷⁰⁰B. H. Aslan, **a.g.k.**, 2016, s. 83.

Suç sayesinde elde edilen kazanç tespit edilmediği müddetçe kazanç müsadereğine hükmedilemeyecektir. Kısmi tespitin mevcudiyeti halinde de ancak tespit edilen kısım hakkında kazanç müsadereği hükümleri uygulanabilecektir⁷⁰¹.

9.3.5. Kamu izninin iptali

TCK'nin 60. maddesine göre *“Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkumiyet halinde”* tüzel kişiliğe ait kamu izninin de iptaline karar verilecektir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere taksirli suçlar açısından ya da faaliyet izninin verdiği yetkinin kötüye kullanılması gibi bir durum söz konusu olmadan veyahut tüzel kişiliğin yararına olmaksızın ve tüzel kişi organları ya da yetkilileri iştirak etmeden işlenen suçlarda kamu izninin iptaline ilişkin güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır⁷⁰².

Tüzel kişiliğe verilen faaliyet izninin iptali ile tüzel kişiliğin sona ermesi hali birbirini ile karıştırılmamalıdır. İlgili güvenlik tedbiri ile tüzel kişilik sona erdirilmemekte, sadece suç ile bağlantılı olan faaliyet izni iptal edilmektedir⁷⁰³. Söz konusu faaliyet izninin iptaline rağmen tüzel kişilik hukuki varlığını koruyacak ve varsa başka alanlardaki izin ve faaliyetlerini devam ettirecektir.

Tüzel kişiliğin bütün ticari faaliyeti tek bir kamusal iznin verdiği yetki etrafında toplanıyorsa ve söz konusu iznin iptali ile iyi niyetli üçüncü şahıslar açısından telafisi güç zararlar doğacak ya da çok sayıda kişi işsiz kalacak ise kısacası suç ile güvenlik tedbiri ve sonuçları arasında orantılılık mevcut değilse hâkim, kamu izninin iptali güvenlik tedbirine hükmetmeyebilir⁷⁰⁴.

⁷⁰¹Koca ve Üzülmüş, a.g.k., 2018, s. 642.

⁷⁰²Koca ve Üzülmüş, a.g.k., 2018, s. 668.

⁷⁰³Koca ve Üzülmüş, a.g.k., 2018, s. 669.

⁷⁰⁴Koca ve Üzülmüş, a.g.k., 2018, s. 669.

9.3.6. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından uygulanabilecek güvenlik tedbirleri

9.3.6.1. Genel açıklamalar

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu kasten işlenebilecek suçlardan olduğu için bu suç tipini işleyen fail ve failin bu suçu bir tüzel kişi yararına işlemesi halinde fail ile birlikte tüzel kişi açısından güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun sabit olması halinde gerçek kişiler hakkında mahkumiyetin kanuni sonucu olarak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, eşya müsadere; tüzel kişiler hakkında ise eşya müsadere ile birlikte kamu izninin iptali güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

Kazanç müsadereğine karar verilebilmesi için kazanç müsadereğine konu olacak maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekmektedir. SMK'nin 149 vd. maddeleri ile marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun mağduru tarafından suça konu eşya üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını ya da suça konu eşyanın satışı nedeniyle uğradığı zararın tazminini⁷⁰⁵ talep edebilme imkânı tanınmıştır. Bu nedenle marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu kapsamında kazanç müsadereğine hükmedilmesi mümkün gözükmemektedir.

9.3.6.2. Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma

Marka hakkına iktibas veya iktibas suretiyle tecavüz suçunun faili hakkında, kasten işlemiş olduğu suç nedeniyle SMK'nin 30/1. maddesinde belirlenen hapis cezasına hükmedildiğinde, mahkumiyetin kanuni sonucu olarak TCK'nin 53. maddesinde sayılı belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına karar verilecektir.

9.3.6.3. Eşya müsadere

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üretilmesi halinde öncelikle işlenen suç neticesinde üretilen malların ve orantılılık ilkesine uygun ve iyi niyetli üçüncü kişiye ait değil ise üretime tahsis edilen aletlerin müsadere

⁷⁰⁵Marka sahibinin tazminat talepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: F. Aydın (2017). *Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (133), s. 522-563; Aslan Düzgün, **a.g.k.**, 2018, s. 192.

edileceği açıktır⁷⁰⁶. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek hizmet sunulması halinde ise markanın kullanıldığı reklam ekipmanları, tabelalar, broşürler, sunum araçları gibi materyallerin müsadereğine karar verilmesi gerekmektedir⁷⁰⁷.

9.3.6.4. Kamu izninin iptali

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun seçimlik hareketleri özel hukuk tüzel kişisi faaliyetleri çerçevesinde de işlenmesi söz konusu olabilir. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun özel hukuk tüzel kişinin organ ya da temsilcilerini oluşturan gerçek kişiler tarafından işlenmesi, bu kişilerin suçu işlediklerinin sabit olması, suçun kamu tarafından verilen faaliyet izninin sağladığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi ve suç sayesinde özel hukuk tüzel kişinin kazanç elde etmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde tüzel kişiye verilen kamu izninin iptali güvenlik tedbiri uygulanabilir⁷⁰⁸.

10. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

10.1. Genel Açıklamalar

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, yapılan yargılama neticesinde sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün belirli şartlar dahilinde açıklanmasının geri bırakılması ve bu süre içinde sanık açısından herhangi bir hukuki sonuç doğurmaması anlamına gelmektedir. Hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanık, tabi tutulduğu denetim süresi içinde herhangi bir kasıtlı suç işlemezse, açıklanması geri bırakılan hüküm tamamen ortadan kalkacaktır. Bir başka ifadeyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile sanık için cezadan kurtulma imkânı tanınarak sanığın denetim süresini iyi halli geçirerek ıslah olması sağlanmaya çalışılmaktadır⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 988.

⁷⁰⁷Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 989.

⁷⁰⁸Çetintürk, **a.g.k.**, 2019, s. 1005.

⁷⁰⁹R. Epözdemir (2019). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (3. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 66.

Sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için hâkimin kanaatine ek olarak⁷¹⁰ birtakım şartların mevcudiyeti gerekmektedir. Buna göre; a) yargılama neticesinde verilen kararın iki yıl veya daha az süreli hapis cezası ya da adli para cezası olması; b) sanığın daha önceden kasten işlenmiş bir suçtan mahkum olmaması; c) yapılan yargılama neticesinde hükmü veren mahkemece sanığın kişilik özellikleri ve duruşmalardaki tutum ve davranışları gözetildiğinde sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda bir kanaate varılması; d) suçun işlenmesi nedeniyle mağdurda ve/veya kamuda oluşan maddi zararın giderilmiş olması; e) sanık tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin kabul edilmiş olması gerekmektedir. Sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için kanunda sayılan bu beş şartın da aynı anda mevcut olması gerekmektedir⁷¹¹.

Sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde sanık beş yıl süre ile denetime tabi tutulacaktır. Bu denetim süresi içinde sanığın kasıtlı bir suç işlememesi halinde açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilecektir. Sanığın denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi ya da denetim yükümlülüklerine aykırı davranması halinde açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanmasına karar verilecektir.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu için öngörülen ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasıdır. Söz konusu suç işleyen fail hem hapis hem de adli para cezasına hükmedilecektir. Suç için öngörülen hapis cezasının alt ve üst sınırları gözetildiğinde CMK'nin 231. maddesi uyarınca sanık hakkında verilen sonuç ceza hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkündür. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun faili hakkında yapılan yargılama neticesinde faile neticeten 2 yıl ve daha az süreli hapis cezası ile miktarı fark etmeyen adli para cezası verilmesi; failin daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkum olmaması; mahkemede failin bir daha suç işlemeyeceği yönünde kanaatin oluşması; suçun işlenmesi nedeniyle marka sahibinin uğradığı, belgelendirilmiş maddi zararların karşılanmış olması ve failin kabul etmesi halinde faile verilen mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecektir.

⁷¹⁰A. Yıldırım (2018). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 363.

⁷¹¹E. Kumbasar (2012). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 112.

10.2. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Kararın Güvenlik Tedbirlerine Etkisi

Güvenlik tedbirleri, TCK'nin 53 ila 60. maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır. Güvenlik tedbirlerine ceza yerine hükmedilebileceği gibi, ceza ile birlikte de hüküm altına alınabilir.

Ceza yerine geçmek üzere hükmedilen güvenlik tedbirleri açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecektir. Ancak ceza ile birlikte hükmedilen güvenlik tedbirleri hakkında ceza ile birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceği hususu güvenlik tedbirlerinin türlerine göre incelenmelidir⁷¹².

Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma güvenlik tedbiri failin, hapis cezası ile mahkumiyeti ile sıkı bir ilişki içindedir. Nitekim belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma, kasten işlenmiş bir suç nedeniyle hükmedilen hapis cezasının kanuni bir sonucudur. Hatta öyle ki mahkûmiyet hükmünde, TCK 53. maddesinin uygulanmasına ilişkin bir karar olmasa dahi kasten işlenmiş bir suç nedeniyle hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak fail, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılacaktır⁷¹³. Bu nedenle de fail hakkında uygulanacak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma güvenlik tedbirinin ön şartı kasten işlenmiş bir suç nedeniyle hapis cezasına mahkumiyetin kesinleşmiş olmasıdır.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması ile birlikte mahkûmiyet hükmü kesinleşmeyeceği için belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma güvenlik tedbiri de uygulanamayacaktır⁷¹⁴. Ancak failin, denetim süresi içinde yeniden suç işlemesi ve bu nedenle açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanması ve açıklanan hükmün kesinleşmesi halinde askıda kalan, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi hapis cezasının infazı ile birlikte mümkün olacaktır.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı sonucunda eşya ya da kazanç müsaderesi ve tüzel kişiler hakkında uygulanacak olan kamu izninin iptali güvenlik tedbirlerinin uygulanabilme imkanının olup olmayacağı ancak güvenlik tedbirlerinin

⁷¹²Epözdemir, **a.g.k.**, 2019, s. 250.

⁷¹³Yıldırım, **a.g.k.**, 2018, s. 372.

⁷¹⁴Epözdemir, **a.g.k.**, 2019, s. 252; Yıldırım, **a.g.k.**, 2018, s. 375-376.

uygulanabilmesi için bir hükmün mevcudiyetinin zorunlu olup olmadığı hususuna verilecek cevap ile ortaya çıkabilecektir⁷¹⁵.

Eşya ya da kazanç müsadereci güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmüne ihtiyaç vardır. Kesinleşmiş bir karar olmadan, suçun işlenmesi için tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşyadan ya da suçtan elde edilen ekonomik değerden bahsetmek mümkün olmayacaktır. CMK'nin 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği hallerde, sanık hakkında verilen hüküm sonuç doğurmayacak, bu hüküm kesin nitelikte hüküm olsa dahi infaz edilemeyecek ya da kesin hüküm olmayan hallerde hükmün esasına ilişkin olarak kanun yoluna başvurulamayacaktır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hallerde kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünden bahsedilemeyeceği için eşya ya da kazanç müsadereci güvenlik tedbirlerinin de uygulanabilir olması mümkün değildir⁷¹⁶. Ancak failin, denetim süresi içinde yeniden suç işlemesi ve bu nedenle açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanması ve açıklanan hükmün kesinleşmesi halinde askıda kalan, eşya ve kazanç müsadereci güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi mümkün olacaktır.

Eşya müsadereci güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için kesinleşmiş mahkûmiyet kararının mevcut olması şartı suçun işlenmesinde kullanılacak eşyanın “... kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda...” geçerli olmayacaktır. Bu tip durumlarda ilgili eşyalar hakkında müsadere güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için kesinleşmiş mahkûmiyet kararı aranmayacaktır⁷¹⁷.

Tüzel kişiler hakkında uygulanacak olan kamu izninin iptali güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için de kesinleşmiş mahkûmiyet kararının mevcudiyeti aranacaktır. Kamu kurumunun verdiği izin ile çalışma kabiliyeti olan özel hukuk tüzel kişileri yararına işlenen suç nedeniyle kamu izninin iptali güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için gerçek kişi fail hakkında verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmesi ön şarttır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hallerde kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünden bahsedilemeyeceği için tüzel kişi açısından da kamu izninin

⁷¹⁵D. Güngör ve H. Toroslu (2016). Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (65), s. 1976.

⁷¹⁶Güngör ve Toroslu, **a.g.k.**, 2016, s.1977.

⁷¹⁷Güngör ve Toroslu, **a.g.k.**, 2016, s.1978.

iptali güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır. Failin denetim süresini iyi halli geçirmesi halinde açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet hükmü tamamen ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla failin denetim süresini iyi geçirmesi halinde tüzel kişi hakkında hükmedilen güvenlik tedbiri de tamamen ortadan kalkacaktır. Ancak failin, denetim süresi içinde yeniden suç işlemesi yeniden suç işlemesi ve bu nedenle açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanması ve açıklanan hükmün kesinleşmesi halinde askıda kalan, kamu izninin iptali güvenlik tedbirinin yararına suç işlenen tüzel kişi açısından uygulanabilmesi mümkün olacaktır⁷¹⁸.

11. ZAMANAŞIMI

Ceza hukuku açısından zamanaşımı, normatif düzenlemelerde öngörülen sürelerin geçmesi sonucunda devletin yargılama ve cezalandırma yetkisinin ortadan kalkması anlamına gelmektedir⁷¹⁹.

TCK'nin 66. maddesi hükmü ile belirli bir sürenin sonuna gelinmesine rağmen ceza yargılamasının bitmemiş olması halinde ne yönde karar verileceği belirlenmiştir. Buna göre beş yıldan fazla olmamak üzere hapis cezası gerektiren, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından sekiz yılın geçmesi ile birlikte ceza davası düşecektir. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış fail tarafından işlenmesi halinde ise sekiz yıllık sürenin üçte ikisinin geçmesi halinde ceza davası düşecektir⁷²⁰. Dava zamanaşımı süresi marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun işlendiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır.

Dava zamanaşımı süresinin duracağı ya da kesileceği haller de TCK'nin 67. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre *“Soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hallerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılıncaya kadar dava zamanaşımı durur.”* Şüpheli veya sanıklardan birisinin savcı huzurunda ifadesinin alınması ya da sorguya çekilmeleri,

⁷¹⁸Epözdemir, **a.g.k.**, 2019, 266.

⁷¹⁹M. E. Alşahin (2016). *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 7.

⁷²⁰Alşahin, **a.g.k.**, 2016, s. 98-101.

şüpheli veya sanıklardan birisi hakkında tutuklama kararı verilmesi, suça ilişkin olarak iddianame düzenlenmesi, sanıklardan bir kısmı hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi halinde ise dava zamanaşımı kesilecektir. Dava zamanaşımını kesen olaylardan birisinin yaşanması halinde dava zamanaşımı süresi yeniden ve sıfırdan işlemeye başlayacaktır. Ancak dava zamanaşımını kesecek ne kadar fazla olay meydana gelirse gelsin marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun üzerinden on iki yıl geçmesi halinde dava hakkında düşme kararı verilmesi gerekecektir. *Alşahin*'e göre, dava zamanaşımını kesen hallere yer verilmesinin yanında dava zamanaşımının uzun tutulması uygun olmamıştır⁷²¹.

TCK'nin 68. maddesi hükmü ile belirli bir sürenin sonuna gelinmesine rağmen fail hakkında hükmedilen cezanın infaz edilememiş olması halinde ne yönde hareket edileceği belirlenmiştir. Buna göre marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından hükmün kesinleştiği ya da infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren on yıl içinde fail aleyhine hükmedilen ceza infaz edilemez ise ceza zamanaşımının dolması nedeniyle söz konusu hapis cezası infaz edilemez hale gelir. Söz konusu suçun işlendiği tarihte failin on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olması halinde on yıllık sürenin üçte ikisinin geçmesi ile ceza zamanaşımı dolmuş sayılacaktır.

Ceza zamanaşımının kesileceği haller de TCK'nin 71. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre mahkûmiyet hükmünün infazı için yetkili merci tarafından tebligat yapılması veya bu maksatla hükümlünün yakalanması veya hükümlünün üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi halinde ceza zamanaşımı süresi kesilecek ve yeniden işlemeye başlayacaktır.

⁷²¹Alşahin, **a.g.k.**, 2016, s. 95.

SONUÇ

Marka hakkının olumsuz yönünü teşkil eden, marka sahibinin izni olmadan üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen kullanımları engelleme ve önleme yetkisinin bir sonucu olarak marka hakkı cezai açıdan da koruma altına alınmıştır. Çalışmamızda SMK'nin 30. maddesi ile düzenlenen marka hakkına karşı işlenen suçlardan marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu ceza hukuku sistematığı içerisinde tüm yönleri ile ele alınmıştır. Çalışmamız boyunca üzerinde ayrıntıları ile durduğumuz birtakım önemli tartışma konularını bu noktada özetlemek gerekmiştir.

Çalışmamız neticesinde vardığımız ilk sonuç SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suç tipinin isimlendirilmesine yönelik olmuştur. SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suç tipi doktrinde *marka taklitçiliği*, *marka ve üretim korsanlığı suçu*, *marka hakkına tecavüz suçu* gibi isimlendirmelerle anılmaktadır. Doktrinde yapılan tanımlamaların suç tipini net şekilde ortaya koymadığını, SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suç tipinin *marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu* olarak isimlendirilmesinin doğru olacağı kanaatindeyiz. Nitekim SMK'nin 30/1. maddesinde yer alan suç tipi hem iktibas hem de iltibas suretiyle kanuni tanımda yer alan fiillerin icrasını suç olarak tanımlamaktadır. İktibas kavramı taklitçilik ifadesini karşılarsa da karıştırılma ihtimali olarak tanımlayabileceğimiz ve taklitçiliğe göre çok daha fazla muğlak olan iltibas kavramı, taklitçilik ifadesini tam olarak karşılayamamaktadır. Bu nedenle SMK'nin 30/1. maddesi hükmünün marka taklitçiliğinden çok daha fazlasını suç olarak tanımladığını söylemek mümkündür. Öte yandan markaların, birlikte kullanıldıkları mal ya da hizmetlerden tamamen ayırık olmaları, suçun konusunu teşkil etmemeleri gözetildiğinde bu suç tipinin marka ve üretim korsanlığı olarak da isimlendirilmesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Bu açıklamalarımız ile birlikte marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu ifadesinin de SMK'nin 30/1. maddesi hükmünde yer verilen suç tipinden çok daha kapsamlı bir anlama gelebileceğini belirtmekte fayda vardır. Nitekim marka hakkına tecavüz niteliği taşıyan her türlü eyleme ilişkin olarak cezai yaptırım öngörülmemiştir. Sadece SMK'nin 30/1. maddesi hükmünde yer verilen seçimlik hareketlerden birisi ile gerçekleştirilen tecavüz fiilleri suç kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu isimlendirilmesinden sadece SMK'nin 30/1. maddesinde

tanımlanan fiiller ile gerçekleştirilen tecavüz eylemlerinin anlaşılması gerektiğini belirtmemiz gerekmektedir.

Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun herkes tarafından işlenebilen bir suç türü olması ve bu suç tipinin genellikle işletmelerde işlenmesi nedeniyle işletme çalışanlarının cezai sorumluluğuna ilişkin de bir araştırma ve değerlendirme yapmak gerekmiştir. Nitekim çalışma sırasında "Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle üretilmiş olan bir çantanın satışını gerçekleştiren satış danışmanının cezai sorumluluğu ne olacaktır?" sorusu akla gelmiştir. SMK'de marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun işletme bünyesinde işlenmesi halinde çalışanlarının cezai sorumluluğuna ilişkin olarak herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak genel hükümler çerçevesinde, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun işlendiğini bildiği halde malı satan veya diğer seçimlik hareketlerden en az birisini icra eden çalışan da işletme sahibi ile birlikte müşterek fail konumunda olacaktır. Ancak her somut olayda işletme çalışanlarının durumu titizlikle incelenmelidir.

Doktrinde bir çok yazar tarafından marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu ile tüketicilerin de korunmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Ancak bu korumanın oldukça kısıtlı ve dolaylı bir koruma olduğunu söylemek gerekmektedir. Nitekim SMK'nin 30/1. maddesi ile düzenlenen suç tipinin mağduru ancak marka sahipleri olabilmektedir. Bu nedenle söz konusu suç açısından tüketicilerin herhangi bir şikayet hakları bulunmamaktadır. Marka sahibinin şikayet hakkını kullanmaması halinde tüketicilerin de bu suç tipi ile koruma altına alınabilmeleri mümkün değildir.

Çalışmamız neticesinde vardığımız sonuçlardan birisi de marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun konusuna ilişkindir. Doktrindeki yaygın görüşe göre SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suçun konusunu Türkiye'de tescilli markalar oluşturmaktadır. Ancak bu görüşe katılmamaktayız. Bize göre SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suçun konusunu tescilinin hangi ülkede olduğuna bakılmaksızın tescilli olan markalar oluşturmaktadır. Bu tespit SMK'nin 30/5. maddesinde düzenlenen objektif cezalandırılabilme şartının uygulanabilmesi de dahil olmak üzere bir çok açıdan son derece önemlidir. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun konusunu Türkiye'de tescilli markalar olarak ele aldığımızda Türkiye'de tescilli olmayan markalara karşı işlenen fiillerin suç oluşturmayacağı, dolayısıyla da SMK'nin 30/5. maddesinin işlevsiz kalacağı ve markanın Türkiye'de

tescilli olma şartının suçun maddi unsurları arasına gireceği açıktır. Böylesi bir durumda kastın, suçun tüm maddi unsurlarını kapsaması gerektiği de gözetildiğinde kastı ortadan kaldıran hata türlerinin markanın tescil edildiği ülke üzerinde olması halinde manevi unsur eksikliği nedeniyle failin beraatine karar verilmesi gerekecektir. Öte yandan suçun konusu, mağdurun belirlenmesinde de rol oynayacaktır. Ancak görüşümüzde olduğu gibi marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun konusu hangi ülkede tescil edilmiş olursa olsun tescilli markalar olduğunu kabul ettiğimizde bu durum hem suçun maddi unsurları arasında yer almayacak hem de SMK'nin 30/5. maddesindeki objektif cezalandırılabilme şartı uygulanabilir hale gelecektir.

Ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisi kanunilik ilkesidir. Kanunilik ilkesi, normatif düzenlemede yer alan suç tanımlarının tüm unsurları ile birlikte açık, belirli şekilde gösterilmesini zorunlu kılar. Suç teşkil eden fiillerin neler olduğu ve karşılığında öngörülen cezai müeyyidenin duraksamaya yer vermeyecek şekilde ortaya konması gerekmektedir. Aksi takdirde kişiler için hukuki güvenlik ve eşitliğin sağlanmasında sıkıntılar yaşanacaktır. Kanun koyucu, tüm açıklığı ceza normu içinde sağlayabileceği gibi eksik norm tekniğiyle de sağlayabilir. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu da eksik norm tekniği ile düzenlenmiştir. Bu suç tipinin eksik norm tekniği ile düzenlenmiş olması düzenlemeyi kanunilik ilkesine aykırı hale getirmese de suç tipi açısından tipikliğin en önemli unsurlarından olan iktibas veya iltibas kavramının başkaca normatif düzenlemeler ile de açıklanmamış olması haklı olarak eleştiri konusu haline getirilmiştir. Kanunilik ilkesi açısından tespit edilen bu sıkıntının giderilebilmesi için iktibas ve iltibas kavramlarının mümkün olduğunca normatif düzenlemelerle açıklanması ve SMK'nin 30/1. maddesinde SMK'nin 7/2-a ve 7/2-b maddelerine atıfta bulunularak iktibas ve iltibasın hem marka ve işaret arasında hem de marka ve işaretin üzerinde kullanıldığı mal ya da hizmet arasında aranması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bu noktada bahsetmemiz gereken konulardan birisi de marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu açısından düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerindeki eksikliklerdir. Failin, etkin pişmanlık hükmünden yararlanarak cezasızlık haline kavuşabilmesi için suça konu malları nereden temin ettiğini yetkili makamlara bildirmesi, bildirim neticesinde marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten kişilerin ortaya çıkartılmasını sağlaması, suça konu mallarla aynı nevide olan diğer üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması şartlarını birlikte

gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu nedenle failin fiili nedeniyle pişmanlık duyarak suça konu malları kimden aldığını bildirmesinin yanında soruşturma makamlarının çalışması ile marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten kişilerin ortaya çıkartılmasını sağlaması ve marka sahibinin söz konusu kişi ya da kişilerden de şikayetçi olması üzerine diğer mallara da el konulması gerekmektedir. Etkin pişmanlık hali için öngörölen ve birbirlerine "ve" bağlacı ile bağlanarak bir arada bulunması zorunlu kılınan şarlardan sadece "suça konu malların nereden temin edildiğinin bildirilmesi" şartı failin iradesi ile gerçekleşebilecektir. Onun dışındaki şartlar ise failin kontrolünden ayrıık şekilde gerçekleşme ihtimali bulunan şartlardır. Eldeki düzenleme failin tek başına etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmesinin yolunu açmamaktadır. Bu sorunun giderilebilmesi için etkin pişmanlık hükmünde belirtilen şartların "veya" bağlacı ile bağlanması ve gerekirse kademeli olarak cezasızlık hali öngörmesi daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akay, T. (2016). Osmanlı Devleti'nde Marka Hukukunun Gelişimi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (126), s. 363 – 392.
- Akbulut, B. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aker, Y. (2021). *Marka Tescil Sürecinde Türk Patent ve Marka Kurumu Kararlarına Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Akkaya, Ç. (2019). Suçların İçtimai Bağlamında Fiil Tekliği, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (13), s. 1 - 38.
- Aksoy İpekçioğlu, P. (2009). *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Aldemir, H. (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler Rehberi*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aldemir, H. (2019b). *Adli - Önleme Arama ve Elkoyma* (3. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Alşahin, M. E. (2016). *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Altın, B. İ. (2020). *Marka Hakkının Niteliği ve Devletin Markaya Müdahalesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Altuğ, Ş. (2017). *Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ansay, T. ve Scheider, E. C. (2014). *Introduction To Turkish Business Law*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Apaydın, C. (2018). *Ceza Hukukunda Kusurluluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Arkan, S. (2017). *Ticari İşletme Hukuku*. (24. Baskı). Şehir: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Arseven, H. (1951). *Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Arslan, Ç. ve Özdemir, D. (2016). Türk Hukukunda Marka Suçları Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), s. 1085 - 1110.
- Arslan, Ö. (2019). *Marka Hakkının Sona Ermesi*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Arslantürk, M. (2018a). *Etkin Pişmanlık - Vazgeçme - Cezasızlık*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Arslantürk, M. (2018b). *Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Temel Kitabı* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Arslantürk, M. (2020). *Öldürme Suçları Açıklamalı - Örnekli - Notlu - İçtihatlı - Gerekçeli* (2.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, M. E. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, M. E., Alşahin, M. E. (2013). Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, (19) 2.
- Aslan Düzgün, Ü. (2018). İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 36, s. 143 - 170.
- Aslan, B. (2014). *Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü* (3. Baskı). Ankara:Seçkin Yayıncılık.
- Aslan, B. H. (2016). *Kazanç Müsaderesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Aslan, M. (2016). *Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Olarak Getirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Atay, E. E. (2020). *Hukuk Başlangıcı* (8. Baskı). Ankara: Gazi Kitabevi.
- Atlar, H. ve Uzun, Y. (2019). *İşitme Kayıplı Çocuk ve Gelişen Okuryazarlık Durum Çalışması*. Ankara: Vize Akademik.
- Aydın, F. (2017). *Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat*. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (133).
- Aydoğdu, M. ve Kahveci, N. (2019). *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (4. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Bahadır, Z. (2018). *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Bakırcıoğlu, R. (2016). *Ansiklopedik Eğitim ve Psikoloji Sözlüğü*. Ankara: Anı Yayıncılık.
- Başbüyük, İ. (2010). Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12 (Özel Sayı), s. 1443 - 1485.
- Başbüyük, İ. (2018). *Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Bayrak, Ö. (2019). *Uygulamada Fikri – Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Berberoğlu Yenipınar, F. (2018). *Ceza Mahkemelerinde Bilirkişilik* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Bıçak, V. (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Bilgili, F. ve Demirkapı, E. (2016). *Ticari İşletme Hukuku*. Bursa: Dora Yayınevi.
- Bilgili, F. ve Demirkapı, E. (2019). *Ticaret Hukuku Bilgisi*. Bursa: Dora Yayınevi.
- Birtek, F. (2013). Marka ve Üretim Korsanlığı Suçu (Markanın İzinsiz Kullanılması). *İpek Yolu Canlanıyor Türk-Çin Hukuk Zirvesi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sempozyum Yayınları.
- Birtek, F. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler* (6. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Bozbayındır, A. E. (2018). *Olası Kast Kavramı ve Sınırları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Bozgeyik, H. (2018). *Görüşler ve Kararlar Hukuki Mütalaalar: Marka, Tasarım, Telif, Haksız Rekabet, Kıymetli Evrak*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 14.
- Canoğlu, V. C. (2017). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları (Haksız Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Arama ve El Koyma)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Ceylan, Ç. (2017). Marka Lisans Sözleşmesi. *Ankara Barosu Dergisi*, 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, s. 57 - 89.
- Coşğun, G. (2018). *Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Çağlar, H. (2015). *Marka Hukuku Temel Esaslar* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Çağlar, H. (2017). 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m.14 Hükmünü İptal Eden Kararın Etkileri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (1), s. 3 - 19.
- Çağlar, H., Yıldız ve B., İmirlioğlu, D. (2019). *Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Çelen, Ö. (2020). *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail - Yardım Eden Ayrımı)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Çelikel, D. (2020). *Marka Hukukunda Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Kararları ve Yorumu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Çetiner, S. ve Bozkurt Yüksel, A. (2017). *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Çetintürk, E. (2017). *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Çetintürk, E. (2019). *Marka Taklitçiliği Suçu* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Çetintürk, E. ve Töngür, A. R. (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- D. Nişancı (2018). *Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Dalkılıç, A. (2013). *Türk Ceza Hukukunda Müsadere*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Demirbaş, T. (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Demirbaş, T. (2021). *Haksız Tahrik* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Deniz, İ. (2014). *Ceza Muhakemesinde Hüküm: (Türleri - Oluşturma Şekilleri - Şartları)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Dinç, H. (2016). *Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Konulması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Dirikcan, H. (2003). *Tanınmış Markaların Korunması*. Ankara.
- Donay, S. ve Erman, H. (1973). *Sinai Mülkiyet Aleyhine Suçlar*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Dönmezer, S. ve Erman, S. (1973). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I* (5. Baskı). İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Ege, Ö. (2018). *6769 Sayılı Sinai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Elanur, T. (2021). *Marka Hukukunda Kullanımın İspatı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ensari, D. (2020). *Türk Hukukunda Marka Hakkı ve Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar*. İstanbul: Aristo Yayınevi.
- Epözdemir, R. (2019). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (3. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ercan, T. ve Teke Akbulut, N. (2020). *Tanınmış Marka Kavramı, Hukuken Korunması ve Uluslararası Ticaretteki İşlevi*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Erem, F. (1954). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (3. Baskı). Ankara: İstiklal Matbaacılık.
- Erem, F. (1968). *Ceza Usulü Hukuku* (2. Baskı). Şehir: Ajans - Türk Matbaacılık.

- Eroğlu, S. (2003). Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), s. 95 - 166.
- Eryılmaz, M. B. (2012). *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Esen, E. (2017). Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hakkının Yetkisiz Tasarruf Suçu. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (2), s. 717 - 732.
- Genç, S. (2016). *Suç Gelirlerinin Geri Alımı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Gökçen, G. (2017). *Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları*. Ankara: Lykeion Yayınları.
- Göktürk, N. (2014). Türk Hukuku'nda Suçların İçtimaı. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2 (1), s. 31 - 59.
- Göktürk, N. (2016a). *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Göktürk, N. (2016b). Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (1), s. 407 - 450.
- Günay, E. (2009). *Haksız Tahrik*. Ankara:Seçkin Yayıncılık.
- Güneş, İ. (2015). *Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Güneş, İ. (2017). *Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları* (3. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Güneş, İ. (2018). *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Güneş, İ. (2020a). *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Güneş, İ. (2020b). Marka Tescilinin Devrinde Benzer Marka Sorunu. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 22 (2), s. 1 - 9.
- Güngör, D. ve Toroslu, H. (2016). Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (65), s. 1967 - 1980.
- Hakeri, H. (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Hollis, Nigel ve Kuruoğlu vd. (2011). *Küresel Marka: Dünya Pazarında Kalıcı Marka Değeri Yaratma ve Geliştirme Yöntemleri*. İstanbul: Brandage Yayınları.

- İlkhan, S. (2019). *Marka Hakkı Aleyhine İşlenen Suçlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- İmirlioğlu, D. (2018). *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kangal, Z. (2010). Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (68) 1-2.
- Kangal, Z. T. (2010). *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Karaaslan, R. (2019). *Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu - Beyaz Normların Yanılma Teorisi Açısından Değerlendirilmesi*. Ankara: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi.
- Karaca, O. U. (2018). *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları* (2. Baskı). Ankara: Lykeion Yayınları.
- Karaca, O. U. (2020). *Fikri ve Sınai Haklar Sempozyumu - Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Karadaş, M. (2020). *Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Karakehya, H. ve Usluadam, A. K. (2015). Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 3 (2), s. 1 - 24.
- Karakoyun ve Kestane (2018). *Entelektüel Sermaye Olarak Marka (Vergileme ve Pazarlama Boyutuyla)*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Karakurt, A. (2009). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Karasu, R. (2007). Ses Markaları. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*. 7 (2).
- Karasu, R., Suluk, C. ve Nal, T. (2020). *Fikri Mülkiyet Hukuku* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kart, A. (2019). *Marka Hakkına Tecavüz Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Katoğlu, T. (2012). Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (2), s. 657 - 694.
- Kaya, M. İ. ve Tatlı, B. (2020). *Ticaret Hukuku-I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Kayar, İ. (2017). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kayar, İ. (2018). *Ticaret Hukuku* (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kayar, İ. (2018). *Ticari İşletme Hukuku* (11. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kayıhan, Ş. (2019). *Ticari İşletme Hukuku* (6. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kazaker, G. (2019). *Kamu Davasına Katılma*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kazaker, G. (2019b). *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kılıç Daldal, S. (2020). Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı Kullanımı: Amblem ve Diğer Unsurlar. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 22 (2), s. 33 - 50.
- Kızıllarslan, H. (2020). *Tüzel Kişilere Özgü Koruma ve Güvenlik Tedbirleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Koca, M. ve Üzülmmez, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kumbasar, E. (2012). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kurt, Z. E. (2020). *Uygulamalı Marka Hukuku* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Meran, N. (2015). *Marka Hakları ve Korunması* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Mintaş, H. (2019). *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi* (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Nuhoğlu, A. (2018). *Dr. Dr. H. c. Silvia Tellenbach'a Armağan - Marka Hakkına Tecavüz Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Nuhoğlu, A. ve Tiedemann, K. (2017). *Ekonomi Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Önok, R. M. (2019). *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti - Müsterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Faillik Doktrinleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V. Ö. (2020). *Ekonomi Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2020). *Ceza Genel Hukuku (Temel Bilgiler)* (11. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özel, Ç. (2015). *Marka Lisansı Sözleşmeleri* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Özen, M. (2007). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (70), s. 239 - 253.
- Özen, M. (2009). Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımlar. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 9 (2), s. 53 - 76.
- Özen, M. (2018). *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özer, F. (2017). *Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2020). *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler* (16. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. ve Üzülmüş, İ. (2020). *Genel Ceza Hukuku* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özkök, B. (2015). *Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmen İptali*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özmen, Ö. B. (2020). *İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özocak, G. (2018). *Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öztürk, B., Eker Kazancı, B. ve Soyer Güleç, S. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öztürk, Ö. (2007). Koku Markası. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*. 7 (2).
- Pekdincer, R. T. (2019). *Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar II*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Sarı, O. (2020). *Marka Hakkı Edinme Süreci*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Sarıgül, H. (2020). *Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Savaş, T. ve Saygın, M. (2020). *Marka Tescil Süreci*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Seçkin, M. B. (2018). *Mağdur Hakları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Süslü, G. (2016). *Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlülük*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Şen, E. ve Eryıldız, S. (2017). *Elkoyma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Şenol, C. (2017). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (10), s. 507 - 552.

- Tekinalp, Ü. (2012). *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Temiz, B. S. (2021). *Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Topçu, D. (2007). *Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Tosun, Ö. (1981). *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersler Cilt:1* (3. Baskı). Fakülteler Matbaası.
- Türk Patent Enstitüsü (2015). *Marka İnceleme Kılavuzu*. <https://bit.ly/2PZGN5y> (Erişim tarihi: 24.04.2021)
- Türk Patent Enstitüsü (2017). *Mal ve Hizmet Sınıflandırma Listesi*. <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/F0350475-CA48-45ED-8740-7FA48400987E.pdf> (Erişim tarihi:31.05.2021)
- Ulutürk, H. (2014). *Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Uzunallı, S. (2019). *Marka Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku 3. Cilt* (15. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yarar, İ. (2020). *Marka Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yayla, M. (2016). *Ceza Muhakemesi Hukukunda: İspat ve Şüphe*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yerdelen, E. ve Özbek, M. S. (2018). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yıldırım, A. (2013). Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumunun Aklanma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (3), s. 130 - 160.
- Yıldırım, A. (2018). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Yıldız, M. E. (2020). *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yılmaz, B. B. (2012). Marka Değerinin Bilançodaki Yeri ve Türkiye Muhasebe Standardı 38'e Göre Marka Muhasebesi. *Maliye Finans Yazıları*, (97), s. 9 - 37.

Diğer Kaynaklar

<https://bit.ly/2Q6VK64>

<https://bit.ly/2R5Jmn5>

<https://cografiisaretli.com/peynir/ezine-peyniri>

<https://teftis.ktb.gov.tr/Eklenti/34660,ticaretle-baglantili-fikri-mulkiyet-anlasmasi-trips-199-.doc?0>

<https://www.sikayetvar.com/trendyol/trendyol-orijinal-olmayan-urun-5>

<https://www.sikayetvar.com/trendyol/trendyolun-sattigi-markalarin-orijinal-olmaması>

<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/MClassification>

<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0699.pdf>

Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı - <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası