

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

MARKA HAKKININ CEZA NORMLARI İLE
KORUNMASI

Yüksek Lisans Tezi

SEYRANİ İLKHAN

1250Y78202

İSTANBUL – 2018

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

MARKA HAKKININ CEZA NÖRMLARI İLE KORUNMASI

Yüksek Lisans Tezi

SEYRANI İLKHAN
1250Y78202

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İSTANBUL – 2018



T.C. İSTANBUL TİCARET
ÜNİVERSİTESİ

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ ONAY FORMU

Yüksek Lisans programı öğrencisi.....SEYRANI İLKHAN.....'IN
.....MARKA HAKKINDA CELA NÖRMLERİ İLE KORUNMASI.....
.....başlıklı tez çalışması,
Enstitümüz Yönetim Kurulu **25.05.2018** tarih ve **2018 / 475 / 12** sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından
oybirliği/oyçokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

	UNVANI, ADI SOYADI	İMZA
TEZ DANIŞMANI	: <u>PROF. DR. KAYHAN İGEL</u>	
JÜRİ ÜYESİ	: <u>PROF. DR. PÜKNÜ YILMAZ</u>	
JÜRİ ÜYESİ	: <u>DOÇ. DR. PINAR MEMİŞ KARTAL</u>	

(*) Yüksek lisans tez savunma jürileri en az biri kurum dışından olmak üzere danışman dahil en az üç öğretim üyesinden oluşur. Jürinin üç kişiden oluşması durumunda eş danışman jüri üyesi olamaz. Eş tez danışmanının jüri üyesi olması durumunda asıl jüri beş üyeden oluşur.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	İV
KISALTMALAR.....	İX
ÖZET	X
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	3
MARKA KAVRAMI VE MARKA HAKKI.....	3
1.MARKANIN TANIMI, UNSURLARI, İŞLEVİ VE TÜRLERİ.....	3
1.1. Markanın tanımı	3
1.2.Markanın Unsurları.....	6
1.2.1.İşaret.....	7
1.2.2.Ayırt Edicilik	9
1.3. Markanın İşlevi	10
1.3.1. Kaynak Belirtme İşlevi.....	10
1.3.2. Ayırt Etme İşlevi	10
1.3.3. Garanti Belirtme İşlevi	11
1.3.4.Reklam işlevi	11
1.4. Marka Türleri	12
1.4.1. Genel Olarak	12
1.4.2. Hak Sahibine Göre Marka Türleri.....	12
1.4.2.1. Bireysel Markalar.....	12
1.4.2.2. Garanti Markası	13
1.4.2.3. Ortak Marka	14
1.4.3. Amaçlarına Göre Marka Türleri	15
1.4.3.1.Ticaret Markası.....	15
1.4.3.2.Hizmet Markası	16
1.4.4.Tescilli Olup Olmamlarına Göre Marka Türleri	16
1.4.4.1.Tescilli Markalar	16
1.4.4.2.Tescilsiz Markalar	17
1.4.5. Tanındığı Çevreye Göre Marka Türleri.....	17
1.4.5.1.Alelade (Tanınmamış) Markalar	17
1.4.5.2.Tanınmış Markalar.....	18
2. MARKA HAKKI.....	19

2.1. Tanımı ve Hukuki Niteliği	19
2.2. Marka Hakkının Kazanılması	21
2.3. Markanın Tescili ve Tescilin Sonuçları	23
2.4. Marka Hakkının Sona Ermesi.....	25
2.4.1. Markanın Yenilenmemesi	25
2.4.2. Marka Hakkı Sahibinin Vazgeçmesi	26
2.4.3 Markanın Hükümsüzlüğü.....	27
2.4.4. Markanın İptali.....	29
İKİNCİ BÖLÜM	33
MARKA HAKKININ KORUNMASI	33
1.GENEL OLARAK MARKA HAKKININ KORUNMASI.....	33
2.CEZAİ KORUMA.....	34
3.MARKA SUÇLARI.....	35
3.1.Genel Olarak Marka Suçu.....	35
3.2.Karşılaştırmalı Hukukta Marka Suçu	36
3.2.1.Alman Hukukunda Marka Suçları	36
3.2.2.Amerika Birleşik Devletlerinde Marka Suçları	38
3.2.3.İngiliz Hukukunda Marka Suçları.....	40
4.TÜRK HUKUKUNDA MARKA SUÇU	43
4.1.551 sayılı Kanundan Önceki Düzenlemeler ve Alamet-i Farika Nizamnamesi	43
4.2.551 Sayılı Markalar Kanunu	46
4.3.556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname	47
4.3.1.4128 Sayılı Kanun.....	48
4.3.2.5194 Sayılı Kanun.....	49
4.3.3. 5833 Sayılı Kanun.....	52
5.6769 SAYILI SMK'DA DÜZENLENEN MARKA SUÇLARI.....	52
5.1.Genel Olarak	52
5.2.Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu	55
5.2.1.Genel Olarak	55
5.2.2.Korunan Hukuki Yarar	55

5.2.3.Suçun Unsurları.....	56
5.2.3.1.Fail	56
5.2.3.1.1. Genel Olarak	56
5.2.3.1.2. Suçların Bir Tüzel Kişinin Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi.....	58
5.2.3.2. Mağdur	59
5.2.3.3.Tipe Uygun Eylem.....	61
5.2.3.3.1. Genel Olarak	61
5.2.3.3.2. İktibas veya İltibas Suretiyle Marka hakkına Tecavüz	63
5.2.3.3.2.1. Marka Hakkına Tecavüz	63
5.2.3.3.2.2. İktibas	64
5.2.3.3.2.2.1. Aynı İşaret	65
5.2.3.3.2.2.2. Aynı Mal ve Hizmet	67
5.2.3.3.2.3. İltibas	69
5.2.3.3.2.3.1. Genel Olarak.....	69
5.2.3.3.2.3.2. İltibasın Unsurları ve Tespiti	71
5.2.3.3.2.3.2.1. Benzer İşaret.....	72
5.2.3.3.2.3.2.2. Aynı veya Benzer Mal/Hizmet.....	73
5.2.3.3.2.3.2.3. Karıştırma İhtimali.....	75
5.2.3.3.2.3.2.3.1. İltibasın (Karıştırma İhtimalinin) Tespiti.....	76
5.2.3.3.2.3.2.3.2. İşaretin Kullanılması Gerekliliği	79
5.2.3.3.2.3.2.3.2.1.Marka Sahibinin Markasını Kullanma Zorunluluğu.....	79
5.2.3.3.2.3.2.3.2.2. Failin, Markasal Kullanım Zorunluluğu	81
5.2.3.3.2.3.4. Mal Üretmek, Hizmet Sunmak, Satışa Arz Etmek, Satmak, İthal / İhraç Etmek, Ticari Amaçla Satın Almak, Bulundurmak, Nakletmek, Depolamak	82
5.2.3.3.2.3.4.1. Genel Olarak	82
5.2.3.3.2.3.4.2.Mal Üretmek.....	82
5.2.3.3.2.3.4.3. Hizmet Sunmak	83
5.2.3.3.2.3.4.4. Satışa arz etmek.....	83
5.2.3.3.2.3.4.5. Satmak	84
5.2.3.3.2.3.4.6. İthal veya İhraç etmek	86
5.2.3.3.2.3.4.7. Ticari Amaçla Satın Almak.....	86
5.2.3.3.2.3.4.8. Ticari Amaçla Bulundurmak	87
5.2.3.3.2.3.4.9. Ticari Amaçla Nakletmek	88
5.2.3.3.2.3.4.10.Ticari Amaçla Depolamak	89
5.2.3.4.Kusurluluk.....	89
5.2.3.4.1.Genel Olarak	89
5.2.3.4.2. "Ticari Amaç" Özel Saiki	91
5.2.3.5.Hukuka Aykırılık.....	95
5.3. Marka Koruması İşaretini Kaldırma Suçu.....	97
5.3.1.Genel Olarak	97
5.3.2.Korunan Hukuki Yarar.....	97
5.3.3.Suçun Unsurları.....	98
5.3.3.1.Fail	98
5.3.3.2.Mağdur	98
5.3.3.3.Tipe Uygun Eylem.....	98
5.3.3.4.Kusurluluk.....	99
5.3.3.5.Hukuka Aykırılık.....	99

5.4. Başkasına Ait Marka Hakkı Üzerinde Yetkisiz Tasarruf Suçu	100
5.4.1.Genel Olarak	100
5.4.2. Korunan Hukuki Yarar	101
5.4.3.Suçun Unsurları.....	102
5.4.3.1.Fail	102
5.4.3.2.Mağdur	102
5.4.3.3.Tipe Uygun Eylem.....	103
5.4.3.3.1.Genel Olarak	103
5.4.3.3.2.Devretmek	103
5.4.3.3.3.Lisans Vermek	104
5.4.3.3.4.Rehnetmek.....	106
5.4.3.4.Kusurluluk.....	107
5.4.3.5.Hukuka Aykırılık.....	107
6.MARKANIN TÜRKİYE’DE TESCİLLİ OLMASI ŞARTI	108
6.1.Genel Olarak	108
6.2. Markanın Tescilli Olması	110
6.3. Markanın Tescilli Olmaması	112
6.4. Değerlendirme	113
7.HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ	115
7.1.Genel Olarak	115
7.2. Mağdurun Rızası	116
7.3.Kanun Hükmünü Yerine Getirme	117
7.4.Marka Hakkının Tükenmesi.....	118
7.5. Markanın Dürüstçe Kullanımı.....	120
7.6.Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması.....	122
7.7. Kişisel İhtiyaçla Elde Bulundurma ve Tazminat Ödeyenden Satın Alma	123
8. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	124
8.1.Teşebbüs.....	124
8.2. İştirak.....	125
8.3. İçtima	127
8.3.1.Zincirleme Suç.....	128
8.3.2.Fikri İçtima	129

9.GÖNÜLLÜ VAZGEÇME VE ETKİN PİŞMANLIK.....	131
9.1. Gönüllü Vazgeçme	131
9.2. Etkin Pişmanlık.....	133
9.2.1.Genel Olarak	133
9.2.3.Uygulama Şartları	134
10. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA.....	136
10.1. Şikâyet	136
10.1.1.Genel Olarak	136
10.1.2.Şikâyet Hakkı Sahibi	137
10.1.3. Şikâyetin Şekli ve Süresi.....	139
10.1.4. Şikâyetten Vazgeçme	139
10.2.Koruma Tedbirleri	140
10.2.1. Genel Olarak	140
10.2.2. Arama	141
10.2.3. El koyma	142
10.3. Uzlaşma	143
10.4. Görevli ve Yetkili Mahkeme	145
11.YAPTIRIM	147
11.1.Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Adli Para Cezaları.....	147
11.2.Güvenlik Tedbirleri.....	147
11.2.1. Müsadere.....	147
11.2.2. Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar.....	150
12. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	151
KAYNAKÇA.....	155

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Gecen Eser
AB	: Avrupa Birliği
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
C.D.	: Ceza Dairesi
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
dn	: Dipnot
E.	: Esas
FBI	: The Federal Bureau of Investigation
FMR	:Ankara Barosu Fikri Mülkiyet Ve Rekabet Hukuku Dergisi
H.D.	: Hukuk Dairesi
H.G.K.	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
OHIM	: Office for Harmonization in the Internal Market
RG	: Resmi Gazete
RGT	: Resmi Gazete Tarihi
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TDK	: Türk Dil Kurumu
TRIPS	: Trade Related Intellectual Property
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd	: Ve Devamı
Y.	: Yargıtay

ÖZET

Hukumumuzda, marka hakkına ve bu hakkın korunmasına yönelik düzenlemeler, 1850’li yıllardan itibaren başlamıştır. Teknik ve ekonomik gelişmeye paralel olarak, bu alandaki düzenlemelere ihtiyaç da her geçen gün artmıştır. Etki alanı nedeniyle, marka hakkının korunması için sadece hukuk davası yeterli olmadığından, ceza normlarına da ihtiyaç olmuştur. Bu ihtiyaç nedeniyle, bugüne kadarki tüm düzenlemelerde olduğu gibi, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda da, marka hakkını korumaya yönelik, cezai hükümlere yer verilmiştir. Bu çalışmada, marka hakkının ceza normları ile korunmasına yönelik düzenlemeler ve özellikle 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunda düzenlenmiş olan marka suçları incelenmiştir.

ABSTRACT

Regulations related with trademark right and protection of trademark right have been implemented into Turkish law system as of 1850’s. In parallel with technical and economic progress, the need for regulations in this scope has increased day by day. Due to sphere of influence of the issue, not only civil litigations but also criminal regulations are needed. Due to the needs, such as former regulations, Law No. 6769 of December 22, 2016, on Industrial Property has regulated criminal provisions due to protect trademark rights. In this project, the provisions which protects trademark rights with criminal rules and specifically the provisions related with trademark offenses regulated by the Law of Industrial Property (Law No 6769) are examined.

GİRİŞ

Marka, bir işletmenin ürettiği mal/hizmeti diğer işletmenin mal/hizmetinden ayıran işarettir. En önemli unsuru ve işlevi ayırt ediciliktir. Bir malın/hizmetin markasını bulunması ve bu markanın hukuken korunmasında ilgisinin menfaati vardır. Bu, tek taraflı bir menfaat değildir. Markanın hukuken korunması sadece marka sahibi/üretici için değil, aynı zamanda markalı hizmetin/malın ara satıcıları yanında, tüketici için de bir zaruret ve ihtiyaçtır.

Günümüzde bir işletme için markanın önemi artık tartışma konusu olmaktan çıkmıştır. Genel olarak fikri ve sınai haklar, işletmelerin en değerli varlıkları haline gelmiştir. Buna paralel olarak, hukuken korunan markalı ürünleri kullanma korusundaki tüketici bilinci her geçen gün artmaktadır. Bu durum, marka hakkının korunmasını gerekli ve zorunlu kılmaktadır. Her ülke, bu konuda farklı düzenlemeler ortaya koymuştur. Marka hakkını korumaya yönelik yaklaşım ve yapılan hukuki düzenlemeleri kısaca “itiraz” ve “dava” olarak ikiye ayırmak mümkündür. Dava yoluyla markanın korunması, ya hukuk davası ya da ceza davası olarak karşımıza çıkar. İşte, çalışmamızda marka hakkının ceza normları ile korunmasını inceleyeceğiz.

Çalışmamızın amacı, hukukumuzda marka suçlarına ilişkin tarihsel süreci değerlendirmek, özellikle 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunundaki marka suçlarına ilişkin düzenlemeyi ceza hukukun açısından yakından incelemek, uygulamada aksayan taraflarına işaret etmek ve çözümü konusunda fikir üretmektir.

Çalışmamızı yaparken, konunun sürekli gelişen ve değişen dinamik yapısı nedeniyle, hem hukuki hem de ceza alanda doktrindeki görüşler yanında, her iki alandaki güncel uygulamalar ve özellikle güncel içtihatlardan faydalanmaya çalıştık.

Bu doğrultuda çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, marka kavramı ve buna ilişkin olarak, marka türleri, marka hakkının kazanılması, tescili ve kaybedilmesi gibi başlıklar incelenmiştir. Çalışmamızın asıl amacını ve özünü oluşturan marka hakkının ceza normları ile korunması ve “marka suçları” konusundan uzaklaşmamak için, bu bölümde konunun ana hatlarını ve ikinci bölüm için gerekli

olduğu kadarına yer verdik. Hemen belirtelim ki, çalışmanın tamamında oluğu gibi bu bölümdeki her başlık; üzerinde müstakil bilimsel çalışmayı hak etmedir. Nitekim de, bu alanda çok değerli çalışmalar mevcuttur. Biz de, bu değerli çalışmalardan istifa ettik.

İkinci bölüm marka suçları başlığını taşımaktadır. Bu bölümde, öncelikle hukukumuzdaki marka suçlarına ilişkin günümüze kadar yapılan yasal düzenlemelere yer verilmiştir. Devamında, yürürlükte bulunan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda marka hakkının ceza normları ile korunmasına yönelik düzenleme incelenmiştir. Bu kapsamda kanunda yer alan üç ayrı marka suçunun yapısal unsurlarına ayrı ayrı yer verilmiştir. Son olarak, her üç suç; özel görünüş şekilleri, şahsi cezasızlık sebepleri, şikâyet, soruşturma, kovuşturma ve yaptırım açısından ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA KAVRAMI ve MARKA HAKKI

1.Markanın Tanımı, Unsurları, İşlevi ve Türleri

1.1. Markanın tanımı

Marka kelimesi sözlükte; *“bir ticari malı, herhangi bir nesneyi tanıtmaya, benzerinden ayırmaya yarayan özel ad veya işaret”*¹ olarak tanımlanmıştır. Marka kavramına hukukumuzda ilk olarak 551 sayılı Markalar Kanununda² yer verilmiştir. Bundan önce, “marka” yerine “alamet-i farika” kavramı kullanılmaktaydı.

Hukukumuzda marka alanındaki ilk düzenleme 10 Eylül 1871 (24 Cemaziyülevvel 1288) tarihli Alamet-i Farika Nizamnamesi olarak bilinen Fabrika Ma'mulâtiyla Eşya-yı Ticariyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamnamedir³. “Alâmeti Farika” kavramı mevzuatımızda ilk kez bu nizamnamede kullanılmıştır. Nizamnamenin 1. Maddesinde alamet-i farikanın tanımı;

“Ma'mulât ve eşyanın imal olunduğu mahallin veya fabrikanın veyahut bunları imal edenlerin veya ticari amaçlarla satanların isim, şöhret ve mevkilerini bildirmek amacıyla, ol şeylerin üzerine konulan isim, mühür, resim, harfler, rakamlar, ambalaj ve sair tarif ve ayırma için kullanılan her türlü işaret ve damga alamet-i farika olarak ad ve itibar edilir” şeklinde yapılmıştır⁴. Bu tanım daha sonra çıkarılan 28 Nisan 1304 tarihli Nizamnamede de aynı şekilde tekrar edilmiştir⁵.

¹ Türk Dil Kurumu (TDK), **Büyük Türkçe Sözlük**, <http://www.tdk.gov.tr>, (Erişim Tarihi : 02.05.2018)

² 551 sayılı Markalar kanunu 12.06.1965 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (556 sayılı KHK) 52. Maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

³ Haydar Arseven, **Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1951, s. 4

⁴ Tolga Akay, **Osmanlı Devletinde Marka Hukukunun Gelişimi**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016 (126), s. 374

⁵ Haydar Arseven, **Alamenti Farika Hakkının Mahiyeti, Gayrı Kanuni Rekabetle Münasebeti ve Doğumu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 16, S. 3–4, 1950, s. 822

1965 tarihinde yürürlüğe giren 551 sayılı Markalar Kanununun⁶ 1. Maddesinde ise marka; *“sanayide, küçük sanatlarda, tarımda, imal, ihzar, istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi emtiayı başkalarınınkinden ayırt etmek için bu emtia ve ambalajı üzerine konulan, emtia üzerine konulamadığı takdirde ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler”* olarak tanımlanmıştır.

551 sayılı Markalar Kanunundan sonra yürürlüğe giren 556 Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin⁷ 5. Maddesinde Marka; *“bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları⁸ gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerdiği belirtilmek suretiyle tanımlanmıştır. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin⁹ “Tanımlar” başlıklı 4. Maddesinde ise; *“Bir işletmenin imalâtını ve/veya ticaretini yaptığı malları ve/veya sunduğu hizmetleri, başka işletmelerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ticaret ve/veya hizmet markası olarak da nitelendirilebilen işaret”¹⁰* olarak tanımlanmıştır.*

Yürürlükte bulunan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun¹¹ (SMK) Marka olabilecek işaretler başlıklı 4. Maddesinde Markanın; *bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya*

⁶ 551 Sayılı Markalar Kanunu 12.03.1965 tarihinde 119511 nolu Resmi Gazetede (RG) yayınlanmış, 55. Maddesi gereği yayınlandığından 3 ay sonra 12.06.1965 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 1995 tarihinde 556 sayılı KHK'nın 82. Maddesi ile yürürlükten kaldırılincaya kadar uygulanmıştır.

⁷ 556 sayılı KHK 27.06.1995 tarihli 22326 nolu resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) ile yürürlükten kaldırılincaya kadar uygulanmıştır.

⁸ “ambalajlarının ” ibaresi 5194 sayılı Kanunun 12. Maddesi ile “ ambalajları” olarak değiştirilmiştir.

⁹ RGT : 09.04.2005, S.25781

¹⁰ Yönetmelikte yer alan bu tanım, 30.03.2013 tarihli ve 28603 sayılı resmi gazetede yayınlanan yönetmelik ile değiştirilmiş ve markanın ”ortak markalar ve garanti markaları dâhil olmak üzere ticaret veya hizmet markalarını” ifade ettiği belirtilmiştir.

¹¹ RGT: 10.01.2017,RG No: 29944

ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabileceği belirtilmiştir. Böylece, markanın dolaylı bir tanıma yer verilmiştir.

Tanımda yer alan “teşebbüs” kavramı 556 Sayılı KHK’da da mevcuttu. Bu dönemde doktrinde “teşebbüs” kavramına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Arkan, teşebbüs kavramı yerine işletme sözcüğünün kullanılmasının yerinde olacağını savunmaktadır¹². Tekinalp ise, teşebbüs sözcüğünün özellikle kullanıldığının bu şekilde marka hakkına sahip olabilecek çevrenin genişletildiğini ifade etmektedir¹³.

Biz de burada yer alan teşebbüs kavramının geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira SMK madde 3’te, kanun kapsamındaki korumadan yararlanacak kişiler için herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Aynı doğrultuda SMK Uygulama Yönetmeliği madde 4’te, Kanunun 3. maddesi kapsamındaki gerçek veya tüzel kişilerin marka tescili için Kuruma başvuruda bulunabileceği belirtilmiştir. Buradan hareketle, kanunda yer alan teşebbüs kavramını, herhangi bir mal ya da hizmet üretme amacını güden ve marka sahibi her türlü girişim olarak yorumlamak gerekir.

6769 sayılı SMK’daki tanıma, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede yer alan “çizimle görüntülenebilme” şartı yerine “marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması” şartı getirilmiştir. Bunun sebebi, birçok ülkede tescil yapılabilmesine rağmen, KHK da yer alan “çizimle görüntülenebilme” şartı nedeniyle ses ya da hareket gibi geleneksel olmayan marka çeşitlerinin tescilinde yaşanan zorluklardır¹⁴.

¹² Sabih Arkan, **Marka Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997, C. I, s.37

¹³ Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 5. Bası, İstanbul 2012, s.369

¹⁴ Sınai Mülkiyet Kanununun 4. Maddesinin gerekçesi; “Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS)’nın 15 inci maddesi ile yeni 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği (AB) Marka Direktifi ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğüne uygun olarak madde metni düzenlenmiştir. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede yer alan çizimle görüntülenebilme şartı yerine yeni marka türlerinin tesciline de imkân verebilecek şekilde işaretin, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartı eklenmiştir. Böylelikle pek çok ülkede tescili kabil görülen ses markalan, hareketli markalar gibi geleneksel olmayan marka çeşitlerinin tescili açısından zorluk yaratan çizimle görüntülenebilme şartı yerine, mehz AB düzenlemesindeki esnek yaklaşım benimsenmiştir. Bu kapsamda markanın sicilde gösteriminin erişilebilir, kalıcı, somut olması ve korumanın konusunun yetkili makamlar ve halk tarafından açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak biçimde olması gerekmektedir. Marka olabilecek işaretlerin markanın asli işlevi olan ayırt etme şartını da yerine getirmesi gerekmektedir. Marka olabilecek işaretler sayılırken, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5 inci maddesine benzer şekilde sınırlı bir sayma

Gerçekten “çizimle görüntülenebilme” şartı nedeniyle Türk Marka ve Patent Kurumu, geleneksel olmayan bazı marka başvurularını başlarda reddetmiş ancak daha sonra ses, soyut renk ya da hareket gibi markaların tescilini yapmıştır¹⁵. Her ne kadar 556 sayılı KHK döneminde “çizimle görüntülenebilme” şartına rağmen TPE tarafından geleneksel olmayan markaların tecili yapılmışsa da; değişen ve gelişen ihtiyaçlara uygun yasal bir düzenlemenin yapılması ve geleneksel olmayan markaların tescilinin yasal zemine kavuşturulması isabetli olmuştur.

Ayrıca kanun üç boyutlu şekillerin (cisimlerin) marka olabileceğini açıkça söylememekle beraber, “malların veya ambalajlarının biçimi” olarak ifade ettiği marka olabilecek işaretler, üç boyutlu şekillerin marka olabilmesinin kanunen kabul edildiğini göstermektedir¹⁶.

1.2.Markanın Unsurları

Markanın, SMK’da “*bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaret*” olarak tanımlandığını yukarıda ifade etmiştik. Bu tanımdan, markanın işaret ve ayırt edicilik olmak üzere iki unsuru öne çıkmaktadır.

yöntemi benimsenmemiş, “her tür işaret” ibaresi kullanılmak suretiyle marka olabilecek işaretlerin madde hükmünde sayılanlarla sınırlı olmadığı ifade edilmiştir.

¹⁵ “Geleneksel olmayan marka” kavramının, “alışlageldik işaretler olan kelime ve logo gibi işaretlerin dışında kalan; renk, ses, koku, hareket, tat, pozisyon, ürünlerin üç boyutlu görünüşleri gibi geleneksel olmayan unsurları ifade ettiği ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mutlu Yıldırım Köse, Canan Tınaz ve Tuğçe Atlı, **Geleneksel Olmayan Markalar**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2014 S.2, s.73 vd.

¹⁶ Lerzan Yılmaz, **Üç Boyutlu Markalar**, İstanbul Barosu Dergisi, C.92, Sayı 2018/1, s. 15, Ayrıca renklerin marka olarak tescili ile ilgili bkz. Lerzan Yılmaz, **Renk ve Renk Kombinasyonları**, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, Sayı 2017/6, s. 15

1.2.1.İşaret

SMK'nın 4. Maddesinde markanın “*marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten*” oluşacağı ifade edilmiştir. Bu tanımdan hareketle marka kavramının ilk unsurunun **işaret** olduğu kabul edilmelidir.

Sözlükte, “anlam yükletilen şey, anlamlı iz, im, belirti, gösterge, alamet”¹⁷ olarak tanımlanan işaret kavramının SMK'da ve SMK Uygulama Yönetmeliğinde tanımı yer almamaktadır. Ancak SMK 4. Maddede “ her tür işaret” ifadesi ile marka olabilecek işaretler için herhangi bir sınırlama getirilmemiş, işaret kavramı geniş anlamda kullanılmıştır. Bu doğrultuda SMK Uygulama Yönetmeliğinin “Marka Örneğinin Gösterimi” başlıklı 7. Maddesinde, marka olarak tescil edilebilecek işaretler ve bunların nasıl gösterileceği sayılmıştır.

Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Madde 7;

“(1) *Sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların veya ambalajlarının biçimi gibi görme duyusu ile algılanabilen işaretler veya bunların kombinasyonundan oluşan işaretlerin marka başvurusuna konu edilmesi halinde marka örneği, başvuru formu ile Kuruma sunulur.*

(2) *Başvurunun ses markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi ve işaretin elektronik ortamda dinlemeye ve saklamaya elverişli kaydının Kuruma sunulması gerekir. Başvuru sahibi nota ile gösterimin mümkün olduğu hallerde bu gösterimi de başvuruyla birlikte sunabilir.*

(3) *Başvurunun üç boyutlu marka olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, ayrıca koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde işaretin tek bir yönden veya farklı açılardan görünümünü içeren gösterimlerinin Kuruma sunulması gerekir. Bu gösterimler, en fazla*

¹⁷ TDK, Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi : 02.05.2018)

altı farklı açıdan görünümü içerecek ve markanın bütünlüğünü bozmayacak şekilde olmalıdır.

(4) Başvurunun renk markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, işareti oluşturan renk görselinin sunulması ve Kurum tarafından geçerliliği kabul edilen renk kodunun belirtilmesi gerekir. Renk veya renklerin somutlaşmış, sınırları belli bir şekil, figür, resim veya kelime gibi unsurlar dahilinde kullanılması durumunda işaret renk markası olarak değerlendirilmez ve birinci fıkra hükmü uygulanır.

(5) Başvurunun hareket markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi ve işareti oluşturan hareketi tasvir eden bir görüntünün veya hareketsiz ya da hareketli görüntü dizisinin Kuruma sunulması gerekir. Gösterimler, markanın bütünlüğünü bozmayacak nitelikte olmalıdır.” Şeklindedir.

SMK 4. Maddesinde “her türlü işaretin marka olarak tescil edilebileceği düzenlemesine paralel olarak Yönetmeliğin 7/6. Maddesinde de; “*Bu madde hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, yukarıda sayılanlar dışında kalan bir işaretin gösterimi hakkında da uygulanır.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu şekilde, günümüzde kullanılmayan ama ilerde ortaya çıkabilecek herhangi bir işaret için marka tescil talebi konusunda tereddüt yaşanmasının da önüne geçilmiştir.

556 Sayılı KHK’da işaretin “çizimle gösterilebilmesi” şartı aranmaktaydı. SMK 4. madde ile “çizimle görüntülenebilme şartı” yerine “*marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması*” şartı getirilmiştir¹⁸. Tescili talep edilen işaretlerin somut olarak belirtilmesi, bir diğer ifadeyle çizimle görüntülenebilmesi şartı (sicilde gösterilebilir olması) tescil hukukunun belirlilik ilkesinin bir sonucudur¹⁹. Bu sayede hem markanın korumasının kapsamı belirlenmekte hem de marka bültende yayınlanarak üçüncü kişileri markadan haberdar ederek itiraz hakkı tanınmış olmaktadır²⁰.

¹⁸ Bkz. Dipnot 14

¹⁹ Beşir Fatih Doğan, **Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR) , 2005, C.5, S.4, s.46

²⁰ Rauf Karasu, **Ses Markaları**, FMR, 2007, C.7, S.2, s.39.

1.2.2.Ayırt Edicilik

Markanın diğ er unsuru da ayırt edici olmasıdır. İşaretin ayırt edici niteliğ i, onun herhangi bir sebeple diğ erinden farklı olmasını sağlayan özellikleri ve öğeleri ifade eder²¹. Ayırt edicilik, aynı zamanda markanın en önemli işlevlerinden de birisidir. Tanımda yer aldığı üzere, marka olarak tescili istenen işaretin, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinin diğ erinin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayacak nitelikte olması gerekir (SMK m.4). Bu nitelikteki bir marka, mal veya hizmeti üreten işletmeleri değil, bir mal ve ya hizmeti diğ er işletmelerin ürettiklerinden ayırt eder²².

Bir işarete ayırt edici niteliğ in olmaması, marka başvurusunun SMK madde 5/1-b²³ gereği mutlak red, SMK 6/5²⁴ maddesi gereği de nispi red nedenidir. Ancak, burada aranan ayırt edicilik markanın “farklı” olmasıdır. Yoksa işaretin özgün ya da estetik olması gerekmez²⁵. Uydurulmuş, kurmaca işaretlerin, herhangi bir anlam taşımayan, hiçbir dilde karşılığı olmayan sözcüklerin ayırt ediciliğ i yüksektir²⁶. Bir işaretin ayırt edici niteliğ inin tespitinde zayıf bir ayırt etme vasfı bile yeterli sayılmalıdır, şüphe halinde dahi ayırt ediciliğ in varlığı kabul edilmelidir²⁷.

İşaretin, herhangi bir ürün üzerinde kullanılmadan önce sahip olduğu ayırt edicilik soyuttur. Ancak, herhangi bir mal veya hizmetlerde kullanılması durumunda

²¹ Tekinalp, **a.g.e.**, s.314

²² Hamdi Yasaman, **Marka Hukuku**, 556 Sayılı KHK Şerhi, C:I, İstanbul 2004. s. 60

²³ Marka tescilinde mutlak ret nedenleri

Madde 5/1: “Aşağıda belirtilen işaretler, marka olarak tescil edilmez:

...

b) Herhangi bir ayırt edici niteliğ e sahip olmayan işaretler.”

²⁴ Marka tescilinde nispi ret nedenleri

Madde 6/5: “Tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir markanın, Türkiye’de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği hallerde, aynı ya da benzer markanın tescil başvurusu, haklı bir sebebe dayanma hali saklı kalmak kaydıyla, başvurusunun aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde yapılmış olmasına bakılmaksızın önceki tarihli marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir”

²⁵ Hüseyin Ülgen vd., **Ticari İşletme Hukuku**, Oniki Levha, İstanbul 2015, 446 vd.

²⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, s.367

²⁷ Sevilay Eroğlu, **Soyut Renkler, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, Y.2003, s.131. dipnot 149

ayırt edicilik sağlıyor ise, somut ayırt edicilik özelliği bulunduğu ve tescil edilebileceği kabul edilmektedir²⁸.

Bazı işaretler, en başından itibaren ayırt edicilik özelliğine sahipken, bazıları da kullanım ile ayırt edicilik kazanır. Bir sözcük veya işaret ne denli sıradan ise marka olabilmesi, kullanımla ayırt edicilik kazanması da o kadar zor olacaktır²⁹.

1.3. Markanın İşlevi

1.3.1. Kaynak Belirtme İşlevi

Markanın işlevlerinden birisi, ait olduğu mal ya da hizmetin kaynağını (menşeyini) göstermesidir. Markanın, tarihsel süreç içerisinde ön plana çıkan işlevi, kaynak belirtme işlevi olmuştur³⁰. Markanın kaynak belirtme işlevi mal veya hizmetin hangi işletme tarafından üretildiğini ve piyasaya sürüldüğünü belirtir³¹. Bu sayede marka, bir malın üreticisinin kim olduğu hakkında kullanıcıya fikir verir.

Ancak, üretim ve pazarlama tekniklerinin gelişmesi ve buna paralel olarak lisansa dayalı üretim modelinin yaygınlaşması, ortak markaların kabul edilmesi markanın bu işlevini zayıflatmış, hatta tüketicilerin, çoğu zaman malların kimler tarafından üretildiğini öğrenme imkânları dahi kalmamıştır³².

1.3.2. Ayırt Etme İşlevi

Markanın tanımında, *bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşulu* yer aldığına göre,

²⁸ Beşir Fatih Doğan, **Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu**, FMR, Ankara, 2006, C. 3, S. 3, s. 18.

²⁹ İlhami Güneş, **Marka Tescilinde Kazanılmış Ayırt Edicilik Özelliği**, Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 15 (Ekim 2013), s. 329

³⁰ Arkan, **a.g.e.**, C.I, s.38,

³¹ Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku Dersleri I. Giriş – Ticari İşletme**, Ankara 1957. s.277; Arkan, **a.g.e.**, C.I, s.38

³² Arkan, **a.g.e.**, C.I, s.38,

ayırt etme işlevi, markanın olmazsa olmaz en temel işlevidir³³. Ayırt etme, bir marka için hem asli bir unsur hem de bir fonksiyondur³⁴.

Bir markanın temel iki unsurunun bulunduğunu, bunların işaret ve ayırt edicilik olduğunu ifade etmiştik. Bu iki unsura sahip bir markadan beklenen ait olduğu mal ya da hizmeti diğerlerinden ayırt etmesidir. Ayırt etme, bir marka için hem unsur hem de işlev olduğundan, bu konuda ayırt edicilik unsuru başlığında vermiş olduğumuz izah ile yetineceğiz.

1.3.3. Garanti Belirtme İşlevi

Genel tüketici beklentisi, bir malın ya da hizmetin kaliteli olması, mal ya da hizmetten umduğu faydayı kendisine sağlamasıdır. Bir marka, ürünlerin kaliteli olduğu konusunda tüketici nezdinde yeterli güveni oluşturmuşsa, tüketici aynı markanın diğer ürünlerinin de kaliteli olduğunu düşünür. İşte, tüketicideki bu güven duygusunun devamını sağlayan, markanın garanti etme işlevidir. Bu işlev sayesinde tüketici, memnun kaldığı bir ürün ya da hizmet için tekrar aynı markalı ürünleri almaya yönelmektedir. Ancak, markanın tüketici nezdinde oluşturduğu bu güven ve garanti, tamamen ekonomik olup, hukuki bir sonuç doğurmaz³⁵. Marka, ürün veya hizmetinde tüketicide aynı kalitenin korunduğu intibasını yaratıyorsa, garanti işlevini yerine getirmiş demektir³⁶.

1.3.4.Reklam işlevi

Markanın diğer bir işlevi de reklam işlevidir. Markanın toplumda bilinirliğinin artması ve müşteri kitlesinin genişlemesi, marka sahibi işletme açısından istenen ve hedeflenen bir durumdur. Bu şekilde marka, bir işletmenin ve o işletme tarafından sunulan mal ya da hizmetin daha fazla kişi tarafından tanınması ve

³³ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 347

³⁴ Lerzan Yılmaz, **Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri**, Beta, İstanbul 2008, s.53

³⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 378; Arkan, **a.g.e.**, C.I, s.39

³⁶ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 55

kullanılması açısından reklam işlevi görür. Ancak her marka için, bu işlev aynı derecede etkili değildir. İlaç markaları gibi bazı mal ve hizmetlerde, niteliği gereği markanın reklâm işlevi daha azdır³⁷.

Rekabetin arttığı, tüketici tercihlerin sürekli değiştiği, örtülü, hatta gizli reklamların kullanıldığı, işletmelerin tüketici ikna etmek için sosyal medya aracılığıyla sübliminal içeriklerle tüketicinin bilinçaltına hitap ettiği günümüz ekonomi piyasasında, markanın reklam işlevi giderek önemini artırmaktadır. Tüketicinin önüne, bir çok alternatif geldiğinde, sadece markasına bakarak ve daha önce kullandığı, bildiği ölçüde tercihini yapabilecektir³⁸.

1.4. Marka Türleri

1.4.1. Genel Olarak

Markaları birçok açıdan sınıflandırmak mümkündür. Genel olarak kabul edildiği şekliyle markalar, hak sahibine göre, amaçlarına göre, tescilli olup olmamalarına göre ve tanındığı çevreye göre ayrıma tabi tutulmuştur.

1.4.2. Hak Sahibine Göre Marka Türleri

1.4.2.1. Bireysel Markalar

Gerçek veya tüzel kişiler tarafından kullanılan markalara bireysel marka denir³⁹. Bireysel markalarda, marka üzerindeki hak markaya sahip olan gerçek veya tüzel kişi ya da kişilere aittir⁴⁰. Bireysel bir markanın, birden fazla kişi arasında iştirak ya da müşterek mülkiyete konu olması, markanın bireysel marka olma niteliğini değiştirmez. SMK madde 148'de sınai mülkiyet hakkının “miras yoluyla” intikal

³⁷ Selçuk Öztekin, **İlaç Markaları ve OHİM Kararları Arasındaki İlişki**, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Kültürü 1.Ulusal Sempozyumu, 17-18 Haziran 2005, İstanbul 2005, s.179.

³⁸ Ömer Camcı, **Marka Davaları**, Ufuk Matbaacılık, İstanbul 1999, s. 17

³⁹ Arkan, **a.g.e.**, C1, s.44

⁴⁰ Arslan Kaya, **Marka Hukuku**, İstanbul 2006, s. 54

edebileceği hükmü dikkate alındığında, marka sahibi gerçek kişinin ölümü ile marka, mirasçılarında arasında iştirak halinde mülkiyete konu olarak ancak bireysel marka olmaya devam edeceği açıktır.

Aynı şekilde, SMK madde 148/3’de “Sınai mülkiyet hakkının birden fazla sahibi olması durumunda” marka hakkının paylı mülkiyete konu olacağı, paydaşların önalım hakkına sahip olacağı ve bunun ne şekilde kullanılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, marka sahibinin bir kişi olması gerekmediği, miras yoluyla ya da rızaen birden fazla kişinin mülkiyetine konu olabileceğini göstermektedir. Her ne sebeple ve ne şekilde olursa olsun, birden fazla hak sahibi olması markayı, bireysel marka olmaktan çıkarmaz.

Hemen belirtmek gerekir ki; gerçek ya da tüzel birden fazla kişinin oluşturduğu adi ortaklıklar marka sahibi olamaz. Bu tür bir ortaklık tarafından işletilen işletmelerin, mal ve hizmetlerini ayırt etmek için kullanılan bireysel marka üzerinde, ortaklar iştirak halinde maliktirler⁴¹.

Aynı hâkimiyet altında bulunan işletmelerin mensup oldukları grubu ya da holdingi simgelemek için kullandıkları, holding ya da grup markası olarak adlandırılan markalar, ortak marka değildir⁴². Bu nedenle, holding markaları da bireysel marka niteliğindedir⁴³.

1.4.2.2. Garanti Markası

Garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir (SMK m. 31/1)⁴⁴. Buna göre garanti markası, bu

⁴¹ Arkan, **a.g.e.**, C1, s.44

⁴² Tekinalp, **a.g.e.**, s.343

⁴³ Arkan, **a.g.e.**, C1, s.46

⁴⁴ Bu tanım, 556 sayılı KHK’nın 54. Maddesinden aynen alınmıştır. Sabih Arkan’a göre bu tanım isabetli değildir. Çünkü garanti markasının işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini değil, üretilen mal ve hizmetlerin ortak niteliklerini, özelliklerini coğrafi menşelerini garanti eder. (bkz. Arkan, **a.g.e.**, C1, s.46 vd)

markayı kullanmaya yetkili işletmelerce üretilen mal ve hizmetlerin iddia edilen niteliklerini garanti etmeye yarar. Tanımda yer alan “işletmelerin ortak özelliklerini” ifadesi isabetli değildir. Çünkü garanti markası, markayı kullanan işletmelerin özelliklerini değil, o işletmeler tarafından üretilen mal ve hizmetlerin niteliklerini garanti eder⁴⁵.

Garanti markasının, marka sahibinin veya marka sahibine iktisaden bağlı olan işletmenin mal veya hizmetlerinde kullanılması yasaktır (SMK m. 31/2).

1.4.2.3. Ortak Marka

Ortak marka, üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işarettir (SMK m. 31/2). Ortak marka, gruptaki işletmelerin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarar (SMK m. 31/4).

Ortak markanın tescili için markanın kullanımına ilişkin usul ve esasları gösteren teknik şartnamenin başvuruyla birlikte sunulması zorunludur (SMK m. 32/1). Ortak marka teknik şartnamesi; ortak markayı kullanmaya yetkili işletmeler ile bu işletmelerin oluşturdukları topluluğa üyelik şartlarını, markanın kullanım şartları ve varsa müeyyideleri belirler. Ortak markanın tescili ve ortak marka hakkından vazgeçilmesi için gruba dâhil işletmelerin tümü birlikte hareket eder (SMK m. 32/3).

Ortak marka tescil başvurusunda markanın hangi mal veya hizmetlerde ne şekilde kullanılacağı, markanın kullanım şartlarının, markayı kullanmaya yetkili olan işletmelerin, bu işletmelerin oluşturduğu topluluğa üyelik şartlarının, varsa teknik şartnameye aykırı kullanma halinde uygulanacak yaptırımların belirtilmesi zorunludur (SMK Uygulama Yönetmeliği m. 8/9) .

SMK ve Uygulama Yönetmeliğindeki bu düzenlemeler, ortak markada belli bir birliğe üye olmayı gösterme işlevinin ön planda olduğunu göstermektedir⁴⁶.

⁴⁵ Cahit Suluk, Raif Karasu ve Temel Nal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Ankara 2017, s.172

⁴⁶ Arkan, **a.g.e.**, C1, s.45

Ortak markanın devir ve lisansa konu olması mümkündür⁴⁷. Ancak bu durumda, gruba dâhil işletmelerin tümünü birlikte hareket etmesi (SMK m.32/3) gereklidir. Ayrıca ortak markanın devri ya da ortak marka için lisans verilmesi, sicile kayıt halinde geçerlidir (SMK m. 148/7).

1.4.3. Amaçlarına Göre Marka Türleri

Marka, tanımında da yer aldığı üzere bir işletmenin mal veya hizmetinin başka işletmenin mal veya hizmetinden ayırt etmek üzere kullanılır. Buna göre markalar kullanım amacına göre ticaret (mal markası) ve hizmet markası olarak ikiye ayrılır.

1.4.3.1. Ticaret Markası

556 sayılı KHK'nın Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelikte⁴⁸ ticaret markası "bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları, başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işarettir" şeklinde tanımlanmıştı. Bu yönetmelik ilga edildikten sonra yerine çıkarılan 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulamasına Dair Yönetmelikte ticaret markasının herhangi bir tanımına yer verilmemiş; markanın, ortak markalar ve garanti markaları dâhil olmak üzere ticaret veya hizmet markalarını ifade ettiğini belirtmekle yetinilmiştir⁴⁹. Aynı şekilde yürürlükte bulunan SMK'da ve SMK'nın Uygulama Yönetmeliğinde ticaret markasının herhangi bir tanımı yer almamaktadır. Ticaret Markası, bir mal ile ilgili olan onun üstüne veya ambalajına konan markadır⁵⁰. Marka suçları açısından, bir markanın ticaret markası ya da hizmet markası olmasının herhangi bir farkı yoktur.

⁴⁷ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 58

⁴⁸ Yönetmelik 09.04.2005 tarih ve 25781 nolu RG ile ilga edilmiştir.

⁴⁹ Mülga 556 sayılı KHK'nın Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 4

⁵⁰ Takinalp, **a.g.e.**, s. 341

1.4.3.2.Hizmet Markası

Hizmet markası, bir teşebbüsün hizmetini diğer bir işletmenin hizmetinden ayıran işarettir⁵¹. Ancak marka hakkındaki ilk düzenlemeler ticaret markalarına yönelik olup, hizmet markalarını kapsamamaktaydı⁵². 551 sayılı Markalar kanununda yer almayan hizmet markasına 556 sayılı KHK’da yer verilmiştir.

Yürürlükte bulunan 6769 sayılı SMK’da ticaret ve hizmet markası ayırımına ilişkin olarak; “başvuruya konu mal veya hizmetler 12.7.1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşmasına⁵³ göre sınıflandırılır” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemeyle, amaçlarına göre markalar ticaret ve hizmet markaları olarak ayırma tabi tutulmakta ve Nis Anlaşmasına göre sınıflandırılmaktadır. Marka suçları açısından, bir markanın hizmet markası ya da ticaret markası olmasının herhangi bir farkı yoktur.

1.4.4.Tescilli Olup Olmamlarına Göre Marka Türleri

1.4.4.1.Tescilli Markalar

Bir markanın SMK’nın sağladığı korumadan yararlanabilmesi için tescilli olması gerekir. SMK m. 7/1’de marka korumasının tescil yoluyla elde edileceği düzenlenmiştir.

Başvurusu eksiksiz yapılmış veya eksiklikleri giderilmiş, 16 ncı madde uyarınca incelenmiş, yayımlanmış, hakkında itiraz yapılmamış veya yapılan itirazların tümü nihai olarak reddedilmiş ve tescil ücretinin ödendiğine ilişkin bilgi de dâhil olmak üzere eksik evrakı, süresi içinde Kuruma sunularak bütün aşamaları tamamlanmış bir başvuru tescil edilerek sicile kaydedilir ve bültende yayımlanır (SMK 22/1). Buna göre, kanun ve yönetmeliğe uygun olarak tescil edilmiş ve hükümsüzlüğüne karar verilmemiş

⁵¹ Takinalp, **a.g.e.**, s. 341

⁵² Arkan, **a.g.e.**, C1, s.44 ve dn 43.

⁵³ 12.7.1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulmuştur.

bir marka, kanunun sağladığı korumandan faydalanabilir. Markanın tescili, SMK uyarınca markaya sağlanan koruma açısından kurucudur⁵⁴.

1.4.4.2. Tescilsiz Markalar

Bir işaretin marka olabilmesi için tescil edilmiş olması şart değildir. Her ne kadar tescil, markanın SMK'nın sağladığı korumadan yararlanabilmesi için kurucu ise de, bir işaretin marka olabilmesi için tescil edilmiş olması gerekmez. Hatta SMK, tescilsiz marka sahibine, markanın korunmasını temin için bazı haklar tanımıştır. Örneğin; Başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir (SMK m. 6/3). Yine tescilsiz marka sahibi, şartları mevcut ise tescilli bir markanın hükümsüzlüğünü talep edebilir (SMK 25/1)

Tescilsiz marka sahibine tanınan bu haklar, hukuki koruma sağlamaktadır. Ceza normları açısından, SMK madde 30/5 maddesinde “Bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu durumda, tescilsiz bir marka sahibi SMK madde 6/3 ve 25/1 maddeleri gereği markasını hukuken koruyabilecekken, markası tescilli olmadığı için SMK madde 30/5 maddesi gereği markasını ceza normları ile koruyamayacaktır.

1.4.5. Tanındığı Çevreye Göre Marka Türleri

1.4.5.1. Alelade (Tanınmamış) Markalar

SMK'daki düzenlenmeler genel olarak alelade (tanınmamış) markalar içindir. Tanınmış olsun ya da olmasın, tüm markalar kanunun sağladığı cezai korumadan yararlanır.

⁵⁴ Yasaman, a.g.e., s.34

1.4.5.2. Tanınmış Markalar

Kanunda, tanınmış marka için herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Bunun nedeni olarak, tanınmış markanın kriterlerinin kanunda belirlemek yerine doktrin ve yargı kararlarına bırakılmak istenmesi gösterilmektedir⁵⁵.

Tanınmış marka kanunun sağladığı bu korumaya ilave olarak tescil edildiği ülke ya da ülke dışından ilgili çevrelerde bilinen ve bu bilinirliği ilgili çevreleri de aşan, zamanla tescil edildiği mal ya da hizmeti ayırt etme yanında başlı başına kalite ve reklam aracı haline gelen markadır⁵⁶. İşte bu nedenle kanun, alelade markalara sağladığı korumaya ek olarak, tanınmış markalar ayrıca koruma sağlamaktadır.

Bu bağlamda, SMK 6/4 maddesinde “*Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesi bağlamındaki tanınmış markalar ile aynı veya benzer nitelikteki marka başvuruları, aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedilir.*” hükmü yer almaktadır. Buna göre, tanınmış markalar için nispi ret nedeni düzenlenmiş ve ilave bir koruma sağlanmıştır.

Mülga 556 sayılı KHK’nın 7/1-1 maddesinde Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesine⁵⁷ göre tanınmış markaların sahibi tarafından izin verilmedikçe tescil edilemeyeceği hükmü yer almaktaydı. Ancak bu KHK’nın 7/1-1 maddesi Anayasa Mahkemesinin 27.05.2017 tarih ve 2015/33 Esas, 2015/50 Karar sayılı ilamı⁵⁸ ile iptal edilmiştir. Bu doğrultuda, SMK’da tanınmış markalar için mutlak red nedenine yer verilmemiş, sadece 6/4. Maddesinde nispi red nedeni düzenlenmiştir. Bu durumda, tanınmış marka sahibi, kendi markası ile aynı veya benzer nitelikteki marka başvurularına, aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından itiraz edebilecektir.

⁵⁵ Arkan, a.g.e., C. I, s. 105

⁵⁶ Ülgen, a.g.e., s. 454

⁵⁷ Paris Sözleşmesi 1. mükerrer 6. maddesi: “Birlik ülkeleri tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından, söz konusu ülkede bu Anlaşma’ dan yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu aynı veya benzeri ürünlerde kullanıldığı herkesçe bilindiği mütalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidini veya tercümesini yapan bir fabrika veya ticaret markasının tescilini gerek Ülke mevzuatı müsait olduğu takdirde doğrudan doğruya, gerekse ilgilinin isteği üzerine red veya hükümsüz kılmayı taahhüt ederler” (Arkan, a.g.e., C I, s. 91 – 92)

⁵⁸ RG 02.06.2015, 29374

Marka tescil edilmiş ise, SMK 25/1 maddesi gereği tanınmış marka sahibinin hükümsüzlük davası açma hakkı mevcuttur.

Kanunun tanınmış markalara, alelade markalara tanıdığına ek olarak tanınmış olduğu bu koruma, tamamen hukuki anlamda bir korumadır. Çalışmamızın temelini oluşturan ve SMK 30. Maddesinde düzenlenmiş olan cezai koruma açısından tanınmış markalara ilişkin farklı bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle, bir markanın alelade (tanınmamış) ya da tanınmış olmasının ceza normları karşısında herhangi bir farkı yoktur.

2. Marka Hakkı

2.1. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Hak, hukuken korunan ve ayrıca sahibine bu korumadan yararlanma konusunda yetki tanınan menfaat⁵⁹ olarak tanımlanmakta ve değişik açılardan, farklı şekillerde sınıflandırılmaktadır. Etki alanına göre, herkese karşı ileri sürülüp sürülememesine göre, mutlak haklar ve nisbî haklar olmak üzere ikiye ayrılır. Marka üzerindeki hak, bu bakımdan herkese karşı ileri sürülebilir olduğundan mutlak haklardandır.

Mutlak haklar da, şahıs ve mal varlığı üzerindeki mutlak haklar olmak üzere ikiye ayrılır. Bu bakımdan, marka hakkı mal varlığı üzerindeki mutlak haklardandır. Ancak, mal varlığı, maddi yani fiziki olarak elle tutulur gözle görünür olabileceği gibi, maddi olmayan, elle tutulamayan bir mal varlığı da olabilir. Marka, her ne kadar fiziki bir ürün, ambalaj, tabela üzerine konulmakta ise de müstakil olarak varlığı mevcut değildir. Bu bakımdan marka üzerindeki hak, gayri maddi mal varlığı üzerindeki mutlak haklardandır⁶⁰. Marka hakkının, maddi varlığı bulunmadığından, eşya üzerindeki mülkiyete benzer biçimde zilyetliğe konu olamaz⁶¹. Marka hakkı, sahibine tekel niteliğinde mutlak yetkiler verir. Bu hak, herkese karşı ileri sürülebilir⁶².

⁵⁹ M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 15.Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s.121

⁶⁰ Yasaman, **a.g.e.**, s. 176

⁶¹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 355

⁶² Suluk, Karasu ve Nal, **a.g.e.**, s.3

Marka hakkı, geniş anlamda fikri ve sınai haklar hukukunun konusunu oluşturur ve sınai haklar grubu içerisinde yer alır⁶³. Sınai haklardan olması nedeniyle, yaratma ile ortaya çıkmaz. Bir işaretin seçilip kullanılması ile ya da tescil edilmesiyle marka hakkı ortaya çıkar⁶⁴.

Marka hakkının, fikri haklardan olmasını yanında maddi bir değerinin de olması nedeniyle, mevzuatımızda birçok hukuki işleme konu olabileceği yönünde yasal düzenlemeler yapılmıştır. SMK 148/1 maddesine göre sınai mülkiyet hakkı devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, lisans konusu olabilir, rehin verilebilir, teminat olarak gösterilebilir, haczedilebilir veya diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Yine Türk Ticaret Kanununa (TTK) göre marka hakkı, üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmama kaydıyla şirket kuruluşunda aynı sermaye olarak konulabilir⁶⁵.

Bugün, miras hukukundan ticarete, tüketiciden ceza hukukuna kadar, hukukun birçok alanında malvarlığına ilişkin mutlak bir hak olarak kabul edilen, özel sicile tescil edilebilen, sözleşmelere konu olan marka hakkı, öncelikle sahibine inhisari bir kullanma yetkisi sağlar. Bu yetki SMK madde 7/2. Maddesinde “Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir” şeklinde düzenlenmiştir. Bir markayı sadece marka sahibi ya da marka sahibinin izin verdiği üçüncü kişiler kullanabilir. Aynı şekilde, marka hakkı sahibi, izin vermediği üçüncü şahısların bazı fiillerinin önlenmesini talep etme hakkı vardır⁶⁶.

⁶³ Ülgen, a.g.e., s.447

⁶⁴ Yasaman, a.g.e, s. 175

⁶⁵ Türk Ticaret Kanunu 342/1: Sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir.

⁶⁶ SMK madde 7/2 gereği Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması halinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkı vardır:

a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması.

b) 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.

c) Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması.

Bu hak, tescilli olsun ya da olmasın bir işaretin marka olarak seçilmesi ve kullanılmaya başlaması ile birlikte doğar. Bu yönüyle marka hakkı, diğer fikri ve sınai haklar gibi, insan fikrinin bir ürünüdür. Her ne kadar, bir mal ve ya hizmetin piyasaya sürülmesi sırasında herhangi bir ürün ya da emtianın üzerinde fiziken kullanılıyor olsa da, marka hakkı gayri maddi malvarlığı hakkıdır. Markanın fiziki bir eşya üzerinde kullanılması onun, gayri maddi bir hak olması özelliğini etkilemez.

2.2. Marka Hakkının Kazanılması

Mutlak bir hak olan ve bu niteliği gereği herkese karşı ileri sürülebilen marka hakkının ne zaman kazanıldığı önemlidir. Bu; özellikle marka hakkının ihlali ve tecavüzü durumunda, marka hakkının hukuken korunabilir olup olmadığının tespiti açısından daha da artmaktadır.

Marka hakkının kazanılması ile ilgili iki tür sistem mevcuttur. Bunlar; ilk kullanma sistemi ve tescil sistemidir.

İlk kullanma sisteminde, marka üzerindeki mutlak hak, yenilik içermesi zorunlu olmayan bir düşünsel tercihe bağlı olarak bir işaretin ihdası ve kullanılması suretiyle meydana gelir⁶⁷. Bunun için, marka sahibinin tescilden önce bir işareti marka olarak kullanması ve ona ayırt edici nitelik kazandırması gerekir⁶⁸. Bu sistemi kabul eden ülkelere örnek olarak Amerika gösterilebilir.

Tescil sisteminde ise, marka üzerindeki hak, bir işaretin marka olarak seçilip tescil edilmesi ve tescil edilen bu işaretin marka hukukuna özgü şekilde kullanılması ile kazanılır⁶⁹. Bir markayı tescil ettiren kimse, marka hakkına sahip olur. Bu marka hakkının sahibine de marka sahibi denir. Marka hakkı, tescille aslen ve miras veya başka bir hukuki işlemle devren kazanılır⁷⁰.

⁶⁷ Ülgen, **a.g.e.**, s. 450

⁶⁸ Yasaman, **a.g.e.**, C.1, s.181

⁶⁹ Yasaman, **a.g.e.**, C.1, s.181

⁷⁰ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 381

Türk Hukukunda ise, SMK m. 7/1 maddesinde “bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir” düzenlemesi yer almaktadır. Yine SMK’nın 7/4. maddesinde markanın sahibine sağladığı hakların, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade edeceği belirtilmiştir. İlk bakışta bu düzenlemelerden, SMK’da marka üzerindeki hakkın doğumunda “tescil ilkesinin” benimsendiğini anlaşılabilir. Ancak, tescil ilkesinin bazı istisnaları mevcuttur.

SMK 7/1. Maddesindeki düzenleme, 556 sayılı KHK’da da aynen mevcuttu. Bu nedenle, SMK’da marka hakkının kazanılması ile ilgili herhangi bir sistem değişikliğinden bahsetmek mümkün değildir. 556 sayılı KHK dan önceki düzenleme olan 551 sayılı Markalar Kanununda da tescil sistemini öngören benzer düzenleme bulunmaktaydı. Tekinalp, 551 sayılı Markalar Kanununda gerçek sahiplik ilkesinin yer aldığı, 556 Sayılı KHK nın bunu değiştirdiği ve mutlak anlamda tescil sistemini benimsediği görüşündedir⁷¹. Bu görüş, haklı olarak eleştirilmiştir⁷².

551 sayılı Markalar Kanununun 3. Maddesinde “bu kanundaki haklardan faydalanabilmek için markanın Sanayi Bakanlığınca tescil edilmiş olması şarttır” hükmü yer almaktaydı. Yine aynı kanununun 15. Maddesinde “Bir markayı ilk defa tescil ettiren kimse o markanın hakiki sahibi sayılır” hükmü vardı. Her iki hüküm, değişik ifadelerle de olsa hem 556 sayılı KHK’da hem de 6769 sayılı SMK’da muhafaza edilmiştir.

Ancak, SMK 6/3. Maddesinde “*başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm nispi red nedenlerini düzenleyen 6. Maddede yer almakta ve marka hakkının kullanım ile elde edilebileceğini düzenlemektedir. Marka hakkının kazanılmasında, tescil sisteminin istisnasını düzenleyen bu hükümden

⁷¹ Tekinalp, a.g.e., s. 382

⁷² Yasaman, a.g.e., C.1, s.181

hareketle, marka hakkının seçme ve kullanma ile oluşacağı esasının da göz ardı edilmediği, bu nedenle karma bir sisteme yer verildiğini söylemek mümkündür⁷³.

2.3. Markanın Tescili ve Tescilin Sonuçları

SMK madde 7’de, kanun kapsamında sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edileceği düzenlenmiştir. Ayrıca çalışmamızın temelini teşkil eden, marka hakkının ceza normları ile korunmasını düzenleyen SMK 30/5. Maddesinde, “*bu maddede (30/1,2,3 f) yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olmasının şarttır*” hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeler karşısında, teknik olarak marka tescili ve bu tescilin sonuçları, marka suçları açısından önem taşımaktadır.

Marka başvurusunu SMK madde 3 ve SMK Uygulama Yönetmeliğinin 4/1 maddesi gereği;

- i) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları,
- ii) Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler,
- iii) Paris Sözleşmesi veya 15.4.1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişiler,
- iv) iv) Karşılıklılık ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyruğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyruğundaki kişiler yapabilir

Başvuru Türk Patent ve Marka Kurumuna, gerekli bilgiler ile birlikte yapılır (SMKUY m. 5). Yapılan marka tescil başvurusu kurum tarafından SMK Uygulama Yönetmeliğinin 4.5 ve 6. Maddeleri açısından şekli olarak inceler. Başvuru şartları eksiksiz şekilde yerine getirilmiş ve SMK 15 inci ve 16 ncı madde hükümlerine göre

⁷³ Ülgen, a.g.e., s. 451

reddedilmemiş bir marka başvurusu, periyodik olarak yayımlanan bültende yayımlanır (SMK m. 16, SMKUY m. 11).

Bültende yayımlanmış bir marka başvurusunun, SMK 5. Maddesindeki mutlak red nedenleri veya 6. Maddesindeki nispi red nedenleri gereği tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar ilgili kişiler tarafından marka başvurusunun yayımından itibaren iki ay içinde yapılır (SMK m. 18).

Başvurusu eksiksiz yapılmış veya eksiklikleri giderilmiş, 16 ncı madde uyarınca incelenmiş, yayımlanmış, hakkında itiraz yapılmamış veya yapılan itirazların tümü nihai olarak reddedilmiş ve tescil ücretinin ödendiğine ilişkin bilgi de dâhil olmak üzere eksik evrakı, süresi içinde Kuruma sunularak bütün aşamaları tamamlanmış bir başvuru tescil edilerek sicile kaydedilir ve bültende yayımlanır.

Marka sicili alenidir. Talep edilmesi ve ücretinin ödenmesi şartıyla sicil örneği verilir(SMK m.22). Tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre, onar yıllık dönemler halinde yenilenir (SMK m.23).

Bu şekilde marka tescil süreci tamamlanmış olur. Bu tecil kurucu etkiye sahiptir ve birtakım hukuki sonuçları vardır⁷⁴. Bunlar;

- Marka üzerindeki mutlak hak tescil ile şartsız ve tam olarak kullanılabilir hale gelir ve sahibi tarafından kazanılır. Bu şekilde tescil, markanın sahibini de belirler. Marka adına tescil edilen kişi, marka iptal edilmedikçe ya da hükümsüzlük davası neticesinde yargı kararı ile hükümsüz hale gelmedikçe markanın sahibi sayılır⁷⁵.
- SMK ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir (SMK m.7). Ayrıca tescil, ilk defa seçilen ve tescil edilen bir marka için hak sahipliği ve SMK ile sağlanan koruma bakımından kurucu etkiye sahiptir. Ancak başvuru daha önce seçilen ve kullanılan markayı konu ediniyorsa tescil açıklayıcı bir etkiye sahiptir⁷⁶.

⁷⁴ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 397

⁷⁵ Ülgen, **a.g.e.**, s. 481

⁷⁶ Ülgen, **a.g.e.**, s. 482

- Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Ancak marka başvurusunun Bültende yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması halinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayımlanmasından önce karar veremez(SMK m 7/4). Bu düzenlemeye göre, marka sahibi tescil başvurusundan sonra fakat henüz marka tescil edilmeden önce, marka hakkını yapmış olduğu başvuruya istinaden tazminat davası açarak koruma talep edebilecektir. Ancak bu durumda mahkeme, tescilin yayımlanmasından önce karar veremez.

2.4. Marka Hakkının Sona Ermesi

SMK'nın marka hakkı sahibine sağladığı hukuki korumanın tescil yoluyla elde edileceğini, aynı şekilde SMK madde 30'da yer alan suçlardan dolayı suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye'de tescilli olmasının şart olduğunu ifade etmiştik. Hem hukuki hem de ceza anlamında bir markanın SMK kapsamında korunabilmesi için, markanın tescilli olması ve marka hakkının sona ermemiş olması gerekir. Bu nedenle, marka hakkının korumaya layık olup olmadığının tespiti açısından, sona ermemiş olması gerekir. Marka hakkı, koruma süresinin dolmasına rağmen yenilenmemesi, marka hakkı sahibinin vazgeçmesi, markanın iptali ve kendisine hükümsüzlük davası açma hakkı sağlanan üçüncü kişilerin açtığı dava sonunda mahkeme kararı ile sona erer.

2.4.1. Markanın Yenilenmemesi

Tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre, onar yıllık dönemler halinde yenilenir (SMK m. 23/1).

Yenileme talebinin marka sahibi tarafından koruma süresinin sona erdiği tarihten önceki altı ay içinde yapılması ve aynı süre içinde yenileme ücretinin ödendiğine ilişkin bilginin Kuruma sunulması gerekir. Bu süre içinde talebin yapılmaması veya yenileme ücretinin ödendiğine ilişkin bilginin Kuruma sunulmaması

halinde, yenileme talebi, koruma süresinin sona erdiği tarihten itibaren altı aylık süre içinde ek ücretin ödenmesi şartıyla da yapılabilir (SMK m. 23/2).

Mülga 556 sayılı KHK 41/5 maddesinde koruma süresinin bitiminden itibaren altı aylık süre içerisinde yenilenmeyen markalar hükümsüz sayılacağı düzenlemesi mevcuttu. Ancak bu hüküm, SMK'da yer almamaktadır. Bunun bilinçli bir tercih olmadığı kanaatindeyiz.

Kanunda belirtilen on yıllık süre sonunda, yenilenmeyen marka, hükümsüz sayılır ve marka hakkı sona erer. Marka hakkının sona ermesi, sürenin dolmasında itibaren ileriye yönelik olarak hüküm ifade eder (SMK m. 28/2). Marka hakkının sona ermesi ile birlikte marka ile markanın sahibi görünen kişi arasındaki bağ kopar ve bu kişi markayı kullanmaya devam etmediği müddetçe kendi lehine korumaya yönelik bir talepte bulunamaz⁷⁷.

Ancak, SMK 6/8. Maddesinde koruma süresi dolmuş ve yenilenmemiş bir markanın sahibine yine de itiraz hakkı tanınmıştır. Bu itiraz hakkı iki yıl süre ile sınırlıdır. SMK 6/8. Maddesine göre, tescilli markanın yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren iki yıl içinde yapılan, bu markayla (koruma süresi sona eren) aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri içeren marka başvurusu, önceki marka sahibinin itirazı üzerine bu iki yıllık süre içinde markanın kullanılmış olması şartıyla reddedilir. Bu itiraz hakkı, marka üzerinde kullanma suretiyle hak kazanan, ancak tescil işlemini yenilemeyerek SMK hükümlerinin sağladığı korumadan mahrum kalan marka sahibinin öncelik hakkına dayanmaktadır⁷⁸.

2.4.2. Marka Hakkı Sahibinin Vazgeçmesi

Marka hakkını sona erdiren nedenlerden biri de marka hakkı sahibinin marka hakkından vazgeçmesidir. Vazgeçme, marka sahibinin, henüz kullanma süresi dolmadan, marka hakkını kendi rızası ile terk etmesi, markayı herkesin kullanımına

⁷⁷ Ülgen, **a.g.e.**, s. 510

⁷⁸ Yasaman, **a.g.e.**, C.2, s.844

bırakması demektir⁷⁹. Marka sahibi, markanın tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin tamamından veya bir kısmından vazgeçebilir. Eğer vazgeçme kısmen yapılmış ise, markanın tescilli olduğu diğer mal ve hizmetler yönünden marka hakkı devam eder.

Vazgeçme yazılı olarak Kuruma bildirilir ve vazgeçme nedeniyle marka hakkının sona erdiği Bültende yayımlanır. Vazgeçme, sicile kayıt tarihi itibarıyla hüküm doğurur (SMK 28/3). Marka hakkından vazgeçmek, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu hakkın kullanılması ile birlikte, marka sahibinin markası üzerindeki mutlak hakkı nihayete erecek, ve bu hakkın kendisine sağladığı yetkileri kullanamayacaktır.

Sicile kaydedilmiş hak ve lisans sahiplerinin izni olmadıkça marka sahibi marka hakkından vazgeçemez. Marka üzerinde, üçüncü kişi tarafından hak sahipliği iddia edilmiş ve bu hususta alınan tedbir kararı sicile kaydedilmişse, bu kişinin izni olmadıkça, markadan doğan haklardan vazgeçilemez (SMK 28/4). Marka sahibinin borcu nedeniyle alacaklı marka üzerine haciz koydurmuş, marka teminat olarak gösterilmiş ya da üzerine rehin hakkı tesis edilmiş olabilir. Bu durumda, menfaati olan ilgili kişilerin izni olmadan, marka hakkından vazgeçmek mümkün değildir.

Eski sahibinin, vazgeçtiği markasını kullanmasına herhangi bir engel yoktur. Bu nedenle marka, yenileneme süresi dolmuş ancak yenilenmemiş markaya benzer⁸⁰.

2.4.3 Markanın Hükümsüzlüğü

Marka hakkını sora erdiren nedenlerden biri de markanın hükümsüzlüğüdür. Markanın hükümsüzlüğü, SMK'da öngörülen sebeplerin varlığı halinde, mahkeme kararıyla, koruma süresi dolmadan marka sicilinden silinmesidir⁸¹.

⁷⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 489

⁸⁰ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 489

⁸¹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 472,

Markanın hükümsüzlüğü, SMK'nın "Hükümsüzlük halleri ve hükümsüzlük talebi" kenar başlıklı 25. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, SMK'nın 5 inci veya 6 ncı maddelerinde sayılan hallerden birinin mevcut olması halinde mahkeme tarafından markanın hükümsüzlüğüne karar verilir. Diğer bir ifade ile, mutlak red nedenlerinin (SMK m.5) ya da nispi red nedenlerinin (SMK m.6) varlığı tescilli bir markanın hükümsüzlüğü nedenidir. Gerçekten, bir marka başvurusu SMK m. 5'te belirtilen mutlak red nedenlerine rağmen tescil edilmiş olabilir. Ya da, bir marka başvurusuna SMK 6'da belirlenen nedenlerle itiraz edilmiş, bu itirazın kabul görmemesi üzerine marka tescil edilmiş olabilir. İşte, bu gibi durumlar için kanun, ilgili kişilere markanın hükümsüzlüğü için dava açma hakkı tanımıştır.

Ancak, SMK 5. Maddedeki sebeplerin var olmasına rağmen, marka ayırt edicilik kazanmışsa hükümsüzlük kararı verilemez. Gerçekten SMK 25/4. Maddesinde, bir marka, SMK 5 inci maddenin birinci fıkrasının (b)⁸², (c)⁸³ ve (d)⁸⁴ bentlerine aykırı olarak tescil edilmiş olup da kullanım sonucunda tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından hükümsüzlük talebinden önce ayırt edici nitelik kazanmışsa hükümsüz kılınamaz hükmü yer almaktadır. Bu hükümlerle, normalde mutlak red nedenlerinden ötürü reddedilmesi gereken bir marka başvurusu Kurum tarafından tescil edilmiş ve marka sahibi tarafından da markaya ayırt edicilik kazandırılmışsa, bu markanın korunması sağlanmıştır.

Markanın hükümsüzlüğünü menfaati olanlar, Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları markanın hükümsüzlüğünü mahkemeden isteyebilir (SMK m. 25/2) .

Marka hükümsüzlük davası, dava tarihinde sicilde marka sahibi olarak kayıtlı kişilere veya hukuki haleflerine karşı açılır. Markanın hükümsüzlüğü davalarında Kurum taraf gösterilmez (SMK m. 25/3).

⁸² SMK 5/1-b): Herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler.

⁸³ SMK 5/1-c): Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler

⁸⁴ SMK 5/1-d)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

Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde bu karar marka başvuru tarihinden itibaren etkili olup, markaya bu Kanunla sağlanan koruma hiç doğmamış sayılır (SMK m. 27/1). Yani hükümsüzlük kararı geçmişe etkilidir.

Ancak hükümsüzlük kararının geriye dönük etkisi;

i) karardan önce, markanın sağladığı haklara tecavüz nedeniyle açılan davada verilen kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar ile,

ii) karardan önce kurulmuş ve uygulanmış sözleşmeleri etkilemez.

Yani, hükümsüz kılınan markanın sahibi, markası henüz hükümsüz kılınmadan önce tescilli marka hakkına dayalı olarak bir dava açmış, bu davadan verilen karar kesinleşmiş ve uygulanmışsa, bu ilam hükümsüzlük kararından etkilenmez. Aynı şekilde, henüz hükümsüz kılınmadan önce bir marka hakkı sahibi, lisans sözleşmesi imzalamış ve uygulanmışsa, daha sonra verilen hükümsüzlük kararından etkilenmez. Ancak, bu kapsamdaki sözleşmeler uyarınca ödenmiş bedelin, hakkaniyet gereği kısmen ya da tamamen iadesi istenebilir (SMK 27/4).

Kanunda belirtilen bu iki istisnanın bir istisnası yer almaktadır. Yukarıda belirtilen iki durumun varlığında kural olarak hükümsüzlük geriye etki etmez. Ancak, Marka sahibinin ağır ihmali veya kötü niyetli olarak hareket etmesi nedeniyle zarar görenlerin tazminat talepleri saklıdır.

Markanın hükümsüzlüğüne ilişkin kesinleşmiş kararlar, herkese karşı hüküm doğurur. Hükümsüzlük kararının kesinleşmesinden sonra mahkeme, bu kararı Türk Marka ve Patent Kuruma re'sen gönderir. Hükümsüzlük kararının kesinleşmesinden sonra marka sicilden terkin edilir ve durum bültende yayımlanır.

2.4.4. Markanın İptali

Marka hakkını sona erdiren nedenlerden biri de “markanın iptali”dir. Markanın iptali, SMK'nın “İptal halleri ve iptal talebi” kenar başlıklı 26. Maddesinde düzenlenmiştir. SMK 26. Maddesine göre, aşağıdaki hallerde talep üzerine Kurum tarafından markanın iptaline karar verilir:

“a) 9 uncu maddenin birinci fıkrasında⁸⁵ belirtilen hallerin mevcut olması.

b) Marka sahibinin fiillerinin veya gerekli önlemleri almamasının sonucu olarak markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad haline gelmesi.

c) Marka sahibi tarafından veya marka sahibinin izniyle gerçekleştirilen kullanım sonucunda markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetlerin özellikle niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltması.

ç) 32 nci maddeye aykırı kullanımın olması.”

556 sayılı KHK’da “markanın iptali” kurumu yer almamaktaydı. 556 sayılı KHK’da markanın *hükümsüzlüğü* (KHK m.42,43,44) kavramı yanında, *iptal* ve *iptal davası* (KHK m.14/1, m.42/1-a) kavramları da kullanılmıştır. Burada, hükümsüzlük ve iptal aynı anlamı ifade etmekteydi. Tekinalp’e göre hükümsüzlük yanında “ iptal” ve iptal davası” kavramlarına da yer verilmesi özensizliktir⁸⁶.

Ancak SMK, “markanın iptali”ni, hükümsüzlükten ayrı olarak düzenlemiştir. Buna göre, markanın iptali, markanın hükümsüzlüğünden birçok konuda farklılık arz etmektedir.

Öncelikle; markanın hükümsüzlüğüne mahkemeler karar verirken markanın iptaline Kurum (Türk Marka ve Patent Kurumu) karar verir.

Hükümsüzlük sebepleri ile iptal sebepleri birbirinden farklıdır. Genel olarak şöyle söylemek mümkündür; hükümsüzlük sebepleri markanın tescil aşamasında da var olan sebeplerdir, iptal sebepleri ise tescil aşamasında mevcut olmayan ancak daha sonra ortaya çıkan sebeplerdir.

⁸⁵ SMK m. 9/1 : 9 - (1) 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.

⁸⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 473

Markanın hükümsüzlüğünü menfaati olanlar, Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları isteyebilirken, 26/2. maddede markanın iptalini sadece “ilgili kişiler” in isteyebileceği düzenlenmiştir. Marka iptal talepleri, talep tarihinde sicilde marka sahibi olarak kayıtlı kişilere veya hukuki haleflerine karşı ileri sürülür.

Markanın, beş yıllık sürenin dolması ile iptal talebinin Kuruma sunulduğu tarih arasında tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından ciddi biçimde kullanılmış olması halinde, birinci fıkranın (a) bendine (beş yıl kullanmamaya) ilişkin iptal talepleri reddedilir. İptal talebinde bulunulacağı düşünülerek kullanım gerçekleşmişse talebin Kuruma sunulmasından önceki üç ay içinde gerçekleşen kullanım dikkate alınmaz.

İptal halleri, markanın tescil edildiği bir kısım mal veya hizmete ilişkin bulunuyorsa, sadece o mal veya hizmet yönünden kısmi iptale karar verilir. Marka örneğini değiştirecek biçimde iptal kararı verilemez.

İptal incelemesi sırasında hak sahibinin değişmesi halinde, sicilde hak sahibi olarak görünen kişiye karşı işlemlere devam edilir.

İptal talepleri, iptali istenen markanın sahibine tebliğ edilir. Marka sahibi bir ay içinde talebe ilişkin delillerini ve cevaplarını Kuruma sunar. Söz konusu bir aylık süre içinde talep edilmesi halinde Kurum bir aya kadar ek süre verir. Kurum gerekli gördüğü takdirde ek bilgi ve belge sunulmasını isteyebilir. Kurum, iddia ve savunmalar ile sunulan deliller çerçevesinde dosya üzerinden kararını verir.

Markanın iptaline ilişkin kesinleşmiş kararlar, herkese karşı hüküm doğurur. İptal kararının kesinleşmesinden sonra marka sicilden terkin edilir ve durum bültende yayımlanır (SMK m.27).

Ancak, SMK'nın “İptal halleri ve iptal talebi” kenar başlıklı 26. Maddesi hemen yürürlüğe girmemiş, yürürlük maddesi olan 192 /1-a maddesi gereği kanunun yayımı tarihinden itibaren yedi yıl, yani 10.01.2024 tarihine ertelenmiştir. Bu süre zarfında, yani 26. Madde yürürlüğe girinceye kadar, iptal yetkisi, bu maddedeki maddedeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından kullanılır (SMK Geçici m.4).

Bu madde yürürlüğe girdiği tarihte mahkemeler tarafından görölmekte olan iptal davaları mahkemeler tarafından sonuçlandırılır. Ancak 26. madde yürürlüğe girdikten sonra, iptal talepleri Kuruma yapılacak ve yine kurum tarafından karara bağlanacaktır.

Geçiş döneminde, iptal yetkisini kullanan mahkemelerin bu madde hükmüne göre vermiş olduğu kararlar kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından Kuruma resen gönderilir (SMK Geçici m.4/3).



İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HAKKININ KORUNMASI

1.Genel Olarak Marka Hakkının Korunması

Marka hakkı, mutlak hak olması nedeniyle sahibine bir takım haklar bahşeder. Marka hakkı sahibi, SMK madde 23'te koruma süresinin başvuru tarihinden itibaren başlayacağı düzenlendiğinden, markasının tescili ile birlikte kanunun kendisine sağladığı korumadan yararlanma hakkını geriye yönelik olarak kazanır. Markanın sona erme sebeplerinden birini gerçekleşmesi ile de, marka üzerindeki koruma kalkar. Özetle, tescilli marka hakkının korunması kural olarak, marka başvuru tarihi ile marka hakkının sora erdiği tarih arasındaki dönemi kapsar.

Marka hakkının, sahibine sağladığı hak ve yetkiler bakımından olumlu ve olumsuz iki yönü vardır⁸⁷. Olumlu yönü, marka ile ilgili olarak borçlandırıcı ve tasarrufi işlemlerde bulunma ya da bizzat kendisinin kullanmasıdır⁸⁸. Olumsuz yönü ise, üçüncü şahısların izinsiz kullanmalarına engel olmak şeklinde kendisini gösterir. Marka hakkının korunması için hukuki ve cezai koruma olmak üzere iki tür korumadan bahsedilir.

Hukuki koruma; marka hakkı sahibine markasının korunması için başka markaların tescil taleplerine itiraz hakkı yanında, marka hakkının ihlali halinde üçüncü şahıslara karşı sahip olduğu dava hakkını da ifade eder. Gerçekten, tescilli marka hakkı sahibi bültende yayımlanmış bir marka başvurusuna, SMK 5. veya 6. maddelere göre tescil edilmemesi gerektiği iddiasıyla itiraz edebilir. Yine bu kapsamda SMK 7/2. Maddesinde marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması halinde bazı fiillerin⁸⁹ önlenmesini talep etme hakkı olduğu belirtilmiştir.

⁸⁷ Ülgen, a.g.e., 448

⁸⁸ Ülgen, a.g.e., 448

⁸⁹ a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması.

Ayrıca marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi mahkemeden;

a) Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti.

b) Muhtemel tecavüzün önlenmesi,

c) Tecavüz fiillerinin durdurulması,

ç) Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini,

d) Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulması,

e) (d) bendi uyarınca elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması,

f) Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre elkonulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası,

g) Haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması halinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesini isteyebilir (SMK 149/1).

2.Cezai Koruma

Marka hakkı, her ne kadar şahsi ve mutlak bir hak ise de, etki alanı bakımından toplumun birçok kesimini yakından ilgilendirmektedir. Bir markanın sosyal kesim açısından ele alındığında iki veçhesi vardır. Birincisi, marka sahibidir. Günümüzde küreselleşmeye paralel olarak üretim ve pazarlama tekniklerinin ve imkânlarının gelişmesi ekonomik rekabetin de artmasına neden olmuştur. Dışa kapalı ekonomik sistemlerin neredeyse kalmaması, tüm dünyayı ortak bir pazar haline

b) 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 dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.

c) Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması.

getirmiştir. Özellikle son 30 yılda, çok uluslu şirketlerin ve markaların sayısı artmıştır ve giderek artmaya devam etmektedir. Bu şirketler dünyanın birçok yerinde hem üretim yapmakta hem de markalı ürünlerini satmaktadır. Bunun yanında, markaların bilinirliği sadece satış ve pazarlama kanalları yanında gelişen ve çeşitlenen iletişim kanalları ile de sağlanmaktadır.

Diğer yönü ise, tüketicidir. Genel tüketici eğilimi, kaliteyi ucuza almaktır. Tüketicideki bu psikolojik eğilim, kötü niyetli üreticilerin istismarına her zaman açıktır. Kaliteli olduğu bilinen bir markanın taklit edilerek satışa sunulması bu istismarın en basit örneğidir.

İşte, bugün değeri ve önemi her geçen gün artan markanın korunması, marka hakkı sahibinin menfaatinidir. Ancak, bir marka hakkının ihlali, sadece marka hakkı sahibini değil aynı zamanda, bu ürünün muhtemel tüketicisi olan kamunun da menfaatini zedelemektedir. Bu nedenle, sadece marka sahibine hukuki koruma imkânı sağlamak, kamunun menfaatini korumaya yetmeyeceğinden, birçok hukuk sistemi, hukuki korumanın yanında cezai koruma da öngörmüştür. İşte, marka hakkının korunmasına yönelik olarak hukukumuzdaki düzenlemeler yani kısaca “marka suçları” çalışmamızın temelini oluşturmaktadır.

3.Marka Suçları

3.1.Genel Olarak Marka Suçu

Suç, hukuk düzeni tarafından ceza ve güvenlik önlemi yaptırımına bağlanmış kanuni tip olarak tanımlanmaktadır⁹⁰. Tanımda geçen kanuni tip kavramı ile kastedilen, maddi unsur olarak da ifade edilen tipe uygun eylemdir. Bu yönüyle suç, hukuka aykırı tipik bir fiildir⁹¹.

⁹⁰ Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, 2016, s. 213

⁹¹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet GÖKCEN, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, 11. Baskı, s. 195

Suç kavramını birçok açıdan tasnife tabi tutmak mümkündür. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununu (TCK) ikinci kitabında, Özel Hükümler adı altında, kısımlar ve bölümler olarak, tek tek suçlara yer verilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, hukukumuzdaki suçlar, sadece burada düzenlenen suçlar değildir. Gerçekten TCK'nın "Özel kanunlarla ilişki" başlıklı 5. Maddesinde "*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*" hükmü yer almaktadır. Bu durumda, suçlar tasnif edilirken sadece TCK'da düzenlenen suçları değil, ceza hükümleri yer alan tüm mevzuatı dikkate almak gerekir. Bu kapsamda yapılan tasniflerde suçlar; suçlar kasıtlı suçlar, taksirli suçlar, cinsel suçlar, mal aleyhine işlenen suçlar, trafik suçları, ekonomik suçlar, çevre suçları gibi çeşitli tasniflere tabi tutulmaktadır.

Bugün; özel olarak marka suçları daha genel ifadeyle fikri mülkiyet hakları aleyhine işlenen suçlar, ekonomik suç başlığı altında incelenmektedir. Ekonomik suç kavramının üzerinde ittifak edilmiş ve kabul görmüş bir tanımı yoktur.

Sulhi Dönmezer' e göre ekonomik suç, toplumun himaye edilmesi gereken ekonomik menfaatlerine zarar veren veya bunları tehlikeye sokan ve bu sebeple yasaklanmış olan fiillerdir⁹². Fatih Selami Mahmutoğlu, ekonomi hukukunun verilerini gözeterik ekonomik suç; "bir bütün olarak ya da tek tek mevcut ekonomik düzenin bütünlüğünü, çalışma biçimini zarara uğratan, tehlikeye sokan, toplumsal ilişkilerdeki güveni sarsan her türlü davranış" şeklinde tanımlamıştır⁹³.

3.2.Karşılaştırmalı Hukukta Marka Suçu

3.2.1.Alman Hukukunda Marka Suçları

Avrupa Birliği açısından marka hukukunun üye devletler bakımından standarda bağlanması büyük önem taşımaktadır. Bu konuda genel yaklaşım, ana prensiplerin birlik düzenlemeleri tarafından belirlenmesi, diğer ayrıntılı konuların ise

⁹² Sulhi Dönmezer, **Ekonomik Suçlar**, Erciyes Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 7, 1985, s.19-30.

⁹³ Fatih Selami Mahmutoğlu, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.34.

üye devlere bırakılması şeklindedir. Avrupa Birliğinde bu alanda, 89/104 sayılı Topluluk Marka Yönergesi ve 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü oluşturulmuş ve standartlar belirlenmiştir. Marka Hukuku Sözleşmesi (TLT)'nin Avrupa Birliği Komisyonunca imzalanmasından sonra sözleşme, birlik üyesi devletler bakımından da uygulanması zorunlu kurallar bütünü halini almıştır⁹⁴.

Alman Hukukunda, marka suçları 1995 tarihinde yürürlüğe giren Alman Markalar Kanununun 143. Maddesinde düzenlenmiştir. Alman Markalar Kanununun 143. Maddesinde yer alan hukuka aykırı eylemlerin, tipe uygun eylem olabilmesi için ticari işlemler çerçevesinde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir⁹⁵.

Alman Marka Kanununun 143. Maddesi, tipiklik unsuru açısından 14. ve 15. Maddeye atıfta bulunmaktadır. Buna göre Alman Markalar Kanununda suç olarak düzenlenmiş eylemler şu şekildedir;

i-Markanın Taklidi

(Alman Mark. K. m. 143/I, b.1 atfıyla m. 14/II,b.1)

ii-Markanın Karıştırılması

(Alman mark. K. m. 143/I, atfıyla m.14/II,b.2)

iii- Markanın tanınmışlığına Tecavüz

(Alman Mark. K. m. 143/I,b.2 atfıyla m. 14/II, b.3)

iv- Marka Haklarını Zedeleyici Hazırlık Hareketleri

(Alman Mark. K. m. 143/I, b.3 atfıyla m. 14/IV, b.1-3)

Yaptırım olarak, 143. Maddeye göre, fail 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Buna ilave olarak eğer fail bu marka ihlalini tamamen ticari maksatlarla yerine getirmişse 5 yıla kadar hapis cezası artırılmaktadır. Ayrıca ticari amaçla marka ihlalinde somut bir ihlalin ortaya çıkması değil failin bu konuda girişimde bulunmuş olması da suçun oluşması bakımından yeterli kabul edilmektedir.

⁹⁴ Gamze Bağcı, **Marka Suçları**, (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul, 2007, s. 37

⁹⁵ Serap Keskin, **Marka ve Patentın Ceza Normları ile Korunması**, Seçkin, Ankara 2003, s.89

3.2.2.Amerika Birleşik Devletlerinde Marka Suçları

Amerika telif hakları ile ilgili cezai yaptırımları içeren düzenlemeyi 1982 yılında yürürlüğe koymuştur. Marka suçları ile ilgili düzenleme ise telif haklarına kıyasla geç kalınmıştır. Ancak bu alanda duyulan ihtiyaçlar neticesinde 1984 yılında ‘The Trademark Counterfeiting Act of 1984 (TCA)(Marka Sahteciliği/Taklitçiliği Kanunu) düzenlenmiştir.

Bu düzenleme ile birlikte marka sahteciliği ve taklitçiliğini suç kapsamına almıştır. Marka suçlarının bu şekilde düzenleme altına alınmasının temel sebebi, marka hakkının ihlalinde cezai yaptırımın olmaması ve hukuk mahkemelerinin tatmin edici tazminat kararları verememesidir. Bu durum, daha fazla marka hakkı ihlallerine neden olmuş ve bu da netice olarak tüketicileri yanıltarak Amerika’nın her yıl milyonlarca dolar zararına neden olmuştur.⁹⁶

Bundan hareketle 1984 tarihli Marka Sahteciliği/Taklitçiliği Kanunu ile birlikte marka haklarını ihlal edenlere karşı cezai yaptırımlar öngörülmüş ve mahkemelere de bu konu da yetkiler verilerek, bilerek marka suçunu işleyen kimselere cezai yaptırımlar getirilmiştir.

Ancak bu düzenlemedeki bir takım eksikler ve ilerleyen teknoloji ve ihtiyaçlar neticesinde yeni bir kanun gereksinimi hissedilmiş ve neticesinde de 2006 yılında TCA’ya ilave olarak ‘Stop Counterfeiting in Manufactured Goods Act(“SCIMGA”) (İmal edilen ürünlerdeki Sahteciliğin Önlenmesi Kanunu) getirilmiştir. Bu düzenleme eskisine ilave olarak markaların ve suça konu işlemin kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca suçun önemi itibariyle marka suçları 1994 yılında ‘Kara Para Aklama Kanunu’ uyarınca cezalandırılmaya konu işlemlerden sayılmıştır. Bunun da cezai yaptırımları çok ağırdır.

Marka suçlarına ilişkin cezaların bulunduğu ilgili kanun⁹⁷ ayrıntılı bir biçimde taklit ürünün ne olduğunu ve bu ürün karşısında verilecek cezanın ne olacağını

⁹⁶ Irina D. Manta, The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement, Case Research Paper Series in Legal Studies Working Paper 2010-30 September, 2010 (updated May, 2011), sayfa 485.

⁹⁷ Title 18 - Crimes and Criminal Procedure Part I – Crimes Chapter 113 - Stolen Property Sec. 2320 - Trafficking in counterfeit goods or services.

belirtmiştir. İlgili Kanun 2320. Maddesi gereğince “*taklit marka*”, Ayrıca, Amerika Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi Marka Tescil Dairesi’nde tescilli ve kullanımda olan marka ile aynı olan veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olan markaları ifade etmektedir. İhlal edenin bunu bilerek veya bilmeden yapması önemli değildir. Bu nedenle Amerika’da marka suçları kusurluluk unsuru bakımından, kast ya da taksir ile işlenebilir.

Kanunun 2320 (a)(1) maddesinde, ihlal teşkil eden fiilleri ve bu fiillere verilecek cezayı düzenlemektedir. Maddeye göre kim bilerek taklit markanın ticaretini yaparsa; taklit markanın bağlantılı olduğu ürünlerin ticaretini yapmaya teşebbüs ederse; ürünlerin üzerinde, etiketinde, ambalajında, işaretinde, ambleminde, kutusunda, konteynerinde, tenekesinde, ürün bilgisinde, ilgili evraklarında taklit ürüne ait marka varsa; ve bu ürünler tüketicide veya alıcıda karışıklığa yol açacak, hata yaptıracak veya yanıltacaksa ve bunu yapan gerçek kişiye, o kişiye 2.000.000 \$’dan fazla olmamak üzere para cezasına veya 10 yıldan fazla olmamak şartıyla hapis cezasına çarptırılır. Bu işlemleri yapan gerçek kişi haricinde bir kişi ise (tüzel kişi) o halde 5.000.000 \$’dan fazla olmamak üzere para cezasına çarptırılacaktır. Ayrıca, bu suçtan mahkûm olan bir kişinin aynı suçu tekrar işlemesi halinde, gerçek kişiler için 5.000.000 USD’ye kadar para ve/veya 20 yıla kadar hapis, tüzel kişiler için ise 15.000.000 USD’ye kadar para cezası söz konusu olacaktır.

Texas Eyalet Mahkemesi’nde 2009 yılında görülen bir davada mahkeme ihlale konu ürünlerin değerleriyle orantılı bir cezaya hükmetmiştir.⁹⁸ İlgili davada sanık Amerika’nın çeşitli eyaletlerinde Major League Baseball, National Football League ve National Basketball Association logolarını kullanarak ürettiği şapka, mont ve benzer ürünleri satarken yakalanmış ve FBI tarafından yapılan araştırmada yaklaşık 1.000 parça ürünün toplam satışların 2 milyon dolar değerinde olduğu ayrıca 3 farklı yerde bulunan deposunda da 28.000 adet ürünün olduğu tespit edilmiştir. Yapılan yargılama neticesinde sanık için 41 ay hapis cezası verilmiştir.

2010 yılında Houston’da görülen ve önem arz eden bir konuda yani sağlık alanında yapılan marka taklitçiliği neticesinde de Eyalet Mahkemesi sanığa ağır bir ceza

⁹⁸ Yazar yok, The Federal Bureau of Investigaion (FBI), 2009, <https://archives.fbi.gov/archives/sanantonio/press-releases/2009/sa040909.htm> (Erişim Tarihi : 02.05.2018

vermiştir.⁹⁹ Şöyle ki sanık Çin ve Honkong'dan kaçak olarak getirdiği Viagra ve Cialis isimli ilaçlarla benzer etken maddeye sahip hapları Viagra ve Cialis markalarına ait kurulara koyarak piyasa değerinin yaklaşık yarı fiyatından satış yaptığı Department of Homeland Security (İç Güvenlik Bakanlığı) tarafından tespit edilmiştir. Başkasına ait markayı kullanarak sahte ilaç üretip satışını yapan sanık 78 ay hapis cezasına mahkûm etmiştir.

Yukarıda ilgili kanun maddesinde de açıklandığı üzere, bu şekilde cezai yaptırımlar öngörülürken, aslında Amerika'da marka hukuku ceza mahkemelerinden ziyade hukuk mahkemelerine daha çok önem vererek cezai yaptırımı değil de hukuki yaptırımı uygulamayı tercih ettiği söylenebilir. Çünkü marka suçları için cezai yaptırımlar öngörülmesi için çok açık bir ihlalin varlığı yani sahtecilik veya taklitçilik aranmakta bunun da birebir aynı marka veya aynısıyla ayırt edilemeyecek değerde benzer olmak şartı aranmaktadır. Dolayısıyla aynı veya aynısıyla ayırt edilemeyecek derecede benzer olmayan markaları kullananlar hakkında cezai yaptırımların uygulanması zayıf bir ihtimaldir.

İlave olarak kasten veya bilmeden aslıyla benzer anlamlara yol açan marka taklitçiliği yapanlar için bile cezai yaptırımlar öngörülmemektedir.¹⁰⁰ Benzer şekilde markanın sulandırılması şeklinde yapılan marka taklitçiliğinde de yine cezai yaptırımların uygulanmasının mümkün olmadığı söylenmektedir.¹⁰¹

3.2.3.İngiliz Hukukunda Marka Suçları

İngiltere'de de tescilli markanın korunmasına dair çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Markanın tescil edilmesi, sahibine çeşitli haklar sağlamaktadır. Bunlardan en önemlisi Türk Hukukunda olduğu gibi, tescilli markanın lisanssız veya marka

99

https://www.justice.gov/archive/usao/txs/1News/Releases/2010%20November/111510%20Chow_print.htm (erişim tarihi : 02.05.2018)

¹⁰⁰ Sandra L. Rierson, Pharmaceutical Counterfeiting and the Puzzle of Remedies, 8 WAKE FOREST INTELL. PROP. L.J. 433, 436–439 (2008).

¹⁰¹ THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §§ 24:93–:134 (4th ed. 2010).

sahibinin rızası olmayacak bir şekilde 3. Kişi tarafından aynısının veya benzerinin kullanılması halinde bunu önleme hakkıdır.

Marka hakkındaki düzenlemeler İngiltere’de Tradeamark Act 1994 (1994 tarihli Marka Kanunu) ile hüküm altına alınmışlardır. İlgili Kanun’da yer alan 92. maddeye göre marka ihlalden bahsedebilmek için taklit edilen markanın ticari gereksinimlerle kullanılmış olması ve Kanun’da yazılı kullanımlardan olması gerekmektedir. Ticari gereksinimlerle kullanımdan bahsedebilmek için markanın kullanılması sonucu ekonomik bir çıkar veya gelir elde etmek gerekmektedir. Yani hiçbir ticari sebeple hareket etmeden bireyin kendisi için yaptığı marka taklidi ihlal teşkil etmemektedir.

Marka ihlallerine ilişkin düzenleme Kanun’un 92-96 maddeleri ile 101 maddesinde düzenlenmiştir. Fakat cezaya ilişkin 92. Madde temel teşkil etmektedir. Kanunun 92 / 1., 2. ve 3. maddelerinde suçun yasaklanan davranış ve eylem¹⁰² olarak nitelendirilen maddi unsurları şu şekilde yer almaktadır;

a) tescilli markanın aynısını veya benzerinin aynı veya benzer markaya konu ürünlerde kullanımı, b) satışı veya dağıtımı, c) ticari amaçlarla bu taklit markalı ürünleri elde tutma veya sahip olmasıdır.

92. Madde ile tescilli markaların korunması ile birlikte bu markanın toplum nazarında sahip olduğu namı, değeri veya tanınırlığı da korunmaktadır.¹⁰³

İlgili maddeden hareketle, suçu kusurluluk unsuru açısından suçu işleyen failin suçu işlerken düşüncesinin ne olması gerektiği ise çok açık değildir. Ancak rahatlıkla şu söylenebilir ki; marka hakkını ihlal eden kişi kendi lehine bir çıkar sağlama amacındadır. Bu şekilde marka sahibinin marka dolayısıyla sahip olduğu marka hakkına aykırı hareket etmektedir.¹⁰⁴ Bunlara ilave olarak ilgili maddede failin davranışının kasten olması gerektiği yönünde bir detay olmadığı için ihmal ile de bu suçun ilenebileceği söylenebilmektedir. Yani bir başkasının tescilli markasının aynısının veya karışıklığa neden olacak derecede benzerinin kullanımı veya bu şekilde kullanım

¹⁰² A. Ashworth, Principles of Criminal Law (Oxford: Oxford University Press, 3rd Edition, 1999) s.98.

¹⁰³ Rahmatian Andreas, Trade Mark Infringement as a Criminal Offence, The Modern Law Review, Cilt. 67, No. 4 (Temmuz, 2004), Wiley on behalf of the Modern Law Review, s.671.

¹⁰⁴ Rahmatian, a.g.e. 671.

amacıyla hareket edilmiş olması hallerinde suçun maddi unsurlarından birisi gerçekleşmiş olacaktır.

Kanun 92/5 fıkrası ile marka hakkını ihlal eden tarafın savunma hakkını (hukuka uygunluk nedeni) düzenlemektedir. Şöyle ki, marka hakkını ihlal eden taraf, bu işlediği eylemin aslında marka hakkını ihlal eden bir davranış olmadığını hukuka uygun ve makul bir sebeple kullandığını açıklarsa o halde cezadan kurtulabilecektir.

Yaptırım olarak, elde edilen menfaatlere, kullanımdaki sebep ve gerekçelere göre, failin suçu işlerken sahip olduğu kasıt veya ihmale göre 6 ay ila 10 yıl arasında hapis cezası verilmektedir. Örnek olarak *R. v. Burns*¹⁰⁵ kararında Yüksek Mahkeme, failin tanınmış markaları kullanarak 500 adet üründe sahte marka kullanılması olayında faile 12 ay hapis cezası verilmiştir. Cezanın miktarının tayininde elde edilen menfaat önemli bir rol oynamaktadır. 300 adet 18.000 £ değerindeki taklit markalı ürünlerde faile 6 ay hapis cezası verilmiştir.¹⁰⁶

Yine; *R. v. Priestly*¹⁰⁷ kararında Yüksek Mahkeme, failin kendi ürettiği parfümlerin üzerine başkasına ait markaları kullanarak satış yapması olayında 4 yıl verilen hapis cezasını 3 yıl olarak düzeltmiştir. Gerekçe olarak ise failin davranışının ihlal teşkil ettiğini fakat sahte ürünlerle kullanılan markaya ait ürünlerin tehlikesiz olduğu söylenmiştir.

Örneklerde de görüldüğü üzere İngiltere’de mahkemeler markaya karşı herhangi bir ihlalin varlığında faile 6 ay ila 10 yıl arasında ceza vermektedir. Cezaların alt e üst sınırı arasındaki makas oldukça fazla olup, bunun mahkeme tarafından somut olayın özelliklerine göre, failin elde ettiği menfaat, taklit edilen ürünlerin önemi gibi kriterler göz önünde bulundurularak takdir edilmesi amaçlanmıştır.

¹⁰⁵R. v. Burns [2001] FSR 423, CA.

¹⁰⁶ R. v. Swallow kararı, Rahmatian Andreas, Trade Mark Infringement as a Criminal Offence, The Modern Law Review, Cilt. 67, No. 4 (Temmuz, 2004), Wiley on behalf of the Modern Law Review, s.682.

¹⁰⁷ R. v. Priestly [1996] 2 Cr App Rep (S) 144.

4.Türk Hukukunda Marka Suçu

Türk Hukukunda, marka alanında yapılan düzenlemelerin başlaması 19. Yüzyılın ikinci yarısıdır. Bu dönemde yapılan düzenlemeler, 551 sayılı Marka kanunun çıkarıldığı 1956 yılına kadar devam etmiştir. 551 sayılı Markalar Kanunu, 556 sayılı KHK, ve en nihayetinde 6769 sayılı SMK düzenlemesi yapılmış ve bu kanun halen yürürlüktedir. Bu nedenle, Türk Hukukunda Marka Suçlarına ilişkin düzenlemeleri, 551 Sayılı Kanun öncesi, 556 Sayılı Kanun, 556 sayılı KHK ve 6769 sayılı Kanun olmak üzere dört döneme ayırmak mümkündür. Çalışmamızın esasını, halen yürürlükte bulunan 6769 sayılı SMK teşkil ettiğinden, diğer düzenlemelere kısaca değinilecek, ancak 6769 sayılı Kanundan önceki düzenleme olan 556 sayılı KHK'daki düzenleme ve uygulamalardaki benzerlik ve farklılıklara yer verilecektir.

4.1. 551 sayılı Kanundan Önceki Düzenlemeler ve Alamet-i Farika Nizamnamesi

Hukukumuzda marka alanındaki ilk düzenleme 10 Eylül 1871 (24 Cemaziyülevvel 1288) tarihli Alamet-i Farika Nizamnamesi olarak bilinen Fabrika Ma'mulâtıyla Eşya-yı Ticariyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamnamedir¹⁰⁸. Ancak, bu düzenlemeden önce, bazı meslek erbabını ya da esnafını korumak amaçlı muhtelif bazı uygulamalara rastlanmaktadır¹⁰⁹. Bu uygulamaların temel gerekçesi taklidin önlenmesi olmakla birlikte, yabancı menşei ürünlerin Osmanlı pazarlarını işgal etmeye başlaması da gösterilmektedir¹¹⁰. Bu uygulamalar, genel ve soyut bir düzenleme olmayıp sadece idari nitelikteki tedbirlerdir.

Yine, bu dönemde 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanununda marka hakkının korunmasına yönelik bir düzenlemeye rastlanmaktadır. 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanununun 150. Maddesinde¹¹¹ mal ve eşya üzerine devlet adına ya da özel kişilerce

¹⁰⁸ Arseven, **Nazari ve tatbiki Alameti Farika Hukuku**, s 4

¹⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tolga Akay, **a.g.m.**, 371

¹¹⁰ Tolga Akay, **a.g.m.**, 371

¹¹¹ Her ney' emti'a ve eşya üzerine Devlet-i 'Aliyye namına olarak başılmağa mahsus olan ve gerek bir me'muriyete ve gerek devletin ruhsatıyla olan bir şirkete veyahut bir ticaret evine mahsus bulunan her ney' mühr ve tamğa ve nişanlara taklit veyahut o makule sahte tamğa ve nişanları isti 'mal eyleyen kimse üç sene habs ile mücazat olunur. Ve bu sahtekârlığından dolayı vaki' olan zarar kendisine tazmin ettirilir.

basılan her türlü mühür, damga ya da işareti taklit eden ya da kullanan kişinin üç sene hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme, marka hakkına sağlanan cezai koruma olması açısından önemlidir. Ayrıca bu düzenlemede, taklit ya da izinsiz kullanım nedeniyle meydana gelecek zararın, ilgisinden tazmin ettirileceği belirtilmiştir. Bunu da marka hakkına sağlanan hukuki koruma olarak nitelemek mümkündür. Osmanlı Ceza Kanununda yer alan bu düzenleme, marka hukukunun gelişim süreci içerisinde önemli bir kazanımdır¹¹².

Ancak hukukumuzda ilk olarak yapılan müstakil düzenleme Alamet-i Farika Nizamnamesi olarak bilinen Fabrika Ma'mulâtıyla Eşya-yı Ticariyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamnamedir¹¹³. Bu nizamname 1857 tarihli Fransız Kanunundan bazı ufak değişikliklerle birlikte aynen alınmıştır¹¹⁴.

Nizamnameye göre bir markanın tescili için, bir kimse belirlediği alameti, damga veya mühür gibi basılıp çoğaltmaya uygun şekilde iki parçasını, aslından farkı olmamak üzere iki adet resmini, gerekli açıklamayı yazıp onayladıktan Ankara'da Sanayi Vekâletine ve taşralarda İdare Heyetine teslim etmesi gerekir¹¹⁵. Ayrıca, markaya tanınan koruma süresi, Nizamnamenin 4. Maddesinde 15 sene olarak belirlenmiş ve bunun yenilenebileceği belirtilmiştir¹¹⁶.

Nizamnamede 14. Maddede marka taklit suçu, 15. Maddede ise markanın değiştirilmesi (tağyir) suçu, markanın korunması anlamında iki ayrı düzenleme yer almaktadır. Taklit suçu, bir markanın aynısının veya aynısını andıracak derecede

Ve her kim bu misilli mühür ve damga ve nişanların asıllarını bir takrip ele geçirip de gerek hükümet ve memuriyetlerin ve gerek bir cemiyet-i ticaretin ve bunların emsali heyet hey 'et ve şirket-i mahsusanın, menfa 'atine mazur olacak halde isti 'mal eyler ise altı aydan bir seneye kadar habs ile tedip kılınır. Ve bu suretle vaki' olan zarar dâhi ol kimseye tazmin ettirilir. Senem Öner, **Çeviri yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi**, (YTÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Batı Dilleri Ve Edebiyatları Ana Bilim Dalı Diller Ve Kültürlerarası Çeviribilim Doktora Programı Yayınlanmamış Doktora Tezi) İstanbul, 2012, s. 42

¹¹² Tolga Akay, **a.g.m.**, s. 372

¹¹³ Düstur, Tertib-i Evvel, C.1, s.282 (erişim; <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/67>)

¹¹⁴ Haydar Arseven, **Alameti Farika Hakkının Mahiyeti, Gayrı Kanuni Rekabetle Münasebeti ve Doğumu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, , C. 16, S. 3-4, 1950., s.825

¹¹⁵ Nizamname madde 7

¹¹⁶ Düstur, Tertib-i Evvel, C.1, s.282 (erişim; <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/67>)

benzerinin kullanılması; değiştirme (tağyir) suçu ise markanın gornş itibariyle müşteriyi aldatacak oranda deęiřtirilmesidir¹¹⁷.

Nizamnamenin 14. Maddesinde 3 ayrı fiil cezai yaptırımı bağlanmıştır.

Bunlar;

- Nizamname mucibince numune veya resimleri teslim olunan (tescilli) markaları taklit etmek veya taklit edilen alameti (marka) kullanmak,
- Başkasının malı olan alameti (marka) hilekrlık ile kendi ürün veyahut ticari eşyası üzerine koymak,
- Taklit edilen markalı ürünü veya hilekrlık ile başkasının alamet konulmuş bir ve yahut bir kaç nevi eşya ve ürününü bilerek satmak ve yahut satılığa çıkarmaktır.

Genel anlamda marka taklit suçu olarak ifade edilen olan bu fiillerin cezası, cürmün derecatına (ihlalin ağırlığına gore) gore iki adet yüzlük liradan (iki yüz lira) elli adet yüzlük lira (beş bin lira) kadar para cezası ve ya bir aydan altı aya kadar hapis cezası ya da işbu cezaların ikisi olarak düzenlenmiştir.

Markanın değiştirilmesi suunun düzenlendiği Nizamnamenin 15. Maddesinde 3 ayrı fiil cezai yaptırımı bağlanmıştır. Bunlar;

- Hile ile bir alametin yalnız resmini tağyir etmek ve boye alameti kullanmak,
- Eşya ve emtianın cinsi hakkında müşteriyi aldatmak niyetiyle bir cinse mahsus alameti diğer bir cinse koymak,
- Bu alametlerin konulduğu eşyayı bilerek satmak veyahut satılığa çıkarmaktır.

Bu fiillerin cezası; iki adet yüzlük (iki yüz) liradan otuz adet yüzlük ( bin) lira kadar para cezası veyahut bir haftadan iki aya kadar hapis cezası veya işbu yaptırımın ikisinin birlikte uygulanmasıdır¹¹⁸.

¹¹⁷ Arseven, **Alamet-i Farika Hukuku**, s. 135.

¹¹⁸ Nizamname madde 15

Nizamname, birçok değişikliğe uğramış, 551 sayılı Kanunun tarafından yürürlükten kaldırılıncaya kadar uygulanmıştır.

4.2.551 Sayılı Markalar Kanunu

Alâmeti Farika Nizamnamesinin o günkü ticari hayata uyamadığı düşüncesi ve bu konuda taraf olunan milletlerarası anlaşmalara uygun bir marka kanunu çıkarılması ihtiyacı gerekçesiyle¹¹⁹ 03.03.1965 tarihinde 551 sayılı Markalar Kanunu¹²⁰ kabul edilmiştir. Bu kanunun 54. Maddesi ile 28 Nisan 1304 tarihli Alâmeti Farika Nizamnamesi ile ek ve tadilleri de yürürlükten kaldırılmıştır.

551 Sayılı Kanunda, markanın korunmasına yönelik cezai düzenlemeler “ceza davaları” başlığı altında 51., 52. ve 53. Maddelerinde yer almaktadır. Kanunda iki ayrı suç tipinden bahsetmek mümkündür. Birincisi 51-a maddesinde düzenlenen markanın kullanımına ilişkin usulsüzlük, diğeri ise 51-m maddesinde yer alan markanın taklit ya da benzerinin kullanılması suretiyle marka hakkına tecavüz.

Kanunun 51-a maddesinde iki ayrı fiilin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

- Tescil edilmiş ve kullanılması zorunlu olan markayı kullanmamak,
- Bir markayı tescil edilmiş olduğu şekilden gayri şekilde kötü niyetle kullanmak.

Bu fiilleri işleyenler için, 3 aydan 1 seneye kadar hapis ve 1.000 liradan 10.000 liraya kadar ağır para cezası öngörülmüştür.

51-b maddesinde suç olarak düzenlenen fiiller;

- Başkası adına tescil edilmiş bir markanın aynını veya benzerlerini kullanmak,

¹¹⁹ Anayasa ve Adalet Komisyon Raporu, 28.12.1964,
https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t04/c023/cs_04023024ss0525.pdf (Erişim Tarihi : 02.05.2018)

¹²⁰ RG :119511, RGT:12.03.1965

- Hak sahibinden gayrı kimse tarafından haksız olarak kullanılan markaları taşıyan emtiayı bilerek satışa arz etmek, satmak, dağıtmak, memlekete sokmak veya memleketten çıkarmak ve bu fiillere iştirak etmek,

Bu fiilleri işleyenler için 8 aydan 2 seneye kadar hapis ve 5.000 liradan 50.000 liraya kadar ağır para cezası öngörülmüştür.

Kanunu 52. Maddesi, bir müessesenin hizmetlileri tarafından işlenmiş ise suçun işlendiğini bilen müessese sahibi veya hangi nam ve sıfatla olursa olsun müesseseyi fiilen idare edenler fiile iştirak etmiş sayılacağını hüküm altına almış, 53. Madde ise suç eşyalarının müsadere edileceğini düzenlemiştir.

4.3.556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

551 sayılı Marka Kanunu, yürürlük tarihinden itibaren ihtiyaçların değiştiği ve kanunun bu ihtiyaçlara cevap veremediği gerekçesi¹²¹ ile kaldırılmış ve yerine 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹²² kabul edilmiştir.

¹²¹ Kanun Hükmünde Kararnamenin genel gerekçesi;

“Halen yürürlükte olan 3 Mart 1965 tarih ve 551 sayılı Markalar Kanunu, esas itibariyle 1939 İsviçre Markalar Kanunu dikkate alınarak hazırlanmıştır. Gerek İsviçre Markalar Kanununun ve gerekse 551 sayılı Markalar Kanununun yürürlük tarihlerinden günümüze kadar, markalar konusundaki ihtiyaçlar büyük çapta değişmiş ve mevcut yasa bu ihtiyaçları karşılayamaz hale gelmiştir.

Mevcut Kanunun adı Markalar Kanunu olmasına rağmen, iki ana marka türünden biri olan ve ticaret markası olarak adlandırılan, mallar veya eşyalar için kullanılan markaları ele almış, ikinci tür olan hizmetlerin sunulması veya sağlanması için kullanılan markaları kapsam dışı bırakmıştır.

Mevcut Kanun, marka tescilinin yapıldığı mallar veya eşyalar için uluslararası anlaşma konusu olan ve marka tescillerinin sınıflandırılmasında yararlanılan sınıflandırma sistemini w marka tescilleri sırasında hak sahibi olan üçüncü kişilerin, başvurulara itiraz etmelerini sağlayan, şeffaflık ilkelerine uygun, ilan ve itiraz sistemini de kapsamamaktadır.

31 Aralık 1994 tarihinde yürürlüğe giren Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ve başta Sınai Hakların Korunması için Paris Sözleşmesi olmak üzere diğer uluslararası sözleşme ve anlaşmalar ile Avrupa Topluluğu'na tam üyelik ve Gümrük Birliği'ne geçiş için Türk Mevzuatında yapılması gereken değişiklik ve yenilemeler de 551 sayılı Markalar Kanununun günün şartlarına uygun hale getirilmesini Zorunlu hale getirmektedir.” <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0223.pdf> (Erişim Tarihi : 02.05.2018)

¹²² R.G. : 27/06/1195, R.G.T:22326

Marka ile ilgili bu düzenleme, Kanun Hükmünde Kararname olması ve Anayasa madde 38/3'te yer alan "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" hükmü gereği, marka hakkının korunmasına yönelik herhangi bir cezai düzenlemeyi içermemekteydi. Aynı gerekçe ile ilgili KHK ya 03.11.1995 tarihinde 4128 Sayılı Kanun¹²³ ile 61/A maddesi eklenmiş ve bu şekilde anayasa ve genel hukuk ilkesine mutabakat sağlanmaya çalışılmıştır.

Ne var ki, hiç de düşünüldüğü gibi olmamış, 556 Sayılı KHK'ya kanunla eklenen bu madde ve yerine getirilen düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu kapsamda yapılan düzenleme hükümlerini ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarını aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

4.3.1.4128 Sayılı Kanun

556 sayılı KHK'da cezai hükümler yer almaması üzerine, KHK ya 03.11.1995 tarihinde 4128 Sayılı Kanun ile 61/A maddesi eklenmiştir. KHK'nın bu maddesinde düzenlenen ve cezai yaptırıma bağlanan fiiller şu şekildedir.

- 556 Sayılı KHK'nın 61/A Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendinde yer alan;
 - Gerçeğe Aykırı Kimlik Bildiriminde Bulunmak,
 - Marka Koruması Olduğunu Belirten İşareti Yetkisi Olmadan Kaldırmak,
 - Kendini Haksız Olarak Marka Hakkı Sahibi Gibi Göstermek,
- 556 Sayılı KHK'nın 61/A Maddesinin 1. Fıkrasının (b) bendinde yer alan;
 - Hak Sahibi Olmadığı veya Tasarruf Yetkisi Bulunmadığı Halde Marka Hakkına İlişkin Hukuki İşlemlerde Bulunmak,

¹²³ R.G. : 22456, R.G.T: 07/11/1995

- Korunan Bir Marka Hakkı Sahibi Olmadığı Halde, Marka Hakkı Sahibi Olduğu İzlenimi Uyandıracak Şekilde Markayı Kullanmak,

➤ 556 Sayılı KHK'nın 61/A Maddesinin 1. Fıkrasının (c) bendinin yollaması ile KHK 61. Maddede yazılı ve Marka Hakkına tecavüz sayılan fiillerdir.

4218 sayılı Kanunla eklenen 61/A maddesinde üç grup suçtan bahsedebiliriz. Maddenin a) ve b) bentlerinde düzenlenen suçun unsurlarından tipe uygun eylem ilgili maddede açıkça yazılmıştır. Ancak c) bendinde suç sayılan eylemlerin neler olduğu açıkça yazılmamış, “ 61 inci maddede yazılı fiillerden birini işleyenler...” şeklinde yollama yaparak ceza hükmü düzenlenmiştir.

556 sayılı KHK'nin 61. ve 61/A – c bendi, kanunilik ilkesi açısından değerlendirildiğinde, söz konusu hükümlerin kanunilik ilkesi bakımından sorun taşıdığı görülmektedir¹²⁴. Gerçekten Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi yoluyla önüne gelen bir başvuru neticesinde KHK'nın 61. Maddesinin d bendini iptal etmiştir¹²⁵.

Mahkeme, iptal kararının yürürlüğünü bir yıl ertelemiş, bunun üzerine kanun koyucu, Anayasa mahkemesinin iptal kararı sonucu oluşacak yasal boşluğu doldurmak üzere, 5194 Sayılı Kanun¹²⁶ ile KHK'nın 61/A maddesinde düzenlemeler yapmıştır.

4.3.2.5194 Sayılı Kanun

Anayasa mahkemesinin iptal kararından sonra 5194 sayılı Kanunun 16. Maddesi ile 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi¹²⁷ değiştirildi. Eski haline göre maddede

¹²⁴ İzzet Özgenç, **Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk**, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, İstanbul, 2003, s. 836

¹²⁵ “...İtiraz konusu 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinde, 61/A maddesinde ceza öngörülen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir.

Bu nedenle, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesinin (d) bendi Anayasa'nın 91. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir” AYM, 02.04.2004, E. 2002/92, K. 2004/25, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi : 02.05.2018)

¹²⁶ R.G : 25504, RGT : 26.06.2004

¹²⁷ 5194 Sayılı Kanun ile değişik Madde 61/A. — Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamında;

değişikler yapılmasına rağmen, eski düzenlemede yer alan ve suç teşkil eden fiiller açısından KHK'nın 61. Maddesine atıf yapan c bendindeki hüküm değiştirilmedi.

Ancak ilgili düzenleme, somut norm denetimi yoluyla tekrar Anayasa Mahkemesinin önüne geldi ve mahkeme tarafından KHK'nın bazı hükümleri iptal edildi¹²⁸.

a) Marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapanlar, marka koruması olan bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldırırlar, kendisini haksız olarak marka başvurusu veya marka hakkı sahibi olarak gösterenler hakkında, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına veya ondörtmilyar liradan yirmiyedimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine,

b) Mevcut olmadığını veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu Kanun Hükmünde Kararnamenin devir, intikal, rehin ve haciz ile ilgili maddelerinde yazılı haklardan birini veya bu hakla ilgili lisansı başkasına devreden, veren, rehmeden, bu haklarla ilgili herhangi bir tasarrufta bulunanlar ile korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresinin bittiği veya marka hakkının hükümsüzlüğü veya marka korunmasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında; kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticarî evrakına veya ilânlarına, hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyan veya bu amaçla ilân ve reklamlarda, bu tarzda yazı, işaret veya ifadeleri kullananlar hakkında, iki yıldan üç yıla kadar hapis cezasına veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine,

c) 61 inci maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine, Hükmolunur.

(a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan suçlar, hizmetlerini yaptıkları sırada bir işletmenin çalışanları tarafından doğrudan doğruya veya emir üzerine işlenmiş çalışanlar ve suçun işlenmesine mani olmayan işletme sahibi, müdür veya temsilcisi ve hangi unvan ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen yöneten kişi de aynı surette cezalandırılır. Bir tüzel kişinin işleri yürütülürken bu maddede sayılan suçlardan biri işlenirse, tüzel kişi, masraflar ve para cezasından müteselsilen sorumlu olur. Fiile iştirak edenler hakkında olayın mahiyetine göre 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 64, 65, 66 ve 67 nci maddeleri hükümleri uygulanır. Bu maddede sayılan suçlardan dolayı kovuşturma şikâyete bağlıdır.

Bu madde hükümlerinin uygulanmasında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 344 üncü maddesinin birinci fıkrasının (8) numaralı bendi uygulanmaz. Marka korunmasından doğan hakları tecavüze uğrayandan başka, 61 inci maddede sayılanlar dışında kalan suçlarda Enstitü; marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapılması ile korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresinin bittiği veya herhangi bir sebeple marka hakkının hükümsüzlüğü veya marka korunmasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında; kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticarî evrakına veya ilânlarına, hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyma veya bu amaçla ilân ve reklamlarda bu tarzda yazı, işaret veya ifadelerin kullanılması durumlarında, 8.3.1950 tarihli ve 5590 sayılı Kanun veya 17.7.1964 tarihli ve 507 sayılı Kanuna tâbi kuruluşlar ve tüketici dernekleri de şikâyet hakkına sahiptir. Şikâyetin fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren iki yıl içinde yapılması gerekir.

Bu kapsamdaki suçlarla ilgili şikâyet, acele işlerden sayılır. Marka hakkı başvurusu veya marka korunmasından doğan haklara tecavüz dolayısıyla üretilmesi cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, gereç, cihaz, makine gibi vasıtaların zapt edilmesi veya el konulması veya yok edilmesinde, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 36 ncı maddesi hükmü ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.

¹²⁸ "Anayasa'nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü

Mahkeme, KHK'nın ceza hükümlerini düzenleyen ve tipe uygun eylemler açısından KHK'nın 61. Maddesine atıf yapan 61/A-c bendini değil, atıf yapılan 61. Maddenin c bendi ile 61. Maddenin de atıf yaptığı KHK'nın 9. Maddesinin bazı bentlerini iptal etmiştir. İptal gerekçesi, özetle suç ve cezaların kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceğidir.

Anayasa Mahkemesinin 02.04.2004 tarihli iptal kararından sonra çıkartılan 5194 Sayılı Kanun hakkında da Anayasa Mahkemesinin aynı gerekçeyle iptal kararı vermiş olması temel bir problemi ortaya koymaktadır. 556 sayılı KHK'da ceza normlarının düzenlenmesinde teknik anlamda temel bir sorunun varlığından söz etmek mümkündür.

Buradaki sorun, ceza normunun nasıl düzenleneceği meselesidir. Daha açık ifadeyle sorun, 556 sayılı KHK'da olduğu gibi bir ceza normunun, yaptırım kısmının kanun ile düzenlenirken, sunun unsurlarından olan tipe uygun eylemin düzenleyici işlem ile yapılmasından kaynaklanmaktadır. Bu en başında, Anayasal bir ilke olan suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Suç ve cezada kanunilik ilkesinin iki unsuru mevcuttur. Bunlar, suçta kanunilik ve cezada kanuniliktir. Hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin idarenin düzenleyici işlemleriyle düzenlenip, yaptırımların kanun hükmüyle düzenlenmesi, suçta kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelir¹²⁹. İşte, bu gerekçelerle, 556 sayılı KHK döneminde Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararları, başta mahkemeler olmak üzere, meselenin tüm tarafları açısından yeknesak bir uygulama sağlayamamıştır.

haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür.

556 sayılı KHK'nin itiraz konusu 9. ve 61. maddelerinde belirtilen eylemlere, 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 61/A maddesinde ceza yaptırımı öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlemesi de bu sonucu değiştirmez.

Bu nedenle, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bentleriyle 61. maddesinin anılan bentler yönünden incelenen (a) bendiyle (c) bendi Anayasa'nın 38. ve 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.” AYM, 03.01.2008, E. 2005/15, K. 2008/2, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 02.05.2018)

¹²⁹ Mustafa Özen, **Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları**, FMR C.9, S.2009/2, s. 55

4.3.3. 5833 Sayılı Kanun

Anayasa Mahkemesi tarafından 5194 sayılı Kanun ile değişik 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendinin iptal edilmesi üzerine, mevut boşluğu doldurmak üzere 21/01/2009 tarihinde 5833 Sayılı Kanun¹³⁰ ile düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile, 556 sayılı KHK'nın 9. ve 61 maddeleri kanunla düzenlenmiş ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararına konu olan bu hükümler, yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Bu kanun ile, KHK'nın 61/A maddesi de yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile birlikte, önceki düzenlemede yer alan suçlar azaltılmış, sadece üç adet suça yer verilmiştir. Bunlar, daha sonra 6769 sayılı SMK'da da aynen yer alacak olan, “marka hakkına tecavüz suçu”, “marka koruması işaretini kaldırma suçu” ve “marka hakkının yetkisiz tasarruf suçu” dur.

5.6769 Sayılı SMK'da Düzenlenen Marka Suçları

5.1.Genel Olarak

Başta marka olmak üzere, fikri mülkiyet haklarının öneminin her geçen gün artması, hukuki himaye talep edenlerin sayısını arttırdığı gibi, mahkemeler önüne gelen ihtilafları da arttırmıştır. Mevzuatımızda bu alandaki düzenlemelerin büyük çoğunluğunun kanun Hükmünde Kararname ile yapılmış olması, hem hukuki himaye teminini sağlayamamış hem de genel hukuk prensipleri ile çeliştiği için Anayasa mahkemesi tarafından defalarca iptal kararına konu olmuştur.

22.12.2016 tarihinde 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kabul edilmiş ve 10.01.2017 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanunun gerekçesi;

¹³⁰RG No: 27124, RGT: 28.01.2009

“Sınai mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemelerin kanun hükmünde kararnamelerle yapılmış olmasının taşıdığı riskler, 2008 ve 2014 yıllarında Anayasa Mahkemesinin; “Gayri maddi mallar kapsamında bulunan fikri ve sınai mülkiyet haklarının Anayasanın ikinci kısmının Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı ikinci bölümünün 35 inci maddesinde yer alan mülkiyet haklarından olduğu, Anayasanın 91 inci maddesinin birinci fıkrasında ise sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ve dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğinin belirtildiği” gerekçesiyle marka, tasarım, patent ve coğrafi işarete ilişkin kanun hükmünde kararnamelerin bazı maddelerini iptal etmesiyle ortaya çıkmıştır. Sınai mülkiyet hakları alanında söz konusu olabilecek muhtemel iptaller nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunların ve hak kayıplarının ortadan kaldırılması ihtiyacı, kanun hükmünde kararnamelerin bir an önce kanunlaşmasını gerekli kılmıştır.

Sınai mülkiyet haklarının kanunla düzenlenme ihtiyacı yanında, uluslararası sözleşmeler ve AB mevzuatıyla uyumun artırılması ve daha nitelikli ve etkin işleyen çağdaş bir sınai mülkiyet sistemine geçişin sağlanması için mevcut sistemin revize edilmesi gereği ortaya çıkmıştır.”¹³¹ olarak ifade edilmiştir.

Marka hakkının ceza normları ile korunmasına yönelik düzenleme 6769 sayılı kanunun 30. Maddesinde yer almaktadır. Kanunun 30. Maddesi;

(1) 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.

(2) Marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldıran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

¹³¹ Madde gerekçesi, (sinerji mevzuat programı, www.sinerji.com)

(3) Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Bu maddede yer alan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(5) Bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır.

(6) Bu maddede yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.

(7) 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.” şeklindedir.

Hemen belirtmek gerekir ki; bu düzenleme mülga 556 sayılı kanunun 5833 sayılı değişik 61/A maddesi ile bazı değişiklikler dışında hemen hemen aynıdır. Kanunda; marka hakkının korunmasına yönelik olarak üç ayrı suç tipi düzenlenmiştir. Bunlar;

- SMK 30/1. fıkrasında yer alan “Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz suçu”,
- SMK 30/2. fıkrasında yer alan “Marka koruması işaretini kaldırma suçu”,
- SMK 30/3. fıkrasında yer alan “başkasına ait marka üzerinde yetkisiz tasarruf suçu” dur.

Aşağıda her üç suç, yapısal unsurlarına göre ayrı ayrı incelenecektir.

5.2.Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu

5.2.1.Genel Olarak

Kısaca “marka hakkına tecavüz” olarak adlandıracağımız bu suç, 6769 sayılı SMK’nın 1. Fıkrasında;

“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.” Şeklinde düzenlenmiştir.

5.2.2.Korunan Hukuki Yarar

Genel olarak kabul edilen tanıma göre bir suçun konusu; bir ceza normu ile korunan, diğer bir ifade ile, suçla ihlal edilen varlık veya menfaattir, yani suçun yaratılmasındaki maksattır¹³². Suçla korunan hukuki değer ise suç tipinin ihdas edilmesi ile korunmak istenen değerdir¹³³. Bu açıdan, suçun konusu ile korunan hukuki değer birbirinden farklıdır. Korunan hukuki değer, suçun işlenmesi ile ihlal edilmektedir. Buna karşılık suçun işlenmesiyle, suçun konusuna zarar verilmekte veya tehlikeye maruz bırakılmaktadır¹³⁴. Örneğin markalı bir ürünün üzerindeki işaretin izinsiz çıkarılmasında suçun konusu; markalı ürün, korunan hukuki değer ise marka hakkıdır.

Teknik imkânların oldukça gelişmiş olduğu günümüzde birkaç dakikalık reklamlarda reklamın konusunu oluşturan ürün veya hizmet hususunda halkın büyük kesiminin ilgisinin çekileceği ve bu ilgi çekme faaliyetinde markanın önemli bir rol oynayarak tüketiciyi daima güvendiği markayı taşıyan mal veya hizmeti tercih etmeye yönlendireceği açıktır¹³⁵. Bir marka, sahibi tarafından kullanılmak ya da tescil edilmek

¹³² Faruk Erem, **Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin**, AÜHFD, 1968, C.25, S.1, s. 12, 23

¹³³ Artuk - Gökçen, **a.g.e.**, s. 308

¹³⁴ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 13. Baskı, s. 204

¹³⁵ Süheyl Donay, Hasan Erman, **Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar ve İlgili Mevzuat Özellikle İhtira Beratı, Marka ve Hakız Rekabet Suçları**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1973, s. 45

suretiyle ortaya çıktıktan sonra, amacına göre bir mal veya hizmeti ayırt etmek üzere kullanılarak halka arz edilince, hem marka sahibi hem de bu markayı kullanan toplum kesimi açısından, korunması gerekir. Diğer bir ifadeyle, piyasa arz edilmiş bir markanın ihlali, hem marka sahibinin hem de tüketicinin menfaatini ihlal eder. Bu nedenle, marka suçları ile korunmak istenen hukuki yarar, hem marka sahibi hem de kamu yararadır. İşte bu nedenle, hukukumuzda bazı marka hakkına tecavüz fiilleri cezai yaptırıma bağlanmıştır¹³⁶. Amaç, sadece marka sahibinin haklarını korumak olsa idi, hukuki yaptırım ve tazminat sorumluluğu yeterli olurdu. Ancak, toplumun taklit olmayan, orijinal ve menşei belli, hukuken korunan markalı ürünleri kullanma hakkı da korunmak istendiği için, marka suçları düzenlenmiştir.

Bir eylemin hem cezai yaptırımı hem de hukuki yaptırımı gerektirdiği durumlarda, kamunun ve marka sahibinin menfaati birleşmiş olmaktadır¹³⁷. 6769 sayılı kanunda düzenlenen marka suçlarına yakından baktığımızda; SMK madde 30/1 maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçunda, marka hakkı sahibi yanında kamunun da menfaati korunmaktadır. Ancak, SMK 30/2. Maddesinde düzenlenen marka koruması işaretini kaldırma ve 30/3. Maddesinde düzenlenen marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçlarında, marka sahibinin hakkının korunmasının daha ağır bastığını söylemek mümkündür.

5.2.3.Suçun Unsurları

5.2.3.1.Fail

5.2.3.1.1. Genel Olarak

Fail, TCK 37. Maddesinde, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi olarak tanımlanmıştır. Suç tiplerinde faillerin belirtiliş şekillerine göre suçlar; genel, özgü (mahsus) ve bizzat işlenebilen suçlar şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır¹³⁸.

¹³⁶ Donay – Erman, **a.g.e.**, s. 46

¹³⁷ Donay – Erman, **a.g.e.**, s. 46

¹³⁸ Artuk - Gökçen, **a.g.e.**, s. 290

Kanunda herkes tarafından işlenebileceği belirtilen ya da suçun faili ile ilgili herhangi bir özellik belirtilmeyen suçlara “ genel suç” denir. Bu suçlar, fail açısından kanunun ifadesinde, “kişi¹³⁹”, “kimse¹⁴⁰” şeklinde ifade edilir. Ceza hukukundaki suçlar kural olarak herkes tarafından işlenen suçlardır¹⁴¹.

Özgü suçlar ise, sadece belli nitelikteki kişiler tarafından ya da özel bir yükümlülük altındaki kişiler tarafından işlenebileceği kanuni tanımında belirtilen suçlardır. Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Örneğin, TCK madde 94’te işkence suçunun “kamu görevlisi” tarafından işlenebileceği belirtilmiştir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer (kamu görevlisi olmayan) kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.(TCK madde 40/2).

Kanundaki suç tanımındaki tipe uygun eylemin sadece failin bedensel davranışıyla gerçekleşebilen suçlara “ bizzat işlenebilen suç” denir¹⁴².

Bu ayırım ve tanımlar dikkate alındığında, marka suçları suç tipinde failin belirtiliş şekli açısından genel suçlardandır. Kanun, suçların faili için, herhangi bir nitelik aramamıştır. Bu nedenle bu suçlar, faili açısından özgü suçlardan değildir. Herkes tarafından işlenebilir.

SMK madde 30/1 de düzenlenen suçun faili, “*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*” herhangi bir gerçek kişi olabilir.

Aynı şekilde SMK 30/2. Maddesinde düzenlenen suç açısından da herhangi bir nitelik aranmamış, bu suçun “*Marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldıran*” herhangi bir gerçek kişi tarafından işlenebileceği düzenlenmiştir. Ancak, bir kişinin bu suçun faili olabilmesi için, yetkili

¹³⁹ TCK m.81

¹⁴⁰ TCK m.122

¹⁴¹ İçel, **a.g.e.**, s. 295

¹⁴² Artuk– Gökçen, **a.g.e.**, s. 292

olmaması gerekir. Eğer kişi yetkili kılınmışsa, fiil faile verilen yetki çerçevesinde işlenmiş olacağından hukuka uygun olacak ve suç oluşmayacaktır.

Yine SMK 30/3. Maddesinde düzenlenen suçun faili için herhangi bir ayrıma gidilmemiş, bu suçun “*yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunan*” herhangi bir kişi tarafından işlenebileceği belirtilmiştir.

5.2.3.1.2. Suçların Bir Tüzel Kişinin Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

Marka suçları herkes tarafından işlenen genel suçlardan olduğundan bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi de mümkündür. Böyle bir durumda cezai sorumluluğun kime ait olacağı, diğer bir ifadeyle tüzel kişinin ceza sorumluluğunun olup olmadığı önemlidir¹⁴³.

Tüzel kişiler faaliyetlerini temsilcileri aracılığı ile yürüttüğünden maddi bünyeleri ya da hareket yetenekleri yoktur¹⁴⁴. Tüzel kişiler hareket yeteneğine, dolayısıyla kusur yeteneğin sahip olmadığından tüzel kişilerin suç faili olması mümkün değildir.

Özellikle belirtmek gerekir ki; tüzel kişinin cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığı yönündeki tartışmanın temeli, 765 sayılı TCK’da bu konuda herhangi bir düzenlemenin bulunmamasıdır. Ancak, 5237 sayılı TCK’nın “tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz” şeklindeki hüküm ve düzenleme karşısında bu konudaki tartışmanın anlamı kalmamıştır¹⁴⁵.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre göre ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz (TCK m 20/1). Suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi haline tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını

¹⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Yasin Aslan, **Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı 2010/2, s.233

¹⁴⁴ Artuk - Gökçen, **a.g.e.**, s. 302

¹⁴⁵ İçel, **a.g.e.**, s. 268

uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır (m. 20/2).

Bu değerlendirmeler ışığında, marka suçları bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde ilenmesi durumunda, tüzel kişinin herhangi bir ceza sorumluluğu yoktur. Tüzel kişi, bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması sırasında şüpheli ya da sanık olarak gösterilemez. Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine ileride yaptırım başlığı altında değinilecektir.

5.2.3.2. Mağdur

İradi bir insan davranışı olan suçun, nasıl ki bir faili varsa, aynı şekilde mutlaka bir de mağduru vardır. Suçun mağduru, ceza normu tarafından korunan, suç fiili ile ihlal olunan varlık ya da menfaatin hamilidir¹⁴⁶. Suçun maddi unsurlarından olan mağdur, suçun konusunun ait olduğu kimse ya da kimselerdir¹⁴⁷. Örneğin, hırsızlık suçunun konusu çalınan menkul mal, mağduru ise, bu malın sahibi ya da maliki olan kişidir. Burada, suçun konusu ile mağdurunu karıştırmamak gerekir. Genel bir ifadeyle, bir suçun mağduru, suçun konusunu teşkil eden hakkın ya da menfaatin sahibi, suçun konusu ise, hak ve menfaattir.

6769 sayılı kanunda düzenlenen marka suçlarının mağduru, marka sahibidir. Kanunun 30/1. Maddesinde düzenlenen suçun mağduru; Türkiye’de tescilli markasına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilen kişidir.

Burada, iki hususu belirtmek gerekir. Bunlardan birincisi, marka suçundan dolayı failin cezalandırılabilmesi için, SMK madde 30/5 gereği markanın Türkiye’de tescilli olması gerekir. Haliyle, tescilsiz bir marka sahibi, hiçbir şekilde SMK’da düzenlenen suçun mağduru olamaz.

¹⁴⁶ Tuğrul Katoğlu, **Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları**, AÜHFĐ, 61 (2) 2012, s. 661

¹⁴⁷ Artuk - Gökçen, **a.g.e.**, s. 303,

İkincisi; marka sahibinin tüzel kişi olması durumunda, tüzel kişinin mağdur olup olamayacağıdır. Gerçekten, SMK madde 3'te kimlerin Sınai Mülkiyet Kanununun sağladığı korumadan yararlanabileceği ve marka tescil başvurusunda bulunabileceği düzenlenmiştir.

Buna göre; Bu Kanunla sağlanan korumadan;

a) *Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları,*

b) *Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler,*

c) *Paris Sözleşmesi veya 15.4.1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişiler,*

ç) *Karşılıklılık ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyruğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyruğundaki kişiler yararlanır.*

Bu düzenleme karşısında, sadece gerçek kişilerin değil, tüzel kişilerin de marka sahibi olabileceği açıktır. Marka sahibinin tüzel kişi olması durumunda, tüzel kişinin suçun mağduru olup olamayacağı tartışılmakta ve konu ile ilgili farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre, suçun mağduru sadece gerçek kişi olabilir¹⁴⁸. İnsan dışında, aile, devler, tüzel kişi, kişi toplulukları, gibi kurum ve organlar suçtan zarar gören olabilir, suçun mağduru olamaz¹⁴⁹. Diğer görüşe göre ise, suçun mağduru gerçek ya da tüzel kişiler olabilir¹⁵⁰. Tüzel kişilerin suçun mağduru sıfatını alabilmeleri için işlenen suçun tüzel kişiye karşı işlenebilen bir suç olması, sadece insan aleyhine işlenen suçlardan olmaması gerekir¹⁵¹.

Kanaatimizce, marka sahibi olan tüzel kişiler, marka suçunun mağduru olabilmelidir. Suçun doğası izin verdiği sürece tüzel kişiler de suçun mağduru olabilir. Marka suçları, doğası gereği buna müsaittir. Zira, yukarıda izah edildiği üzere, hem tüzel kişi adına marka tescili mümkündür hem de marka hakkı, mal varlığı hakkıdır ve

¹⁴⁸ Artuk - Gökçen, **a.g.e.**, s.304; Özgenç, **a.g.e.**, s. 203

¹⁴⁹ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 115

¹⁵⁰ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, Filiz Kitabevi, 8. Baskı, İstanbul, C.2, s.454; Doğan Soayaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, 2006, s. 224; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara 2008, s.96

¹⁵¹ Dönmezer – Erman, **a.g.e.**, C.2, s.454

bu hakka bir tüzel kişi de sahip olabilir. Bu nedenle, tüzel kişilere ait varlık ya da menfaatlerin cezaen korunması halinde bu tüzel kişilerin suç mağduru olarak kabul edileceği açıktır¹⁵². Marka suçunun doğası bunu gerektirir.

Marka sahibi dışında, suça konu taklit markalı ürünleri kullanan tüketici ya da lisans, rehin v.b hak sahibi, bu suçun mağduru değil, suçtan zarar gören olarak değerlendirilmesi gerekir. Suçtan zarar gören kimse ile suçun mağduru farklı kavramlardır. Bir suçtan dolayı, suçun mağdurunun yanında başka birisi de hukuken korunan bir hakkının ihlali nedeniyle zarara uğramış olabilir. İkisi arasındaki farkın önemi; suçun mağduru, suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafı olduğu halde, suçtan zarar gören kimse ancak hukuk ilişkisinin tarafıdır¹⁵³. Bu açıdan, lisans hakkı sahibi ya da tüketici, marka suçu nedeniyle suçtan zarar gören olarak, varsa uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilir.

5.2.3.3. Tıpe Uygun Eylem

5.2.3.3.1. Genel Olarak

Marka hakkına tecavüz suçu SMK 30/1. Maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemede, “*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*” kişinin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Kanun; “*mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek, satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek, depolamak*” eylemlerinin cezai yaptırımı bağlamıştır. Ancak bu eylemlerin tipe uygun olabilmesi için ayrıca “*Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek*” işlenmesi gerekir.

¹⁵² Katoğlu, **a.g.m.**, s. 672

¹⁵³ Dönmezer – Erman, **a.g.e.**, C.2, s. 454

Suçun tanımında birden fazla hareket gösterilmiş olmakla birlikte, suçun gerçekleşmesi için bu hareketlerden birinin yapılması, suçun gerçekleşmesi için yeterli olan suçlara “ seçimlik hareketli suçlar” denir¹⁵⁴. Marka hakkına tecavüz suçunun işlenmesi için birçok hareket sayılmış ancak bunlardan birinin işlenmesi halinde failin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Bu açıdan, marka hakkına tecavüz suçu, seçimlik hareketli suçlardandır. Fail, kanunda sayılan hareketlerden birini işlemesi durumunda suç oluşacaktır. Bunun yanında, bu hareketlerden bir kaçının ya da tamamının tek fail tarafından gerçekleştirilmesi durumunda da sadece bir suç oluşur¹⁵⁵.

Fail tarafından işlenen eylemin suçun konusu üzerindeki etkisi itibariyle suçlar tehlike ve zarar suçu olarak ayrılmaktadır. Zarar suçlarında, işlenen eylem ile suç konusunun zarara uğraması aranırken tehlike suçlarında suçun konusu bakımından bir zarar meydana gelme tehlikesinin varlığı yeterlidir¹⁵⁶. Marka hakkında tecavüz suçunun kanuni tanımında sayılan seçimlik hareketlerin herhangi bir zarar meydana getirme şartı aranmamış kanuni tipte sayılan eylemlerin gerçekleştirilmesi, suçun oluşması için yeterli görülmüştür. Bu bakımdan marka hakkında tecavüz suçu zarar suçu değil tehlike suçudur.

SMK 30/1 maddesindeki marka hakkına tecavüz suçunun oluşabilmesi için; “mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek, satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek, depolamak” eylemlerinin gerçekleştirilmiş olması gerekir. Ancak bunların tipe uygun olabilmesi için bu eylemlerin “ Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek” işlenmesi gerekir. Bu nedenle öncelikle “marka hakkına tecavüz”, “iktibas” ve “iltibas” kavramlarını izah etmek gerekir.

¹⁵⁴ İçel, a.g.e., s. 272

¹⁵⁵ Özgenç, a.g.e., s. 173

¹⁵⁶ İçel, a.g.e., 276

5.2.3.3.2. İktibas veya İltibas Suretiyle Marka hakkına Tecavüz

5.2.3.3.2.1. Marka Hakkına Tecavüz

Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller, SMK 29. Maddesinde ve esas olarak SMK 7. Maddesine atıf yapılmak suretiyle sayılmıştır. Buna göre marka hakkına tecavüz sayılan fiiller unlardır:

- Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması. (SMK madde 29/1-a yollamasıyla, madde 7/2-a),
- 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. (SMK madde 29/1-a yollamasıyla madde 7/2-b)
- Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması. (SMK madde 29/1-a yollamasıyla, madde 7/2-c)
- Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.(SMK madde 29/1-b)
- Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak.(SMK madde 29/1-c)
- Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.(SMK madde 29/1-ç)

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, marka hakkına tecavüz suçu açısından eylemlerin tipe uygun olması için, *iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek* işlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, SMK madde 29' da sayılan marka hakkına tecavüz fiilleri başlı başına cezai yaptırım gerektirmez. Bu fiillerin, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle işlenmesi gerekir.

Kanun, marka hakkına tecavüzün *iktibas veya iltibas suretiyle* gerçekleşmesini aradığından, bunun dışındaki tecavüz halleri marka suçunu oluşturmaz. Örneğin, “*Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek*” fiili her ne kadar SMK madde 29/1-ç maddesinde marka hakkına tecavüz fiilleri arasında sayılsa da, bu eylem hiçbir zaman *iktibas veya iltibas suretiyle* gerçekleştirilemeyeceğinden, marka suçunu oluşturmaz.

5.2.3.3.2.2. İktibas

İktibas, kelime anlamı olarak “ödünç alma”, ödünç alınan şey”¹⁵⁷ anlamına gelmektedir. Osmanlıca-Türkçe Lügatte, “bir kelimeyi, bir cümleyi veya bunların manalarını olduğu gibi alma, aktarma”¹⁵⁸ şeklinde tanımlanmıştır. Marka Hukuku açısından ise, markanın izinsiz olarak aynen kullanılması, üretime ya da satışa konu edilmesidir¹⁵⁹. Bu durum markanın birebir taklit edilmesi şeklinde olabileceği gibi, ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması şeklinde de olabilir¹⁶⁰.

Marka hakkına tecavüz teşkil eden bu durum, kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, SMK 7/2. Maddesinde “Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması” şeklinde formüle edilmiştir.

¹⁵⁷ TDK Türkçe Sözlük

¹⁵⁸ Ferit Devellioglu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Aydın Kitabevi, Ankara 2013

¹⁵⁹ Caner Yenidünya, Zafer İçer, *Marka Hakkına Tecavüz Suçları*, Digesta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 73

¹⁶⁰ Dilek Cengiz, *Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*, İstanbul 1995, s.6; Serap Keskin, *Marka ve Patent Ceza Normları ile Korunması*, Seçkin, Ankara 2003, s.133

Kanundaki bu düzenlemeden görüldüğü üzere, iktibastan söz edebilmek için iki unsurun aynı anda varlığı gerekir. Bunlar; *aynı işaretin, aynı mal ve hizmetlerde* kullanılmasıdır. Her iki unsuru da ayrı ayrı aşağıda izah etmeye çalışacağız.

5.2.3.3.2.2.1. Aynı İşaret

“İktibas” kavramının iki asıl unsurundan birincisi, tescilli bir markanın aynısının kullanılmasıdır. Öğretide bunan için; “aynı işaret”, “tıpkı kullanım”, “aynen kullanım” gibi kavramlar kullanılmaktadır. Biz, “aynen kullanım” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

Aynen kullanım, kavramı Mülga 551 sayılı Markalar Kanununda tanımlanmıştı. 551 sayılı Markalar Kanununun 47/a-2 maddesine göre; *“başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibariyle eşini veya ebat yahut renk itibariyle veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmıyacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış sayılır.”*

Aynen kullanım SMK’da ise açıkça tanımlanmamıştır. SMK 29. Maddesinin yollamasıyla madde 7/2-a maddesinde *“Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin”* tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılmasının marka hakkına tecavüz teşkil edeceği hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde SMK 29/1-b maddesinde ise **“ markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek”** marka hakkına tecavüz olarak düzenlenmiştir.

Her ne kadar SMK’da aynen kullanım açıkça tanımlanmamış ise de, yukarıda bahsedilen düzenlemelerden, “aynen kullanım” iki şekilde mümkün olur.

i-Tescilli Markanın aynısının kullanılmasıyla. Bunun için, tescilli marka ile taklit olarak kullanılan markanın **birebir** aynı olması gerekir. Burada, haksız kullanılan işaret ile tescilli marka arasında hiçbir özellik bakımında farklılık ya da değişiklik bulunmamaktadır.

ii- Ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılmasıyla. “Aynen kullanım” bir markanın birebir aynısının kullanımının yanında, ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılmasıyla da gerçekleşir. “Ayırt edilemeyecek kadar benzeri” kavramından ne anlamak gerektiği önemlidir. Bir işaretin, tescilli markaya ayırt edilemeyecek kadar benzeyip benzemediği tamamen sübjektif bir değerlendirmedir. Benzerliğin derecesini tayin ve tespit için objektif kriterler koymak zordur¹⁶¹. Öğretide, işaretin benzer mi yoksa ayırt edilemeyecek kadar benzer mi olduğu ve iktibas oluşturup oluşturmadığı konusunda şüphe varsa, işaretin benzer olduğunun, yani iktibas oluşturmadığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁶².

SMK’da “Ayırt edilemeyecek kadar” olan benzerliğin tespitine ilişkin herhangi bir kriter mevcut olmadığını ve bu nedenle herhangi bir kriter koymanın zor olduğunu ifade etmiştik. Ancak Mülga 551sayılı Markalar Kanunu 47. Maddesinde, “aynen kullanım” olarak kabul edilecek bazı eylemler sayılmıştır. 551 sayılı Markalar Kanunu 47/a-2 ye göre; başkasına ait tescilli bir markanın *biçim, mana* veya bunlardan birisi itibariyle eşini veya *ebat* yahut *renk* itibariyle veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış sayılır. Kanun koyucu, aynen kullanım sayılabilecek bazı eylemleri ve yöntemleri saymıştır. Ancak burada sayılan eylemler, her zaman “aynen kullanım” anlamına gelmediğinden bu nedenle iktibas olarak nitelendirilemez¹⁶³.

İktibasın tespitinde, aynı mal ve hizmetler için tescilli marka ile suça konu işaretin aynı olup olmadığına bakılmalıdır. Bunun dışında, alıcı kitlede yarattığı izlenime ya da karıştırma ihtimalinin var olup olmadığına bakılmaz¹⁶⁴.

Bir markanın birebir aynısının kullanımının tespiti kolaydır. Ancak, bir işaretin ayırt edilemeyecek kadar benzer olup olmadığı, somut olayda özellik arz etmektedir. Örneğin; tescilli markaya ekleme yapılması durumunda, benzerliğin bulunup bulunmadığının tespitinde eğer yapılan ekleme cins ve nitelik belirten bir ifade

¹⁶¹ Cengiz, **a.g.e.**, s. 11

¹⁶² İsa Başbüyük, **Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2. Baskı., s. 102

¹⁶³ Cengiz, **a.g.e.**, s. 7; Donay-Erman, **a.g.e.**, s.53

¹⁶⁴ Başbüyük, **a.g.e.**, s. 103

ise, bu durumda aynen kullanım söz konusudur¹⁶⁵. Yargıtay, tescilli “Breitling” saat markasına eklemeye yapılmak suretiyle “ Breitling Sa” olarak oluşturulan işaretin, saat markası (aynı ürün) olarak kullanılmasını, iktibas olarak değerlendirmiş ve faile ceza verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁶⁶.

Tescilli markanın bulunduğu, kullanılmış orijinal ürün ambalajlarının, marka hakkı sahibinin izni olmaksızın kullanılması, iktibas olarak kabul edilmez ve bu durumda marka hakkına tecavüz suçu oluşmaz¹⁶⁷. Zira bu durumda fail, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz etmemekte, tescilli markalı ambalajları, marka hakkı sahibinin onayı olmadan kullanmaktadır. Yargıtay, kullanılmış yoğurt ambalajlarının içerisinde tekrar yoğurt mayalamak suretiyle piyasa sürülmesi eylemini, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz olarak değerlendirmemiş, bu durumda haksız rekabet suçunun oluştuğuna ve failin bu suçtan dolayı cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir¹⁶⁸.

5.2.3.3.2.2. Aynı Mal ve Hizmet

SMK madde 11/3’e göre, başvuru esnasında marka; 12.7.1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşmasına göre sınıflandırılır. Bu kapsamda, Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından Marka Tescil Başvurularına Ait Mal Ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ¹⁶⁹

¹⁶⁵ Başbüyük, **a.g.e.**, s. 104

¹⁶⁶ “Sanığın işyerinde suç tarihinde yapılan usulüne uygun arama neticesinde tanzim edilen tutanakta suça konu 3 adet Breitling Sa marka saatin vitrinde satışa arz edilmiş vaziyette bulunduğu belirtilmesi ve bu saatlerle ilgili olarak yapılan ve mahkemesince 03.04.2012 tarihinde havale edilen bilirkişi raporunda söz konusu saatlerin Breitling markasının taklidi olduğunun ve satışa arz edildiğinin, bu haliyle marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz oluşturduğunun belirtilmesi karşısında, sanığın üzerine atılı suçun sübut bulunduğu gözetilmeden “mahkûmiyeti” yerine, yerinde görülmeyen gerekçeyle yazılı şekilde “beraatine” karar verilmesi...” Yargıtay 19. C.D. 05.10.2015, E 2015/ 8214, K 2015 / 5065 (sinerji mevzuat)

¹⁶⁷ Başbüyük, **a.g.e.**, s. 106

¹⁶⁸ “Hükümün konusunun iddianamede anlatılan eylemden ibaret olması karşısında, sanığın katılana ait yoğurt markasının kullanılmış ambalajlarına, marka hakkı sahibinin izni ve rızası dışında yoğurt doldurarak satışa sunma şeklinde gerçekleşen eyleminin TTK'nun 57/5. maddesinde belirlenen haksız rekabet suçunu oluşturduğu ve aynı yasanın 64/1-5. maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, yerinde görülmeyen gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 19. C.D. 08.09.2015, E 2015/6889, K. 2015/3981 (sinerji mevzuat)

¹⁶⁹ 2016/2, R.G., 30.12.2016, 29934

yayınlanmıştır. Tebliğde yer alan Mal ve Hizmet Sınıflandırma Listesinde, mallar 34, hizmetler 11 sınıfta toplanmıştır.

İktibas suretiyle marka hakkına tecavüzdten bahsedebilmek için “aynen kullanım” eyleminin “ aynı mal ve hizmet” ile ilgili olması gerektiğini ifade etmiştik. “ Aynı mal ve hizmet” kavramından, tescilli markanın tesciline konu mal ve hizmetler anlaşılmalıdır¹⁷⁰. Bir markanın tescil edilmesi ile marka sahibine, “ marka tescil belgesi” verilir. Bu belgede markanın kullanılacağı mal veya hizmetin türü, markanın tescil edildiği sınıf yazılıdır. Bu nedenle, markanın “ aynı mal veya hizmet” ile ilgili olup olmadığı, marka tescil belgesine göre de tayin edilebilir¹⁷¹.

Ancak marka hakkına tecavüz suçunda, iktibasın tespiti açısından “aynı mal ve hizmet” kriteri olarak sadece Nis Anlaşmasına göre yapılan sınıflandırmaya bağlı kalmak doğru değildir¹⁷². Söz konusu anlaşmada yer alan sınıflandırma marka hakkının korunmasının sınırlarını belirlememekte, sadece markaların tescil edilmesinde yardımcı olmaktadır.

Bu nedenle, aynı mal ve hizmet kavramını, tescilli markanın tescil edildiği sınıftaki mal ve hizmet olarak kabul etmek, geniş bir yorum olacaktır. Örneğin; Mal ve Hizmet Listesine göre, ‘biberon’ ile “ortopedik ayakkabı’ 10. Sınıfta yer almaktadır. 10. Sınıfta tescilli ortopedik ayakkabı markasının aynısının ya da ayırt edilemeyecek kadar benzerinin biberon markası olarak kullanılması eylemini cezalandırmak, hukuki koruma ile elde edilecek neticeye ceza normları ile ulaşmak anlamına gelecektir. Dolayısıyla, mal veya hizmetlerin benzer olup olmadıkları tespit edilirken ilgili tüketici kitlesi de esas alınmalıdır¹⁷³. İlgili çevre tarafından iki işletmenin arasında bağlantı bulunduğu kabul edilebileceği derecede yakın mal veya hizmetler söz konusu ise mal veya hizmetler açısından iltibas ihtimalinin bulunduğu kabul edilebilir¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Sevilay Uzunallı, **Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s .29

¹⁷¹ Yasaman, **a.g.e.**, C.1, s.225

¹⁷² Tekinalp, **a.g.e.**, s. 442

¹⁷³ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 442

¹⁷⁴ Selçuk Öztek, **556 Sayılı KHK Çerçevesinde Benzer Mal ve Hizmet Kavramı**, İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Özel Sayı 4, 2007, s. 209

5.2.3.3.2.3. İltibas

5.2.3.3.2.3.1. Genel Olarak

Marka hakkına tecavüz suçu açısından eylemlerin tipe uygun olması için, gerekli olan diğer unsur da, eylemin marka hakkına *iltibas suretiyle* tecavüz ederek işlenmesidir. İltibas; kelime olarak birbirine benzeyen iki şeyin karışması, birbirini andırması¹⁷⁵ anlamına gelmektedir. Doktrinde ise iltibas, “tescilsiz bir işaretin veya tescil edilmiş bir markanın; daha önce tescil edilmiş bir marka ile şekil, görünüş, ses, genel izlenim vs. sebeple ya aynı ya da benzer olduğu için, hedef kitlede önce tescil edilmiş marka olduğu zannını uyandırması tehlikesi”¹⁷⁶ şeklinde ifade edilmiştir. Özetle iltibas, iki işaretin herhangi bir benzerlikten dolayı karıştırılması, iltibas oluşturmak ise; bir işareti, başka bir işaret ile karıştırma ihtimali oluşturulacak şekilde kullanmaktır.

Hukukumuzda iltibas, ilk olarak Alamet-i Fakir Nizamnamesi 15. Maddesinde¹⁷⁷ yer almıştır. Maddede, markanın taşıyıcı yani değiştirilerek kullanılması cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Daha sonra yürürlüğe giren 551 sayılı Markalar Kanunu 47/a-3 maddesinde iltibas kavramından bahsedilmiştir. Buna göre, *başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibariyle ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benziyen ve bu suretle iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanan kimse o markanın benzerini kullanmış sayılır.*

İltibas, 556 sayılı KHK’da kavram olarak yer almadığı gibi, doğrudan da tanımlanmamıştır. Bunun yerine, marka tescilinden doğan hakların kapsamı başlıklı 9. Maddesinin 1/b bendinde;

¹⁷⁵ TDK Türkçe sözlük

¹⁷⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, s.436

¹⁷⁷ Nizamname madde 15: “Evvla hile niyetiyle bir alametin yalnız resmini taşıyıcı ve böyle alameti istimal eyleyenlerden, saniyen eşya ve emtianın cinsi hakkında müşteriyi aldatmak niyetiyle bir cinse mahsus alameti diğer bir cinse vazedenlerden, salisen bu alametlerin vazolunduğu eşyayı bilerek satan veyahut satılığa çıkaranlardan iki adet yüzlük liradan otuz adet yüzlük lira kadar cezayı nakdi alınır veyahut bir haftadan iki aya kadar hapis cezasıyla veya işbu cezanın ikisiyle mücazat olunur.”

“tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması” şeklindeki düzenlemede dolaylı olarak iltibastan bahsedilmiştir. Burada iltibas kavramına işaret eden ifade *“halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması”* ifadesidir.

İltibas, 556 sayılı KHK’da olduğu gibi, 6769 sayılı SMK’da da doğrudan tanımlanmamıştır. Ancak kanun, KHK’da düzenlemeyi aynen almıştır. SMK’nın *“Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları”* başlıklı 7. Maddesinin 2/b maddesinde *“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”* düzenlemesi yer almaktadır.

Burada, iltibas kavramına işaret eden ifade *“halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması”* ifadesidir.

Marka hakkına tecavüz suçunun düzenlendiği SMK 30/1. Maddesinde *“marka hakkına iltibas ve iltibas suretiyle tecavüz”* ifadesi yer almakta, ancak iltibastan ne anlaşılması gerektiği ilgili düzenlemede yer almamaktadır. Bu nedenle, iltibas kavramının SMK’nın 7/2-b maddesinde anlam olarak ifade edildiği şekliyle izah etmek gerekir.

SMK’da iltibasın tanımlanmadığını belirtmiştik. Madde 30’da suç tipinde *“iltibas suretiyle tecavüz”* ifadesi yer almasına rağmen, tecavüz hallerini düzenleyen 29. Maddenin atfıyla 7/2-b maddesinde ise, iltibastan bahsedilmeyerek *“ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali”* ifadesinin yer almaktadır. Buradan hareketle; SMK’da iltibasın; *“ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali”* olarak tanımlandığını söylemek mümkündür.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, mevzuatımızda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda da “iltibas” kavramı yer almaktadır. TTK m.55 hükmünde başlıca haksız rekabet halleri sayılmış ve TTK m. 55/1(a) hükmünün dördüncü cümlesinde, *başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almanın haksız rekabet hallerinden birini oluşturacağı* hüküm altına alınmıştır. Maddenin gerekçesinde ise, iltibas yerine karıştırılma kelimesini kullanıldığı, "Karıştırılma"nın yanıltmayı, kandırmayı, yanlış algılatırmayı da kapsayacağı belirtilmiştir¹⁷⁸.

Karıştırılma ihtimali, klasik ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır¹⁷⁹. Klasik anlamda karıştırılma ihtimali, bir mal veya hizmetin alıcısı durumunda bulunan kimselerin almak istediği, bir mal veya hizmeti aldığı düşüncesiyle (karıştırarak), başka bir işletmenin aynı veya benzer malını veya hizmetini alma ihtimali ile karşı karşıya olmasıdır. Geniş anlamda iltibasta ise halk, markaları ve işletmeleri birbirinden ayırt etmekte fakat işletmeler arasında bağlantı bulunduğunu düşünmektedir¹⁸⁰.

Markanın aynısının veya benzerinin, markanın kapsadığı mal veya hizmetlerden farklı mal veya hizmetlerde kullanılması durumunda ise, eğer tüketici marka sahibinin farklı mal veya hizmet sunmaya çalıştığı düşünülüyorsa, dolaylı iltibastan söz edilebileceği belirtilmektedir¹⁸¹.

5.2.3.3.2.3.2. İltibasın Unsurları ve Tespiti

İltibas suretiyle marka hakkına tecavüzde, aynı işaretin benzer mal veya hizmetlerde yahut benzer işaretin aynı/benzer mal veya hizmetlerde kullanılması ve söz konusu kullanımın karıştırma ihtimaline yol açması gerekmektedir¹⁸². Buna göre, iltibastan söz edebilmek için; benzer işaret, aynı/benzer mal veya hizmet, karıştırılma ihtimali unsurlarının bir arada bulunması gerekir.

¹⁷⁸ TTK 55. Madde gerekçesi

¹⁷⁹ Sevgi Epçeli, **Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali**, İstanbul 2006, s. 1

¹⁸⁰ Hanife Dirikkan, **Tanınmış Markanın Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 166

¹⁸¹ Canan Küçükali, **Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 67.

¹⁸² Başbüyük, **a.g.e.**, s.118

5.2.3.3.2.3.2.1. Benzer İşaret

Tescilli bir marka üzerinde yapılan değişiklik, alıcıların marka ile işareti karıştırmaları konusunda az da olsa bir kuşkuya sebep oluyorsa, aynı işaretin kullanılmasından değil, benzer işaretin kullanılmasından söz edilir¹⁸³.

İltibas ihtimalinin araştırılmasında, markalar arasında benzerlik bulunup bulunmadığından başlanmalı ve benzerliğin olup olmadığına markanın bütünü itibariyle bıraktığı etki dikkate alınarak karar verilmelidir¹⁸⁴.

Marka, esas ve tali unsurlardan oluşur. Esas unsurlar markanın ayırt edici nitelik taşıyan, özgün, karakteristik unsurlardır. Bir işletmenin markasını, diğerinden ayıran, farklı kılan markanın esaslı unsurudur. Tamamlayıcı unsurlar ise markada ayırt edici nitelik taşımaz, ilgili herkes tarafından kullanılabilir ve ancak belirli koşullara bağlı olarak esas unsurlarının yanında tamamlayıcı unsur olarak tescil edilebilirler¹⁸⁵. Bu nedenle marka, birden fazla unsuru içeriyorsa, ilk defa fark edilip akılda kalan ve tüketicinin genel izlenimini edinmesinde asıl rolü oynamaya elverişli olan unsur esas alınmalı ve iltibasın bulunup bulunmadığı bu şekilde tespit edilmelidir¹⁸⁶. Bu yüzden ayrıntılardaki farklılığın önemi yoktur¹⁸⁷.

Yargıtay; “ ÜLKER HOBY” markası ile “ LOBY” markasını, benzerli değerlendirilmesinde *ayrıntılardan değil bütüne ilişkin benzerliğin* dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir¹⁸⁸.

¹⁸³ Sami Karahan, **Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Mimoza Yayınları**, Konya 2002, s. 50.

¹⁸⁴ Arkan, **a.g.e.**, C I, s.99.; Dirikkan, **a.g.e.**, s.177

¹⁸⁵ Yargıtay HGK, E. 2017/ 1729, K. 2017 / 1186

¹⁸⁶ Yenidünya – İçer, **a.g.e.**, s. 76

¹⁸⁷ Donay-Erman, **a.g.e.**, s.55

¹⁸⁸ “Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere nazaran, markaların tüketiciler tarafında yanı anda gözönünde bulundurulamayacağı, ayrıntılar değil bütüne ilişkin benzerlik markanın kullanıldığı ürünün tüketici kesiminin çocuklar olduğu nazara alındığında markaların iltibasa yol açacağı, benzer nitelikteki Ankara 8. Asliye Ticaret Mahkemesinin 1998/931 Esas sayılı davada verilen kararın Yargıtay denetiminden de geçerek kesinleştiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.” Yargıtay 11.H.D. 05.10.2000, E. 2000/ 4309, K. 2000 / 7468 (sinerji mevzuat)

5.2.3.3.2.3.2.2. Aynı veya Benzer Mal/Hizmet

İltibası suretiyle marka hakkına tecavüz için, tescilli markaya benzer işaretin, tescilli marka ile aynı ve benzer mal veya hizmette kullanılması gerekir. Diğer bir ifadeyle, iltibas için, benzer işaret aynı veya benzer mal ve hizmetler için kullanılması gerekir. İşaretler benzer ancak farklı mal ve hizmetlerde kullanılıyorsa bu durumda iltibastan bahsedilemeyecektir. “Benzer mal veya hizmet” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcut olup¹⁸⁹, SMK’da da bu konuda herhangi bir kriter öngörülmemiştir.

SMK madde 11/3’e göre, başvuru esnasında; 12.7.1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşmasına göre sınıflandırılır. Bu kapsamda, Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından Marka Tescil Başvurularına Ait Mal Ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ¹⁹⁰ yayınlanmıştır. Markalar, buna göre sınıflandırılmaktadır. Tebliğdeki ayırım, aynılığın ya da benzerliğin tespitinde kesin ve bağlayıcı değildir. Bu husus, Nice Anlaşmasının 2/1. Maddesinde sınıflandırmanın korumanın kapsamı bakımından bağlayıcı olmadığı belirtilmiştir¹⁹¹. Buna paralel olarak, SMK madde 11/4. Maddesinde “*Mal veya hizmetlerin aynı sınıflarda yer almaları benzer olduklarına, farklı sınıflarda yer almaları da benzer olmadıklarına karine teşkil etmez*” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

İktibas başlığın altında da belirttiğimiz üzere, mal ve hizmetlerin benzerliği ya da aynılığının tespitinde sınıflandırmaya bağlı kalınmaması gerekir. Sınıflandırma, sadece marka tescili aşamasındaki bir ayırımdır. Bu yüzden sınıflandırma, genellikle bir işaretin marka olarak tescil edilip edilemeyeceğinin tespiti açısından dikkate alınabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında¹⁹² “*TPE tarafından Nice Anlaşması göz*

¹⁸⁹ Benzer ürün hakkında bkz. Ali Paşlı, **Marka Hukukunda Ürün Benzerliği**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018

¹⁹⁰ 2016/2, R.G., 30.12.2016, 29934

¹⁹¹ Nice Anlaşması Madde 2/1 : “Sınıflandırma tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınırlarının değerlendirilmesi konusunda özellikle bağlayıcı olmayacaktır.”

¹⁹² “*Mal veya hizmetlerdeki ya da onların türündeki "aynıyet" de, yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık bir husus olup, mal veya hizmetin kendisinde ya da türünde özdeşlik anlamına gelmektedir. Aynıyet kural olarak markanın tâbi olduğu sınıf değerlendirilerek tespit edilecek olmakla birlikte, TPE tarafından*

önünde bulundurularak yapılan sınıflandırmanın esas itibariyle idarî fonksiyonunun bulunduğu, yani tescil amacına hizmet ettiği unutulmamalı ve aynı sınıf veya gruptaki markaların mutlaka aynı türden mal veya hizmeti ayırt etmek için kullanıldığı sonucuna varılmamalıdır. Dolayısıyla aynı sınıf içinde gruplandırılmış olmanın mal veya hizmetlerin aynı olduğuna delalet ettiğini, ancak fiili bu karinenin aksinin ispatlanabileceğim kabul etmek adil bir çözüm şeklidir” şeklinde karar vermiştir.

Doktrinde, iltibasın tespiti bakımından, mal veya hizmetin benzer olup olmadığının tayininde, dikkate alınması gereken bazı kriterler sayılmıştır¹⁹³. Bunlar;

- Mal/Hizmetlerin hitap ettikleri alıcı (tüketici) çevresinin benzer olup olmadığı¹⁹⁴,
- Mal/Hizmetlerin benzer ihtiyaca yönelik olup olmadıkları,
- Mal/Hizmetlerin tüketici ve kullanıcıların profilleri,
- Mal/Hizmetlerin birbiri yerine ikame edilip edilemediği,
- Mal/Hizmetlerin birbirlerini tamamlama imkanının olup olmadığı
- Mal/Hizmetlerin kullanım amaçları, kullanım yöntemleri, dağıtım ve satış kanalları gibi kriterlerdir.

Bunun yanında ilgili çevre tarafından, iki işletmenin arasında bağlantı bulunduğunun kabul edilebileceği derecede yakın mal veya hizmetler söz konusu ise mal veya hizmetler açısından iltibas ihtimalinin bulunduğu kabul edilebilir¹⁹⁵.

Yargıtay; iltibas veya iltibas tehlikesi doğrucu benzerlik bulunup bulunmadığına yönelik araştırmada genel olarak göz önüne alınması gereken kriterleri; *“piyasanın anlayışı, benzer alıcı çevresine hitap edilip edilmediği, benzer ihtiyaçların giderilip giderilmediği, birbirleri yerine ikame edilebilme ve rekabet etme olanağı olup*

Nice Anlaşması göz önünde bulundurularak yapılan sınıflandırmanın esas itibariyle idarî fonksiyonunun bulunduğu, yani tescil amacına hizmet ettiği unutulmamalı ve aynı sınıf veya gruptaki markaların mutlaka aynı türden mal veya hizmeti ayırt etmek için kullanıldığı sonucuna varılmamalıdır. Dolayısıyla aynı sınıf içinde gruplandırılmış olmanın mal veya hizmetlerin aynı olduğuna delalet ettiğini, ancak fiili bu karinenin aksinin ispatlanabileceğim kabul etmek adil bir çözüm şeklidir.” Yargıtay H.G.K. 29.01.2016, E. 2015/ 3127, K. 2016 / 114 (sinerji mevzuat)

¹⁹³ Karasu (Suluk/Nal), **a.g.e.**, s. 185, Arkan, **a.g.e.**, C I, s.102.

¹⁹⁴ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 442

¹⁹⁵ Özbek, **a.g.m.**, s. 209

olmadığı, dağıtım kanallarının ortak olup olmadığı ve mal veya hizmetlerin kullanım yöntemleri, amaçları, hedeflenen tüketici kitlesi” olarak belirtmiştir¹⁹⁶.

5.2.3.3.2.3.2.3. Karıştırma İhtimali

İltibasın tespitinde, benzer işaretin benzer mal veya hizmette kullanılması yeterli değildir¹⁹⁷. İki işaret arasındaki benzerliğin, kullanıcı (alıcı/tüketici/halk) nezdinde karışıklığa neden olması gerekir¹⁹⁸. Bu karıştırma ihtimalinin de, iki markanın aynılığı ya da benzerliği veya kapsadığı mal/ hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle meydana çıkması gerekir.

Bu husus, SMK 7/1-b maddesinde “ **halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali**” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Hemen belirtelim ki; “karıştırma ihtimali” her ne kadar çalışmamızın konusu açısından marka hakkına tecavüz cihetinden ele alıyor olsak da, bunun (karıştırma ihtimali) varlığı sadece marka hakkına tecavüz teşkil etmez. Aynı zamanda, SMK madde 6/1¹⁹⁹ gereği marka başvurusu açısından nispi red nedenlerindedir. Bunun yanında, SMK 25/1. Maddesinde “ *5 inci veya 6 ncı maddede sayılan hallerden birinin mevcut olması halinde mahkeme tarafından markanın hükümsüzlüğüne karar verilir*” hükmü yer almaktadır. Burada SMK 6. Maddeye yapılan atıf nedeniyle “ karıştırma ihtimali” aynı zamanda bir marka açısından “ hükümsüzlük” nedenidir.

¹⁹⁶ “Ancak, Marka Başvurularında Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ’e göre farklı sınıflardaki ya da aynı sınıfın farklı alt gruplarında yer alan mal veya hizmetler arasında 556 sayılı KHK’nın 8/1-b maddesi hükmü anlamında iltibas veya iltibas tehlikesi doğrucu benzerlik bulunup bulunmadığına yönelik araştırmada genel olarak göz önüne alınması gereken kriterler; piyasanın anlayışı, benzer alıcı çevresine hitap edilip edilmediği, benzer ihtiyaçların giderilip giderilmediği, birbirleri yerine ikame edilebilme ve rekabet etme olanağı olup olmadığı, dağıtım kanallarının ortak olup olmadığı ve mal veya hizmetlerin kullanım yöntemleri, amaçları, hedeflenen tüketici kitlesi vb.’dir.” Yargıtay 11.H.D. 16.12.2015, E 2015/ 6186, K 2015 / 13578 (sinerji mevzuat)

¹⁹⁷ Başbüyük, **a.g.e.**, s. 130

¹⁹⁸ Cengiz, **a.g.e.**, s.16

¹⁹⁹ SMK m. 6/1: “Tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedilir.”

5.2.3.3.2.3.1. İltibasın (Karıştırma İhtimalinin) Tespiti

Marka hakkına tecavüz suçu açısından, eylemin tipe uygun olup olmadığına karar verilebilmesi için öncelikle iltibasın varlığının tespiti önemlidir. Bunun için de, “karşıtıma ihtimali” nin varlığı gerekir. Tescilli marka ile fail tarafından kullanılan işaret arasındaki iltibasın var olup olmadığı değerlendirilirken, markalar arasındaki ve mal veya hizmetler arasındaki benzerliğin ayrı ayrı incelenmesi yerine, toplu bir değerlendirme yapılması daha doğru olacaktır²⁰⁰. Bir marka tescil edilirken tüm unsurları birlikte değerlendirilerek tescil edildiğinden, benzerlik tespiti yapılırken de aynı şekilde tüm unsurları bütün olarak değerlendirilmelidir²⁰¹.

İltibasın tespitinde, kanunda hangi kriterlerin esas alınacağı belirtilmemiştir. Ayrıca, karşıtırma ihtimali gibi son derece sübjektif bir değerlendirmenin yapılması için herhangi bir ölçüt belirlemek de son derece zordur. Zira bu değerlendirme yapılırken hem işaretler arasındaki benzerlik dikkate alınacak hem de bu benzerliğin halk nezdinde ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karşıtırılma ihtimaline neden olup olmadığına karar verilecektir.

Bu nedenle, doktrin ve Yargıtay kararları ışığında bazı kriterleri saymak mümkündür.

i-Bütünlük Ölçütü: Yargıtay, bir işaretin “*sescil ve anlamsal olarak bıraktığı umumi intiba bakımından davacının markalarıyla iltibasa sebebiyet verecek derecede benzer olduğu*” na²⁰² hükmetmiştir. Tüketiciler markayı ayrı ayrı unsurlarına dikkat ederek değil, bir bütün olarak algılar²⁰³. Her ne kadar SMK’da ve bundan önceki 56 sayılı KHK’da yer almamasına rağmen, 551 sayılı Markalar Kanununun 47/a-3. Maddesinde “*Başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumi intiba*

²⁰⁰ Dirikkan, **a.g.e.**, s. 191

²⁰¹ Küçükali, **a.g.e.**, s. 139

²⁰² “*davacının markalarının asıl ve ayırt edici unsurunun “INNOVIA”, “WALLS OF INNOVATION”, “INNOVİDA”, “INNOVİDAHAUSE”, “INNOVIA” ibaresinden oluştuğu, davalı başvurusunun “innova+win şekil” ibaresinden oluştuğu, işaretin sescil ve anlamsal olarak bıraktığı umumi intiba bakımından davacının markalarıyla iltibasa sebebiyet verecek derecede benzer olduğu,*”

Yargıtay 11.H.D. 10.10.2017, E 2016/ 3176, K 2017 / 5197 (sinerji mevzuat)

²⁰³ Küçükali, **a.g.e.**, s. 139

itibariyle ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu suretle iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanan kimse o markanın benzerini kullanmış sayılır” hükmü yer almaktadır.

Markalar arasında birçok noktada fark bulunduğu tespit edilse bile “umumi intiba” ikisinin karıştırılabileceği yönünde ise, iki işaret arasında karıştırma ihtimalinin bulunduğu kabul edilmelidir²⁰⁴.

ii-İşaretlerin Birbirini Çağrıştırması: İşaretler arasında benzerlik büyük olmasa da, işaretler birbirini çağrıştırabilir. Kaldı ki, SMK 7/1-b maddesinde “ **halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali”** ifade yer aldığından, bu ölçüt önem kazanmaktadır. Yargıtay bir kararında²⁰⁵, “*karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde herhangi bir sebeple bağlantı kurma ihtimalidir. Buradaki "ihtimal" kelimesi özenle ve özellikle kullanılmış bir kelime olup, şekil, ses, anlam, genel görünüm, çağrışım ve bir seri içinde bulunma izlenimi bu kapsamda değerlendirilmektedir”* şeklinde karar vermiş ve karıştırma ihtimalinin tespitinde çağrışımı da ölçüt olarak saymıştır.

iii-Markalar Arasında Bağlantı Kurulması Tehlikesi: Tüketicinin iki işaret arasında herhangi bir şekilde bağlantı olduğu ve herhangi bir nedenle aldığı malın başka bir işletmeye ait olduğunu bilse de, güvendiği işletme ile malını aldığı işletme arasında ekonomik ya da organik bir bağ bulunduğunu düşünse bile karıştırma tehlikesi mevcuttur²⁰⁶. Buradaki bağlantı, markalar arasında olabileceği gibi, markaları üreten işletmeler arasında da olabilir. İki markayı da aynı işletmenin ürettiği ya da işletmelerin

²⁰⁴ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 443

²⁰⁵ “*Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise; bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halk olduğunun göz önünde tutulmasıdır. Karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde herhangi bir sebeple bağlantı kurma ihtimalidir. Buradaki "ihtimal" kelimesi özenle ve özellikle kullanılmış bir kelime olup, şekil, ses, anlam, genel görünüm, çağrışım ve bir seri içinde bulunma izlenimi bu kapsamda değerlendirilmektedir.”* Yargıtay H.G.K. 26.02.2016, E 2014/11-627, K 2016/180 (sinerji mevzuat)

²⁰⁶ Küçükali, **a.g.e.**, s. 142

aynı gruba ait olduğu, ortak ya da kardeş şirket oldukları yönünde kurulacak bağlantı ihtimali, marka hakkına tecavüz oluşturur²⁰⁷.

Bunun yanında, iltibasın tespitinde, markalı ürünün tüketicisi olan muhatap kitle açısından da değerlendirme yapılmalıdır²⁰⁸. SMK 7/2-b maddesinde yer alan “ halk tarafından” ifadesiyle işaret edilen toplumun tamamı değil, karıştırma tehlikesi ile karşı karşıya gelen ilgili toplumsal kesimdir²⁰⁹.

Karıştırma ihtimalinin tespitinde benzer mal ve hizmet, her kesimden tüketicie hitap ediyorsa, işaretlerin ortalama bir tüketicide uyandırdığı izlenime bakılmalıdır²¹⁰. Ancak, tüketici her zaman aynı özeni ve dikkati göstermez. Bu farklılık, ürünün kullanım ve satın alınma sıklığına göre değişiklik gösterir. Her gün alınan bir “gofret” konusunda gösterilen dikkat ile uzun süre kullanılacak bir “cep telefonu” için gösterilen dikkat aynı değildir.

Bunun yanında, bazı ürünler ya da hizmetler toplumun sadece belli bir kısmına ya da grubuna hitap ediyor olabilir. Hatta daha dar bir kesime hitap eden, uzmanlık sahibi alıcı grubu olan markalar olabilir. Böyle durumlarda, karıştırma ihtimalinin değerlendirilmesinde, hedef kitlenin izlenimi ve tepkisi önem taşır²¹¹.

İltibasın tespitini, yargılama sırasında hâkim karar verecektir. Hâkim, bariz olarak işaretler arasında karışıklık ihtimalini gerekli kılacak benzerlik ve ayniyetin varlığını tespit ettiği durumda, bilirkişiyeye gitmeyerek, uyuşmazlığı çözebilir²¹². Ancak, bu her zaman mümkün olmayabilir. Ancak, iltibasın yani karıştırma ihtimalinin tespiti, teknik bilgi ve toplumsal araştırma gerektirir²¹³. Ceza Muhakemesi Kanununun 63. Maddesinde yer alan hükme göre, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafininin veya kanuni

²⁰⁷ Küçükali, **a.g.e.**, s. 143

²⁰⁸ Şükrü Yıldız, **Hukuki Mütalaalar – 2**, Oniki Levha yayınları, İstanbul 2015, s.125

²⁰⁹ Dirikkan, **a.g.e.**, s. 188

²¹⁰ Cengiz, **a.g.e.**, s. 30, Ömer Teoman, **Yaşayan Ticaret Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, C I, s. 57

²¹¹ Küçükali, **a.g.e.**, s. 142

²¹² Küçükali, **a.g.e.**, s. 144

²¹³ Arseven, **a.g.e.**, s. 139

temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Özellikle bazı durumlarda, uyuşmazlığın çözümü, bilirkişi incelemesini gerekli kılmaktadır. Örneğin Yargıtay, ilaç makası açısından yapılacak araştırmada, bilirkişi heyetinde asıl kullanıcı kesimi dikkate alınarak doktor ve eczacıdan oluşan heyetin düzenlediği kararın hükme esas alınması gerektiğini belirtmiş ve aksine kararı uygun bulmamıştır²¹⁴.

5.2.3.3.2.3.2. İşaretin Kullanılması Gerekliği

Marka hakkına tecavüz suçu açısından iltibası suretiyle tecavüzün var olup olmadığının tespitinde, söz konusu iki ayrı marka vardır. Bunlardan birisi, mağdurun markası olan tescilli marka, diğeri şüpheli/sanık tarafından kullanılan işarettir. Bu nedenle, SMK madde 30/1 de düzenlemiş olan marka hakkına tecavüz suçu açısından, hem tescilli markanın sahibi tarafından kullanılması hem de iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek oluşturulan taklit işaretin ‘markasal kullanımı’ nı ayrı ayrı ele almak gerekir.

5.2.3.3.2.3.2.1. Marka Sahibinin Markasını Kullanma Zorunluluğu

Marka sahibi, tescilli markasını tescil edildiği şekilde kullanmakla yükümlüdür²¹⁵. 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

²¹⁴ “Somut olayda, davacı vekili, müvekkilinin “...” ibareli marka başvurusunun davalının aynı sınıfta tescilli “...” ibareli markası ile benzer olmadığını ve iltibas yaratmayacağını ileri sürmüştür. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda, davacı başvurusu ile davalı markasının mide hastalıklarının tedavisinde yoğun ve yaygın şekilde kullanılan “...” etken maddesinden esinlenerek türetildiği, taraf markalarıyla karşılaşan hekim ve eczacı gibi uzman tüketicilerin markalardaki küçük farklılıkları bile kolayca ayırt edebilecekleri ve markaları karıştırmayacakları belirtilmiştir. Bu durumda, mahkemece, “...” etken maddesinden türetilen davalı markası ile davacının “...” ibareli başvurusu arasında hekim ve eczacıdan oluşan asıl kullanıcı kesimi dikkate alındığında 556 sayılı KHK’nın 8/1-b maddesi kapsamında iltibas ihtimali

Bulunmadığı göz önüne alınarak davanın kabulüne karar verilmesi Gerekirken, alanında uzman bilirkişi heyetince düzenlenen bilirkişi raporunun aksine yazılı şekilde karar Verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11.H.

D. 23.05.2016, E. 2015/ 10968, K. 2016 / 5507, (sinerji mevzuat)

²¹⁵ Karasu (Suluk/Nal), a.g.e., s. 216

karar verilir (SMK m. 9/1). Markanın işlevine ve tescil amacına uygun olarak, markanın piyasada tanınması ve tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından ayırt ediciliği sağlayacak şekilde ve yoğunlukta kullanılması, ciddi kullanım olarak tanımlanmıştır²¹⁶.

Eğer markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılıyorsa, marka kullanılmış sayılır. Burada önemli olan, marka kullanılırken markanın ayırt edici karakterinin değiştirilmemesi ve kullanılan şekil ile tescilli markanın farklı markalar olarak algılanmamasıdır.

Marka, tescil edilmekle sahibine münhasır yetkiler kazandırır. Bu kapsamda marka sahibi, markasını kendisi kullanabileceği gibi, üçüncü kişilere de kullandırabilir. İşte, markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması da marka sahibi tarafından kullanım olarak kabul edilir (SMK m. 9/3). Ayrıca markanın sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarında kullanılması da, markayı kullanma olarak kabul edilir (SMK m. 9/2).

Kanunda, 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 verileceği yazlıdır. SMK 26/4. Maddesine göre, markanın, beş yıllık sürenin dolması ile iptal talebinin Kuruma sunulduğu tarih arasında tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından ciddi biçimde kullanılmış olması halinde, 5 yıl kullanmamaya ilişkin iptal talepleri reddedilir.

Kanundaki bu düzenlemelerden, görüldüğü üzere bir markanın kullanmama nedeniyle iptal edilmesi mümkündür. Ancak, iptal için geçerli sebepler bulunsun ya da bulunmasın, bir marka iptal edilmediği sürece, marka sahibi kanunun kendisine tanıdığı tüm korumalardan yararlanır. Bu nedenle, marka hakkına tecavüz suçu açısından, markanın sahibi tarafından kullanılıp kullanılmadığının bir önemi yoktur. Eylemin gerçekleştiği tarih itibariyle, tecavüz edilen markanın Türkiye’de tescilli ve iptal edilmemiş olması yeterlidir.

²¹⁶ Tekinalp, a.g.e., s. 436

5.2.3.3.2.3.2.2. Failin Markasal Kullanım Zorunluluğu

Marka hakkına tecavüz suçu açısından tipe uygun eylemlerin kanunda seçimlik olarak sayıldığını ve bunların “Mal Üretmek, Hizmet Sunmak, Satışa Arz Etmek, Satmak, İthal / İhraç Etmek, Ticari Amaçla Satın Almak, Bulundurmak, Nakletmek, Depolamak” olduğunu ifade etmiştik. Bu eylemin tipe uygun olması için, **“marka hakkına iktibas ya da iltibas suretiyle tecavüz suretiyle”** işlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, fail bu eylemleri gerçekleştirirken, başkasına ait markaya **iktibas ya da iltibas suretiyle tecavüz suretiyle** oluşturduğu işareti kullanması gerekir. Ancak, suçun oluşması için failin bu kullanımının “ markasal kullanım” olması gerekir.

Faili tarafından oluşturulan işaret ile bu işaretin kullanıldığı mal/hizmet arasında markasal ilişkilendirme ortaya konulabildiği müddetçe, markasal kullanımın mevcut olduğu kabul edilmeli, ayrıca birebir ürün üzerinde markanın mevcut olması aranmamalıdır²¹⁷. Tescilli bir markanın, işletme adı ya da ticaret unvanı olarak kullanılması durumunda yine bu kullanımın, tipe uygun olması için ürün/hizmet ile ilişkilendirilmesine bakılmalıdır. Fail, seçimlik hareketlerden, “mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek, satmak, ithal / ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek, depolamak” eylemlerinden herhangi birini işlememiş, sadece işletmesinin tabelasında tescilli markayı kullanmış ise, bu durum marka hakkına tecavüz suçunu oluşturmaz.

²¹⁷ Başbüyük, a.g.e., s.138

5.2.3.3.2.3.4. Mal Üretmek, Hizmet Sunmak, Satışa Arz Etmek, Satmak, İthal / İhraç Etmek, Ticari Amaçla Satın Almak, Bulundurmak, Nakletmek, Depolamak

5.2.3.3.2.3.4.1. Genel Olarak

SMK madde 30/1 de düzenlenen marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketli bir suç olduğunu belirtmiştik. Bu seçimlik hareketler, “Mal Üretmek, Hizmet Sunmak, Satışa Arz Etmek, Satmak, İthal / İhraç Etmek, Ticari Amaçla Satın Almak, Bulundurmak, Nakletmek, Depolamak” eylemleridir. Öncelikle bu eylemler, başlı başına ceza yaptırımını gerektirmez. Bunların, “başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek” işlenmesi gerekir.

Mülga 556 sayılı KHK’da seçimlik hareketler olarak sadece “mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan” eylemler cezai yaptırıma bağlanmıştı. 6769 sayılı SMK ile “İthal / İhraç Etmek, Ticari Amaçla Satın Almak, Bulundurmak, Nakletmek, Depolamak” eylemleri de kanuni tipe dâhil edilmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; kanunda yer alan hareketlerden “Satışa Arz Etmek, Satmak, İthal / İhraç Etmek, Ticari Amaçla Satın Almak, Bulundurmak, Nakletmek, Depolamak” eylemleri sadece ticari (mal) markalar açısındanmış gibi gözüксе de hizmet markaları açısından da geçerlidir. Bu eylemler, niteliği uygun olduğu müddetçe hizmet markaları için de uygulanacaktır.

5.2.3.3.2.3.4.2. Mal Üretmek

Üretmek, *ekonomik bir etkinlik sonucu ürün elde etmek, oluşturmak, yaratmak, meydana getirmek*²¹⁸ anlamına gelmektedir. Kanundaki ifadesiyle “mal üretmek”; fiziksel bir eşyanın, gerekli hammaddenin emek ile bir araya getirilmesi ve oluşturulmasıdır.

²¹⁸ TDK Türkçe Sözlük

Üretim; kendi içerisinde birbirine bağlı birden fazla süreci ve eylemi içeren bir faaliyettir. Bu nedenle, malın ne zaman üretilmiş olacağı ve bu nedenle eylemin tipe uygun olacağı önem arz etmektedir. Bunun için somut olayın özelliklerine bakılması gerekir. Bir malın satışa arz edilmeye elverişli bir biçimde bir malın üretilmesi, meydana getirilmesiyle mal üretilmiş olur²¹⁹. Üretilen malın, satışa arz edilmesi, satılması ya da failin bundan kazanç elde etmesi gerekmez.

5.2.3.3.2.3.4.3. Hizmet Sunmak

Kanunda sayılan seçimlik hareketlerden biri de hizmet sunmaktır. "Hizmet" kelime olarak *birinin işini görme veya birine yarayan bir işi yapma*²²⁰ anlamına gelmektedir. Ekonomik hayatta kullanımı ise, bir malın satışına bağlı olmaksızın son tüketicilere ve işletmelere pazarlandığında istek ve ihtiyaç doygunluğu sağlayan ve bağımsız olarak tanımlanabilen eylemleri de hizmet olarak belirtilmiştir.²²¹

Marka hakkına tecavüz suçu açısından seçimlik hareketlerden biri olan, "hizmet sunmak" eylemi/ kanundaki sistematiğe bakıldığında, "mal üretmek" eyleminin alternatifi olarak düzenlenmiştir. Kanunda, "mal üreten veya hizmet sunan" şeklindeki ibareden de açıkça görüleceği üzere, buradaki "hizmet sunmak" eylemini, bu konuda gerekli girişimde bulunarak, tüketiciye/kamuoyuna arz etmek şeklinde ifade etmek mümkündür. Sunulan hizmetten birilerinin yaralanması ya da failin kazanç elde etmesi gerekmez.

5.2.3.3.2.3.4.4. Satışa arz etmek

Marka hakkına tecavüz suçunun kanunda sayılan seçimlik eylemlerinden biri de "satışa arz etmek" olarak düzenlenmiştir. "Satışa arz etmek" kavramı kanunda tanımlanmış değildir. Ancak öğretilerde, başkasına ait mal veya hizmetin bir bedel karşılığında üçüncü kişilere sunulmak, devredilmek üzere hazırlanması olarak

²¹⁹ Yenidünya – İçer, **a.g.e.**, s. 89

²²⁰ TDK Türkçe sözlük

²²¹ Ayşe Sevgi Öztürk, **Hizmet Pazarlaması**, Ekin Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul, 2003, s. 39

tanımlanmaktadır²²². Bu kapsamda, herhangi bir ürünün rafa konması, reklam ya da tanıtımının yapılması satışa arzdır. Yargıtay, taklit markalı gömleklerin vitrin mankenine giydirilmesi eylemini “satışa arz” olarak nitelendirmiştir²²³.

Satışa arz eyleminin tespiti açısından, somut olayın özellikleri önem arz etmektedir. Bunun için, ürünlerin bulundurulduğu yer ve bulundurulmuş şekli, ürün sayısı, niteliği, failin ticari faaliyetinin konusu gibi somut, belirli ve objektif kriterlerden hareket edilmelidir²²⁴.

5.2.3.3.2.3.4.5. Satmak

Marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketlerinden biri de, mal veya hizmet “satmak” eylemidir. Bu eylemin tipe uygun olabilmesi için, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek işlenmesi gerekir. “Satomak”, *bir değer karşılığında bir malı alıcıya vermek*²²⁵ anlamına gelmektedir. Kanunda ifade edilen şekilde, satma fiilinden söz edebilmek için, borçlar hukuku anlamında geçerli bir satış sözleşmesinin yapılmış olması gerekir²²⁶. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 207. Maddesinde satış sözleşmesi, *satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme* olarak tanımlanmıştır. Öğretide ise satış sözleşmesi, maddi olmayan malların ve hakların satışını da kapsar şekilde, alıcının ödemeyi üstlendiği bir bedel karşılığında satıcının, satılan bir mal üzerindeki hakkı ona devretmeyi borçlandığı sözleşme olarak tanımlanmıştır²²⁷.

²²² Yenidünya – İçer, **a.g.e.**, s. 90

²²³ “...anılan mağazada yapılan aramada, katılan firma adına tescilli ... markasını taşıyan üç adet taklit gömleğin ele geçirildiği, sanığın savunmasında suça konu gömlekleri satmadıklarını, bu gömleklerden birinin iş yeri çalışanı tarafından mankene giydirildiği sırada polislerin geldiğini ifade etmesi karşısında, mankene giydirmenin satışa arz anlamına geldiği de gözetilerek, tutanak mümziiler ile arama sırasında hazır bulunan iş yeri çalışanı ... dinlenip davaya konu eşyaların nerede ele geçirildiği de tartışılmadan eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 19.C.D., 22.06.2017, E. 2015/ 33714, K. 2017 / 6050 (sinerji mevzuat)

²²⁴ Başbüyük, **a.g.e.**, s. 148

²²⁵ TDK Türkçe sözlük

²²⁶ Donay-Erman, **a.g.e.**, s.57

²²⁷ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara 2017, s.27

Borçlar hukuku anlamında, satış sözleşmesi rızai bir sözleşmedir. Sözleşmenin kurulması için satıcının satılan şeyi alıcıya teslim etmesi şart değildir²²⁸. Taraflar arasında karşılıklı iradenin oluşması yeterlidir. Marka suçları açısından, eylemin tipe uygun olması için, tarafların alım-satım konusunda karşılıklı iradelerinin oluşması, satış sözleşmesinin kurulması yeterli midir? Yoksa satış konusu taklit markalı ürünlerin alıcıya teslimi gerekir mi? Bu konuda farklı görüşler mevcuttur.

Başbüyük, tarafların suça konu ürünlerin satışı konusunda anlaşmalarının yani iradelerinin oluşmasının, satışa arz olarak nitelendirilebileceğini ancak bunun tecavüze konu ürünleri satmak şeklinde nitelendirilemeyeceğini, “satmak” seçimlik hareketinin tamamlanması için, suça konu ürünlerin zilyetliğinin alıcıya devredilmesi gerektiğini belirtmiştir²²⁹.

Yenidünya-İçer'e göre, mal veya hizmetin karşı tarafa belli bir bedel karşılığında devredilmesi ya da sunulması konusunda tarafların anlaşmasıyla “satma” fiilinin tamamlanır, malın karşı tarafa teslim edilmesi, ya da hizmetin sunulmuş olması gerekli değildir²³⁰.

“Satmak” seçimlik hareketinin tespiti ve eylemin tipe uygunluğunun tespiti açısından, malın/hizmetin teslimi gerekip gerekmediği konusu önem arz etmektedir. Kanaatimizce, “satmak” eylemi açısından mal-hizmetin alıcıya teslimi gerekmez. Zira, Borçlar Hukuku anlamında, tarafların karşılıklı iradeleri ile satış sözleşmesi kurulmuş olur. Bu nedenle, özel hukuk alanında kurulmuş ve geçerli olan bir sözleşmeyi, ceza hukuku anlamında geçersiz kabul etmek mümkün değildir. Marka hakkına tecavüz teşkil eden taklit markalı ürünlerin satışı konusunda, taraflar anlaşmış ise, bu eylem kanuni tipe uygundur ve cezai sorumluluğu gerektirir.

²²⁸ Bkz. Eren, **a.g.e.**, s.29, dn.11

²²⁹ Başbüyük, **a.g.e.**, s.149

²³⁰ Yenidünya-İçer, **a.g.e.**, s. 93; aynı yönde bkz. Donay-Erman, **a.g.e.**, s. 57

5.2.3.3.2.3.4.6. İthal veya İhraç etmek

*Bir ülkeye başka ülkelerden mal getirmek*²³¹ anlamına gelen ithal etmek, marka hakkına tecavüz suçu açısından, taklit markalı ürünlerin ülkeye sokulmasını ifade eder. Aynı şekilde, *yurt dışına mal veya hizmet satmak*²³² anlamına gelen ihraç etmek de taklit markalı ürünlerin ülke dışına çıkartılmasını ifade eder.

İthalat ve ihracat işlemleri ayrı bir mevzuata tabi olup, yapılan işlemin hukuken geçerli olabilmesi için yürürlükteki gümrük mevzuatına uygun olması gerekir. Ancak marka hakkına tecavüz suçu açısından ithal ya da ihraç edilen taklit markalı ürünlerin gümrük mevzuatına uygun işleme tabi tutulmuş olması gerekmez²³³. Bu nedenle, hukuka uygun olarak ya da kaçakçılık suretiyle taklit markalı bir ürün ülkeye sokulmuş ya da ülke dışına çıkarılmış ise bu suç açısından yeterlidir.

5.2.3.3.2.3.4.7. Ticari Amaçla Satın Almak

Marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketlerinden biri de “satın almak” eylemidir. Satın almak, *bir nesneyi belirlenen fiyatını ödeyerek kendine mal etmek*²³⁴ olarak tanımlanmaktadır. Burada ilk olarak üzerinde durulması gereken konu, satın almak eyleminin bir bedel karşılığı olmasıdır. Bedelsiz olan kazanımlar, satın almak eylemi içerisinde değerlendirilemez. Ancak, kanunda ticari amaçla “bulundurma, nakletme, depolama” gibi eylemler de seçimlik hareketler arasında sayıldığından, herhangi bir nedenle bedelsiz olarak elde edilen taklit markalı ürünler açısından, bir sonraki aşamada, “bulundurmak, depolamak, nakletmek” gibi eylemlerde gerçekleşmiş olur²³⁵.

Burada önemle belirtilmesi gereken husus, “satın almak” eyleminin ticari amaçla işlenmiş olması gerekliliğidir. Kanun koyucu, satın almak eylemi açısından “ticari amaç” özel saikini aramaktadır. Bunun amacı, bireysel kullanım amacıyla

²³¹ TDK Türkçe sözlük

²³² TDK Türkçe Sözlük

²³³ Başbüyük, **a.g.e.**, s. 145

²³⁴ TDK Türkçe sözlük

²³⁵ Başbüyük, **a.g.e.**, s. 150

yapılan satın alma eylemlerini suç kapsamından çıkarmaktır. Bu yüzden, “ticari amaç” saikinın tespitinde somut olayın şartları dikkate alınmalıdır. Özellikle, failin iştiğal ettiği ticari alan, mesleği, suça konu ürünlerin adedi, kişisel kullanım adedinden fazla olup olmadığı gibi kriterle değerlendirilmelidir. Sadece, az miktarda taklit markalı ürünün bulunması ticari amacın olmadığı anlamına gelmez. Örneğin Yargıtay, 40 KG gibi kişisel kullanım sınırında kabul edilebilecek bir miktar çay için, failin vergi kayıtlarında “toptan ve perakende seyyar çay satımı” işi ile iştiğal ettiğinin tespiti durumunda, eyleminin “ticari amaç” içerisinde değerlendirmiştir²³⁶. Başka bir kararında ise, işyerinde buluna sigaraların farklı markalarda ve sayıca fazla olmasını “ticari amaç” saikinın varlığı için yeterli görmüştür²³⁷.

5.2.3.3.2.3.4.8. Ticari Amaçla Bulundurmak

Bulundurmak; *var olmasını, hazır bulunmasını sağlamak*²³⁸ anlamına gelmektedir. Marka hakkına tecavüz suçu açısından, taklit markalı ürünlerin hâkimiyet altında ve istenildiğinde tasarrufta bulunulabilecek şekilde tutulmasıdır.

Bulundurmak daha kısa süreli, anlık ve geçici bir durumu ifade ederken; depolamak daha durağan, nispeten uzun süreli bir durumu ifade etmektedir. Bulundurma eyleminde failin ilgili eşya üzerinde fiili bir hâkimiyeti söz konusudur. Bu ayrıma örnek açısından, taklit markalı cep telefonlarını seyyar tezgâhta satan bir kişinin, tezgâhının altında birçok telefonu saklaması “bulundurmak” olarak nitelendirilebilir. Bir iş hanının bodrum katında taklit markalı cep telefonlarının muhafaza altına alınması ise depolamak eylemidir.

²³⁶ “10.09.2012 günü ...plakalı araç ile kaçak sigara dağıtıldığına ihbar edilmesi üzerine yapılan araştırmada, ihbara konu nakil aracının sanık ...'ın sevk ve idaresinde iken, ön yolcu koltuğunda da nakil aracı sahibi diğer sanık ... bulunduğu sırada durdurulması neticesinde araçta yapılan aramada, dava konusu ve el konulan 40 kg ... ve ... marka kaçak çayların ele geçirilmiş olması, vergi dairesi kaydına göre sanık ...'un "toptan ve perakende seyyar çay satımı" işi ile iştiğal ettiğinin anlaşılması, sanıkların aşamalarda beyanları, olayın oluş şekli ve tüm dosya kapsamı karşısında, davaya konu eşyanın ticari amaçla bulundurulduğu ve satışının yapıldığının kabulü ile sanıkların atılı suçtan mahkumiyetleri gerekirken, oluşa uymayan gerekçe ile beraatlerine karar verilmesi..” Yargıtay 7.C. D. 13.09.2017, E. 2015/ 1864, K. 2017 / 6181 (sinerji mevzuat)

²³⁷ “...isimli tütün dükkanında yapılan denetimde 6 değişik markada toplam 266 paket kaçak sigara ele geçmesi ve sanığın kaçak sigara sattığını beyan etmesi karşısında; sanığın işletmekte olduğu işyerinde ele geçen sigaraları ticari amaçla bulundurduğunun kabulü gerektiği gözetilmeden oluşa uymayan gerekçelerle sanığın mahkumiyeti yerine beraatlerine karar verilmesi...” Yargıtay 7.C.D. 27.11.2017, E. 2017/ 4580, K. 2017 / 9951 (Sinerji mevzuat)

²³⁸ TDK, Türkçe Sözlük

Marka hakkına tecavüz suçunun oluşabilmesi için “Satın almak” eylemi gibi “ bulundurmak” eyleminin de da ticari saikle işlenmesi gerekir.

5.2.3.3.2.3.4.9. Ticari Amaçla Nakletmek

Kanunda sayılan seçimlik eylemlerden biri de “ nakletmek” tir. Nakletmek, kelime anlamı olarak; nakil işini yapmak, bir yerden başka bir yere geçirmek, iletmek²³⁹ anlamına gelmektedir.

Marka hakkına tecavüz suçu bakımından, failin suça konu olan ürünlerin yurt içinde bir yerden başka bir yere taşınması, nakletmek seçimlik hareketini oluşturacaktır²⁴⁰. Nakletme eyleminin, yurt içinde başlayıp, yurt içinde tamamlanması gerekmez. Karayoluyla ihraç edilmek istenen taklit markalı ürünler bakımından, ülke sınırları içerisindeki taşıma faaliyeti, suçu oluşumu için yeterlidir. Aynı şekilde, ithal edilmek üzere ülke sınırlarına sokulan taklit markalı ürünler bakımından da, ülke sınırları içerisindeki taşıma faaliyeti, nakletmek seçimlik hareketini oluşturur.

“Nakletmek” eylemi açısından kanun özek kast aramıştır. Failin nakletmek eylemi, kanundaki tipe uygun olabilmesi için “ticari amaç” özel kastı (amaç) ile hareket etmesi gerekir. Bu nedenle, her taşıma eylemi tipe uygun olmayacak, özel amacın varlığı aranacaktır. Eylemin ticari amaç ile yapılması, mutlaka bir ücret karşılığında yapılmasını gerektirmez. Nakletmek eyleminin ticari amaçla yapıp yapılmadığının tespiti, somu olayın özelliklerine göre tespit edilecektir. Yargıtay bir kararında; ikiden fazla şoför bulunması ve taşınan emvalin miktarının fazla olmasını “ticari amaçla” yapıldığına karine kabul etmiştir²⁴¹.

²³⁹ TDK, Türkçe Sözlük (<http://www.tdk.gov.tr>)

²⁴⁰ Başbüyük, **a.g.e.**, s. 155

²⁴¹ “Sanığın iki kamyonla ve bulduğu işçiler vasıtasıyla kendisi tarafından kesildiği anlaşılmayan yakacak odunları ikiden fazla işçi ve şoförleri vasıtasıyla naklettiği sırada ihbar üzerine yakalanması ve kolluğun el koyması şeklinde gerçekleşen olayda, tüm dosya kapsamına göre olayın oluş biçimi, emvalin miktarı bütünü olarak dikkate alındığında failin 6831 sayılı Kanun'un 108/2. maddesine uygun ticari amaçla nakil suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, yazılı şekilde aynı Kanununun 108/1 maddesi uyarınca hüküm kurulması” Yargıtay 19.C.D. 13.02.2017, E 2016/4125, K. 2017/1101 (sinerji mevzuat)

5.2.3.3.2.3.4.10.Ticari Amaçla Depolamak

Depolamak; kelime olarak “Saklamak veya korumak amacıyla ambara koymak, depo etmek, biriktirmek”²⁴² anlamına gelmektedir. Öğretide; fiilen (doğrudan) hâkimiyet altında tutulması mümkün olmayan miktardaki bir şeyin belirli bir yerde saklanması veya muhafaza altına alınması şeklinde ifade edilmektedir²⁴³.

SMK 30/1 maddesinde sayılan seçimlik hareketlerden biri olan *depolamak* eylemi açısından kanun, ticari amaç şartını aramıştır. Ancak, depolamanın ticari olabilmesi için, mutlaka bir bedel karşılığında olması gerekmez. Bir bedel karşılığında ya da bedelsiz olarak, ticari faaliyet konu olabilecek, ileride ticari kazanç elde etmek amacıyla taklit markalı ürünlerin depolanması, ticari amaç için yeterlidir²⁴⁴.

5.2.3.4.Kusurluluk

5.2.3.4.1.Genel Olarak

Suçun yapısal unsurlarından biri de kusurluluktur. Suçun psikolojik veya manevi unsuru olarak da ifade edilen bu unsurun iki veçhesi mevcuttur. Fail yönünden ele alındığında, “ kusur”; failin gerçekleştirdiği eylem yönünden ele alındığında ise, “ kusurluluk” ortaya çıkar. Yani, failin kusurundan, eylemin ise kusurluluğundan bahsedilir²⁴⁵.

Bir suç anatomik olarak yapısal unsurları incelenirken nasıl ki, “eylem” esas alınıyor ve eylemin “tipe uygun” ve “hukuka aykırı” olması aranıyorsa; kusurluluk unsuru açısından da aynı şekilde eylem esas alınarak “ kusurluluk” tan söz edilmesi gerekmektedir.

Kusurluluk unsurundan bahsedebilmek için, eylemin kusurlu olması yanında, eylemi gerçekleştiren failin kusurlu hareket etmeye ehil olması, kendisine

²⁴² TDK Türkçe Sözlük (<http://www.tdk.gov.tr>)

²⁴³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 776

²⁴⁴ Başbüyük, a.g.e, 153

²⁴⁵ İçel, a.g.e, s.401

hareket isnad edilebilir olması gerekir²⁴⁶. Kusur yeteneği de denilen bu gereklilik, “ bir eylemin bir kişiye yüklenebilmesi için eylemi yaptığı sırada o kişinin sahip olması gereken kişisel niteliklerinin bütünüdür.”²⁴⁷

Kusurluluk, kast ve taksir olmak üzere iki ayrılmaktadır. TCK 21. Maddesinin 1. Fıkrası²⁴⁸ ve 22. Maddesinin 1. Fıkrasındaki²⁴⁹ hükümlerden de açıkça anlaşılacağı üzere, kast ve taksir arasında kural - istisna ilişkisi mevcuttur²⁵⁰. Yani, kanunun suç saydığı bir eylem nedeniyle kişinin cezalandırılabilmesi için kural olarak eylemin kasten işlenmiş olması gerekir. Sadece kanunda taksirle işlenmesi halinde cezalandırılacağı düzenlenmiş eylemler cezalandırılır²⁵¹.

TCK'nın 21. Maddesinde kast; “...suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” şeklinde tanımlanmıştır. Buradan hareketle, kastın “bilme” ve “isteme” olmak üzere iki unsurdan oluştuğunu söylenebilir. Failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için, sonuç alt unsuru da dâhil olmak üzere yasal tanımda yer alan tüm unsurları öngörmüş, yani onları bilmiş olması gerekir. Taksirin esas seklini oluşturan bilinçsiz taksirle kast arasında bu yönden önemli fark bulunmaktadır²⁵².

TCK 22/2. Maddesinde taksir “Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır²⁵³. Aynı kanunun 22/1. Maddesinde taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme doğrultusunda, 6769 sayılı kanunda aksine bir düzenleme bulunmadığı için, marka suçları sadece kasıtlı işlenebilir.

²⁴⁶ Dönmezer-Erman, **a.g.e**, C II, n. 844

²⁴⁷ İçel, **a.g.e**, s.407

²⁴⁸ “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.” (TCK md 21/1)

²⁴⁹ Taksirle işlenen fiiller, Kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.” (TCK m 22/1)

²⁵⁰ Koca-Üzülmez, **a.g.e**, s. 145

²⁵¹ Kast hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, **Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli “ Kast”**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:6 Sayı:12 Güz 2007/2 s. 61-70

²⁵² İçel, **a.g.m.**, s.62

²⁵³ Taksir için bkz. Kayıhan İçel, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, Cezaevi Matbası, İstanbul 1967

SMK 30/1. Maddesinde düzenlenen iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu açısından failin, suçun kanuni tipteki unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu suçun kanuni tanımında sayılan ve failin hukuka aykırı eylemini gerçekleştirirken bilmesi ve istemesi unsurlar şunlardır.

- Fail, başkasına ait, markanın varlığını bilmelidir.
- Fail kanunda sayılan seçimlik eylemlerden (mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek, satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak) birini gerçekleştirirken başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz oluşturduğunu bilmelidir. Örneğin, depolamak eylemi açısından, depoculuk faaliyeti icra eden bir kimse, kendisine depolanmak üzere tevsi edilen malların taklit olduğunu bilmelidir.

Kanunda suç tipinde taksirin kabul edileceği yönünde bir hüküm yer almadığından suç sadece kasıtlı işlenebilir. Diğer bir ifadeyle, sadece kastın varlığı halinde kusurluluk unsuru gerçekleşmiş olur. Yargıtay da, bu suçun kasıtlı işlenebileceğini, failin taksirinden de sorumlu olacağı yönünde bir değerlendirme yapılamayacağını belirtmiştir²⁵⁴.

5.2.3.4.2. “Ticari Amaç” Özel Saiki

Kanunda, marka hakkına tecavüz suçunun tipe uygun seçimlik hareketleri sayılırken “ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan” kişinin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Burada kanun koyucu, “ satın almak”, “ bulundurmak”, “nakletmek” ve “ depolamak” eylemlerinin “*ticari amaçla*”

²⁵⁴ “Her iki sanığın savunması birbiriyle uyumlu olup, aksine delil bulunmamaktadır. Bu durumda Mahkemece sanık A. Ç.’in mahkumiyetine yeterli delil bulunmadığından beraatine karar verilmesi gerekirdi. Yerel mahkeme, “Sanık Ali Ekber’in aksamaları hesap almak için gelmiş olsa bile mutlaka işyerine alınan ve satılan ürünleri denetlemek zorunda olduğu, raflardaki teşhir halindeki ürünlerden habersiz olmasının ve bu ürünler için ödenen paraları bilmemesinin mümkün olmadığı” gerekçesiyle savunmasının inandırıcı olmadığı açıklanırken, bir bakıma sanığın işyerinin denetiminde “ihmalî” bulunduğu, alınıp satılan ürünlerden “habersiz” olduğu belirtilerek, sanki suçun taksirle işlenebileceğini açıklamaya çalışmıştır. Bu gerekçe ancak kasten işlenebilen bir suç olan marka hakkına tecavüz suçundan sanığın mankumiyeti için yasal ve yeterli bir gerekçe değildir. Mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması, Anayasa’nın 141/3, CMK 34 ve 230. maddelerinin amir hükmüdür.” (Yargıtay 19.C.D. 15.06.2015, E. 2015/ 6127, K. 2015 / 2753 (sinerji mevzuat)

gerçekleştirilmesini aramış, diğer seçimlik hareketler olan “mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek, satmak, ithal ya da ihraç etmek” eylemlerini ise bunun dışında bırakmıştır.

Hemen belirtelim ki, suçun oluşması için kusurluluk unsuru açısından kanunda sayılan seçimlik hareketlerin tamamının “kasten” işlenmesi gerekir. Ancak, kanun bazı eylemler açısından genel kastı yeterli görmemiş, bunun yanında “ticari amaç” şartını da aramıştır.

Amaç, kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan bir düşünce, failin suçla ulaşmayı tasavvur ettiği nihai hedefdir²⁵⁵. Doktrinde “özel kast” olarak ifade edilen amaç için saik ya da gaye kavramları da kullanılmaktadır.

Amaç, bir suçun yasal düzenlemesinde farklı sebeplerle yer alabilir. Bazen suçun temel şekline ilişkin bir unsur olabilir. Örneğin TCK madde 108’de düzenlenen cebir suçu açısından failin “ *bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi*” amacıyla hareket etmesi, suçun temel şekline ilişkin bir unsurdur.

Amaç, bazı suçlar açısından da, suçun nitelikli şekli açısından aranan bir unsuru olabilir. Bu durumda, failin amacı, cezayı arttıran bir sebep olabileceği gibi, indiren bir sebep de olabilir²⁵⁶. Örneğin hırsızlık suçunun “Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla” işlenmesi cezanın indirilmesi sebebidir. Kasten öldürme suçunda, eylemin “ töre saikiyle” işlenmesi, suçun nitelikli şekli açısından aranan bir unsurdur ve cezanın arttıran bir sebeptir.

SMK 30/1 maddesinde düzenlenen ve bazı eylemler için aranan “ticari amaç”, suçun basit şekli aranan bir unsurdur. Kanuni tanımda, “ticari amaç” suçun unsurlarına dâhil edildiğinden, sayılan eylemler açısından, bu unsurun varlığı suçun oluşması için gereklidir.

²⁵⁵ İçel, **a.g.m.**, s.66, Koca-Üzülmez, s.249, Artuk-Gökçen, s.390

²⁵⁶ Artuk-Gökçen, **a.g.e.**, s.391

Seçimlik hareketlerden “ satın almak”, “ bulundurmak”, “nakletmek” ve “ depolamak” eylemlerini gerçekleştiren failin, ticari amaçla hareket edip etmediğinin tespiti açısından, ürünlerin sayısı, çeşitliliği, muhafaza edildiği yer, failin önceki davranışları gibi somut olayın özelliklerini dikkate alarak bir değerlendirme yapılmalıdır²⁵⁷. Yargıtay, failin bakkal dükkânı işletmesini, dükkândaki sigaraların ticari amaçla bulundurulduğuna karine olarak kabul etmiştir²⁵⁸. Yine, kaçakçılık suçu ile ilgili verdiği bir kararda “ticari amaçla bulundurmak” eylemi açısından ele geçirilen ürünlerin kişisel kullanım miktarını aşmasını kriter olarak kabul etmiştir²⁵⁹.

Kanun, “ satın almak”, “ bulundurmak”, “nakletmek” ve “ depolamak” eylemlerinin ticari amaçla yapılmasını suç olarak düzenlemiş, diğer hareketler olan “mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek, satmak, ithal ya da ihraç etmek” açısından bunu gerekli görmemiştir.

Ancak doktrinde Başbüyük, bu eylemler açısından da ticari amaç unsurunun aranması gerektiği görüşündedir. Yazar, “ *üretmek, satışa arz etmek/satmak hareket unsurları yönünden SMK m. 30/1'deki tipe uygun olmakla birlikte, ticari ölçekte kalmadığı için cezaya hükmedilmemesi gereken somut fiiller bakımından 'ticari amaç' önemli bir elek görevini üstlenmelidir*”²⁶⁰ görüşündedir. Yazara göre, kendi kullanmak için aldığı fayansların taklit oluşunu fark etmesi üzerine başka birine satan kişinin eylemi marka hakkına tecavüz suçunu oluşturmamalıdır. Bu nedenle yazar, kanunda bir düzenleme yapılan kadar, SMK 7/3'deki haksız kullanım şekillerinden hareketle,

²⁵⁷ Başbüyük, **a.g.e.**, s.159

²⁵⁸ “*Olay tutanağına göre ihbar üzerine sanıklardan ... adına ruhsatlı ancak sanık ...'nın kocası olan ... ile birlikte işlettiği ... Gıda isimli bakkalda savcıdan alınan arama/elkoyma kararına istinaden yapılan aramada sanık ...'nin elinde bulunan şeffaf kırmızı renkli poşetin içinde 6 karton kaçak Prestige marka sigara ele geçirilmesi şeklinde gerçekleşen olayda; sanıkların aşamalarda birbirleriyle çelişen suçtan kurtulmaya yönelik beyanları ve sigaraların ticari işletme olan bakkalda ihbar üzerine yakalanması hususları göz önünde bulundurularak suça konu sigaraların ticari amaçla bulundurulduğu kabul edilerek buna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve tespiti gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması,*” Yargıtay 7.C.D. 05.07.2017, E. 2017/ 5336, K. 2017 / 5692 (sinerji mevzuat)

²⁵⁹ “*Olay tutanağına göre Denizli 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 05/09/2013 tarih ve 2013/457 değişik iş sayılı önleme araması kararına istinaden yapılan yol uygulamasında durdurulan Mersin Villa Seyahate ait otobüste yolcu olarak bulunan sanığın bagajında 240 paket tek marka kaçak sigara, 7 adet 2,5 litrelik kola şişesi ve 2 adet 10 litrelik su damacanasına doldurulmuş toplam 37,5 litre bandrolsüz rakı ele geçirilmesi, sanığın aşamalarda suçtan kurtulmaya yönelik beyanları ve sigara ile rakının miktar itibarıyla kişisel kullanım sınırı dışında kalmaya karşısında sanığın ticari amaçla bandrolsüz sigara ve içki bulundurduğunun kabulü gerekirken, sanığın beyanına itibarla yazılı şekilde hüküm kurulması,*” Yargıtay 7.C.D. 10.05.2017 E 2017/ 1904,K. 2017 / 3872

²⁶⁰ Başbüyük, **a.g.e.**, s.160 v.d.

üretmek, arz etmek yahut satmak fiillerine katılan herkes bakımından ticari amacın gerekli olduğu şeklinde daraltıcı bir yorumun benimsenebileceğini belirtmiştir²⁶¹.

Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Düzenlemenin bilinçli yapıldığını düşünüyoruz. Kanun koyucu kişisel amaçlı ve ticari amaçlı eylemleri birbirinden ayırmak için böyle bir düzenlemeye gerek görmüştür. “Ticari amaç” unsuru kapsamı dışında kalan “mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek, satmak, ithal ya da ihraç etmek” eylemleri ile “ satın almak”, “ bulundurmak”, “nakletmek” ve “ depolamak” eylemleri nitelikleri ve gerçekleştirilme maksatları bakımından farklıdır.

“mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek, satmak, ithal ya da ihraç etmek”; bu eylemler daha profesyonel, örgütlü, bilinçli ve nispeten kendi içinde önceden yapılması gereken hazırlık hareketleri barındıran eylemlerdir. Ayrıca gerçekleştirilmeleri ile birlikte, etkileri daha geniş ve kapsamlı olacaktır.

“Mal üretmek / hizmet sunmak” eylemi açısından ayrıca “ticari amaç” özel saiki aranması gereksizdir. Taklit markalı bir malın ya da hizmetin piyasaya sürüleceği, tecavüzün gerçekleşeceği ilk hareket, bir malın üretilmesi/hizmetin sunulmasıdır. Bu, diğer seçimlik hareketlerin ilk ve en temel basamağını teşkil edecektir. Üretilmeyen bir malın, ne satışı ne ithali ne de sunulması mümkündür. Üretmek, satmak, ithal ve ihraç etmek eylemleri, nitelikleri gereği bünyesinde kazanç elde etme amacını ihtiva etmektedir. Bu nedenle, bu eylemlerin “ticari amaç” unsurunun dışında bırakılması yerinde ve bilinçli bir tercihtir.

“Satın almak”, “ bulundurmak”, “nakletmek” ve “ depolamak” eylemleri açısından ticari amacın varlığı ise, gereklidir. Aksi takdirde, taklit olduğunu bilmediği bir ürünü alan her bir tüketici potansiyel suçlu olacaktır. Çünkü ortalama düzeydeki bir tüketicinin, satın aldığı bir malın orijinal mi taklit mi olduğunu anlaması her zaman mümkün değildir.

Kaldı ki; SMK m. 153/1. Maddesinde “*Sınai mülkiyet hakkı sahibi, hakkına tecavüz eden tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde*

²⁶¹ Başbüyük, a.g.e., s.162

bulunduran veya kullanan kişilere karşı, bu Kanunda yer alan hukuk davalarını açamaz veya ceza davası açılması için şikâyette bulunamaz” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, bahsettiğimiz gerekçelerle, “satın almak”, “ bulundurmak”, “nakletmek” ve “ depolamak” eylemleri açısından ticari amacın aranması gerektiğini de ortaya koymaktadır.

Yukarıda verilen örnekte, her ne kadar kendi kişisel kullanımı için olsa da, taklit olduğunu fark ettiği fayansları başkasına satan bir kişinin eyleminin marka hakkına tecavüz suçunu oluşturduğu kanaatindeyiz. Zira SMK madde 30/1’de, “satmak” eylemi için ticari amaç unsuru aranmamıştır. Bu şekilde bir sonuca varmak, kanunun düzenleniş amacına da uygundur. Aynı paralelde, SMK 153/1. Maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk nedeni, sadece “kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran veya kullanan kişiler” açısından getirilmiştir. Hukuka uygun olan eylem, “*kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulundurmak veya kullanmak*” tır. Bunun dışında, kişisel kullanım için alınsa bile, taklit olduğu anlaşılması üzerine gerçekleştirilen “satmak” eylemi, marka hakkına tecavüz suçunu oluşturur.

5.2.3.5.Hukuka Aykırılık

Suçun, yapısal unsurlarından birisi de hukuka aykırılıktır. Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiilin, hukuk düzenince tecviz edilmemesi, mubah sayılmaması, sadece ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişme ve çatışma halinde olması demektir²⁶². Bu unsur, tipiklikten sonra, suçun yapısında ikinci aşamayı oluşturduğundan işlenen fiilin kanuni tanıma uygun olduğunun tespitinden sonra, yine bu fiille ilgili olarak hukuka aykırılık yönünden bir değerlendirme yapılmalıdır²⁶³.

Bu değerlendirme nasıl yapılacaktır? Yani; tipe uygun bir eylemin sadece ceza normlarına mı aykırı olması aranacak yoksa aykırılığın varlığı bütün hukuk düzeni

²⁶² Dönmezer – Erman, **a.g.e.**, II, n. 665 vd.

²⁶³ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 262

açısından mı incelenecektir. Hukuka aykırılığın kapsamı olarak ifade edilen bu sorun konusunda farklı görüşler mevcuttur²⁶⁴.

Katıldığımız görüşe göre, hukuka aykırılık tüm hukuk düzeni açısından birlik-bütünlük gösteren ve parçalanması olanaksız bir kavramdır. Bir eylemin belirli bir hukuk dalı alanında hukuka uygun, başka bir hukuk dalı alanında ise, hukuka aykırı sayılması bu hukuksal yapıya ve mantığa aykırıdır²⁶⁵.

Buradan hareketle; marka suçlarını hukuka aykırılık unsurunun tespiti açısından incelerken; tipe uygun eylemin sadece suçun düzenlendiği 6769 sayılı SMK ya da 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa aykırı olup olmadığını değil, tüm hukuk düzeni açısından herhangi bir hukuk normuna aykırı olup olmadığı araştırılmalıdır.

Bir eylemin, kanunda yer alan tipe uygun olması, onun mutlaka hukuka aykırı olduğu anlamına gelmez. Eylemin tipe uygun olması sadece, hukuka aykırı olduğu konusunda karine teşkil eder²⁶⁶. Bu açıdan, eylemin tipe uygun olduğu saptandıktan sonra, hukuka aykırı olup olmadığının tespiti açısından, hukuka uygunluk nedeninin varlığı araştırılmalıdır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin mutlaka kanunda yazılı olması gerekmez. Bu yüzden, Ceza kanunu ya da diğer kanunlarda hukuka uygunluk nedeni bulunabileceği gibi, yazılı olmayan hukuktan kaynaklanan bir neden de hukuka uygunluk nedeni olabilir²⁶⁷.

Marka suçları açısından, 6769 sayılı kanunu, TCK ya da başka kanunlardan kaynaklanan hukuki uygunluk nedenlerini ayrı başlık altında inceleyeceğimizden, izahatımızın bu kadarı ile iktifa ediyoruz.

²⁶⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, Genel Hükümler, s. 304 v.d, Dönmezer – Erman, **a.g.e.**, II, n. 676 vd.

²⁶⁵ İçel, **a.g.e.**, s. 305

²⁶⁶ Artuk- Gökçen, **a.g.e.**, s.404

²⁶⁷ İçel, **a.g.e.**, s. 305

5.3. Marka Koruması İşaretini Kaldırma Suçu

5.3.1.Genel Olarak

Sınai Mülkiyet Kanununun 30/2. Maddesinde; marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldıran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı hükmüne bağlanmıştır. Bu suç için kısaca “Marka Koruması İşaretini Kaldırma Suçu” kavramı kullanılmaktadır.

Bu suç, mülga 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin hem 5833 sayılı kanunla düzenlenen şeklinde, hem de 5194 sayılı kanunla düzenlenen şeklinde aynen bulunmaktaydı.

Marka sahibi, markasını tescil ettirmekle bir takım haklara sahip olur. En tabii olanı markasını, ürün ve ambalajı üzerinde kullanmaktır. Bunun yanında, markanın reklam, kalite ve garanti gibi işlevlerinden de yararlanmak için, markasının tescilli olduğunu, hukuken korunduğunu belirtmek üzere, ürün ya da ambalajı üzerine bu yönde işaret ya da ifadeler koyabilir. Bunlardan en bilinenleri, İngilizce “registered” (tescilli) anlamına gelen ® işareti, “Trade Mark” (Ticari Marka) ifadesini kısaltması olan ™ işaretidir. Bunun yanında; “müseccel marka”, “ tescilli marka” gibi ifadeler de kullanılmaktadır.

Kanunda, suçun oluşması için marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden kaldırılması yeterli görülmüş, marka sahibini zarar görmesi ya da fiili işleyenin menfaat temin etmesi aranmamıştır.

5.3.2.Korunan Hukuki Yarar

Marka hakkı ne kadar, şahsi mal varlığı hakkı ise de, hitap ettiği kitle bakımından kamunun menfaatini de yakından ilgilendirmektedir. Marka hakkına tecavüz suçunda, açıkladığımız üzere marka suçlarında hem marka hakkı sahibinin hem de kamunun menfaatinin korunması söz konusudur.

5.3.3.Suçun Unsurları

5.3.3.1.Fail

Marka Koruması işaretini Kaldırma suçu, fail açısından herhangi bir farklılık ve özellik arz etmemektedir. Diğer marka suçlarında olduğu gibi, bu suç herkes tarafından işlenebilir. Fail kavramı ile ilgili olarak, yukarıda “marka hakkına tecavüz suçu” başlığı altında yaptığımız açıklamaya atıf yapmakla yetiniyoruz.

5.3.3.2.Mağdur

Mağdur açısından, diğer marka suçların gibi bu suçun da mağduru, marka hakkı sahibidir. Bunun dışında, mağdur kavramı ile ilgili ayrıntılı açıklama, yukarıda “marka hakkına tecavüz suçu” başlığı altında mevcuttur.

5.3.3.3.Tipe Uygun Eylem

Suçun kanuni tanımında; marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırmak eylemi suç olarak düzenlenmiştir. Suç teşkil eden eylem “kaldırmak” tır. Kaldırmak; ‘yok etmek’, ‘ortadan silmek’ anlamalarına gelmektedir²⁶⁸.

Kanundaki düzenleme açısından, marka koruması olduğunun belirten ® işaretinin, mal ve ambalaj üzerinden kaldırılarak yok edilmesidir. Bu; mal ve ambalajın cinsine, türüne göre farklılık gösterir. Marka koruması işareti; üzeri boyanarak, ya da başka bir materyal ile kapatılarak, kazınarak, silinerek, sökülerek kaldırılabilir.

Marka koruması olduğu belirten işaretin mal veya ambalaj üzerinden kaldırılması eyleminin kanundaki tipe uygun olabilmesi için, markanın söz konusu mal

²⁶⁸ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, (<http://www.tdk.gov.tr>)

veya ambalaj üzerinde bulunmasının hukuka uygun olması gerekir²⁶⁹. Taklit markalı mallar üzerindeki işaretin kaldırılması durumunda bu suç oluşmaz.

Bir marka başvurusunda, SMK 11. Maddesine göre, marka başvurusu yapılırken başvuruya konu mal veya hizmetlerin listesinin bulunması gerekir. Marka hakkı sahibi, markasını sadece tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanabilir. Eğer marka hakkı sahibi markasını tescilli olduğu malların dışında kalan mallarda kullanacak olursa, bu mallar bakımından korumadan yararlanamaz. Bu nedenle, marka sahibine ait olup da koruma kapsamı dışında kalan mal ya da ambalaj üzerindeki işaretin kaldırılması eylemi tipe uygun eylem olmaz²⁷⁰.

Marka koruması olduğunun belirten işaretin mal veya ambalaj üzerinden kaldırılması eyleminin kanundaki tipe uygun olabilmesi için, failin bu konuda yetkisini olmaması gerekir. Fail hiç yetkilendirilmemiş olabileceği gibi, yetkisini aşarak da bu eylemi gerçekleştirirse, eylem tipe uygun olur.

5.3.3.4.Kusurluluk

Kusurluluk unsuru bakımından, bu suç için kanunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu açıdan diğer marka suçları gibi, bu suç da kasten işlenebilir. Suçun oluşması için failin bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekir.

TCK 30/1 maddesi gereği, failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz.

5.3.3.5.Hukuka Aykırılık

Yetkisi olmadığı halde, marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden kaldırılması eylemi hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden birini bulunmaması halinde, suç oluşur.

²⁶⁹ Keskin, a.g.e., s.120

²⁷⁰ Keskin, a.g.e., s.120

Bu suç açısından hukuka uygunluk nedenlerini ayrı başlık altında inceleyeceğimizden, izahatımızın bu kadarı ile iktifa ediyoruz.

5.4. Başkasına Ait Marka Hakkı Üzerinde Yetkisiz Tasarruf Suçu

5.4.1.Genel Olarak

Malvarlığı hakkı olan ve bu niteliği ile sahibine bir takım hak ve yetkiler bahşeden marka hakkı, birçok hukuki işleme de konu olabilir. Sınai Mülkiyet Kanununun 148. Maddesinde bu yönde, marka hakkının devredileceği, miras yolu ile intikal edebileceği, lisans konusu olabileceği, rehin verilebileceği, teminat olarak gösterilebileceği, haczedilebileceği veya diğer hukuki işlemlere konu olabileceği belirtilmiştir.

Marka hakkı üzerinde, bu şekilde tasarrufta bulunmak ya da marka hakkını hukuki işlemlere konu etmek öncelikle marka hakkı sahibine aittir. Marka hakkı sahibi bunu kendisi yapabileceği gibi, bu konuda herhangi bir kimseyi yetkilendirebilir. Bunun dışında, marka hakkı sahibi ya da yetkili olmayan kişilerin marka hakkı üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunması mümkün değildir.

Sınai Mülkiyet Kanununun 30/3. Maddesinde; yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunan kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Bu suç, ilk defa mülga 556 sayılı KHK'ya 4128 sayılı kanun ile eklenen 61/A-b maddesinde düzenlenmiştir²⁷¹. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı²⁷² üzerine, KHK'nın 61/A maddesi 5194 sayılı kanunla²⁷³ yeniden düzenlenmiştir. Ancak, önceki halinden fazla bir değişiklik yapılmamıştır.

²⁷¹ KHK'nın 61/A-b (Ek: 4128 - 3.11.1995 / m.5) : "Hak ve alakası olmadığını veya tasarruf yetkisi bulunmadığını bilmesi gerektiği halde, marka korunmasına ilişkin mevzuatın devir ve intikal, rehin ve haciz ile ilgili maddelerinde yazılı haklardan birini veya bu hakla ilgili lisansı başkasına devreden, veren, rehmeden, bu haklar üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunanlar ile ..."

²⁷² AYM, 02.04.2004, 2002/92 E, 2004/25 K.

²⁷³ 556 Sayılı KHK madde 61/A-b - (Değişik: 5194 - 22.6.2004 / m.16) : "Mevcut olmadığını veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu Kanun Hükmünde

Anayasa Mahkemesinin 2008 tarihli iptal kararı²⁷⁴ üzerine 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi tekrar 5833 sayılı kanun ile tekrar düzenlenmiş ve kaldırılmadan önceki son halini almıştır. KHK'nın 5833 sayılı kanunla değişik 61/A/3. Maddesine göre; *“Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”*

Daha sonra bu suç, bazı değişiklikler ile birlikte SMK m.30/3'te düzenlenmiştir.

SMK 30/3. Maddesi; *“Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”* şeklindedir.

5.4.2. Korunan Hukuki Yarar

Başkasına ait marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu korunan hukuki yarar açısından diğer marka suçlarından farklı değildir. Marka hakkına tecavüz suçu başlığında değindiğimiz üzere bir eylemin hem cezai yaptırımını hem de hukuki yaptırımını gerektirdiği durumlarda, kamunun ve marka sahibinin menfaati birleşmiş olmaktadır²⁷⁵.

SMK madde 30/1 maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçunda, marka hakkı sahibi yanında kamunun da menfaati korunmaktadır. Ancak, SMK 30/2. Maddesinde düzenlenen marka koruması işaretini kaldırma ve 30/3. Maddesinde düzenlenen marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçlarında, marka sahibinin hakkının korunmasının daha ağır bastığını söylemek mümkündür.

Kararname'nin devir, intikal, rehin ve haciz ile ilgili maddelerinde yazılı haklardan birini veya bu hakla ilgili lisansı başkasına devreden, veren, rehneden, bu haklarla ilgili herhangi bir tasarrufta bulunanlar ile ...”

²⁷⁴ AYM, 03.01.2008, 2005/15 E, 2008/2 K

²⁷⁵ Donay – Erman, **a.g.e.**, s. 46

5.4.3.Suçun Unsurları

5.4.3.1.Fail

Bu suçun faili ile ilgili olarak, kanunda herhangi bir özellik belirtilmemiştir. Suç, başkasına ait marka üzerinde tasarrufta bulunmak konusunda yetkisi olmayan herkes tarafından işlenebilir.

Burada fail açısından herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Kanundaki tanımdan fail açısından sadece iki şartın varlığı arandığı anlaşılmaktadır. “ *Yetkisi olmadığı halde*” ve “*Başkasına ait marka*” ifadeleri. Buradan hareketle, marka üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip bir kimsenin bu suçun faili olamayacağı açıktır.

Aynı şekilde, kanunda “*Başkasına ait marka*” ifadesi yer aldığından, bir kişinin kendi markası üzerinde tasarrufta bulunması durumunda, kişi bu suçun faili olamayacaktır.

Bizce, kanunda yer alan “*Başkasına ait*” ifadesinin kullanılmasına gerek yoktur. Kanun, yetkisi olmadığı halde bir marka üzerinde tasarrufta bulunmanın suç olduğunu düzenlemiştir. Burada, bahsedilen markanın, başkasına ait olması gerektiği açıktır. Çünkü marka hakkı sahibi, markası üzerinde her türlü tasarruf yetkisine sahiptir.

Kaldı ki; kanunda yer alan “yetkisi olmadığı halde” ifadesinden, bu suçun başkasına ait marka üzerinde işlenebileceği, eğer bir kimse devir konusunda yetkilendirilmişse suçun oluşmayacağı anlaşılmaktadır. Bu ifadeden sonra ayrıca “başkasına ait” ifadesinin kullanılması gerekmez.

5.4.3.2.Mağdur

Bu suçun mağduru, suç konu marka hakkı sahibidir. Bunun dışında, bu suç mağdur açısından özellik arz etmemektedir. Bu nedenle, Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçunu izah ederken açıkladığımız mağdur maddesine atıf yapmakla yetiniyoruz.

5.4.3.3. Tıpe Uygun Eylem

5.4.3.3.1. Genel Olarak

Kanuni tipte, suç teşkil eden eylemler; yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde *devretmek*, *lisans* veya *rehin vermek* suretiyle tasarrufta bulunmak olarak sayılmıştır. Burada, suç teşkil eden birden fazla eylem sayılmış, bunlardan birini işlenmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Bu nedenle, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu, seçimlik hareketli bir suçtur.

Kanun, seçimlik hareketlerin neler olacağını açıkça saymıştır. Bu nedenle bu suç, hareketin türü açısından bağılı hareketli suçtur. Suçun oluşması için, kanuni tipteki eylemlerin yapılması yeterli olup, ayrıca bu suç nedeniyle marka hakkı sahibinin zarara uğraması gerekmez. Bu yönüyle, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu tehlike suçudur.

5.4.3.3.2. Devretmek

Suçun kanuni tanımında sayılan seçimlik hareketlerden birisi “*devretmek*” tir. SMK m. 148’e göre marka, devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, lisans konusu olabilir, rehin verilebilir, teminat olarak gösterilebilir, hacedilebilir veya diğer hukuki işlemlere konu olabilir.

Devretmek; marka hakkının bir başkası üzerine geçirilmesi ile söz konusu olur²⁷⁶. Devir işlemi, satım ya da trampa şeklinde ivazlı olabileceği gibi, bağışlama şeklinde ivazsız da olabilir.

Devir işlemi için kanun şekil şartı öngörmüştür. SMK 148/5’e göre; devir sözleşmelerinin geçerliliği, ancak noter tarafından onaylanmış şekilde yapılmış olmalarına bağılıdır. Devir sözleşmesinin noterde yapılması geçerlilik şartıdır. Devir

²⁷⁶ Yenidünya –İçer, a.g.e., s.130

işleminin sicile kaydedilmesi, devir işleminin hükümlerini doğurması bakımından kurucu değil, sadece bildirici işlev taşır²⁷⁷.

SMK 30/3'te suç teşkil eden eylem “*devretmek*” olarak belirtildiğinden ve SMK madde148/5'te devir işleminin “noter tarafından onaylanmış” şekilde yapılması gerektiği belirtildiğinden, şekil şartına uymadığı için geçerli olmayan devir işlemleri suç teşkil etmez. Diğer bir ifadeyle, şekil şartına uyulmadan yapılan adi yazılı bir devir sözleşmesi geçersiz olduğundan ve kanunda seçimlik hareket olarak sayılan *devir* işlemi de gerçekleşmez.

SMK madde 148/7. Maddesine göre garanti markasının veya ortak markanın devri, sicile kayıt halinde geçerlidir. Yani devir işleminin tamamlanması için, sadece sözleşmenin yazılı olması yetmemekte, ayrıca sicile kayıt edilmesi de gerekmektedir. Burada tescil, devir işleminin hükümlerini doğurabilmesi açısından kurucu etkiye sahiptir.

Bu durumda, garanti markası ya da ortak marka üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun oluşabilmesi için, failin devir işlemine ilişkin sözleşme yapması ve bu sözleşmenin sicile kaydedilmesi gerekir. Sadece sözleşme yapılması durumunda suç oluşmaz, teşebbüs aşamasında kalır.

5.4.3.3.Lisans Vermek

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunmak suçunun, kanuni tipte sayılan seçimlik hareketlerinden biri de “lisans vermek” tir. Lisans kavramı, sınai mülkiyete konu bir gayri maddi hakkın, kullanılmasına yönelik bir hakkın veya fiili bir tekelin sözleşmeyle elde edilmesini ifade eder²⁷⁸. Lisans veren ve lisans alan arasındaki bu ilişki, karşılıklı sözleşme ile kurulur. Konu marka olduğunda buna marka lisans sözleşmesi denir. Marka lisans sözleşmesi ile beraber lisans veren, üzerinde tasarruf

²⁷⁷ Arkan, **a.g.e.**, C.II, s. 185

²⁷⁸ Saibe Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, Beta Basım, İstanbul 2002, s.9; Şirin Aydınçık, **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, Arıkan Basım, İstanbul 2006, s. 59 vd.

yetkisine sahip olduğu markayı lisans alana kullandırmayı borçlanmakta ve lisans alan da bedel ödeme borcu altına girmektedir²⁷⁹.

Marka lisansı, SMK madde 24'te düzenlenmiştir. Kanunda doğrudan bir tanım yapılmamış, marka hakkının, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için lisans sözleşmesine konu olabileceği belirtilmiştir (SMK m. 24/1) .

Lisans, inhisari lisans veya inhisari olmayan lisans şeklinde verilebilir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans, inhisari değildir. İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans veren markayı kendi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de başka lisanslar verebilir. İnhisari lisans sözleşmelerinde lisans veren, başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça kendisi de markayı kullanamaz (SMK 24/2). Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans sahipleri, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremez (SMK 24/3).

Lisans veren, lisans alan tarafından üretilecek malın veya sunulacak hizmetlerin kalitesini garanti altına alacak önlemleri alır. Lisans alan, lisans sözleşmesinde yer alan şartlara uymak zorundadır. Aksi takdirde marka sahibi, tescilli markadan doğan haklarını lisans alana karşı ileri sürebilir (SMK 24/4). Lisans sözleşmesi, SMK 148/4. Maddesi gereği yazılı şekilde yapılması gerekir.

Lisans sözleşmesini ve kanundaki hükümlerini bu şekilde ifade ettikten sonra; bir eylemin, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun kanuni tanımında yer alan tipe uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde, bu hükümler dikkate alınacaktır.

En genel şekliyle yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde *lisans vermek* suretiyle tasarrufta bulunan kişinin eylemi suç teşkil edecektir. Eylemin suç teşkil etmesi için, lisans verme işleminin kanunda tanımlanan tipe uygun olması gerekir. Örneğin, yazılı olarak yapılmayan bir lisans sözleşmesi, şekil şartı noksanlığı nedeniyle geçersiz olduğundan, eylem suç teşkil etmez.

²⁷⁹ Mücahit Ünal, **Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler**, Ankara 2007, s.144

Burada; tipe uygun eylemin lisans sahibi tarafından gerçekleştirilmesini ayrıca değerlendirmek gerekir. Gerçekten, uygulama ve öğretilde kabul edildiği üzere birçok marka lisans sözleşmesi bulunmaktadır. Bu sözleşme türlerinin her biri, lisans alana farklı hak ve imtiyazlar sağlamaktadır. İşte, lisans alan bir kimsenin, marka lisans sözleşmesinin kendisine tanıdığı imtiyazı aşar şekilde, başka birine lisans vermesi durumunda, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu oluşacak mıdır?

SMK 24/3 maddesine göre; sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans sahipleri, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremez. Bu durumda, sözleşmede aksi kararlaştırılmamasına rağmen lisans sahibi, lisansa konu marka için alt lisans vermesi durumunda, yetkisi olmadan bu işlemi yapmış olacağından, eylemin tipe uygun olduğunu kabul etmek gerekir.

5.4.3.3.4.Rehnetmek

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunmak suçunun, kanuni tipte sayılan seçimlik hareketlerinden bir diğeri de “rehnetmek” tir. SMK madde 148/1 maddesine göre marka hakkının, rehin verilebileceği ve teminat olarak gösterilebileceği belirtilmiştir. Bu işlemler, işletmeden bağımsız olarak da gerçekleştirilebilir (SMK 148/2).

Bugün, işletmeden ayrı bir değeri ve devredilebilirliği olan, şirkete sermaye olarak konulabilen marka hakkının, teminat olarak gösterilebileceği, marka sahibin borçlarına karşılık rehnedilebileceği de kanunen düzenlenmiştir. Marka hakkı sahibi ekonomik bir değeri olan markası üzerinde, alacaklıları lehine rehin hakkı tesis ederek, borçlarına teminat sağlayabilir.

SMK 148/4 maddesi gereği, rehin sözleşmesinin de yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde rehin tesis

etmek için yapılan sözleşme, yazılı şekil şartına uymayarak sözlü yapılmış ise, eylem tipe uygun olmaz.

Eylemin kanundaki tipe uygun olması için, failin yetkisiz olması gerekir. Fail, bu konuda hiç yetkilendirilmemiş olabileceği gibi, kendisine başka bir hukuki işlem yapmak üzere verilen yetkiyi aşmak suretiyle hareket etmiş olabilir. Örneğin, Ş şirketine ait M1 markası için lisans sözleşmesi imzalamak üzere yetkilendirilen bir kişi, aynı marka ile ilgili olarak banka lehine rehin sözleşmesi imzalarsa, bu suçu işlemiş olur.

5.4.3.4.Kusurluluk

Kusurluluk unsuru açısından, bu suç için kanunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu açıdan diğer marka suçları gibi, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunmak suçu kasten işlenebilir. Suçun oluşması için failin bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekir.

TCK 30/1 maddesi gereği, fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu kapsamda örneğin miras hukuku kuralları çerçevesinde markanın kendisine intikal ettiğini düşünerek, marka üzerinde tasarrufta bulunan kişi, kasten hareket etmiş olmayacaktır²⁸⁰.

5.4.3.5.Hukuka Aykırılık

SMK madde 30/3'te düzenlendiği şekliyle, yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunmak eylemi, hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden birini bulunmaması halinde, suç oluşur.

²⁸⁰ Başbüyük, a.g.e, s.213

Bu suç açısından hukuka uygunluk nedenlerini ayrı başlık altında inceleyeceğimizden, izahatımızın bu kadarı ile iktifa ediyoruz.

6.Markanın Türkiye’de Tescilli Olması Şartı

6.1.Genel Olarak

Marka suçlarının düzenlendiği Sınai Mülkiyet Kanununun 30/5. Maddesinde “ bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemenin hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Kanunun lafzında yer alan “cezaya hükmedebilmek için ... şarttır” ifadesi, marka suçları açısından bu şartın, “objektif cezalandırılabilirlik koşulu” olup olmadığını akla getirmektedir.

Suç; kusurlu bir hareketle gerçekleştirilen, hukuka aykırı ve kanundaki tipe uygun eylemdir²⁸¹. Bir suçun, cezalandırılabilmesi için, kanunda sayılan yapısal unsurlarının tamamının gerçekleşmesi gerekir. Tipe uygun eylem, kusurluluk ve hukuka aykırılık tüm suçlar için ortak özellikler ve yapısal unsurlardır²⁸². Eğer, bu unsurlardan biri bulunmazsa, bu durumda suçun varlığından da bahsedilemez.

Bazı durumlarda da, tam aksine suçun tüm yapısal unsurları gerçekleşmesine rağmen, kanun koyucu, failin cezalandırılabilmesi için bir takım koşulların gerçekleşmesini arayabilir. Kanunun aradığı bu şart, niteliğine ve etkisine göre bir muhakeme şartı olabileceği gibi, bir cezalandırma şartı da olabilir.

Objektif Cezalandırılabilme Şartı²⁸³, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda tanımlanmamış ise de, bazı suçlar açısından kanundaki düzenlemelerde

²⁸¹ İçel, a.g.e., s. 213

²⁸² İçel, a.g.e., s. 223

²⁸³ Objektif cezalandırılabilme şartı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Uğur Ersoy, **Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015,

cezalandırabilme şartı yer almaktadır. Örneğin, TCK 161. Maddesinde düzenlenen “*Hileli İflas*” ve TCK’nın 162. Maddesinde düzenlenen “*Taksirli İflas*” suçlarında, failin cezalandırılabilmesi için “iflasa karar verilmiş olması” şartı aranmaktadır. Burada yer alan “*iflasa karar verilmiş olması*”, objektif cezalandırabilme şartıdır.

Doktrinde ise, suçun işlenmesinden önce, işlenmesi sırasında veya suç bütün unsurları ile gerçekleşikten sonra söz konusu olabilen ve gerçekleşmediği takdirde kişinin eyleminden dolayı cezalandırılmasını engelleyen şartlar²⁸⁴ olarak tanımlanmaktadır.

Cezalandırılabilirlik koşulları, suçun yapısal unsurları arasında yer almazlar. Bu nedenle, eylemin hukuka aykırılığına ya da failin kusurluluğuna etki etmezler. Failin kusuruna bağlı olmadıkları için objektif nitelikte olan cezalandırılabilirlik koşulları bu kategorik sistemin dışında yer almaktadırlar²⁸⁵. Unsurlara dâhil olmadıklarından suçun işlendiği yer ve zamanın belirlenmesinde dikkate alınmazlar²⁸⁶. Bu koşullar, sadece cezalandırılabilirliği sağlar.

Cezalandırılabilirlik koşullarının “objektif” olmasının nedeni, failin kusurunun aranmamasıdır. Ancak, kusurun aranmadığı her koşul, cezalandırılabilirlik koşulu değildir²⁸⁷.

Objektif cezalandırılabilirlik koşullarının gerçekleşmediği durumlarda, eğer yeterli şüphe mevcutsa, iddianame düzenlenerek dava açılmalı, ancak mahkeme tarafından beraat kararı verilmemelidir. Bu durumda, cezalandırılabilirlik koşullarının da niteliği dikkate alınarak ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir²⁸⁸.

SMK 30/5 maddesindeki “markanın Türkiye’de tescilli olması” şartını, bu açıklamalar ışığında değerlendirmek gerekir.

²⁸⁴ Mehmet Emin Artuk, Mehmet Emin Alşahin, **Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanlaşımı**, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, İstanbul 2013, (s. 17-44), s. 18.

²⁸⁵ Tiedemann Klaus, **Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve İflâs Suçlarının Reformu**, (Çeviren: Feridun YENİSEY), İÜHFM 1975, c: XLI, S.: 1-2, s.: 304-305.

²⁸⁶ İçel, **a.g.e.**, s. 230

²⁸⁷ İçel, **a.g.e.**, s. 229

²⁸⁸ Artuk - Alşahin, **a.g.m.**, s.28

Öncelikle, madde metninin ifadesi açık olup, cezaya hükmedilebilmesini suça konu markanın Türkiye’de tescilli olması şartına bağlamıştır. Bu da, “Markanın Türkiye’de tescilli olması” şartının, marka suçları açısından objektif cezalandırılabilirlik şartı olduğunu göstermektedir.

SMK 30/1 ve 30/3. Maddesinde, suçun unsurları açısından “başkasına ait marka hakkı” şeklinde ifade mevcut olup, suç tipinde markanın Türkiye’de tescilli olması aranmamıştır. Bu nedenle, SMK 30/5. Maddesinde yer alan “markanın Türkiye’de tescilli olması” şartı, suçun unsurlarından değildir.

Yine bu şartın, marka suçlarının kanuni tipteki unsurlarından olmadığından, kusurluluk ile bir ilişkisi yoktur. “Marka hakkına tecavüz” suçu açısından “kusurluluk” unsurunu incelerken bu suçun kasıt ile işlenebileceğini, failin tipe uygun eylemleri işlerken markanın başkasına ait olduğunu ve kullandığı (ürettiği, sattığı, vs..) işaretin bu markaya (başkasına ait) tecavüz teşkil eden eylemlerle oluşturulduğunu bilmesi gerektiğini ifade etmiştik. “Markanın Türkiye’de tescilli olması”, kusurluluk açısından failin “bilme” unsuruna dâhil değildir. Diğer bir ifadeyle suçun oluşması için failin, markanın tescilli olmasını bilmesi gerekmez.

Düzenleme, açık ifadesiyle ve yaptığımız açıklamalara göre objektif cezalandırma şartı olarak görünmektedir. Doktrinde Çağlar, bu şartın objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir²⁸⁹. SMK 30/5. Maddesinde yer alan, markanın Türkiye’de tescilli olma şartının, marka suçlarının objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul ettiğimizde, bu şartın mevcut olup olmamasının soruşturma ve kovuşturma açısından etkisini de değerlendirmek gerekir.

6.2. Markanın Tescilli Olması

SMK 30/5. Maddesindeki düzenleme, objektif cezalandırma şartı olduğundan, suç tüm unsurları ile gerçekleşmiş ve suça konu marka Türkiye’de tescilli

²⁸⁹ Hayrettin Çağlar, **Marka Hukuku Temel Esaslar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.154

ise, fail cezalandırılacaktır. Bu şartın varlığı, diğere bir ifadeyle tescilli markanın varlığı ne zaman aranacaktır? Kanaatimizce, suçun işlendiği sırada markanın tescilli olması gerekir.

Suçun işlendiği tarihte tescilli olmayan ancak daha önce başvurusu yapılmış ve soruşturma ya da kavuşturma sırasında markanın tescil edilmiş olması halinde nasıl karar verilecektir? Yargıtay, markanın suç tarihinde şikâyetçi adına tescilli ve kayıtlı olmasını aramaktadır²⁹⁰. Ancak, benzer şekilde hileli iflas suçunda, objektif cezalandırma şartı olan “iflas kararı” henüz verilmemiş ise, bu hususun bekletici sorun yapılarak beklenebileceği ileri sürülmektedir.²⁹¹

Marka suçları açısından bunun mümkün olmadığı kanısındayız. Yani, tescil başvurusu yapılmış ve marka sahibi tarafından kullanılmaya başlamış bir marka açısından, soruşturma ya da kovuşturma sırasında markanın tescili beklenmemelidir. Böyle bir durumda, marka hakkı sahibi, markasını ceza normları ile değil, haksız rekabet hükümlerine göre koruyabilir.

Ancak, suç tarihinde tescilli olan fakat, kavuşturma sırasında hakkında SMK 25. Maddesi gereği hükümsüzlük davası açılmış bulunan marka açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Yani, kovuşturma sırasında hükümsüzlük davası açılmış ve devam ettiği bilinen bir marka hakkı ile ilgili ceza hâkimi, hukuk mahkemesinde devam eden hükümsüzlük davasını bekletici mesele yapmalıdır. Bunun sebebi, SMK 27/1. Maddesinde yer alan düzenlemedir. SMK 27/1 maddesine göre; markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde bu karar marka başvuru tarihinden itibaren etkili olup, markaya bu kanunla sağlanan koruma hiç doğmamış sayılır. Bu

²⁹⁰ “Katılan adına tescilli olduğu iddia edilen markanın suç tarihinde geçerli olup olmadığı ve devredilip devredilmediği hususlarının saptanabilmesi açısından Türk Patent Enstitüsünden, suça konu temizlik malzemelerine ait marka tescil belgelerinin onaylı suretleri getirtilip, katılan firmadan temin edilecek orjinal ürünler ve sanıklardan ele geçirilen ürünlerin karşılaştırılması suretiyle marka hakkının ihlal edilip edilmediği konusunda uzman bilirkişi incelemesi yaptırılarak, dava konusu ürünlerde kullanıldığı iddia olunan marka ve logolar ile orjinal ürünlerde yer alan marka ve logoların karşılaştırılabilmesi için örnekleri veya resimlerinin de temyiz denetimine olanak verecek şekilde dosyaya eklenmesinden sonra sanıkların hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken...” Y.19.C.D. 22.06.2017, E. 2015/ 13706, K. 2017 / 6034 (sinerji mevzuat)

²⁹¹ Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, İstanbul, 2004, s. 496.

düzenlemede yer alan “geriye etki” nedeniyle hükümsüzlük davasının bekletici mesele yapılması ve davanın neticesine göre karar verilmesi gerekir.

Burada, 556 sayılı KHK’da yer almayan ancak, 6769 sayılı SMK ile yürürlüğe giren “markanın iptali” kavramı açısından da konuyu değerlendirmek gerekir. Hükümsüzlük davasında olduğu gibi, suç tarihinde tescilli bulunan bir marka için, daha sonra SMK 26. Maddesi gereği markanın iptali talep edilmiş olabilir²⁹². İptal kararının etkisi, hükümsüzlük kararının etkisinden farklıdır. SMK 27/2. Maddesine göre, markanın iptaline karar verilmesi halinde ise bu karar, iptal talebinin Kuruma sunulduğu tarihten itibaren etkilidir. Ancak talep üzerine, iptal hallerinin daha önceki bir tarihte doğmuş olması halinde iptal kararının bu tarihten itibaren etkili olacağına karar verilebilir. Bu durumda, markanın iptaline karar verilse bile bu, iptali talebinden itibaren ileriye etkili olduğundan, mahkeme tarafından bekletici mesele yapılmaması gerekir. Ancak, iptal başvurusu suç tarihinden önce ise, muhtemel iptal kararının ileriye etkisi nedeniyle mahkeme tarafından, iptal başvurusunun neticesi beklenmelidir.

6.3. Markanın Tescilli Olmaması

Kanunda bir suç için, objektif cezalandırılabilme şartı aranmış ve bu şart gerçekleşmemiş ise, “beraat kararı” mı yoksa “ceza verilmesine yer olmadığı” şekilde karar mı verileceği konusundan farklı görüşler mevcuttur.

5271 sayılı CMK’nın 223. Maddesinde, duruşma sona erdikten sonra hüküm verileceği ve verilen hükümlerin “*Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür.*” denilmiş ve hangi hallerde hangi hükmün verileceği belirlenmiştir. Ancak, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi halinde verilecek hüküm hususunda ise açık bir düzenleme yoktur²⁹³.

²⁹² Markanın iptaline SMK 26. Maddesi gereği Türk Patent ve Marka Kurumu karar verir. Ancak bu madde, Kanunun yürürlük maddesi olan 192 /1-a maddesi gereği, kanunun yayımı tarihinden itibaren yedi yıl ertelenmiştir. 26. Madde yürürlüğe girinceye kadar, iptal yetkisi, bu maddedeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından kullanılır.

²⁹³ Artuk - Alşahin, **a.g.m.**, s.27

Kanaatimizce, objektif cezalandırma şartı gerçekleşmemişse bu durumda “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmelidir. Zira, objektif cezalandırma şartı, suçun unsurlarında olmadığından, suçun oluşumuna engel olmaz. Diğer bir ifadeyle, objektif cezalandırma şartının varlığı ya da yokluğu, suçun oluşması için herhangi bir etki yapmaz. Bu şart, sadece kanun koyucunun ceza siyaseti gereği, cezalandırmayı engeller. Şartın varlığı durumunda suç oluşmuştur, ancak faile ceza verilemez. Haliyle, her ne kadar objektif cezalandırma şartı gerçekleşmediği için, faile ceza verilemiyorsa ise de, beraat kararı da verilmemelidir. Çünkü ortada tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş bir suç mevcuttur.

Objektif cezalandırma şartı gerçekleşmediği, soruşturma sırasında ama henüz dava açılmadan ya da takipsizlik kararı verilmeden anlaşılması olabilir. Bu durumda, objektif cezalandırılabilme şartının özelliklerinden biri de, suçun soruşturulmasına ve kovuşturulmasına bir engel teşkil etmemesidir²⁹⁴. Bu nedenle, eğer yeterli şüphe mevcutsa objektif cezalandırılabilme şartının varlığı bir kovuşturma engeli olmadığından, şartın gerçekleşmediği hatta gerçekleşmeyeceği anlaşılrsa dahi, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek kamu davasının açılmasını sağlamalıdır²⁹⁵.

6.4. Değerlendirme

SMK 30/5. Maddesinde yer alan “ bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır” ifadesinin hukuki niteliği ile ilgili kanunun metninde ya da gerekçesinde herhangi bir açık hüküm yer almamaktadır. Ancak, madde metnin tamamı ve suçun düzenlendiği maddeler dikkate alındığında, “objektif cezalandırılabilme şartı” şeklinde düzenlendiği söylemek mümkündür.

²⁹⁴ İlhan Üzülmöz, **Ahmet Hulusi Akkaş, Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 2(1-2), s. 7

²⁹⁵ Artuk - Alşahin, **a.g.m.**, s. 28.

Hukuki nitelendirme bu şekilde olmasına rağmen, uygulamada bunun “objektif cezalandırılabilme şartı” olarak değil, suçun unsuru olarak değerlendirildiği görülmektedir. Gerçekten, Yargıtay bir kararında markanın tescilli olmaması durumunda, suçun oluşmadığına hükmetmiştir²⁹⁶. Objektif cezalandırma şartı gerçekleşmemişse – marka tescilli değilse- soruşturma aşamasında takipsizlik, kovuşturma aşamasında ise, beraat kararı verilmektedir. Aynı şekilde Yargıtay, şikâyet hakkının var olup olmadığının tespiti için, markanın tescilli olup olmadığının araştırılması gerektiği görüşündedir²⁹⁷. Bu da, marka suçları açısından, markanın tescilli olmasını “objektif cezalandırılabilme şartı” olarak değil, suçun unsuru olarak kabul edildiğini göstermektedir.

Doktrinde ise Başbüyük, “markanın Türkiye’de tescilli olması” şartının sadece, marka suçlarının konusu açısından ele almıştır²⁹⁸. Çağlar ise, bu şartın objektif cezalandırılabilme şartı olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir²⁹⁹.

Her ne kadar, Türkiye’de markanın tescili zorunlu değil ise de, SMK 7/1 maddesinde “bu kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir” hükmü yer almaktadır. Burada, korumanın kapsamı açıkça ifade edilmemiştir. Ancak, maddenin devamında “iktibas” ve “iltibas” suretiyle tecavüz halleri düzenlendiğinden ve bunun SMK 30/1 gereği marka hakkına tecavüz suçunun unsurlarından olduğundan, bu hükmün (SMK 7/1 hükmünün) aynı zamanda marka hakkının ceza normları ile korunmasını da kapsadığının kabulü gerekir.

Bu kabul bizi, doğal olarak, marka hakkının ceza normları ile korunmasının da tescil ile elde edilmesi gerektiği sonucuna götürür. Ancak, SMK 30/5. Maddesinde yer alan düzenleme bu gerekliliği karşılamadığı gibi, ifade ediliş şekli itibariyle de hatalıdır.

²⁹⁶ “Karar: Sanığın işyerinde satışa sunduğu basketbol ve futbol topları üzerinde yer alan markanın müdahil firma adına tescilli olup olmadığı Türk Patent Enstitüsünden sorularak, tescilli ise marka tescil belgesinin onaylı örneği getirilip dava konusu ürün ile tescil belgeleri konusunda uzman bilirkişiye tevdi ile sonucuna göre eyleminin 556 sayılı KHK.ve 4128 sayılı kanunla eklenen 61/A-c maddesindeki suçun tescilli değilse sanığın tanımadığı kişilerden belgesiz olarak alıp işyerinde satışa sunduğu topların iltibasa meydan verdiğini bilmesi gerektiğine nazaran haksız rekabet suçunun oluşacağı gözetilmeden eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi,” Yargıtay 7.C.D., 26.02.2004 tarih ve E. 2003/ 3874, K. 2004 / 2669 sayılı kararı (sinerji mevzuat)

²⁹⁷ Erdal Noyan, **Marka Hukuku**, İstanbul, Adalet Yayınevi, 2009, s. 996

²⁹⁸ Başbüyük, a.g.e., s.92 v.d.

²⁹⁹ Çağlar, a.g.e., s.154

Markanın Türkiye’de tescilli olması şartını, suçun unsuru olarak düzenlemek bizi daha net bir sonuca götürür. Bu durumda, en başta uygulamada yaşanan tereddütler giderilmiş olacaktır.

Aksi halde, markanın Türkiye’de tescilli olması şartını sadece cezalandırma şartı olarak düzenlemek, gereksiz soruşturma ve kovuşturmayaya neden olacaktır. Çünkü yukarıda izah edildiği üzere, objektif cezalandırma şartının gerçekleşmediği soruşturma aşamasında fark edilmiş ise, yeterli şüphe mevcut ise, dava açılmalıdır. Marka suçları açısından, kovuşturma sonunda “ceza verilmesine yer olmadığına” karar verilecek bu ihlalin, soruşturma aşamasında takipsizlik ile sonuçlanmasının usul ekonomisi açısından daha isabetlidir.

Bunun için, markanın Türkiye’de tescilli olmasının, suçun unsuru olarak, suçun düzenlendiği maddelerde açıkça düzenlemesi gerektiğini düşünüyoruz.

7.Hukuka Uygunluk Nedenleri

7.1.Genel Olarak

Suçun yapısal unsurlarından biri olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplere, “ hukuka uygunluk sebepleri” adı verilir³⁰⁰. Bu sebepler, hukuka aykırılık unsuru gerçekleştikten, eylem hukuka aykırı bir şekilde işlendikten sonra etki yaparak bu unsuru ortadan kaldırmazlar; aksine eylemin doğrudan doğruya hukuka uygun bir biçimde doğmasını sağlarlar³⁰¹.

Bir olayda, hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunduğu belli ise, eylem baştan itibaren hukuka uygun olduğu ve bu nedenle suç teşkil etmediği için kamu davası açılmamalı, dava açılmış ve hukuka uygunluk sebebinin varlığı yargılama aşamasında tespit edilmiş ise, beraat kararı verilmelidir³⁰².

³⁰⁰ Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, C.II, n. 691

³⁰¹ İçel, **a.g.e.**, s. 308

³⁰² Artuk – Gökçen, **a.g.e.**, s. 408

Hukuka uygunluk nedenleri TCK'nın 24, 25 ve 26. Maddelerinde düzenlenmiştir. Bunlar, “ Kanun Hükmünü yerine getirme”, “ Amirinin Emrini Uygulama”, “ Haklı Savunma”, Zorunluluk Durumu”, Hakkın Kullanılması”, “Mağdurun Rızası” dır. Bu kavramlardan, marka suçlarının niteliğine uygun olan ve bu suçlar bakımında uygulanma imkânı bulunan “ Kanun Hükmünü yerine getirme” ve “Mağdurun Rızası” kavramları açıklanacaktır.

Bunun yanında, marka suçları açısından özellik arz eden ve SMK'da yer alan hukuka uygunluk başlığı altında incelenmesi gereken kavramlar mevcuttur. Bunlar da; “ markanın dürüstçe kullanımı”, “marka hakkının tükenmesi”, “ markanın başvuru eserlerinde yer alması” ve “Kişisel İhtiyaçla Elde Bulundurma ve Tazminat Ödeyenden Satın Alma” kavramlarıdır.

7.2. Mağdurun Rızası

Hukuka uygunluk nedenlerinden birisi “Mağdurun Rızası”dır. Bu kavram, eski TCK'da düzenlenmiş bir hukuka uygunluk nedeni değildi. Ancak 5237 sayılı TCK'da ilgilinin (mağdurun) rızası hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. TCK 26/2. Maddesine göre; “*zerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*”

Mağdurun rızasının hüküm doğurması, yani bir eylemin hukuka aykırılığı kaldırabilmesi için bazı şartların varlığı gerekir. Bunlar; rızaya ehliyet, rıza açıklaması ve rızanın konusudur³⁰³.

Temyiz kudretine sahip olan herkes, rıza beyanında bulunmaya ehliyetlidir. İlgililerin birden fazla olması halinde her ilgilinin rızasının alınması gerekir.

³⁰³ İçel, a.g.e, s. 383

Mağdurun, sahip olduğu bir hakkına yönelik hukuka aykırı bir eyleme rızasının olması yeterli değildir. Aynı zamanda bu rızanın açıklanması gerekir. Rıza açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir. Bir eyleme rıza açıklaması, yazılı ya da sözlü olarak yapılabilir.

Rıza açıklaması mutlaka, suçtan önce veya suçun icra hareketleri devam ettiği sırada mevcut olmalıdır³⁰⁴. Mağdurun rızası hiçbir zaman geçmişe etkili olamaz. Bu nedenle eylem yapıldığı sırada rıza yoksa hareket hukuka aykırı bir şekilde meydana gelmiş demektir ve sonradan verilen icazet, hukuka aykırı bir eylemi hukuka uygun hale getirmez³⁰⁵.

Hukuka aykırı bir eyleme rıza, sadece ilgilinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hak bakımından, hukuka uygunluk nedeni oluşturur³⁰⁶. Toplumun, devletin haklarını ihlal eden suçlarda, bireyin sübjektif hakkı söz konusu olmayacağı için, hak sahibi olmayan kişinin açıklayacağı rıza ya da eyleme muvafakat hukuka aykırılığı gidermez³⁰⁷.

Marka suçları açısından, marka hakkı, kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği sübjektif bir hakkı olduğundan, mağdurun rızası hukuka uygunluk nedenidir. Bu rızanın yukarıda açıklanan şartlar dâhilince açıklanmış olması gerekir.

7.3.Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Türk Ceza Kanunu 24/1 maddesine göre “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*”. Buna göre kanun, kanun hükmünün yerine getirilmesini hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemiştir. Buradaki “ kanun” teriminden Türkiye’de uygulanması gereken hukuk kurallarının anlaşılması gerekir³⁰⁸.

³⁰⁴ Artuk-Gökçen, **a.g.e.**, s. 480

³⁰⁵ Dönmezer – Erman, **a.g.e.**, C. II, no 751

³⁰⁶ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 290

³⁰⁷ Dönmezer – Erman, **a.g.e.**, II no 754

³⁰⁸ İçel, **a.g.e.**, s. 317

Diğer bir hukuka uygunluk nedeni olan amirin emrini uygulama; TCK 24. Maddesinin 2, 3, ve 4. Maddelerinde; “(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.” Şeklinde düzenlenmiştir.

Kanunda; yetkili merciden verilen ve görev gereği yerine getirmek zorunda olduğu emri uygulayan kişinin sorumlu olmadığı, eğer emrin konusu suç teşkil ediyorsa hiçbir surette yerine getirilmeyeceği aksi halde emri veren ve bu emri yerine getirenin sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

Marka suçları açısından, kanunun hükmünü yerine getiren ya da amirinin emrini uygulayan kişinin, SMK 30. Maddesindeki tipe uygun eylemleri hukuka uygundur.

7.4.Marka Hakkının Tükenmesi

Sınai Mülkiyet Kanununun 7. Maddesine göre, marka hakkı sahibine kanunla tanınan koruma tescil yoluyla elde edilir. SMK 30/5. Maddesinde, marka suçlarından dolayı cezaya hükmedilebilmesi için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır. Bu durumda, istisnaları bulunmakla birlikte hem hukuki hem de cezai koruma için markanın tescilli olması gerekmektedir.

Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir (SMK m. 7/2). Marka hakkı sahibinin markasını ticari faaliyette kullanması, mal ya da hizmet olarak piyasaya sunması, sahip olduğu hakkının gereğidir. Bunun bizzat kendisi yapabileceği gibi, üçüncü kişilere lisans vermek suretiyle de yapabilir.

Tescilli bir markanın sahibi, markanın bir mal/hizmet üzerinde kullanılarak marka sahibi ya da onun izni ile üçüncü bir kişi tarafından Türkiye’de piyasaya sürülmesinden sonra, piyasada satışı yapılan mallar ile ilgili sonraki fiillere (malın iç piyasada tekrar satışı, kiralanması) engel olamaz³⁰⁹. Buna tükenme ilkesi denir. Marka hakkının tükenmesi, marka hakkı sahibine tanınan münhasır tekелci hakkın bir istisnasıdır.

Marka hakkının tükenmesi, SMK madde 152/1’de “*Sınai mülkiyet hakkı korumasına konu ürünlerin, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra bu ürünlerle ilgili fiiller hakkın kapsamı dışında kalır*” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu ilke gereği, bir cep telefonu markasının sahibi, telefonu üretip piyasaya sunduktan sonra, bunun bayilere, alt dağıtıcılara ya da tüketicilere satışına engel olamaz. Çünkü sahip olduğu marka hakkı, markalı mallarının piyasaya sürülmesinden sonraki fiiller için sona ermiştir.

Ancak, her ne kadar malın piyasa sürülmesi ile üzerindeki hak sona ermiş ise de, bu sona erme markanın tescil edildiği şekilde kullanıldığı fiiller için geçerlidir. Eğer, üçüncü kişiler, tescilli markayı değiştirerek ya da kötüleştirerek kullanıyorsa marka hakkı sahibi SMK 152/2 gereği bu fiilleri önleme yetkisine sahiptir. SMK 152/2. Maddesine göre marka sahibi, birinci fıkra hükmü kapsamına giren ürünlerin üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme hakkına sahiptir.

Marka hakkının tükenmesi ilkesi, markanın tescil edildiği şekilde orijinal olarak kullanılması şartıyla geçerlidir. Bu durumda, marka hakkı sahibi, üçüncü kişilerin eylemleri nedeniyle SMK 30/1. Maddesindeki marka hakkına tecavüz edildiği iddiasında bulunamayacaktır.

³⁰⁹ Ülgen, a.g.e, s. 494

Üçüncü kişiler, bir markayı SMK 152/2’de belirtildiği şekilde kötüleştirerek ya da kötüleştirerek kullanmaları durumunda, kanunun tanıdığı önleme yetkisi, hukuki bir korumadır. Aynı zamanda bu eylemlerin cezai koruma kapsamına girip girmeyeceği diğer bir ifadeyle bu eylemlerin SMK 30/1’deki marka hakkına tecavüz suçunu oluşturup oluşturmayacağı, somut olaya göre değerlendirilmelidir. Eğer, üçüncü kişilerin eylemleri, marka hakkına tecavüz suçunun kanuni tipine uygun ise, bu eylemleri gerçekleştirenler marka hakkının tükendiği iddiasında bulunamayacaktır.

Burada, şu ayrıma dikkat etmek gerekir. Marka hakkının tüketilmesinde, üçüncü kişilerin kullandıkları markalar orijinal markalardır. Ancak, marka hakkına tecavüz suçuna konu marka ise, iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek oluşturulmuş taklit marka söz konusudur. Bu nedenle, taklit markalı ürünlerin kullanıldığı gibi durumlarda marka hakkının tüketilmesi hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez³¹⁰.

7.5. Markanın Dürüstçe Kullanımı

Markanın sahibine taşıdığı hakların bazı sınırları vardır. SMK’nın “Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları” başlıklı 7. Maddesinin 5. Fıkrasında “*dürüstçe kullanım*” adı verilen ve marka hakkı sahibinin engelleyemeyeceği kullanım şekilleri düzenlenmiştir.

Buna göre marka hakkı sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde olmak kaydıyla markanın;

a) *Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi amacıyla,*

b) *Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması amacıyla,*

³¹⁰ Başbüyük, a.g.e., s.176

c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hallerde, Kullanılmasını engelleyemez.

Bu düzenlemeyle; marka sahibinin tekel hak niteliğindeki hakkı, toplumun çıkarları ve ticari hayat şartları dikkate alınarak makul bir seviyeye çekilmek istenmiş ve marka hakkının mutlak hak niteliğinden doğan sınırsız koruma alanının sınırı çizilmeye çalışılmıştır³¹¹. Buna göre, tescilli marka ile aynı olsa da bir ticaret unvanı veya satılan malın niteliğini belirten açıklama üçüncü kişiler tarafından kullanılabilir³¹².

Marka suçları açısından; bir eylem dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde olmak kaydıyla SMK 7/5. Maddesi kapsamında değerlendiriliyorsa, hukuka aykırı olmayacaktır. Zira failin bu eylemi kanuna uygundur ve bu hakkı kendisine kanun tanımıştır. TCK 26. Maddesine göre hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.

Yargıtay, “Stoneled Işıklı Taşlar” şeklindeki kullanımın, tescilli bulunan “Stone Light” tescilli markasına tecavüz oluşturmadığına ve sınai konuları ile ilgili olarak “Stone” kelimesinin dürüstçe kullanımı niteliğinde olduğuna hükmetmiştir³¹³.

Bir eylemin dürüstçe kullanım olduğu ve bu nedenle hukuka uygun olduğunu söyleyebilmek için kanundaki düzenlemeye göre iki şartın gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle kullanım “dürüst” olmalıdır. İkincisi, markanın kullanımını failin ticari ve sınai faaliyetleri içerisinde yer almalıdır. Kullanımın dürüst olmadığının tespiti,

³¹¹ Tekinalp, Ünal, **Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması**, Prof Dr. Oğuz Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 636.

³¹² Başbüyük, **a.g.e.**, s.184

³¹³ “Dava, marka hakkına tecavüzün tespiti, önlenmesi ile maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Davalı kendisine ait internet sitesinde ARC Creative Aydınlatma Sistemleri markası altında ürünlerinin teşhir ve pazarlamasını yapmaktadır. Davalıya ait internet sitesinde “ürünlerimiz” başlığı altında ürün çeşitleri belirtilirken “Stoneled Işıklı Taşlar” alt başlığı altındaki sayfada bu ürün grubu tanıtımı ve satışı gerçekleştirildiğine göre, satışa sunulan ürünlerin taş içi aydınlatma özelliğine sahip olması nedeniyle anılan sayfada “Stone” kelimesinin kullanılması 556 sayılı KHK’nın 12. maddesi uyarınca ticari ve sınai konuları ile ilgili olarak davacı markasının asli unsurlarından bir tanesini oluşturan “Stone” kelimesinin dürüstçe kullanımı niteliğinde olduğu halde, aksine düşüncelerle davacının marka hakkına tecavüz oluşturulduğunun kabulü doğru görülmemiş, hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11.H.D. 30.06.2014, E. 2014/6339, K. 2014/12377 (sinerji mevzuat)

tamamen sübjektif bir değerlendirme olup, failin kullanım şekline göre değerlendirilmesi gerekir. Örneğin Yargıtay; tescilli bir markanın dükkân tabelasında baskın şekilde kullanılmasını dürüst kullanım olarak değerlendirmemiştir³¹⁴.

7.6.Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması

SMK'nın "Markanın başvuru eserlerinde yer alması" başlıklı 8. Maddesine göre;

"Tescilli bir markanın, basılı olarak veya elektronik ortamda sunulan sözlük, ansiklopedi ya da başka bir başvuru eserinde, tescilli olduğu belirtilmeden jenerik ad izlenimi verecek şekilde yayımlanması durumunda, marka sahibinin talebine bağlı olarak yayıncı, 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."

Bu düzelemeye göre bir marka; basılı olarak veya elektronik ortamda sunulan sözlük, ansiklopedi ya da başka bir başvuru eserinde, tescilli olduğu belirtilmeden jenerik ad izlenimi verecek şekilde yayınlanmışsa, marka hakkı sahibi yayıncıya başvurarak, yanlışlığın düzeltilmesini ya da kullanıma son verilmesini istemek zorundadır. Eğer marka hakkı sahibi yayına son verilmesini istiyorsa; yayınlanan mecra elektronik ortam ise derhal, basılı bir eser ise takip eden yayında gerçekleştirilecektir.

Marka hakkına tecavüz teşkil eden eylem, ancak marka hakkı sahibinin yayıncıya kanunda belirtilen şekilde uyarı yapması ve yayıncının bu uyarıyı dikkate almayarak tecavüze devam etmesi durumunda suç teşkil edecektir³¹⁵.

³¹⁴ "Ancak dosyada mevcut davalı kullanımına ilişkin fotoğraflar ile davalının işyerindeki ve bina dış kısmındaki tanıtıcı işaretler değerlendirildiğinde, davacının inhisari lisans hakkı sahibi olduğu markasının ve logosunun davalı işletmenin tanıtımında markasal ve baskın mahiyet arz edecek şekilde yer aldığı görülmüştür. Bu durumda, davalının işyeri dışında anılan kullanımının kapsamında bir kullanım olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığı halde yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmektedir." Yargıtay,11.H.D., 31.05.2017, E. 2016/ 454, K. 2017 / 3242 (sinerji mevzuat)

³¹⁵ Deniz Topçu, **Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar**, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 130

7.7. Kişisel İhtiyaçla Elde Bulundurma ve Tazminat Ödeyenden Satın Alma

SMK, kişisel ihtiyaçları nedeniyle tecavüz konu markalı ürünleri elinde bulunduran tüketiciler hakkında ayrı bir düzenleme yapmıştır. SMK 153/1 maddesinde “*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 şikâyette bulunamaz*” hükmü yer almaktadır.

Özellikle SMK 30/1. Maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçu kapsamında, fail tarafından piyasaya sürülen ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde satın alan, kullanan tüketicilerin bulunması muhtemeldir. Kanun bu kişiler aleyhine, hukuk ya da ceza davası açılmayacağını düzenlemiştir.

Şunu belirtmek gerekir ki, tüketicilerin her türlü eylemi bu madde kapsamında değerlendirilemez. Kanun sadece, elinde bulunduran veya kullanan kişileri hüküm altına almıştır. Bu nedenle, satın aldığı bir ürünün, taklit olduğunu anladığında bunun üçüncü bir kişiye satan kişinin eylemi, bu kapsamda değerlendirilemez ve kanaatimizce marka hakkına tecavüz suçunu oluşturur³¹⁶.

Yine SMK 153/2. Maddesinde, “*Sınai mülkiyet hakkı sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı kendisine tazminat ödeyen kişi tarafından, sınai mülkiyet hakkı sahibinin el koymaması nedeniyle piyasaya sürülmüş ürünleri ticari amaçla kullanan kişilere karşı, bu Kanunda yer alan hukuk davalarını açamaz veya ceza davası açılması için şikâyette bulunamaz*” hükmü yer almaktadır.

Burada, marka hakkı sahibinin, markasına tecavüz eden kişiden tazminat alması ve tecavüze konu ürünlere elkoymaması nedeniyle, mütecaviz tarafından piyasaya sürülen ürünleri ticari amaçla kullanan kişilere karşı hukuk ve ceza davası

³¹⁶ Bkz. Kusurluluk başlığında ticari amaç özel saiki maddesine bakınız.

açamayacağı belirtilmiştir. Bunun için öncelikle, marka hakkı sahibine tazminat ödenmesi ve suça konu ürünlere el konulmaması gerekir. Tazminatın mahkeme kararı veya mahkeme dışı yollarla elde edilmiş olması önemli değildir³¹⁷. Marka hakkı sahibi, tazminat almasına rağmen taklit markalı ürünlere el koymayarak, bu malların üçüncü kişilere satılmasına ya da piyasaya sürülmesine zımnen rıza gösterdiği varsayılmıştır. Kanunda “ **ticari amaçla kullanan**” kişilere karşı dava açılmayacağı yazılıdır. Buradaki “ **ticari amaçla kullanan**” ifadesini geniş yorumlama gerekir. “Kişisel kullanım” SMK 153/1 maddesi ile düzenlendiğinden, bunun dışındaki her türlü kullanımı, “ **ticari amaçla kullanım**” olarak değerlendirmek gerekir. Örneğin, taklit markalı ürünleri satmak üzere dükkânında bulunduran, satışa arz eden, nakleden, satan kişi bu kapsamda değerlendirilmelidir.

8. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

8.1. Teşebbüs

Bir fiilin suç teşkil etmesi ve cezalandırılabilmesi için, kanunda düzenlenen tipe uygun olması ve diğer yapısal unsurların tam olması gerekir. Fail, her zaman düşündüğü fiili tam olarak gerçekleştiremez. Bunun sebebi bazen, icra hareketlerini tamamlayamaması bezen de icra hareketlerini tamamlamasına rağmen düşündüğü (kastettiği) neticenin meydana gelmemesidir. İşte, böyle bir durumda, yani neticenin meydana gelmediği ya da icra hareketlerinin tamamlanmadığı durumda teşebbüs oluşur. Teşebbüs; failce işlenmek istenen bir suçun icrasına elverişli araçlarla başlanmasına karşın elde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen failin iradesi dışında neticenin meydana gelmemesidir³¹⁸.

TCK 35. Maddesine göre; kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

³¹⁷ İlhami Güneş, **Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 171

³¹⁸ İçel, **a.g.e.**, s. 493; Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, C I, n. 547; Artuk- Gökçen, **a.g.e.**, s. 598

SMK 30/1. Maddesinde düzenlenen marka hakkına taklit suçuna teşebbüs mümkündür. Kanunun 1. Fıkrasında sayılan seçimlik eylemler; başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek, *mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek, satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak* olarak sayılmıştır. Her bir eylem açısından, icra hareketleri bölünebildiği durumlarda suça teşebbüs mümkündür³¹⁹. Örneğin, kanunda sayılan seçimlik hareketlerden biri ticari amaçla depolamak olarak belirtilmiştir. Bu açıdan, depo sahibinin, tecavüze konu markalı olduğunu bildiği ürünleri depolamak üzere sözleşme imzalaması icra hareketine başladığını gösterir. Ancak, elinde olmayan nedenlerle, ürünler kendisine teslim edilmemiş ve depolama eylemi gerçekleşmemişse, suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

SMK 30/2. Maddesinde, *marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırmak* eylemi suç olarak düzenlenmiştir. Burada belirtilen tipe uygun eylemin icra hareketlerinin bölünebilir olduğundan, bu suça teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmelidir.

SMK 30/3. Maddesinde düzenlenen suça teşebbüsün mümkün olduğu kanısında³²⁰. Marka hakkı üzerinde, yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun seçimlik hareketli bir suçtur. Suç teşkil eden eylemler kanunda *devretmek, lisans veya rehin vermek* şeklinde sayılmıştır. Bir kişinin, yetkisi olmadığı halde kanunda sayılan tasarruf işlemlerini yapmak üzere anlaşma yapması hazırlık hareketleri çerçevesinde değerlendirilmelidir³²¹.

8.2. İştirak

Kanunda tanımlı tipte, bir kişi tarafından işlenebileceği belirtilen suçlar bulunduğu gibi, kanuni tipteki tanımından ya da doğası gereği birden fazla kişi tarafından işlenebilen suçlar da mevcuttur. İşte, sadece bir kişi tarafından işlenmesi

³¹⁹ Yenedünya - İçer, **a.g.e.**, s.116

³²⁰ Karşı görüş için bkz. Hüseyin Aydın, **Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 85

³²¹ Başbüyük, **a.g.e.**, s.224

mümkün olan suçlara “ tek failli suçlar” denir. Kanundaki tipe uygun olarak işlenmesi için birden fazla kişinin bulunması gereken suçlara da “ çok failli suçlar” denir³²².

Tek failli kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişi tarafından da işlenmesi pekâlâ mümkündür. İşte, bir suçun failer arasındaki ilişki ortak irade ve iş birliği ile işlenmesi halinde iştirakin varlığından söz edilir.

TCK'nin 37. Maddesine göre, ‘Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur’. Bağlılık kuralının düzenlendiği 40. maddesi ‘Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır’ şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre, iştirakin varlığından söz edebilmek için dört koşulun bulunması gerekir. Bunlar; ‘birden çok fail tarafından gerçekleştirilen birden çok hareketin bulunması’, ‘faillerce gerçekleştirilen fiillerin nedensel değer taşıması’, ‘failler arasında iştirak iradesinin bulunması’ ve ‘tüm failler açısından aynı olan suçun icra hareketine başlanmış olması’ dır³²³.

Hemen belirtmek gerekir ki; iştirak sadece kasıtlı suçlarda söz konusu olur. Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir (TCK m. 40/1). Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir (TCK 22/5).

Marka suçları ile ilgili, kanuni tanımda failin sayısı açısından herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle, SMK'da düzenlenen her bir suçun “tek failli suç” olduğunu söylemek mümkündür. Böyle olunca da bu suçlar, aralarında anlaşma ve iş birliği olan birden fazla işlenebilir. Bu durumda, TCK'nın iştirak ile ilgili genel hükümlerinin uygulanması gerekir.

³²² Dönmezer - Erman, **a.g.e.**, C. II, n. 1185

³²³ İçel, **a.g.e.**, s. 534

8.3. İçtima

Türk Ceza Kanununun benimsediği prensip; “ kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır” ilkesidir³²⁴. Bu kuraldan, aslında ceza hukukunda öteden beri kabul edilen suçların içtimaı ve cezaların içtimaı kavramlarından³²⁵, cezaların içtimainın kural, suçların içtimainın istisna olduğu sonucu çıkmaktadır³²⁶. Bu kural gereği de; suçların içtimaı kapsamına giren istisnalar dışında işlenen her bir suçtan ayrı cezaya hükmedilecek ve verilen her bir ceza bağımsızlığını koruyacaktır³²⁷.

TCK’da “suçların içtimaı” başlığı altında; birleşik suç (m. 42), zincirleme suç (m. 43) ve fikri içtima (m. 44) düzenlenmiştir.

Suçun kanuni tanımında birden fazla hareket gösterilmiş ancak suçun oluşması için bu hareketlerden birini yapılmasının yeterli olduğu suçlara “*seçimlik hareketli suçlar*” denir³²⁸. SMK. Madde 30/1 maddesinde düzenlenen Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz suçu ve 30/3. Maddesinde düzenlenen Başkasına ait Marka Hakkı Üzerinde Yetkisiz Tasarruf Suçunun kanuni tanımında, birden fazla hareket sayılmıştır.

Bu iki suç, seçimlik hareketli suç olduğundan, kanuni tipte sayılan hareketlerden birinin gerçekleşmesi ile suç oluşur. Kanun metninde sayılan hareketlerden birden fazlasının aynı zamanda ve aynı kişiye ait markaya karşı

³²⁴ TBMM Adalet Komisyonu’nun Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin 3.8.2004 tarih ve E. 1/593, K. 60 sayılı Raporu, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 229. (<https://www.tbmm.gov.tr>)

³²⁵ Suçların içtimaı-cezaların içtimaı ayırımının ortak özelliği, aynı fail tarafından gerçekleştirilen birden çok suçun varlığıdır. Suçların içtimaı ile cezaların içtimaı bakımından farklı içtima sistemlerinin (ikilik sistemi) uygulandığı ülkelerde, cezaların içtimaina ilişkin kuralların uygulanabilmesi için ortada birden fazla suçun bulunması ve suçların içtimaı kapsamına giren bir halin bulunmaması gerekir. Şayet suçların içtimaı kapsamına giren bir durum söz konusu ise, cezaların içtimaina ilişkin kural uygulanmaz ve suçların içtimainın hangi türü mevcut ise buna ilişkin içtima kuralları uygulanır. Bu itibarla, ikilik sistemini öngören kanunlar bakımından suçların içtimaı-cezaların içtimaı ayırımının en önemli sonucu sorumluluğun tayininde ortaya çıkmaktadır (Kayıhan İçel, **Suçların İçtimaı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No. 1762, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 12-13)

³²⁶ Koca- Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 496

³²⁷ Neslihan Göktürk, **Türk Hukuku’nda Suçların İçtimaı**, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C II, 2014/1-2, s. 31

³²⁸ İçel, **a.g.e.**, s. 272

yapılması durumunda da, suçun sayısında bir değişiklik olmaz³²⁹ ve yine tek bir suçtan söz edilir³³⁰.

TCK 212. Maddesinde “*Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur*” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, örneğin marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun, failin kendisini yetkili olarak gösterebilmesi için sahte özel veya resmi belgenin kullanılmasıyla işlenmesi halinde, TCK 212 gereği, gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve fail her iki suçtan da cezalandırılacaktır.

8.3.1.Zincirleme Suç

TCK 43. Maddesine göre; bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Burada zincirleme suçun tanımı yapılmıştır. Bu tanımdan, zincirleme suçun unsurlarının; ‘bir suç işleme kararının bulunması’, ‘aynı suçun birden fazla işlenmesi’, ‘suçların farklı zamanlarda işlenmesi’ ve ‘suçun aynı kişiye karşı işlenmesi’ olarak sayılabilir.

Marka suçları açısından, failin aynı suçu işleme iradesiyle farklı zamanlarda, bir kişinin markasına karşı aynı suçu işlemesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulama imkânı bulacaktır.

Yine TCK 43/2. Maddesi gereği, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da aynı maddenin 1. Fıkrası uygulanır ve bir cezaya hükmedilir. Örneğin failin, farklı kişilere ait markaları taklit ederek satışını yapması durumunda, her bir marka sahibi şikâyetçi de olsa, sadece bir cezaya hükmedilir³³¹.

³²⁹ İçel, **a.g.e.**, s. 272

³³⁰ Yenidünya - İçer, **a.g.e.**, s. 133

³³¹ “Sanığın birden çok hak sahibine karşı aynı fiili işlediği ve birden fazla hak sahibinin şikâyetçi olduğu gözetildiğinde, sanık hakkında TCK'nın 43. maddesinin ikinci fıkrası gereğince aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi sebebiyle zincirleme suç kapsamında kaldığının gözetilmemesi, Kanuna aykırı ve sanığın temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden tebliğnameye aykırı olarak hükmün bozulmasına...” 19.Ceza Dairesi, E 2015/ 13793,K 2015 / 7892,Karar Tarihi: 30.11.2015 (sinerji mevzuat)

8.3.2.Fikri İçtima

Fikri İçtima, 5327 sayılı TCK'nın 44. maddesinde suçların içtimaı başlığı altında düzenlenmiş olup, failin bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet vermesini ifade eder. Bu durumda, her bir ihlal için ayrı ayrı ceza vermek yerine, en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilir.

TCK 44. Maddesindeki düzenlemeye göre, fikri içtima için iki şart aranmaktadır. Bunlar, “ tek bir fiilin bulunması” ve “ tek fiille birden fazla suçun işlenmesi” dir³³². Genel kural, bir fiil ile birden çok kanun hükmünün ihlali halinde, her bir ihlal için ceza yaptırımını uygulanmasıdır. Ancak TCK 44. Maddesi, bu açıdan genel kuralın bir istisnasını oluşturmaktadır. Fikri veya şekli içtima kelimesinin kullanılmasının nedeni, birden çok ihlalin birleşmesinin, tamamen düşünsel temele dayanmasıdır³³³.

SMK madde 30/1 de düzenlenen marka hakkına tecavüz suçu kapsamında, failin tipe uygun eylemi, bu suç yanında aynı zamanda TCK 157-159 maddelerinde düzenlenen dolandırıcılık suçunu da oluşturabilir. TCK 157. Maddesinde “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan*” kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu suçun mağduru, hileli davranışlarla aldatılan kişi, konusu ise failin kendisi ya da başkasına sağladığı yarardır.

Taklit markalı ürünlerin satışını yapan bir kişi, hileli davranışlarla müşterilerine gerçek ürün gibi müşterilerine satış yapabilir. İşte böyle bir durumda fail, tek bir hareketle marka hakkı sahibine karşı marka hakkına tecavüz, müşteriye karşı da dolandırıcılık suçunu işlemiş olacaktır³³⁴. Bu durumda, fikri içtima kuralları uygulanır.

³³²Mahmut Koca, **Fikri İçtima**, Ceza Hukuku Dergisi (CHD) 2007/4, s. 199

³³³ Kayıhan İçel, **Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme**, İ.Ü.H.F.D., 1964, Cilt XXX, Sayı 1-2, s. 172.

³³⁴ Başbüyük, **a.g.e.**, s. 232; Yenedünya - İçer, **a.g.e.**, s. 68

SMK 1. Maddesinde düzenlenen, marka hakkına tecavüzün suçunun seçimlik hareketlerinden biri de “ithal etmek” eylemidir. Kaçak ithalatı önlemek amacıyla çıkartılan 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3/1. Maddesinde³³⁵ gümrük işlemlerine tabi tutulmadan ithalat yapılması suç olarak düzenlenmiştir. Taklit markalı ürünlerin gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokulması halinde, hem SMK 30/1. Maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçu oluşacak hem de 5607 sayılı KMK madde 3/1 de düzenlenen kaçakçılık suçu oluşacaktır³³⁶. Bu nedenle, failin tek bir eylemi ile birden fazla suç oluştuğundan TCK 44. Maddesi gereği fail, daha ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılır.

Ancak Yargıtay bir kararında, taklit markalı ürünleri ithal edilmesi eyleminin, kaçakçılık suçunun yanında marka hakkına tecavüz suçunu da oluşturduğuna ve kaçakçılık suçundan açılmış bir dava olmasına rağmen marka hakkına tecavüz suçundan da ayrı bir kamu davası açılması gerektiğine karar vermiştir³³⁷. Yargıtay’ın bu

³³⁵ 5607 Sayılı Kanun madde 3/1: “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.”

³³⁶ Başbüyük, **a.g.e.**, s. 233

³³⁷ “Suç tarihinde yürürlükte bulunan ve 21.01.2009 tarihli 5833 sayılı Kanun’un 3. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu 556 sayılı KHK’nın 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, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla; satın almak, bulundurmamak, 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 Mahkemesinin 2015/331 E. sayılı dava dosyasında sadece kaçakçılık suçundan kamu davası açıldığı görülmektedir.

Somut olaya bakıldığında; şikâyet konu ürünlerin, şikâyetçinin hak sahibi olduğu markaların 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’da 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 kovuşturmayaya yer olmadığına karar verildiği anlaşılmaktadır.

5271 sayılı CMK’nın 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 E. sayılı dava dosyası kapsamında 5607 sayılı Kanunda unsurlarının yer aldığı kaçakçılık suçlarına dair cezalandırılması için kamu davası açılmış ve devam etmektedir. 556 sayılı KHK’da 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 görülmemiş, Kemer 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 2015/331 E. sayılı dava dosyası kapsamında toplanan mevcut delillere atıfla, somut

kararına katılmak mümkün değildir. Kararda açıkça “*aynı şüphelinin aynı eylemi*” denilerek failin tek bir eylem ile birden fazla suç işlediği ifade edilmiştir. Bu durumda, TCK 44 maddesi gereği fikri içtima kurallarının uygulanması gerekmektedir. Ayrıca kararda bulunan “*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*” şeklindeki gerekçeye de katılmak mümkün değildir. Failin tek bir eylemi ile oluşan suçların, cezalarının ve yargılama usullerini farklı olması, her bir eylem için ayrı dava açılmasını gerektirmez. Suçların cezalarının birbirinden farklı olması gayet tabii olduğu gibi TCK 44. Maddesindeki “*bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır*” ifadesi de bunu açıkça teyit etmektedir.

9.Gönüllü Vazgeçme ve Etkin Pişmanlık

9.1. Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme TCK'nın 36. Maddesinde; “*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*” şeklinde düzenlenmiştir.

Düzenlemenin gerekçesi, “*765 sayılı Türk Ceza Kanununda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Böylece suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hâle gelmektedir. Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir*” olarak açıklanmıştır.

olayda; marka hakkına tecavüz suçundan da ayrı bir kamu davası açılması gerektiği anlaşılmakla...”
Yargıtay 19.C.D., 25.04.2017 tarih ve E. 2016/13094, K. 2017 / 3661 sayılı kararı (sinerji mevzuat)

Buna göre, fail icra hareketlerini bitirmesine rağmen kendi iradesi ile neticenin meydana gelmesini engellemesi halinde gönüllü vazgeçme söz konusu olur³³⁸. Kanundaki tanımda, gönüllü vazgeçmenin suçun tamamlanması aşamasına kadar mümkün olduğu belirtildiğinden, suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkündür³³⁹.

Kanun koyucu TCK 36. Maddede gönüllü vazgeçme durumunda failin teşebbüsten cezalandırılmayacağını düzenlemiştir. Bunun için failin aynı maddede belirtilen iki unsursan birini gerçekleştirmiş olması gerekir; “*icra hareketlerinden gönüllü vazgeçme*” veya “*neticenin gerçekleşmesini önlemek*”.

Gönüllü vazgeçme durumunda, fail suça teşebbüsten cezalandırılmaz. Ancak, failin cezai sorumluluktan kurtulabilmesi için, öncelikle vazgeçmenin iradi olması gerekir. Dolayısıyla istemeden veya yanlışlıkla ortaya çıkan neticenin engellenmesi durumunda, fail sorumlu olur³⁴⁰.

Vazgeçmenin iradi olmasının yanında bir de gönüllü olması gerekir. Fail, suçun icra hareketlerinden kendi iradesi ile vazgeçmişse ya da suçun neticesinin gerçekleşmesini yine kendi iradesiyle engellemişse, gönüllü vazgeçme kapsamında cezai sorumluluktan kurtulur.

Marka suçları açısından, SMK 30. Maddede düzenlenen tüm suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu ifade etmiştik. Bu doğrultuda, marka suçlarından herhangi birini işleme üzere icra hareketlerine başlayan bir fail, icra hareketlerinden kendi iradesiyle vazgeçerse, teşebbüsten cezalandırılmaz. Örneğin, başkasına ait marka hakkı üzerinde rehin tesis etmek üzere sözlü olarak anlaşan ve sözleşme imzalamak üzere notere giden bir kimse sözleşmeyi imzalamaktan kendi iradesi ile vazgeçerse, cezai sorumluluktan kurtulur. Ancak, bu aşamaya kadarki eylemleri başka bir suç oluşturuyorsa, o suçtan cezalandırılır.

³³⁸ Zeynel T. Kangal, **Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2011, C:7, s. 51

³³⁹ Üzülmöz- Koca, **a.g.e.**, s. 430

³⁴⁰ Koca-Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 434

9.2. Etkin Pişmanlık

9.2.1.Genel Olarak

Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra, failin pişmanlık duyarak suçun işlenmesinin meydana getirdiği neticeyi gidermeye yönelik davranışlarda bulunmasına denir³⁴¹. Etkin pişmanlıktan bahsedebilmek için, failin icra hareketlerini tamamlamış olması gerekir. Bu nedenle etkin pişmanlık, eski terimle suça tam teşebbüs aşamasında söz konusu olur³⁴². TCK sisteminde etkin pişmanlık suç tamamlandıktan sonra mahiyeti etkin pişmanlığa uygun bazı suçlar bakımından cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmiştir³⁴³.

TCK, 36. Maddede gönüllü vazgeçme kurumunu düzenlerken, etkin pişmanlığı da cezasızlığın kapsamına almıştır³⁴⁴. TCK 36. Maddesinin gerekçesinde; *“Suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hâllerinde, artık vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur. Bazı suçlarla ilgili olarak yapılan düzenlemeler bağlamında özel hükümler olarak etkin pişmanlığa yer verilmesinin daha doğru olacağı düşüncesiyle; Hükümet Tasarısında “tam teşebbüs” aşamasındaki gönüllü vazgeçme karşılığında kullanılan etkin pişmanlıkla ilgili hüküm, Tasarı metninden çıkarılmıştır.”* Denilmektedir.

Madde gerekçesinden de görüldüğü üzere, etkin pişmanlık her suçun bünyesi müsait olmadığından TCK’da bütün suçlar bakımından kabul edilmemiştir. Bu nedenle sadece kanunda düzenleme bulunan hallerde etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır.

Bu çerçevede marka suçları bakımından etkin pişmanlık hükümleri SMK 30/7 Maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddede; *“Başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı, satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin*

³⁴¹ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 437,

³⁴² İçel, **a.g.e.**, s. 524

³⁴³ Artuk- Gökçen, **a.g.e.**, s. 635

³⁴⁴ İçel, **a.g.e.**, s. 524

ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretkenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz.” Hükmü yer almaktadır.

Düzenlemede taklit edilerek üretilmiş bir malı satışa arz eden veya satan kişinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanacağı düzenlenmiştir. Buradan hareketle öncelikle hemen belirtmek gerekir ki; SMK 30/2. Maddesinde düzenlenen Marka Koruması İşaretini Kaldırma suçu ve 30/3. Maddesinde düzenlenen Başkasına ait Marka Hakkı Üzerinde Yetkisiz Tasarruf Suçu açısından kanunda düzenleme mevcut olmadığından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

9.2.3.Uygulama Şartları

SMK madde 30/7 de düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için bazı şartları bir arada bulunması gerekir.

i-Fail, başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı, satışa arz etmiş veya satmış olmalıdır.

Failin, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için, SMK 30/1. Maddesinde düzenlenen seçimlik hareketlerden sadece “*satışa arz etme*” ve “*satma*” fiillerinden birini icra etmesi gerekir. Bunun dışında, SMK 30/1. Maddede sayılan seçimlik hareketlerden diğerlerini icra eden fail, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaktır. Örneğin, başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı, taklit olduğunu bildiği halde “depolayan” kimse, malı kendisine getiren kişi bildirirse bile etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

ii- Fail, malı nereden temin ettiğini bildirmelidir.

Etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için failin öncelikle taklit markalı malı neren temin ettiğini bildirmesi gerekir. Her ne kadar kanunda “nereden” temin ettiğinin bildirilmesi ifade edilmiş ise de, fail malı neren temin ettiğini bildiği halde, temin ettiği kişiyi bilemeyebilir. Ya da, malı temin ettiği kişiyi bildiği halde, yeri

bilmeyebilir. Yargıtay, fail tarafından yapılan bildirim gerçekte olup olmadığı konusunda mahkemenin araştırma yapması gerektiğine karar verilmiştir³⁴⁵. Burada önemli olan diğer husus, verilen bilginin malı üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş olan taklit ürünlere el konulmasını sağlamasıdır³⁴⁶.

iii- bildirim yetkili mercilere yapılmalıdır.

SMK 30/7. Maddesinde bildirim yapılacağı merci konusunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Ancak, TCK'da bazı suçlarda, bildirim yapılacağı merciler, “resmi makam”, “ ilgili makam”, yetkili makam” şeklinde ifade edilmiştir. CMK 158. Maddesinde herhangi bir suça ilişkin ihbar ve şikâyetlerin Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabileceği, valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderileceği düzenlenmiştir.

Buradan hareketle, failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için, gerekli bildirim CMK 158. Maddesinde belirtilen makamlardan birine yapılması gerekecektir.

iv- Yapılan bildirim, üretenlerin ortaya çıkartılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması gerekir.

Failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için gerekli olan diğer şart da, yapmış olduğu bildirim sonucunda taklit malı üretenlerin tespit edilmesi ve taklit olarak üretilmiş mallara el konulmasıdır. Burada kanun, bildirim sonunda, her iki sonucun da

³⁴⁵ “Sanığın mahkemede açık ikrarı karşısında suçun sübuta erdiğinin kabulünde herhangi bir isabetsizlik bulunmamakta ise de, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 21/01/2009 tarih ve 5833 sayılı Kanununun 3. maddesi ile değişik 61/A-son madde ve fıkrasında düzenlenen etkin pişmanlık nedeniyle cezaya hükmolünmemesi için sanığın taklit malları nereden aldığını bildirmesi, suça konu malı üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği gözetildiğinde, sanık tarafından sunulan faturaların içeriklerinin doğru olup olmadığı araştırılmadan ve yukarıda açıklanan şartların ne şekilde gerçekleştiği belirtilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 19.C.D., E. 2015/4896, K. 2015/4775, 29.09.2015 tarihli kararı (sinerji mevzuat)

³⁴⁶ Yenidünya-İçer, a.g.e., s.137

birlikte gerçekleşmesini aramaktadır. Yani, hem üretkenler ortaya çıkmalı hem de taklit ürünlere el konulmuş olmalıdır³⁴⁷.

İşte, SMK 30/7. Maddesinde düzenlenen ve yukarıda izah edilen şartların tamamı bilirlikte gerçekleştiğinde, fail hakkında cezaya hükmedilmez.

10. Soruşturma ve Kovuşturma

10.1. Şikâyet

10.1.1.Genel Olarak

Bir eylemin, kanunda tanımlanan tipe uygun, kusurlu ve hukuka aykırı olmasına rağmen kovuşturulması bazı şartlara bağlanmış olabilir. İşte, kovuşturmanın bağlı bulunduğu bu şartlara kovuşturma şartı denir³⁴⁸. Şikâyet bunlardan birisidir.

Kural olarak suçlar, kamu düzenini ihlal ettiklerinden zarar görenin irade açıklamasına ya da talebine bağlı olmaksızın resen kovuşturulur. Bunlara re'sen kavuşturulan suçlar denir. Ancak bazı suçlar açısından kanun; soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için yetkili kişilerin şikâyette bulunması zorunluluğunu getirmiştir. Bu tür suçlara, şikâyete bağlı suçlar denir³⁴⁹. Bir suç işlendikten sonra, şikâyet hakkı bulunan kişi şikâyet şartını yerine getirilmiyorsa ve bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet koşuluna bağlanmışsa, eylemin yetkili makamlar tarafından kavuşturulması mümkün değildir³⁵⁰.

5237 sayılı TCK'da şikâyet 73. Maddede “*Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar*” başlığı altında düzenlenmiştir. Kanunda şikâyetin

³⁴⁷ Yenedünya-İçer, **a.g.e.**, s. 140

³⁴⁸ Dönmezer, **a.g.e.**, C II, n.460

³⁴⁹ Özgenç, **a.g.e.**, s. 675

³⁵⁰ Özgenç, **a.g.e.**, s. 676

herhangi bir tanımı yapılmamıştır. Şikâyeti, suçtan zarar gören kişinin yetkili mercilere kovuşturma istemini açıklamasıdır³⁵¹.

TCK 73. Maddesine göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar.

6769 sayılı SMK madde 30/6'da, "bu maddede yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır" düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, marka suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır.

10.1.2.Şikâyet Hakkı Sahibi

Marka suçlarında şikâyet hakkı sahibi, tescilli marka üzerinde hak sahibi olan kişidir³⁵². Marka hakkı sahibine tanınan şikâyet hakkı, marka hakkının doğal bir sonucudur³⁵³. Her ne kadar, suç tipinde markanın tescilli olması aranmamış ise de, Yargıtay, şikâyet hakkı sahibinin "Türkiye'de tescilli marka sahibi" olduğuna hükmetmiştir³⁵⁴.

Marka hakkı sahibi yanında lisans hakkı sahiplerinin de bazı durumlarda şikâyet hakkının olduğunu kabul etmek gerekir. SMK madde 158/1'e göre "*Sözleşmede 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.*"

³⁵¹ İçel, **a.g.e.**, s. 236

³⁵² Yenidünya – İçer, **a.g.e.**, s.153

³⁵³ Topçu, **a.g.e.**, s.131

³⁵⁴ "Türk Patent Enstitüsünden gönderilen 2007 31461 numaralı marka tescil belgesine göre TÜVTURK markası katılan şirket adına tescilli olup, davaya konu marka hakkı ihlali iddiasının da bu markaya yönelik olması karşısında, katılan şirketin şikâyet hakkı bulunduğu gözetilmeksizin, davaya devamla toplanan tüm delillere göre esas hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde düşme kararı verilmesi," Yargıtay 19. C.D., E. 2015/ 32582, K. 2017 / 7777, 05.10.2017 tarihli kararı (sinerji mevzuat)

Bu düzenlemeye göre, lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa, lisans sahibi marka hakkı sahibinin açabileceği davaları kendi adına açabilir. Buradan hareketle, inhisari lisansa sahip olan kişinin, sözleşmeden aksi kararlaştırılmamışsa, marka suçlarından dolayı şikâyet hakkının var olduğunu kabul etmek gerekir. Yargıtay bu doğrultuda, lisans sahibine yetki verilip verilmediğinin araştırılması gerektiğine karar vermiştir³⁵⁵. Ayrıca, lisans sözleşmesinin marka tescilinden doğan hakları kapsamaması durumunda da lisans sahibinin şikâyet hakkı bulunmadığını belirtmiştir³⁵⁶.

Ancak bazı durumlarda, lisans sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmasa bile, sözleşmenin kapsamı gereği, lisans hakkı sahibi şikâyet hakkına sahip olamayabilir. Lisans hakkının bir bölge ya da il ile sınırlandırılması durumunda, şikâyet hakkı sadece bu bölge ya da il açısından kullanılabilir.

Sözleşmede 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 (SMK m.158/1).

İnhisari olmayan lisans alan, sınai 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

³⁵⁵ “Dosyada mevcut onaysız marka tescil belgelerine göre <C...> markasının Almanya menşeli <B... A...> firması adına tescilli olup, anılan firma ile müşterki B... Türk Kimya San. Ltd. Şti. arasında suç tarihinden sonra 6 Mart 2007 tarihinde düzenlenen sözleşmenin (yetki belgesinin) sadece marka kullanma hakkını tanıdığı, 556 sayılı KHK'nın 21. maddesi anlamında şikâyet ve dava açma hakkı tanıyan inhisari nitelikte bir lisans sözleşmesi olmadığı, müdahale dilekçesinin de müşterki şirket adına verildiği gözetilerek suç tarihi itibarıyla dava ve şikâyet hakkı tanındığına dair müdahil şirkete yetki belgesi verilip verilmediği araştırılıp sonucuna göre şikâyet hakkının değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi..” Yargıtay 7.Ceza Dairesinin 13.07.2010 tarih ve E. 2008/17369, K. 2010/12816 sayılı kararı (sinerji mevzuat)

³⁵⁶ “Marka sahibi Converse INC isimli Amerika Birleşik Devletleri Tabiiyetinde bulunan firma ile müdahil Con-Teks İç ve Dış Ticaret A.Ş. isimli Türk firmaları arasında düzenlenmiş olan, lisans hakkı sahipliğine ilişkin sözleşme, lisans hakkı sahibi Türk firmasına, dava konusu malları ithal edip Türkiye içerisinde pazarlama, tanıtım ve reklamını yapma hakları tanıyan bir sözleşme niteliğinde olup, sözleşme içeriğinin marka tescilinden doğan hakları kapsamadığı cihetle, şikâyet hakkı bulunmayan Con-Teks İç ve Dış Ticaret A.Ş. isimli Türk firmasının yasaya aykırı olarak müdahilliğine karar verilmiş olması hükmü temyize hak bahşetmeyeceğinden müşterki Con-Teks. İç ve Dış Ticaret A.Ş. vekilinin temyiz inceleme isteğinin CMUK. nun 317. maddesi uyarınca istem gibi REDDİNE, 11.05.2009 günü oybirliği ile karar verildi” Yargıtay 7.Ceza Dairesinin, 2006/11450 E, 2009/6118 K,11.05.2009 tarihli kararı (sinerji mevzuat)

bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmaması halinde, lisans alan, yaptığı bildirimini de ekleyerek, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabilir. Bu fıkra uyarınca dava açan lisans alanın, dava açtığını hak sahibine bildirmesi gerekir (SMK m. 158/2).

10.1.3. Şikâyetin Şekli ve Süresi

Şikâyet, Ceza Muhakemesi Kanunu 158/5 maddesi gereği şekle bağlı bir işlem olup, yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. Şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir (CMK m. 158/2,3)

Şikâyetin süresi TCK madde 73/1 gereği 6 aydır. Bu süre, zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar.

10.1.4. Şikâyetten Vazgeçme

Şikâyetten vazgeçme, şikâyet hakkı sahibinin, bu hakkı kullandıktan sonra, şikâyetini geri almasıdır. Şikâyet hakkını kullanan kişi bu hakkından her zaman vazgeçebilir. Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz (TCK m. 73/4.) İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar (TCK m. 73/5).

Kural olarak, kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez (TCK 73/6). Muhtemeldir ki, müşteki şikâyetten vazgeçse bile sanık bunu kabul etmek zorunda değildir. Bu, sanığa beraat yönünde bir imkân tanımıdır³⁵⁷.

³⁵⁷ Yenidünya – İçer, a.g.e., s.159

Şikâyetten vazgeçme, dava aşamasında ise, sanığın vazgeçmeyi kabule bağladığı durumlarda sanık vazgeçmeyi kabul etmezse davaya devam edilecek ve yargılama sonunda sanığın suçu işlemediği anlaşılırsa sanığın beraatine, suçun sübuta erdiği anlaşılırsa vazgeçme nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilecektir³⁵⁸.

Vazgeçme ile ceza davası bütün sonuçları ile ortadan kalkar. Hükmün kesinleşmesinden sonra vazgeçmenin hiçbir sonuç doğurmayacağı, yani infazı engellemeyeceği kabul edilmiştir.

10.2.Koruma Tedbirleri

10.2.1. Genel Olarak

Soruşturmanın ve kovuşturmanın neticesiz kalmaması için delillerin zamanında ve tam olarak toplanması önemlidir. Ceza Muhakemesi Kanunu, bunun için bazı tedbirler öngörmüştür. Yargılamanın tam yapılması ve yargılama sonunda verilecek kararın yerine getirilebilmesini sağlamak amacıyla, kural olarak geçici olarak başvuru ve hükümden önce yetkili mercilerce verilen, temel hak ve özgürlüklere müdahale gerektiren işlemler koruma tedbiri olarak tanımlanmaktadır³⁵⁹.

Marka suçları açısından, tecavüze konu markalı ürünlerin elde edilmesi kadar, suç faillerinin bu ürünleri ne şekilde elinde bulundurduklarının tespiti, eylemlerin tipe uygunluğu bakımında önemlidir. Özellikle, marka hakkına tecavüz suçlarında, iltibasın tespiti bilirkişi incelemesi ile belirlenebilmektedir. Bilirkişi incelemesi için, taklit markalı ürünlerin numunelerinin ele geçirilmiş olması gerekmektedir. Soruşturma başladıktan sonra, failin soruşturmadan haberdar olması durumunda, taklit markalı ürünlerin ele geçirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durum, hem marka sahibi olan şikâyetçinin mağduriyetine neden olacak hem de suç ile mücadele açısından, kamuyu zarara uğratacaktır.

³⁵⁸ Mustafa Albayrak, **Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar**, TBB Dergisi, S. 77, Ankara, 2008, s. 290

³⁵⁹ Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı, Sesim Soyer, Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, Seçkin, Ankara 2013, s. 19

İşte, bu gibi kaygıların giderilmesi için, marka suçlarında bazı güvenlik tedbirlerine müracaat etmek zorunludur. Bunlardan başlıcaları, arama ve elkoyma tedbirleridir.

10.2.2. Arama

Arama suç işlediklerinden şüphelenen kişilerin yakalanması, suç delillerinin ve müsadereye tabi eşyaların elde edilmesi amacıyla, bireylerin üstlerinde, araçlarında, konutlarında yahut etrafı çevrili diğer mahallerinde yapılan bir hukuki bir işlemdir³⁶⁰. Aramanın CMK’da herhangi bir tanımına yer verilmemiştir. CMK’nın 116. Maddesinde “ *yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphelenen veya şüphelenen veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir*” düzenlemesi yer almaktadır.

Ancak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 5. Maddesinde adli arama; “ *bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelenen, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemi*” olarak tanımlanmıştır.

CMK madde 16’da, arama kararı verilebilmesi için makul şüphenin varlığı aranmaktadır. Marka suçları, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet bağlı olduğundan, arama kararı verilebilmesi için öncelikle şikâyet şartının gerçekleşmesi gerekir. Şikâyetçinin, arama kararı verilmesini gerektirecek makul şüphenin varlığını gösteren deliller sunması gerekir. Uygulamada, genellikle, taklit markalı ürünün bir örneği, ürünlerin satıldığı işyerinden alınan fiş ya da fatura, tescilli markanın kullanıldığı orijinal ürün, fotoğraf gibi materyaller şikâyet dilekçesine eklenerek makul şüphenin varlığı ortaya konmaktadır.

³⁶⁰ Veli Özer, Pınar Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**, Ceza Hukuku Dergisi, Eylül 2006, Sayı: 1, s. 149.

Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir (CMK m. 119/1).

10.2.3. El koyma

Elkoyma, müsadereye tabi olan yahut ispat aracı niteliği taşıyan bir eşyanın, zilyedinin rızası olmaksızın, zilyedin tasarruf yetkisine son verilmek suretiyle adli mercilerce kontrol altına alınmasını olarak tanımlanmaktadır³⁶¹. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 4. Maddesinde, “*suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi*” olarak ifade edilmiştir.

Kolluk görevlileri tarafından yapılan arama sonunda, ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır (CMK m. 123/1). Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir (CMK 123/2).

Elkoyma ile muhafaza altına alma kavramları arasındaki fark, eşyanın zilyedinin rızasının bulunup bulunmamasıdır. Eğer, rıza mevcutsa muhafaza altına alma, mevcut değilse elkoyma söz konusu olur³⁶².

CMK m. 127 gereği, Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir.

³⁶¹ Feridun Yenisey, **Kolluk Hukuku**, Beta Basım, İstanbul 2009, s. 183

³⁶² Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Beta Basım, İstanbul 1986, s. 289

Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar (CMK m. 127/3).

Marka suçları bakımından, bu prensipler doğrultusunda, koruma tedbiri olarak arama ve elkoyma tedbirine müracaat edilebilecektir.

10.3. Uzlaşma

Hukukumuzda uzlaşma kurumu ilk kez, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ile düzenlenmiştir. Uzlaşma kurumunu düzenleyen 5237 sayılı Kanunun 73/8. Maddesi “*Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir*” şeklindeydi. Ancak, uygulamada bu kurumun yeterince faydalı ve işlevsel olamaması üzerine, ilgili hüküm kaldırılarak 19.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun ile uzlaşma kurumu yeniden düzenlenmiştir. Buna göre uzlaşma, sadece Ceza Muhakemesi Kanununun 253-255 maddelerinde yer almaktadır.

CMK 253. Maddesinde uzlaşma kapsamında olan suçlar sayılmıştır³⁶³. Kanunda sayılan ve uzlaşma kapsamında olduğu belirtilen suçlardan biri de,

³⁶³ CMK madde 253/1: (1) *Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:*

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. Tehdit (madde 106, birinci fıkra),

4. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

5. Hırsızlık (madde 141),

6. Dolandırıcılık (madde 157),

7. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

8. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması

(dördüncü fıkra hariç, madde 239),

suçları.

c) Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suçta

soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlardır. Marka suçları açısından SMK madde 30/6. Maddesinde “Bu maddede yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır” hükmü yer almaktadır. Bu nedenle, SMK 30. Maddesinde yer alan üç farklı suç da, uzlaşma kapsamındadır.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, CMK 253/3. Maddesinde “etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar” uzlaşma kapsamı dışında bırakılmıştı. Bu hüküm, 24.11.2016 tarihli 6763 sayılı Kanun ile kaldırılmış ve etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar da uzlaşma kapsamına alınmıştır.

Marka suçları açısından, SMK 30/7. Maddesinde etkin pişmanlık hükmü yer almaktadır. Her ne kadar, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçların uzlaşma kapsamına alınması, 6769 sayılı SMK’nın yürürlüğünden önce olsa da, mülga 556 sayılı KHK’nın 61/A maddesinde de, etkin pişmanlık hükmüne yer verildiğinden, 556 sayılı KHK döneminde de marka suçları tamamen uzlaşma kapsamına girmiştir³⁶⁴.

Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması halinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Uzlaştırmacı, uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmedeği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır (CMK m. 253/4)

sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar.

³⁶⁴ “02.12.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun’un 34. maddesiyle Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253. maddesinde değişiklik yapılarak madde içeriğinden “etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile” ibaresinin çıkarılması nedeniyle özel bir etkin pişmanlık hükmü olan 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61/7 maddesinin aynı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61/A maddesinde düzenlenen satışa arz etme veya satma suçu yönünden de uzlaşma kurumunun uygulanmasına engel teşkil etmemesi, uzlaşmanın soruşturma ve kovuşturmalarda mutlaka öncelikle uygulanması zorunlu bir maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku kurumu olması karşısında, sanık hakkında 6763 sayılı Kanun’un 34. maddesiyle değişik CMK’nın 253 ve 254 maddelerinin uygulanması zorunluluğu...” Yargıtay 19. C.D., 09.01.2017, E. 2016/9811, K. 2017/82, (sinerji mevzuat)

10.4. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Görev, ceza uyuşmazlığının konusunu suç türünün yargılamasının ilk derece mahkemelerinin hangisinde yapılacağını tespiti yarayan ceza muhakemesi aracı olarak ifade edilmektedir³⁶⁵. Diğer bir ifadeyle, hangi suç ile ilgili davaya hangi ilk derece mahkemesinin bakacağı görev kuralları ile belirlenir.

Ceza Muhakemeleri Kanununun 3. Maddesine göre mahkemelerin görevleri kanunla belirlenir. Görev, kamu düzenine ilişkin olup, davaya bakan mahkeme, görevli olup olmadığına kovuşturma evresinin her aşamasında re'sen karar verebilir.

6769 sayılı SMK madde 156/1'de; *“bu kanunda öngörülen davalarda görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir. Bu mahkemeler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde Adalet Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun hükümlerine göre belirlenir. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye hukuk mahkemesince; fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye ceza mahkemesince bakılır.”* düzenlemesi yer almaktadır.

Buna göre, marka suçlarında görevli mahkeme, ihtisas mahkemesi olan Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemeleridir. Fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye ceza mahkemesince bakılır.

³⁶⁵ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 17. Bası, Birinci Kitap, İstanbul 2009, s. 214

Yetki açısından SMK’da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Marka suçları ile ilgili olarak yetkili mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanunu madde 12 gereği, suçun işlendiği yer mahkemesidir.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 24/03/2005 gün ve 188 sayılı kararıyla;

" 5- Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemeleri Konusunda;

I-İstanbul, Ankara ve İzmir’de kurulup faaliyete geçirilen fikri ve sınai haklar ceza mahkemelerinin, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 551 sayılı Patent Haklarının Korunması, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmündeki Kararnamelerinden kaynaklanan ceza davaları için ihtisas mahkemeleri olarak belirlenmesine ve yargı çevrelerinin de kuruldukları yer mülki hudutları olarak tespit edilmesine,

II- Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi kurulmayan yerlerde, yukarıda zikredilen Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerden kaynaklanan; ceza davaları için;

1- Bir Asliye Ceza Mahkemesi olan yerlerde bu mahkemenin,

2-İki Asliye Ceza Mahkemesi bulunan yerlerde 1 numaralı Asliye Ceza Mahkemesinin

3- İkiden fazla Asliye Ceza Mahkemesi bulunan yerlerde ise 3 numaralı Asliye

Ceza Mahkemesinin yetkilendirilmesine” karar verilmiştir.

Özellikle, Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemelerinin Kurulu bulunduğu İstanbul Ankara ve İzmir’deki mahkemelerin yargı çevreleri, o ilin mülki hudutları olarak belirlenmiştir. Örneğin, İstanbul Beykoz’da işlenen bir marka suçuna ilişkin dava, Beykoz Asliye Ceza Mahkemesinde değil, İstanbul Anadolu Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinde görülür.

11.Yaptırım

11.1.Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Adli Para Cezaları

SMK da düzenlenen marka suçlarının yaptırımı hürriyeti bağlayıcı cezalar ve para cezalarıdır.

SMK madde 30/1 de düzenlenen Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz suçunu işleyen kişi *“bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası”* ile cezalandırılır.

SMK madde 30/2 de düzenlenen Marka Koruması İşaretini Kaldırma Suçunu işleyen kişi *“bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası”* ile cezalandırılır.

Son olarak SMK madde 30/3 de düzenlenen Başkasına ait Marka Hakkı Üzerinde Yetkisiz Tasarruf Suçunun yaptırımı *“iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır.”*

Kanun, hürriyeti bağlayıcı cezalar ve para cezaları açısından KHK'dan farklı bir düzenleme yapmamıştır. Kanunda düzenlenen suçlarda, hürriyeti belirleyici ceza ile para cezalarına birlikte hükmedilecektir. Kanun bu yaptırımları seçenek yaptırım olarak düzenlememiştir.

11.2.Güvenlik Tedbirleri

11.2.1. Müsadere

Türk Ceza kanununda suç karşılığı öngörülen güvenlik tedbirlerinden biri *“müsadere”*dir. Müsadere, suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine

özgülenen, suçun işlenmesinden meydana gelen veya niteliği itibariyle kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olup suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın mülkiyetinin devlere geçmesidir³⁶⁶. Müsadere, TCK da “ eşya müsadere” (m.54) ve “ kazanç müsadere” (m.55) Şeklinde iki başlık halinde düzenlenmiştir.

Eşya Müsadere TCK'nın 54. Maddesinde; “ (1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere hıkmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. (Eklenmiş Cümle, 02.12.2016, 6763/11) Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı aynı hakkın bulunması halinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir.

(2) Birinci fıkraya kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsadere sinin başka bir surette imkânsız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadere sine karar verilir.

(3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadere sine hükmedilmeyebilir.

(4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.

(5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadere si gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsadere sine karar verilir.

(6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suçta iştirak eden kişinin payının müsadere sine hükmlunur” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁶⁶ Koca - Üzülmöz, a.g.e., s. 530

Düzenlemenin 1. Fıkrasında hangi şartlarda müsadere kararı verileceği açıkça ifade edilmiştir. Bir eşyanın müsadere edilebilmesi için kasıtlı bir suçun varlığı gerekir. Bu nedenle taksirle işlenen suçlarda müsadere kararı verilemez. SMK madde 30 da düzenlenen suçların tamamı, kasıtlı işlenebilen suçlar olduğundan, diğer şartların da varlığı halinde müsaade kararı verilebilir.

Ayrıca suçun hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Hukuka uygunluk nedenleri varsa suç oluşmayacağı için müsadere kararı verilemez³⁶⁷.

Müsadere kararı verilebilmesi için, suçun tamamlanmış olması gerekmediği gibi teşebbüs aşamasında kalmasının da bir önemi yoktur³⁶⁸. Ayrıca müsadere kararı verilebilmesi için bir kişinin cezaya mahkûm edilmesi gerekmediği madde gerekçesinde açıkça belirtilmiştir³⁶⁹.

TCK 231. Maddesi gereği hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi, müsadere kararı verilmesine engel olmaz^{370, 371}. Marka suçları kasten işlenen suçlar olduğundan, TCK 54. Maddedeki diğer şartların da varlığı halinde mahkeme tarafından müsadere kararı verilebilecektir³⁷².

³⁶⁷ İçel, **a.g.e.**, s. 711

³⁶⁸ İçel, **a.g.e.**, s. 711

³⁶⁹ Madde gerekçesinin ilgili kısmı; “Yapılan yeni düzenleme ile getirilen temel değişiklik, müsadere hukukî niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesidir. İşte bu nedenledir ki, müsadereye hükmedilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı bir kimsenin cezaya mahkûm edilmesi gerekmemektedir. Örneğin suç işlenmesinde kullanılan tehlikeli eşya, bunu kullanan fail çocuk veya akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmasa dahi, müsadere hukukî niteliğindedir.” Şeklinde.

³⁷⁰ İçel, **a.g.e.**, s. 711

³⁷¹ Karşı görüş için bakınız, Devrim Güngör, **Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016: 1967-1980

³⁷² Mustafa Albayrak, **Markaların Korunması Hakkında KHK’ya göre Müsadere**, FMR, C. 3, s. 17

11.2.2. Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar

SMK madde 30/4'te, marka suçlarının bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlemesi yer almaktadır.

Gerçekten, marka suçlarının bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi mümkündür. Tüzel kişilerin bir suçun faali olamayacaklarını yukarıda izah etmiştik³⁷³. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; Tüzel kişilerin kabahat faili olmaları ve haklarında kabahatten dolayı idari tedbir veya idari para cezası uygulanması ise yürürlükteki mevzuata göre mümkündür (KK m.8, m.43/A)³⁷⁴.

SMK 30/4 maddesinde, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunacağını düzenlemiştir. Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri TCK 60. Maddesinde düzenlenmiştir. TCK 60. Madde;

“(1) 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 mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.” Şeklindedir.

Bu düzenlemeye göre, SMK 30. Maddesindeki suçların bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi durumundan hükmolunabilecek güvenlik tedbirleri “izin iptali” ve “müsadere” ‘dir.

³⁷³ Bkz. Yukarıda “fail” başlığı

³⁷⁴ Nur Centel, **Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu -Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016, s. 3316

12. Sonuç ve Değerlendirme

Hukukumuzdaki marka alanındaki düzenlemeler. Özellikle 556 sayılı KHK'da marka sularının düzenleniş şekli problemliydi. Anayasa Mahkemesinin her iptal kararından sonra, meydana çıkan boşluğu doldurmak üzere yapılan düzenlemeler bir öncekinden farklı olmuştur. Kısa süre içerisinde, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından doğan boşluğu doldurmak için, birçok değişiklik yapılmak zorunda kalınmıştır.

Yaşanan bu problemin temel iki kaynağı mevcuttu. Birincisi düzenlemenin KHK ile yapılmış olması. Bu sıkıntı 6769 sayılı kanun ile giderilmiştir. İkincisi ise, marka suçlarından özellikle marka hakkına tecavüz suçunun bazı kavramlarının madde metninde açıklanmamasıdır. Özellikle "marka hakkına tecavüz", "iktibas" ve "iltibas" kavramlarından ne anlaşılması gerektiği, SMK 30. Maddesinde belirtilmediğinden, bunun için SMK'nın diğer maddeleri üzerinden değerlendirme yapılması gerekmektedir. Ancak, marka hakkına tecavüz filleri düzenleyen 29. Maddesinin ve bu maddedeki atıf nedeniyle SMK 7. Maddesinin, ceza hukuku anlamında bir suçun tipiklik unsurunu karşılamaktan uzaktır. Bu nedenle, ceza hukukundaki belirlilik ilkesi gereği marka hakkına tecavüz suçu açısından SMK 30/1. Maddesinde iktibas ve iltibas kavramlarının açıklanarak yeni bir düzenleme yapılması gerekmektedir.



SMK madde 30/3. Maddesinde düzenlenen Marka Hakkı Üzerinde Yetkisiz Tasarruf Suçu açısından suç ile korunan hukuki değer bağlamında meseleye bakıldığında, bu suç ile kamunun menfaatinden ziyade, marka sahibinin hakkının korunduğunun söylemek mümkündür. SMK madde 30/3'de tipe uygun eylemler sınırlı olarak sayılmıştır. Bunlar; *devretmek, lisans veya rehin vermek* eylemleridir. Diğer bir ifadeyle suçun oluşması için, yetkisiz olan failin, bu eylemlerden herhangi birini gerçekleştirmesi gerekir. SMK 148/4 maddesinde " *Hukuki işlemler, yazılı şekle tabidir. Devir sözleşmelerinin geçerliliği, ancak noter tarafından onaylanmış şekilde*

yapılmış olmalarına bağlıdır.” Hükmü yer almaktadır. Kanuni düzenlemeye göre, SMK 30/3. Maddesinde düzenlenen suç bakımından bir eylemin tipe uygun olması için, tasarrufun yazılı olması gerekir. Ancak kanuni tipte belirtilen eylemlerin üçü de, özel hukuk sözleşmesidir. Bu eylemlerin yaptırımının ceza hukukunun son çare olması ilkesi karşısında, ceza yaptırımına bağlanmasının gerekli olmadığı açıktır. Uygulama açısından, bu suçtan yapılan soruşturma ya da kovuşturmaya rastlamak neredeyse imkânsızdır. Bu nedenle, bu eylemlerin suç olarak düzenlenmesi gereksizdir. Maddede düzenlenen eylemler açısından marka hakkı sahibinin hukuki koruma ile gerekli himayeyi temin edebileceği açıktır. Meselenin, sözleşme serbestisi kapsamında değerlendirilmesi ve varsa yetkisiz bir tasarruf, bu konudaki zararın hukuk davası yoluyla giderilmesi mümkündür.



SMK madde 30/2. Maddesinde düzenlenen “Marka koruması işaretini kaldırma suçu” açısından, marka koruması olduğu belirtilen işaretin, tescilli marka sahibi tarafından kullanılması gibi bir yasal zorunluluk yoktur. Haliyle kullanımı bile ihtiyari olan bir işaretin, marka üzerinden kaldırılmasının cezai yaptırıma bağlanması, orantılılık ilkesine uygun değildir. Kaldı ki, kanundaki suç tipi, yeterince açık düzenlenmemiştir. Suçun konusu teşkil eden “Marka koruması olduğunu belirten işaret” in ne olduğu kanunda ya da yönetmelikte yer almamaktadır. Bu gerekçelerle, ceza hukukunun son çare olması ilkesi karşısında, böyle bir eylemin haksız rekabet hükümleri ve SMK’da yer alan hukuk davaları ile engellenmesi mümkündür. Bu nedenle, SMK 30/2. Maddesindeki düzenlemenin gerekli olmadığı kanaatindeyiz.



SMK 30/5. Maddesinde düzenlenen ve marka suçlarından dolayı cezaya hükmedilebilmesi için “ markanın Türkiye’de tescilli olması” şartı, düzenleniş şekli ile uygulanış şekli farklıdır. Düzenleme, bir objektif cezalandırma şartı olarak kaleme alındığı halde, uygulama bu yönde değildir. Soruşturma aşamasında, markanın tescilli olması aranmakta, tescilli olmaması halinde takipsizlik kararı verilmektedir. Ancak, kanundaki ifade açıktır. “Cezaya hükmedilebilmesi için markanın Türkiye’de tescilli

olması” şarttır. Haliyle, soruşturma ya da kovuşturma için, marka tescili şart değildir. Ceza hukuku perspektifinden, durum böyle iken, uygulama ceza hukuku ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu nedenle, “ markanın Türkiye’de tescilli olması” şartının, ayrı bir fıkrada “cezalandırılma şartı” şeklinde değil, suçun unsurları içerisinde kaleme alınması ve bu şekilde düzenleme yapılması gerekmektedir.



SMK 30/7. Maddesinde “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 el konulmasını sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, SMK 30/1. Maddesinde düzenlenen “ Marka hakkına tecavüz suçu” bakımından etkin pişmanlık olarak düzenlenmiştir. Ancak düzenlemeden sadece, taklit olarak üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişi yararlanabilecektir. İthal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişinin bu hükümden faydalanması imkânsızdır. Kanuni tipte sayılan seçimlik hareketlerden bir kısmı için etkin pişmanlık hükümlerine yer verilirken bir kısmı bunun dışında tutulmasının herhangi bir gerekçesi yoktur. Suç ile etkin mücadele etmek ve gerçek failleri tespit edebilmek için, tüm seçimlik eylemler açısından, SMK 30/7. Maddesinin, yeniden düzenlenmesi gerekir.



Marka suçlarına ilişkin düzenlemenin ve özellikle mahkemeler sonunda verilen cezaların, marka sahibinin menfaatlerini ne kadar koruduğu ve verilen cezaların ne kadar caydırıcı olduğu da önemlidir. Marka sahibi açısından, kovuşturma sonunda failin ceza alıp almamasından ziyade, marka hakkının ihlal edilmemesi ya da varsa bir ihlal bunun en kısa sürede engellemesi gereklidir.

Marka hakkına tecavüz suçu açısından cezalandırma anlamında, markanın kullanıldığı mal ya da hizmetin, niteliği, ekonomik değeri, toplum açısından arz ettiği önem gibi kriterler dikkate alınmalıdır. Bunu sağlamak için, ihlal edilen menfaate ya da eyleme göre kademeli bir sistem kabul edilmelidir. Bu kapsamda, bazı eylemler kabahat olarak düzenlenebilir ve idari para cezası yaptırımını getirilebilir. Aynı paralelde; ilaç, alkol, toplumun tümünü ilgilendirilen temel gıda maddesi gibi önem arz eden alanlardaki ihlallerin cezası da arttırılmalıdır.



KAYNAKÇA

- AKAY, Tolga. “Osmanlı Devletinde Marka Hukukunun Gelişimi”. **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**. 2016 (126)
- ALBAYRAK, Mustafa. “Markaların Korunması Hakkında KHK’ya göre Müsadere”. **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**. C. 3
- ALBAYRAK, Mustafa. “Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar”. **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**. S. 77, Ankara 2008
- ARKAN, Sabih. **Marka Hukuku**. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. Ankara 1997. C. I
- ARKAN, Sabih. **Marka Hukuku**. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. Ankara 1997. C. II
- Arseven, Haydar. “Alameti Farika Hakkının Mahiyeti, Gayrı Kanuni Rekabetle Münasebeti ve Doğumu”. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 16, S. 3–4, 1950
- ARSEVEN, Haydar. **Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku**. İsmail Akgün Matbaası. İstanbul 1951
- ARTUK, Mehmet Emin, Ahmet GÖKCEN. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. Adalet Yayınevi. Ankara 2017
- ARTUK, Mehmet Emin, Mehmet Emin Alşahin, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”. **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**. İstanbul 2013. s. 17-44
- ASHWORTH A., **Principles of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 3rd Edition. 1999
- ASLAN, M. Yasin. “Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”. **Ankara Barosu Dergisi**. Yıl 68, Sayı 2010/2
- AYDIN, Hüseyin. **Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar**. Yetkin Yayınları. Ankara 2003
- AYDINCIK, Şirin. **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**. Arıkan Basım. İstanbul 2006

- BAĞCI, Gamze. **Marka Suçları.** (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul. 2007
- BAŞBÜYÜK, İsa. **Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk.** Adalet Yayınevi. Ankara. 2. Baskı
- CAMCI, Ömer. **Marka Davaları.** Ufuk Matbaacılık. İstanbul 1999
- CENGİZ, Dilek. **Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz.** İstanbul 1995
- CENTEL, Nur. “Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu -Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.** 65 (4) 2016
- ÇAĞLAR, Hayrettin. **Marka Hukuku Temel Esaslar.** Adalet Yayınevi. Ankara 2013
- DEVELLİOĞLU, Ferit. Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, Ankara 2013
- DİRİKKAN, Hanife. **Tanınmış Markanın Korunması.** Seçkin Yayıncılık. Ankara 2003
- DOĞAN, Beşir Fatih. “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği”. **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi.** 2005. C.5. S.4
- DOĞAN, Beşir Fatih. “Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi.** Ankara 2006. C. 3
- DONAY, Süheyl, Hasan Erman, **Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar ve İlgili Mevzuat Özellikle İhtira Beratı, Marka ve hakız Rekabet Suçları,** Sulhi Garan Matbaası. İstanbul 1973
- DÖNMEZER, Sulhi, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım.** Filiz Kitabevi. 8. Baskı. İstanbul
- DÖNMEZER, Sulhi. “Ekonomik Suçlar”. **Erciyes Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi.** 7, 1985, s.19-30.
- DÖNMEZER, Sulhi. **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler.** İstanbul 2004
- DÜSTUR, Tertib-i Evvel, C.1, <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/67>
- EPÇELİ, Sevgi. **Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali.** İstanbul 2006

- EREM, Faruk. Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin, **AÜHFD**, 1968, C.25, S.1,
- EREN, Fikret. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**. 5. Baskı, Ankara 2017
- EROĞLU, Sevilay. “Soyut Renkler, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”. **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.1. (2003)
- ERSOY, Uğur. Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları. Adalet Yayınevi. Ankara 2015.
- GÖKTÜRK, Neslihan. “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimaı”. **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**. C II, 2014/1-2
- GÜNEŞ, İlhami. “Marka Tescilinde Kazanılmış Ayırt Edicilik Özelliği”. **Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 4, S. 15 (Ekim 2013)
- GÜNEŞ, İlhami. **Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları**. Adalet Yayınevi, Ankara 2017
- GÜNGÖR, Devrim. “Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. 65 (4) 2016: 1967-1980
- https://www.justice.gov/archive/usao/txs/1News/Releases/2010%20November/111510%20Chow_print.htm
- İÇEL, Kayıhan. “Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli “ Kast””. **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**. Yıl:6 Sayı:12. Güz 2007/2
- İÇEL, Kayıhan. “Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme”. **İÜHFD**. 1964, Cilt XXX, Sayı 1-2,
- İÇEL, Kayıhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. Beta Yayınları. 2016
- İçel, Kayıhan. **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, Cezaevi Matbası, İstanbul 1967
- İÇEL, Kayıhan. **Suçların İçtimaı**. İstanbul Üniversitesi Yayınları. No. 1762. Sermet Matbaası, İstanbul 1972
- KANGAL, Zeynel T.. “Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler”. **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, 2011. C.7
- KARAHAN, Sami. **Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları**. Mimoza Yayınları. Konya 2002

- KARASU, Rauf. “Ses Markaları”. **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**. 2007. C.7, S.2
- KARAYALÇIN, Yaşar. **Ticaret Hukuku Dersleri I. Giriş – Ticari İşletme**. Ankara 1957.
- KATOĞLU, Tuğrul. “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”. **AÜHFD**, 61 (2) 2012
- KAYA, Arslan. **Marka Hukuku**. İstanbul 2006.
- KESKİN Serap. **Marka ve Patentin Ceza Normları ile Korunması**. Seçkin. Ankara 2003
- Koca, Mahmut, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**. Seçkin. 10. Baskı
- KOCA, Mahmut. “Fikri İhtima”. **Ceza Hukuku Dergisi**. 2007/4
- KÖSE, Mutlu Yıldırım, Canan Tınaz ve Tuğçe Atlı. “Geleneksel Olmayan Markalar”. **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**. 2014. S.2.
- KUNTER, Nurullah, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**. 17. Bası. Birinci Kitap, İstanbul 2009
- KÜÇÜKALİ, Canan. **Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi**. Seçkin Yayınevi. Ankara 2009
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami. **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**. Seçkin Yayınevi, Ankara 2003
- MANTA, Irina D.. **The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement**, Case Research Paper Series in Legal Studies Working Paper 2010-30 September, 2010 (updated May, 2011)
- MCCARTHY, Thomas. **Mccarthy on Trademarks and Unfair Competition §§ 24:93–:134** (4th ed. 2010).
- NOYAN, Erdal. **Marka Hukuku**. Adalet Yayınevi. İstanbul 2009
- OĞUZMAN, M. Kemal ve Nami Barlas. **Medeni Hukuk**. 15.Baskı. İstanbul 2008. Vedat Kitapçılık
- ÖNER, Senem, Çeviri yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi, (YTÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Batı Dilleri Ve Edebiyatları Ana Bilim Dalı Diller Ve Kültürlerarası Çeviribilim Doktora Programı Yayınlanmamış Doktora Tezi) İstanbul, 2012,

- ÖZDEMİR, Saibe Oktay. **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**. Beta Basım, İstanbul 2002
- ÖZEN, Mustafa. “Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları”. **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**. C.9, S.2009/2
- ÖZER, Veli. Pınar Bacaksız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”. **Ceza Hukuku Dergisi**. Eylül 2006
- ÖZGENÇ, İzzet. “Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk”. **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt III, İstanbul 2003.
- ÖZGENÇ, Türk. **İzzet Ceza Hukuku Genel Hükümler**. Seçkin. Ankara. 13. Baskı
- ÖZTEK, Selçuk. “556 Sayılı KHK Çerçevesinde Benzer Mal ve Hizmet Kavramı”. **İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı**. Özel Sayı 4. 2007
- ÖZTEK, Selçuk. “İlaç Markaları ve OHİM Kararları Arasındaki İlişki, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Kültürü 1.Ulusal Sempozyumu” 17-18 Haziran 2005, İstanbul 2005
- ÖZTÜRK, Ayşe Sevgi. **Hizmet Pazarlaması**. Ekin Kitabevi. 4. Baskı. İstanbul 2003
- ÖZTÜRK, Bahri, Behiye Eker Kazancı, Sesim Soyer, Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**. Seçkin. Ankara 2013
- PASLI, Ali. **Marka Hukukunda Ürün Benzerliği**. Vedat Kitapçılık. İstanbul 2018
- RAHMATIAN, Andreas. **Trade Mark Infringement as a Criminal Offence**, The Modern Law Review, Cilt. 67, No. 4 (Temmuz, 2004), Wiley on behalf of the Modern Law Review, s.671
- RIERSON, Sandra L.. **Pharmaceutical Counterfeiting and the Puzzle of Remedies**. 8 Wake Forest Intell. Prop. L.J. 433, 436–439 (2008).
- SOAYASLAN, Doğan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 5. Baskı. Ankara 2006.
- SULUK, Cahit, Raif Karasu ve Temel Nal. **Fikri Mülkiyet Hukuku**. Seçkin. Ankara 2017
- TEKİNALP, Ünal. “Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması”. **Prof Dr. Oğuz Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan**. İstanbul 1998
- TEKİNALP, Ünal. **Fikri Mülkiyet Hukuku**. Vedat Kitapçılık. 5. Bası, İstanbul 2012
- TEOMAN, Ömer. **Yaşayan Ticaret Hukuku**. Vedat Kitapçılık. İstanbul 2011. C. I

- The Federal Bureau of Investigation (FBI), 2009,
<https://archives.fbi.gov/archives/sanantonio/press-releases/2009/sa040909.htm>
- TIEDEMANN, Klaus. “Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve İflâs Suçlarının Reformu”. (Çeviren: Feridun YENİSEY), İÜHFM 1975, c: XLI, S.: 1-2
- TOPÇU, Deniz. **Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar**. Seçkin Yayınları, Ankara 2007
- TOROSLU, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara 2008
- TÜRK DİL KURUMU (TDK), **Büyük Türkçe Sözlük**, <http://www.tdk.gov.tr>,
- UZUNALLI, Sevilay. **Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi**. Adalet Yayınevi. Ankara 2012
- ÜLGEN, Hüseyin vd., **Ticari İşletme Hukuku**. Oniki Levha. İstanbul 2015
- ÜNAL, Mücahit. **Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler**. Ankara 2007
- ÜZÜLMEZ, İlhan, Ahmet Hulusi Akkaş, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”. **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. 2007, 2(1-2)
- YASAMAN, Hamdi. **Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi**. C:I, İstanbul 2004.
- YASAMAN, Hamdi. **Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi**. C:II, İstanbul 2004.
- YENİDÜNYA Caner, Zafer İçer, **Marka Hakkına Tecavüz Suçları**. Digesta Yayınevi. İstanbul 2014
- YENİSEY, Feridun. **Kolluk Hukuku**. Beta Basım. İstanbul 2009
- YILDIZ, Şükrü. **Hukuki Mütalaalar – 2**. Oniki Levha yayınları. İstanbul 2015
- YILMAZ, Lerzan. “Renk ve Renk Kombinasyonları”. **İstanbul Barosu Dergisi**, C.91. Sayı 2017/6
- YILMAZ, Lerzan. “Üç Boyutlu Markalar”. **İstanbul Barosu Dergisi**. C.92. Sayı 2018/1
- YILMAZ, Lerzan. **Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri**. Beta. İstanbul 2008
- YURTCAN, Erdener. **Ceza Yargılaması Hukuku**. Beta Basım, İstanbul 1986