

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

MARKA SUÇLARI (SMK m. 30)

Doktora Tezi

SÜLEYMAN EMRE ÖZDEMİR

İstanbul 2021

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

MARKA SUÇLARI (SMK m. 30)

Doktora Tezi

SÜLEYMAN EMRE ÖZDEMİR

Danışman: Prof. Dr. Ahmet GÖKCEN

İstanbul 2021

ÖZET

Girişimciler, rekabet ortamı içerisinde kendi mal ve hizmetlerini hem tanıtmak hem de diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırmak için marka seçmek zorunda kalmış ve kendi faaliyetlerinin semeresini, markalarının kamu nezdinde sahip olduğu itibarda bulmuştur. Ticari faaliyetlerin gelişmesi, tüketiminin yaygınlık kazanması ve mal veya hizmetin sınır aşan faaliyetlere konu olması, markaya çeşitli fonksiyonlar yüklemiş ve markanın bir hak olarak hukuki varlığını ortaya çıkarmıştır. Ancak ticari hayatın rekabet ortamında, suiistimallerin kendini markalarda da yoğun bir şekilde göstermesi, marka hakkının himayesinde ceza hukuku müdahalesini gerekli kılmıştır.

Bu tezde 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 30'uncu maddesinde düzenlenen marka suçları incelenmektedir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, marka ceza hukukunun temel esasları; marka kavramı, markanın unsurları, fonksiyonları, türleri ve marka hakkı ile ilgili açıklamalarda bulunulmuştur. Ardından marka hakkının cezai himayesi, marka suçu kavramı, marka hakkının cezai himayesine yönelik uluslararası düzenlemeler, karşılaştırmalı hukukta marka suçları ve hukukumuzda marka suçlarının tarihi gelişimi detaylı bir şekilde ele alınmıştır.

İkinci bölümde, SMK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenen marka suçları ile korunan hukuki değer, markanın Türkiye'de tescilli olması meselesi ve marka suçlarının unsurları doktrin, karşılaştırmalı hukuk ve yargı kararları kapsamında incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise marka suçlarında kusurluluk, hata, özel görünüş şekilleri, etkin pişmanlık, muhakeme usulü, yaptırım konuları üzerinde durulmuş ve marka suçları, ceza hukukuna hâkim olan bazı ilkeler bağlamında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Marka, Marka Hakkı, Marka Hakkına Tecavüz, Marka Hakkının Cezai Himayesi, Marka Suçları, Marka Taklitçiliği.

ABSTRACT

Entrepreneurs have been obliged to choose a trademark in order to both promote their goods and services and distinguish them from the goods and services of other enterprises in a competitive environment and have found the result of their own activities in the reputation of their trademarks in the eyes of the public. The development of commercial activities, the prevalence of consumption and the fact that the goods or services are the subject of cross-border activities has installed various functions on the trademark and revealed the legal existence of the trademark as a right. However, in the competitive environment of commercial life, the intense manifestation of abuses in trademarks necessitated criminal intervention in the protection of trademarks rights.

In this thesis, trademark crimes regulated in Article 30 of the Industrial Property Law (No. 6769) are analyzed.

Our study consists of three parts. In the first part, the basic principles of trademark criminal law; the concept, the elements, the functions, the types of the trademark and the trademark right are explained. Then, the criminal protection of the trademark right, the concept of trademark crime, international regulations for the criminal protection of the trademark right, trademark crimes in comparative law and the historical development of trademark crimes in our law are discussed in detail.

In the second chapter, the legal value protected by trademark offenses regulated in Article 30 of the Industrial Property Law, the issue of the trademark being registered in Turkey and the elements of trademark offenses are analyzed within the scope of doctrine, comparative law and judicial decisions.

In the third chapter, the issues of defectiveness, mistakes, special appearances, effective repentance, judgment procedure and sanctions in trademark crimes are emphasized and trademark crimes are evaluated in the context of some principles that dominate the criminal law.

Keywords: Trademark, Trademark Right, Trademark Infringement, Criminal Protection of Trademark, Trademark Crimes, Trademark Counterfeiting.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR.....	X
Giriş	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA CEZA HUKUKUNUN TEMEL ESASLARI

§1. MARKA KAVRAMI	3
I. Markanın Tanımı	3
II. Markanın Benzer Kavramlardan Farkı.....	5
III. Markanın ve Marka Hukukunun Tarihi Gelişimi	8
A. Genel Açıklamalar	8
B. Türkiye’de Markanın ve Marka Hukukunun Tarihi Gelişimi.....	12
IV. Markanın Unsurları.....	16
A. İşaret.....	16
B. Ayırt Edicilik.....	17
C. Açıklık ve Kesinlik	18
V. Markanın Fonksiyonları.....	19
A. Ayırt Etme Fonksiyonu.....	19
B. Menşe (Kaynak-Köken) Gösterme Fonksiyonu	20
C. Garanti (Güven) Fonksiyonu	20
D. Reklam Fonksiyonu	21
VI. Markanın Türleri.....	21
A. Tescilli Olup Olmamasına Göre Markalar.....	22
B. Ürün Çeşidine Göre Markalar	22

C. Bilinirlik Derecesine Göre Markalar.....	23
D. Sahiplerine Göre Markalar.....	24
VII. Marka Hakkı.....	25
A. Genel Açıklamalar	25
B. Marka Hakkının Oluşumu.....	26
C. Markanın Tescili ve Marka Hakkının Konusu.....	28
D. Marka Hakkının Sona Ermesi.....	30
§2. MARKA HAKKININ CEZAI HİMAYESİ VE MARKA SUÇU KAVRAMI.....	32
I. Genel Açıklamalar.....	32
A. Marka Hakkının Hukuki Himayesi.....	35
B. Marka Hakkının Cezai Himayesi.....	37
II. Marka Hakkının Cezai Himayesinin Sebepleri.....	38
A. Marka Hakkına Tecavüzün Marka Hakkı Sahibi Açısından Etkileri	39
B. Marka Hakkına Tecavüzün Toplumsal Etkileri	40
1. Ekonomi.....	40
a. Yatırım.....	41
b. Rekabet.....	41
c. İstihdam	42
d. Vergi Gelirleri	42
2. Kamu Güvenliği ve Düzeni.....	43
3. Kamu Sağlığı.....	44
4. Tüketiciler	44
C. Değerlendirme.....	46
III. Marka Hakkı Üzerindeki Himayenin Kapsamı	47
IV. Marka Suçu Kavramı ve Marka Suçlarının Niteliği.....	49
A. Marka Suçu Kavramı	49
B. Marka Suçlarının Niteliği.....	50
1. Genel Açıklamalar	50
2. Değerlendirme.....	55
§3. MARKA HAKKININ CEZAI HİMAYESİNE YÖNELİK ULUSLARARASI DÜZENLEMELER VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA MARKA SUÇLARI.....	56
I. Marka Hakkının Cezai Himayesine Yönelik Uluslararası Düzenlemeler.....	56
A. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (The Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS).....	56

1. Genel Açıklamalar	56
2. Asgari Ölçütler.....	57
3. TRIPS ve SMK Karşılaştırması	60
B. Taklitçiliğe Karşı Ticaret Anlaşması (Anti – Counterfeiting Trade Agreement – ACTA).....	62
II. Karşılaştırmalı Hukukta Marka Suçları	64
A. Almanya.....	64
B. Amerika Birleşik Devletleri	68
C. Birleşik Krallık.....	70
§4. TÜRK HUKUKUNDA MARKA SUÇLARININ TARİHİ GELİŞİMİ	72
I. 1888 tarihli (29 Şaban 1305) Fabrika Mamulatıyla Eşya-i Ticariye Mahsus Alâmet-i Fârikalara Dair Nizamname'sinde Marka Suçları	72
II. 551 sayılı Markalar Kanunu'nda Marka Suçları	76
III. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de Marka Suçları	79
A. 1995 tarihli 4128 sayılı Kanun Kapsamında Marka Suçları.....	80
B. 2004 tarihli 5194 sayılı Kanun Kapsamında Marka Suçları	84
C. 1995 tarihli 4128 sayılı Kanun ile 2004 tarihli 5194 sayılı Kanun Bağlamında Marka Suçlarının Değerlendirilmesi.....	87
D. 2009 tarihli 5833 sayılı Kanun Kapsamında Marka Suçları.....	89

İKİNCİ BÖLÜM

SINAI MÜLKİYET KANUNU'NDA DÜZENLENEN MARKA SUÇLARI

§1. GENEL BİLGİLER	93
§2. MARKA SUÇLARI İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER.....	94
§3. MARKANIN TÜRKİYE'DE TESCİLLİ OLMASI MESELESİ.....	97
I. Şartın Hukuki Niteliği	99
II. Değerlendirme.....	102
III. Cezai Himayenin Başlayacağı Tarih.....	104
§4. İKTİBAS VEYA İLTİBAS SURETİYLE MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇU (SMK m. 30/1).....	106
I. Genel Açıklamalar.....	106
II. Tipikliğin Maddi Unsurları	109

A. Fiil.....	109
1. Genel Açıklamalar	109
2. Marka Hakkına Tecavüz Kavramı	111
3. İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz.....	117
a. İktibas Kavramı	117
b. İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüzün Mal veya Hizmet Açısından Kapsamı.....	122
aa. Genel Açıklamalar	122
bb. Değerlendirme.....	123
c. İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüzün Tespiti	125
aa. Markanın Aynının Kullanılması.....	126
bb. Markanın Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzerinin Kullanılması	128
cc. Aynı Mal veya Hizmet	130
4. İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz.....	135
a. Genel Açıklamalar.....	135
b. Değerlendirme	140
c. İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüzün Mal veya Hizmet Açısından Kapsamı.....	144
d. Cezai Himaye Bağlamında İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüzün Tespiti.....	149
aa. Markanın Benzerinin Kullanılması	149
bb. Aynı Mal veya Hizmet	152
cc. Karıştırılma İhtimali	152
5. Seçimlik Hareketler.....	155
a. Mal Üretmek.....	157
b. Hizmet Sunmak	161
c. Satışa Arz Etmek	163
d. Satmak	166
e. İthal veya İhraç Etmek.....	168
aa. Genel Açıklamalar	168
bb. Özellik Arz Eden Durumlar	169
f. Satın Almak	177
g. Bulundurmak ve Depolamak.....	177
h. Nakletmek	179

6. Tanınmış Markalar ve İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu.....	180
B. Fail	184
C. Mağdur	186
D. Konu.....	190
1. Genel Olarak	190
2. Suçun Konusu Bağlamında Markanın Müseccel Olduğu Mal veya Hizmet	193
3. Markanın Başkasına Ait Olması	194
III. Tipikliğin Manevi Unsurları	197
A. Genel Açıklamalar	197
B. Ticari Amaç Unsuru.....	200
C. Kastın Tespiti Meselesi	204
IV. Hukuka Aykırılık Unsuru	208
A. Genel Açıklamalar	208
B. İlgilinin Rızası	210
C. Markanın Dürüst Kullanımı	212
D. Kişisel İhtiyaçlar Ölçüsünde Bulundurma (SMK m. 153/1).....	213
E. Tazminat Ödenmesi (SMK m. 153/2)	214
§5. MARKA KORUMASI İŞARETİNİN KALDIRILMASI SUÇU (SMK m. 30/2)	215
I. Genel Açıklamalar.....	215
II. Tipikliğin Maddi Unsurları	216
A. Fiil.....	216
B. Fail ve Mağdur	217
C. Konu.....	217
III. Tipikliğin Manevi Unsuru	219
IV. Hukuka Aykırılık Unsuru	220
§6. YETKİSİZ TASARRUFTA BULUNMA SUÇU (SMK m. 30/3)	221
I. Genel Açıklamalar.....	221
II. Tipikliğin Maddi Unsurları	223
A. Fiil.....	223
B. Fail ve Mağdur	225
C. Konu.....	225
III. Tipikliğin Manevi Unsuru	226
IV. Hukuka Aykırılık Unsuru	226

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA SUÇLARINDA KUSURLULUK, HATA, ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, ETKİN PİŞMANLIK, MUHAKEME USULÜ, YAPTIRIM VE MARKA SUÇLARININ CEZA HUKUKUNA HÂKİM OLAN BAZI İLKELER BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

§1. MARKA SUÇLARINDA KUSURLULUK	228
§2. MARKA SUÇLARINDA HATA	229
I. Marka Suçlarında Kastı Kaldıran Hata.....	230
II. Marka Suçlarında Kusurluluğu Etkileyen Hata	235
§3. MARKA SUÇLARINDA ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	237
I. Teşebbüs	237
A. Genel Açıklamalar	237
B. Marka Suçlarında Teşebbüs	238
C. Marka Suçlarında Gönüllü Vazgeçme	244
II. İştirak.....	245
III. İçtima	249
A. Genel Açıklamalar	249
B. Görünüşte İçtima.....	250
C. Zincirleme Suç	252
D. Aynı Neviden Fikri İçtima	258
E. Farklı Neviden Fikri İçtima.....	260
§4. MARKA SUÇLARINDA ETKİN PİŞMANLIK.....	266
I. Genel Açıklamalar.....	266
II. Şartları	268
III. Sonuçları	271
§5. MARKA SUÇLARINDA MUHAKEME USULÜ	272
I. Marka Suçlarında Şikâyet.....	272
A. Şikâyet Hakkı Olan Kişiler	273
B. Şikâyet Usulü	277
C. Şikâyetin Yokluğu ve Geri Alınması	279
II. Uzlaştırma	283
III. Koruma Tedbirleri	286

A. Arama (CMK m. 116).....	287
B. Elkoyma (CMK m. 123)	291
C. Erişimin Engellenmesi (5651 sayılı Kanun m. 8)	294
IV. Görevli ve Yetkili Mahkeme	296
V. Muhakemeye İlişkin Bazı Meseleler	301
A. Hukuk Mahkemesi Kararlarının Ceza Muhakemesine Etkisi.....	301
B. Marka Hakkının Sona Ermesi ve Marka Hakkından Vazgeçme	303
C. Markanın Hükümsüzlüğü.....	304
D. Markanın İptali	306
E. Davaya Katılma.....	307
F. Bilirkişi Raporlarının Suçun Tespitine Etkisi.....	309
G. Marka Suçlarında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı.....	311
H. Hızlı İmha Prosedürü (SMK m. 163).....	313
§6. MARKA SUÇLARINDA YAPTIRIM	315
I. Cezalar	315
II. Güvenlik Tedbirleri	317
A. Eşya Müsaderesi	317
1. Genel Açıklamalar	317
2. Mütecaviz İşaretli Malların Müsaderesi	319
B. Tüzel Kişilere Özgü Güvenlik Tedbirleri	325
§7. MARKA SUÇLARININ CEZA HUKUKUNA HÂKİM OLAN BAZI İLKELER	
BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	327
I. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi.....	327
A. Belirlilik İlkesi	328
B. Kıyas Yasağı	332
II. Ceza Hukukunun Son Çare Olması İlkesi.....	335
III. Orantılılık İlkesi	338
SONUÇ	339
KAYNAKÇA	350

KISALTMALAR

556 sayılı KHK	:556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
1995 tarihli 4128 sayılı Kanun	:12.9.1960 tarihli ve 80 sayılı, 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı ve 10.6.1930 tarihli ve 1705 sayılı Kanunlar ile 24.6.1995 tarihli ve 551, 552, 554, 555, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler ile 28.6.1995 tarihli ve 560 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
2004 tarihli 5194 sayılı Kanun	:Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
2009 tarihli 5833 sayılı Kanun	:Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
AB	:Avrupa Birliği
ABAD	:Avrupa Birliği Adalet Divanı
ACTA	:Taklitçiliğe Karşı Ticaret Anlaşması
Alameti Farika Nizamnamesi	:1888 tarihli Fabrika Mamulâtıyla Eşya-i Ticariye Mahsus Alamet-i Fârikalara Dair Nizamname
AY.M.	:Anayasa Mahkemesi
B.A.M.	:Bölge Adliye Mahkemesi
Bkz. / bkz.	:Bakınız
C.D.	:Ceza Dairesi

C.G.K.	:Ceza Genel Kurulu
CMK	:5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	:Çeviren
dn.	:dipnot
EU	:Avrupa Birliği
EUIPO	:Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi
FSEK	:5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GATT	:Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması
GK	:4458 sayılı Gümrük Kanunu
H.D.	:Hukuk Dairesi
H.G.K.	:Hukuk Genel Kurulu
HMK	:6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
KK	:5326 sayılı Kabahatler Kanunu
KMK	:5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu
Krş.	:Karşılaştırınız
MarkenG	:Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
OECD	:İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı
R.G.	:Resmi Gazete
RiStBV	:Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
s.	:sayfa

SBF	:Siyasal Bilgiler Fakültesi
SMK	:6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
SMKY	:Sınai Mülkiyet Kanunu Yönetmeliği
StGB	: Strafgesetzbuch
StPO	: Strafprozeßordnung
TBK	:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	:5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TKHM	:6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMA	:Trade Marks Act 1994
TMK	:4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TMR	:Trademark Review
TPMK	:Türk Patent ve Marka Kurumu
TRIPS	:Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması
TTK	:6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
v.	:versus
vb.	:ve benzeri
vd.	:ve devamı
WIPO	:Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü
WTO	:Dünya Ticaret Örgütü
Y.	:Yargıtay

Giriş

Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayan ve para ile ölçülebilir bir değeri ifade etmektedir. Girişimciler, rekabet ortamı içerisinde kendi mal veya hizmetlerini hem tanıtmak hem de diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırmak için marka seçmek zorunda kalmış ve kendi faaliyetlerinin semeresini, markalarının kamu nezdinde sahip olduğu itibarda bulmuştur. Böylece marka, ticari hayatta pazarlama stratejilerinin önemli bir parçası haline gelmiş ve tüketicilerin mal veya hizmet seçimini etkileyen temel faktörlerden biri olmuştur.

Ticari faaliyetlerin gelişmesi, tüketiminin yaygınlık kazanması ve mal veya hizmetin sınır aşan faaliyetlere konu olması, markaya çeşitli fonksiyonlar yüklemiş ve markanın bir hak olarak hukuki varlığını ortaya çıkarmıştır. Gayri maddi mal niteliği taşıyan ve inhisari kullanıma müsait olan marka, sahibine mutlak bir hak bahşetmektedir. Marka üzerindeki mutlak hak, başka bir anlatımla marka hakkı, malvarlığı haklarından olup sahibine marka üzerindeki en geniş yetkileri vermektedir.

Ticari hayatın rekabet ortamında, suiistimallerin kendini markalarda da göstermesi, marka hakkının özel olarak korunması ihtiyacını doğurmuştur. Esasen marka, ticari hayatla ve serbest piyasa ile ilgili olup özel hukuk uhdesinde yer alan bir konudur. Marka hakkının korunması da haksız fiile ve özelinde haksız rekabete dayanmakta, haksız rekabetin hususi bir alanını teşkil etmektedir. Öte yandan, tarihi süreçte marka hakkına sağlanan kamu hukuku nitelikli koruma, haksız rekabetin önlenmesinde devletin rolü ve hukuki himayenin bazı durumlarda yetersiz kalması, marka hakkının himayesinde cezai müdahaleyi gerekli kılmıştır. Bu doğrultuda uluslararası sözleşmelerde marka hakkının hukuki himayesinin yanı sıra cezai himayesine ilişkin asgari koşullara yer verilmiş, ulusal hukuklarda çeşitli marka suçları ihdas edilmiştir.

Marka hukuku dinamik bir yapıyı haizdir ve içtihatlarla dayalı bir şekilde sürekli gelişmektedir. Ülkemizde de marka hukuku uygulamasında yaşanan uluslararası gelişmeler yakinen takip edilmekte ve mevzuatımızda gerekli değişiklikler yapılmaktadır. Bunun neticesi olarak Türk marka hukuku, 2016 tarihli 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) ile yeni bir boyut kazanmıştır.

Çalışmamızın konusunu SMK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenen marka suçları oluşturmaktadır. SMK'nın "*Marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler*" başlıklı 30'uncu maddesinde, "*iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz*"; "*marka koruması işaretinin kaldırılması*" ve "*yetkisiz tasarrufta bulunma*" olmak üzere üç ayrı suç tipine ve bunlara ilişkin çeşitli hükümlere yer verilmiştir.

SMK'da yer alan marka suçları birkaç değişiklik dışında mülga 5833 sayılı Kanun ile değişik 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinden alınmıştır. Bu sebeple, marka suçlarının sorunlu kısımlarının SMK ile çözüme kavuşturulduğunun söylenebilmesi güçtür. Zira özellikle marka hakkının cezai himayesine ilişkin normların ve uygulamaların ceza hukukundan ziyade özel hukuk mantığı çerçevesinde ele alınmasının getirdiği pek çok tartışmalı husus bugün de geçerliliğini sürdürmektedir. Binaenaleyh, SMK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenen marka suçlarının ceza hukuku perspektifiyle incelenmesi ve uygulamada ortaya çıkan sorunlara çözüm önerisi sunulması gereği hâsıl olmuştur.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, marka suçlarının daha iyi anlaşılabilmesi adına marka ceza hukukunun temel esasları; marka kavramı, markanın unsurları, fonksiyonları, türleri ve marka hakkı ile ilgili açıklamalarda bulunulmuştur. Ardından marka hakkının cezai himayesi, marka suçu kavramı, marka hakkının cezai himayesine yönelik uluslararası düzenlemeler, karşılaştırmalı hukukta marka suçları ve hukukumuzda marka suçlarının tarihi gelişimi detaylı bir şekilde ele alınmıştır.

İkinci bölümde, SMK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenen marka suçları ile korunan hukuki değer, markanın Türkiye'de tescilli olması meselesi ve marka suçlarının unsurları doktrin, karşılaştırmalı hukuk ve yargı kararları kapsamında incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise marka suçlarında kusurluluk, hata, özel görünüş şekilleri, etkin pişmanlık, muhakeme usulü, yaptırım konuları üzerinde durulmuş ve marka suçları, ceza hukukuna hâkim olan bazı ilkeler bağlamında değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA CEZA HUKUKUNUN TEMEL ESASLARI

§1. MARKA KAVRAMI

I. Markanın Tanımı

Fikri mülkiyet hukukunun¹ ve özelinde sınai mülkiyet hukukunun alt başlıklarından olan marka ve marka hukuku, ulusal ve uluslararası hukukun önemli bir parçasını teşkil etmektedir. Girişimcilerin, üretimini veya satışını yaptığı mal veya sunduğu hizmetleri, diğerlerinden ayırt etme amacı ile kendilerine özgü işaretler, tanıtma vasıtaları kullanmaları çok eskilere dayanmaktadır². Ancak özellikle seri üretime geçilmesi ve ticaretin evrensel bir boyut kazanması markanın ve marka hukukunun önemini artırmıştır³.

¹ Esasında İngilizcedeki “*intellectual property*” terimi ile Türkçede kullanılan “*fikri mülkiyet*”, “*fikri ve sınai mülkiyet*” ve “*fikri, sınai ve ticari mülkiyet*” terimlerinin anlamı özdeştir. Fikri mülkiyet, uhdesinde telif haklarını (bilim ve sanat eserlerini, sinema eserlerini, musiki eserlerini, güzel sanat eserlerini, bilgisayar programları gibi ürünler) ve sınai mülkiyet haklarını (marka, patent, tasarım gibi ürünler) barındıran üst bir kavramdır. Bkz. **Hirsch, Ernst E.**, Fikri ve Sınai Haklar, Ar Basımevi, Ankara 1948, s. 6; **Fisher, William**, Theories of Intellectual Property, New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Edited by Stephen R. Munzer, Cambridge University Press, 2001, s. 168; **Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 1-2; **Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin / Yıldız, Burçak / İmirlioğlu, Dilek**, Sınai Mülkiyet Hukuku, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 1-2; **Paslı, Ali**, Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 74. Krş. **Yazıcıoğlu, R. Yılmaz**, Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’ndaki Suçlar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 11-14.

² **Rogers, Edward S.**, Some Historical Matter Concerning Trade-Marks, TMR, Volume 62, 1972, s. 239; **Diamond, Sidney A.**, The Historical Development of Trademarks, TMR, Volume 65, 1975, 265, (Reprinted – TMR, Volume 73, 1983, s. 222).

³ Örneğin, şirketler markalarının spor ve diğer halka açık etkinliklerde, televizyonda, sosyal medyada gösterilmesini sağlamak amacıyla yüklü miktarda harcama yapmakta, ünlü insanlar belirli bir gömlek, şapka giymek, saat takmak için karlı sözleşmeler imzalamaktadır. Şirketlerin bu yatırımları yapmaya istekli olmalarında temel amaç tüketicilere markalarının geleneksel işlevlerine ne kadar iyi hizmet vermeye devam ettiklerini göstermektir. Özellikle aldığı ürünü araştırmayan tüketiciler güvendikleri markalı ürünü tercih etmektedirler. Bkz. **Goldstone, David J. / Toren, Peter J.**, The Criminalization of Trademark Counterfeiting, Connecticut Law Review, Volume 31, Number:1, Fall 1998, s. 4.

Marka kelimesi İtalyanca kökenli olup sözlükte, “*resim veya harfle yapılan işaret; bir ticari malı, herhangi bir nesneyi tanıtmaya, benzerinden ayırmaya yarayan özel ad veya işaret*” anlamına gelir⁴.

Sınai Mülkiyet Kanunu’nda, markanın doğrudan tarifini veren bir hükme yer verilmemiştir⁵. Ancak SMK’nın “*Marka olabilecek işaretler*” başlıklı 4’üncü maddesinde⁶, “*Marka, 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 işareten oluşabilir*” denilmek suretiyle, marka kavramı dolaylı bir şekilde açıklanmıştır⁷. Bu hükümde özellikle markanın, menşe (kaynak-köken) gösterme ve ayırt etme fonksiyonları öne çıkarılmak suretiyle kavramsal çerçevesi çizilmiştir⁸.

Doktrinde ise marka, en genel ifadeyle, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini, bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan her türlü işaret olarak tanımlanmaktadır⁹. Markanın oluşumunun temelinde bir fikir bulunmakla birlikte, bu fikrin bir

⁴ www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 02.05.2019.

⁵ 1965 tarihli 551 sayılı Markalar Kanunu’nun 1’inci maddesinde, “*Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda, imal, ihzar, istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi emtiayı başkalarınınkinden ayırdetmek için bu emtia ve ambalajı üzerine konulan, emtia üzerine konulamadığı takdirde ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler marka sayılır*” denilmektedir. Ayrıca SMK’dan önce hazırlanan Markalar Kanunu Taslağı’nın “*Tanımlar*” başlıklı 2’nci maddesinde marka, “*Bir teşebbüsün imalatını veya ticaretini yaptığı malları ve/veya sunduğu hizmetleri, başka teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaret*” olarak ifade edilmiştir.

⁶ SMK’nın 4’üncü maddesi genel olarak TRIPS’in 15’inci maddesine, 2015/2436 sayılı AB Direktifinin 3’üncü maddesine ve 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü’nün 4’üncü maddesine uygun bir şekilde kaleme alınmıştır.

⁷ Benzer bir hüküm, SMK’nın 191’inci maddesi ile yürürlükten kaldırılan 1995 tarihli 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 5’inci maddesinde yer almaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Arkan, Sabih**, Marka Hukuku, Cilt: I, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997, s. 36; **Tekinalp**, s. 360; **Kaya, Arslan**, Marka Hukuku, 1. Baskı, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 13.

⁸ **Schechter, Frank I.**, The Historical Foundations of The Law Relating to Trade-Marks, Columbia University Press, New York 1925, s. 19; **Kaya**, s. 13; **Paslı**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 231.

⁹ **Schechter**, s. 19; **Hart, Tina / Fazzani, Linda**, Intellectual Property Law, Macmillan Press, 1997, s. 67; **Blackett, Tom**, Trademarks, 1st Edition, Macmillan Press, 1998, s. 1; **Fezer, Karl-Heinz**, Markenrecht, Vierte neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, München 2009, s. 254; **Ingerl, Reinhard / Rohnke, Christian**, Markengesetz, Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 3. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, München 2010, s. 36; **Lange, Paul**, International Trade Mark and Signs Protection, C.H. Beck oGH, München 2010, s. 438; **Davis, Richard / Quintin, Thomas ST / Tritton, Guy**, Tritton on Intellectual Property in Europe, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, 2014, s. 265; **Ekey, Friedrich L. / Bender, Achim** /

hususiyetinin ya da belli bir düzeyinin bulunması gerekmekte, standart bir emeğin ya da buluşun yahut belirli bir özgünlüğün varlığı aranmamaktadır¹⁰.

II. Markanın Benzer Kavramlardan Farkı

Ekonomik faaliyetlerde kullanılan ayırt edici işaret sadece marka değildir. Ticaret unvanı, işletme adı, internet alan adı, coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adları da ayırt etme fonksiyonuna sahiptir¹¹. Bu sebeple markanın, ticaret unvanı, işletme adı, internet alan adı, coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adlarından farkının kısaca ortaya konulması konunun anlaşılabilmesi için önem arz etmektedir.

Ticaret unvanı, tacirin seçmekle yükümlü olduğu (TTK m. 18), bir taciri diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde kullanmak

Fuchs-Wissemann, Georg, Markenrecht, Band 1, Markengesetz und Markenrecht ausgewählter ausländischer Staaten, 3. Auflage, C. F. Müller, 2014, s. 21; **Moohr, Geraldine Szott / Lipton, Jacqueline D. / Manta, Irina D.**, The Criminal Law of Intellectual Property and Information, Cases and Materials, Second Edition, West Academic Publishing, 2015, s. 323; **Caddick, Nicholas / Longstaff, Ben / Duly, Charlotte**, A User's Guide to Trade Marks and Passing Off, Fourth Edition, Bloomsbury Professional, 2015, s. 7; **Firth, Alison / Lea, Gary / Cornford, Peter**, Trade Marks: Law and Practise, Fourth Edition, Jordan Publishing, 2016, s. 1-2; **LaFrance, Mary**, Understanding Trademark Law, Third Edition, Carolina Academic Press, 2016, s. 1; **Stim, Richard**, Patent, Copyright and Trademark, 15th Edition, Nolo Law, 2018, s. 353; **McJohn, Stephen M.**, Intellectual Property, Sixth Edition, Wolters Kluwer, 2019, s. 389; **Pila, Justine / Torremans, Paul L. C.**, European Intellectual Property Law, 2nd Edition, Oxford University Press, 2019, s. 347; **Öçal, Akar**, Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), 1. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1967, s. 7; **Arkan**, s. 35; **Keskin, Serap**, Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 21; **Yasaman, Hamdi / Altay, Sıtkı Anlam / Ayoğlu, Tolga / Yusufoglu, Fülürya / Yüksek, Sinan**, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 16; **Karan, Hakan / Kılıç, Mehmet**, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2004, s. 28; **Kaya**, s. 13-14; **Tekinalp**, s. 360; **Yenidünya, Caner / İçer, Zafer**, Marka Hakkına Tecavüz Suçları (556 Sayılı KHK m. 61/A), 2. Baskı, Digesta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 21; **Çağlar, Hayrettin**, Marka Hukuku Temel Esaslar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 11; **İmirlioğlu, Dilek**, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 3; **Bozgeyik, Hayri**, Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 6; **Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi**, Ticari İşletme Hukuku, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 499; **Kayihan, Şaban**, Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 189; **Çetintürk, Ekrem**, Marka Taklitçiliği Suçu, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 38; **Memişoğlu, Sami Özgür**, Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 35; **Ergün, Mevci**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 1. Cilt, 1. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2020, s. 15.

¹⁰ **Pash, Ali**, Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 15.

¹¹ **Çolak, Uğur**, Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 9; **Uzunallı, Sevilay**, Marka Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 19.

zorunda olduğu adı ifade etmektedir¹². Bu hususta, TTK’nın 39’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında, “*Her tacir, ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır*” denilmektedir.

İşletme adı, işletme sahibi ile ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve diğer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan isimdir¹³. İşletme adının kullanılması zorunlu olmamakla birlikte eğer tacir ya da esnaf işletme adı kullanıyorsa işletme adını tescil ettirmekle yükümlüdür (TTK m. 53).

Büyük bir reklam ve pazar gücüne sahip olan internet alan adı (domain name)¹⁴, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 3’üncü maddesinin (v) bendinde yer alan tanıma göre, internet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adları ifade eder. İnternet alan adı olarak kullanılan işaretlerden ayırt edici niteliğe sahip olanlar veya bu niteliğe sahip olmasalar bile kullanım suretiyle ayırt edici nitelik kazanmış olanların marka olarak tescil edilmesi mümkündür¹⁵. Genellikle internet adresleri ile marka aynı olduğu için kullanıcılar istediği internet sitesine kolaylıkla ulaşabilmektedir.

Marka ile ticaret unvanı, işletme adı ve internet alan adının örtüşmesi ve bu sebeple marka hakkı sahibinin haklarının ihlal edilmesi mümkündür¹⁶. Dolayısıyla marka hakkı sahibi, işaretinin ticaret alanında kullanılması şartı ile işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak

¹² **Lange**, s. 441-442; **Halpern, Sheldon W. / Port, Kennerth L. / Seymore, Sean B.**, Fundamentals of United States Intellectual Property Law, Fifth Edition, Wolters Kluwer, 2015, s. 265; **Öçal**, Markaların Himayesi, s. 15; **Arkan, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, 25. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2019, s. 279; **Poroy / Yasaman**, 2019, s. 498; **Kayhan**, s. 177; **Uzunallı**, s. 19; **Güneş, İlhami**, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 8-9.

¹³ **Blackett**, s. 8; **Öçal**, Markaların Himayesi, s. 15; **Arkan**, İşletme Hukuku, s. 292; **Poroy / Yasaman**, 2019, s. 498; **Kayhan**, s. 186; **Güneş**, Marka Hukuku, s. 9-10, **Uzunallı**, s. 19; **Karadaş, Muhammet İkbāl**, Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 27.

¹⁴ Detaylı bilgi için bkz. **Lange**, s. 443; **Halpern / Port / Seymore**, s. 266; **Nomer, Füsün**, İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğacak Hukuki Sorunlar, Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 400; **Şenocak, Kemal**, Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 25, Sayı:3, Eylül 2009, s. 90 vd.; **Oğuz, Sefer**, İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 38 vd.

¹⁵ **Şenocak**, s. 90-91; **Oğuz**, s. 196.

¹⁶ **Jacobs, Georg**, Internet-Specific Collisions of Trademarks in the Domain-Name System – An Economic Analysis Based on U.S. Law, ICC, Volume 37, Issue 2, 2006, s. 156-157.

kullanılmasını (SMK m. 7-e) ve işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı olarak kullanılmasını (SMK m. 7-d) önlemek için talepte bulunma hakkına sahiptir (SMK m. 7-2 ve 3).

SMK'nın 34'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre coğrafi işaret¹⁷, “*belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri bakımından kökenin bulunduğu yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş ürünü gösteren*” işarettir¹⁸. SMK'nın 34'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, coğrafi işaret kapmasına girmeyen ve ilgili piyasada bir ürünü tarif etmek için geleneksel olarak en az otuz yıl süreyle kullanıldığı kanıtlanan adlar, geleneksel üretim veya işleme yöntemi yahut geleneksel bileşimden kaynaklanması ya da geleneksel hammadde veya malzemeden üretilmiş olması hâlinde geleneksel ürün adı olarak tanımlanır.

Coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adları, genel olarak markalar gibi ürünleri birbirinden ayırt etmek için kullanılır. Birbirine yakın kavramlar olan markalar ile coğrafi işaretlerin karıştırılması her zaman mümkündür^{19, 20}. Ancak özellikle coğrafi işaretler, markalarda olduğu gibi ürünün kökenini belirli bir işletmeye değil, ürünün hangi yöre veya bölgeden kaynaklandığını belirtir²¹.

¹⁷ Kavram için bkz. **Lange**, s. 444; **Covarrubia, Patrica**, Geographical Indications of Traditional Handicrafts: A Cultural Element in a Predominantly Economic Activity, ICC, Volume 50, Issue 4, 2019, s. 447.

¹⁸ Coğrafi işaretler menşe adı ve mahreç işareti olmak üzere ikiye ayrılır. Coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, bölge veya istisnai durumlarda ülkeden kaynaklanan, tüm veya esas özelliklerini bu coğrafi alana özgü doğal ve beşerî unsurlardan alan, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerin tümü bu coğrafi alanın sınırları içinde gerçekleşen ürünleri tanımlayan adlar menşe adıdır (SMK m. 34/1-a). Coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, bölge veya ülkeden kaynaklanan, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri bakımından bu coğrafi alan ile özdeşleşen, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az biri belirlenmiş coğrafi alanın sınırları içinde yapılan ürünleri tanımlayan adlar mahreç işaretidir (SMK m. 34/1-b).

¹⁹ **Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 343.

²⁰ Kanun koyucu SMK'nın 48'inci maddesinde markalar ile coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adları bakımından bazı ilkeler benimsemiştir. SMK'nın 48'inci maddesi, “(1) Coğrafi işaretin tescilinden sonra 44 üncü maddede belirtilen biçimlerde veya tescile konu coğrafi işaretle ilgili mal veya hizmetler için kullanılmak üzere yapılan marka başvurusu reddedilir, tescil edilmiş ise dava yoluyla hükümsüz kılınabilir. (2) Coğrafi işaretle aynı veya benzer bir marka, coğrafi işaretin korunmasından önce iyiniyetle tescil edilmiş veya bu markanın kullanım hakkı iyiniyetle kazanılmışsa, coğrafi işaretin hak sahibine verdiği yetkiler, marka başvurusunun tesciline ve iyiniyetli kullanımına zarar vermez. (3) Tescilli bir markanın sahip olduğu itibar, ün ve kullanım süresi de göz önünde bulundurularak bu marka ile aynı veya benzer olması sebebiyle markanın varlığına zarar verici veya gerçek kaynağı konusunda yanıltıcı olacak nitelikteki adların coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı olarak tesciline, önceki tarihli hak sahibinin itirazı üzerine izin verilmez” hükmünü içermektedir.

²¹ **Covarrubia**, s. 446-447; **Knaak, Roland**, Geographical Indications and Their Relationship with Trade Marks in EU Law, ICC, Volume 46, Issue 7, 2015, s. 843; **Öçal**, Markaların Himayesi, s. 13.

III. Markanın ve Marka Hukukunun Tarihi Gelişimi

A. Genel Açıklamalar

Marka oluşturacak işaretlerin kökeni Yunancadan gelen “*sembol*” kavramına dayanmaktadır²². İnsanlar hayatları boyunca sembolleri öğrenerek, onları kullanarak ve yeni semboller oluşturarak yaşarlar²³. Kullandığımız sözcükler dahi aslında sembollerden (harflerden) meydana gelmektedir. Semboller, düşünce ve nesnelerin somut görünüş biçimini teşkil eder ve onların kullanımı, algılamayı, düşünmeyi ve iletişimi hızlandırır²⁴. Marka kavramının temelinde de sembollerin bu özellikleri mevcuttur. Dolayısıyla marka kullanımı, müteşebbisin ürettiği ürünün orijinalini ve kalitesini tüketiciye aktarmada kullandığı en etkili yöntemdir.

Markanın kullanımının çok eskilere dayandığı ileri sürülmektedir²⁵. Elbette geçmişten günümüze, markanın anlamı, kullanım amacı ve fonksiyonları farklı olmuş, marka kavramı değişmiş ve gelişmiştir²⁶. Doğal bir süreç olarak markanın kullanımı, marka konusunda ihtilafları gideren, bu alana özgü koruyucu ve düzenleyici hükümler içeren marka hukukundan önceye dayanmaktadır²⁷. Ancak marka hukukunun ortaya çıkışı ve ilerlemesi de markanın tarihi gelişiminin ayrılmaz bir parçasıdır²⁸.

Yapılan araştırmalarda Güney Asya’nın en eski uygarlıklarından biri olan İndus Vadisi Uygarlığı’nın yerleşim yeri olan Harappa’da hayvan ve geometrik motiflere sahip mühürler

²² **Oytaç, Kutlu**, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku Endüstriyel Tasarımlar İçerikli, 2. Baskı, Nobel Kitapevi, İstanbul 2002, s. 1.

²³ **Economides, Nicholas S.**, The Economics of Trademarks, TMR, Volume 78, 1988, s. 523; **Moore, Karl / Reid, Susan**, The Birth of Brand: 4000 Yeras of Branding, Business History, Volume 50, No. 4, July 2008, s. 421.

²⁴ **Economides**, s. 523-524.

²⁵ Detaylı bilgi için bkz. **Kohler, Josef**, Das Recht des Markenschutzes mit Berücksichtigung Ausländischer Gesetzgebungen und mit Besonderer Rücksicht auf die Englische, Angloamerikanische, Französische, Belgische und Italienische Jurisprudenz, Stahel’sche Univs. Buchhanflung, Würzburg 1884, s. 30 vd.; **Bently, Lionel / Sherman, Brad**, Intellectual Property Law, Second Edition, Oxford University Press, 2004, s. 693; **Norman, Helen E.**, Intellectual Property Law, First Edition, Oxford University Press, 2011, s. 304-305; **Sumpter, Paul**, Intellectual Property Law, Principles in Practice, Edition 3, Wolters Kluwer, 2017, s. 157; **Fezer**, s. 61 vd; **Moore / Reid**, s. 422 vd.; **Rogers**, s. 239 vd.; **Diamond**, s. 265 vd.; **Arseven, Haydar**, Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, 1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1951, s. 3 vd.; **Yarar, İbrahim**, Marka Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 30 vd.

²⁶ **Heymann, Laura A.**, Naming, Identity, and Trademark Law, Indiana Law Journal, Volume 86, Issue 2, 2011, s. 388.

²⁷ **Norman**, s. 304.

²⁸ **Schechter**, s. 19.

keşfedilmiştir²⁹. Keza Mezopotamya, Eski Mısır, Antik Yunan ve Orta Asya’da³⁰ marka olabilecek işaretlere rastlanmaktadır³¹. Çok eski dönemlerde, işaretin hangi amaçlarla kullanıldığı tam olarak bilinmemektir³². Zaten ticaretin gelişmediği, üretici ve tüketicilerin yüz yüze geldiği, tüketicilerin aldıkları ürünlerde sorun olması halinde doğrudan üreticiye geri dönebildikleri dönemlerde markanın kullanılmasına da ihtiyaç duyulmamaktaydı³³. Ancak genel olarak, ilk tespit edilen işaretlerin malın sahibini gösterme amacına hizmet ettiği düşünülmektedir³⁴. İlerleyen dönemlerde ise ticaretin gelişmesine paralel olarak, müteşebbislerin ürettikleri malların kendilerinden sadır olduğunu göstermek için marka kullandıkları söylenebilir³⁵.

Ticaretin daha geniş alanlara yayılması markanın kullanımını da artırmıştır³⁶. Suriye’den İngiltere’ye hüküm süren ve bu sebeple ticaretin de geniş alanlara yayıldığı Roma’da marka sıklıkla kullanılmış ve birçok üründe (çanak, madeni eşya, cam, peynir gibi) markaya rastlanılmıştır^{37, 38}. Bu dönemlerde marka, bazen müteşebbisin isminden, bazen bulunduğu bölgeden, bazen de bir resimden oluşmaktaydı³⁹.

²⁹ **Moore / Reid**, s. 422-423.

³⁰ Orta Asya Türk boylarında, otlaklara, hayvanlara, eşyalara, heykellere, mezarlara aitlik göstermek amacıyla işaretlemeler yapılmaktaydı. Keza ilerleyen dönemlerde kilim, halı, keçe, testi gibi ev eşyalarında, evlerin kapı ve duvarlarında işaretler kullanılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. **Akay, Tolga**, Osmanlı Devleti’nde Marka Hukukunun Gelişimi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 126, Yıl: 2016, s. 366-367.

³¹ **Kohler**, s. 30; **Rogers**, 239; **Blackett**, s. 5; **Oytaç**, s. 1.

³² **Diamond**, s. 265.

³³ **Heymann**, s. 387.

³⁴ **Ammar, Jamil**, Think Consumer: The Enforcement of the Trade Mark Quality Guarantee Revisited, A Legal and Economic Analysis, First Published, Cambridge Scholars Publishing, 2011, s. 8-9; **Pash**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 28.

³⁵ **Diamond**, s. 265. Eski Yunan’da her bir çömlekçinin farklı işaretler kullandığı, bu işaretlerden üreticinin ve çömleğin üretildiği atölyenin de bulunabildiği yapılan çalışmalarda keşfedilmiştir. Ayrıca Eski Yunan’da sanatçıların eserlerini meydana getirdikten sonra, bu eserlerin kimin tarafından vücuda getirildiğinin anlaşılması için isim veya işaretlerini eserlerinin üzerine kazıdıkları bilinmektedir. Bkz. **Norman**, s. 305; **Moore / Reid**, s. 427; **Yılmaz, Lerzan**, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, 2. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul 2017, s. 23.

³⁶ **Heymann**, s. 387; **Ammar**, s. 8-9.

³⁷ **Rogers**, s. 240; **Ammar**, s. 9; **Arseven**, s. 2.

³⁸ Doktrinde **Tekinalp**, eski dönem markaların ticaret değil, mülkiyet markaları olduğunu belirtmektedir, detaylı bilgi için bkz. **Tekinalp**, s. 253. Öte yandan, Roma İmparatorluğu’nda M.S. ilk üç yüzyıla ait “**FORTIS**” markalı çömlekten yapılmış yağ lambalarının İngiltere, Fransa, Almanya, Hollanda ve İspanya’da yaygın şekilde kullanıldığı ifade edilmektedir. Bkz. **Rogers**, s. 241; **Oytaç**, s. 1

³⁹ **Arseven**, s. 2; **Pash**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 28.

Orta çağ ile birlikte markanın kullanımı daha çok yaygınlaşmıştır⁴⁰. Derebeylikler, krallıklar ve loncalar kendilerini bayrak ve flamalarla (işaretle) tanıtmaktaydı⁴¹. Ancak özellikle loncalarla birlikte ürünleri diğerlerinden ayırt etmek için işaret kullanma fikri yaygınlık kazanmıştır⁴². Loncalar, genellikle ürünlerinin kalitesiyle itibar kazandığından⁴³, üyelerini ürünlerini markalamak için zorlamıştır⁴⁴. Böylece orta çağda marka, mallarının diğer mallardan ayrılmasını sağlayan ve malın kalitesini temin eden işaret niteliğini almıştır⁴⁵. Bu dönemde markalar, başta örfen ve ardından özel emirnameler ile kamu hukuku karakterli bir şekilde korunmuştur⁴⁶.

Fransız İhtilali ile birlikte imtiyazların ve sınıfların ortadan kaldırılmasının ardından, loncalar ve sahip oldukları özel imkanlar sona ermiştir. Loncaların kapanmasının ardından ticarete bireyselleşme dalgası, marka kullanımını hiç olmadığı kadar artırmıştır⁴⁷. Bununla birlikte marka konusundaki büyük ilerleme kendini Sanayi Devrimi sonrasında göstermiştir⁴⁸. 18'inci yüzyıl sonu ve 19'uncu yüzyıldaki teknik gelişim sonucunda, malların seri üretimine geçilmiş, sanayileşme ortaya çıkmış ve ticaret de artmıştır⁴⁹. Ulaşımın kolaylaşması ve ticaretin uluslararası boyuta taşınması markayı rekabet aracı haline getirmiş⁵⁰ ve aynı zamanda müteşebbisler markaları vasıtasıyla reklam yapmaya başlamıştır⁵¹. Bu dönemde, tüketiciler, dünyanın her yerinden ithal edilen geniş bir ürün yelpazesine erişebilmiştir. Fakat yabancı ürünlerin kaynağı ve kalitesi hakkında bilgi sahibi olmayan tüketiciler, zamanla ürünler üzerinde yer alan işaretlere güvenmeyi tercih ederek, belirli markaları, belirli üreticilerle ve

⁴⁰ Firth / Lea / Cornford, s. 60; Ammar, s. 10; Arseven, s. 2; Pash, Uluslararası Antlaşmalar, s. 28.

⁴¹ Tekinalp, s. 353; Yılmaz, s. 23.

⁴² Halsbury's Laws of England, Trade Marks and Trade Names, Consultant Editor: Richard Arnold, Fifth Edition, LexisNexis, 2014, s. 7; Norman, s. 305; Kaya, s. 4.

⁴³ McKenna, Mark P., The Normative Foundations of Trademark Law, Notre Dame Law Review, Volume 82, Issue 5, 2007, s. 1850.

⁴⁴ Ammar, s. 10.

⁴⁵ McKenna, The Normative Foundations, s. 1850.

⁴⁶ Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 352. Bu dönemde kullanılan işaretler ile hem loncaların hem de tüketicilerin korunması amaçlanmıştır. Bkz. Pash, Uluslararası Antlaşmalar, s. 29.

⁴⁷ Arseven, s. 3; Poroy / Yasaman, 2006, s. 353; Pash, Uluslararası Antlaşmalar, s. 30-31.

⁴⁸ Ammar, s. 11.

⁴⁹ Dornis, Tim W., Trademark and Unfair Competition Conflicts, Historical-Comparative, Doctrinal, and Economic Perspectives, First Published, Cambridge University Press, 2017, s. 1; Arseven, s. 3; Pash, Uluslararası Antlaşmalar, s. 30.

⁵⁰ Llewelyn, David / Aplin, Tanya, Intellectual Property Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Ninth Edition, Sweet & Maxwell, 2019, s. 639.

⁵¹ Diamond, s. 281; Ammar, s. 11.

belirli bir kalite seviyesiyle ilişkilendirmeye başlamıştır⁵². Böylece modern anlamdaki marka doğmuştur⁵³.

Markanın son derece yaygınlaşması ve gerek devletlerin ekonomik çıkarları gerekse şirketlerin baskıları neticesinde, markaya yönelik ulusal kanunlar da ilk olarak 19'uncu yüzyılda ihdas edilmiştir⁵⁴. 1857 yılında Fransa, takiben 1858 yılında Avusturya, 1862 yılında İngiltere, 1868 yılında İtalya, 1874 yılında Almanya, 1879 yılında Belçika ile İsviçre ve 1905 yılında Amerika'da, marka, marka üzerinde haklar ve marka hakkının korunması konuları hususi bir kanunla düzenlenmiştir⁵⁵.

Ülke sınırlarını aşan ticaretin karşısında ulusal kanunların yetersiz kalması sebebiyle özellikle uluslararası alanda marka hakkının korunması ihtiyacını karşılamak üzere 19'uncu yüzyılın son bölümünden başlayarak uluslararası antlaşmalar/konvansiyonlar akdedilmeye başlanmıştır⁵⁶. Bunlardan bazıları⁵⁷ 1883 tarihli Sınai Mülkiyetin Korunması Hakkında Paris Konvansiyonu (PK), 1891 tarihli Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması, 1957 tarihli Markaların Tescil Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması, 1973 tarihli Markaların Şekli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması, 1994 tarihli Marka Kanunu Anlaşması, 1995

⁵² **Ammar**, s. 12.

⁵³ **Bainbridge, David I.**, Intellectual Property, Tenth Edition, Pearson, 2018, s. 524-525; **Pash**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 31.

⁵⁴ **LaFrance**, s. 3-4.

⁵⁵ Markaların haksız tecavüzlere karşı korunması ticaret hayatı için bir zaruret halini almış ve daha haksız rekabet hakkında genel hukuk kuralları konulmadan markalar hakkında özel kanunlar çıkartılarak etkili bir hukuki himaye temin edilmek istenmiştir. Markalarla ilgili hükümlerin genellikle ayrı kanunlarda yer almasında bu tarihi sebebin rolü vardır. Bkz. **Karayalçın, Yaşar**, Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1968, s. 402; **Arseven**, s. 3; **Pash**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 32.

⁵⁶ **Cornish, William / Llewelyn, David / Aplin, Tanya**, Intellectual Property Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Seventh Edition, Sweet & Maxwell, 2010, s. 640; **Kur, Anette / Senftleben, Martin**, European Trade Mark Law, First Published, Oxford University Press, 2017, s. 27-28; **Poroy / Yasaman**, 2006, s. 353; **Pash**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 33.

⁵⁷ Detaylı bilgi için bkz. **Harms, L.T.C.**, A Casebook on the Enforcement of Intellectual Property Rights, 4th Edition, WIPO (World Intellectual Property Organization), Switzerland 2018, s. 16-17; **Karayalçın**, s. 406; **Poroy / Yasaman**, 2006, s. 353 vd.; **Pash**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 51 vd.; **Uzunallı**, s. 31-37.

tarıhli Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlařması⁵⁸ (TRIPS), Taklitçiliğe Karşı Ticaret Anlařması⁵⁹ (ACTA), Avrupa Birliği Marka Direktifi ve Tüzüğü'dür⁶⁰.

B. Türkiye'de Markanın ve Marka Hukukunun Tarihi Gelişimi

Osmanlı Devleti'nde 13'üncü yüzyıldan itibaren bulunan loncalar, sadece belli ticaret ve sanat erbabı arasındaki mesleki kurallarını düzenlemekle yetinmiş ancak marka kullanma konusunda rol oynamamıřlardır⁶¹. Ancak Osmanlı Devleti'nde de marka kullanımı bulunmaktadır. Tarihin en eski markalarından birinin kökeni 23 Mart 1618 tarihinde I. Mustafa tarafından zil üretimi yapan Avendis'e verilen "Zilciyan (Zildjian)" soyadına dayanmaktadır⁶². Avendis tarafından özel bir karışımla üretilen zillerin meşhur olması üzerine, imtiyaz mahiyetinde Sultan I. Mustafa tarafından "Zilciyan (Zildjian)" soyadı Avendis'e verilmiştir. 1623 yılında ise Avendis Zilciyan (Zildjian), IV. Murat'tan izin alarak Samatya'da "Zildjian" markasını kullandığı atölyesini açmıřtır⁶³.

Osmanlı Devlet işaretleri olan tuğra ve armanın adeta bir marka gibi kullanıldığı da görölmektedir⁶⁴. Müteşebbislerin, ilgili birimlerden izin almak suretiyle tuğra ve armayı

⁵⁸ TRIPS, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın 1C sayılı eki olup, WTO Kuruluş Anlaşması'nın tarafı olan tüm ölkelerin tarafı olduğu yarı bağımsız bir uluslararası anlaşmadır. TRIPS hakkında detaylı bilgi için bkz. **Busche, Jan / Stoll, Peter-Tobias / Wiebe, Andreas**, TRIPs Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums Kommentar, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2013, s. 1 vd.

⁵⁹ ACTA çoklu anlaşma (plurilateral) olup, TRIPS gibi geniş taraf sayısına ulaşamadığı için çok taraflı anlaşma (multilateral) niteliğinde değildir. Ayrıca ACTA Dünya Ticaret Örgütü (WTO) ve Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) dışında ortak bir hukuk yaratma amacına yönelmiş bir anlaşmadır. Bkz. **Quinn, David M.**, A Critical Look at the Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Richmond Journal of Law and Technology, Volume XVII, Issue 4, 2011, s. 2-3; **Kaminski, Margot E.**, An Overview and the Evolution of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Albany Law Journal of Science and Technology, Volume 21, Issue 3, 2011, s. 386-387.

⁶⁰ Fikri ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin önemli uluslararası anlaşma ve sözleşmelerin kronolojisi için bkz. **Soyak, Alkan**, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları: Tanımı, Tarihsel Gelişimi ve GOÜ'ler Açısından Önemi, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, 2005, s. 6-8.

⁶¹ **Tekinalp**, s. 354; **Yılmaz**, s. 25-26.

⁶² **Cohan, Jon**, Zildjian: A History of the Legendary Cymbal Makers, Hal-Leonard Publishing, 1999, s. 8. Zildjian markası varlığını günümüzde de sürdürmektedir. Bkz. <https://zildjian.com/about-page>, Erişim Tarihi: 14.09.2019.

⁶³ **Cohan**, s. 8.

⁶⁴ Doktrinde **Akay**'ın, Osmanlı Devleti'nde tuğra ve armanın marka olarak kullanılmasıyla ilgili, "Osmanlı devlet simgelerinin ticari amaçlı kullanımında iki türlü uygulama karşımıza çıkar. Bunların birincisi ticari ve sınai faaliyette bulunan kuruluşlar tarafından kullanması ikincisi ise üründe kullanılmasıdır. Birinci uygulamada tuğra ve arma, ticari ve sanayi alanlarında faaliyet gösteren şirket, fabrika, acente, şube vb. kuruluşlar tarafından ya doğrudan alâmet-i farika olarak kullanılmakta ya da aynı kuruluşların tuğra ve armayı alâmet-i farika olarak değil fakat dükkân, fabrika, şirket kapılarına asmaları şeklinde kullandıkları görölmektedir. Ürün bazında kullanım ise tuğra ve armanın sanayi kuruluşları tarafından doğrudan ürüne ta'lik edilmesi şeklinde olmuştur" yönündeki tespiti Osmanlı Devleti'nde de marka uygulamasının yaygın

dükkân ve mağaza kapılarının üst tarafına asabildikleri ve ürün bazında kullanabildikleri kaynaklarda belirtilmektedir⁶⁵. Daha çok büyük işletmelerde görülmekle birlikte, dükkânının kapısına Osmanlı Arması asanlar, bunun için bir ücret ödememelerine karşın, başta Darülaceze olmak üzere hayır kurumlarına, ürettikleri veya sattıkları emtiadan senelik belirli bir miktarı yardım olarak bırakmıştır⁶⁶. Müteşebbislerin Osmanlı Devlet işaretlerini kullanmalarının sebebi ise bu işaretlerin İmparatorluk sınırları içinde veya dışında itibar göstergesi olmasıdır⁶⁷. Ancak 1902 yılında Osmanlı Devlet işareti olan tuğra ve armanın kullanılmasının men edilmesi ve daha önce verilen ruhsatların iptali yönünde bir karar alınmıştır⁶⁸.

19'uncu yüzyılda Sanayi Devrimi'nin ardından markanın kullanımı Osmanlı Devleti'nde de yaygınlaşmıştır. Özellikle yabancı menşeli ürünlerin Osmanlı pazarını işgal etmesi neticesinde yerli müteşebbisler, kendi ürünlerini yabancı menşeli ürünlerden ayırt etmek için marka kullanma yoluna tevessül etmiştir⁶⁹. Bu dönemde Osmanlı Devleti'nde yerli-yabancı menşeli ürünlerin ayırt edilmesini ve yerli üretici ile tüketicinin korunmasını sağlamaya yönelik kararlar, uygulamalar mevcuttur⁷⁰.

Osmanlı Devleti'nde ve hukukumuzda marka ilk defa 1872 yılında yürürlüğe giren 1871 tarihli Nizamname ile düzenlenmiştir⁷¹. 16 yıl yürürlükte kalan bu nizamname yerini 1888 tarihli Fabrikalar Mamulâtıyla Eşyayı Ticariyyeye Mahsus Alâmet-i Farikalara Dair Nizamname'ye (Alâmet-i Farika Nizamnamesi) bırakmıştır. Belirtmek gerekir ki her iki nizamnamenin esasını 1857 tarihli Fabrika ve Ticaret Markaları Hakkındaki Fransız Kanunu teşkil etmektedir⁷².

olduğunu göstermektedir. Bkz. **Akay, Tolga**, Osmanlı Devleti'nde Arma-i Osmânî ve Tuğrâ-yi Hümâyûn'un Alâmet-i Farika Olarak Kullanımı, Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 9, 2012, s. 6. s. 8.

⁶⁵ **Akay**, Alâmet-i Farika, s. 8-9.

⁶⁶ **Akay**, Alâmet-i Farika, s. 8-9.

⁶⁷ Osmanlı Arması kullanmaya yönelik talep sadece imparatorluk sınırları içerisinde değil farklı ülkelerden de gelmekteydi. Mesela Almanya'nın Köln şehrinden bir saatçi esnafı Hariciye Nezareti aracılığı ile Osmanlı Armasını kapısının üst kısmına asmak için ruhsat almıştır Detaylı bilgi için bkz. **Akay**, Alâmet-i Farika, s. 9.

⁶⁸ **Akay**, Alâmet-i Farika, s. 11.

⁶⁹ **Akay**, Osmanlı Devleti, s. 370.

⁷⁰ **Akay**, Osmanlı Devleti, s. 370.

⁷¹ Detaylı bilgi için bkz. **Arseven**, s. 4; **Arkan**, Cilt I, s. 13 vd.

⁷² **Arseven**, s. 4; **Arkan**, Cilt I, s. 12; **Paslı**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 32; **Akay**, Osmanlı Devleti, s. 373-374; **Yılmaz**, s. 26.

Türkiye Lozan Barış Antlaşmasına bağlı Ticaret Mukavelenamesi'nin 14'üncü maddesiyle Paris Konvansiyonu'na katılmayı taahhüt etmiş⁷³, ardından Paris Konvansiyonu'nu ve Madrid Anlaşması'nı kabul etmiştir. Alamet-i Farika Nizamnamesi, Cumhuriyet Dönemi'nde de varlığını sürdürmüş ve 77 yıl yürürlükte kalmıştır. Ancak Türkiye'nin Paris Konvansiyonu'nu ve Madrid Anlaşması'nı kabul etmesiyle, bu anlaşmalara uygun bir marka mevzuatı ihtiyacı hasıl olması sebebiyle yeni çalışmalar yapılmış ve neticesinde 1965 tarihli 551 sayılı Markalar Kanunu yürürlüğe girmiştir⁷⁴.

Türkiye ile Avrupa Birliği ilişkileri çerçevesinde, 06.03.1995 tarihli 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile Türkiye fikri mülkiyet mevzuatını Avrupa Birliği normlarına uygun hale getirme mükellefiyeti altına girmiştir. Avrupa Birliği'ne uyum çalışmaları sebebiyle⁷⁵ 551 sayılı Markalar Kanunu bazı hükümleri hariç olmak üzere yürürlükten kaldırılmış ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ihdas edilmiştir. 556 sayılı KHK, Avrupa Birliği'nin 89/104 sayılı Direktifi, 40/94 sayılı Marka Tüzüğü ve Türkiye'nin de taraf olduğu TRIPS hükümleri dikkate alınarak hazırlanmıştır.

Son on yıl içerisinde Avrupa Parlamentosu ve Konseyi yukarıda zikredilen direktifi ve tüzüğü ihtiyaca binaen değiştirerek güncellemiştir. 89/104 sayılı Direktif yerini önce 2008/95 sayılı Direktif'e ardından 2015/2436 sayılı Direktif'e bırakmış; 40/94 sayılı Marka Tüzüğü ise 2015/2424 sayılı Tüzük⁷⁶ ile önemli ölçüde değiştirilmiştir⁷⁷.

Öte yandan ülkemizde fikri mülkiyet ve özelinde sınai mülkiyet haklarına ilişkin mevzuatların bir kısmı 556 sayılı KHK'da olduğu gibi kanun hükmünde kararname ile düzenlenmiştir⁷⁸. Ancak KHK ile getirilen bu düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğu her zaman tartışma konusu olmuştur. Somut norm denetimi kapsamında Anayasa Mahkemesi'nce

⁷³ Osmanlı Devleti Paris Konvansiyonu'nun hazırlık sürecinde 1880 yılında yapılan konferansa temsilci göndermiş, ardından süreçten uzak kalmıştır, **Paslı**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 59, dn. 160. Bununla birlikte Sevr Anlaşması'nın 266'ncı maddesi ile Osmanlı Devleti'ne haksız rekabete karşı koruma ve marka koruması yükümlülüğü getirilmiştir, detaylı bilgi ve Sevr Anlaşması'nın 266'ncı maddesi için bkz. **Çolak**, s. 5, dn. 14.

⁷⁴ **Yılmaz**, s. 26.

⁷⁵ 551 sayılı Markalar Kanunu'nda yer alan eksiklikler ve ortaya çıkan sorunlar hakkında bkz. **Yılmaz**, s. 27-30.

⁷⁶ Avrupa Birliği, 14.06.2017 tarihinde 2017/1001 sayılı yeni Marka Tüzüğü'nü kabul etmiştir.

⁷⁷ **Çolak**, s. 2. Avrupa Birliği yeni marka direktifi konusunda bkz. **Bainbridge**, s. 671 vd.; **Ghidini, Gustavo / Cavani, Giovanni**, On the Scope of Protection of Renowned Trade Marks, Queen Mary Journal of Intellectual Property, Volume 8, No. 4, 2018, s. 273.

⁷⁸ Avrupa Birliği uyum sürecinde, 1995 tarihli 4113 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanılarak, 551 sayılı KHK ile patent hakları, 554 sayılı KHK ile endüstriyel tasarımlar ve 555 sayılı KHK ile coğrafi işaretler hakkında düzenlemeler getirilmiştir.

görülen davalarda da genellikle iptal kararı verilmesi, kanun hükmünde kararname ile getirilen fikri mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemelerin meşruiyetini sorgulatmıştır. Nihayet Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.2014 tarihli 2013/147 Esas ve 2014/75 Karar sayılı kararında⁷⁹, “Anayasa'nın 91 inci maddesinin birinci fıkrasında "Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler..."in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu; ikinci fıkrasında bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği; üçüncü fıkrasında ise, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir. Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayri maddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayri maddi mallar kapsamında bulunmaktadır. Bir markanın sahibine sağladığı haklar ise "marka hakkı" olarak adlandırılmakta ve marka hakkı, fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuraldaki düzenleme, mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkıyla ilgili olduğundan kural, Anayasa'nın 91 inci maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır” denilmek suretiyle marka, tasarım, patent ve coğrafi işaretlere ilişkin düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılamayacağı ifade edilmiştir⁸⁰.

Fikri mülkiyet haklarının kanunla düzenlenme ihtiyacı ve marka hukukunda yaşanan gelişmeler neticesinde bu alandaki ihtiyaçları karşılamak ve eksiklikleri gidermek için çalışmalar yapılmış ve nihayetinde 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ihdas edilmiştir. Belirtmek gerekir ki SMK'nın marka hukukuna ilişkin bölümünde büyük ölçüde Avrupa Birliği mevzuatıyla uyumlu değişikliklere yer verilmiş ve TRIPS ile marka hukukuna getirilen asgari şartlara riayet edilmiştir⁸¹.

⁷⁹ Benzer bir karar için bkz. **AY.M., 14.12.2016, 2016/148, 2016/189.**

⁸⁰ **Özer, Fatma**, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Genel Bir Değerlendirmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 12, Sayı 128, Nisan 2017, s. 131.

⁸¹ SMK yeni bir kanun olmakla birlikte, esasında bazı hususlar hariç 556 sayılı KHK'nın revize edilmiş şeklidir. Nitekim 556 sayılı KHK'da da Avrupa Birliği mevzuatı ve TRIPS hükümleri dikkate alınmıştır. Ayrıca bkz. **Tekinalp, Ünal**, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Öne Çıkan Yenilikleri, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

Türkiye, fikri mülkiyet hakları konusunda ve özellikle marka hukukuna ilişkin uluslararası gelişmeleri yakından takip etmiştir. Bu doğrultuda Türkiye'nin taraf olduğu başlıca uluslararası metinler, Paris Konvansiyonu^{82, 83}, Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması, Markaların Tescil Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması, Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS) ve Marka Kanunu Anlaşması'dır. Ayrıca marka hukukuna ait düzenlemelerimize esas teşkil eden Avrupa Birliği mevzuatı da ülkemizde dikkate alınmaktadır.

IV. Markanın Unsurları

Marka olabilecek işaretler başlıklı SMK'nın 4'üncü maddesinden hareketle, markanın, "işaret" ve "ayırt edicilik" ve "açıklık ve kesinlik" olmak üzere üç unsurunun bulunduğu söylenebilir⁸⁴.

A. İşaret

Markadan söz edilebilmesi için öncelikle bir işaretin mevcut olması gerekmektedir. SMK'nın 4'üncü maddesinde markanın her türlü işaretten oluşabileceği ifade edilirken, işaretin ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Marka hukuku anlamında işaret, doktrinde bir teşebbüsü çağrıştıran, hedef kitleyi teşebbüse bağlayan, onu temsil ve kısa bir şekilde ifade eden bir simge olarak tanımlanmaktadır⁸⁵. Marka ile eş anlamlı olmayan işaret sözcüğü, markayı da kapsayan

Sempozyumu, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Editör: Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Ankara 2017, s. 5 vd.

⁸² 20 Mart 1883 tarihinde akdedilen ve 1884 yılı itibarıyla yürürlüğe giren Paris Konvansiyonu, 14 Aralık 1990 Brüksel, 2 Haziran 1911 Washington, 6 Kasım 1925 Lahey, 2 Haziran 1934 Londra, 31 Ekim 1958 Lizbon ve 14 Temmuz 1967 Stockholm revizyonlarını takiben, Stockholm metninin 28 Eylül 1979 değişikliği ile birlikte bugünkü güncel halini almıştır. Bkz. **Paslı**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 59.

⁸³ TRIPS'in 2'nci maddesi ile Paris Konvansiyonu'nun esasa ilişkin hükümlerine Dünya Ticaret Örgütü (WTO) üyelerinin uyma taahhüdünü de sağlamıştır. Dolayısıyla fikri mülkiyet hukukunun sonraki gelişimi büyük ihtimalle TRIPS üzerinden ve ayrıca akdedilecek özel konulu yeni bağımsız antlaşmalar ile gerçekleşecektir. Bkz. **Paslı**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 59-60, dn.160; **Uzunallı**, s. 35.

⁸⁴ **Firth / Lea / Cornford**, s. 29-30; **Pila / Torremans**, s. 347; **Çolak**, s. 23 vd.; **Kayihan**, s. 195; **Suluk / Karasu / Nal**, s. 160; **Karadaş**, s. 22; **Ergün**, 1. Cilt, s. 15. Benzer bir şekilde bkz. **Kaya**, s. 15.

⁸⁵ **Bently / Sherman**, s. 790-791; **Lange**, s. 438; **Caddick / Longstaff / Duly**, s. 8; **Mellor, James / Llewelyn, David / Moody-Stuart, Thomas / Keeling, David / Berkeley, Iona / Chantrielle, Ashton / Duncan, William**, Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names, Sixteenth Edition, Sweet and Maxwell, London 2018, s. 21; **Tekinalp**, s. 360; **Suluk / Karasu / Nal**, s. 160.

daha geniş bir anlama sahiptir⁸⁶. Bu itibarla, her marka bir işarettir ancak her işaret bir marka değildir.

SMK'nın 4'üncü maddesinde kişi adları, sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi başta olmak üzere her türlü işaretin diğer unsurlar da haiz ise marka olarak tescil edilebileceği belirtilmiştir. SMK'nın 4'üncü maddesinin lafzından anlaşıldığı üzere, kanunda marka olabilecek işaretler sınırlı olarak sayılmamıştır. Bu itibarla, birden çok işaretin birleşiminin, kokuların, tatların, üç boyutlu şekillerin, sloganların, hareketli görüntülerin, fotoğrafların da marka olarak tescil edilebilmesi mümkündür⁸⁷.

B. Ayırt Edicilik

Markanın bir diğer unsuru ayırt ediciliktir⁸⁸. Bu itibarla, marka olarak kullanılmak istenen işaretin ayırt edici nitelikte olması zorunludur. SMK'nın 4'üncü maddesine göre marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt eden her türlü işarettir⁸⁹. Ayırt edicilik marka için belirleyici temel işlevdir ve bu unsur sayesinde marka, kişilerin ismi gibi, mal veya hizmeti ferdileştirmekte ve bağlantı sağlamaktadır⁹⁰.

Ayırt edicilik, bir işaretin diğerlerinden farklı olmasını ya da öyle algılanmasını sağlayan unsur ve özelliklerin bütünüdür⁹¹. Marka algılaması beraberinde ilgili olduğu mal veya hizmetin kaynağını ya da bizzatı mal veya hizmetin kendisi veya bunların her ikisi olacak şekilde bir bağlantıyı da içermelidir⁹².

⁸⁶ Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrille / Duncan, s. 21; Çolak, s. 24.

⁸⁷ Lange, s. 440-441; Firth / Lea / Cornford, s. 32 vd.; Caddick / Longstaff / Duly, s. 10 vd.; LaFrance, s. 68 vd.; Halpern / Port / Seymore, s. 268 vd.; Wilson, Lee, The Trademark Guide, Third Edition, Allworth Press, New York, 2018, s. 4 vd.; Pila / Torremans, s. 351 vd.; Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek, Cilt I, s. 63 vd.; Karan / Kılıç, s. 34 vd.; Poroy / Yasaman, 2006, s. 364 vd.; Kaya, s. 18 vd.; Tekinalp, s. 362 vd.; Çağlar, Marka Hukuku, s. 15 vd.; Yılmaz, s. 133 vd.; Çolak, s. 63; Uzunallı, s. 24 vd. Ayrıca bkz. Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, R.G., 24.04.2017, 30047, m. 7.

⁸⁸ Bently / Sherman, s. 798; Lange, s. 448; Firth / Lea / Cornford, s. 50; Bainbridge, s. 527; LaFrance, s. 59; Sumpter, s. 173; Miller, Arthur R. / Davis, Michael H., Intellectual Property Patents, Trademarks and Copyright in a Nutshell, Sixth Edition, West Academic Publishing, 2018, s. 189; Karayalçın, s. 413; Poroy / Yasaman, 2006, s. 376; Kaya, s. 32; Çağlar, Marka Hukuku, s. 12-13; Suluk / Karasu / Nal, s. 160; Kayıhan, s. 195.

⁸⁹ Miller / Davis, s. 189; Tekinalp, s. 365; Çolak, s. 25.

⁹⁰ Kaya, s. 32.

⁹¹ Cornish / Llewelyn / Aplin, s. 724; Bainbridge, s. 538.

⁹² Kaya, s. 32.

Ayırt ediciliği kesin ve belirgin olan markaların güçlü, aksi durumda güçsüz olduğu kabul edilir⁹³. Markanın güçlü veya zayıf olması ise onun koruma kapsamının belirlenmesinde rol oynamaktadır ve bir marka ne kadar güçlü ise koruma kapsamı da o derece genişlemektedir⁹⁴.

Markayı oluşturan unsurlar esas unsur ve yardımcı unsur şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Esas unsur, markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsurdur. Yardımcı unsur ise ayırt edici nitelik taşımayan, kamuya ait olmaları sebebiyle herkes tarafından kullanılabilen unsurlardır. Yardımcı unsurlar, sadece esas unsurların yanında tamamlayıcı olarak tescil edilebilir⁹⁵.

C. Açıklık ve Kesinlik

556 sayılı KHK'nın 5'inci maddesinde, marka olabilecek işaretin, çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen (grafik olarak tasvir edilme) bir işaret olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. SMK'da ise işaretin, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması aranmaktadır⁹⁶.

⁹³ **Harms**, 2018, s. 89; **Stim**, s. 356; **Blackett**, s. 41. Güçlü markalar, genellikle kullanıldığı mal veya hizmetin karakteristik özelliklerinden uzak, içinde yaratıcılık barındıran ya da uzun zamana dayanan kullanım sebebiyle bu özelliğe ulaşan markalardır. Güçsüz markalar ise genellikle ticari hayatta yaygın olarak kullanılan sözcük ve işaretlerden, özellikle cins isimlerinden, bir ülkede yaygın kullanılan ad ve soyalardan, günlük dilde sıkça kullanılan sözcüklerden oluşur, detaylı bilgi için bkz. **Balık, İfakat / Bektaş, İbrahim**, Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu – McDonald's Kararları Yönünden Bir İnceleme-, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, 2019, s. 4.

⁹⁴ **Kaya**, s. 33; **Balık / Bektaş**, s. 1 vd.

⁹⁵ **Epçeli, Sevgi**, Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 35; **Mintaş, Hazal**, Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 130.

⁹⁶ SMK ile marka olabilecek işaretlerin çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayılabilen ve çoğaltılabilen olmasından vazgeçilmesiyle marka olabilecek işaretler konusunda TRIPS'in 15'inci maddesi, AB mevzuatı ve Alman Markalar Kanunu'nun (MarkenG) 3'üncü maddesinde yer alan marka tanımına uyum sağlanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. **Busche / Stoll / Wiebe**, s. 310; **Fezer**, s. 254 vd.; **Yılmaz**, s. 75. Ancak Alman Markalar Kanunu'nda marka olabilecek işaretin grafik olarak tasvir edilebilmesi tescil şartı olarak aranmaya devam etmektedir. Bkz. MarkenG § 8; **Fezer**, s. 525; **Klett, Alexander R. / Sonntag, Matthias / Wilske, Stephan**, Intellectual Property Law in Germany, Protection, Enforcement and Dispute Resolution, C. H. Beck, München 2008, s. 95. Birleşik Krallık Markalar Kanunu'nun 1'inci maddesinde de marka olabilecek işaretin grafik olarak tasvir edilebilmesi aranmaktaydı, ancak 14.01.2019 tarihli değişikliklerle marka tanımından bu şart çıkarılmıştır. Bkz. TMA Article 1; **Bently / Sherman**, s. 790.

“Marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma” unsuru, işaretin zaman içinde bozulmadan, değişmeden sicilde muhafaza edilebilir olmasını, tescil başvurusu yapacak kişilerin sicilde kolay bir şekilde araştırma yapabilmesini ve marka hakkının ihlal edildiği iddiası üzerine mahkemenin, marka sahibinin markasının koruma kapsamının ne olduğunu kolayca belirleyebilir olmasını ifade etmektedir⁹⁷. Açıklık ve kesinliğin, yetkili makamlara, kamuya, tüketicilere ve marka hakkı sahibi ile rekabet içinde bulunan kişilere karşı olması gerekmektedir⁹⁸.

V. Markanın Fonksiyonları

Tarihi süreçte marka hakkının korunması, markanın en temel ve öncelikli fonksiyonları olan ayırt etme ve menşe (kaynak-köken) gösterme etrafında şekillenmiştir. Ticari ve sosyal hayatın gelişmesiyle markaya çeşitli ekonomik işlevler de yüklenmiş ve markanın garanti (güven) ve reklam fonksiyonları da öne çıkmıştır⁹⁹.

A. Ayırt Etme Fonksiyonu

Markanın en temel ve önemli fonksiyonu, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmesidir¹⁰⁰. Marka sahibi malını veya hizmetini kullandığı işaret ile farklılaştırmakta, ferdileştirmekte ve tüketiciler nezdinde piyasada teşhis

⁹⁷ Pila / Torremans, s. 350-351; Çolak, s. 61.

⁹⁸ AB’nin 2015/2436 sayılı Marka Direktifi’nin 3’üncü maddesinin b) bendinde, “being represented on the register in a manner which enables the competent authorities and the public to determine the clear and precise subject matter of the protection afforded to its proprietor”; 2017/1001 sayılı Marka Tüzüğü’nün 4’üncü maddesinin b) bendinde “being represented on the Register of European Union trade marks (‘the Register’), in a manner which enables the competent authorities and the public to determine the clear and precise subject matter of the protection afforded to its proprietor” denilmek suretiyle açıklık ve kesinliğin yetkili makamlar ve kamuya karşı olacağı belirtilmiştir. Burada yetkili makamlar ve kamu, içerisinde tüketicileri ve marka hakkı sahibi ile rekabet halinde bulunanları da barındırmaktadır. Bkz. Pila / Torremans, s. 349-351.

⁹⁹ Markanın fonksiyonları hakkında detaylı bilgi için bkz. Fezer, s. 79 vd.; Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan, s. 9 vd.; Norman, s. 312 vd.; Firth / Lea / Cornford, s. 10 vd.; Llewelyn / Aplin, s. 653-654; Davis, Jennifer / Padfield, Nicola, Intellectual Property Law, Third Edition, Oxford University Press, 2008, s. 187 vd.; Michaels, Amanda / Norris, Andres, A Practical Guide to Trade Mark Law, Fifth Edition, Oxford University Press 2014, s. 7 vd.; Dornis, s. 48-49; Arseven, s. 7 vd.; Arkan, Cilt I, s. 38 vd. ; Karayalçın, s. 403 vd.; Öçal, Markaların Himayesi, 16 vd.; Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek, Cilt I, s. 18-21; Kaya, s. 58 vd.; Tekinalp, s. 377 vd.; Çağlar, Marka Hukuku, s. 33 vd.; Çolak, s. 16 vd.; Yılmaz, s. 87 vd.; İmirlioğlu, s. 5 vd.; Suluk / Karasu / Nal, s. 162 vd.

¹⁰⁰ McJohn, s. 402; Norman, s. 314; Arseven, s. 7; Akar, Cilt: I, s. 38; Kaya, s. 60; Tekinalp, s. 378; Çağlar, Marka Hukuku, s. 33; Çolak, s. 17; Yılmaz, s. 87; İmirlioğlu, s. 5-6; Suluk / Karasu / Nal, s. 162.

edilebilir hale getirmektedir¹⁰¹. Bununla birlikte marka, farklı teşebbüslerin mal veya hizmetlerini ayırt etme dışında, aynı işletmenin farklı kalitedeki ya da içerikteki mal veya hizmetlerini birbirinden ayırt etme işlevi de görmektedir¹⁰².

B. Menşe (Kaynak-Köken) Gösterme Fonksiyonu

Marka, hangi teşebbüs tarafından malın üretildiğini veya piyasaya sürüldüğünü ya da hizmetin sunulduğunu gösterir¹⁰³. Farklı bir anlatımla marka, malın veya hizmetin kaynağını belirtir. Markaların menşe gösterme fonksiyonu, ilk önce müteşebbisi, ardından teşebbüsü göstermiş ve nihayetinde marka adeta malın veya hizmetin adı olmuştur¹⁰⁴.

Günümüzde pazarlama ve üretim yöntemlerinin değişmesi ve dağıtım sistemlerinin gelişmesi (lisanslı üretim, franchising usulünün yaygınlaşması gibi) ile markanın menşe gösterme fonksiyonunun eski önemini yitirdiği¹⁰⁵ ancak bu fonksiyonun özellikle üretici ve tüketici haklarının ve sorumluluklarının somutlaşmasında ciddi bir öneme sahip olduğu doktrinde ifade edilmektedir¹⁰⁶.

C. Garanti (Güven) Fonksiyonu

Markanın garanti (güven) fonksiyonu, markanın tüketiciye beğendiği ve tercih ettiği malın veya hizmetin her zaman aynı ya da daha iyi şekilde üretileceği veya sunulacağı yönünde bir güvenin oluşmasını ifade eder¹⁰⁷. Markanın garanti fonksiyonu, sadece malın üretimi veya hizmetin sunulması sırasında geçerli olmayıp, satış sonrası teknik ve destek hizmetlerini de kapsamaktadır¹⁰⁸.

¹⁰¹ Fezer, s. 80; Norman, s. 314; Yılmaz, s. 87; İmirlioğlu, s. 6; Suluk / Karasu / Nal, s. 162.

¹⁰² Çağlar, Marka Hukuku, s. 33; İmirlioğlu, s. 7.

¹⁰³ McJohn, s. 401; Norman, s. 312-313; Firth / Lea / Cornford, s. 11; Llewelyn / Aplin, s. 654; Davis / Padfield, s. 188; Michaels / Norris, s. 8; Arseven, s. 7; Arkan, Cilt I, s. 38; Karayalçın, s. 403; Öçal, Markaların Himayesi, s. 16; Kaya, s. 59; Tekinalp, s. 377; Çağlar, Marka Hukuku, s. 33; Çolak, s. 16; Yılmaz, s. 88; İmirlioğlu, s. 7; Suluk / Karasu / Nal, s. 162.

¹⁰⁴ Yasaman, Hamdi, Tanınmış Markalar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978, s. 697; Yılmaz, s. 89.

¹⁰⁵ Arseven, s. 7; Arkan, Cilt I, s. 38; Tekinalp, s. 378; Yılmaz, s. 89; Suluk / Karasu / Nal, s. 163.

¹⁰⁶ Kaya, s. 60.

¹⁰⁷ Norman, s. 313-315; Firth / Lea / Cornford, s. 10; Llewelyn / Aplin, s. 654; Arseven, s. 9-10; Arkan, Cilt I, s. 38-39; Karayalçın, s. 403; Öçal, Markaların Himayesi, s. 17-18; Kaya, s. 59; Tekinalp, s. 378; Çağlar, Marka Hukuku, s. 34; Çolak, s.18; Yılmaz, s. 89-90; İmirlioğlu, s. 8; Suluk / Karasu / Nal, s. 163.

¹⁰⁸ Öçal, Markaların Himayesi, s. 18; Kaya, s. 61.

Garanti fonksiyonu, marka ile işletme arasında tüketici nezdinde bağlantı kurulmasını sağlamakta ve bu bağlantı tüketicinin satın alma tercihlerini etkilemektedir. Ancak markalı malların veya hizmetlerin çok kaliteli olduğuna ilişkin düşünce doğru olmadığı gibi, marka sahibinin markasını kullandığı mal veya hizmetlerin kalitesini bozmamak konusunda bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır¹⁰⁹.

D. Reklam Fonksiyonu

Markanın ekonomi alanındaki en önemli işlevi, reklam aracı olmasında görülmektedir. Mal veya hizmet tüketicie marka aracılığı ile ulaştırılmaktadır. Başka bir anlatımla ürün veya hizmet için yapılan tanıtım ve pazarlama marka üzerinden gerçekleştirilir. Tüketici ise malı veya hizmeti tanıtımı yapılan marka aracılığı ile satın almaya başlar. Markayı gören kişi, markanın bulunduğu ürünü kullanmış veya hizmetinden yararlanmışsa, tüketicinin zihninde bu marka hakkında bir algı oluşmakta ve garanti fonksiyonunda olduğu gibi, tüketici ile marka arasında bağ kurulmaktadır¹¹⁰.

Markalar seçilirken, markanın reklam kabiliyeti, halkın dikkatini çekmesi ve hafızda bıraktığı izlenim gibi özellikler dikkate alınır ve bu özellikleri kuvvetli olan markalar, bizatihi reklam vazifesi de görür¹¹¹.

VI. Markanın Türleri

Markalar çeşitli açılardan sınıflandırılabilir¹¹². Ancak biz tüm marka türlerini değil, marka hakkının cezai himayesi bağlamında önemli gördüğümüz olanları açıklamakla yetineceğiz.

¹⁰⁹ Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek, s. 19; Arkan, Cilt I, s. 38-39; İmirlioğlu, s. 9; Suluk / Karasu / Nal, s. 163.

¹¹⁰ Çolak, s. 17; İmirlioğlu, s. 10.

¹¹¹ Norman, s. 315-316; Firth / Lea / Cornford, s. 10; Llewelyn / Aplin, s. 654; Arseven, s. 8-9; Arkan, Cilt I, s. 39; Karayalçın, s. 403; Öçal, Markaların Himayesi, s. 19-20; Kaya, s. 60-61; Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek, Cilt I, s. 20; Çağlar, Marka Hukuku, s. 34; Çolak, s. 17-18; Yılmaz, s. 90-91; İmirlioğlu, s. 10-11; Suluk / Karasu / Nal, s. 163.

¹¹² Markanın türleri için bkz. McJohn, s. 391 vd.; LaFrance, s. 59 vd.; Halpern / Port / Seymore, s. 260 vd.; Lange, s. 450 vd.; Blackett, s. 7 vd.; Miller / Davis, s. 267 vd.; Barrett, Margreth, Intellectual Property, Second Edition, Wolters Kluwer, 2008, s. 227 vd.; Arkan, Cilt I, s. 40 vd.; Karayalçın, s. 408-410; Öçal, Markaların Himayesi, s. 7-12; Tekinalp, s. 369 vd.; Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek, Cilt I, s. 21 vd.; Kaya, s. 50-58; Çağlar, Marka Hukuku, s. 25 vd.; Çolak, s. 63 vd.; Yılmaz, s. 91 vd.; Kayıhan, s. 190 vd.; Suluk / Karasu / Nal, s. 170 vd.

A. Tescilli Olup Olmamasına Göre Markalar¹¹³

Markalar tescilli olup olmamasına göre, “*tescilli marka*” ve “*tescilsiz marka*” şeklinde ikiye ayrılır¹¹⁴. Eğer bir marka Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde tescil edilmişse tescilli marka, tescil edilmemişse tescilsiz marka olarak isimlendirilir¹¹⁵.

Türk hukukunda markanın tescil edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır¹¹⁶. Ancak kural olarak usulüne uygun olarak tescil edilen markalar SMK’nın sağladığı haklardan ve korumadan yararlanabilir. Tescilsiz markalar ise TTK’da düzenlenen haksız rekabet hükümlerine göre himaye edilebilir¹¹⁷.

B. Ürün Çeşidine Göre Markalar

Ürün çeşidine göre markalar, “*ticaret markaları*” ve “*hizmet markaları*” olarak sınıflandırılabilir¹¹⁸.

Ticaret markaları, bir teşebbüsün imalatını veya ticaretini yaptığı *malları* başka teşebbüslerin *mallarından* ayırt etmeye yarayan işaretlerdir¹¹⁹. Örneğin, makine, kimya, mobilya, gıda gibi sektörlerde çalışan teşebbüsler ticaret markası kullanmaktadır. Hizmet markaları¹²⁰ ise, bir teşebbüsün *hizmetini* diğer teşebbüslerin *hizmetlerinden* ayıran işaretlerdir¹²¹. Örneğin bankacılık, sigortacılık, turizm, sağlık, taşıma, ulaştırma, danışmanlık

¹¹³ Doktrindeki bir görüşe göre, tescil edilmemiş işaretin mevzuata göre marka niteliğini haiz olmaması, sadece işaret sayılması sebebiyle markanın tescilli olup olmamasına göre ayırım yapılmamalıdır. Bkz. **Tekinalp**, s. 370.

¹¹⁴ **Pash**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 424.

¹¹⁵ **Karayalçın**, s. 409; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 25; **Çolak**, s. 12; **Suluk / Karasu / Nal**, s. 173.

¹¹⁶ **Bozgeyik**, s. 8. Markanın tanımlandığı TRIPS’in 15’inci maddesinde de tescil, markanın kurucu unsurları arasında yer almamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Pash**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 427.

¹¹⁷ Doktrinde, marka hakkının korunması SMK’da özel olarak düzenlendiğine göre haksız rekabet hukukunun bu anlamda bir istisna teşkil etmeyeceği; artık bir marka ihtilafında tecavüzün/haksız kullanımın bulunup bulunmadığı hususunda marka tescilli olmasa dahi marka hukukunun özel sisteminin/kurallarının esas alınmasının gerektiği belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Pash**, Ürün Benzerliği, s. 7, dn. 7. Aksi görüş için bkz. **Arkan**, Cilt II, s. 225.

¹¹⁸ **Kaya**, s. 50; **Pash**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 405.

¹¹⁹ **Firth / Lea / Cornford**, s. 22; **Blackett**, s. 8; **Carrington, Ann**, Trademark Protection and Prosecution, First Edition, Aauvi House Publishing, 2012, s. 2; **Arkan**, Cilt I, s. 43; **Tekinalp**, s. 370; **Çolak**, s. 18; **Pash**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 405; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 25; **Suluk / Karasu / Nal**, s. 170.

¹²⁰ Hizmet markalarının özel olarak korunması ancak 1960’lı yıllarda mümkün olmuştur. Hukukumuzda hizmet markaların korunması ise 556 sayılı KHK ile olanaklı hale gelmiştir. Bkz. **Arkan**, Cilt I, s. 44; **Pash**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 406-407.

¹²¹ **Carrington**, s. 2; **Miller / Davis**, s. 274; **Barrett**, s. 228; **Blackett**, s. 7; **LaFrance**, s. 114-115; **Arkan**, Cilt I, s. 43-44; **Tekinalp**, s. 371; **Çolak**, s. 18; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 26; **Suluk / Karasu / Nal**, s. 170.

gibi alanlarda faaliyet gösteren teşebbüsler hizmet sunmaktadır ve bu teşebbüslerin hizmetlerini tanıtmak için kullandıkları markalar da hizmet markalarıdır. Belirtmek gerekir ki bir teşebbüs mal üretebilir ve ayrıca hizmet de sunabilir. Bu sebeple bir teşebbüse ait markanın hem ticaret hem de hizmet markası olarak kullanılması mümkündür.

C. Bilinirlik Derecesine Göre Markalar

Bilinirlik derecesine göre markalar, “*alelade marka*” ve “*tanınmış marka*” olmak üzere iki başlıkta incelenmektedir¹²². SMK’daki kurallar alelade veya tanınmış marka farkı olmaksızın tüm markalar için geçerlidir. Ancak niteliği sebebiyle tanınmış markalar ile ilgili SMK’da bazı özel hükümler ihdas edilmiştir¹²³.

Alelade marka, toplumun ilgili kesimince bilinmeyen ve belirli bir ürünle ya da hizmetle özdeşleşmeyen markalardır¹²⁴. Buna karşın tanınmış marka, toplumun ilgili kesimince bilinen, zamanla tescil edildiği mal veya hizmeti ayırt etme yanında onu da aşarak başlı başına bir kalite ve reklam aracı haline gelen markalardır¹²⁵.

Tanınmış markanın her somut olaya göre farklılık göstermesi ve önceden belirlenmiş kriterlere uymaması sebebiyle genellikle kanunlarda tanımı yapılmamıştır. Diğer taraftan tanınmış markanın tespitinde mahkemeler ve doktrin tarafından bazı kriterler ortaya konulmuştur¹²⁶. Ancak bu kriterler arasında da tam anlamıyla bir birlik bulunmamaktadır¹²⁷.

¹²² **Kaya**, s. 56; **Pashı**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 428.

¹²³ **Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek**, Cilt I, s. 23-24. Alelade markalar, hukuki olarak tescil edildiği ve benzer mal veya hizmetlerle sınırlı olarak himaye edilirken, tanınmış markalar, SMK’da belirtilen koşulların gerçekleşmesi kaydıyla tescil edildiği ve benzer mal veya hizmetler dışında da korunur. Ancak SMK’nın alelade – tanınmış marka ayrımına bağladığı hukuki sonuçlar marka hakkının cezai himayesi bakımından tartışmalıdır. Bkz. İkinci Bölüm, §4, II, A, 6.

¹²⁴ **Kaya**, s. 56; **Suluk / Karasu / Nal**, s. 172.

¹²⁵ **Firth / Lea / Cornford**, s. 194; **Dilmaç, Şule**, Uluslararası Metinlerde Tanınmış Marka ve Markanın Sulandırılması, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 33-35; **Ercan, Tayfun / Teke Akbulut, Nebile**, Tanınmış Marka Kavramı, Hukuken Korunması ve Uluslararası Ticaretteki İşlevi, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 37-47.

¹²⁶ Tanınmış markanın belirlenmesindeki kriterler için bkz. **Bainbridge**, s. 635; **Pashı**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 431 vd.; **Ercan / Teke Akbulut**, s. 51 vd.; **Dilmaç**, s. 53-59.

¹²⁷ **Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek**, Cilt I, s. 24. “Her ne kadar davalı Kurum tarafından Tanınmış Marka Sicili oluşturularak kendisine başvuru halinde başvuru konusu markanın tanınmışlık niteliğine haiz olup olmadığı konusunda inceleme yaparak bu nitelikte gördükleri markalar için sicil oluşturulmuş ise de; davalı Kurumun kanunen böyle bir sicil oluşturma yetkisi olmadığı gibi, tanınmışlık özelliği sabit bir olgu olmadığından, Dairemizin yerleşik kabullerine göre de, herhangi bir davada dayandırılan markanın tanınmış olduğunun ileri sürülmesi halinde, her bir somut olayda o markanın tanınmış olup

D. Sahiplerine Göre Markalar

Markalar sahiplerine göre, “ferdi marka”, “garanti markası” ve “ortak marka” olmak üzere üç başlık altında gruplandırılmaktadır¹²⁸.

Ferdi marka, gerçek veya tüzel kişilerin tek başlarına ya da müştereken ya da iştiraken hak sahibi oldukları markalardır. Ferdi markalarda, marka hakkı bir bütündür ve markanın sahibi olan gerçek veya tüzel kişi veya kişiler tek bir marka hakkı kullanır ve üzerinde tasarrufta bulunurlar. Örneğin “THY” havacılık alanında faaliyet gösteren ferdi bir markadır.

Garanti markası SMK’nın 31’inci maddesinin 1’inci fıkrasında, “marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işaret” olarak tanımlanmıştır¹²⁹. Garanti markasının, marka sahibinin veya marka sahibine iktisaden bağlı olan işletmenin mal veya hizmetlerinde kullanılması yasaktır (SMK m. 31/2)¹³⁰. Örneğin “TSE” bir garanti markasıdır.

Ortak marka, üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işaret olup, gruptaki işletmelerin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yaramaktadır (SMK m. 31/3-4)¹³¹. Ortak marka üzerinde, grubu oluşturan her bir kişi ayrı ayrı hak sahibidir. Örneğin bir kooperatifi oluşturan üyeler, kendi ürünlerini piyasada tutundurmak için ortak marka kullanabilir.

olmadığı ve tanınmışlığını sürdürüp sürdürmediğinin münferiden ispatlanması gerektiği kabul edilmektedir” (Y. 11. H.D., 05.02.2020, 2980/991).

¹²⁸ SMK’nın 32’inci maddesinin 1’inci fıkrasına göre, garanti markası veya ortak markanın tescili için markanın kullanımına ilişkin usul ve esasları gösteren teknik şartnamenin başvuruyla birlikte sunulması zorunludur. Garanti markası teknik şartnamesi, markanın garanti ettiği mal veya hizmetlerin ortak özelliklerini, markanın kullanılma usullerini, markayı kullanım hakkının verilmesinden sonra denetimlerin nasıl ve hangi sıklıkta yapılacağı ile teknik şartnameye aykırı kullanma hâlinde uygulanacak müeyyideleri belirler (SMK m. 32/2). Ortak marka teknik şartnamesi ise, ortak markayı kullanmaya yetkili işletmeler ile bu işletmelerin oluşturdukları topluluğa üyelik şartlarını, markanın kullanım şartları ve varsa müeyyideleri belirler (SMK m. 32/3).

¹²⁹ McJohn, s. 393; Barrett, s. 228.

¹³⁰ McJohn, s. 393; Barrett, s. 228.

¹³¹ McJohn, s. 393; Barrett, s. 229.

VII. Marka Hakkı¹³²

A. Genel Açıklamalar

Bir teşebbüsün mallarını veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan marka, gayri maddi mal niteliğinde olup¹³³, aynı zamanda para ile ölçülebilen, ekonomik bir değerdir¹³⁴. Bu sebeple marka, kişinin veya teşebbüsün malvarlığı unsurlarındandır¹³⁵.

Doktrinde *Arseven*'in ünlü Alman yazar *Kohler*'den aktardığı¹³⁶, “*yeni bir varlık yaratan şahıs, yarattığı mal iktisaden inhisari olarak faydalanmaya salih olduğu takdirde, o maldan iktisaden inhisari bir şekilde faydalanma hakkını haizdir. Bu kaide mamelek hukukunun ana kaidesidir*” kuralı, fikri mülkiyete konu gayri maddi mal ve tabii olarak marka üzerindeki hak sahipliğinin de temelini oluşturmaktadır¹³⁷.

Gayri maddi mal niteliği bulunan, inhisari kullanıma müsait olan ve ekonomik bir değer taşıyan marka, yukarıda zikredilen kurala uygun bir şekilde sahibine mutlak bir hak

¹³² “*Fikri mülkiyet hakları*”, telif hakları (fikri haklar) ve sınai mülkiyet hakları olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Telif hakları, bir eser üzerinde sahip olunabilecek maddi ve manevi hakların tamamını ve komşu haklarını ifade eder. Sınai mülkiyet hakları ise genel tanımı ile sanayide ve tarımdaki buluşların, yeniliklerin, yeni tasarımların ve özgün çalışmaların ilk uygulayıcıları adına; ticaret alanında üretilen ve satılan malların üzerlerindeki üretici veya satıcısının ayırt edilmesini sağlayacak işaretlerin sahipleri adına tescil edilmesini ve böylece ilk uygulayıcıların ürünü üretme ve satma hakkına belirli bir süre sahip olmalarını sağlayan hakları belirtir. Bu itibarla marka hakkı sınai mülkiyet haklarına dahildir. Nitekim markaya ilişkin düzenlemeler 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda yer almaktadır. Ayrıca SMK’nın 2’nci maddesinin (1) bendinde sınai mülkiyet hakkının, markayı, coğrafi işareti, tasarımı, patent ve faydalı modeli ifade ettiği belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **What is Intellectual Property**, WIPO, s. 2, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf, Erişim Tarihi:02.10.2019; **Harms**, 2018, s. 9; **Suluk / Karasu / Nal**, s. 1. Fikri mülkiyet haklarının farklı şekilde sınıflandırılması için bkz. **Tekinalp**, s. 7 vd.

¹³³ **Kaya**, s. 34; **Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek**, Cilt I, s. 175; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 34. Gayri maddi mal, Medeni Kanun’daki taşınır ve taşınmaz malların dışında kalan, insan fikrinin ürünü olup, maddi bir mevcudiyeti bulunmayan, üzerinde somutlaştığı eşyadan ayrı bir hukuki varlığa ve iktisadi değere sahip olan malları ifade etmektedir. Markayı da içerisine alan gayri maddi malvarlığı değerlerinin özellikleri, soyutluk, eşya olmama, somutlaştığı eşyadan farklılık ve farklı hukuklara tabi olmadır, detaylı bilgi için bkz. **Pashi**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 11.

¹³⁴ **Kaya**, s. 34; **Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek**, Cilt I, s. 175.

¹³⁵ **Colston, Catherine / Galloway, Jonathan**, Modern Intellectual Property Law, Third Edition, Routledge, 2010, s. 646.

¹³⁶ **Arseven**, s. 32.

¹³⁷ **Pashi**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 11-12. Doktrinde, bazı yazarlarca markanın fikri ürünlerden olmadığı savunulmaktadır. Bkz. **Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek**, Cilt I, s. 175.

bahsetmektedir¹³⁸. Marka üzerindeki mutlak hak, başka bir anlatımla marka hakkı, malvarlığı haklarından olup sahibine marka üzerindeki en geniş yetkileri vermektedir^{139, 140}.

Marka hakkının olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yönü vardır¹⁴¹. Marka hakkının olumlu yönünü hak sahibinin markayı kullanabilmesi, sona erdirebilmesi, başkasına devredebilmesi veya üçüncü kişiler lehine mutlak ya da şahsi nitelikli sınırlı haklar tesis edebilmesi ve markanın semerelerini toplayabilmesi oluşturur. Marka hakkının olumsuz yönü ise hak konusu markanın üçüncü kişilerce izinsiz veya haksız kullanımının hak sahibince engellenebilmesi, tazminat davası açılabilmesi, şikayetçi olunabilmesi ve böylece hakkın verdiği aktif yetkilerden hak sahibinin münhasır bir şekilde yararlanabilmesinin sağlanmasıdır¹⁴².

B. Marka Hakkının Oluşumu

Marka hakkının oluşumu hususunda “*kullanma sistemi*” ve “*tescil sistemi*” olmak üzere iki sistem bulunmaktadır¹⁴³.

¹³⁸ McJohn, s. 390; Davis / Quintin / Tritton, s. 255.

¹³⁹ Marka hakkının hukuki niteliği konusundaki görüşler için bkz. Arseven, s. 12 vd. Doktrinde *Paslı*, gayri maddi mal üzerindeki inhisari hakkın adının, Anglo-Sakson hukukunun etkisiyle uluslararası literatürde (intellectual property) fikri mülkiyet olduğunu, bütün gayri maddi malların temelinde fikir olduğunu ve bu fikrin belirli bir şekilde ortaya çıkardığı gayri maddi mal üzerinde, fikir sahibinin yani ilk bulanın/kullananın/yapanın mülkiyet hakkı olduğunu belirtmektedir, *Paslı*, Uluslararası Anlaşmalar, s. 12-20; *Gökçen, Ahmet*, Sınai Haklarda Karşılaşılan Güncel Sorunlar, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Temmuz 2007, s. 291. Krş. *Kaya*, s. 46, dn. 76. Ayrıca bkz. *Bentley / Sherman*, s. 1 vd.; *Bainbridge*, s. 3 vd. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 numaralı Ek Protokolü’nün 1’inci maddesi bakımından fikri mülkiyet hakları da mülkiyet kavramı kapsamında değerlendirilmektedir, *Grgić, Aida / Mataga, Zvonimir / Longar, Matija / Vilfan, Ana*, The Right to Property under the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Human Rights Handbooks, No: 10, s. 7.

¹⁴⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 14.12.2016 tarihli 2016/148 Esas ve 2016/189 Karar sayılı kararında “*mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayri maddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayri maddi mallar kapsamında bulunmaktadır. Bir markanın sahibine sağladığı haklar ise “marka hakkı” olarak adlandırılmakta ve marka hakkı, fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kural, mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkıyla ilgili olduğundan KHK ile düzenlenemez*” denilmek suretiyle markanın mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğu ifade edilmiştir.

¹⁴¹ *Kaya*, s. 39-40; *Paslı*, Uluslararası Anlaşmalar, s. 489-490.

¹⁴² *Kaya*, s. 39-40; *Paslı*, Uluslararası Anlaşmalar, s. 489-490.

¹⁴³ *Karayalçın*, s. 423-424; *Karan / Kılıç*, s. 62; *Kaya*, s. 45-46; *Çolak*, s. 417-420; *Cengiz, Dilek*, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 38-40. Bazı ülkeler marka hakkının doğumunu kullanmaya, bazı ülkeler ise tescile bağlamıştır. Bkz. *Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek*, Cilt I, s. 176 vd. Alman hukukunda ise marka hakkının doğumu hem kullanım ile hem de tescil ile olabilmektedir. Bkz. *Ekey / Bender / Fuchs-Wissemann*, s. 38; *Lange*, s. 447; *Klett / Sonntag / Wilske*, s. 96.

Marka hakkının kazanılmasının doğal yolu olan kullanma sisteminde, marka üzerindeki ve markaya bağlı mutlak hak, özellikli ve yenilik içermesi zorunlu olmayan bir düşünsel tercihe bağlı olarak ihdas (meydana getirme, seçme, ayırma) ve kullanma (istimal) suretiyle ortaya çıkmaktadır¹⁴⁴. Zira ihdas ve kullanma sonucunda marka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme fonksiyonunu yerine getirir. Burada marka hakkı, markayı ihdas eden ve kullanan, piyasada kullanıldığı mallar veya hizmetlerle ilgili olarak ayırt edici ve bilinir hale getiren kişiye aittir ve bu kişiye “*gerçek hak sahibi*” denilmektedir¹⁴⁵.

Markanın ayırt edici işlevinin ekonomik etkilerinin öne çıkması ve diğer ayırt edici işaretlerden daha yaygın işlev görmeye başlamasıyla beraber marka hakkına tecavüzler de artmıştır. Dolayısıyla marka sahibinin belli şartlara bağlı olarak genel hukuki korumaya kıyasla daha güçlü ve etkili hak ve yetkilerle donatılması gerekmiştir. Bu hak ve yetkilerin ileri sürülebilmesi ve marka hakkının etkin bir şekilde korunabilmesi bağlamında marka hukukunda aleniyet, açıklık ve kesinliği sağlamak üzere markanın özel bir sicile kaydedildiği tescil sistemi ortaya çıkmıştır¹⁴⁶.

Hukukun farklı alanlarında karşımıza çıkan “*sicil*” ve “*tescil*” kavramları, marka hukukunun da yapı taşlarını oluşturmuştur¹⁴⁷. Tescil sisteminde marka hakkı, markanın ihdas edilmesi ve marka siciline tescil ettirilmesi ile oluşur. Tescil, marka hakkı sahibine kanunda öngörülen ayrıcalıklı haklar ve koruma sağlar.

Tescil sisteminde, ihdas edilmiş olan ancak kullanılmayan markanın tescil edilmesiyle marka hakkı oluşabileceği gibi; ihdas ve kullanma suretiyle doğan ve genel hükümlere göre korunan bir marka da tescil edilebilir¹⁴⁸. İlk halde tescil marka hakkı bakımından kurucu etkiyi haizdir. Zira bu durumda marka tescil ile birlikte vücut bulmakta ve kanunda öngörülen ayrıcalıklı haklara ve korumaya kavuşmaktadır¹⁴⁹. İkinci halde tescilin etkisi esasında açıklayıcıdır. Nitekim marka hukukunda tescil sistemi benimsenmiş olsa bile marka hakkının,

¹⁴⁴ McKenna, The Normative Foundations, s. 1887.

¹⁴⁵ Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek, Cilt I, s. 174; Kaya, s. 46; Çolak, s. 419.

¹⁴⁶ Firth / Lea / Cornford, s. 83; Kaya, s. 46; Karan / Kılıç, s. 62.

¹⁴⁷ Şehirali Çelik, Feyzan Hayal, Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine -SMK m. 155 Vesilesiyle Bir İnceleme- Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:34, Sayı:2, Haziran 2018, s. 34. Fikri mülkiyete konu haklar, telif hakları haricinde, marka, patent ve tasarım gibi sınai haklar kural olarak marka ve patent ofislerine tescil ettirilir.

¹⁴⁸ Pash, Ali, Marka Hukukunda Tescil – Kullanma İlişkisi, Fikri ve Sınai Haklar Sempozyumu, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 111.

¹⁴⁹ Bently / Sherman, s. 765; Colston / Galloway, s. 646.

markanın ihdas edilmesi, kullanılması ve markaya belli bir ayırt edicilik ve tanınmışlık kazandırılması ile doğması da mümkündür. Öte yandan ikinci durumda, genel hükümlere göre hak sahibi olan ve korunan marka sahibinin ayrıca kanunda öngörülen ayrıcalıklı hakları ve korumayı iktisap etmesi sebebiyle tescil bu bakımdan kurucu etkiyi haizdir¹⁵⁰.

SMK ile marka sahibine sağlanan koruma kural olarak tescil ile elde edilir (SMK m. 7/1). Bununla birlikte SMK'da tescil sistemini yumuşatacak çeşitli hükümlere de yer verilmiştir¹⁵¹. Dolayısıyla genel olarak SMK'da tescil sisteminin esas alındığını ve fakat marka hakkının ihdas ve kullanma ile oluşacağı da gözetilerek karma bir sistemin benimsendiği söylenebilir. Ancak belirtmek gerekir ki marka hakkının cezai himayesi bakımından tescil kurucu etkiye sahiptir (SMK m. 7/1 ve 30/5). Bu sebeple sadece, tescilli marka sahibinin hakları SMK'nın 30'uncu maddesi kapsamında korunur. Tescilsiz markalar ise ancak genel hükümler kapsamında, unsurları oluşmuş ise TTK'da düzenlenen haksız rekabet suçlarına konu olabilir¹⁵².

C. Markanın Tescili ve Marka Hakkının Konusu

Hukukumuzda markanın kullanımı ve tescil zorunluluğu bulunmamakla birlikte, SMK'nın marka sahibine sağladığı hak ve yetkiler ile koruma kural olarak tescil ile iktisap edilir. Markanın tescili ise idari ve yargısal bir sürecin neticesinde gerçekleşmektedir¹⁵³.

Marka TPMK nezdindeki sicile kaydedilir. TPMK sicili aleni olup, herkes sicilin içeriğini inceleyebilir ve giderini ödeyerek sicil kaydının örneğini alabilir (SMK m. 22/3). Sicilin aleniyeti ise TPMK Bülteninde yayım yoluyla sağlanır. Markanın sahibine sağladığı

¹⁵⁰ **Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek**, Cilt I, s. 174, 187; **Kaya**, s. 48; **Çolak**, s. 417-418; **Uzunalli**, s. 98.

¹⁵¹ Örneğin, SMK'nın 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası "*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*"; şeklinde düzenlenmiştir. Keza SMK'nın 155'inci maddesi "*Marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez*" hükmünü içermektedir.

¹⁵² **Aydın, Hüseyin**, Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 138 vd.; **Güneş, İlhami**, Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları 3. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara 2017, s. 341 vd.; **Bayrak, Önder**, Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 461 vd.; **Kaynak, Ali Osman**, İçtihatlı Uygulamalı Örnekleriyle Haksız Rekabet Suçu ve Soruşturma Usulü, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 108 vd.

¹⁵³ Bkz. SMK m. 11 vd.

haklar kural olarak üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade etmektedir.

Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini, bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan ve SMK'nın 4'üncü maddesinde belirtilen unsurları taşıyan her türlü işaret olduğuna göre, marka başvurusu markanın kullanılacağı mal veya hizmetler esas alınarak yapılır¹⁵⁴. Bu itibarla tescil başvurusunda markanın kullanılacağı mal veya hizmet listelerinin gösterilmesi gerekmektedir (SMK m. 11/1-c).

Markanın işaret anlamında belirliliği ne kadar önemli ise bu işaretin yöneldiği mal veya hizmetlerin de aynı kesinlikte olması zaruridir. Dolayısıyla tescil edilecek markaların ait olduğu mal veya hizmetlerin isimlerinin belirli olması ve bu mal veya hizmetlerin belli bir sistem içerisinde sınıflandırılması gerekmektedir. Nitekim mal veya hizmet sayısının çokluğu, bunların belli bir şekilde sınıflandırılmasını kaçınılmaz kılmaktadır¹⁵⁵. Bu ihtiyaç marka hukukunda sınıf kavramını ortaya çıkarmıştır. Sınıflandırma, üretimi ve ticareti yapılan mal veya hizmetlerin marka tescillerini düzene bağlamakta ve mal veya hizmet bazındaki etki alanının belirlenmesine yardımcı olmaktadır¹⁵⁶.

Hukukumuzda sınıf kavramı esasında, Türkiye'nin 1996 yılından itibaren taraf olduğu ve 01.01.2017 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere bir takım başlık ve sınıf değişiklikleri yapılmış Nice Anlaşması ve buna ilişkin TPMK'nın 2016/2 sayılı Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ'ine¹⁵⁷ konu olan ve markanın tescil edilmek istendiği, kullanıldığı ya da kullanılacağı mal veya hizmetlerin kategorik olarak düzenlendiği, ana başlıklar ve alt başlıklar biçiminde numaralandırıldığı bir listeyi ifade etmektedir¹⁵⁸. Nice Anlaşması ve buna ilişkin TPMK'nın 2016/2 sayılı Tebliği'nde toplam 45

¹⁵⁴ Barrett, s. 246; Davis / Padfield, s. 191-192; Bently / Sherman, s. 768-769.

¹⁵⁵ Pash, Uluslararası Anlaşmalar, s. 124. Ayrıca bkz. **International Classification of Goods and Services, For the Purposes of the Registration of Marks**, WIPO, Sixth Edition, 1992, s. 5-6.

¹⁵⁶ Pila / Torremans, s. 346; Pash, Uluslararası Anlaşmalar, s. 127.

¹⁵⁷ R.G., 30.12.2016, 29934.

¹⁵⁸ SMKY'nin "Sınıflandırma" başlıklı 9'uncu maddesinin 1'inci ve 2'nci fıkraları "(1) Başvuruya konu mal veya hizmetler Kanunun 11 inci maddesine uygun olarak Nis Anlaşmasında yer alan esaslara göre sınıflandırılır. (2) Tescili talep edilen mal veya hizmetlerin Nis Anlaşmasına göre sınıflara ayrılmış olarak ve mal veya hizmetlerin sınıf numaraları belirtilerek sunulması gerekir." şeklinde düzenlenmiştir.

sınıf bulunmaktadır. Bu sınıflardan 34'ü mal (emtia) sınıfı¹⁵⁹ ve 11'i ise hizmet sınıfıdır¹⁶⁰. Bu sınıflar genel olarak birbirleriyle çeşitli açılardan ilişkili (kullanım amacı, kullanım alanı, hammadde vb.) malların veya hizmetlerin aynı sınıf altında toplanmaya çalışması sonucu oluşturulmuştur¹⁶¹.

Marka hakkının konusu bizatihi markanın müseccel olduğu mal veya hizmettir¹⁶². Marka hakkına sağlanan koruma da kural olarak markanın müseccel olduğu mal veya hizmettir^{163,164}. Bu doğrultuda mal veya hizmet listesi genişlediği ölçüde marka hakkı ve marka hakkının himayesinin kapsamı genişlemektedir.

Tescilden doğan hakların kapsamı SMK'da pozitif sayma yöntemi ile belirlenmemiştir. Bununla birlikte SMK'nın 7'nci maddesinin başlığı "*Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları*" olmakla beraber, burada tescilin sağladığı men etme yetkileri sayılmıştır¹⁶⁵. SMK'nın 29'uncu maddesinde, marka hakkına tecavüz sayılan fiiller hüküm altına alınmışken, tecavüz durumunda marka hakkı sahibinin ileri sürebileceği talepler 149'uncu maddede düzenlenmiştir. Keza SMK'nın 30'uncu maddesinde ise marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler ihdas edilmiştir.

D. Marka Hakkının Sona Ermesi

Marka hakkı, "*markanın koruma süresinin sona ermesi ve süresi içerisinde yenilenmemesi*", "*vazgeçme*", "*markanın hükümsüzlüğü*" ve "*markanın iptali*" hallerinde sona

¹⁵⁹ Örneğin mal (emtia) kapsamında olan 1. Sınıf, "*Sanayide, bilim sahasında, fotoğrafçılıkta, tarım, bahçecilik ve ormancılıkta kullanılan kimyasallar.*

Gübreler ve topraklar.

İşlenmemiş suni reçineler ve işlenmemiş plastikler.

Yangın söndürücü maddeler.

Kırtasiye, tıbbi ve ev içi kullanım amaçlı olanlar hariç yapıştırıcılar." şeklindedir.

¹⁶⁰ Örneğin hizmet kapsamında olan 36. Sınıf: "*Sigorta hizmetleri.*

Finansal ve parasal hizmetler.

Gayrimenkul komisyonculuğu, müşavirliği ve idaresi hizmetleri.

Gümrük müşavirliği hizmetleri." şeklindedir.

¹⁶¹ **Ünsal, Önder Erol**, IPR Gezgini Seçme Yazılar-1, 1. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018, s. 9.

¹⁶² **Kaya**, s. 236; **Pashı**, Ürün Benzerliği, s. 14; **Bozgeyik**, s. 17.

¹⁶³ **Pashı**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 123; **Çolak**, s. 431; **Uzunallı**, s. 99.

¹⁶⁴ SMK'da marka hakkına sağlanan hukuki koruma genel olarak benzer mal veya hizmetler bakımından da geçerlidir. Ayrıca şartları haiz ise tanınmış markalara sağlanan hukuki koruma farklı mal veya hizmetleri de uhdesine almaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Bozgeyik**, s. 19 vd.; **Cengiz**, s. 38 vd.

¹⁶⁵ **Bozgeyik**, s. 19.

ermektedir¹⁶⁶. Marka hakkının sona ermesi, marka hakkının cezai himayesi bakımından önem arz etmektedir ve bu sebeple marka hakkını sona erdiren sebepler konunun anlaşılabilmesi bakımından kısaca açıklanacaktır. Marka hakkının sona ermesinin marka hakkının cezai himayesine etkileri ise daha sonra değerlendirilecektir¹⁶⁷.

SMK'nın 28'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, “*koruma süresinin dolması ve markanın süresi içinde yenilenmemesi*” ile “*marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesi*” üzerine marka hakkının sona ereceği hüküm altına alınmıştır¹⁶⁸.

Tescilli markanın koruma süresi marka başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre, onar yıllık dönemler hâlinde yenilenebilir. Yenileme, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin tamamı için yapılabileceği gibi bir kısmı için de mümkündür (SMK m. 23/1-3). Marka koruma süresinin sona ermesiyle SMK kapsamında elde edilen marka hakkı başkaca bir işlem yapılmadan kendiliğinden ortadan kalkar (SMK m. 28/2).

Marka sahibi, markanın tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin tamamından veya bir kısmı bakımından hakkından vazgeçebilir. Vazgeçme TPMK'ya yazılı olarak bildirilir ve bu sebebe dayanılarak marka hakkının sona erdiği Bültende yayımlanır. Vazgeçme, sicile kayıt tarihi itibarıyla hüküm doğurur (SMK m. 28/3). Sicile kaydedilmiş hak ve lisans sahiplerinin izni olmadıkça marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesi mümkün değildir. 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 m. 28/4).

Marka tescilinde mutlak ret ve nispi ret sebeplerinden (SMK m. 5 ve 6) birinin mevcudiyeti halinde menfaati olanlar, Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları markanın hükümsüzlüğünü mahkemeden isteyebilir (SMK m. 25). Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi hâlinde marka hakkı geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak ve SMK ile sağlanan marka koruması hiç doğmamış sayılacaktır (SMK m. 27/1)¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Detaylı bilgi için bkz. **Arslan, Özge**, Marka Hakkının Sona Ermesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 17 vd.; **Çolak**, s. 925 vd.; **Uzunalli**, s. 203 vd.; **Suluk / Karasu / Nal**, s. 229 vd. Ayrıca bkz. **Tekinalp**, s. 472 vd.; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 169 vd.

¹⁶⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm, §5, V.

¹⁶⁸ Detaylı bilgi için bkz. **Arslan**, Marka Hakkının Sona Ermesi, s. 17 vd.

¹⁶⁹ **Bahadır, Zeynep**, Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, 1. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2018, s. 179-181.

SMK'nın 26'ncı maddesine göre, 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 bulunması; marka sahibinin fiillerinin veya gerekli önlemleri almamasının sonucu olarak markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad hâline gelmesi; 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 ve garanti markası veya ortak marka bakımından teknik şartnameye uygun kullanım olmaması durumlarında ilgili kişiler TPMK'dan markanın iptalini isteyebilir¹⁷⁰. Markanın iptaline karar verilmesi halinde bu karar, iptal talebinin TPMK'ya sunulduğu tarihten itibaren etkilidir. Ancak talep üzerine, iptal hâllerinin daha önceki bir tarihte doğmuş olması hâlinde iptal kararının bu tarihten itibaren etkili olacağına karar verilebilir (SMK m. 27/2)¹⁷¹.

Ş2. MARKA HAKKININ CEZAİ HİMAYESİ VE MARKA SUÇU KAVRAMI

I. Genel Açıklamalar

Günümüz ticari hayatı rekabet üzerine kuruludur. Girişimciler, rekabet ortamı içinde kendi mal ve hizmetlerini hem tanıtmak hem de diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırmak için marka seçmek zorunda kalmıştır. Elbette rekabet her zaman normal işlememiş ve marka kavramının ortaya çıkmasıyla beraber suiistimaller de baş göstermiştir^{172, 173}. Bu durum marka hakkının tecavüzlere karşı korunması ihtiyacını doğurmuştur.

Marka hakkı kapsamında yer alan, doğrudan ihlal niteliği taşıyan veya marka hakkı sahibinin men edebileceği bir fiilin, üçüncü kişi tarafından geçerli bir hakka dayanmaksızın, yetkisiz ve izinsiz olarak işlenmesi marka hakkına tecavüzü (*trademark infringement*)

¹⁷⁰ SMK'nın 192'nci maddesinde, markanın iptalini düzenleyen normun (SMK m. 26) yayımdan itibaren yedi yıl sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır. SMK'nın 26'ncı maddesi yürürlüğe girene kadar, iptal yetkisi, anılan maddedeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından kullanılır. SMK'nın 26'ncı maddesinin yürürlüğe girdiği tarihte mahkemeler tarafından görülmekte olan iptal davaları ise mahkemeler tarafından sonuçlandırılır. Mahkemelerin bu madde hükmüne göre vermiş olduğu kararlar kesinleştikten sonra mahkeme tarafından Kuruma resen gönderilir (SMK Geçici Madde 4).

¹⁷¹ **Bahadır**, s. 233-236.

¹⁷² **Amanda / Norris**, s. 1-2; **Öçal, Akar**, Markaları Himaye Etme Amacı, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Cilt: 2, Sayı:1, 1966, s. 217-218.

¹⁷³ **Chaudhry, Peggy / Zimmerman, Alan**, The Economics of Counterfeit Trade, Governments, Consumers, Pirates and Intellectual Property Rights, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2009, s. 7; **Jennings, Jonathan S.**, Trademark Counterfeiting: An Unpunished Crime, Journal of Criminal Law and Criminology, Volume 80, Issue 3, Fall 1989, s. 808.

oluşturur¹⁷⁴. Kısa anlatımla, marka üzerindeki hakka yönelen her türlü hukuk dışı fiiller marka hakkına tecavüz teşkil eder¹⁷⁵. Marka hakkına tecavüz fiilleri, hukuki niteliği bakımından birer haksız fiildir¹⁷⁶ ve daha özelinde haksız rekabet niteliğini taşımaktadır¹⁷⁷.

Marka hakkına tecavüz fiillerinin en eskisi, en yaygını ve en tehlikelisi marka taklitçiliğidir (*trademark counterfeiting*¹⁷⁸)¹⁷⁹. Marka taklitçiliği, genel olarak markanın veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması olarak ifade edilmektedir¹⁸⁰.

Roma hukukunda tecavüzlere karşı marka hakkını koruyan çeşitli hukuki ve örfi çareler bulunmaktaydı¹⁸¹. Ancak özellikle orta çağda marka hakkına tecavüzün arttığı, buna mukabil marka hakkının korunmasının daha önem kazandığı görülmektedir. Avrupa’da 13’üncü yüzyılın başlarında özellikle marka taklitçiliğinin yaygın ve zararlı hale gelmesi, bu tür fiillerin kabahat ve hatta bir suç sayılmasına sebep olmuştur¹⁸². Doktrinde, 14’üncü yüzyılda alelade ucuz bir şarabın üzerine “*Rudesheimer*” markasını koyarak satan bir hancının sahtekarlığı sebebiyle barbarca asıldığı ifade edilmektedir¹⁸³. 15 ve 16’ncı yüzyıllarda ise silah,

¹⁷⁴ **Saunders, Kurt M. / Berger-Walliser, Gerlinde**, The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe, Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 32, Issue 1, 2011, s. 41-42; **Harms**, 2018, s. 28; **Bozgeyik**, s. 27.

¹⁷⁵ **Özeroğlu, Ömer Faruk**, Marka Korsanlığı (Markaya Tecavüzün Hukuki Sonuçları ve Marka Korsanlığı ile Mücadele Tedbirleri), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007, s. 157.

¹⁷⁶ **Pekdiñer**, Marka Hakkı ve Korunması, s. 162; **Bozgeyik**, s. 27; **Özeroğlu**, s. 157.

¹⁷⁷ **Harms**, 2018, s. 53. Marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için haksız fiilin tüm unsurları aranmayacaktır. Gerçekten de haksız fiilin unsurları fiil, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı olduğu halde, bir fiilin marka tecavüzü sayılabilmesi için, bazı haller dışında failin kusuru aranmadığı gibi, faille marka sahibi arasında rekabet ilişkisi bulunması da aranmaz. Bkz. **Kaya**, s. 264.

¹⁷⁸ Marka hukuku alanında “*counterfeiting*” kelimesinin kullanım alanları için bkz. **Wehrle-Briffa, Ralph**, Anti-counterfeiting: Practice and Procedure, First Edition, The Chartered Institute of Trade Mark Attorneys (CITMA), 2017, s. 1-2.

¹⁷⁹ **Jennings**, s. 805, dn. 2; **Harms**, 2018, s. 143-144.

¹⁸⁰ **Jennings**, s. 805, dn. 2; **Harms**, 2018, s. 144; **Başbüyük, İsa**, Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 98. Krş. **Çetintürk**, s. 40-43.

¹⁸¹ Roma’da, marka hakkına tecavüz halinde, buna karşı “*actio iniurianum*” veya “*actio doli*” davalarının açılabilirdiği kaynaklarda yer almaktadır. Bkz. **Chaudhry / Zimmerman**, s. 8; **Jennings**, s. 810; **Arseven**, s. 2; **Pashı**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 28, dn. 78.

¹⁸² **Jennings**, s. 810.

¹⁸³ **Jennings**, s. 810; **Chaudhry / Zimmerman**, s. 8.

kağıt, deri ve metal üretimi ile matbaa ve dokuma faaliyetleriyle uğraşan tacirlerin birbirlerinin markalarını kopyalamalarını engelleyen bazı düzenlemeler bulunmaktaydı¹⁸⁴.

Orta çağdan sonra temel olarak marka kavramı ve korunmasına ilişkin dünyadaki ilk örnekler hileciliğin önlenmesi amacıyla çeşitli uygulamaların yapıldığı İngiltere’de görülmüştür¹⁸⁵. Keza İngiltere’nin ilk marka hakkına tecavüz davası 1618 yılında “*Southern v. How (Sandforth’s Case)*” davasında görülmüş ve bu karar 18’inci ve 19’uncu yüzyılın mahkeme kararlarına da etki etmiştir¹⁸⁶.

Sanayi Devrimi ile marka hakkına tecavüz vakalarında artış yaşandığı gözlemlenmiş, herkesin istediği şekilde her markayı kullanmasının önüne geçilmesi ve özellikle marka hakkının korunması amacıyla 19’uncu yüzyılın ortalarından itibaren ulusal kanunlar ihdas edilmiştir¹⁸⁷. Bununla birlikte markalı ürünlerin uluslararası ticarete konu olması, marka hakkının uluslararası düzeyde himaye edilmesi ihtiyacını da doğurmuş ve 19’uncu yüzyılın son bölümünden itibaren marka hakkını korumak için uluslararası antlaşmalar akdedilmeye başlanmıştır.

Marka hukukunun temel meselelerinden biri marka hakkının tecavüzlere karşı korunmasıdır. Marka hakkına tecavüz edilmesinin başlıca sebepleri, düşük maliyet ile yüksek kar elde edilmesi, uluslararası ticaretin kolaylaşması, tüketicilerin tutumu, kanalların ve pazarların genişlemesi, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin düzenlemelerin yetersiz kalması ve yüksek vergiler olarak sıralanabilir¹⁸⁸.

Marka konusunda ihdas edilen ulusal düzenlemeler ile akdedilen uluslararası metinler incelendiğinde, marka hakkının hem hukuki hem de cezai açıdan himaye edildiği

¹⁸⁴ **Pekdinçer, Remzi Tamer**, Marka Hakkı ve Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2001, s. 6.

¹⁸⁵ **Moohr / Lipton / Manta**, s. 323; **Pekdinçer**, Marka Hakkı ve Korunması, s. 6.

¹⁸⁶ Detaylı bilgi için bkz. **McKenna**, The Normative Foundations, s. 1850-1851; **Stolte, Keith M.**, How Early Did Anglo-American Trademark Law Begin? An Answer to Schechter's Conundrum, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Volume 8, Number 2, 1997, s. 510 vd.

¹⁸⁷ Marka hukuku alanındaki ilk özel kanun, 1857 tarihinde Fransa’da kabul edilmiştir. Bkz. **Paslı**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 32-33.

¹⁸⁸ **Chaudhry / Zimmerman**, s. 19 vd.

görülmektedir¹⁸⁹. Başka bir anlatımla marka hakkına tecavüz fiilleri hukuki sorumluluk ile birlikte ayrıca bazı durumlarda cezai sorumluluğa da gerektirmektedir¹⁹⁰.

Marka, ticari hayatla, serbest piyasa ile ilgili ve özel hukuk uhdesinde yer alan bir konudur. Marka hakkının korunması da esasında haksız fiile ve özelinde haksız rekabete dayanmakta, onun hususi bir alanını teşkil etmektedir¹⁹¹. Öte yandan, tarihi süreçte marka hakkına sağlanan kamu hukuku nitelikli koruma, haksız rekabetin önlenmesinde devletin rolü¹⁹² ve hukuki himayenin bazı durumlarda yetersiz kalması, marka hakkının himayesinde cezai müdahaleyi gerekli kılmıştır¹⁹³. Bu doğrultuda ülkemizde de tecavüz halinde marka hakkına hem hukuki hem de cezai himaye sağlanmıştır.

A. Marka Hakkının Hukuki Himayesi

Marka hakkının olumsuz yönlerinden biri, hak konusu markanın üçüncü kişilerce izinsiz veya haksız kullanımının hak sahibince engellenebilmesi ve tazminat davasına konu edilebilmesidir¹⁹⁴. Marka hakkının hukuki himayesi olarak nitelendirebileceğimiz bu husus SMK'nın marka hukukuna ilişkin kısmının temelini oluşturmaktadır.

SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında marka hakkına tecavüz sayılan fiiller sırasıyla, “a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7'nci maddede belirtilen biçimlerde kullanmak.”¹⁹⁵, “b) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar

¹⁸⁹ Örneğin Alman Markalar Kanunu'nun 14'üncü maddesi ile TRIPS'in 16'ncı maddesi marka hakkı sahibine özel hukuk alanında koruma sağlarken, Alman Markalar Kanunu'nun 143'üncü maddesi ile TRIPS'in 61'inci maddesi marka hakkını koruyan cezai hükümler içermektedir. Bkz. **Fezer**, s. 878 vd.

¹⁹⁰ **Wechsler, Andrea**, Criminal Enforcement of Intellectual Property Law: An Economic Approach, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012, s. 136.

¹⁹¹ **Dornis**, s. 9; **McKenna**, The Normative Foundations, s. 1860-1861.

¹⁹² **Aksoy, Mehmet Ali**, Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2011, s. 5 vd.

¹⁹³ **Lackert, Clark W.**, International Efforts Against Trademark Counterfeiting, 1988 Columbia Business Law Review, 161, 1988, s. 162 vd.

¹⁹⁴ **Kaya**, s. 39-40; **Pash**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 489-490.

¹⁹⁵ SMK'nın “Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları” başlıklı 7'nci maddesi,

“(1) Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.

(2) Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, 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 dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.

benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.”, “c) Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde 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.” ve “ç) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek” şeklinde tahdidi (numerus clausus) olarak gösterilmiştir¹⁹⁶.

SMK’nın 149’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında ise marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin mahkemedan, “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

c) 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.

(3) Aşağıda belirtilen durumlar, işaretin ticaret alanında kullanılması hâlinde, ikinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir:

a) İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması.

b) İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi.

c) İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi.

ç) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.

d) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması.

e) İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması.

f) İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması.

(4) Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Ancak marka başvurusunun Bülte de yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayımlanmasından önce karar veremez.

(5) Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez:

a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.

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

c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁹⁶ **Yasaman, Hamdi / Altay, Sıtkı Anlam / Ayoğlu, Tolga / Yusufoglu, Fülürya / Yüksek, Sinan**, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 1010; **Karan / Kılıç**, s. 454.

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” ve “g) Haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi” taleplerinde bulunabileceği belirtilmiştir.

B. Marka Hakkının Cezai Himayesi

Marka hakkının cezai himayesi yakın zamana ait bir kavram değildir¹⁹⁷. 14’üncü yüzyıldan beri özellikle markanın taklit edilmesi suretiyle marka hakkına tecavüz eden kişilerin ölüm cezası dahil çeşitli yaptırımlara maruz kaldığı ve taklit ürünlerin müsadere edildiği bilinmektedir¹⁹⁸. 16, 17 ve 18’inci yüzyıllarda da marka taklitçiliği yapanların bir yıl süreyle ticaretten men edildiği, işkence cezası verildiği, gemi ızgaralarında altı saat bekletildikleri, hapis ve para cezalarının uygulandığı kayıtlara geçmiştir¹⁹⁹. Bu dönemlerde marka hakkına tecavüz eden kişilerin cezalandırılmasının sebebi temel olarak sahtekarlığa, dolandırıcılığa bağlanmıştır²⁰⁰.

Sanayi Devrimi’ni müteakip markanın günümüz anlamında kullanılmaya başlanmasıyla marka hakkında münferit kanunlar yapılmaya başlanmış ve bu kanunlarda marka hakkının hem hukuki hem de cezai himayesine ilişkin hükümler sevk edilmiştir^{201, 202}.

¹⁹⁷ Harms, 2018, s. 140.

¹⁹⁸ Lefranc, David, Historical Perspective on Criminal Enforcement, Criminal Enforcement of Intellectual Property, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012, s. 118-119.

¹⁹⁹ Lefranc, s. 119-120.

²⁰⁰ Jennings, s. 810.

²⁰¹ Abalos, Robert J., Commercial Trademark Counterfeiting in the United States, the Third World and Beyond: American and International Attempts to Stem the Tide, Boston College Third World Law Journal, Volume 5, Issue 2, 1985, s. 153.

²⁰² Osmanlı Devleti’nde, marka hukukunun gelişim sürecinde önemli bir kazanım, 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’nun 150’nci maddesinde emtia üzerine Osmanlı Devleti namına basılan damgalar yanında, özel girişim tarafından kurulan ticarethane emtialarına vurulan damga ve işaretlerin taklit edilmesinin sahtekarlık suçu kapsamına alınmasıdır. Madde gereği damga, işaret, nişan taklidi yapanların altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaları gerekmektedir. Detaylı Bilgi için bkz. Akay, Osmanlı Devleti, s. 372.

SMK'nın 30'uncu maddesinde suç teşkil eden marka hakkına tecavüz fiilleri düzenlenmiş ve hukukumuzda genel olarak diğer sınai mülkiyet haklarının aksine marka hakkının cezai himayesi kabul edilmiştir.

II. Marka Hakkının Cezai Himayesinin Sebepleri

Fikri mülkiyet hakları ve bu hakların korunma seviyesi, ülkelerin gelişmişlik göstergeleri arasında yer almaktadır. Fikri mülkiyet hakları, sahibine fikri çabalarının sonucu olarak ortaya çıkan çalışmaları için verilen bir ödüllendirme ve teşvik aracı olmanın yanı sıra toplumun da bu çalışmalardan fayda sağlamasına imkân veren, iki tarafın çıkarları arasında denge kurmayı amaçlayan bir sistemdir. Bu haklar, yaratıcılığın ve yeniliğin teşvik edilmesi yoluyla bu alandaki rekabet ortamının oluşmasını sağlayarak ekonomik ve toplumsal gelişmeyi tetiklemektedir²⁰³.

Doktrinde, fikri mülkiyet hukukunun bazı kavramlarının belirsiz olması; insanların fikri mülkiyet hakları tecavüzlerini yanlış görmemesi ve bu haklara tecavüze ilişkin normların içselleştirilmemesi; fikri mülkiyet haklarının cezai himayesinin yenilikçiliği ve rekabeti olumsuz etkileyeceği ve aslında özel hukuk korumasıyla hak sahibinin zararlarının daha etkili bir şekilde giderilebileceği belirtilerek fikri mülkiyet haklarının cezai himayesinin gerekli olmadığı ileri sürülmektedir²⁰⁴.

Ülkemiz fikri mülkiyet hukuku mevzuatı incelendiğinde, sadece telif haklarının, ıslahatçı hakların ve marka hakkının hem hukuki hem de cezai açıdan korunduğu²⁰⁵; patent, endüstriyel tasarımlar gibi diğer fikri mülkiyet haklarının ise sadece hukuki himayeye sahip olduğu görülmektedir^{206, 207}.

²⁰³ **Şahinler Baykara, Yasemin / Yabuz, Levent / Alıca, Türkay**, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (Gerekçeli – Karşılaştırmalı – İçtihatlı), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 29-30.

²⁰⁴ **Bitton, Mariam**, Rethinking The Anti-Counterfeiting Trade Agreement's Criminal Copyright Enforcement Measures, The Journal of Criminal Law and Criminology, Volume 102, Issue 1, 2012, s. 75-76. Ayrıca bkz. **Çetintürk**, s. 86-102.

²⁰⁵ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 71 vd. maddelerinde telif hakları; 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun'un 66'ncı maddesinde ıslahatçı haklar; SMK'nın 30'uncu maddesinde marka hakkı bakımından cezai hükümler öngörülmüştür.

²⁰⁶ **Suluk / Karasu / Nal**, s. 419.

²⁰⁷ Doktrinde *Çağlar*, SMK'da sadece marka hakkına tecavüz halinde cezai sorumluluk hususunun düzenlendiği, diğer sınai mülkiyet haklarına tecavüz halinde ceza yaptırımının bulunmadığı, bu durumun haklı bir gerekçesinin olmadığı ve sınai mülkiyet hakları arasında ceza yaptırımını açısından farklılık yaratmanın bir hukuk politikası olarak kabulünün mümkün olmadığını haklı olarak belirtmektedir. Bkz.

Fikri mülkiyet hakları şüphesiz bir hukuki değeri oluşturmaktadır. Ancak hukuki değerlerin her ihlali cezaya müstahak görülemez. Bir alana veya fiile ceza hukuku müdahalesinin gerekli olup olmadığının saptanması cezaya liyakat ve cezaya muhtaçlık ölçütlerine göre değerlendirilmelidir²⁰⁸. Cezaya liyakat, önemli ölçüde, bir davranışın toplumsal zararlılığı değerlendirmesiyle belirlenirken, cezaya muhtaçlık cezanın amacına yönelik elverişlilik ve yararlılığa göre değerlendirilir²⁰⁹. Belirtmek gerekir ki bir fiil cezaya müstahak olsa da, bu fiilin cezalandırılması ile ulaşılmak istenen amaca veya ötesine ceza hukuku dışındaki müdahalelerle varılabiliyorsa cezaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu itibarla sadece cezalandırılmaya müstahak ve cezalandırılmaya muhtaç hukuksal değerlere ilişkin olan haksızlıklar suç olarak tanımlanabilir²¹⁰.

Aşağıda bir hukuki değer olarak marka hakkına tecavüz halinde ortaya çıkabilecek olumsuz durumlar üzerinde durulacak olup ardından marka hakkının cezai himayesinin gerekliliği meselesi değerlendirilecektir.

A. Marka Hakkına Tecavüzün Marka Hakkı Sahibi Açısından Etkileri

Marka hakkının cezai himayesinde elbette ve öncelikle marka hakkı sahibinin menfaati bulunmaktadır. Bu itibarla marka hukuku alanında cezai müdahalenin temel sebebi marka sahibinin haklarının etkin bir şekilde korunmasını sağlamaktır²¹¹.

Gerçek veya tüzel bir kişi hem maddi hem de gayri maddi malvarlığına sahip olabilir. Ancak piyasada yer edinmiş bir marka, gayri maddi malvarlığı değerlerinden olsa da bizatihi bir kişinin veya teşebbüsün en değerli malvarlığı unsuru haline gelebilmektedir²¹². Dolayısıyla bir gerçek veya tüzel kişiye ait hammaddenin çalınması halinde nasıl ki ceza hukuku müdahalesi gerekiyorsa marka hakkına tecavüz edildiğinde de marka sahibinin hakları ceza

Çağlar, Hayrettin, Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanına Getirdiği Önemli Yenilikler, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, 2017, s. 150.

²⁰⁸ **Ünver, Yener**, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 672.

²⁰⁹ **Ünver**, s. 673.

²¹⁰ **Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 40.

²¹¹ **Jarrett, H. Marshall / Chandler, Cameron G.**, Prosecuting Intellectual Property Crimes, Fourth Edition, Published by Office of Legal Education Executive Office for United States Attorneys, 2015, s. 92-93.

²¹² Örneğin Forbes'e göre APPLE'ın 2020 yılı marka değeri 241.2 milyar dolardır. Bkz. <https://www.forbes.com/the-worlds-most-valuable-brands/#2ffde6a9119c>, Erişim Tarihi: 19.10.2020. Ayrıca bugün Türkiye'nin en büyük ilan ve alışveriş sitelerinden olan "sahibinden.com" üzerinden marka satışı dahi yapılmaktadır. Bkz. <https://www.sahibinden.com/marka-satisi>, Erişim Tarihi: 19.10.2020.

hukuku ile korunmalıdır²¹³. Markanın gayri maddi mal niteliğinde olması sebebiyle hırsızlık suçu kapsamına girmemesi²¹⁴, onun cezai himayeye layık olmadığı anlamına gelmez²¹⁵. Nitekim özellikle marka taklitçiliğinin caydırılması ihtiyacı, en az hırsızlığı caydırma ihtiyacına eş değerdir²¹⁶.

B. Marka Hakkına Tecavüzün Toplumsal Etkileri

Suç teşkil eden marka hakkına tecavüz fiillerinin işlenmesi neticesinde toplumu oluşturan bireylerin menfaati ihlal edilmektedir²¹⁷. Nitekim bir fiilin suç olarak kabulü için korunan hukuki değer kamuya ait olması gerekmektedir²¹⁸. Özellikle marka taklitçiliği, açıklanacağı üzere, “ekonomi”, “kamu güvenliği ve düzeni”, “kamu sağlığı” ve “tüketiciler” açısından çeşitli sorunlara sebep olmaktadır.

1. Ekonomi

Marka hakkına tecavüz, “yatırımı”, “rekabeti”, “istihdamı” ve “vergi gelirlerini” etkileyerek ekonomik işleyişi bozmaktadır²¹⁹. Ekonomik düzen adeta bir domino taşı gibidir ve bu taşlardan bir tanesinin zarar görmesi toplumu oluşturan tüm bireyleri doğrudan ya da dolaylı olarak etkilemektedir. Dolayısıyla en zararlı ve tehlikeli marka hakkına tecavüz fiillerine ceza hukuku ile müdahale etmek toplumun menfaatinedir²²⁰.

²¹³ Manta, Irina D., The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement, Harvard Journal of Law & Technology, Volume 24, Number 2, Spring 2011, s. 473-480.

²¹⁴ Hırsızlık suçunun konusu maddi mallardır. Bkz. Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 525-526; Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 558. Ancak marka taklitçiliğinin hırsızlık suçuna benzediği bir gerçektir. Bkz. Harms, 2018, s. 141.

²¹⁵ Bitton, s. 73. “Cezaya liyakat” konusunda bkz. Ünver, s. 678 vd.

²¹⁶ Goldstone / Toren, s. 16.

²¹⁷ Paradise, Paul R., Trademark Counterfeiting, Product Piracy, and the Billion Dollar Threat to the U.S. Economy, First Published, Quorum Books, London 1999, s. 21. Marka hakkının cezai himayesinde kamu yararı mevcuttur. Bkz. Donay, Süheyl / Erman, Hasan, Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1973, s. 46; Nuhoglu, Ayşe, Marka Hakkına Tecavüz Suçu, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 421.

²¹⁸ Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992, s. 6.

²¹⁹ Paradise, s. 25-29; Carrington, s. 296-297; Hilty, Reto M., Economic, Legal and Social Impacts of Counterfeiting, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012, s. 9 vd. Marka hakkına tecavüzün fiili sonuçları için bkz. Trade in Counterfeit and Pirated Goods, Mapping the Economic Impact, OECD/EUIPO, OECD Publishing, Paris 2016.

²²⁰ Goldstone / Toren, s. 18; Jarrett / Chandler, s. 94.

a. Yatırım

Yatırımcılar haklarının korunduğu, rekabeti teşvik eden ve yatırımlarının semeresinden faydalanabileceği bir sistem içerisinde bulunmayı tercih etmektedir. Dolayısıyla yatırımcıların marka hakkına tecavüzün yaygın olduğu ülkeleri tercih etmesi pek mümkün değildir²²¹. Bu sebeple yatırımcılar mevduatlarını kullandıkları ülkede, oluşturdukları markalardan doğan haklarına tecavüz edileceğini, çalınacağını düşündüklerinde yatırım yapmaktan vazgeçerler²²². Yatırımın azalması ise kısa vadede vergi gelirlerinin eksilmesine, uzun vadede ise ekonomik kalkınmanın yavaşlamasına sebep olmaktadır²²³. Dolayısıyla marka hakkının etkin bir şekilde korunması ki bu ceza hukuku müdahalesini de gerektirir, yatırımı artıracak ve ülkenin ekonomik kalkınmasına yardımcı olacaktır.

b. Rekabet

Teşebbüsler pazar paylarını korumak için ürünlerini veya hizmetlerini sürekli geliştirmek ve yenilemek zorunda olduğundan kaynaklarının bir kısmını araştırma ve geliştirme faaliyetlerine ayırmaktadır. Yeni ürün veya hizmetlerin geliştirilmesine yol açan bu faaliyetler, işletmelere teknolojik açıdan bir avantaj ve rekabet edebilirlik sağlamaktadır²²⁴. Keza teşebbüsler ürün veya hizmetlerini tanıtmak, pazar paylarını artırmak için reklam harcamalarında bulunmaktadır. Gerek araştırma ve geliştirme faaliyetleri gerekse reklam yapılması teşebbüslere maliyet olarak yansımaktadır. Teşebbüslerin bu yatırımlarının korunması ülke ekonomisi bakımından önem arz etmektedir²²⁵.

Marka hakkına tecavüz edilerek üretilen mal veya sunulan hizmetler yasal olarak üretilen mal veya hizmetlerin yerini almaktadır. Başka bir anlatımla marka hakkına tecavüz eden kişiler, teşebbüsün yapmış olduğu bu masraflardan haksız bir şekilde faydalanmaktadır²²⁶. Bu durum teşebbüslerin cirolarının ve pazar paylarının azalmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla

²²¹ Harms, 2018, s. 144.

²²² Blakeney, Michael, Proposals for International Criminal Enforcement of Intellectual Property Rights, The Enforcement of Intellectual Property Rights, Comparative Perspectives from the Asia-Pacific Region, Edited by Christoph Antons, Wolters Kluwer, 2011, s. 32.

²²³ Blakeney, IP Rights, s. 32.

²²⁴ Paradise, s. 23-25; Blakeney, IP Rights, s. 33.

²²⁵ Goldstone / Toren, s. 18.

²²⁶ Goldstone / Toren, s. 19.

marka hakkına tecavüzün önlenemediği pazarlarda rekabet de normal işlemeyecek ve ticaretin doğal süreci gerçekleşmeyecektir²²⁷.

c. İstihdam

Marka hakkına tecavüz istihdamın azalmasına da sebep olmaktadır. Başlangıçta hem yasal üretim yapan veya hizmet sunan teşebbüsün hem de marka hakkına tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan kişilerin bulunması marka hakkına tecavüzün istihdamı artırdığını düşündürebilir²²⁸. Ancak uzun vadede marka hakkına tecavüz ve özellikle marka taklitçiliği, rekabete dayanamayan veya araştırma ve geliştirme faaliyetleri ile reklam giderlerini karşılayamayan teşebbüslerin kapanmasına, yeni yatırımların gelmemesine sebep olmaktadır. Dolayısıyla marka hakkına tecavüzün yaygın olduğu bir yerde istihdamın azalması kaçınılmaz bir son haline gelmektedir. Ayrıca marka hakkına tecavüz edilen işyerlerinde genellikle kayıt dışılık mevcuttur. Dolayısıyla bu tarz işyerlerinde iş ve sosyal güvenlik mevzuatı ihlallerinin mevcut olması da muhtemeldir²²⁹.

d. Vergi Gelirleri

Marka hakkına tecavüz, vergi gelirlerinin azalmasına yol açmaktadır²³⁰. Özellikle ayakkabı, giyim, parfüm, kozmetik, çanta, cüzdan, elektronik, saat, gözlük ve sağlık ürünleri üzerinde ve hizmet sektöründe yapılan marka taklitçiliğinin yaygın olması kayıt dışı ekonomiyi büyötmektedir²³¹. Kayıt dışı ekonomi, kamunun denetimi dışındaki ekonomik faaliyetler olarak tanımlanabilir²³². Kayıt dışı ekonomi ya hiç belgeye bağlanmayarak ya da içeriği gerçeği yansıtmayan belgelerle gerçekleştirilen ekonomik olayın, devletten ve teşebbüsle ilgili öteki kişilerden tamamen veya kısmen gizlenerek, (resmi) ekonominin dışına taşınmasıdır²³³. Kayıt dışı ekonominin boyutlarının genişlemesi, bir taraftan kayıtlı ekonomi aleyhinde haksız rekabete yol açarken²³⁴, diğer taraftan temel amacı kamu harcamalarını finanse etmek için kaynak yaratmak olan vergilendirme sistemini olumsuz etkilemek suretiyle vergi gelirleri

²²⁷ Hilty, s. 15.

²²⁸ Blakeney, IP Rights, s. 34.

²²⁹ Blakeney, IP Rights, s. 34.

²³⁰ Chaudhry / Zimmerman, s. 10.

²³¹ Blakeney, IP Rights, s. 31-32.

²³² Yurdakul, Funda, Türkiye’de Kayıtdışı Ekonomi: Bir Model Denemesi, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 63, Sayı:4, s. 206.

²³³ Yurdakul, s. 206.

²³⁴ Chaudhry / Zimmerman, s. 10.

yoluyla sağlanması beklenen finansman kaynaklarının azalmasına yol açarak kamu finansman dengesinin bozulmasına sebep olmaktadır²³⁵.

2. Kamu Güvenliği ve Düzeni

Suç teşkil eden marka hakkına tecavüz fiilleri genellikle bunu meslek haline getirenler²³⁶ tarafından organize şekilde işlenmektedir²³⁷. Organize suçluluk, genel anlamda birden fazla kişinin hiyerarşik düzende, disiplinli, sürekli, aynı amaca yönelik suçları işlemek için oluşturdukları örgütlenmedir²³⁸. Bazen yerel bazen uluslararası boyutta olan organize suçluluk²³⁹, kamu güvenliğini tehdit etmekte ve kamu düzenini olumsuz etkilemektedir²⁴⁰.

Marka hakkına tecavüz fiilleri genellikle kaçakçılıkla birleşmekte²⁴¹; uyuşturucu ve silah kaçakçılığından elde edilen gelirlerin aklanmasında bir araç olarak kullanılmaktadır²⁴². Bununla birlikte uyuşturucu ve silah kaçakçılığı için geliştirilen ticaret yolları marka hakkına tecavüz edilerek üretilen malların ticareti için mevcut bir alt yapı sağlamaktadır²⁴³. Günümüzde marka hakkına tecavüz fiillerinin icra edilmesi, uyuşturucu ve silah kaçakçılığından daha cazip hale gelmiştir. Nitekim marka hakkına tecavüz edilerek mal üretilmesi veya hizmet sunulmasıyla elde edilecek kâr yüksek ve failerin yakalanma olasılığı düşüktür²⁴⁴. Ayrıca bu

²³⁵ **Aslanoğlu, Suphi**, Türkiye’de Kayıtdışı Ekonomi ve Kayıtdışı Ekonomiyi Azaltmaya Yönelik Çözüm Önerileri, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Sayı: 39, Temmuz 2008, s. 199.

²³⁶ TCK’nın 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının (i) bendine göre suçu meslek edinen kişiden kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya almış kişi anlaşılır. Ayrıca aynı fıkranın (h) bendinde itiyadi suçlu, “kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişi” olarak tanımlanmıştır.

²³⁷ **Godart, Benoit**, IP Crime: The New Face of Organized Crime From IP Theft to IP Crime, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Volume 5, No. 5, 2010, s. 378; **Roudaut, M.R.**, From Sweatshops to Organized Crime: The New Face of Counterfeiting, Criminal Enforcement of Intellectual Property, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012, s. 75; **DuBose, Michael M.**, Criminal Enforcement of Intellectual Property Laws in the Twenty-First Century, Columbia Journal Of Law & The Arts, Volume 29, Number 4, 2006, s. 482; Ayrıca bkz. **UK Intellectual Property Office**, IP Crime and Enforcement Report 19/20, s. 10.

²³⁸ **Özek, Çetin**, Organize Suç, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Beta Basım Yayım, İstanbul 1998, s. 195. Ayrıca bkz. **Sözüer, Adem**, Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele ile İlgili Gelişmeler, Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1995, s. 256.

²³⁹ **Paradise**, s. 21-23; **Godart**, s. 378-379.

²⁴⁰ **Özek**, s. 195.

²⁴¹ **Blakeney**, IP Rights, s. 37.

²⁴² **Hetzer, Wolfgang**, Godfathers and Pirates: Counterfeiting and Organized Crime, European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice, Volume 10/4, 2002, s. 305.

²⁴³ **Blakeney**, IP Rights, s. 37-38.

²⁴⁴ **Chaudhry / Zimmerman**, s. 26.

fiillere uygulanacak ceza, uyuşturucu ve silah kaçakçılığına uygulanacak cezalara göre oldukça azdır²⁴⁵.

Öte yandan marka hakkına tecavüz ve özellikle marka taklitçiliği neticesinde elde edilen gelirlerin terör örgütlerinin faaliyetlerini finanse etmek için kullanıldığına dair kanıtlar mevcuttur²⁴⁶. Bu itibarla ifade edilmelidir ki düşünülenin aksine marka hakkına tecavüz fiilleri toplumu yakından ilgilendirmektedir.

3. Kamu Sağlığı

Marka hakkına tecavüz ile kamu sağlığı arasında belirgin bir bağ bulunmaktadır²⁴⁷. Marka taklit edilerek gıda, ilaç, kozmetik, tıbbi malzeme, içki, oyuncak, araba parçası gibi malların üretilmesi toplum sağlığını tehdit edebilmektedir²⁴⁸. Nitekim genellikle merdiven altı atölyelerde üretilen bu malların hangi standartları taşıdığı ve kalitede olduğu bilinmemektedir. Maliyeti azaltmak amacıyla taklit markalı oyuncaklarda çocuk sağlığını ve gelişimini olumsuz etkileyecek maddelerin kullanılması, kozmetik ürünlerin insan sağlığına zararlı maddeler katılması olasıdır. Ayrıca özellikle sahte ilaç üretimi küresel bir halk sağlığı krizine sebep olmaktadır. Yapılan araştırmalara göre küresel ilaç arzının % 15'inin (gelişmekte olan ülkelerde % 30'unun) taklit markalı, sahte olduğu tahmin edilmektedir²⁴⁹. Bu itibarla marka hakkına tecavüze cezai müdahale, kamu sağlığını tehdit eden taklit ürünlerin önüne geçilmesine ve azaltılmasına yardımcı olacaktır²⁵⁰.

4. Tüketiciler

Marka hakkına tecavüz tüketiciler için zararlı sonuçlara yol açabilmektedir²⁵¹. Marka, tüketicilere mal veya hizmetin kalitesini gösteren bir fonksiyon üstlenmiştir²⁵². Bu itibarla tüketicilerin iradesinin fesada uğratılmaması açısından şeffaflık ve dürüst bilgilendirme önem

²⁴⁵ **Blakeney**, IP Rights, s. 37-38.

²⁴⁶ **Spink, John**, Product Fraud and Product Counterfeiting as a Source of Terrorist Financing, Security Journal, Volume 30, Issue 2, May 2017, s. 640; **Schneider, Marius**, Counterfeiting and Terrorism, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Volume 11, Number 4, 2016, s. 221.

²⁴⁷ **Matthews, Duncan**, Counterfeiting and Public Health, Criminal Enforcement of Intellectual Property, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012, s. 42.

²⁴⁸ **Matthews**, s.42.

²⁴⁹ **Attaran, Amir / Bate, Roger / Kendall, Megan**, Why and How to Make an International Crime of Medicine Counterfeiting, Journal of International Criminal Justice, Volume 9, Issue 2, 2011, s. 326.

²⁵⁰ **Attaran / Bate / Kendall**, s. 353.

²⁵¹ **Blakeney**, IP Rights, s. 35.

²⁵² **Birtek**, s. 485.

arz etmektedir. Aksi halde tüketicilerin menfaatinin ihlali gündeme gelecektir²⁵³. Bununla birlikte marka taklitçiliği suretiyle üretilen mallar veya sunulan hizmetler tüketicilerin sağlığı ve güvenliği açısından risk oluşturabilir²⁵⁴. Örneğin sahte olarak üretilen kozmetik veya temizlik ürünlerinde ağır kimyasal maddelerin bulunduğu ve bu maddelerin tüketicilerin cildine zarar verdiği bilinmektedir²⁵⁵. Ayrıca marka hakkına tecavüz suretiyle üretilen mallar veya sunulan hizmetler genel olarak düşük kaliteyi haizdir. Dolayısıyla tüketiciler vermiş oldukları ücretin karşılığını alamama durumu ile karşı karşıya kalabilirler²⁵⁶.

Öte yandan tüketiciler marka hakkına tecavüz edilerek üretilen malları genellikle bilerek satın almaktadır²⁵⁷. Satış yerleri ve satış fiyatları dikkate alındığında malların marka hakkına tecavüz edilerek üretildiği tüketicilerce anlaşılabilmektedir. Fakat tüketiciler zaten özellikle orijinal ürünlerin fiyatlarının yüksek olması sebebiyle taklit malları tercih etmektedir²⁵⁸. Ayrıca bazen taklit mallar orijinal maldan daha kaliteli olduğundan tüketicileri cezbedebilir²⁵⁹. Eğer tüketicilerin iradesi fesada uğratarak sahte malları alması sağlanıyorsa, tüketiciler malların taklit olduğunu bildikleri takdirde ürünü almaktan vazgeçeceklerse dolandırıcılık suçu gündeme gelmektedir. Bu itibarla marka hakkına tecavüzün tüketicilerin korunmasında bir araç görevi görmediği doktrinde ifade edilmektedir²⁶⁰.

Kanaatimizce marka hakkına tecavüzü engellemeye yönelik cezai normların en azından iki yönden tüketicileri koruyucu etkisi bulunmaktadır. Bunların ilki suç teşkil eden marka hakkına tecavüz fiillerinin tüketicileri dolandırıcılık suçundan koruyacak olmasıdır. Marka hakkına tecavüz ile dolandırıcılık suçu arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır²⁶¹. Suç olarak kabul edilen marka hakkına tecavüz fiilleri ile dolandırıcılıkta kullanılacak mal veya

²⁵³ **Ohly, Ansgar**, Counterfeiting and Consumer Protection, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012, s. 25.

²⁵⁴ **Amendolara, Lauren D.**, Knocking Out Knock-Offs: Effectuating the Criminalization of Trafficking in Counterfeit Goods, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Volume 15, Number 3, 2005, s. 811-812; **Ohly**, s. 25.

²⁵⁵ Konu ile ilgili medyaya yansıyan bir haber için bkz. <https://www.milliyet.com.tr/gundem/son-dakika-sahte-temizlik-sikayet-yagdi-6361418>, Erişim Tarihi: 23.11.2020

²⁵⁶ **Ohly**, s. 26.

²⁵⁷ **Correa, Carlos M.**, Anti-counterfeiting: A Trojan Horse for Expanding Intellectual Property Protection in Developing Countries?, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012, s. 63-64.

²⁵⁸ **Rösler, Hannes**, Anti-Counterfeiting in Online Auctions from the Perspective of Consumers' Interests, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Volume 37, Issue 7, 2006, s. 777-778.

²⁵⁹ Marka hakkına tecavüz edilerek üretilen malların veya sunulan hizmetlerin orijinal ürün veya hizmetten daha kaliteli olması marka hakkına tecavüz bakımından sonucu değiştirmez. Bkz. **Goldstone / Toren**, s. 16.

²⁶⁰ **Çetintürk**, s. 137. Krş. **Keskin**, s. 22.

²⁶¹ **Goldstone / Toren**, s. 12.

hizmetlerin ele geçirilmesi veya bunlara son verilmesi sağlanacaktır. Böylece dolandırıcılık engellenerek tüketicilerin korunması sağlanacaktır. Bununla birlikte, marka hakkına tecavüz edilerek üretilen mallar veya sunulan hizmetler sebebiyle tüketicilerin cismani zarara uğraması mümkündür. Eğer bu tür mallar veya hizmetlerin dolaşımı engellenebilirse, tüketiciler yaralanma ve hatta öldürme suçlarından korunabilecektir. İkinci olarak tüketiciler açısından markanın bir önemi olmasa dahi, marka sahiplerince piyasadaki taklit ürün veya hizmetler kontrol edilirken aslında tüketicilerin de belli standartlarda ürün veya hizmet alması sağlanacak ve tüketiciler verdiği ücretlerin karşılığını hak eden ürün veya hizmete kavuşacaktır.

C. Değerlendirme

Günümüzde marka hakkına tecavüz ve özellikle marka taklitçiliği, marka sahiplerinin yanı sıra dünya genelinde üreticiler, devletler ve tüketiciler için büyük bir tehdit arz etmektedir²⁶². Bu itibarla özellikle ceza hukukunun genel önleme etkisinin marka hakkına tecavüzler bakımından da işlev görmesi elzemdir²⁶³. Cezai müdahale marka hakkı bilincinin oluşmasına ve en tehlikeli marka hakkına tecavüz fiilleriyle mücadeleye katkı sağlayacaktır. Ayrıca bu kadar geniş kitleyi tehdit eden marka hakkına tecavüzü sadece özel hukuk bağlamında değerlendirmek ve hukuki korumanın yeterli olacağını düşünmek doğru değildir²⁶⁴. Nitekim marka hakkına tecavüz fiillerinden bazılarının “*merdiven altı*” olarak tabir edilen işyerlerinde gerçekleşmektedir ve bunların bireysel olanaklarla tespit edilmesi oldukça güçtür. Dolayısıyla marka hakkına tecavüz sebebiyle açılacak hukuk davaları ile istenilen amaca ulaşılabileceğine şüphe ile yaklaşmaktayız.

Kanaatimizce marka hakkına tecavüz fiillerinin bazılarının suç olarak düzenlenmesi bir zorunluluktur. Küreselleşen ticaret içerisinde ve modern dünyada marka hakkında etkin

²⁶² **Wilson, Jeremy W. / Sullivan, Brandon A. / Johnson, Travis / Fenoff, Roy / Kammel, Kari**, Product Counterfeiting Legislation In The United States: A Review And Assessment Of Characteristics, Remedies, And Penalties, The Journal Of Criminal Law & Criminology, Volume 106, No. 3, 2016, s. 523.

²⁶³ **Wechsler**, s. 138. Cezanın amacı konusunda bkz. **Centel, Nur**, Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 337 vd.

²⁶⁴ Marka hakkına tecavüz, ihlali gerçekleştirenler bakımından yüksek kar / düşük risk barındırdığı için cazip bir sektör haline gelmektedir. Marka hakkına tecavüz edenler meşru üreticilerin ihtiyaç duyduğu araştırma ve tasarım, kalite kontrol, pazarlama veya reklamcılığa katılmadan üretim yaptığından veya hizmet sunduğundan yüksek kar elde etmektedir. Buna karşılık ihlali gerçekleştirenlerin tespitinin zor olması marka hakkına tecavüz edenler bakımından düşük risk oluşturur. Bkz. **Peterson, Debra D.** Criminal Counterfeiting and Component Parts: Closing the Perceived “Label Loophole”, Aipla Quarterly Journal, Volume 30, Number 4, Fall 2002, s. 470-471.

koruma sağlanabilmesi ceza hukuku müdahalesini gerekli kılmaktadır²⁶⁵. Bu gereklilik kendini uluslararası sözleşmelerde de göstermektedir. Ülkemizin de taraf olduğu TRIPS'in 61'inci maddesinde, taraf devletlere marka hakkına cezai himaye sağlanması hususunda yükümlülük getirilmiş ve cezai himayenin asgari ölçütleri belirlenmiştir²⁶⁶.

Öte yandan marka hakkının cezai himayesinde asıl sorun suç olarak kabul edilecek marka hakkına tecavüz fiillerinin tespiti ve bunların ceza hukuku ile uyumlaştırılması noktasındadır²⁶⁷. Şüphesiz ceza hukukunun son çare olma (ultima ratio) ilkesi²⁶⁸ gözetilerek marka hakkına tecavüz fiillerinden marka hakkı sahibi ve kamu açısından en zararlı ve tehlikeli olanlarının belirlenmesi ve bunların suç olarak ihdas edilmesi zaruridir²⁶⁹. Zira hukuki değerlerin her ihlali cezaya müstahak ve cezaya muhtaç değildir. Ayrıca elbette suç olarak tespit edilen fiillere uygun, orantılı bir yaptırımın belirlenmesi de gerekmektedir. Aksi durum marka hakkının himayesinde ceza hukuku müdahalesini ölçsüz bir hale getirecek ve ceza hukukundan beklenen fayda sağlanamayacaktır²⁷⁰.

III. Marka Hakkı Üzerindeki Himayenin Kapsamı

Marka hakkı üzerindeki himayenin kapsamı hususunda “*mutlak koruma sistemi*” ve “*sınırlı koruma sistemi*” olmak üzere başlıca iki sistem vardır²⁷¹.

Mutlak koruma sisteminde marka sahibi, markanın aynısının veya alıcıların karıştırmalarına neden olacak şekilde benzerinin hak sahibi olmayan kişiler tarafından tüm mal veya hizmetler bakımından tescil ettirilmesine veya kullanılmasına engel olabilir²⁷².

²⁶⁵ Nuhoğlu, s. 421; Güneş, İlhami, Fikri Mülkiyet Hukukunda Cezai Korumanın Gerekçesi, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:1 Sayı:4, Aralık 2006, s. 51.

²⁶⁶ Busche / Stoll / Wiebe, s. 794-795; Ingerl / Rohnke, s. 1676.

²⁶⁷ Geiger, Christophe, The Anti-Counterfeiting Trade Agreement and Criminal Enforcement of Intellectual Property: What Consequences for the European Union?, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-04, s. 3.

²⁶⁸ Detaylı bilgi için bkz. Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage 2006, s. 25 vd.; Taşkın, Ozan Ercan, Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Haziran 2016, s. 59 vd.

²⁶⁹ Krş. Nuhoğlu, s. 421.

²⁷⁰ SMK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenen marka suçlarının ceza hukukunun bazı temel ilkeleri bağlamında değerlendirilmesi hususunda bkz. Üçüncü Bölüm, §7.

²⁷¹ Öçal, Markaların Himayesi, s.38; Cengiz, s. 62; Ocak, Nazmi, Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998, s. 269-278; Kaya, s. 236-238; Paşlı, Ürün Benzerliği, s. 27-30.

²⁷² Öçal, Markaların Himayesi, s.38; Cengiz, s. 63; Ocak, s. 269-270; Kaya, s. 236-237.

Sınırlı koruma sisteminde ise marka hakkı tecavüzlere karşı belirli mal ve hizmetlerle veya belirli mal veya hizmet sınıfları ile sınırlı olarak korunur²⁷³. Sınırlı koruma sistemi kendi içerisinde “*emtia sistemi (belirli mal veya hizmetler)*” ve “*emtia sınıfı sistemi (belirli mal veya hizmet sınıfları)*” olmak üzere ikiye ayrılır²⁷⁴.

Emtia sisteminde, markaların üzerine konulacağı mal veya hizmetler tescil başvurusunda tek tek belirtilir ve sicile geçirilir. Bu sistemde marka hakkı tescilde belirlenen mal ve hizmet kapsamında sınırlı olarak korunur²⁷⁵.

Emtia sınıfı sisteminde ise mal ve hizmetler çeşitli kriterlerden hareketle başlangıçta sınıflandırılmıştır. Genellikle birbirine benzeyen mal ve hizmetler, aynı emtia sınıfı kapsamında yer almaktadır ve bu sınıflar kendi içerisinde alt gruplara ayrılmıştır²⁷⁶. Emtia sınıfı sisteminde marka sahibi tescil başvurusunda markasının yer alacağı sınıfı veya alt grubu ya da alt gruplardan birkaçını veya belirli mallar ve hizmetleri belirtmektedir. Eğer bir marka emtia sınıfının tamamı bakımından tescil edilirse, sınıfın uhdesine girebilecek her mal veya hizmet bakımından marka hakkı sınırlı olarak korunur²⁷⁷.

Sınırlı koruma sisteminde marka hakkının korunması, kanunun tercihiine göre tescilde belirlenmiş olan mal veya hizmet ile sınırlı olabileceği gibi tescilde belirlenmiş olan mal veya hizmetler ile bunların benzerini de kapsamına alabilir²⁷⁸. Ayrıca sınırlı koruma sisteminde tanınmış markalara ayrıcalık tanınmakta ve şartları haiz ise tanınmış markalar açısından tüm mal veya hizmetler için koruma sağlanmaktadır²⁷⁹.

Emtia sınıfı sisteminin kabul edildiği SMK’da marka hakkının hukuki himayesi kural olarak tescilde belirlenmiş olan mal veya hizmetler ile bunların benzerleri ile sınırlıdır²⁸⁰. Ayrıca SMK’da tanınmış markalar, tanınmışlığı sebebiyle SMK’da öngörülen şartları haiz ise farklı mal veya hizmetler bakımından da hukuki himayeye sahiptir²⁸¹. Ancak kanaatimizce

²⁷³ Öçal, Markaların Himayesi, s.38; Cengiz, s. 63; Ocak, s. 260-271; Kaya, s. 237.

²⁷⁴ Cengiz, s. 72; Ocak, s. 271; Kaya, s. 237; Pash, Ürün Benzerliği, s. 28.

²⁷⁵ Öçal, Markaların Himayesi, s. 38-40; Cengiz, s. 72; Ocak, s. 271; Kaya, s. 237-238.

²⁷⁶ Örneğin, TPMK’nın 2016/2 sayılı Tebliği’nde 25. Sınıf, “Koruyucu amaçlı olanlar hariç her türlü malzemeden yapılmış iç-dış giysiler, çoraplar, fularlar, şallar, bandanalar, eşarplar, kemerler. Ayak giysileri: ayakkabılar, terlikler, sandaletler.

Baş giysileri: şapkalar, kasketler, bereler, takkeler, kepler” şeklinde düzenlenmiştir.

²⁷⁷ Öçal, Markaların Himayesi, s. 38-40; Cengiz, s. 72-73; Ocak, s. 272; Kaya, s. 237-238.

²⁷⁸ Cengiz, s. 63; Kaya, s. 237.

²⁷⁹ Öçal, Markaların Himayesi, s. 41.

²⁸⁰ Harms, 2018, s. 29; Ocak, s. 280; Uzunallı, s. 128.

²⁸¹ Çolak, s. 431; Harms, 2018, s. 45 vd.

marka hakkının cezai himayesi açısından durum tartışmalıdır²⁸². Dolayısıyla marka suçlarının uygulanma alanı da çözülmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim SMK'nın 30'uncu maddesinde cezai himayenin kapsamını belirtecek herhangi bir norma yer verilmemiştir²⁸³.

Marka hakkının konusu ile marka hakkının korunmasının kapsamı aynı değildir²⁸⁴. Daha önce belirttiğimiz üzere²⁸⁵, marka hakkının konusu bizatihi markanın müseccel olduğu mal veya hizmettir²⁸⁶. Bu itibarla kanaatimizce hakkın konusu ile himayenin kapsamı karıştırılmamalıdır.

IV. Marka Suçu Kavramı ve Marka Suçlarının Niteliği

A. Marka Suçu Kavramı

Suç, tipe uygun, hukuka aykırı bir haksızlıktır²⁸⁷. Suç teşkil eden fiiller, kanunda suç olarak tanımlanmadan önce de esasen haksızlık olarak vardır²⁸⁸. Bu sebeple suç, bir haksızlık olarak, medeni hukuk ya da kamu hukukuna aykırı harekette bulunmaktan nitelik itibariyle farklı değildir²⁸⁹. Ancak suç, cezaya müstahak bir haksızlık olmasıyla diğerlerinden ayrılır.

Marka suçları, marka hakkı ve bu hakkın korunmasına dair kurallar başta olmak üzere markalarla ilgili olarak öngörülen düzenden kaynaklanan suçları ifade etmektedir²⁹⁰. Suç politikası gereği markalarla ilgili olarak öngörülen düzenden kaynaklanan haksızlıkların bazıları cezaya müstahak görülmüştür. Kanun koyucu tarafından cezaya müstahak haksızlık

²⁸² Bkz. İkinci Bölüm, §4, II, A, 3, b ve §4, II, A, 4, c.

²⁸³ Uluslararası düzenlemelerde ve karşılaştırmalı hukukta genellikle marka hakkının cezai himayesinin kapsamı ayrıca ve özellikle normatif olarak belirtilmiştir. Bkz. **Harms**, 2018, 144.; s. **Fezer**, s. 2587; **Busche / Stoll / Wiebe**, s. 664; **Moohr / Lipton / Manta**, s. 357; **Bainbridge**, s. 659.

²⁸⁴ **Paslı**, Ürün Benzerliği, s. 14.

²⁸⁵ Bkz. Birinci Bölüm, §1, VII, C.

²⁸⁶ **Kaya**, s. 236; **Paslı**, Ürün Benzerliği, s. 14; **Bozgeyik**, s. 17; **Arslan / Özdemir**, s. 1091.

²⁸⁷ **Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 257.

²⁸⁸ **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 41.

²⁸⁹ **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 40.

²⁹⁰ **Dursun, Selman**, Marka Haklarında Ceza Hukuku Alanındaki Gelişmeler, Fikri ve Sınai Haklarda Problemler ve Çözüm Yolları, İstanbul Barosu Yayınları, 2016, s. 17.

içerdiği kabul edilen ve başta marka hakkına tecavüz olmak üzere marka düzenine aykırılık teşkil eden fiillerinin her birine “*marka suçu*” denilmektedir²⁹¹.

Hangi fiillerin marka suçlarını oluşturduğu konusunda mukayeseli hukukta yeknesaklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla ülkemizde suç olarak kabul edilmiş bir marka hakkına tecavüz fiili başka bir ülkede suç olarak sayılmayabileceği gibi²⁹² başka bir ülkede suç olarak kabul edilmiş bir marka hakkına tecavüz fiili de ülkemizde suç olarak kabul edilmeyebilir²⁹³. Ancak cezai müdahale gerektirecek marka hakkına tecavüz fiilleri konusunda TRIPS gibi bazı uluslararası anlaşmalar yol gösterici olmaktadır²⁹⁴.

Mevzuatımızda SMK’nın 30’uncu maddesi ile üç ayrı marka suçu ihdas edilmiştir: Birinci fıkrada, uygulamada en çok karşılaşılan “*iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu*”; ikinci fıkrada, “*marka koruması işaretinin kaldırılması suçu*” ve nihayet üçüncü fıkrada, “*yetkisiz tasarrufta bulunma suçu*” düzenlenmiştir.

B. Marka Suçlarının Niteliği

1. Genel Açıklamalar

Ceza hukukunda suçlar, bazı kıstaslardan hareketle nefret suçları, şiddet suçları, cinsel suçlar, mala karşı işlenen suçlar, trafik suçları, çevre suçları, bilgisayar suçları, kamu görevlisi suçları ve ekonomik suçlar gibi çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır²⁹⁵. Suçların belirli

²⁹¹ **Rahmatian, Andreas**, Trade Mark Infringement as a Criminal Offence, The Modern Law Review, Volume 76, Number 4, Jul. 2004, s. 683; **Coblentz, Michael**, Intellectual Property Crimes, Albany Law Journal of Science and Technology, Volume 9, 1999, s. 272; **Keskin**, s. 117; **Nuhoğlu**, s. 423; **Başbüyük**, s. 29; **Güneş**, Marka Hukuku, s. 542; **Önder**, s. 79; **Aydın**, Sınai Mülkiyet, s. 77; **Dursun**, Marka Hakları, s. 17; **Arslan, Çetin / Özdemir, Didar**, Türk Hukukunda Marka Suçları -Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme-, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Yıl: 2016, s. 1085; **Ensari, Dilan**, Türk Hukukunda Marka Hakkı ve Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020, s. 58; **Bayındır, Sinan**, Sınai Mülkiyet Aleyhine Cürümler, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2005, s. 25. Nasıl ki malvarlığına karşı işlenen fiillerin hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma gibi türleri bulunuyorsa, marka hakkı aleyhine işlenen fiillerin de çeşitli görünüm şekilleri bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Başbüyük**, s. 29-31.

²⁹² Örneğin SMK’nın 30’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında kabul edilen marka koruması işaretinin kaldırılması suçu Alman Markalar Kanunu’nda (MarkenG) suç olarak kabul edilmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Böxler, Bernhard**, Markenstrafrecht, Geschichte – Akzessorietät – Legitimation – Perspektiven, Mohr Siebeck, 2013, s. 194 vd.

²⁹³ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde 18 U.S.C. § 2320 maddesine göre, bir mal veya hizmet üzerinde olmasa dahi taklit marka ile üretilen etiket veya ambalajların ticareti de suç olarak kabul edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Manta**, s. 486 vd.

²⁹⁴ **Busche / Stoll / Wiebe**, s. 687 vd.

²⁹⁵ **Demirbaş, Timur**, Kriminoloji, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 252 vd.

ölçütlere göre tasnifi bilimsel açıdan büyük önemi haizdir. Nitekim bir normun sistematik yorumu, değer ve işlevinin belirlenmesi suçun tasnifine göre yapılmaktadır²⁹⁶.

Marka suçları, zikredilen sınıflandırmalar bakımından ekonomik suçlar ile ilişkilidir. Ekonomik suçların herkes tarafından kabul edilen bir tanımı bulunmamaktadır²⁹⁷ ve bu itibarla hangi suçların ekonomik suçlar arasında sayılacağı tartışmalıdır²⁹⁸. Doktrinde ekonomik suç kavramının açıklanmasında farklı ölçütler tespit edilmiş²⁹⁹ ve bu suretle ekonomik suçların kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır³⁰⁰.

Kriminolojik açıdan ekonomik suç kavramı faili temel almakta ve ekonomik suçların tespitinde failin mensubu olduğu meslek gurubu önem kazanmaktadır³⁰¹. Bu kriter, ekonomik suçlara öncülük eden beyaz yaka suçluluğu bakımından görev ifa etse de günümüzde ekonomik hayatın ve dolayısıyla suç faillerinin profillerinin değişmesi sebebiyle ekonomik suçlar için anlamını yitirmiştir³⁰². Ayrıca modern ceza hukuku faili değil fiili esas almaktadır.

²⁹⁶ **Feiler, Harald**, Subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht, Universitätsverlag Göttingen, 2011, s. 51; **Bayındır, Sinan**, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 7.

²⁹⁷ **Dursun, Selman**, Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı Suçlar, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 33; **Özbek, Veli Özer**, Ekonomi Ceza Hukuku, Birinci Kitap – Genel hükümler, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 21; **Aytekin İnceoğlu, Asuman**, Ekonomik Suçlar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2020, Sayı: 1, s. 122.

²⁹⁸ **Demirbaş**, Kriminoloji, s. 289.

²⁹⁹ **Mahmutoğlu, Fatih Selami**, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 30-36; **Dursun**, Ekonomik Suçlar, s. 33-36; **Özbek**, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 21-30; **Dursun, Gizem**, “Ekonomik Suça Ekonomik Ceza İlkesi” ve Bu Kapsamda 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Bilgi Suiistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları İçin Öngörülen Cezaların Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 175-176, Yıl: 2019, s. 856-860. Ayrıca bkz. **Tiedemann, Klaus**, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, 4. aktualisierte und erweiterte Auflage, Verlag Franz Vahlen München 2014, s. 27-31; **Feiler**, s. 51-53; **Başbüyük**, s. 33-36.

³⁰⁰ Ekonomik suçun kökeni “beyaz yaka suçları” kavramına dayanmaktadır. Devamında ise bir taraftan beyaz yaka suçluluğu kavramının kriminoloji, kriminalistik, sosyoloji, psikoloji gibi gözleme ve tecrübeye dayanan bilim dallarından da yararlanılarak daha geniş kapsamlı bir biçimde ele alındığı, diğer taraftan ceza yargılaması kurallarının suçlulukla mücadeledeki öneminin ve nihayet ceza hukuku biliminin normatif kaynaklarının koruma altına aldığı hukuki değerlerin bağlantı noktası olarak ortaya konulduğu görülmektedir. Bkz. **Mahmutoğlu**, s. 29. Beyaz yaka suçları hakkında bkz. **Gottschalk, Peter / Gunnesdal, Lars**, White-Collar Crime in the Shadow Economy, Palgrave Macmillian, 2018, s. 1 vd.; The Criminology of White-Collar Crime, Editor: **Simpson, Sally S. / Weisburd, David**, Springer, 2009, s. 3 vd.

³⁰¹ **Erman, Sahir**, Ticari Ceza Hukuku, I – Genel Kısım, 3. Baskı, İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul 1992, s. 3; **Tiedemann**, s. 29; **Aytekin İnceoğlu**, s. 122.

³⁰² **Şensoy Cin, Şehnaz**, Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2004, s. 834.

Kriminalistik açıdan ekonomik suçlar, ceza muhakemesi makamlarının söz konusu suçların kovuşturulmasında karşılaştıkları sorunlardan hareketle ele alınmaktadır³⁰³. Ekonomik suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında yaşanan zorluklar, onları diğer suçlardan ayırmaktadır³⁰⁴. Bu yaklaşım, fiil ceza hukukunun temeli olan hukuki değer düşüncesine eğilmediği ya da ekonomi suçluluğunun özel sosyal zararlılığı alanına yeteri kadar yoğunlaşmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir³⁰⁵.

Ekonomik suçların tanımlanmasındaki son yaklaşım hukuki değeri esas almaktadır³⁰⁶. Hukuki değeri esas alan yaklaşım, ceza hukukunun kendine özgü öğelerini barındırmasıyla diğerlerinden ayrılır³⁰⁷. Bu yaklaşımda ekonomik suçların belirlenmesinde ihlal edilen hukuki değer ve belirli nitelikteki hukuk kurallarına aykırılık kriterleri esas alınmaktadır³⁰⁸. Ekonomik suçların belirlenmesinde zikredilen kriterlerin biri veya her ikisi dikkate alınabilir³⁰⁹.

İhlal edilen hukuki değer kriterine göre ekonomik suçlar bireyler üstündeki ekonomik hayata ilişkin hukuki değerlerin korunmasına hizmet etmektedir. Burada genel olarak ekonomik yapının varlığına işaret edilmekte ve kamusal nitelikteki hukuki değer, başka bir anlatımla ülkede yaşayan herkesin çıkarıyla ilgili bir yarar gözetilerek bunun zarara uğratılması veya tehlikeye maruz bırakılması dikkate alınmaktadır³¹⁰. Hukuki değer kamusal nitelikte olması, ilk planda ekonomik suçların bireysel alana yönelik suçlardan ayırt edilmesini sağlamaktadır.

Belirli nitelikteki hukuk kurallarına aykırılık kriterine göre ekonomik suç ise ekonomi hukukuna ilişkin düzene aykırılık teşkil eden ve bu sebeple cezai yaptırıma bağlanan fiillerdir³¹¹.

³⁰³ **Dursun**, Ekonomik Suçlar, s. 36.

³⁰⁴ **Mahmutoğlu**, s. 32.

³⁰⁵ **Aygörmez, Gülsün Ayhan**, Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş I, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 14, Aralık 2010, s. 71.

³⁰⁶ **Tiedemann**, s. 30; **Mahmutoğlu**, s. 33; **Dursun**, Ekonomik Suçlar, s. 34; **Özbek**, Ekonomi Ceza hukuku, s. 29-30.

³⁰⁷ **Aygörmez**, s. 71.

³⁰⁸ **Dursun**, Ekonomik Suçlar, s. 34.

³⁰⁹ **Dursun**, Ekonomik Suçlar, s. 35.

³¹⁰ **Mahmutoğlu**, s. 35.

³¹¹ **Aytekin İnceoğlu**, s. 123.

Her iki kriterin bir arada kullanıldığı tanıma göre ekonomik suç toplumun himaye edilmesi gereken ekonomik yararlarına zarar veren veya bunları tehlikeye sokan ve bu sebeple yasaklanan eylemlerdir³¹².

Doktrinde ekonomik suçları *Tesal*, “*maddi servetleri elde etmeğe yönelik faaliyetlerin, toplum yararına planlı bir düzene bağlanmış bulunan ekonomik nizamı bozacak ve bu nizamı ceza müeyyidesi tahtında sağlayan kaidelere aykırılık teşkil edecek şekilde yapılması ile meydana gelen suçlar*”³¹³;

Erman, “*ticari veya sınai bir işletmenin ticari işlerinin hukuka uygun bir tarzda cereyan etmesi ve sözü geçen işletmenin bu işlerden doğan menfaatlerinin korunması maksadıyla cezalandırılan ve sadece böyle bir işletme mensupları tarafından işlenebilen fiiller*”³¹⁴;

Mahmutoğlu, “*ulusal ekonomideki üretim, tüketim, değişim, bölüşüm ilişkilerini düzenleyen, başka bir ifadeyle, genel ekonomik düzeni koruyan hükümleri ihlal eden eylemler*”³¹⁵;

Dursun, “*ekonomik faaliyetlerin düzenli işleyişi şeklindeki genel ekonomik yararı ve bu hukuksal yararı koruma altına alan hukuk kurallarını ihlal eden eylemler*”³¹⁶;

Demirbaş, “*kayıt altına alınamayan, kamu otoritesinin kontrolü dışında olan ve kamu düzenini korumak için çıkarılmış kanunlara aykırı olarak cereyan ettikleri için cezalandırılan fiiller*”³¹⁷;

Özbek, “*ekonomik faaliyetlerin düzenli işleyişi şeklindeki genel ekonomik yararı ve bu hukuksal yararı koruma altına alan hukuk kurallarını ihlal eden eylemler*”³¹⁸;

³¹² **Dönmezer, Sulhi**, Öntasarı Hakkında Genel Bilgi, Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, 17-18 Nisan 1987, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 1987, s. 20.

³¹³ **Tesal, Reşat D.**, İktisadi, Ticari, Mali Suçlar, 4. Bası, Dilek Matbaası, İstanbul 1977, s. 151.

³¹⁴ **Erman**, s. 4.

³¹⁵ **Mahmutoğlu**, s. 37.

³¹⁶ **Dursun**, Ekonomik Suçlar, s. 39.

³¹⁷ **Demirbaş**, Kriminoloji, s. 289.

³¹⁸ **Özbek**, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 32.

Aytekin İnceoğlu, “ekonomik düzenin kurumlarını ve bu şekilde de ekonominin genel düzenini zedeleyen veya zarara uğrama tehlikesini yaratan davranışlar”³¹⁹;

Küçüktaşdemir, “mesleki ve teknik yetenekler taşıyan failler tarafından, şiddet içermeyen, çoğunlukla aldatıcı fiiller vasıtasıyla, ekonomik kazanç hedefiyle, iktisadi bir etkinlik dahilinde işlenen ve genel olarak iktisadi menfaatleri ihlal eden suçlar”³²⁰;

Başbüyük, “ekonomik düzenin tesisi ve şekillendirilmesine dair kuralları ihlal etmek suretiyle, toplumun ekonomik düzenin sağlıklı işleyişi üzerindeki haklı menfaatlerini zarara uğratan yahut zarara uğratma tehlikesi taşıyan suçlar”³²¹ şeklinde tanımlamaktadır.

Öte yandan ekonomik suç kavramıyla ilgili terminolojik bir sorun bulunduğu ifade edilmelidir³²². Ticari suç, mali suç, beyaz yaka suçu ve ekonomik suç terimleri bazen aynı anlamda bazen de farklı anlamlarda kullanılmaktadır³²³. Bu durum ekonomik suçların belirli bir suç tipini oluşturan fiillere yönelik olmamasından kaynaklanmaktadır³²⁴.

Ticari suçlar, bir ticari veya sınai faaliyetin icrası dolayısıyla işlenen suçları³²⁵; mali suçlar, devlet veya özel sektör maliyelerine ilişkin düzenlemelere aykırılıktan kaynaklanan suçları³²⁶; beyaz yaka suçları ise saygınlık ve yüksek sosyal statüye sahip bir kişi tarafından mesleğini icra sırasında işlenen suçları³²⁷ ifade etmektedir.

Ekonomik suç kavramı ticari ve mali suçları uhdesinde barındıran üst bir kavramdır³²⁸. Nitekim ticari ve mali hayat ve bunları düzenleyen hükümler, genel ekonomik yaşamın ve bu yaşama ait normların önemli birer parçasıdır³²⁹. Bu itibarla her ticari ve mali suç aynı zamanda ekonomik suçlardandır. Ancak her ekonomik suç ticari veya mali suç olmak zorunda değildir³³⁰.

³¹⁹ Aytekin İnceoğlu, s. 124.

³²⁰ Küçüktaşdemir, s. 61.

³²¹ Başbüyük, s. 38.

³²² Dönmezer, Sulhi, Ekonomik Suçlar, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı 7, Ocak 1985, s. 20-22; Dursun, Ekonomik Suçlar, s. 41; Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 21.

³²³ Mahmutoglu, s. 36-37; Dursun, Ekonomik Suçlar, s. 40; Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 21; Başbüyük, s. 39; Johnson, David / Leo, Richard, The Yale White Collar Crime Project: A Review and Critique, Law & Social Inquiry, Volume 18, Issue 1, s. 84.

³²⁴ Mahmutoglu, s. 37; Dursun, Ekonomik Suçlar, s. 40-41; Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 21.

³²⁵ Mahmutoglu, s. 36-37.

³²⁶ Mahmutoglu, s. 36.

³²⁷ Sutherland, Edwin H., White-Collar Criminality, American Sociological Review, Volume 5, Number 1, February 1940, s. 1.

³²⁸ Mahmutoglu, s. 37; Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 31-32.

³²⁹ Dursun, Ekonomik Suçlar, s. 41.

³³⁰ Küçüktaşdemir, s. 67.

Öte yandan beyaz yaka suçları bakımından durum biraz farklıdır. Beyaz yaka suçları ile ekonomik suçlar farklı kavramlar olup ancak ikisinin kesişen ortak alanları bulunmaktadır³³¹. Başka bir anlatımla her beyaz yaka suçu ekonomik suç veya her ekonomik suç beyaz yaka suçu olarak değerlendirilmemekle birlikte suç konusu fiil hem beyaz yaka suçu hem de ekonomik suç niteliği taşıyabilir.

2. Değerlendirme

Ekonomik suçların tanımı ve dolayısıyla bunların tespiti noktasında doktrinde uzlaşa bulunmamaktadır. Ekonomi ceza hukukuna ilişkin hemen her çalışmada ekonomik suçların farklı şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Bu durum ekonomi ceza hukukunun yeni bir kavram olmasından ve genel bir ekonomik suç kategorisinin belirlenmesinin zorluğundan kaynaklanmaktadır.

Kanaatimizce ekonomik suçların açıklanmasında belirli nitelikteki hukuk kurallarına aykırılık kriterinden hareket edilmelidir. Bu itibarla ekonomik düzenin kurulması, işlemesi ve devamı için öngörülen kurallara aykırılıktan kaynaklanan suçlar, ekonomik suç niteliğini taşımaktadır³³².

Ekonomik suçlar ile kural olarak kamusal değerler korunmaktadır ki bunlar dar anlamda ekonomik suçları teşkil eder³³³. Ancak ekonomik suçların işlenmesiyle bireysel menfaatlerin de ihlal edilmesi mümkündür³³⁴. Hatta bazı ekonomik suçların soruşturulması ve kovuşturulması, bireysel menfaatin daha yoğun olması sebebiyle, şikâyet şartına bağlanmıştır. Ancak her ne kadar bireysel menfaat yoğun olsa da bu tarz suçların işlenmesinin engellenmesi ekonominin işleyişi için büyük önem arz etmektedir. İşte bireysel menfaatlerin yoğun olduğu ancak ekonomik düzeni ilgilendiren suçlar, geniş anlamda ekonomik suçları oluşturur³³⁵.

Marka suçları esasında bireysel menfaati ilgilendiren ancak ekonomik düzenin normal işleyebilmesi için gerekli olan ve kamusal değerleri de koruyan suçlardandır. Bu sebeple marka

³³¹ Dursun, Ekonomik Suçlar, s. 39.

³³² Mahmutoglu, s. 37; Aytekin İnceoglu, s. 124.

³³³ Mahmutoglu, s. 37-38.

³³⁴ Doktrinde *Bacaksız*, ekonomik suçlarda bir anlamda bireysel hukuki değerlerle bireyüstü hukuki değerlerin iç içe geçtiğini ifade etmektedir. Bkz. **Bacaksız, Pınar**, TCK'da Yer Alan İflas Suçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011, s. 9. Aksi görüş için bkz. **Mahmutoglu**, s. 38.

³³⁵ Tiedemann, s. 62.

suçları ekonomik suçlar arasında yer almaktadır³³⁶. Ayrıca marka ticari ve sınai faaliyetlerle ilgili bir kavramdır. Dolayısıyla marka suçları ekonomik suçlar başlığı altında ticari suçlar kapsamında değerlendirilmelidir³³⁷.

§3. MARKA HAKKININ CEZAİ HİMAYESİNE YÖNELİK ULUSLARARASI DÜZENLEMELER VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA MARKA SUÇLARI

I. Marka Hakkının Cezai Himayesine Yönelik Uluslararası Düzenlemeler

A. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (The Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS)

1. Genel Açıklamalar

Dünya Ticaret Örgütü’nün kurucu anlaşmasına ek olarak kabul edilen TRIPS, ticaretle bağlantılı fikri mülkiyet haklarını düzenleyen bir anlaşma olarak uluslararası ticaret sistemine 1995 yılında dahil olmuştur. Türkiye’nin de 1995 yılından bu yana taraf olduğu³³⁸ TRIPS, fikri mülkiyet konularını, hem sınai mülkiyet hem de telif hukukunu içine alır şekilde düzenlemekte, taraflara fikri mülkiyet haklarını nasıl koruyacaklarına dair yükümlülükler getirmektedir³³⁹.

Esasında TRIPS özel hukuka ilişkin bir anlaşmadır³⁴⁰. Nitekim TRIPS’te marka hukukuna ilişkin olarak marka olabilecek işaretler, verilen haklar, marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller, lisans verme, markanın devri gibi hususlar düzenlenmiştir.

Öte yandan TRIPS’in 61’inci maddesi, “*Üyeler en azından, ticari ölçekte bilerek marka sahtekarlığı (trademark counterfeiting – marka taklitçiliği) veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ve cezaları hükme bağlayacaklardır. Uygulanabilecek telafi yöntemleri eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı*

³³⁶ Tiedemann, s. 10-11; Feiler, s. 51; Başbüyük, s. 40; Aygörmez, Gülsün Ayhan, Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş III, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 22, Ağustos 2013, s. 70. Ayrıca bkz. Dursun, Selman, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Üye Ülkelere Ekonomik Suç Hakkındaki Tavsiyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 3293 vd.

³³⁷ Başbüyük, s. 40.

³³⁸ R.G., 25.02.1995, 22213.

³³⁹ Cardwell, Ryan / Ghazalian, Pascal L., The Effects of the TRIPS Agreement on International Protection of Intellectual Property Rights, The International Trade Journal, Volume 26, Issue 1, 2012, s. 20.

³⁴⁰ Ruse-Khan, Henning Grosse, From Trips to ACTA: Towards a new ‘Gold Standard’ in Criminal IP Enforcement?, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 10-06, s. 3-4.

nitelikte olan hapis ve/veya para cezalarını içerecektir. Uygun hallerde, uygulanabilecek telafi yöntemleri, ihlale neden olan malların ve suçun işlenmesinde esas olarak kullanılan malzeme ve aletlere elkonmasını, bunlar üzerindeki hakkın kaybedilmesini ve bunların imha edilmesini de içerecektir. Üyeler fikri mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu ihlal suçu kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak cezai usuller ve cezaları hükme bağlayabilirler” hükmünü içermektedir³⁴¹. Maddede, marka hakkı ve telif haklarının ceza hukuku ile korunması hususunda taraf devletlerce düzenleme yapılması zorunlu kılınmış ve ölçütler belirlenmiştir³⁴².

2. Asgari Ölçütler

TRIPS’in 61’inci maddesinde, taraf devletlere marka hakkına cezai himaye sağlanması hususunda yükümlülük getirilmiş ve cezai himayenin asgari ölçütleri hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla taraf devletler, en azından TRIPS’in 61’inci maddesinde belirtilen şekilde marka hakkını koruyacak düzenlemeler getirmek zorundadır. Ancak taraf devletlerin asgari ölçütler ötesinde marka hakkına cezai koruma sağlaması da mümkündür.

TRIPS’in 61’inci maddesi marka taklitçiliği fiilinin suç olarak düzenlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Madde metninde açıklanmayan marka taklitçiliği, TRIPS’in 51’inci maddesinin uhdesinde yer alan 14 numaralı dipnotta sahte (taklit) markalı mallar bağlamında tanımlanmıştır³⁴³. Resmi çeviriye göre TRIPS’te “sahte markalı mallar”, “bu mallar için geçerli olarak tescil edilmiş bir markaya benzer veya esas unsurları ile bu markadan ayırtedilemeyen bir markayı izinsiz olarak taşıyan ve bu nedenle ithalat yapılan ülkenin yasaları kapsamında söz konusu markanın sahibinin haklarını ihlal eden mallar ve bu malların ambalajlan anlamında olacaktır” şeklinde tanımlanmıştır.

³⁴¹ Maddenin orijinal metni, *Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. Remedies available shall include imprisonment and/or monetary fines sufficient to provide a deterrent, consistently with the level of penalties applied for crimes of a corresponding gravity. In appropriate cases, remedies available shall also include the seizure, forfeiture and destruction of the infringing goods and of any materials and implements the predominant use of which has been in the commission of the offence. Members may provide for criminal procedures and penalties to be applied in other cases of infringement of intellectual property rights, in particular where they are committed wilfully and on a commercial scale*” şeklindedir.

³⁴² **Ruse-Khan**, From Trips to ACTA, s. 4; **Busche / Stoll / Wiebe**, s. 794-795.

³⁴³ **Kur / Senftleben**, s. 36; **Harms**, 2018, s. 144; **Ruse-Khan**, From Trips to ACTA, s. 5; **Busche / Stoll / Wiebe**, s. 768.

Kanaatimizce TRIPS'in orijinal metninde sahte markalı mallar ile daha dar bir alan ifade edilmiştir. Nitekim orijinal metinde markanın aynının (*identical*) veya esaslı yönler itibarıyla bu markadan ayırdedilemeyen (*substantially identical – fairly indistinguishable*) kullanılmasından bahsedilmiştir. Resmi çeviride, taklit markalı mallar kapsamına markanın benzerinin de alınması hatalı olmuştur³⁴⁴. Gerçekten TRIPS'te benzerlik, 16'ncı maddenin 1'inci fıkrasında³⁴⁵ “*similar*” kelimesi ile ifade edilmiştir. Bu itibarla, TRIPS'te öngörülen ve muhakkak cezalandırılması gereken fiil, taraf devletlerin kendi ülkelerinde *tescil edilmiş markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin tescilde belirtilen mal veya hizmette kullanılması yani marka taklitçiliğidir*³⁴⁶. Dolayısıyla taraf devletlerin karıştırılma ihtimaline sebep olacak fiilleri cezalandırma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

TRIPS'e göre taraf devletler her türlü marka taklitçiliğini cezalandırmak zorunda değildir. TRIPS'in 61'inci maddesi, failin marka taklitçiliğini “*kasten*” icra etmesi ve bunun “*ticari ölçekte*” olması halinde taraf devletlere cezai müdahale yükümlülüğü getirmektedir³⁴⁷. Cezai sorumluluğun belirlenmesinde önemli bir kriter olarak kabul edilen ticari ölçeğin anlamı TRIPS'te açıklanmamıştır³⁴⁸. Ticari ölçek, belirli bir ürünün belirli bir pazardaki tipik veya olağan ticari faaliyetinin büyüklüğünü veya kapsamını ifade etmektedir³⁴⁹. Buna göre ticari ölçek, göreceli ve taraf ülkelere geniş takdir yetkisi bırakan bir kavram niteliğini haizdir³⁵⁰.

TRIPS'in cezai hükümleri açısından en sorunlu husus ticari ölçek kavramıdır³⁵¹. Gerçekten bu tanım dikkate alındığında, taraf ülkeler belirli miktardaki marka taklitçiliği

³⁴⁴ Krş. Çolak, s. 469; Bozgeyik, s. 62.

³⁴⁵ TRIPS'in 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrası, “*The owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner's consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services which are identical or similar to those in respect of which the trademark is registered where such use would result in a likelihood of confusion. In case of the use of an identical sign for identical goods or services, a likelihood of confusion shall be presumed. The rights described above shall not prejudice any existing prior rights, nor shall they affect the possibility of Members making rights available on the basis of use*” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁴⁶ Harms, 2012, s. 143; Busche / Stoll / Wiebe, s. 795-796.

³⁴⁷ Harms, 2018, s. 144; Yu, Peter K, TRIPS Enforcement and Developing Countries, American University International Law Review, Volume 26, Issue 3, 2011, s. 733.

³⁴⁸ Kur / Senftleben, s. 36; Ruse-Khan, From Trips to ACTA, s. 10.

³⁴⁹ Ruse-Khan, Henning Grosse, Criminal Enforcement and International IP Law, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012, s. 181; WTO, China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights, Report of the Panel, WT/DS362/R 26, January 2009, s. 115.

³⁵⁰ Ruse-Khan, Criminal Enforcement, s. 181; WTO, China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights, Report of the Panel, WT/DS362/R 26, January 2009, s. 116.

³⁵¹ Yu, s. 731.

fiillerini suç olarak kabul etmeyebilir³⁵² yahut sadece kar gütme amacının bulunmasını yeterli görebilir³⁵³. Nitekim ulusal mevzuatlarda ticari ölçeği ifade etmek üzere, ticari avantaj elde etmek veya ticaret sırasında kullanmak ya da kişisel kullanım dışında gibi kavramlar da kullanılmaktadır³⁵⁴. Avrupa Parlamentosu ise ticari ölçeği, ticari bir avantaj elde etmek için icra edilen fikri mülkiyet hakları ihlali olarak tanımlamıştır³⁵⁵. Dolayısıyla kişisel yahut kâr amacı gütmeyen kullanımlar ticari ölçek olarak değerlendirilemeyecektir³⁵⁶.

TRIPS'te marka taklitçiliğinin, “*taklit markalı mallar*” başlığı altında tanımlandığının kabul edilmesi, sadece ticaret markalarının cezai himayeye sahip olabileceği, hizmet markalarının ceza hukuku ile korunmayacağı şeklinde bir yorum yapılmasına sebep olmuştur³⁵⁷. Ancak kanaatimizce, marka taklitçiliği kavramı sadece ticaret markaları değil, hizmet markaları için de geçerlidir. TRIPS'te marka taklitçiliğinin, “*taklit markalı mallar*” başlığı altında tanımlanması, hizmet markalarının kapsam dışına çıkarıldığı anlamına gelmemektedir³⁵⁸.

TRIPS'te markaların aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin mal veya ambalajlarda kullanılması halinde cezai sorumluluğun doğacağını kabul edilmiştir. Bu itibarla taklit işaretin malın üzerine konulması mutlak surette zorunlu olmayıp ambalaja yerleştirilmesi de cezai sorumluluk gerektirmektedir³⁵⁹.

TRIPS'in 61'inci maddesine göre, marka taklitçiliğini *caydırıcı nitelikte ve fiilin ağırlığına uygun düşecek ölçüde* hapis ve/veya adli para cezası öngörülmelidir³⁶⁰. Ayrıca taraf

³⁵² Yu, s. 732.

³⁵³ Bainbridge, s. 661.

³⁵⁴ Vermandele, s. 42.

³⁵⁵ Gibson, Johanna, The Directive Proposal on Criminal Sanctions, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012, s. 255; European Parliament legislative resolution of 25 April 2007 on the amended proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights, 2005/0127(COD), Article 2, Definitions, (b). Avrupa Komisyonu bu teklifi 2010 yılında geri çekmiştir. Bkz. <https://oeil.secure.europarl.europa.eu>, Erişim Tarihi: 12.11.2020.

³⁵⁶ Gibson, s. 255; Harms, 2012, s. 519.

³⁵⁷ Harms, 2018, s. 144; Başbüyük, s. 47.

³⁵⁸ Harms, 2018, s. 144. Aksi görüş için bkz. Başbüyük, s. 47. TRIPS'e taraf olan devletlerden İngiltere'de hizmet markalarının cezai himayesinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Bainbridge, s. 659 vd.; Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan, s. 1009 vd.

³⁵⁹ Vermandele, Xavier, Topic 5 – Trademark Counterfeiting, Copyright Piracy, Commercial Scale, WIPO, National Workshop – Enforcement of IPRs for Law Enforcement Agencies, 2016, s. 13.

³⁶⁰ Ruse-Khan, From Trips to ACTA, s. 8.

devletler cezanın yanında, suça konu mallar ile bu malların üretiminde kullanılan her türlü malzemeye elkonulmasına ilişkin hükümler ihdas etmekle yükümlüdür³⁶¹.

3. TRIPS ve SMK Karşılaştırması

TRIPS'e taraf devletler, en azından 61'inci maddede belirtilen standartlarda marka hakkını koruyucu cezai hükümler getirmekle yükümlüdür. Şüphesiz bu durum TRIPS'e taraf olan ülkemiz açısından da geçerlidir.

TRIPS'te cezalandırılması istenen fiil kasten ve ticari ölçekte gerçekleştirilen marka taklitçiliğidir. SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, ülkemizde marka taklitçiliği olarak kabul edilen iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suç olarak kabul edilmiştir³⁶². Hatta iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzün yanı sıra hukukumuzda iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, marka koruması işaretinin kaldırılması ve yetkisiz tasarrufta bulunma da suç olarak düzenlenmiş; TRIPS'in asgari ölçütlerinin ötesine geçilmiştir. Ayrıca SMK'nın 30 ucu maddesinde ticaret veya hizmet markası ayrımı yapılmamıştır. Dolayısıyla marka suçları, her iki marka türü için de oluşabilir.

TCK'nın 21'inci maddesine göre suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır ve TCK'nın 22'nci maddesinde taksirle işlenen fiillerin, kanunda açıkça belirtildiği hallerde mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu halde, ülkemizde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, taksirli hali kanunda öngörülmediğinden, kasten işlenebilir.

SMK'nın 30'uncu maddesinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzden bahsedilmekte olup bunların ticari ölçekte gerçekleştirilmesi zorunluluğu aranmamıştır. Öte yandan kanaatimizce ceza hukuku mantığı ile kaleme alınmayan SMK'nın 153'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının “*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 şikâyetle bulunamaz*” hükmü uyarınca, marka hakkına tecavüz edilerek piyasaya sürülen mal

³⁶¹ Harms, 2018, s. 154-155.

³⁶² Quinn, s. 7; Goldstone / Toren, s. 20 vd.; Jennings, s. 805, dn. 2; Keskin, s. 138; Başbüyük, s. 98; Güneş, Uygulamada Marka Suçları, s. 146 vd.; Arkan, II. Cilt, s. 216. Kaya, s. 268; Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan, s. 497; Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 105. Farklı görüş için bkz. Donay / Erman, s. 51; Çetintürk, s. 383.

veya hizmetlerin kişisel ihtiyaçlar ölçüsünde elinde bulundurmak veya kullanmak kapsam dışı bırakılmıştır.

Yaptırım konusunda SMK'nın TRIPS'in asgari ölçütlerini sağladığı söylenebilir. Ancak SMK'da iktibas ile iltibas ayrımı gözetilmeden her ikisine de aynı miktarda hapis ve adli para cezası birlikte öngörülmüştür. Kanaatimizce iktibas ve iltibas farklı ağırlığı haiz fiillerdir ve marka suçlarının en tehlikelisi iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçudur. Bu sebeple iktibas ile iltibasa farklı cezalar öngörülmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır.

TRIPS'e göre suça konu mallar ile bu malların üretiminde kullanılan her türlü malzemenin müsadere gerekmektedir. SMK'nın 30'uncu maddesinde müsadereye ilişkin özel bir hüküm sevk edilmemiştir. Ancak marka suçları neticesinde TCK'da düzenlenen eşya müsadere ile kazanç müsadere güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkündür. TCK'nın 54'üncü maddesinin, “İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere hümölunur” ve 55'inci maddesinin, “Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerdendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere hümölunur karar verilir” hükümleri, TRIPS'in asgari ölçütlerini sağlayacak ve ötesine geçecek niteliktedir.

Kanaatimizce SMK'nın TRIPS'in asgari ölçütlerini karşılamadığı bir husus ileri sürülebilir. TRIPS'in 51'inci maddesinin uhdesinde yer alan 14'üncü dipnotta “*shall mean any goods, including packaging, bearing without authorization a trademark*” denilmek suretiyle marka taklitçiliğinin, mütecaviz işaretin mal veya ambalaj üzerine konulması şeklinde gerçekleşebileceği belirtilmiştir. Mütecaviz işaretin ambalaj üzerine konulmasının özel hukuk bağlamında iktibas suretiyle marka hakkına tecavüze sebebiyet verdiği hususunda şüphe bulunmamaktadır. Ancak SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrası, “*Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten...*” şeklinde kaleme alınmıştır. Bu sebeple iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun mütecaviz işaretin ambalaj üzerine bulunmasını kapsayıp kapsamadığı madde metninden anlaşılamamaktadır. Çalışmamızın ikinci bölümünde konu değerdendirilecek olup burada tekrara düşmemek adına daha fazla ayrıntıya girmemeyi tercih ediyoruz.

B. Taklitçiliğe Karşı Ticaret Anlaşması (Anti – Counterfeiting Trade Agreement – ACTA)

Amerika'nın yönlendirmesi ve gayretleri ile yapılan görüşmeler neticesinde imzalanan ve ortak bir hukuk yaratma amacı güden ancak TRIPS kadar geniş katılımcısı olmayan ACTA, uluslararası fikri mülkiyet dünyasının en güncel uluslararası anlaşmalarından biridir. ACTA, WIPO, WTO veya Birleşmiş Milletler gibi uluslararası örgütler bünyesinde yürütülen çalışmaların bir ürünü olmayıp, Amerika'nın mevcut kurumlar ile tatmin olmamasını takiben, bunlardan ayrı, kendine özgü bir yapı kurmayı amaçladığı bir anlaşmadır³⁶³.

Günümüzde ACTA'nın imzacı ülke sayısı, yirmi ikisi Avrupa Birliği'ne üye ülke olmak üzere, otuz ikidir³⁶⁴. Ülkemizin ise henüz ACTA ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. Öte yandan ACTA'nın yürürlüğe girebilmesi için en az altı imzacı ülkenin onaylama işlemini tamamlaması gerekmektedir³⁶⁵. Bu işlemi henüz Japonya tamamlamış olup, Avrupa Parlamentosu ise ACTA'nın onaylanmasını ezici çoğunlukla reddetmiştir³⁶⁶. Durum böyle olsa da doktrinde ACTA'nın TRIPS'i tamamlayıcı bir anlaşma olduğu³⁶⁷ ve ACTA hükümlerinin marka hakkının cezai himayesinin gelecekteki durumunu etkileyebileceği kabul edilmektedir³⁶⁸.

ACTA'nın 23 ila 26'ncı maddelerinde, marka hakkının cezai himayesi hususunda asgari ölçütler belirlenmiş ve taraf devletlere yükümlülük getirilmiştir. Marka hakkının cezai himayesi ACTA'da detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu hükümlerde TRIPS'in 61'inci maddesi dikkate alınmış ve TRIPS'in uygulanması sırasında ortaya çıkan sorunlar giderilmeye çalışılmıştır.

ACTA'nın 23'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, taraf devletler, en azından kasten ve ticari ölçekte gerçekleşen marka taklitçiliği ve telif hakkı ile bağlantılı hakların korsanlığı

³⁶³ Detaylı bilgi için bkz. **Blakeney, Michael**, Intellectual Property Enforcement, A Commentary on Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), Edward Elgar, 2012, s. 27 vd.; **Pashı**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 107.

³⁶⁴ **Matthews, Duncan / Zikovska, Petra**, The Rise and Fall of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA): Lessons for the European Union, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Volume 44, Issue 6, 2013, s. 629-630.

³⁶⁵ **Duncan / Zikovska**, s. 629. Ayrıca bkz. ACTA m. 40.

³⁶⁶ **Duncan / Zikovska**, s. 630.

³⁶⁷ **Pashı**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 109, dn. 300.

³⁶⁸ **Gibson**, s. 263.

hususunda cezai hükümler sevk etmekle yükümlüdür³⁶⁹. Marka taklitçiliği ACTA'nın 5'inci maddesinde, TRIPS'in 51'inci maddesinin uhdesinde yer alan 14'üncü dipnotunda olduğu gibi, taklit markalı mallardan hareketle tanımlanmıştır. Buna göre marka taklitçiliği, markanın aynının veya esas unsurları itibariyle ayırt edilemeyeninin tescilde belirtilen mallarda veya bunların ambalajlarında kullanılmasıdır.

ACTA'nın 23'üncü maddenin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinde, cezai himaye bağlamında ticari ölçek kavramı tanımlanmıştır. Hükme göre ticari ölçek, asgari olarak doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik veya ticari avantaj sağlayan ticari faaliyetleri ifade etmektedir³⁷⁰. Böylece ticari ölçek kavramı ACTA'da TRIPS'e nazaran oldukça açık ve anlaşılır hale getirilmiştir.

ACTA'nın 23'üncü maddenin 2'nci fıkrasında taraf devletlere etiket ve ambalaj konusunda da cezai yükümlülük getirmektedir. Buna göre taraf devletler, ticaret sırasında kasten ve ticari ölçekte, markanın kayıtlı olduğu mal üzerinde veya hizmetlerle ilişkili bir şekilde kullanılması düşünülen/amaçlanan ve yetkisiz olarak tescilli bir markayla aynı veya ayırt edilemeyen işareti içeren etiket veya ambalajların ithal edilmesini ve ülke içinde kullanılmasını suç kabul etmekle yükümlüdür³⁷¹. Bu hüküm özellikle taklitçilerin mal ile etiket veya ambalajları ayrı şekilde ithal etmelerini önleme amacını gütmektedir³⁷².

ACTA'nın 23'üncü maddenin 4'üncü ve 5'inci fıkralarına göre taraf devletler, zikredilen fiillere iştirak edenlerin cezalandırılması hususunda ve tüzel kişilerin sorumluluğu hakkında gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür³⁷³.

ACTA'nın 24'üncü maddesi yaptırımlara ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Buna göre taraf devletler, suçla orantılı ve caydırıcı nitelikte hapis ve adli para cezası öngörmek zorundadır³⁷⁴.

ACTA'nın 25'inci maddesinde ise müsadere ve imhaya yönelik hükümler bulunmaktadır. Buna göre taraf devletler, zikredilen fiillerin işlenmesinde kullanılan veya

³⁶⁹ **Ruse-Khan**, From Trips to ACTA, s. 15.

³⁷⁰ **Ruse-Khan**, From Trips to ACTA, s. 15.

³⁷¹ **Blakeney**, ACTA, s. 207-208.

³⁷² **Blakeney**, ACTA, s. 208.

³⁷³ **Gibson**, s. 264.

³⁷⁴ **Blakeney**, ACTA, s. 215.

fiillerin işlenmesi neticesinde ortaya çıkan malları ya da elde edilen kazancı müsaderesini gerçekleştirmekle mükelleftir³⁷⁵.

Nihayet ACTA'nın 26'ncı maddesine göre, tarafların asgari ölçüde suç olarak kabul etmeleri gerektiği fiillerin soruşturulmasına re'sen başlanmalıdır. Bu itibarla ACTA'ya cezalandırılması gereken fiiller şikâyeteye tabi olmamalıdır³⁷⁶.

SMK'nın 30'uncu maddesi ve TCK'nın genel hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, hukukumuzda ACTA'nın marka hakkının cezai himayesine yönelik hükümlerini iki büyük eksiklik dışında sağlandığı söylenebilir. Eksik olan hususların ilki, etiket veya ambalajlara yönelik ACTA'nın 23'üncü maddesinin 2'nci fıkrasıdır. Hukukumuzda etiket veya ambalajlar hususunda açık bir cezai hüküm bulunmamaktadır. Ancak somut olayda etiketlerin varlığı icra hareketi niteliğini taşıyorsa, TCK'nın 35'inci maddesi uyarınca teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür. Öte yandan ambalaj konusunda TRIPS bağlamında ifade ettiğimiz üzere SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının mütecaviz işaretin ambalaj üzerine bulunmasını kapsayıp kapsamadığı açık değildir. İkinci eksiklik ise hukukumuzda marka suçlarının şikâyeteye tabi olmasıdır.

II. Karşılaştırmalı Hukukta Marka Suçları

A. Almanya

Alman hukukunda marka suçları, Alman Markalar Kanunu'nun (MarkenG – Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen) 143'üncü maddesinde düzenlenmiştir³⁷⁷. Maddede marka suçlarının unsurları, “*Marka sahibinin münhasır hakları, ihtiyati tedbir ve tazminat talebi*” konularının düzenlendiği kanunun 14'üncü maddesine atıf yapılmak suretiyle belirlenmiştir³⁷⁸.

³⁷⁵ Gibson, s. 264-265.

³⁷⁶ Bitton, s. 104; Ruse-Khan, From Trips to ACTA, s. 13.

³⁷⁷ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Böxler, s. 194 vd.; Fezer, s. 2587 vd.; Keskin, s. 160 vd.; Schulz, Jens-Peter, Das deutsche Markenstrafrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2004, s. 52 vd.; Hellmann, Uwe, Wirtschaftsstrafrecht, 5., neu bearbeitete Auflage, W. Kohlhammer, 2018, s. 215 vd.; Achenbach, Hans / Ransiek, Andreas / Rönnau, Thomas, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2019, s. 1642 vd.

³⁷⁸ Alman Markalar Kanunu'nun 143'üncü maddesinin (1)'inci fıkrasının 4 ve 5'inci bentlerinde, kanunun 15'inci maddesine atıf yapılmak suretiyle ticaret unvanı sahibinin haklarına tecavüze ilişkin suçlar da ihdas edilmiştir.

Alman Markalar Kanunu’nun 4’üncü maddesine göre marka suçlarının konusunu Alman Patent ve Marka Ofisi nezdinde tescil tescilli olan veya kullanım sonucu ayırt edicilik kazanan ya da Paris Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesi kapsamında tanınmış markalar oluşturmaktadır^{379, 380}.

Alman hukukunda marka suçlarının oluşabilmesi için fiillerin ticaret sırasında, iş hayatında (im geschäftlichen Verkehr – in trade) gerçekleştirilmesi gerekmektedir (MarkenG §143/(1) ve §14/(2)). Bu itibarla, kişisel kullanımlar, özel işlemler marka suçlarına sebebiyet vermeyecektir³⁸¹.

Alman Markalar Kanunu’nun 143’üncü maddesinde, marka hakkına tecavüz fiillerinin hukuka aykırı olması aranmıştır. 14’üncü maddede ise marka hakkına tecavüz fiillerinin marka hakkı sahibinin izni olmaksızın gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, marka hakkı sahibinin rızasının bulunmamasının marka suçlarının bir unsuru olduğu değerlendirilebilir³⁸².

Alman Markalar Kanunu’nun 143’üncü maddesinde düzenlenen marka suçları,

- “*Marka taklitçiliği* (MarkenG §143/(1)-1 atfıyla §14/(2)-1)”
- “*Markanın karıştırılması* (MarkenG §143/(1)-1 atfıyla §14/(2)-2)”
- “*Markanın tanınmışlığına tecavüz* (MarkenG §143/(1)-2 atfıyla §14/(2)-3)”
- “*Marka hakkını ihlale hazırlık* (MarkenG §143/(1)-3 atfıyla §14/(4))”

şeklinde isimlendirilebilir³⁸³.

Marka taklitçiliği, Alman Markalar Kanunu kapsamında korunan marka ile *aynı işaretin aynı mal veya hizmetlerde* marka sahibinin izni olmaksızın *kullanılmasıdır* (MarkenG §143/(1)-1 atfıyla §14/(2)-1). Suçun oluşabilmesi için aynı işaretin aynı mal veya hizmetlerde

³⁷⁹ Achenbach / Ransiek / Rönnau, s. 1646-1652.

³⁸⁰ Alman hukukundan farklı olarak hukukumuzda marka suçlarının konusu ancak Türkiye’de tescilli markalardır (SMK m. 30/5).

³⁸¹ Fezer, s. 2591; Schulz, s. 58; Böxler, s. 196; Achenbach / Ransiek / Rönnau, s. 1664; Ekey / Bender / Fuchs-Wissemann, s. 251.

³⁸² Ingerl / Rohnke, s. 1677; Schulz, s. 53; Feiler, s. 98; Böxler, s. 199.

³⁸³ Keskin, s. 161-162; Başbüyük, s. 52.

kullanılması yeterli olup ayrıca kullanımın karıştırılma ihtimaline sebebiyet vermesi aranmamaktadır³⁸⁴.

Markanın karıştırılması, Alman Markalar Kanunu kapsamında korunan marka ile aynı veya benzer işaretin aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılması suretiyle ilişkilendirilme ihtimali dahil karıştırılma ihtimaline sebep olmasıdır³⁸⁵ (MarkenG §143/(1)-1 atfıyla §14/(2)-2). Suçun oluşabilmesi için ortalama tüketiciler bakımından karıştırılma ihtimalinin bulunması yeterli olup, somut olayda gerçek bir karışıklığın yaşanmış olması gerekli değildir³⁸⁶.

Markanın tanınmışlığına tecavüz, aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Almanya’da ulaştığı tanınmışlık düzeyi sebebiyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek veya itibarına zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılmasıdır³⁸⁷ (MarkenG §143/(1)-2 atfıyla §14/(2)-3). Markanın tanınmışlığına tecavüz suçunun oluşabilmesi için failin tanınmış markanın ayırt edici gücünden yararlanması veya marka değerine zarar verme amacıyla hareket etmesi gerekmektedir³⁸⁸.

Marka hakkını ihlale hazırlık suçu, Alman Markalar Kanunu’nun 143’üncü maddesinin (1)’inci fıkrasının 3’üncü bendinde düzenlenmiştir. Hükümde, 14’üncü maddenin (4)’üncü fıkrasında yer alan ve marka taklitçiliği, markanın karıştırılması ve markanın tanınmışlığına tecavüz suçlarının hazırlık hareketi sayılabilecek fiiller cezai yaptırım altına alınmıştır. Alman Markalar Kanunu’nun 14’üncü maddesinin (4)’üncü fıkrasında yer alan ve suç teşkil eden fiiller;

- “Marka ile aynı veya benzer işaretin ambalaj veya paket gibi belirleyici araçların üzerine yerleştirmek (MarkenG §14/(4)-1)”,

³⁸⁴ Schulz, s. 59; Feiler, s. 99.

³⁸⁵ Alman hukukunda karıştırılma ihtimalinin suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygunluğu hususundaki tartışmalar için bkz. Schulz, s. 64 vd.

³⁸⁶ Fezer, s. 2591; Böxler, s. 201; Achenbach / Ransiek / Rönnau, s. 1656.

³⁸⁷ Alman hukukunda markanın tanınmışlığına tecavüz suçunun suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygunluğu hususundaki tartışmalar için bkz. Schulz, s. 72 vd. Ayrıca bkz. Hellmann, s. 222.

³⁸⁸ Feiler, s. 100.

- “Üzerinde marka ile aynı veya benzer bir işaretin bulunduğu ambalaj veya paket gibi belirleyici araçları sunmak, piyasaya sürmek veya bu amaçlarla depolamak (MarkenG §14/(4)-1)”,

- “Üzerinde marka ile aynı veya benzer bir işaretin bulunduğu ambalaj veya paket gibi belirleyici araçları ithal veya ihraç etmek (MarkenG §14/(4)-1)”

şeklinde gösterilmiştir³⁸⁹.

Alman Markalar Kanunu’nun 143’üncü maddesinin (2)’nci fıkrasında, marka suçlarında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale yer verilmiştir. Hükme göre, failin suça konu fiilleri meslek haline getirmesi veya bir suç örgütünün üyesi olarak işlemesi halinde daha ağır cezaya hükmolunacaktır³⁹⁰.

Alman Markalar Kanunu’nun 143’üncü maddesinin (1)’inci fıkrasında, marka suçları için üç yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür. Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) 38’inci maddesinin 2’nci fıkrasına göre hapis cezasının alt sınırı bir aydır. Adli para cezası ise beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde üç yüz altmış günden fazla olamaz (StGB §40/(1)). En az bir ve en fazla otuz bin Euro olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir (StGB §40/(2)). Bu itibarla, fail marka suçlarının temel şeklinden bir aydan üç yıla kadar hapis; beş günden üç yüz altmış güne kadar adli para cezasına çarptırılabilir.

Marka suçlarının daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin gerçekleşmesi durumunda ise fail hakkında üç aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacak; mahkeme hapis cezası yerine adli para cezası tercih edemeyecektir³⁹¹.

Alman Markalar Kanunu’nun 143’üncü maddesinin (1)’inci fıkrasında yer alan suçlar kural olarak şikâyet şartına tabi kılınmıştır. Ancak kamu yararının gerektirdiği durumlarda³⁹²

³⁸⁹ Fezer, s. 2591-2592; Feiler, s. 102-103.

³⁹⁰ Böxler, s. 205; Achenbach / Ransiek / Rönnau, s. 1669-1670; Feiler, s. 103.

³⁹¹ Achenbach / Ransiek / Rönnau, s. 1669-1670; Krş. Fezer, s. 2594; Başbüyük, s. 55.

³⁹² Bkz. StPO §376 ve §374/(1)-8. Kamu yararının gerektirdiği durumların belirlenmesinde RiStBV’nin 261a maddesi dikkate alınmalıdır. Hükme göre, eğer fail aynı marka suçlarından sabıkalıysa veya verilen zarar ya da zarar tehdidi fazlaysa veya marka hakkı sahibinin ticari varlığı tehdit ediliyorsa veya kamu güvenliği ya da tüketicilerin sağlığı tehdit ediliyorsa kamu yararının var olduğu söylenebilir. Bkz. Achenbach / Ransiek / Rönnau, s. 1670.

ve suçun nitelikli halinin gerçekleşmesi halinde³⁹³ re'sen soruşturma ve kovuşturma usulü benimsenmiştir (MarkenG § 143/(4)).

B. Amerika Birleşik Devletleri

Amerikan hukukunda marka hakkının cezai himayesine yönelik hükümler 18 U.S.C. § 2320'de düzenlenmiştir. Hükümde taklit malların veya hizmetlerin ticareti yasaklanarak cezai müeyyideye bağlanmıştır³⁹⁴.

“Taklit malların veya hizmetlerin ticareti” başlıklı 18 U.S.C. § 2320'nin (a) bendine göre, “Kim kasten,

(1) Mal veya hizmet ticaretinde, mal veya hizmetler üzerinde veya bunlarla bağlantılı bir şekilde bilerek taklit marka kullanır,

(2) Muhtemel karışıklığa, hataya ve aldatmaya sebep olacak şekilde bilerek ticaret yapılan etikette, plakada, çıkartmada, ambalaj kâğıdında, rozette, amblemde, madalyonda, takıda, kılıfta, kaptı, teneke kutuda, kutuda, bakım etiketinde, belgede veya herhangi bir tür veya nitelikteki paketlemede taklit marka kullanır” veya kullanmaya teşebbüs ederse ya da suç işlemek üzere anlaşma yaparsa cezalandırılır³⁹⁵.

Taklit malların veya hizmetlerin ticareti suçunun oluşabilmesi failin, taklit mal veya hizmetin ticaretini yapmasına veya ticarete teşebbüs etmesine veya bu yönde anlaşmasına; kasten hareket etmesine; taklit markayı mal veya hizmet üzerinde veya bunlarla bağlantılı bir şekilde kullanmasına ve nihayet kullandığı markanın taklit olduğunu bilmesine bağlıdır³⁹⁶.

18 U.S.C. § 2320'nin (f) bendinin 1'inci fıkrasında “taklit marka (counterfeit mark)” kavramı ile kastedilenin ne olduğu açıklanmıştır. Hükme göre taklit markadan söz edilebilmesi için, Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi'nde kayıtlı bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer bir işaretin markanın müseccel olduğu mal veya hizmetler üzerinde

³⁹³ Fezer, s. 2594-2595; Ingerl / Rohnke, s. 1678-1679.

³⁹⁴ Jarrett / Chandler, s. 94; Goldstone / Toren, s. 7; Jennings, s. 812-813; Lott, Leslie J., Trademark Infringement Remedies, Editor in Chief Steve Meleen, Third Edition, Bloomberg BNA, 2017, s. 785; Gervais, Daniel, Criminal Enforcement in the US and Canada, Criminal Enforcement of Intellectual Property, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012, s. 283.

³⁹⁵ Amerikan hukukunda taklitçiliğin ilaç üzerinde gerçekleştirilmesi açıkça “taklit malların veya hizmetlerin ticareti suçu” kapsamına alınmıştır. Bkz. 18 U.S.C. § 2320 (a) – 4. Ayrıca suçun askeri araç ve gereçlerle bağlantılı bir şekilde icra edilmesi de maddede ayrıca düzenlenmiştir 18 U.S.C. § 2320 (a) – 3.

³⁹⁶ Lott, s. 787; Gervais, s. 283.

veya bunlarla bağlantılı bir şekilde ticarete kullanılması ve bu kullanımın karıştırılma ihtimaline veya hataya ya da aldatmaya yol açması gerekmektedir. Failin tecavüz edilen markanın tescilli olduğunu bilmemesi suçun oluşumu bakımından önemli değildir³⁹⁷.

Taklit markadan söz edilebilmesi için kullanımın ticarete vuku bulması aranmıştır. 18 U.S.C. § 2320'nin (f) fıkrasının 5'inci bendinde ise “*ticaret* (traffic)” kavramı açıklanmıştır. Hükümde ticaret ile anlaşılması gerekenin, ticari avantaj veya kazanç amacıyla taşımak, devretmek veya başka bir şekilde elden çıkarmak veya bu amaçlarla üretmek, ithal ya da ihraç etmek veya bulundurmanın olduğu belirtilmiştir.

Taklit malların veya hizmetlerin ticareti suçu federal bir suçtur³⁹⁸. Federal savcılar genellikle fiilin federal bir suç olduğuna ve mahkemeye sunulacak delillere göre fiili işleyenlerin suçtan mahkûm edileceğine kanaat getirdikleri takdirde suç isnadında bulunmaktadır³⁹⁹.

Taklit malların veya hizmetlerin ticareti suçunun ilk defa işlenmesi halinde iki milyon doları (tüzel kişiler için beş milyon doları) geçmemek üzere para cezası ve/veya on yılı geçmemek üzere hapis cezasına hükmolunur (18 U.S.C. § 2320/(b)-1-A). Suçun iki veya daha fazla işlenmesi durumunda ise beş milyon doları (tüzel kişiler için on beş milyon doları) geçmemek üzere para cezası ve/veya yirmi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür (18 U.S.C. § 2320/(b)-1-B).

18 U.S.C. § 2320'nin (b) fıkrasının 2'nci bendinde, taklit malların veya hizmetlerin ticareti suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali öngörülmüştür. Taklit malların veya hizmetlerin ticareti suçunun işlenmesi neticesinde kasten veya taksirle ciddi bedensel yaralanmaya sebebiyet verilmesi halinde faile beş milyon doları (tüzel kişiler için on beş milyon doları) geçmemek üzere para cezası ve/veya yirmi yıla kadar hapis cezası verilecektir. Suçun işlenmesi neticesinde kasten veya taksirle ölüme sebebiyet verilmesi halinde ise fail hakkında beş milyon dolara (tüzel kişiler için on beş milyon dolara) kadar para cezası ve/veya süreli hapis cezası ya da müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır.

Taklit malların veya hizmetlerin ticareti suçunun işlenmesi sebebiyle mahkûmiyet hükmü verilmesi halinde taklit malların, müsaderesine de karar verilecektir (18 U.S.C. §

³⁹⁷ Jarrett / Chandler, s. 112.

³⁹⁸ Lott, s. 785; Goldstone / Toren, s. 66.

³⁹⁹ Jarrett / Chandler, s. 377.

2323/(b)). Ayrıca mahkeme, suçtan mahkûm olan kişinin marka hakkı sahibinin zararlarını gidermesini de isteyebilir (18 U.S.C. § 2323/(c)).

C. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık hukukunda marka hakkının cezai himayesine ilişkin hükümler 1994 tarihli Markalar Kanunu'nun (TMA) 92 ila 98'inci maddeleri arasında yer almaktadır. TMA'nın 92'nci maddesinde, uygulamada sıklıkla karşılaşılan markanın yetkisiz kullanılması suçları düzenlenmiştir. 94'üncü maddede ise tescilde sahtecilik ve 95'inci maddede tescilli marka izleniminde bulunmak suçları ihdas edilmiştir.

TMA'nın 92'nci maddesinin (1)'inci fıkrasında, bir kimsenin kendisi veya başkası için kazanç sağlamak amacıyla veya başkasına zarar verme niyetiyle, marka hakkı sahibinin rızası olmaksızın, tescilli bir markanın aynının veya karıştırılması muhtemel derecedeki benzerini mal veya ambalajlara uygulaması; ambalajı veya kendisi böyle bir işareti taşıyan malları satması veya kiralaması ya da satmak veya kiralamak veya dağıtmak için arz veya teşhir etmesi; ticari hayatta, yukarıda yer verilen fiilleri işlemek amacıyla kendisinde veya başkasında bu tür malları bulundurma veya muhafaza ya da kontrol altında tutması suç olarak tanımlanmıştır⁴⁰⁰.

TMA'nın 92'nci maddesinin (2)'nci fıkrasında, bir kimsenin kendisi veya başkası için kazanç sağlamak amacıyla veya başkasına zarar verme niyetiyle, marka hakkı sahibinin rızası olmaksızın, tescilli bir markanın aynının veya karıştırılması muhtemel derecedeki benzerinin mallarda kullanılması planlanan etiket veya paketlerde, mallara ilişkin yazışma kağıdında ya da malların reklamında kullanmasının; bu nevi bir işareti taşıyan materyallerin işin yürütülmesi sırasında kullanmasının; ticari hayatta, yukarıda yer verilen fiilleri işlemek amacıyla kendisinde veya başkasında bu tür malları bulundurma veya muhafaza ya da kontrol altında tutması suç teşkil ettiği kabul edilmiştir⁴⁰¹.

TMA'nın 92'nci maddesinin (3)'üncü fıkrasında, bir kimsenin kendisi veya başkası için kazanç sağlamak amacıyla veya başkasına zarar verme niyetiyle, marka hakkı sahibinin rızası olmaksızın, tescilli bir markanın aynının veya karıştırılması muhtemel derecedeki benzerinin yapılması amacıyla özel olarak tasarlanan veya uyarlanan bir eşya üretmesi; ticari

⁴⁰⁰ Bainbridge, s. 659; Lange, s. 1221-1222; Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan, s. 1010.

⁴⁰¹ Bainbridge, s. 659; Lange, s. 1222; Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan, s. 1010.

hayatta bu nevi malların bulundurması veya muhafaza ya da kontrol altında tutması suç olarak tanımlanmıştır.

TMA'nın 92'nci maddesinin (4)'üncü fıkrasına göre, markanın yetkisiz kullanılması suçları kural olarak fiillerin tescilli markanın müseccel olduğu mallar üzerinde gerçekleştirilmesi halinde uygulanabilir⁴⁰². Ayrıca markanın Birleşik Krallık'ta tanınmış olması durumunda marka tescilli olmasa bile, işaretin kullanılması neticesinde markanın ayırt edici karakterinden veya itibarından haksız avantaj elde edilmesi (edilecek olması) veya bunlara zarar verilmesi (verilecek olması) halinde markanın yetkisiz kullanılması suçları tatbik edilebilir⁴⁰³. Bu itibarla, markanın yetkisiz kullanılması suçlarının hizmet markaları üzerinde gerçekleşmesi mümkün değildir⁴⁰⁴.

Markanın yetkisiz kullanılması suçlarını işleyen fail hakkında sulh mahkemesinde hızlı yargılama yapılırsa (jürisiz)⁴⁰⁵ altı aya kadar hapis ve/veya adli para cezasına; iddianame üzerine yargılama yapılırsa⁴⁰⁶ on yıla kadar hapis ve/veya adli para cezasına hükmolunacaktır (TMA m. 92/(5)).

TMA'nın 94'üncü maddesinde suç teşkil eden tescilde sahtecilik fiilleri tanımlanmıştır⁴⁰⁷. Hükmün (1)'inci fıkrasında, bir kimsenin bilerek veya yaptığıнын yanlış olduğunu bilebilecek durumda olarak marka siciline sahte giriş yapması veya yapılmasına sebep olması suç olarak ihdas edilmiştir. Hükmün (2)'nci fıkrasında ise bir kimsenin sicildeki kaydın kopyası olduğu iddiasıyla sahte bir şey yapması veya yapılmasına sebep olması ile bu tür bir şeyi üretmesi ya da teklif etmesi veya üretilmesine ya da teklif edilmesine sebep olması yaptırım altına alınmıştır. TMA'nın 94'üncü maddesinin (3)'üncü fıkrasında ise bu fiilleri işleyen failin, sulh mahkemesinde hızlı yargılama yapılması (jürisiz)⁴⁰⁸ halinde altı aya kadar hapis ve/veya adli para cezasına; iddianame üzerine yargılama yapılması⁴⁰⁹ durumunda iki yıla kadar hapis ve/veya adli para cezasına çarptırılacağı hüküm altına alınmıştır.

⁴⁰² Wehrle-Briffa, s. 11.

⁴⁰³ Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan, s. 1015.

⁴⁰⁴ Bainbridge, s. 659; Wehrle-Briffa, s. 11.

⁴⁰⁵ Sprack, John / Sprack, Michael, A Practical Approach to Criminal Procedure, Fifteenth Edition, Oxford University Press, 2015, s. 7-8.

⁴⁰⁶ Detaylı bilgi için bkz. Sprack / Sprack, s. 108 vd.

⁴⁰⁷ Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan, s. 1021.

⁴⁰⁸ Sprack / Sprack, s. 7-8.

⁴⁰⁹ Detaylı bilgi için bkz. Sprack / Sprack, s. 108 vd.

TMA'nın 95'inci maddesinde, tescilli marka izleniminde bulunmak bir marka suçu olarak kabul edilmiştir. Hükümde, bir kimsenin bilerek veya yaptığıının yanlış olduğunu bilebilecek durumda olarak markanın tescilli olduğunu beyan etmesi veya markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlere ilişkin yanlış beyanda bulunması yaptırım altına alınmıştır. TMA'nın 95'inci maddesi bağlamında, bir markaya ilişkin olarak Birleşik Krallık'ta “*tescilli*” kelimesinin veya açık ya da zımnen tescilli olmaya atıf yapan başka herhangi bir kelime veya sembolün (®) kullanımı, Birleşik Krallık dışında, başka bir yerdeki sicile yönelik olduğu ve markanın aslında söz konusu mal veya hizmetlere ilişkin olarak bu şekilde tescilli bulunduğu gösterilmedikçe suça sebebiyet vermektedir⁴¹⁰. Tescilli marka izleniminde bulunmak suçunu işleyen kişi hakkında üçüncü seviyeyi geçmemek üzere (£1,000) adli para cezasına hükmolunur⁴¹¹.

§4. TÜRK HUKUKUNDA MARKA SUÇLARININ TARİHİ GELİŞİMİ

I. 1888 tarihli (29 Şaban 1305) Fabrika Mamulatıyla Eşya-i Ticariye Mahsus Alâmet-i Fârikalara Dair Nizamname'sinde Marka Suçları

Osmanlı Devleti'nde marka konusunda ilk nizamname yürürlüğe girmeden önce, emtia üzerine Osmanlı Devleti namına basılan damgalar yanında, özel girişim tarafından kurulan ticarethane emtialarına vurulan damga ve işaretlerin taklit edilmesi 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 150'nci maddesi uyarınca sahtekârlık suçu kapsamında ele alınmıştır⁴¹². Hükme göre, damga, işaret, nişan taklidi yapanlar üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktaydı⁴¹³.

⁴¹⁰ Bainbridge, s. 668.

⁴¹¹ Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan, s. 1021; Sprack / Sprack, s. 390.

⁴¹² Akay, Osmanlı Devleti, s. 372.

⁴¹³ 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 150'nci “*Her nevi emtia ve eşya üzerine Devlet-i Aliye namına olarak basılmağa mahsus olan ve gerek bir memuriyete ve gerek devletin ruhsatıyla olan bir şirkete veyahut bir ticaret evine mahsus bulunan her nevi mühür ve damga ve nişanlara taklid veyahut o makule sahte damga ve nişanları istimal eyleyen kimse üç sene hapis cezasıyla mücazat olunur ve bu sahtekarlığından dolayı vaki olan zarar kendisine tazmin ettirilir. Her kim bu misillü mühür ve damga ve nişanların asıllarını ber takrip ele geçirip de gerek hükümet ve memuriyetlerin ve gerek bir cemiyet-i ticaretin ve bunların emsali heyet ve şirketi mahsusenin menfaatine muzır olacak halde istimal eyler ise altı aydan bir seneye kadar hapis ile tedip kılınır ve bu suretle vaki olan zarar dahi ol kimseye tazmin ettirilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Gökçen, Ahmet**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideleri, İstanbul 1989, s.144 vd.; **Gökçen Ahmet**, Belgede Sahtecilik Suçları (m. 204-212), 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 17, dn. 48.

İktisadi gelişmeler neticesinde marka hukuku konusunda kanunlaşma çalışmalarından Osmanlı Devleti de etkilenmiştir. Hukukumuzda marka ilk defa 1872 yılında yürürlüğe giren 1871 tarihli Fabrika Mamulâtıyla Eşya-i Ticariye Mahsus Alâmet-i Fârikalara Dair Nizamname ile düzenlenmiştir. Bu nizamname, marka ve ticari unvan konusunda gerek usule yönelik gerekse adli alana ilişkin düzenlemeler getirmiştir. 1871 tarihli Nizamname'nin yürürlüğe girmesinden on altı yıl sonra, 1857 tarihli Fabrika ve Ticaret Markaları Hakkındaki Fransız Kanunu'nun esas alındığı 1888 tarihli Fabrika Mamulâtıyla Eşya-i Ticariye Mahsus Alâmet-i Fârikalara Dair Nizamname (Alâmet-i Fârîka Nizamnamesi) yürürlüğe girmiştir. Bu Nizamname, 1965 yılına kadar Türkiye'nin marka hukuku konusunda ana hukuki dayanağı olmuştur⁴¹⁴.

Alâmet-i Fârîka Nizamnamesi'nin “*Numuneleri Resmen Vaz ve Teslim Olunan Alâmet-i Farikayı Taklit Edenler Hakkında Tayin Olunan Mücazat*” başlıklı dördüncü faslının 14 ila 20'nci maddeleri arasında marka suçları ve marka hakkının cezai himayesi hususunda çeşitli hükümlere yer verilmiştir.

Alâmet-i Fârîka Nizamnamesi'nin 14'üncü maddesinde, “*İşbu Nizamname mucibince evvela tatbikleri veya resimleri teslim olunan alâmetleri taklit edenler ve yahut taklit olunan alâmetleri istimal eyliyenler saniyen başkasının malı olan alâmeti hilekarlık ile kendi mamulâtı veyahut eşyayı ticariyesi üzerine vazedenler, salisen taklit olunan alâmet mevzu olarak veya hilekarlık ile diğerinin alâmet konulmuş bir ve yahut bir kaç nevi eşya ve mamulâtını bilerek fîruht edenler ve yahut satılığa çıkaranlardan cürmün derecatına göre iki adet yüzlük liradan elli adet yüzlük lira kadar cezayı nakdi alınır ve yahut bir aydan altı aya kadar hapis cezasıyla ve yahut işbu cezaların ikisiyle mücazat olunur*” denilmek suretiyle markanın taklidi suçuna yer verilmiştir⁴¹⁵. Hükme göre, a) Nizamname gereğince daha önce örnekleri veya resimleri teslim edilen markaları taklit edenler veya taklit olunan markaları kullananlar; b) başkasına ait markayı hileyle kendi malı veya eşyası üzerinde kullananlar; c) taklit olunan veya hileyle başkasına ait markanın konulduğu mal veya eşyayı bilerek satanlar veya satışa arz edenler, suçun ağırlığına göre iki adet yüzlük liradan elli adet yüzlük liraya para cezası ve/veya bir aydan altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Alâmet-i Fârîka Nizamnamesi'nin 15'inci maddesinde, “*Evvela hile niyetiyle bir alâmetin yalnız resmini tağyir ve böyle alâmeti istimal eyliyenlerden, saniyen eşya ve emtianın*

⁴¹⁴ Kaya, s. 6.; Tekinalp, s. 354.

⁴¹⁵ Arseven, s. 198.

cinsi hakkında müşteriye 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” denilmek suretiyle tağyir^{416, 417} suçu düzenlenmiştir⁴¹⁸. Hükme göre, a) hile niyetiyle bir markanın sadece resmini değiştiren ve böyle bir markayı kullanan; b) eşya ve malın türü hakkında müşteriye aldatmak niyetiyle bir mal veya eşyaya türüne ait markayı diğer bir tür mal veya eşya üzerine yerleştiren; c) bu markaların kullanıldığı eşyayı bilerek satan veya satışa arz edenler suçun ağırlığına göre iki adet yüzlük liradan otuz adet yüzlük liraya para cezası ve/veya bir haftadan iki aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Alâmet-i Fârîka Nizamnamesi’nin 16’ncı maddesinde, “*İkinci maddede beyan olunduğu üzere alameti farıkayı Sanayi Vekaleti tarafından tayin olunan nevi eşya ve mamulata vazetmeyenler ve bu makule alameti resmiye üzerinde olmayan eşyayı satanlar veyahut satılığa çıkaranlardan bir adet yüzlük liradan on adet yüzlük liraya kadar cezayı nakdi alınır veya yirmi dört saatten bir haftaya kadar hapis cezasıyla veyahut işbu cezaların ikiside mücazat olunur”* denilmek suretiyle marka mecburiyetine uymama suçu ihdas edilmiştir. Hükme göre, a) Nizamnamenin 2’nci maddesi uyarınca Sanayi Vekaleti tarafından belirlenen eşya ve mal üzerinde zorunlu olarak kullanılması gereken markaları kullanmayanlar; b) bu çeşit resmi marka üzerinde olmadan eşyayı satan veya satışa arz edenler suçun ağırlığına göre bir adet yüzlük liradan on adet yüzlük liraya para cezası ve/veya yirmi dört saatten bir haftaya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır⁴¹⁹.

Alâmet-i Fârîka Nizamnamesi’nin 17’nci maddesinde özel bir içtima kuralına yer verilerek, Nizamname’de yazılı birden fazla suçtan dolayı bir kişi hakkında dava açılması halinde faile bu suçlardan en ağırı için öngörülen cezanın verileceği hüküm altına alınmıştır⁴²⁰.

⁴¹⁶ Türk Dil Kurumu’na göre tağyir, değiştirme, başkalaştırma ve bozma anlamına gelmektedir, www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.11.2019.

⁴¹⁷ Alâmet-i Fârîka Nizamnamesi kapsamında tağyirden bahsedebilmek için bunun aynı cins mallar üzerinde vukua gelmesi ve tağyir edilen marka ile iltibas doğurabilmesi lazımdır. Bkz. **Arseven**, s. 140.

⁴¹⁸ **Arseven**, s. 198.

⁴¹⁹ Nizamnamenin 14, 15 ve 16’nci maddelerinde hüküm altına alınan para cezaları, 16.061949 tarihli ve 5435 sayılı Kanun’un 2’nci maddesiyle on katına çıkarılmıştır. Bkz. **Arseven**, s. 197-198.

⁴²⁰ Doktrinde Nizamname’nin 17’nci maddesinin özel bir fikri içtima hükmü olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Çetintürk**, s. 315. Kanaatimizce bu madde özel bir içtima hükmü olmakla birlikte TCK’nın 44’üncü maddesi bağlamında değerlendirilmemelidir. Nitekim Nizamname’nin 17’nci maddesinin uygulanmasında suçların

Alâmet-i Fârika Nizamnamesi'nin 18'inci maddesi, marka suçlarına ilişkin özel bir tekerrür normu ihtiva etmektedir. Hükme göre, Nizamname'de düzenlenen suçlardan birine mahkûm olan fail, hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde Nizamname'de yazılı suçları tekrar işlerse mükerrir sayılır ve bu halde verilecek ceza iki kat artırılır.

Alâmet-i Fârika Nizamnamesi'nin 19'uncu maddesinde, Nizamname'nin 14 ve 15'inci maddelerde gösterildiği şekilde üzerine marka konulmuş mal veya eşyalara ve bu markaları üretmek için kullanılan eşyalara elkonulabileceği ve müsadere edilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Alâmet-i Fârika Nizamnamesi'nin 20'nci maddesine göre üzerine marka konulması zorunlu olan eşyayı marka koymadan satanlar veya satışa arz edenler Nizamname'nin 16'ncı maddesi uyarınca cezalandırılacak ve bu eşyaların üzerine marka konulmasına hükmedilecektir. Eğer fail bu suçu hüküm tarihinden itibaren beş yıl içerisinde tekrar işlerse mahkemece üzerine marka konulmayan mal veya eşyalara elkonulmasına ve müsadere edilmesine karar verilecektir.

Alâmet-i Fârika Nizamnamesi ve bu Nizamname'nin marka suçlarına yönelik hükümleri incelendiğinde genel olarak;

- Nizamname kapsamında hizmet markalarının tescili mümkün olmadığı için sadece tescilli ticaret markaların cezai himayeye sahip olduğu,
- Marka hakkının cezai himayesinin kural olarak aynı cins mallarla sınırlandırıldığı⁴²¹,
- Markanın taklidinin ve tağyirinin cezalandırıldığı,
- Tağyirin iltibasa sebep olması gerektiği⁴²²,

tek bir fiilden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususu önem arz etmemektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Göktürk, Neslihan**, Fikri İçtima (Suçların İçtimalı), 1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 58 vd.

⁴²¹ **Hirsch, Ernst E.**, Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Basım, İstanbul 1948, s. 157. Doktrinde **Öçal**, Alâmet-i Fârika Nizamnamesi'nin 15 ve 19'uncu maddeleri kapsamında himayenin sadece aynı cins mallarla sınırlandırıldığını ifade etmenin doğru olmadığını, eşya ve emtianın cinsi hakkında müşteriyi aldatmak niyeti söz konusu olduğunda malların cinslerinin aynı olmasına lüzum bulunmadığını belirtmektedir. Bkz. **Öçal**, Markaların Himayesi, s. 45-46.

⁴²² **Arseven**, s. 140.

- Taklit ve tağyire farklı cezaların öngörüldüğü,
- Özel içtima ve tekerrür hükümlerinin ihdas edildiği⁴²³ görülmektedir.

II. 551 sayılı Markalar Kanunu'nda Marka Suçları

1888 tarihli Alâmet-i Fârika Nizamnamesi yerini 551 sayılı Markalar Kanunu'na bırakmıştır⁴²⁴. Markalar Kanunu'nun 51 ila 53'üncü maddeleri arasında marka hakkının cezai himayesine yönelik hükümler vazedilmiştir⁴²⁵.

Markalar Kanunu'nun 51'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, “a) *Bu kanunun 3 üncü maddesinin son fıkrasına aykırı hareket edenler ile, bir markayı tescil edilmiş olduğu şekilden gayri şekilde kötü niyetle kullananlar, 3 aydan 1 seneye kadar hapis ve 1 000 liradan 10 000 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar*” denilmek suretiyle marka mecburiyetine uymama suçu ile markayı tescil edilmiş olduğu şekilden farklı kullanmak suçu düzenlenmiştir. Alâmet-i Fârika Nizamnamesi'nin 16'ncı maddesine benzer şekilde kaleme alınan marka mecburiyetine uymama suçu ile Markalar Kanunu'nun 3'üncü maddesinin son fıkrasında yer alan “*Bakanlar Kurulu bazı emtiaya bu kanuna göre tescil edilmiş marka konulmasını mecburi kılabilir*” hükmüne aykırı hareket edenlerin cezalandırılması amaçlanmıştır. Markayı tescil edilmiş olduğu şekilden farklı kullanmak suçu ile esasen Markalar Kanunu'nun 18'inci maddesinde kaleme alınan markanın tescil edildiği gibi kullanılması ilkesi korunmak istenmiştir.

Markalar Kanunu'nun 51'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, “b) *Başkası adına tescil edilmiş bir markanın aynını veya benzerlerini kullananlar veya hak sahibinden gayri kimse tarafından haksız olarak kullanılan markaları taşıyan emtiayı bilerek satışa arzedener, satanlar, dağıtanlar, memlekete sokanlar veya memleketten çıkaranlar ve bu fiillere iştirak edenler 8 aydan 2 seneye kadar hapis ve 5 000 liradan 50 000 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar*” denilmek suretiyle markanın aynını veya benzerini kullanmak suçları ihdas edilmiştir.

⁴²³ Arseven, s. 132 vd.

⁴²⁴ Markalar Kanunu'nun 54'üncü maddesi ile 1888 tarihli Alâmet-i Fârika Nizamnamesi ile ek ve tadilleri kaldırılmıştır.

⁴²⁵ Karayalçın, s. 436 vd.; Donay / Erman, s. 47 vd.

Markalar Kanunu'nun 47'nci maddesinde markanın aynını ve benzerini kullanmak tanımlanmıştır. Hükme göre;

Markanın aynını kullanmak, *“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 kullanma”*;

Markanın benzerini kullanmak, *“Başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibariyle ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu suretle iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanma”* anlamına gelmektedir⁴²⁶.

Markalar Kanunu'nun 51'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, *“(b) bendinde yazılı cezalara çaptırılan kimselerin varsa iş yerlerinin 1 yıl müddetle kapatılmasına ve aynı müddet ticaret veya sanattan menlerine hükmolunur”* denilmek suretiyle marka suçlarını işleyenler hakkında zikredilen güvenlik tedbirlerine karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Markalar Kanunu'nun 51'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında, marka suçlarının taksirle de işlenebileceği, *“Bu maddede yazılı fiillerin dikkatsizlik veya ihmâl, yahut tedbirsizlikle işlenmiş olduğu anlaşıldığı takdirde fail yalnızca para cezasıyla cezalandırılır”* hükmüyle belirtilmiştir. Bu halde faile sadece para cezası verilebileceği kabul edilmiştir.

Markalar Kanunu'nun 51'inci maddesinde son olarak *“Tekerrür halinde yukarıda yazılı cezaların iki katı hükmolunur”* denilmek suretiyle özel bir tekerrür düzenlemesine yer verilmiştir⁴²⁷.

Markalar Kanunu'nun 52'nci maddesinde *“Fiile iştirak”* başlığı altında, *“Bu kanunun 51 inci maddesinde sayılan suçlar hizmetlerini ifa ettikleri sırada, 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 sayılırlar”* düzenlemesine yer verilmek suretiyle özel bir iştirak hükmü kabul edilmiştir⁴²⁸.

Nihayet Markalar Kanunu'nun 53'üncü maddesinde, marka suçlarında müsadere konusu düzenlenmiştir⁴²⁹. Hükme göre, fail mahkûm olsun veya beraat etsin, markanın aynının

⁴²⁶ Donay / Erman, s. 53-54; Öçal, Markaların Himayesi, s.115-119; Karayalçın, s. 432.

⁴²⁷ Krş. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 81.

⁴²⁸ Krş. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 64.

⁴²⁹ Krş. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 36.

veya benzerinin kullanıldığı tespit edildiği takdirde, sahte markayı taşıyan emtia, etiket, zarf, mahfaza, ticari evrak gibi vasıtalarla bu markaların imal ve vaz'ında kullanılan mühür, soğuk damga, klişe gibi alet ve edevatın müsadereğine karar verilmektedir.

Markalar Kanunu döneminde, marka suçları şahsi dava niteliğini haizdir. Nitekim Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 344'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 8'inci bendine göre, hususi nizamlar ve kanunlarda yazılı edebi ve sınai mülkiyetlere ve güzel sanatlar mülkiyetine müteallik suçlarda şahsi dava usulünün uygulanacağı kabul edilmiştir.

551 sayılı Markalar Kanunu ve bu Kanun'un marka suçlarına yönelik hükümleri incelendiğinde genel olarak;

- Kanun kapsamında hizmet markalarının tescili mümkün olmadığı için sadece tescilli ticaret markaların cezai himayeye sahip olduğu,
- Kanun'da marka hakkının korunması hususunda emtia sisteminin kabul edilmiş olması sebebiyle marka hakkının cezai himayesinin aynı emtia ile sınırlandırıldığı⁴³⁰,
- Markanın aynının veya benzerinin kullanılmasının cezalandırıldığı,
- Markanın benzerinin kullanılmasının iltibasa sebep olması gerektiği⁴³¹,
- Markanın aynının veya benzerinin kullanılmasına aynı cezaların öngörüldüğü ve dolayısıyla bu iki ayrımın önemini yitirdiği,
- Marka suçlarının taksirle de işlenebileceği ve bu halde sadece para cezasına hükmedilebileceği,

⁴³⁰ **Öçal**, Markaların Himayesi, s. 50. Doktrinde *Donay / Erman*, markanın aynını veya benzerini kullanmanın suç kabul edilmesi ile korunan kamu yararı olduğu için iki mamul aynı neviden olmasalar bile taşıdıkları marka iltibasa mahal verici nitelikte ise suçun teşekkül edeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Donay / Erman**, s. 56. Markalar Kanunu'nun 17'nci maddesinin 1'inci cümlesinin, “*Markanın tescili yukarıdaki maddede yazılı himaye süresi içinde, marka sahibine, kanunun birinci maddesinde yazılı maksat ve tarzda kullanmak şartıyla ve sicilde gösterilen emtiaya müteallik olmak kaydıyla, markasından faydalanma hakkını verir*” şeklindeki hükmü ile marka hakkının himayesi tescilde gösterilen emtia ile sınırlandırılmıştır. Bu itibarla kanaatimizce Markalar Kanunu'nda marka sahibine tanınan hakkın ötesine geçilip, hukuki himayenin dahi olmadığı bir alanda cezai müdahaleden söz etmek ceza hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

⁴³¹ **Donay / Erman**, s. 53-54; **Öçal**, Markaların Himayesi, s.115-119; **Karayalçın**, s. 432.

- Özel güvenlik tedbirleri, tekerrür, iştirak ve müsadere hükümlerinin ihdas edildiği⁴³² ifade edilmelidir.

Doktrinde, Markalar Kanunu'nda öngörülen marka suçlarının uygulamada karşılaşılan değişik tecavüz hallerini tam olarak kapsamadığı ve etkin bir koruma sağlayamadığı⁴³³ ifade edilmiş ve markanın aynını – benzerini kullanmak fiillerinin cezaları arasında derecelendirme yapılmaması eleştirisi konusu yapılmıştır⁴³⁴.

III. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de Marka Suçları

Avrupa Birliği normlarına uyum sürecinde fikri mülkiyet haklarına ilişkin mevzuatta değişiklik yapılması ihtiyacı hasıl olmuştur⁴³⁵. Bu sebeple 551 sayılı Markalar Kanunu, 1995 tarihli 4113 sayılı Kanun uyarınca verilen yetkiye istinaden⁴³⁶ Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (556 sayılı KHK) ile cezai hükümler hariç olmak üzere (m. 51-53) yürürlükten kaldırılmıştır^{437, 438}. Böylece 556 sayılı KHK, marka hukukunun temel mevzuatı haline gelmiştir.

556 sayılı KHK, hizmet markalarına tescil imkânının sağlaması, markaların tescil ve marka hakkının korunmasında emtia sınıfı sistemine geçilmesi ve marka hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların görülmesi için ihtisas mahkemelerinin kurulmasının öngörülmesi gibi yenilikleri hukukumıza kazandırmıştır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca KHK ile suç ihdas edilemeyeceği için bu aşamada Markalar Kanunu'nda düzenlenen marka suçları yürürlükten kaldırılmamıştır. Yaklaşık sekiz ay sonra 1995 tarihli 4128 sayılı Kanun'un⁴³⁹ 5'inci maddesi ile 556 sayılı

⁴³² Arseven, s. 132 vd.

⁴³³ Arkan, Cilt I, s. 17.

⁴³⁴ Karayalçın, s. 438.

⁴³⁵ 06.03.1995 tarihli 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile Türkiye fikri mülkiyet hukukunu Avrupa Birliği normlarına uyumlu hale getirme mükellefiyeti altına girmiştir.

⁴³⁶ R.G., 24.06.1995, 22232. Doktrinde Arkan, ihtiyacın KHK ile giderilmesini, Ortaklık Konseyi Kararı'nda fikri mülkiyet hakları alanındaki değişikliklerin gerçekleşmesinin sıkışık bir takvime bağlanması, TBMM'ye sunulmuş olmasına rağmen iki buçuk yılı aşkın bir süre içerisinde kanunlaşmayan Patent Kanunu Tasarısı ile yaşanan kötü tecrübeye bağlamaktadır. Bkz. Arkan, Cilt I, s. 19.

⁴³⁷ R.G., 27.06.1995, 22326.

⁴³⁸ 4113 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin (c) bendinde, 551 sayılı Markalar Kanunu'nda yapılacak düzenleme ve değişiklikler için Bakanlar Kurulu'na yetki verilmiş olsa da bu yola başvurulmadan 556 sayılı KHK ile tamamen yeni bir düzenleme getirilmiştir.

⁴³⁹ R.G., 07.11.1995, 22456.

KHK'ya 61/A maddesi eklenerek cezai hükümler ihdas edilmiş ve 551 sayılı Markalar Kanunu tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 556 sayılı KHK yer alan cezai hükümlerin yeniden ele alınması ihtiyacı hasıl olmuş ve bu hükümler 2004 tarihli 5194 sayılı Kanun ve 2009 tarihli 5833 sayılı Kanun ile revize edilmiştir.

A. 1995 tarihli 4128 sayılı Kanun Kapsamında Marka Suçları

1995 tarihli 4128 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin düzenlediği 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi⁴⁴⁰, marka suçlarını ve bu suçlara ilişkin ceza muhakemesi kurallarını ihtiva

⁴⁴⁰ 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi “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 kaldıranlar, kendisini haksız olarak marka başvurusu veya marka hakkı sahibi olarak gösterenler hakkında bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına ve üçyüz milyon liradan altıyüz milyon liraya kadar para cezasına,
b) 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, rehneden, bu haklar üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunanlar ile korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresinin bittiği veya marka hakkının hükümsüzlüğü veya marka korumasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında; kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticarî evrakına veya ilanlarına, hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde, işaretler koyan veya bu amaçla yazılı ve görsel basındaki ilan ve reklamlarda, bu tarzda yazı, işaret veya ifadeleri kullananlar hakkında, iki yıldan üç yıla kadar hapis cezasına ve altıyüz milyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına,
c) 61 inci maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve altıyüz milyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmolunur.
Yukarıda yazılı suçlar hizmetlerini yaptıkları sırada bir işletmenin çalışanları tarafından doğrudan doğruya veya emir üzerine işlenmişse çalışanlar ve suçun işlenmesine mâni olmayan işletme sahibi, müdür veya temsilcisi ve hangi unvan ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen yöneten kişi de 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 Türk Ceza Kanunu'nun 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 korumasından doğan hakları tecavüze uğrayandan başka, 61 inci maddede sayılanlar dışında kalan suçlarda Enstitü; marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildiriminin gerçeğe aykırı olarak yapılması ile korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresi bittiği veya herhangi bir sebeple marka hakkının hükümsüzlüğü veya marka korumasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında; kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticarî evrakına veya ilanlarına, hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde, işaretler koyma veya bu amaçla yazılı ve görsel basındaki ilan ve reklamlarda bu tarzda yazı, işaret veya ifadelerin kullanılması durumlarında 5590 veya 507 sayılı kanunlara tabi 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 şikâyetler acele işlerden sayılır. Bu Kanun hükümlerine göre marka hakkı başvurusu veya marka korumasından doğan haklara tecavüz dolayısıyla üretilmesi cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, gereç, cihaz, makine gibi vasıtaların zaptedilmesi veya elkoyulması veya yokedilmesinde Türk

etmektedir⁴⁴¹. Maddenin (a) ve (b) bentlerinde marka suçunu oluşturan fiiller bizzat tanımlandığı halde, (c) bendinde Alman Hukuku'nda olduğu gibi⁴⁴² başka bir maddeye atıf yapılmıştır. 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinde marka suçları geniş kapsamlı ele alınmış ve bu madde ile daha önce mevzuatımızda bulunmayan marka suçları ihdas edilerek yeni bir uygulamaya geçilmiştir⁴⁴³.

556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (a) bendinde, “*Marka sahibi olarak gerçeğe aykırı kimlik bildirimde bulunmak*”, “*Marka koruması olduğunu belirten işareti kaldırmak*” ve “*Kendini marka başvurusu yapmış veya marka sahibi olarak göstermek*” fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Bu fiillerle ilgili olarak kanunda öngörülen müeyyide “*bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası*” ve “*üçyüz milyon liradan altıyüz milyon liraya kadar para cezası*”dır. Doktrinde 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (a) bendinde düzenlenen fiillerden bazılarının marka hakkının korunmasıyla ilişkili olmadığı belirtilerek, bunların suç olarak ihdas edilmesi eleştirilmiştir⁴⁴⁴.

556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (b) bendinde, “*Marka üzerinde hukuka aykırı tasarrufta bulunmak*” ve “*Korunan bir marka bulunduğu zannını uyandırmak*” suçları düzenlenmiştir. Bu fiillerle ilgili olarak kanunda öngörülen müeyyide “*iki yıldan üç yıla kadar hapis cezası*” ve “*altıyüz milyon liradan bir milyar liraya kadar para cezası*”dır.

Ceza Kanunu'nun 36 ncı maddesi hükmü ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilgili hükümleri uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴⁴¹ **Keskin**, s. 117-118; **Özgenç, İzzet**, Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 834.

⁴⁴² **Fezer**, 2587; **Feiler**, s. 96; **Böxler**, s. 194.

⁴⁴³ 1995 tarihli 4128 sayılı Kanun'un düzenlenen marka suçları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Keskin**, s. 117 vd.; **Özgenç**, Marka Hakkına Tecavüz, s. 831 vd.; **Aydın**, Sınai Mülkiyet, s. 59 vd.

⁴⁴⁴ **Özgenç**, Marka Hakkına Tecavüz, s. 844; **Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek**, Cilt II, s. 1062, dn. 4.

556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendinde ise KHK'nın 61'inci maddesine⁴⁴⁵,
⁴⁴⁶ atıfta bulunmak suretiyle bu maddede düzenlenen marka hakkına tecavüz fiilleri ayrıca suç olarak kabul edilmiştir. Böylece KHK'nın 61'inci maddesinde belirtilen her bir fiil aynı zamanda birer marka suçu haline getirilmiştir⁴⁴⁷. Bu fiillerle ilgili olarak kanunda öngörülen

⁴⁴⁵ 556 sayılı KHK'nın "Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller" başlıklı 61'inci maddesi,
"Aşağıda yazılı fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:

- a) 9 uncu maddenin ihlali,
- b) Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek,
- c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak,
- d) Marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek,
- e) (a) ile (c) bentlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu işlemlerin yapılmasını kolaylaştırmak,
- f) Kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan maun nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak" şeklinde düzenlenmiştir.

⁴⁴⁶ 556 sayılı KHK'nın 61'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinin atıfta bulunduğu 556 sayılı KHK'nın "Marka tescilinden doğan hakların kapsamı" başlıklı 9'uncu maddesi,
"Aşağıda belirtilen hallerde, marka sahibinin, izni alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi vardır:

- a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması,
- b) Tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması,
- c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescili istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.

Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra uyarınca yasaklanabilir:

- a) İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması,
- b) işareti taşıyan maun piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret alanda hizmetlerin sunulması veya sağlanması,
- c) İşareti taşıyan malın ithali,
- d) işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarda kullanılması.

Markanın sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Markanın tescili için yapılacak başvurunun yayınlanmasından sonra doğabilecek durumlarla ilgili olarak tazminat talebi yapılabilir. Ancak başvurunun yayını ile doğan haklar, tescilin yayınıyla birlikte tescilli markadan doğan hakların kapsamı içinde değerlendirilir. Mahkeme, üne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez" şeklinde düzenlenmiştir.

⁴⁴⁷ Doktrinde Keskin, 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendinde belirtilen suçları, "Markayı izinsiz kullanmak", "Markayı taklit etmek", "Taklit markayı ticaret alanına çıkarmak", "Marka lisansını izinsiz genişletmek veya devretmek", "Marka taklidi – taklit markayı ticarete çıkartmak veya izinsiz marka kullanılması suçlarına yardım etmek" ve "Korsan ürün veya eşyanın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak" şeklinde isimlendirmektedir. Bkz. Keskin, s. 128.

müeyyide “iki yıldan dört yıla kadar hapis kadar hapis cezası” ve “altıyüz milyon liradan bir milyar liraya kadar para cezası”dır.

Uygulamada en çok karşılaşılan ve doktrinde ceza hukukunun temel ilkeleri açısından sorunlu görülen marka suçları 556 sayılı KHK’nın 61/A maddesinin (c) bendinde düzenlenenlerdir. Nitekim 556 sayılı KHK’nın 61/A maddesi bir kanun ile ihdas edilmiş olsa da suç teşkil eden fiiller atıf suretiyle KHK’nın diğer maddeleri üzerinden belirlenmektedir. Bu sebeple doktrinde 556 sayılı KHK’nın 61/A maddesinin (c) bendinin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir⁴⁴⁸.

1995 tarihli 4128 sayılı Kanun döneminde, 556 sayılı KHK’nın 61/A maddesinin (c) bendi, esasında Anayasa’nın 38’inci maddesi ile güvence altına alınan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle somut norm denetimi ile Anayasa Mahkemesi’ne konu olmuştur.

Anayasa Mahkemesi 18.06.2003 tarihli 2000/38 Esas ve 2003/66 Karar sayılı kararında, “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendiğinden Anayasa’nın cezaların yasa ile düzenlenmesi gereğine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa’da Kanun Hükmünde Kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural da bulunmamaktadır” denilmek suretiyle 61/A maddesinin (c) bendinin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir.

Mamafih Anayasa Mahkemesi, 02.03.2004 tarihli 2002/92 Esas ve 2004/25 Karar sayılı kararı ile farklı bir yaklaşımda bulunmuştur. Karara konu olayda, 556 sayılı KHK’nın 61’inci maddesinin (d) bendinin ve aynı KHK’ya 4128 sayılı Kanun ile eklenen 61/A maddesinin (c) bendinin, Anayasa’ya aykırılığı savıyla iptalleri istenmiştir. Mahkeme, 61/A maddesinin (c) bendi açısından “Kanun Hükmünde Kararname’nin 61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendiğinden Anayasa’nın cezaların yasa ile düzenlenmesine ilişkin 38. maddesine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa’da Kanun Hükmünde Kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural da bulunmamaktadır” gerekçesiyle istemi reddetmiştir. Ancak Mahkeme 61’inci maddenin (d) bendini, “Anayasa’nın

⁴⁴⁸ Özgenç, Marka Hakkına Tecavüz, s. 843; Ayoğlu, Tolga, Anayasa Mahkemesi’nin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 9 ve 61. Maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 3.1.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 2008, Cilt 8, Sayı 4, s. 36.

38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasayla 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 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. İtiraz konusu 556 sayılı KHK'nın 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” gerekçesiyle iptal etmiştir.

Öte yandan 556 sayılı KHK'nın sadece 61/A maddesinin (c) bendi sadece suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından sorunlu olmayıp, maddede cezaların şahsiliği kuralına aykırılık teşkil eden ve objektif sorumluluğu benimseyen düzenlemeler de mevcuttur. Nitekim maddenin “...ayrıca **işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına** ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmolunur...” ve “...Bir tüzel kişinin işleri yürütülürken bu maddede sayılan suçlardan biri işlenirse, **tüzel kişi, masraflar ve para cezasından müteselsilen sorumlu olur**” şeklindeki hükümleri bu hususu doğrulamaktadır⁴⁴⁹.

556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinde, marka suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet şartına bağlanmış⁴⁵⁰, şikâyet hakkı sahipleri ayrı ayrı belirtilmiş ve şikâyet süresi fail ve fiilin öğrenilmesinden itibaren iki yıl olarak öngörülerek genel altı aylık şikâyet süresinin dışına çıkmıştır⁴⁵¹. Ayrıca maddede marka suçlarıyla ilgili şikâyetlerin acele işlerden sayılacağı da hüküm altına alınmıştır⁴⁵².

B. 2004 tarihli 5194 sayılı Kanun Kapsamında Marka Suçları

Anayasa Mahkemesi, 556 sayılı KHK'nın 61'inci maddesinin (d) bendinin iptal edilmesi neticesinde ortaya çıkabilecek hukuksal boşlukların önüne geçilebilmesi ve gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi amacıyla 02.03.2004 tarihli 2002/92 Esas ve 2004/25 Karar sayılı kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesini

⁴⁴⁹ Detaylı bilgi için bkz. **Özgenç**, Marka Hakkına Tecavüz, s. 849 vd.

⁴⁵⁰ 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi uyarınca marka suçlarında şahsi dava usulünün uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır.

⁴⁵¹ **Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek**, Cilt II, s. 1085-1088.

⁴⁵² Bkz. dn. 440.

uygun görmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin zikredilen iptal kararı ardından 2004 tarihli 5194 sayılı Kanun⁴⁵³ ile 556 sayılı KHK'da birtakım değişiklikler yapılmıştır⁴⁵⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 tarihli 2002/92 Esas ve 2004/25 Karar sayılı kararında her ne kadar 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesine ilişkin herhangi bir norm iptal edilmemiş ise de 2004 tarihli 5194 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi yeniden düzenlenmiştir⁴⁵⁵. Ancak 2004 tarihli 5194 sayılı Kanun ile marka suçları konusunda esaslı bir değişiklik yapılmamış, ağırlıklı olarak ceza miktarları artırılmıştır.

⁴⁵³ R.G., 26.06.2004, 25504.

⁴⁵⁴ 2004 tarihli 5194 sayılı Kanun'un düzenlenen marka suçları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Bayındır**, Sınai Mülkiyet, s. 51 vd.; **Topçu, Deniz**, Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 45 vd.; **Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek**, Cilt II, s. 1059 vd.

⁴⁵⁵ 2004 tarihli 5194 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi ile değişik 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi, "*Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamında;*

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 kaldıranlar, 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, rehneden, 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 işlenmişse 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 şikâyeteye 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 bildiriminin 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 ticari evrakına veya ilânlarına, hukuken korunan bir marka

2004 tarihli 5194 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemede 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendindeki atıf usulünün muhafaza edilmesi, 1995 tarihli 4128 sayılı Kanun döneminde var olan sorunların devam etmesine sebep olmuştur. Nitekim 2004 tarihli 5194 sayılı Kanun ile değişik 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi tekrar Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimine konu olmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarihli 2005/15 Esas ve 2008/2 Karar'ına⁴⁵⁶ konu olayda, Ankara Fikrî ve Sinaî Haklar Ceza Mahkemesi tarafından 556 sayılı KHK'nın 9'uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin, ikinci fıkrasının (b) bendinin; 61'inci maddesinin (a) ve (c) bentlerinin; 5194 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi ile değişik 61/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptalleri istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 556 sayılı KHK'nın 9'uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendini, ikinci fıkrasının (b) bendini, 61'inci maddesinin (a) ve (c) bentleri yönünden “556 sayılı KHK'nin itiraz konusu 9 ve 61 inci maddelerinde belirtilen eylemlere, 5194 sayılı Kanun ile değiştirilen 61/A maddesinde ceza yaptırımı öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38 inci 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” gerekçesiyle iptal kararı vermiştir. Mamafih Mahkeme, 5194 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi ile değişik 61/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendini, “Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendikten sonra 5194 sayılı Yasa'nın 16 ncı maddesiyle değiştirilmiş, böylece Anayasa'nın, cezaların yasa ile düzenlenmesine ilişkin 38 inci maddesine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa'da Kanun Hükmünde Kararnamelerin yasayla

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 korumasından 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” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴⁵⁶ Karar için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi: 12.11.2019.

*değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural bulunmadığından Anayasa'nın 91 inci maddesine aykırılıktan da söz edilemez” gerekçesiyle iptal etmemiştir*⁴⁵⁷.

C. 1995 tarihli 4128 sayılı Kanun ile 2004 tarihli 5194 sayılı Kanun Bağlamında Marka Suçlarının Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 tarihli 2002/92 Esas ve 2004/25 Kararı ve 03.01.2008 tarihli 2005/15 Esas ve 2008/2 Kararı incelendiğinde, 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendinin suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olduğu ancak bu normun atıfta bulunduğu 556 sayılı KHK'nın 61'inci ve 9'uncu maddelerinin bir kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi sebebiyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde *Özgenç*, 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendinde KHK'nın diğer maddelerine atıfta bulunulduğunu, KHK'nın atıf yapılan hükümlerinin Bakanlar Kurulu kararı ile değiştirilebileceğini ve dolayısıyla bu düzenleme biçiminin suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığını belirtmektedir⁴⁵⁸. *Özen*, 556 sayılı KHK'nın 61'inci maddesinde yer alan hükümlerin ceza normu olduğunu ve bunların suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini belirterek Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararını yerinde görmektedir⁴⁵⁹. *Ayoğlu*, 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendinin, tescilli markaya sağlanan tekel hakkının kapsamını ve marka hakkına tecavüz hallerini belirlemeyi hedefleyen özel hukuk normları olan 9 ve 61'inci maddelere atıf yapmasının, bu hükümleri suç tipini düzenleyen ceza normu statüsüne geçirmeyeceğini; suçta ve cezada kanunilik ilkesini zedeleyen normun 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendi olduğunu ve bu hükmün iptal edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendini Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” hükmüne de aykırı görmemiştir. Bkz. **AY.M., 03.01.2008, 2005/15, 2008/2.**

⁴⁵⁸ **Özgenç**, Marka Hakkına Tecavüz, s. 843; Benzer bir görüş için bkz. **Baytaç, Abdullah Batuhan**, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 119-124.

⁴⁵⁹ **Özen, Mustafa**, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 2009, Sayı 2, s. 58-59.

⁴⁶⁰ **Ayoğlu**, s. 36-37.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin sorunun esasını teşkil eden 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendini iptal etmeyip, aslında marka hakkının hukuki himayesine ilişkin bir norm olan 61'inci maddenin (d) bendini, ardından daha sonraki kararında 556 sayılı KHK'nın 9'uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendini, ikinci fıkrasının (b) bendini; 61'inci maddesinin (a) ve (c) bentlerini iptal etmesi doğru bir yaklaşım olmamıştır. Mahkeme'nin burada 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendini iptal etmesi yerinde olurdu. 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendinin atıf sistemi sebebiyle, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği hükümler açısından marka hakkı hem hukuki hem de cezai himayeden mahrum kalmıştır. Ayrıca 556 sayılı KHK'nın 61'inci maddesinde sayılan diğer tecavüz fiilleriyle ilgili bentlerin de Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi halinde, Mahkeme'nin bu bentleri de iptal edeceği sonucu ortaya çıkmıştır⁴⁶¹. Esasında suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından yapılması gereken 2004 tarihli 5194 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK'nın 9 ve 61'inci maddelerinin tekrar düzenlenmesi veyahut 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendinde yer alan atıf sisteminden vazgeçilerek marka suçlarının münferiden belirlenmesiydi.

1995 tarihli 4128 sayılı Kanun ve 2004 tarihli 5194 Kanun bağlamında 556 sayılı KHK'nın marka suçlarına yönelik hükümleri incelendiğinde genel olarak;

- Hizmet markalarının tescili mümkün hale geldiği için hem hizmet markalarının hem de ticaret markaların cezai himayeye sahip olduğu,
- Markanın tescilinde emtia sınıfı sisteminin kabul edildiği,
- Açıkça tanımlanan marka suçlarının yanı sıra 61/A maddesinin (c) bendinde atıf suretiyle tüm marka hakkına tecavüz fiillerinin suç haline getirildiği ve bu itibarla 556 sayılı KHK'da on altı adet marka suçu ihdas edildiği⁴⁶²,
- Marka hakkına tecavüz fiillerinin tamamının suç haline getirilmesi sebebiyle marka hakkının cezai himayesinin benzer mal veya hizmet gruplarına da taşındığı,

⁴⁶¹ **Arkan, Sabih**, Marka Hakkına Tecavüz Halleri – Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 Tarihli Kararı, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt I, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2004, Sayı 1, s. 4.

⁴⁶² **Albayrak, Mustafa**, Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılanmasında Sorunlar ve Çözüm Yolları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 57, 2005, s. 339.

- Farklı bentlerde düzenlenen marka suçları için farklı ceza öngörüldüğü,
- Marka suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyet tabi kılındığı ve özel şikâyet kuralının ihdas edildiği⁴⁶³,
- 556 sayılı KHK'da öngörülen davalar için ihtisas mahkemelerinin kurulacağını hüküm altına alındığı ifade edilmelidir.

D. 2009 tarihli 5833 sayılı Kanun Kapsamında Marka Suçları

Anayasa Mahkemesi, 556 sayılı KHK'nın 9'uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin, ikinci fıkrasının (b) bendinin; 61'inci maddesinin (a) ve (c) bentlerinin; 5194 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi ile değişik 61/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin iptal edilmesi neticesinde ortaya çıkabilecek hukuksal boşlukların önüne geçilebilmesi ve gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi amacıyla 03.01.2008 tarihli 2005/15 Esas ve 2008/2 Karar sayılı kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesini uygun görmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin zikredilen iptal kararının ardından 2009 tarihli 5833 sayılı Kanun⁴⁶⁴ ile 556 sayılı KHK'nın 9, 61 ve 61/A maddeleri yeniden düzenlenmiştir⁴⁶⁵.

⁴⁶³ Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek, Cilt II, s. 1085-1088.

⁴⁶⁴ R.G., 28.01.2009, 27124.

⁴⁶⁵ 5833 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi ile değişik 556 sayılı KHK'nın 9'uncu maddesi, "*Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibi, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep edebilir:*

a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması.

b) 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.

c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.

Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir:

a) İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması.

b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması.

c) İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması.

d) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.

e) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması.

5833 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi ile değişik 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi, "Ceza hükümleri" başlığı altında "Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıran kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

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.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye'de tescilli olması şarttır.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlıdır.

Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin

Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Marka tescil başvurusunun bültende yayınlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi halinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez" şeklinde düzenlenmiştir. 5833 sayılı Kanun'un 2'nci maddesi ile değişik 556 sayılı KHK'nın 61'inci maddesi ise "Aşağıda sayılan fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:

- a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 9 uncu maddede belirtilen biçimlerde kullanmak.
- b) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.
- c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak.
- d) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek" hükmünü içermektedir.

ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz” şeklinde düzenlenmiştir.

5833 sayılı Kanun’un ile 556 sayılı KHK’da yer alan marka suçları sadeleştirilmiş ve atıf usulünden vazgeçilmiştir. Böylece karmaşık bir düzeni haiz olan marka suçlarında yeni bir döneme geçilmiştir. Belirtmek gerekir ki, özellikle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün ne anlama geldiği ve bu fiillerin kapsamının ne olduğu 5833 sayılı Kanun’da açıklanmaması çeşitli sorunları ve tartışmaları beraberinde getirmiştir.

2009 tarihli 5833 sayılı Kanun ile değişik 556 sayılı KHK’nın marka suçlarına yönelik hükümleri incelendiğinde genel olarak;

- Türkiye’de tescilli hizmet ve ticaret markalarının cezai himayeye sahip olduğu,
- İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, marka koruması işaretinin kaldırılması ve yetkisiz tasarrufta bulunma suçlarının düzenlendiği,
- Her bir suç için farklı cezaların öngörüldüğü,
- Suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı,
- Marka suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyet tabi kılındığı, ayrıca özel bir şikâyet hükmünün bulunmadığı,
- Etkin pişmanlık hükmüne yer verildiği ifade edilmelidir.

556 sayılı KHK, marka suçlarının yanı sıra diğer hükümler açısından da Anayasa Mahkemesi’nin somut norm denetimine konu olmuştur. Nihayetinde Mahkeme, fikri mülkiyet haklarının mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğunu belirterek bu alana özgü düzenlemelerin olağan dönem kanun hükmünde kararnameyle yapılamayacağına karar vermiştir⁴⁶⁶.

Fikri mülkiyet ve özelinde sınai mülkiyet haklarının kanunla düzenlenme ihtiyacının bulunması, uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Birliği mevzuatıyla uyumun artırılması ve daha

⁴⁶⁶ AY.M., 09.04.2014, 2013/147, 2014/75; AY.M., 14.12.2016, 2016/148, 2016/189.

nitelikli ve etkin işleyen çağdaş bir fikri mülkiyet sistemine geçişin sağlanması amacıyla bugün yürürlükte olan 2016 tarihli 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ihdas edilmiştir⁴⁶⁷.

SMK, marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin başvuruları, tescil ve tescil sonrası işlemleri ve bu hakların ihlaline dair hukuki ve cezai yaptırımları kapsayarak mevzuatımızda sınai mülkiyet alanında bir bütünlük oluşturmuştur.

SMK’da cezai koruma sadece marka hakkı için kabul edilmiştir. SMK’nın 30’uncu maddesinde yer cezai düzenleme, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna eklenen birkaç seçimlik hareket dışında esasen 5833 sayılı Kanun’un ile değişik 556 sayılı KHK’den alınmıştır⁴⁶⁸. Bu itibarla 5833 sayılı Kanun ile değişik 556 sayılı KHK döneminde marka suçlarına ilişkin tartışmalar günümüz için de geçerliliğini sürdürmektedir.

⁴⁶⁷ R.G., 10.01.2017, 29944.

⁴⁶⁸ Çalışmamızın ikinci bölümünde SMK’nın 30’uncu maddesinde yer alan marka suçları detaylı bir şekilde incelenmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

SINAI MÜLKİYET KANUNU'NDA DÜZENLENEN MARKA SUÇLARI

Ş1. GENEL BİLGİLER

Bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayan ve para ile ölçülebilir bir değeri ifade eden marka, kişinin veya teşebbüsün malvarlığı içinde yer alan unsurlardan biridir⁴⁶⁹ ve üstlendiği çeşitli fonksiyonlar sebebiyle tecavüzlere karşı korunması gerekmektedir. Hukukumuzda marka hakkının hukuki himayesinin yanı sıra cezai himayesi de öngörülerek, 2016 tarihli 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda marka suçları ihdas edilmiştir.

SMK'nın “marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler” başlıklı 30'uncu 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.

(3) Yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufla 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 hâlinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

⁴⁶⁹ Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek, Cilt I, s. 175; Kaya, s. 34; Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 447.

(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 şikâyete 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 hâlinde hakkında cezaya hükmlenmez” şeklinde düzenlenmiştir.

SMK’nın 30’uncu maddesinde üç ayrı suç tipine yer verilmiştir: Birinci fıkra, uygulamada en çok karşılaşılan “*iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu*”; ikinci fıkra, “*marka koruması işaretinin kaldırılması suçu*” ve nihayet üçüncü fıkra, “*yetkisiz tasarrufla bulunma suçu*” düzenlenmiştir.

Maddenin dördüncü fıkrasında, marka suçlarının, tüzel kişilerin faaliyeti kapsamında icra edilmesi halinde, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı belirtilmiş; beşinci fıkrasında, marka suçlarında cezaya hükmedilebilmesi “*markanın Türkiye’de tescilli olması*” kuralına tabi kılınmış; altıncı fıkrasında, marka suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet şartına bağlanmış ve nihayet son fıkrasında, etkin pişmanlık hükmü öngörülmüştür.

Ş2. MARKA SUÇLARI İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suç politikasının belirleyici bir ölçütü olan korunan hukuki değer⁴⁷⁰, doktrinde, “*bir ceza normu ile korunan, diğer bir ifade ile suçla ihlal olunan hak ve menfaat*”⁴⁷¹; “*kanunun yasak, emir hükmü ve yaptırım ile açıkça koruduğu hak ve çıkar*”⁴⁷²; “*kanunun yasak hükmü ve yaptırım ile açıkça koruduğu bir hak, başka deyimle, ceza kuralı ile korunan ve bir suçun ihlal ettiği, zarar verdiği veya tehlikeye maruz bıraktığı çıkar (bireysel, toplumsal, maddi veya*

⁴⁷⁰ Ünver, s. 669; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 176-177; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 376. Doktrinde, “*korunan hukuki değer*” kavramı yerine “*suçun hukuki konusu*” ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Erem, Faruk, Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı:1, Ankara 1968, s. 12; Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 145; Toroslu, Nevzat / Toroslu, Haluk, Ceza hukuku Genel Kısım, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 109.

⁴⁷¹ Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Beta Yayıncılık, Cilt I, 14. Baskı, İstanbul 1997, s. 333; Toroslu / Toroslu, s. 109.

⁴⁷² Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 377.

maddi olmayan çıkar)”⁴⁷³; “*suçun doğrudan doğruya ihlal ettiği hukuki varlık veya menfaat*”⁴⁷⁴ şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁷⁵.

Suç teşkil eden her fiilin icrası, aynı zamanda bir hukuki değerin ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Bu sebeple herhangi bir hukuki değer ile ilişkilendirilemeyen bir suçtan bahsedilemez⁴⁷⁶. Bir suçun ihdas edilmesiyle birden çok hukuki değerin korunması da amaçlanmış olabilir. Dolayısıyla suç oluşturan fiilin işlenmesiyle bir veya birden çok hukuki değerin ihlal edilmesi mümkündür⁴⁷⁷.

Marka suçları ile korunan hukuki değerin ne olduğu doktrinde tartışmalıdır:

*Donay / Erman*⁴⁷⁸ ve *Nuhoğlu*⁴⁷⁹, marka suçları ile hem marka sahibinin hakları hem de kamu yararının korunduğunu ifade etmektedir.

*Özen*⁴⁸⁰, marka suçları ile korunan hukuki değerin hem mülkiyet hakkı hem de kamu güveni olduğunu belirtmektedir.

*Birtek*⁴⁸¹, marka suçları ile korunan hukuki değerin karma nitelik arz ettiği ve marka suçları ile marka hakkı sahibinin marka üzerinde sahip olduğu kullanım tekeli hakkı ile tüketicilerin markaya duyduğu güvenin korunduğu görüşündedir.

*Yenidünya / İçer*⁴⁸², iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile dar anlamda tescilli markası bulunan kişilerin markası üzerindeki haklarının ve geniş manada da ticari rekabetin sağlanması suretiyle tüketici haklarının korunduğunu; marka koruması işaretinin kaldırılması suçu ile ilgili koruma işaretinin tüketici nezdinde uyandırdığı kalite ve ayırt edicilik unsurunun korunduğunu; yetkisiz tasarrufta bulunma suçu ile hak sahibinin

⁴⁷³ **Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997, s. 244.

⁴⁷⁴ **Zafer**, s. 145.

⁴⁷⁵ Suçun konusu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Toroslu, Nevzat**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Tıpkı Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 87 vd.

⁴⁷⁶ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 176; **Koca / Üzülmaz**, Genel Hükümler, s. 117.

⁴⁷⁷ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 177; **Koca / Üzülmaz**, Genel Hükümler, s. 117.

⁴⁷⁸ **Donay / Erman**, s. 46.

⁴⁷⁹ **Nuhoğlu**, s. 421.

⁴⁸⁰ **Özen**, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, s. 66.

⁴⁸¹ **Birtek**, s. 499-500.

⁴⁸² **Yenidünya / İçer**, s. 71, 123, 129.

markanın tescilinden doğan satmak, devretmek, kiralamak ve rehn etmek şeklindeki haklarını korunduğunu ifade etmektedir.

*Arslan / Özdemir*⁴⁸³ ise marka suçları ile korunan temel hukuki değerin marka sahibinin hakları olduğunu ayrıca bu suçlar ile kamu güveni, kamu düzeni ve rekabet düzeninin korunduğunu belirtmektedir.

*Başbüyük*⁴⁸⁴, marka suçlarıyla korunan hukuki değerin, markanın hak sahibine sağladığı ekonomik değerin/avantajın bizzat kendisi olduğunu, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda kamu güveninin de koruma altına alındığını, marka koruması işaretinin kaldırılması suçu ile yetkisiz tasarrufta bulunma suçu açısından kamu sağlığı ve güveninin özellik arz etmediği, marka hakkına iltibas suretiyle tecavüz suçunun da hak sahibinin menfaatlerini koruma amacı güttüğünü ifade etmektedir.

*Çetintürk*⁴⁸⁵, marka taklitçiliği suçunda korunan hukuki değerin marka sahibinin fikri mülkiyet kavramından ve marka hakkından kaynaklanan maddi varlığı olmayan malvarlığı değeri olduğu; marka hakkına tecavüz suçlarının bir takım kamusal menfaatleri de koruduğu ancak bu suçların, soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyeteye tabi olması sebebiyle söz konusu kamusal menfaatleri korumada gerçekten bir rol üstlenmediği kanaatindedir.

Nihayet *Kart*⁴⁸⁶ ise marka suçlarıyla bireysel, toplumsal, ekonomik ve uluslararası birden çok değer veya menfaatin koruma altına alındığı görüşündedir.

Günümüzde ticari hayatın rekabet üzerine kurulduğu şüphesizdir. Teşebbüsler, rekabet ortamı içerisinde kendi mal ve hizmetlerini hem tanıtmak hem de diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırmak için marka seçmek zorunda kalmış ve kendi faaliyetlerinin semeresini, markalarının kamu nezdinde sahip olduğu itibarda bulmuştur⁴⁸⁷. Böylece markalar ticari hayatta pazarlama stratejilerinin önemli bir parçası haline gelmiştir⁴⁸⁸.

Ticari faaliyetlerin gelişmesi, tüketiminin yaygınlık kazanması ve mal veya hizmetin sınır aşan faaliyetlere konu olması, markaya çeşitli fonksiyonlar yüklemiştir⁴⁸⁹ ve markanın bir

⁴⁸³ *Arslan / Özdemir*, s. 1088.

⁴⁸⁴ *Başbüyük*, s. 86-87.

⁴⁸⁵ *Çetintürk*, s. 398-402.

⁴⁸⁶ *Kart, Ashhan*, Marka Hakkına Tecavüz Suçları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 90.

⁴⁸⁷ *Michaels / Norris*, s. 1-2.

⁴⁸⁸ *Dornis*, s. 6.

⁴⁸⁹ *Arseven*, s. 5; *Kaya*, s. 1 vd.; *Çolak*, s. 9 vd.

hak olarak hukuki varlığını ortaya çıkarmıştır. SMK bağlamında marka hakkı, gayri maddi bir malvarlığı değeri olan marka üzerinde, sahibinin herkese karşı ileri sürebileceği mutlak bir hakkı ifade eder ve sahibine inhisari kullanma⁴⁹⁰ ve tasarruf etme şeklinde olumlu hak ve yetkiler ile ayrıca bunların korunmasını sağlayan yasaklama yetkisini bahşetmektedir⁴⁹¹. Mamafih ticari hayatın rekabet ortamında, suiistimallerin kendini markalarda da yoğun bir şekilde göstermesi, marka hakkının ceza hukuku ile korunmasını da gerektirmiştir⁴⁹². Dolayısıyla marka suçları ile korunan hukuki değer öncelikle SMK kapsamında elde edilen marka hakkıdır⁴⁹³.

Öte yandan marka suçlarının dolaylı da olsa bir takım kamusal değerlerle ilişkili olduğu açıktır. Nitekim suç teşkil eden marka hakkına tecavüz fiillerinin işlenmesi neticesinde toplumu oluşturan bireylerin menfaati de ihlal edilmektedir. Daha önce açıkladığımız üzere⁴⁹⁴ suç teşkil eden marka hakkına tecavüz fiillerinin işlenmesi “ekonomi”, “kamu güvenliği ve düzeni”, “kamu sağlığı” ve “tüketiciler” açısından çeşitli kamusal sorunlara sebep olmaktadır⁴⁹⁵. Şüphesiz her marka suçu, ekonomi, tüketiciler, kamu sağlığı, güvenliği ve düzeni açısından aynı etkiyi haiz sonuç doğurmamaktadır. Örneğin iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun kamu yönünden neticeleri daha ağır iken yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun etkileri topluma neredeyse yansımamaktadır. Bu durumun bir sebebi de marka suçlarının yol açtığı kamusal sorunların genellikle uzun vadede kendini göstermesindedir. Bu itibarla kanaatimizce marka suçlarıyla öncelikle SMK’nın marka sahibine tanıdığı marka hakkı; dolaylı olarak da ekonomi, kamu sağlığı, tüketiciler, kamu güvenliği ve düzeni korunmaktadır.

§3. MARKANIN TÜRKİYE’DE TESCİLLİ OLMASI MESELESİ

SMK’nın 7’nci maddesinin 1’inci fıkrası, “*Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu itibarla tescil, SMK’nın sağladığı haklar

⁴⁹⁰ Nitekim SMK’nın 7’nci maddesinin 1’inci fıkrasının 1’inci cümlesi, “*Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir*” hükmünü içermektedir.

⁴⁹¹ **Kaya**, s. 34; **Tekinalp**, s. 381; **Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan**, s. 447-448.

⁴⁹² **Öçal**, Markaların Himayesi, s. 24.

⁴⁹³ **Donay / Erman**, s. 46; **Aydın**, Sınai Mülkiyet s. 68; **Başbüyük**, s. 86-87; **Arslan / Özdemir**, s. 1088; **Nuhoğlu**, s. 423; **Çetintürk**, s. 398; **Birtek, Fatih**, Marka ve Üretim Korsanlığı Suçu (Markanın İzinsiz Kullanılması), İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 499.

⁴⁹⁴ Detaylı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, §2, II.

⁴⁹⁵ **Tiedemann**, s. 63; **Goldstone / Toren**, s. 9; **Chaudhry / Zimmerman**, s. 10 vd.; **Carrington**, s. 296-297; **Hilty**, s. 9 vd.; **Blakeney**, IP Rights, s. 32 vd.

ve koruma bakımından kurucu etkiyi haizdir. Tescilsiz markalar ise esasen TTK’da düzenlenen haksız rekabet hükümlerine göre himaye edilir⁴⁹⁶.

SMK’nın “*Marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler*” başlıklı 30’uncu maddesinin 5’inci fıkrası, SMK’nın 7’inci maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan düzenlemeye paralel bir şekilde “*Bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır*” hükmünü içermektedir.

Kanaatimizce kanun koyucunun SMK’nın 7’nci maddesinde zikrettiği kuralı, benzer bir şekilde ve özellikle SMK’nın 30’uncu maddesinin 5’inci fıkrasında tekrarlamasının bir anlamı bulunmaktadır. Gerçekten de her ne kadar SMK’nın sağladığı haklar ve koruma tescil suretiyle elde edilebilecekse de SMK’da tescil sistemini yumuşatacak çeşitli hükümlere de yer verilmiştir⁴⁹⁷. Ancak SMK’nın 30’uncu maddesinin 5’inci fıkrasında ayrıca ve özellikle yer alan “*Bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır*” kuralı, tescilin marka suçları açısından olmazsa olmaz bir şart (conditio sine qua non) niteliği taşıdığı ve Türkiye’de tescil edilmemiş markaların hiçbir surette SMK bağlamında cezai himayeye sahip olmadığı anlamına gelmektedir⁴⁹⁸.

SMK’nın 30’uncu maddesinin 5’inci fıkrasında yer alan hüküm, ceza hukuku açısından yorumlanmaya muhtaçtır. Bu sebeple aşağıda “*markanın Türkiye’de tescilli olması*” şartının hukuki niteliği ve marka suçları açısından önemi üzerine durulacaktır.

⁴⁹⁶ Doktrinde, marka hakkının korunması SMK’da özel olarak düzenlendiğine göre haksız rekabet hukukunun bu anlamda bir istisna teşkil etmeyeceği; artık bir marka ihtilafında tecavüzün/haksız kullanımın bulunup bulunmadığı hususunda marka tescilli olmasa dahi marka hukukunun özel sisteminin/kurallarının esas alınmasının gerektiği belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Paslı**, Ürün Benzerliği, s. 7, dn. 7. Aksi görüş için bkz. **Arkan**, Cilt II, s. 225. Ayrıca bkz. **Arslan, İbrahim**, Tescilsiz Markaların Korunması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 1, s. 31.

⁴⁹⁷ Örneğin, SMK’nın 6’ncı maddesinin 3’üncü fıkrası “*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*”; şeklinde düzenlenmiştir. Keza SMK’nın 155’inci maddesi “*Marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez*” hükmünü içermektedir.

⁴⁹⁸ Türk marka hukukunun yorumlanmasında en çok başvurulan kaynaklardan olan Alman marka hukukunda, markanın cezai himayeye sahip olabilmesi için Almanya’da tescil şartı aranmamıştır. Detaylı bilgi için bkz. **Fezer**, s. 2587 vd.; **Böxler**, s. 194 vd.

I. Şartın Hukuki Niteliği

SMK'nın 30'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında yer alan “*Bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır*” hükmünün hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, markanın Türkiye’de tescilli olması “*ön şart / koşul*” olarak değerlendirilebilir⁴⁹⁹. Ön şart, failin suç oluşturan hareketi yapmasından önce var olan ve suçun gerçekleşmesi için bulunması gereken bazı haller olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁰. Ön şartların bilinmesi yeterli, istenmesi ise önemli değildir⁵⁰¹. Doktrinde ağırlıklı olarak ön şartların suçun unsurlarından farklı olmadığı ve suçun unsurları içerisinde mütalaa edilmesi gerektiği ifade edilmektedir^{502, 503}.

Diğer bir görüşe göre SMK'nın 30'uncu maddesinin 5'inci fıkrası bir yargılama şartıdır⁵⁰⁴. Kovuşturma evresinde mahkemenin yargılama yapabilmesi için aranılan şartlara

⁴⁹⁹ Donay / Erman, s. 52; Birttek, s. 508; Nuhoglu, s. 424-425.

⁵⁰⁰ Dönmezer / Erman, s. 312-313; Önder, s. 191; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 665; Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 211; Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 438; Özen, Genel Hükümler, s. 649; Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2015, s. 165; İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 231.

⁵⁰¹ Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 438.

⁵⁰² Önder, s. 191-192; Centel / Zafer / Çakmut, s. 211; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 438; Hafizoğulları / Özen, Genel Hükümler, s. 166. Farklı bir görüş için bkz. Dönmezer / Erman, s. 312 vd.

⁵⁰³ Doktrinde Önder, tipiklikteki bir unsurun bilinmesinin yeterli olduğunu, bu unsurun hareketten evvel gerçekleşmesi ile ilgili olarak fail ile nedensellik bağı kurup, böyle bir bağın mevcut olup olmadığını araştırmanın suç genel teorisini ilgilendirmedığını ifade etmektedir. Bkz. Önder, s. 192.

⁵⁰⁴ Keskin, s. 159. Doktrinde ceza davasının açılabilmesi için bulunması gerekli olan şartlar ile mahkemenin yargılama yapılabilmesi için bulunması gereken şartların hepsine ceza muhakemesinin şartları veya muhakeme şartları ya da ceza muhakemesi şartları denilmektedir, bkz. Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sırma Gezer, Özge / Saygılar Kırıt, Yasemin F. / Alan Akcan, Esra / Özaydın, Özdem / Erden Tütüncü, Efser, Altınok Villemin, Derya / Tok, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 44; Gökçen, Ahmet / Balci, Murat / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 68; Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 722 vd.; Yenisey, Feridun / Nuhoglu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 584 vd.; Şahin, Cumhuriyet / Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku – I, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 61 vd. Keskin, eserinde bazı durumlarda gelecekteki markaya tecavüze karşı tıpkı tescilli markaya tecavüzde olduğu gibi ceza davalarının açılabilmesini, ancak ilgili mahkemenin öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak markanın tescilinin yayımlanmasından önce karar veremeyeceğini, eğer marka başvurusu reddedilirse mahkemenin düşme kararını verebileceğini belirtmek suretiyle markanın Türkiye’de tescilli olmasını dava şartından ayırmaktadır, bkz. Keskin, s. 159.

yargılama şartları denir⁵⁰⁵. Yargılama şartları, dava şartları gerçekleştikten, ceza davası açıldıktan sonra aranılan şartlardandır.

Başka bir görüşe göre markanın Türkiye’de tescilli olması, suçun unsurlarına dahildir ve “suçun konusu” kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁰⁶.

Nihayet son görüşe göre, markanın Türkiye’de tescilli olması, objektif cezalandırılabilme şartı niteliğini haizdir⁵⁰⁷. Objektif cezalandırılabilme şartı, suçun unsurları dışında yer alan ve gerçekleşmediği takdirde failin haksızlık ve suç teşkil eden fiilden dolayı cezalandırılmasının engellendiği durumlar olarak tanımlanabilir⁵⁰⁸.

Markanın Türkiye’de tescilli olması şartının hukuki niteliği maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku bakımından önem arz etmektedir:

Markanın Türkiye’de tescilli olması, suçun unsuru olarak kabul edilirse aynı zamanda kastın kapsamına da dâhil olacaktır⁵⁰⁹. Farklı bir anlatımla, failin markanın Türkiye’de tescilli olduğunu bilmesi suçun oluşumu için aranacaktır. Öte yandan söz konusu şart, objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilirse, failin markanın Türkiye’de tescilli olduğunu bilip bilmemesi suçun oluşumu için önem arz etmeyecektir. Nitekim objektif cezalandırılabilme şartları kastın bilme unsuruna dâhil değildir⁵¹⁰. Keza markanın Türkiye’de tescilli olması

⁵⁰⁵ Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 44.

⁵⁰⁶ Yenidünya / İçer, s. 99 vd.; Başbüyük, s. 93; Kart, s. 93; Özmen, Özkan Burak, İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 65-66.

⁵⁰⁷ Dursun, s. 26; Çetintürk, s. 203 vd.; Çağlar, Hayrettin, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de 28.01.2009 Tarihinde Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XI, Sayı 1-2, 2007, s. 107.

⁵⁰⁸ Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku, Genel Kısım – I, Editör: Yener Ünver, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 80; Bekar, Elif, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 18; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 664; Özgenç, Genel Hükümler, s. 692; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 372; Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 239-240.

⁵⁰⁹ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 395; Özgenç, Genel Hükümler, s. 246; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 158; Akbulut, s. 399.

⁵¹⁰ Dönmezer / Erman, s. 316-317; Önder, s. 382; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Ceza Genel, s. 665; Özgenç, Genel Hükümler, s. 692; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 372; Bekar, s. 59; Artuk, Mehmet Emin / Alşahin, Mehmet Emin, Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 19. Aksi görüşler için bkz. Dönmezer / Erman, s. 317.

yargılama şartı olarak kabul edilirse objektif cezalandırılabilme şartlarında olduğu gibi failin bu hususu bilmesi aranmayacaktır.

Markanın Türkiye’de tescilli olmasının unsur olarak kabul edilmesi halinde fail, bu konuda hataya düşerse TCK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca bu hatasından faydalanacaktır⁵¹¹. Buna karşılık bir objektif cezalandırılabilme şartı veya yargılama şartı kastın kapsamına dâhil olmadığı için, failin bu şartın varlığı ya da yokluğuna ilişkin olarak düştüğü hatadan faydalanması da mümkün olmayacaktır. Başka bir anlatımla failin, markanın Türkiye’de tescilli olması hususunda hataya düşmesi bir anlam taşımayacaktır.

Ceza muhakemesinde bir suçun unsurunun gerçekleşmemesi halinde, bu hususun soruşturma evresinde anlaşılması halinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı⁵¹², kovuşturma evresinde anlaşılması halinde ise beraat kararı⁵¹³ verilir.

Objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediği halde verilebilecek karar ise hem soruşturma evresi hem de kovuşturma evresi için tartışmalıdır. Şartın gerçekleşmediğinin soruşturma evresinde anlaşılması halinde bir görüşe göre objektif cezalandırılabilme şartı, soruşturma veya kovuşturma engeli olmayıp, sadece failin cezalandırılması ya da cezalandırılmamasına sebep olduğundan Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyecektir⁵¹⁴. Başka bir görüşe göre ise bu halde Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilmelidir⁵¹⁵. Kovuşturma evresinde ise objektif cezalandırılabilme şartının

⁵¹¹ TCK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrası, “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır*” hükmünü içermektedir.

⁵¹² **Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok**, s. 614 vd.; **Centel / Zafer**, s. 569 vd.

⁵¹³ CMK’nın 223’üncü maddesinin 2’nci fıkrası, “*Beraat kararı; a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması, hallerinde verilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Balcı, Murat**, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, 1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 251 vd.

⁵¹⁴ **Artuk / Alşahin**, s. 41.

⁵¹⁵ **Bekar**, s. 173; **Çetintürk**, s. 205.

gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde bir görüşe göre beraat kararı⁵¹⁶, başka bir görüşe göre ise ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir⁵¹⁷.

Yargılama şartlarının gerçekleşmemesi halinde ise mahkeme durma kararı vererek şartın gerçekleşmesini bekleyecek; ancak şartın gerçekleşme imkânının kalmaması halinde düşme kararı verecektir⁵¹⁸.

II. Değerlendirme

SMK'nın 30'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında yer alan, “*Bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır*” şeklindeki hükmün hukuki niteliği yorum suretiyle tespit edilecektir. Yorum yapılırken ifadenin düzenleniş şekli, madde metninin oluşum süreci ve pratik ihtiyaçlar birlikte değerlendirilmelidir⁵¹⁹. Ancak özellikle vurgulanmalıdır ki sadece ifadenin düzenleniş şeklinin esas alınması, tek başına bir ölçüt değildir⁵²⁰. Ayrıca doktrinde, bir hususun unsur mu yoksa cezalandırılabilme koşulu mu olduğunun belirlenmesi konusunda öze ilişkin – işlevsel ölçütün benimsenmesi ve fiilin suç haline getirilme sebebi olan olayların dikkate alınması gerektiği⁵²¹; eğer nihayetinde bir ayırım yapılamazsa, daraltıcı yoruma başvurarak failin lehine olacak şekilde hükümde belirtilen durumun unsur olduğunu kabul etmenin daha yerinde olacağı ifade edilmiştir⁵²². Keza bir koşulun objektif cezalandırılabilme şartı mı yoksa yargılama şartı mı olduğunu birbirinden ayıracak net bir ölçüt de bulunmamaktadır. Bu husus da ancak yorum ile çözümlenebilecektir⁵²³.

Kanun koyucu SMK ile Türkiye’de tescil edilmemiş markalar bakımından bazı koruyucu hükümler ihdas etmiştir⁵²⁴. Bununla birlikte SMK'nın 30'uncu maddesinin 5'inci

⁵¹⁶ **Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 175.

⁵¹⁷ **Artuk / Alşahin**, s. 41; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 669; **Centel / Zafer**, s. 860, dn. 132; **Bekar**, s. 167.

⁵¹⁸ **Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok**, s. 85.

⁵¹⁹ **Bekar**, s. 29-30.

⁵²⁰ **Bekar**, s. 29.

⁵²¹ **Toroslu / Toroslu**, s. 478.

⁵²² **Toroslu / Toroslu**, s. 479-480. Benzer bir görüş için bkz. **Öztürk / Erdem**, s. 174.

⁵²³ **Centel / Zafer**, s. 724; **Bekar**, s. 127 vd.

⁵²⁴ **Arkan, Sabih**, Yabancı Markaların Türkiye’de Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 20, Sayı 1, 1999, s. 5 vd.; **Kaya**, s. 231; **Güneş**, Marka Hukuku, s. 194. Örneğin, SMK'nın 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası “*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*

fıkrasında, marka suçlarından dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şartı özellikle aranmıştır. Kanaatimizce genel olarak SMK ve özellikle SMK’nın 30’uncu maddesi dikkate alındığında marka suçları ile esasında TPMK nezdinde tescilli olan marka üzerindeki hakkın cezai himayesi amaçlandığı görülmektedir. Bu sebeple markanın Türkiye’de tescilli olması şartı suçun konusu kapsamında yer alan bir unsurdur ve marka suçlarının haksızlık içeriğine dahildir.

Mamafih marka suçları bakımından bu şartın unsur olarak kabul edilmesi failin lehinedir. Örneğin failin markanın tescilli olduğunu bilmemesi durumunda TCK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan hata hükmü uygulanabilecektir. Keza tescilli olmayan markalar suçun konusu olarak değerlendirilemeyeceği için işlenemez suç gündeme gelecektir⁵²⁵. Bu halde fail, marka suçlarına teşebbüsten dahi cezalandırılmayacaktır^{526, 527}.

reddedilir”; şeklinde düzenlenmiştir. Keza SMK’nın 155’inci maddesi “Marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez” hükmünü içermektedir. Keza SMK’nın 7’nci maddesinin 4’üncü fıkrası “Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Ancak marka başvurusunun Bülteinde yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayımlanmasından önce karar veremez” hükmünü ihtiva etmektedir. Buna göre tescil başvurusunun yayımlanması ile markanın tescil edildiğinin yayımlanması arasında, başka bir anlatımla tescilden önce, gerçekleşebilecek marka hakkına tecavüz fiilleri sebebiyle tazminat davası açılabilmesi kabul edilmiştir.

⁵²⁵ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 428-430; **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 510. Aksi görüş için bkz. **Çetintürk**, s. 206.

⁵²⁶ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 428-430; **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 510. Doktrinde **Özgenç**, bu halde tehlikeli kişiliği ortaya çıkmış olan fail hakkında, arz ettiği tehlikeliğe oranla bir güvenlik tedbirine hükmedilmesi gerektiği kanaatindedir, bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 430.

⁵²⁷ Kanaatimizce, markanın Türkiye’de tescilli olması şartının objektif cezalandırılabilme şartı veya yargılama koşulu olarak kabul edilmesi, marka hukuku ve özelinde marka suçları ile uyum içerisinde değildir:

1. Doktrinde objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi ile ilgili bir zaman sınırlaması bulunmadığı, objektif cezalandırılabilme şartlarının mutlaka suçun işlenmesinden sonra gerçekleşmesi gerekmediği, suçun işlenmesi sırasında, hatta suç işlenmeden önce de gerçekleşebileceği ifade edilmekle birlikte, şartın suçun unsurlarından önce gerçekleşmeyeceği de ileri sürülmektedir. Dolayısıyla muhakkak suçun işlenmesinden önce gerçekleşmesi gereken tescilin objektif cezalandırılabilme şartı olabilirliği bu anlamda tartışmalıdır.

2. SMK’nın 30’uncu maddesinin 5’inci fıkrasında yer alan markanın Türkiye’de tescilli olmasının objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi, tescilli olmayan bir markaya karşı SMK’nın 30’uncu maddesinde belirtilen fiillerin işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturma yapılabileceği anlamına gelecektir. Başka bir anlatımla tescilli olmayan bir markaya tecavüz sebebiyle şikâyet üzerine Cumhuriyet savcılığı soruşturma işlemlerine başlayacak, uzlaştırma sürecini işletecek ve uzlaştırma sağlanamaması halinde iddianame düzenleyecek ve nihayetinde mahkeme yargılama yapacaktır. Ancak tescilli olmayan markalar şartların varlığı halinde ancak haksız rekabet suçlarına (TTK m. 62) konu olabilir.

3. Doktrinde objektif cezalandırılabilme şartının ceza verilmesini engelleyeceği, güvenlik tedbirlerinin uygulanmamasını gerektirmeyeceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla henüz tescilli olmayan markaya tecavüz

III. Cezai Himayenin Başlayacağı Tarih

Her suç bir hukuki değerle ilişkilidir. Hukuki değer ihlali, bir başkasının hukuken korunan özgürlük alanına somut bir tecavüzü ifade etmektedir⁵²⁸. SMK ile marka sahibine tanınan haklar ve koruma, kural olarak ayırt edici işaretin marka siciline tescili ile elde edilmektedir⁵²⁹. Dolayısıyla Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde tescilli olmayan ulusal veya uluslararası, tanınmış veya tanınmamış bir markanın SMK'nın 30'uncu maddesi kapsamında himaye edilmesi mümkün değildir.

Marka tescil başvurusu Türk Patent ve Marka Kurumu'na yapılmaktadır ve uygun görülen başvurular bu kurum nezdinde tescil edilmektedir. Bununla birlikte SMK'nın 14'üncü maddesi uyarınca 05.08.1997 tarihli ve 97/9731 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Sözleşmesi ile İlgili Protokol kapsamında yapılan bir uluslararası başvuru, Türk Patent ve Marka Kurumu'na doğrudan yapılan bir başvuruyla aynı sonuçları doğurmaktadır.

Marka başvurusu ile markanın tescili arasında bir takım hukuki işlemler yapılmaktadır. SMK'nın 16'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına göre başvuru yapıldıktan sonra Türk Patent ve Marka Kurumu, başvuru şartları eksiksiz şekilde yerine getirilmiş ve mutlak ret nedeni bulunmayan başvuruları ilgili Bültende yayımlar. Tescil başvurunun Bültende yayımlanmasını müteakip, marka tescil başvurularına hukuki yararı bulunan kişiler görüş bildirebilir veya marka tescil başvurusundan zarar görme olasılığı bulunan kişiler yayına itiraz edebilir ya da bu süreçte Türk Patent ve Marka Kurumu'nca alınmış kararlardan zarar görenler bu kararlara itiraz edebilir (SMK m. 17-21). Nihayet SMK'nın 22'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre başvurusu

sebebiyle güvenlik tedbirlerinin uygulanma ihtimali gündeme gelecektir. Hâlbuki SMK'nın 7'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan *“Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir”* hükmü ile SMK'nın 30'uncu maddesinin 5'inci fıkrası aynı doğrultuda olup korumanın kapsamını belirtmektedir. Kanun koyucunun SMK'nın 30'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında markanın Türkiye'de tescilli olmasını özellikle belirtmesinin sebebi ise kanaatimizce ancak tescilden sonra başlayan cezai himayenin bazı hallerde tescilden önce başlayan hukuki himayeden farkını ortaya koymaktır. Dolayısıyla marka hakkının cezai himayesinin tescille başlaması ile markanın Türkiye'de tescilli olmasının objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi kanaatimizce örtüşmemektedir.

4. Şartın objektif cezalandırılabilme şartı veya yargılama koşulu olarak kabulü halinde, tescilli olmayan markaya tecavüz eden failin, muhakeme sürecinde markanın tescil edilmesi halinde cezalandırılma ihtimali doğmaktadır. Farklı bir anlatımla, markanın tescilinden önce iktibas veya iltibas suretiyle mal üretilmesi veya hizmet sunulmasına müteakip markanın tescil edilmesi halinde fail, marka suçlarından cezalandırılma tehdidi ile karşı karşıya kalacaktır. Kanaatimizce markanın fiil işlenmeden önce Türkiye'de tescil edilmesi suçun oluşumu için şarttır.

⁵²⁸ Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 39.

⁵²⁹ Kaya, s. 63; Çolak, s. 103.

eksiksiz yapılmış veya eksiklikleri giderilmiş, SMK'nın 16'ncı maddesi 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 Türk Patent ve Marka Kurumu'na sunularak bütün aşamaları tamamlanmış bir başvuru tescil edilerek sicile kaydedilir ve ilgili Bültende yayımlanır. Tescilin Bültende yayımlanmasıyla on yıllık koruma süresi de tescil başvurusundan itibaren başlamış olmaktadır (SMK m. 23/1).

Görüldüğü üzere, SMK'da marka başvurusu ve markanın tescili olmak üzere iki durum ilgili Bültende ilan edilmektedir. SMK'nın 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrasının 1'inci cümlesi, *“Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder”* hükmünü içermektedir. Öte yandan SMK'nın 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrasının 2'nci cümlesinde, *“Ancak marka başvurusunun Bültende yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayımlanmasından önce karar veremez”* denilmektedir. Böylece kanun koyucu marka hakkının himayesini kural olarak tescilin Bültende ilanına bağlamış ancak istisnai olarak başvuru ilanının Bültende yayımlanmasıyla da marka hakkı sahibine birtakım yetkiler vermiştir. Doktrinde bu hükümden hareketle, başvurunun ilanı ile birlikte marka başvuru sahibinin, SMK'da düzenlenen tüm hukuk ve ceza davalarını açmaya, hukuk mahkemeleri nezdinde tespit ve ihtiyati tedbir talep etmeye, savcılıklar nezdinde şikâyetle bulunmaya, arama, elkoyma ve toplatma talep etmeye yetkisinin olduğu belirtilmiştir⁵³⁰.

Kanaatimizce SMK'nın 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrasının 2'nci cümlesinde marka hakkı sahibinin tazminat davası açabileceğinin istisnai olarak belirtilmesi ve SMK'nın 30'uncu maddesinin 5'inci fıkrasının *“Bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye'de tescilli olması şarttır”* hükmü dikkate alınarak marka hakkının cezai himayesinin tescilden önceki bir dönemi kapsayacak şekilde genişletilmemelidir⁵³¹. Başka bir anlatımla marka hakkının cezai himayesinin marka başvurusunun Bültende ilanına teşmil edilmesi mümkün değildir. Zira bu aşamada henüz marka tescili söz konusu olmadığından marka suçlarının konusu bulunmadığı gibi cezai himayeye layık bir hukuki değer de yoktur⁵³².

⁵³⁰ Keskin, s. 159; Çolak, s. 122.

⁵³¹ Benzer bir görüş için bkz. Çetintürk, s. 202.

⁵³² “Sanığın; ilgili markanın suç saati itibarı ile henüz tescil edildiği ispatlanamadığından, tescil edilse dahi ilgili bültende ilan edilip “taklit olduğunu bilmesi gereken hal” vaki olmadığından, unsurları itibarı ile

Bu itibarla marka hakkının cezai himayesinin markanın tescil edildiğinin Bültende ilanı ile başlayacağı görüşündeyiz⁵³³.

§4. İKTİBAS VEYA İLTİBAS SURETİYLE MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇU (SMK m. 30/1)

I. Genel Açıklamalar

SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, “*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.

Suç tipini ifade etmek üzere doktrinde “*marka hakkına tecavüz suçu*”⁵³⁴; “*marka taklitçiliği suçu*”⁵³⁵, “*markanın izinsiz kullanılması suçları*”⁵³⁶ ve “*marka ve üretim korsanlığı suçu*”⁵³⁷ gibi kavramlar kullanılmaktadır. Kanaatimizce bu nitelendirmeler SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen fiilleri tam olarak karşılayamamakta ve suç olarak kabul edilen fiillerden daha dar veya geniş bir alanı ifade etmektedir⁵³⁸.

Her marka hakkına tecavüz suç olarak ihdas edilmediğinden “*marka hakkına tecavüz suçu*” nitelendirmesi SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasından daha geniş bir alanı ifade

oluşmayan atılı suçtan sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi, kanuna aykırı olup, sanık müdafinin istinafının bu sebeplerle yerinde olduğu” (İstanbul B.A.M., 16. C.D., 10.06.2010, 4041/2225).

⁵³³ Yargıtay, “*suç tescilin resmi marka gazetesinde ilan edildiği tarihten önce işlendiğinden ve tescil ilan tarihinden sonra cezai sonuç doğurmayacağından suç oluşturmayan hukuka aykırılık niteliğindeki sanığın eylemi nedeniyle beraatine ilişkin aşağıdaki şekilde karar verilmiştir*” hükmünü veren ilk derece mahkemesi kararını onamıştır (Y. 19. C.D., 07.02.2019, 9824/3985). İlk derece mahkemesinin kararı için bkz. Bayrak, s. 266-267.

⁵³⁴ Nuhoğlu, s. 417; Bayrak, s. 136; Kaynak, Ali Osman, İçtihatlı Uygulamalı Örnekleriyle Fikri Mülkiyet Suçları ve Soruşturma Usulü, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 309. Doktrinde Başbüyük, marka hakkına tecavüz kavramını kullanma gerekçesini, “*Her ne kadar “iktibas ve iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz” ifadesi tercih edilebilirse de, SMK m. 30 taklitçilik ve karıştırma ihtimali dışında kalan marka hakkına tecavüz oluşturan fiilleri yaptırma bağlamadığından, suç tipini anarken ayrıca “iktibas veya iltibas suretiyle” şeklinde belirtme ihtiyacı duymuyoruz*” şeklinde açıklamaktadır, bkz. Başbüyük, s. 87-88.

⁵³⁵ Donay / Erman, s. 51; Çetintürk, s. 307.

⁵³⁶ Keskin, s. 128 vd.

⁵³⁷ Birttek, s. 498.

⁵³⁸ O'Connor, Paul W., Counterfeit Trademarks or Service Marks - Civil Actions - Other Penalties, Seton Hall Legislative Journal, Volume 13, s. 104; Jennings, s. 805, dn. 2; Arkan, Sabih, Marka Hukuku, Cilt: II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998, s. 216; Kaya, s. 265 vd.; Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan, s. 496; Suluk / Karasu / Nal, s. 230 vd.; Cengiz, s. 1 vd.

etmektedir⁵³⁹. “*Marka taklitçiliği suçu*” ise ulusal⁵⁴⁰ ve uluslararası literatürde⁵⁴¹ genellikle iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz anlamında kullanılmakta ve iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzü kapsamamaktadır^{542, 543}. Keza marka ve üretim korsanlığı suçu ifadesi ticaret markalarını ön plana çıkartmakta ve herhangi bir mal üretimi yapmayan hizmet markalarının cezai himayesinin bulunmadığı izlenimini vermektedir. Ayrıca korsanlık, “*bir hakkın izinsiz kullanılması*” anlamına gelmekte olup⁵⁴⁴ doktrinde marka korsanlığı, marka hakkına tecavüz anlamında da kullanılmaktadır⁵⁴⁵.

Çalışmamızda SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında tanımlanan suç tipini “*iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu*”⁵⁴⁶ olarak nitelendirmeyi tercih ediyoruz. Zira zikredilen ifade, marka hakkına tecavüz fiillerinin hangilerinin ayrıca suç olduğunu belirtmekte, karışıklığa mahal vermemekte ve uluslararası literatüre daha uygun düşmektedir. Ayrıca SMK’da iktibas ve iltibas kavramlarına sadece SMK’nın 30’uncu maddesinde yer verilmiş ve bu iki terim marka suçlarına hasredilmiştir. Dolayısıyla suç tipini nitelendirirken iktibas ve iltibas kavramlarının zikredilmesini faydalı görüyoruz.

⁵³⁹ Harms, 2018, s. 144; Çetintürk, s. 384-385.

⁵⁴⁰ Keskin, s. 138; Başbüyük, s. 98; Güneş, Uygulamada Marka Suçları, s. 146 vd.; Arkan, II. Cilt, s. 216. Kaya, s. 268; Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan, s. 497; Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 105. Farklı görüş için bkz. Donay / Erman, s. 51; Çetintürk, s. 383.

⁵⁴¹ Uluslararası literatürde iktibas, “*trademark counterfeiting*” olarak nitelendirilmekte ve iltibas bu kavramdan ayrılarak marka hakkına tecavüz (*trademark infringement*) kapsamında değerlendirilmektedir, bkz. Harms, 2018, s. 144. Keza ACTA’nın 5’inci maddesinde tanımlanan “*counterfeit trademark goods*” tescilli markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmayı kapsamında almaktadır, bkz. Quinn, s. 7; Blakeney, ACTA, s. 206. Ayrıca bkz. Goldstone / Toren, s. 20 vd.; Jennings, s. 805, dn. 2; McKenna, Mark P., Criminal Trademark Enforcement and the Problem of Inevitable Creep, Akron Law Journals, Volume 51, Issue 4, 2017, s. 994; Levin, Marianne, What is the Meaning of Counterfeiting?, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Volume 18, Issue 4, s. 435 vd.; Gulliksson, Jonas, Trademark Counterfeiting, World Trademark Symposium, The Trademark Reporter, Vol. 82, Issue 5A, September-October 1992, s. 972. Benzer bir şekilde hukuk sözlüğünde “*counterfeiting*”, hukuka aykırı olarak bir şeyin sahtesinin yapılması, kopyalanması veya taklit edilmesi; “*counterfeit trademark*” ise tescil edilmiş marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretin kullanılması anlamına gelmektedir, bkz. Garner, Bryan A., Black’s Law Dictionary, 10. Edition, Thomson Reuters, USA 2014, s. 427 ve 1722.

⁵⁴² Başbüyük, s. 98 vd.

⁵⁴³ Doktrinde Çetintürk, kelime olarak taklidin, “*belirli bir örneğe benzemeye veya benzetmeye çalışmak; benzetilerek yapılmış şey, imitasyon*” anlamları ile hem iktibas hem de iltibas kapsayacak niteliği haiz olduğunu belirtmektedir. Bkz. Çetintürk, s. 383-384.

⁵⁴⁴ www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 02.05.2019.

⁵⁴⁵ Özeroğlu, s. 45 vd.

⁵⁴⁶ Benzer kullanımlar için bkz. Yenidünya / İçer, s. 71; Kart, s. 105; Özmen, s. 63; Güneş, Marka Hukuku, s. 486; Yılmaz, Zahit, Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 16, Sayı 178, Haziran 2021, s. 1178.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz kavramı mevzuatımızda 2009 tarihli 5833 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi ile değişik 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi ile kullanılmaya başlanmıştır. Esasında bu değişiklikten önce de doktrinde ve uygulamada birer marka hakkına tecavüz şekli olarak iktibas ve iltibas kavramları kullanılmıştır⁵⁴⁷. SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinde olduğu gibi iktibas ve iltibas kavramları tercih edilmiştir. Bu sebeple çalışmamızda iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu incelenirken 556 sayılı KHK dönemine ilişkin çalışmalardan ve mahkeme kararlarından da faydalanılacaktır.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu uygulamada en çok karşılaşılan marka suçudur. Bu sebeple cezalandırılan bir fiil olarak iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, farklı şekillerle de olsa geçmiş mevzuatımızda da yer almıştır. Alâmet-i Fârîka Nizamnamesi'nin 14'üncü maddesinde yer alan *“tatbikleri veya resimleri teslim olunan alâmetleri taklit edenler ve yahut taklit olunan alâmetleri istimal eyliyenler”* ve 15'inci maddesinde yer alan *“bir alâmetin yalnız resmini tağyir ve böyle alâmeti istimal eyliyenler”*; Markalar Kanunu'nun 51'inci maddesinde yer alan *“markanın aynını veya benzerlerini kullanmak”* ve 2009 yılı öncesinde 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendinde ve 61'inci maddesinde yer alan atıf sebebiyle 9'uncu maddenin 1'inci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde düzenlenen sırasıyla *“Markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması”* ve *“Tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması”* fiilleri iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile yakın ilişkilidir. Dolayısıyla iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz kavramının doğru yorumlanabilmesi, daha önce suç teşkil eden fiillerin iyi anlaşılmasına da bağlıdır.

Esasında iktibas ve iltibas değişik marka hakkına tecavüz fiilleridir ve bunların tespitinde farklı kriterler esas alınmaktadır. Ancak bu iki farklı tecavüz şeklinin sıkı bir ilişkiye sahip olması ve SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının düzenleniş usulü dikkate alındığında bunların aynı suç başlığı altında incelenmesinde sakınca görmemekteyiz.

⁵⁴⁷ Cengiz, s. 8 vd.; Kaya, s. 265 vd.

Nihayet çalışmamızda suçun unsurlarını “*Tipiklik*” ve “*Hukuka Aykırılık*” olmak üzere iki başlık altında incelemeyi tercih ediyoruz⁵⁴⁸. Burada tipiklikten kastettiğimiz her suçun haksızlık içeriğini tasvir eden ve böylece haksızlık tipini oluşturan unsurlardır. Bu nevi tipikliğin yapı taşlarını maddi (objektif) ve manevi (sübjektif) unsurlar oluşturmaktadır⁵⁴⁹.

II. Tipikliğin Maddi Unsurları

A. Fiil

1. Genel Açıklamalar

Günümüz ceza hukuku fiil üzerine inşa edilmiştir ve fiilin varlığı suçun mevcudiyeti için aranan en önemli şartlardan biri haline gelmiştir. Fiil, aralarında esaslı mahiyet farkları mevcut olmakla birlikte, kasten veya taksirle işlenen, icrai veya ihmali bütün haksızlıkların esasını teşkil etmektedir. Dolayısıyla dış dünyada meydana getirilen bir etkinin “*fiil*” olup olmadığı çözülmeden, suçun yapısı ve haksızlığın tespiti hususunda sonuca ulaşmak mümkün değildir⁵⁵⁰.

SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek “*mal üretmek*” veya “*hizmet sunmak*”, “*satışa arz etmek*” veya “*satmak*”, “*ithal etmek*”, “*ihraç etmek*”, ticari amaçla “*satın almak*”, “*bulundurmak*”, “*nakletmek*” veya “*depolamak*” fiilleri yaptırım altına alınmıştır.

Suçun oluşabilmesi için iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz teşkil edecek şekilde mal üretilmesi veya hizmet sunulması ya da büyük ölçüde bu şekilde tecavüz edilen markayla üretilmiş malların⁵⁵¹ satışa arz edilmesi veya satılması veya ithal ya da ihraç

⁵⁴⁸ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 285; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 104 vd.; Akbulut, s. 234. Diğer görüşler için bkz. Önder, s. 152 vd.; Özgenç, Genel Hükümler, s. 179 vd.; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 209 vd.; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 211 vd.; Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 126 vd.

⁵⁴⁹ Köhler, Michael, Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer, 1997, s. 131 vd.; Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4., ergänzte und terminologisch überarbeitete Auflage, Springer, 2015, s. 127; Bock, Dennis, Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer, 2018, s. 109 vd.; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 285; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 104 vd.; Akbulut, s. 234.

⁵⁵⁰ Bock, s. 113 vd.; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 296; Özgenç, Genel Hükümler, s. 179.

⁵⁵¹ Çağlar, Değerlendirme, s. 104; Arslan / Özdemir, s. 1094; Çetintürk, s. 482.

edilmesi veya ticari amaçla satın alınması veya bulundurulması veya nakledilmesi veya depolanması gerekmektedir. Bu itibarla iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, yasak şeklinde ortaya çıktığından icrai suç özelliği taşımaktadır⁵⁵².

Suçun hareket şeklinin tipte belirtilmesi sebebiyle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bağlı hareketli suç niteliğini haizdir⁵⁵³. Ayrıca kanun koyucu suçun tamamlanması için herhangi bir netice aramamıştır. Dolayısıyla hareketin gerçekleşmesiyle tamamlanan iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, sırf hareket suçlarındandır⁵⁵⁴.

Fıkra da birden fazla hareket, birbirinden bağımsız olarak gösterildiğinden iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz seçimlik hareketli bir suçtur⁵⁵⁵. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, kanuni tarifte gösterilen seçimlik hareketlerin herhangi birinin işlenmesiyle oluşur. Seçimlik hareketli suçlarda, kanuni tanımda gösterilen fiillerin hepsi icra edilmiş olsa dahi ortada tek suç vardır ve fail tek bir suç üzerinden cezalandırılır⁵⁵⁶. Ancak bu durumun TCK'nın 61'inci maddesi uyarınca cezanın belirlenmesinde dikkate alınması mümkündür⁵⁵⁷.

SMK'da yaptırım altına alınan “*mal üretmek*”, “*hizmet sunmak*”, “*satışa arz etmek*” veya “*satmak*”, “*ithal etmek*”, “*ihraç etmek*”, “*satın almak*”, “*bulundurmak*”, “*nakletmek*”, “*depolamak*” hareketleri esasen iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün görünüm şekillerindendir⁵⁵⁸ ve SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerden bazıları suç olarak

⁵⁵² Heinrich, I, s. 96; Önder, s. 173-175; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 321; Akbulut, s. 281; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 238; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 225-227.

⁵⁵³ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 329; Özgenç, Genel Hükümler, s. 185; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 121; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 235; Akbulut, s. 275; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 227.

⁵⁵⁴ Heinrich, I, s. 91; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 334; Özgenç, Genel Hükümler, s. 191; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 127; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 248; Akbulut, s. 320; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 228.

⁵⁵⁵ Önder, s. 178; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 320; Özgenç, Genel Hükümler, s. 184; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 121; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 237; Akbulut, s. 275; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 225.

⁵⁵⁶ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 320; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 122; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 237; Akbulut, s. 276; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 225.

⁵⁵⁷ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 320; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 122; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 237; Akbulut, s. 276; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 225.

⁵⁵⁸ Çağlar, Değerlendirme, s. 105-106.

tanımlanmıştır⁵⁵⁹. Burada kanaatimizce iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, fıkarda yazılı diğer hareketlerin icrası ile ortaya çıkan bir özelliktir⁵⁶⁰. Başka bir anlatımla, suçun oluşabilmesi için seçimlik hareketler dışında ayrıca “*iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz*” şeklinde bir fiil gerçekleşmemektedir.

Görüldüğü üzere SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında düzenlenen suç tipinin nüvesi “*iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz*”dür. Bu sebeple çalışmamızda öncelikle marka hakkına tecavüz kavramı üzerinde durulacak, ardından bunun iktibas veya iltibas suretiyle gerçekleşmesi incelenecek olup nihayet diğer seçimlik hareketler hakkında açıklamalarda bulunulacaktır.

2. Marka Hakkına Tecavüz Kavramı

Marka hakkı kapsamında yer alan, doğrudan ihlal niteliği taşıyan veya marka sahibinin men edebileceği bir fiilin, üçüncü kişi tarafından geçerli bir hakka dayanmaksızın, yetkisiz ve izinsiz olarak işlenmesi marka hakkına tecavüzü (trademark infringement) oluşturur⁵⁶¹. Kısa anlatımla, marka hakkına tecavüz marka hakkı sahibinin izni olmaksızın markanın kanunda belirtilen biçimde kullanılmasıdır^{562, 563}.

⁵⁵⁹ Çağlar, Değerlendirme, s. 105-106.

⁵⁶⁰ Doktrinde Çetintürk, yağma suçuna ilişkin açıklamalara atıfta bulunarak, SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında, marka taklitçiliği suçunun temel seçimlik hareketleri olan üretim ve hizmet sunma bakımından, araç ve amaç hareketlerden oluşan çok hareketli bir suç niteliğinde düzenlendiğini belirtmektedir. Bkz. Çetintürk, s. 482 ve 607. Kanaatimizce iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzü araç hareket, üretim ve hizmet sunmayı amaç hareket olarak nitelendirmek doğru olmamıştır. Nitekim marka hukuku açısından iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, markanın kanunda belirtilen şekilde haksız kullanılmasıdır. Markanın haksız kullanılması ise mal üretme, hizmet sunma, ithal veya ihraç etme gibi çeşitli şekillerde kendini gösterebilir. Bkz. Tekinalp, s. 444; Özgenç, Marka Hakkına Tecavüz, s. 847. Bu itibarla iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz ve diğer hareketler mündemiç niteliği haiz olup, bu hareketlerin ayrı ayrı değerlendirilmesini mümkün görmemekteyiz. Benzer bir durum 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 71’inci maddesinde düzenlenen suçlar için de mevcuttur, detaylı bilgi için bkz. Yazıcıoğlu, s. 317.

⁵⁶¹ Saunders / Berger-Wallisier, s. 41-42; Harms, 2018, s. 28; Bozgeyik, s. 27.

⁵⁶² Kaya, s. 260; Özeroğlu, s. 157.

⁵⁶³ Marka hakkına tecavüz fiilleri, hukuki niteliği bakımından birer haksız fiildir ve özelinde haksız rekabet niteliğini taşımaktadır. Bkz. Pekdiğer, Marka Hakkı ve Koruması, s. 162; Bozgeyik, s. 27; Özeroğlu, s. 157; Harms, 2018, s. 53. Marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için haksız fiilin tüm unsurları aranmayacaktır. Gerçekten de haksız fiilin unsurları fiil, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı olduğu halde, bir fiilin marka tecavüzü sayılabilmesi için, bazı haller dışında failin kusuru aranmadığı gibi, faille marka sahibi arasında rekabet ilişkisi bulunması da aranmaz. Bkz. Kaya, s. 264. Bu sebeple tescilsiz markalar (işaretler) şartları haiz ise TTK’da düzenlenen haksız rekabet hükümlerine göre korunmaktadır. Doktrinde, marka hakkının korunması SMK’da özel olarak düzenlendiğine göre haksız rekabet hukukunun bu anlamda bir istisna teşkil etmeyeceği; artık bir marka ihtilafında tecavüzün/haksız kullanımın bulunup bulunmadığı

SMK’da marka hakkına tecavüz kavramı, markanın hem hukuki himayesini hem de cezai himayesini kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Nitekim “*Marka hakkına tecavüz*” başlığını taşıyan SMK’nın *Birinci Kitabının Altıncı Kısımının* 29’uncu maddesinde “*marka hakkına tecavüze ilişkin fiiller*”; 30’uncu maddesinde “*marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler*” düzenlenmiştir. SMK’nın 29’uncu maddesinde hüküm altına alınan marka hakkına tecavüz fiilleri aynı zamanda marka hakkının hukuki himayesini gerektirecek durumları ifade etmektedir. SMK’nın 30’uncu maddesi ise marka hakkının cezai himayesine yönelik düzenlemeler içermektedir⁵⁶⁴.

SMK’nın 29’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında marka hakkına tecavüz sayılan fiiller tahdidi (numerus clausus) olarak gösterilmiştir⁵⁶⁵. Bunlar:

- Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7’nci maddede belirtilen biçimlerde kullanmak (SMK m. 29/1-a),
- Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek (SMK m. 29/1-b),
- Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde 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 m. 29/1-c),
- Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmektir (SMK m. 29/1-ç).

SMK’nın 29’uncu maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendi uyarınca marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7’nci maddede belirtilen biçimlerde kullanmak marka hakkına tecavüz

hususunda marka tescilli olmasa dahi marka hukukunun özel sisteminin/kurallarının esas alınmasının gerektiği belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Paslı**, Ürün Benzerliği, s. 7, dn. 7. Aksi görüş için bkz. **Arkan**, Cilt II, s. 225.

⁵⁶⁴ Alman Markalar Kanunu’nun 143’üncü maddesinde marka suçları, marka hakkına tecavüz sayılan hallere atıf yapılmak suretiyle (MarkenG § 14) belirlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Fezer**, s. 2587. Birleşik Krallık hukukunda ise marka suçları hukukumuzda olduğu gibi marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerden ayrı, bağımsız bir şekilde düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Bainbridge**, s. 659.

⁵⁶⁵ **Tekinalp**, s. 492; **Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek**, Cilt II, s. 1010; **Karan / Kılıç**, s. 454.

olarak kabul edilmiştir. SMK'nın 7'nci maddesi⁵⁶⁶ esasında marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnalarına ilişkin bir normdur ve maddenin 2'nci fıkrasında “*haksız kullanım modelleri*” düzenlenmiştir⁵⁶⁷. Hükme göre haksız kullanım modelleri,

- Tescilli marka ile **aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması** (SMK m. 7/2-a)⁵⁶⁸,

- 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

⁵⁶⁶ SMK'nın “Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları” başlıklı 7'nci maddesi,

“(1) Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.

(2) Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, 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 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 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.

(3) Aşağıda belirtilen durumlar, işaretin ticaret alanında kullanılması hâlinde, ikinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir:

a) İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması.

b) İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi.

c) İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi.

ç) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.

d) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması.

e) İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması.

f) İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması.

(4) Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Ancak marka başvurusunun Bültekte yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayımlanmasından önce karar veremez.

(5) Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez:

a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.

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

c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁵⁶⁷ Tekinalp, s. 433 ve 444; Karan / Kılıç, s. 259-260.

⁵⁶⁸ MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 1. Detaylı bilgi için bkz. Fezer, s. 927; Klett / Sonntag / Wilske, s. 105.

tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması (SMK m. 7/2-b)⁵⁶⁹,

- 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 kullanılmasıdır (SMK m. 7/2-c)⁵⁷⁰.

SMK’nın 7’nci fıkrasının 3’üncü fıkrasında ise yukarıda zikredilen haksız kullanım modellerinden herhangi birini gerçekleştirebilecek fiillerden olan “*haksız kullanım şekilleri*” misalen gösterilmiştir^{571, 572}.

SMK’da marka hakkının hukuki himayesi kural olarak tescilde belirlenmiş olan mal veya hizmetler ile bunların benzerleri ile sınırlıdır⁵⁷³. Ayrıca SMK’da tanınmış markalar, tanınmışlığı sebebiyle SMK’da öngörülen şartları haiz ise farklı mal veya hizmetler bakımından da hukuki himayeye sahiptir⁵⁷⁴.

SMK’nın 30’uncu maddesinde ise genel itibarla iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz edilerek mal üretilmesi veya hizmet sunulması, satışa arz edilmesi veya satılması, ithal ya da ihraç edilmesi, ticari amaçla satın alınması, bulundurulması, nakledilmesi veya depolanması fiilleri cezai yaptırıma bağlanmıştır.

SMK’da hukuki sorumluluk gerektirecek marka hakkına tecavüz fiilleri oldukça kapsamlı düzenlenmişken, suç politikası gereği marka hakkına tecavüz fiillerinden bazıları suç olarak kabul edilmiştir.

Marka hakkına tecavüz fiillerinin düzenlendiği SMK’nın 7’nci ve 29’uncu maddelerinde SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında kullanılan iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz kavramlarına yer verilmediği gibi SMK’da bu kavramlar tanımlanmamıştır. Dolayısıyla iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz ile iltibas suretiyle

⁵⁶⁹ MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 2. Detaylı bilgi için bkz. **Fezer**, s. 937; **Klett / Sonntag / Wilske**, s. 105.

⁵⁷⁰ MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 3. Detaylı bilgi için bkz. **Fezer**, s. 1145; **Klett / Sonntag / Wilske**, s. 105.

⁵⁷¹ **Tekinalp**, s. 444.

⁵⁷² Bkz. dn. 566.

⁵⁷³ **Harms**, 2018, s. 29; **Ocak**, s. 280; **Uzunallı**, s. 128.

⁵⁷⁴ **Çolak**, s. 431; **Harms**, 2018, s. 45 vd.

marka hakkına tecavüzün ne anlama geldiği yorum yoluyla tespit edilecektir⁵⁷⁵. Şüphesiz bu kavramların anlamlandırılmasında öncelikle SMK'nın 7 ve 29'uncu maddelerine başvurulacak ve doktrindeki görüşler ile yargı kararlarından faydalanılacaktır.

Doktrinde marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için öncelikle marka sahibinin izninin bulunmaması ve tecavüz sayılan kullanımın ticari nitelikte olması gerektiği kabul edilmiştir⁵⁷⁶.

Marka sahibinin izninin bulunmaması, marka hakkına tecavüzün bir koşulu olarak SMK'nın 7'nci ve 29'uncu maddesinde açıkça aranmıştır. Buna göre marka hakkı sahibinin izin verdiği kullanımlar marka hakkına tecavüz teşkil etmemektedir. Her ne kadar SMK'nın 30'uncu maddesinde tipiklikte ilgilinin rızasına yer verilmemiş olsa da marka hakkına tecavüzün yapısı ile SMK'nın 7'nci ve 29'uncu maddesi dikkate alındığında, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun kanuni tanımında zımnen rıza unsuruna yer verildiği söylenebilir. Bu itibarla kanaatimizce ilgilinin rızası, inceleme konusu suç bakımından tipikliği kaldıran rıza özelliği sergilemektedir⁵⁷⁷. Başka bir anlatımla, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun kanuni tanımının gerçekleştirilmesi için suç teşkil ettiği iddia edilen fiilin marka hakkı sahibinin rızası olmaksızın icra edilmesi gerekmektedir.

Ticari nitelikte olmayan kullanımlar kural olarak marka hakkına tecavüze sebebiyet vermemektedir⁵⁷⁸. Esasında bu husus Türk marka hukuku açısından herhangi bir yerde açıkça zikredilmemiştir⁵⁷⁹. Bununla birlikte gerek SMK'nın 7'nci maddesi gerekse 29'uncu maddesinde sayılan durumlar ticari hayatta ortaya çıkabilecek özelliktedir⁵⁸⁰. Öte yandan SMK'nın 7'nci maddesinin hazırlanmasında esas alınan⁵⁸¹ 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nin 10'uncu maddesi, 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nün 9'uncu

⁵⁷⁵ **Sayar, Gökhan**, Türk Hukukunda Marka Suçları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 43.

⁵⁷⁶ **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 107-109; **Bozgeyik**, s. 30-36; **Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu**, s. 94-96. Ayrıca bkz. **Uzunallı**, s. 128-130.

⁵⁷⁷ **Schulz**, s. 53. Doktrinde *Başbüyük*, suç tipinde rızanın tipiklik unsuru olduğunu ancak rızanın tipikliğe yahut hukuka aykırılık unsuruna ilişkin olmasının mevcut düzenlemeler karşısında sonuç açısından bir fark yaratmayacağı görüşündedir. Bkz. **Başbüyük**, s. 182.

⁵⁷⁸ **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 108; **Çolak**, s. 464; **Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu**, s. 95; Farklı bir görüş için bkz. **Uzunallı**, s. 127.

⁵⁷⁹ Marka hakkına tecavüz hükümlerinin düzenlendiği SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendinde, ticaret alanına çıkartmaktan bahsedilmektedir.

⁵⁸⁰ **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 108; **Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu**, s. 95.

⁵⁸¹ **Pekdinçer, Tamer / Giray, R. Eda / Baş, Kadir**, Gerekçeli – Notlu – İçtihatlı 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat (Ulusal – Uluslararası), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 84-86.

maddesi ve Alman Markalar Kanunu'nun 14'üncü maddesinde ticaret sırasında yahut ticarete kullanım kriterleri açıkça zikredilmiştir⁵⁸². Ancak SMK'nın 7'nci maddesinde sadece kullanmaktan bahsedilmekte olup madde metnine ticaret sırasında yahut ticarete kullanma kavramlarına yer verilmemiştir⁵⁸³. Kanaatimizce her ne kadar SMK'da açıkça yer almasa da doktrinde ve mehzaz metinlerde kabul edildiği üzere kullanımın marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilebilmesi ticari nitelikte olmasına (kişisel nitelikte olmamasına) bağlıdır⁵⁸⁴.

Öte yandan doktrinde marka hakkına tecavüzün bir diğer koşulu olarak markasal kullanım gösterilmiştir⁵⁸⁵. Ancak doktrinde markasal kullanımın marka hakkına tecavüzün zorunlu bir unsuru olmadığına yönelik görüşler de mevcuttur⁵⁸⁶. Markasal kullanım, işareti taşıyan mal veya hizmetlerin köken itibarıyla diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamaya yönelik olduğunun alıcılar tarafından anlaşılmasını mümkün kılacak şekilde kullanılmalıdır⁵⁸⁷. Başka bir anlatımla, markasal kullanım markanın köken gösterme fonksiyonu itibarıyla mal veya hizmetlerin farklılıklarını göstermeye yarayan bir kullanım şeklidir⁵⁸⁸. Kanaatimizce SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında markasal kullanım, *“Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan”* denilmek suretiyle kabul edilmiştir. Bu sebeple iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçundan söz edebilmek için markasal kullanımın gerekli olduğu ifade edilmelidir⁵⁸⁹.

Kanaatimizce iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluştuğundan söz edilebilmesi için somut olayda öncelikle özel hukuk anlamında marka hakkına tecavüzün gerçekleşmesi gerekir⁵⁹⁰. Özel hukuk anlamında bir marka hakkına tecavüz

⁵⁸² Kur / Senftleben, s. 276; Fezer, s. 853; Klett / Sonntag / Wilske, s. 105.

⁵⁸³ Doktrinde *Bozgeyik*, kullanımın ticari nitelik taşımasının SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrası kapsamına giren fiiller bakımından bir şart olduğunu, 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nün 9'uncu maddesinde yer alan ticarete kullanım koşuluna SMK'da daha dar bir alan için öngörüldüğünü ileri sürmektedir. Bkz. *Bozgeyik*, s. 34-35.

⁵⁸⁴ Kur / Senftleben, s. 276; Fezer, s. 853; Klett / Sonntag / Wilske, s. 105; Çağlar, Marka Hukuku, s. 108; Çolak, s. 464; Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 95.

⁵⁸⁵ Firth / Lea / Cornford, s. 99; Çağlar, Marka Hukuku, s. 107-109; Çolak, s. 433; Bozgeyik, s. 30-36; Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 94-96. Ayrıca bkz. Uzunallı, s. 128-130.

⁵⁸⁶ Arkan, Sabih, Marka Hakkına Tecavüz – İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 20, Sayı 3, 2000, s. 11; Kaya, s. 229-230.

⁵⁸⁷ Arkan, İşaretin Markasal Olarak Kullanılması, s. 7; Çolak, s. 433.

⁵⁸⁸ Tekinalp, s. 459.

⁵⁸⁹ Krş. (Y. C.G.K., 27.12.2005, 7-143/169).

⁵⁹⁰ Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan, s. 1010; Bainbridge, s. 662-663; The House of Lords, Regina v. Johnstone Kararı, 22.05.2003, <https://publications.parliament.uk>, Erişim Tarihi: 20.12.2020. Aksi görüş için bkz. Çetintürk, s. 774 vd.

var ise tecavüzün cezai sorumluluk gerektirip gerektirmediği ayrıca SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrası dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu itibarla özel hukuk anlamında marka hakkına tecavüz teşkil etmeyen bir fiil sebebiyle failin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz bakımından cezai sorumluluğu olmamalıdır.

3. İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz

SMK'nın marka sahibine sağladığı haklar ve koruma tescille elde edilmektedir⁵⁹¹. Marka tescilinde ise iki önemli unsur bulunmaktadır. Bunların ilki marka olabilecek işaret; ikincisi ise mal veya hizmetlerdir. Zira markanın işaret anlamında belirliliği ne kadar önemli ise bu işaretin yöneldiği mal veya hizmetlerin de aynı kesinlikte olması zaruridir. Bu itibarla iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzün varlığı, marka ve markanın ilişkili olduğu mal veya hizmet üzerinden değerlendirilmektedir⁵⁹².

a. İktibas Kavramı

SMK'nın 30'uncu maddesine 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinden kalan ancak her iki düzenlemede de tanımı bulunmayan iktibas⁵⁹³, esasında marka hukuku öğretisinde eskiye dayalı kullanımı olan bir kavramdır⁵⁹⁴.

Arapça kökenli olan iktibas, sözlükte “*bir yazıyı, bir düşünceyi alma; başkasına ait bir sözü, görüşü veya yazıyı aynen aktarma; aktarma; alıntı*” anlamlarına gelmektedir⁵⁹⁵.

Fikri mülkiyet hukuku ile ilgili mevzuat incelendiğinde SMK'da ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda iktibas kavramına yer verildiği görülmektedir. FSEK kapsamında

⁵⁹¹ Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek, Cilt I, s. 174, 187; Kaya, s. 48; Çolak, s. 417-418; Uzunallı, s. 98.

⁵⁹² Kaya, s. 265; Nuhoğlu, s. 430; Yenidünya / İçer, s. 99; Başbüyük, s. 99; Bayrak, s. 142; Kaynak, Fikri Mülkiyet, s. 314; Özmen, s. 75; Kart, s. 130. Aksi görüş için bkz. Çetintürk, s. 581.

⁵⁹³ Çağlar, Önemli Yenilikler, s. 150.

⁵⁹⁴ Cengiz, s. 6; Kaya, s. 265; Özeroğlu, s. 86; Çetintürk, s. 227.

⁵⁹⁵ Yazıcıoğlu, s. 260; Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 343; Özcan, Hüseyin, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 1. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara 1980, s. 323.

iktibas⁵⁹⁶, eserin bir bölümünün yeni oluşturulan bir başka eser içerisinde gerektiği kadar kullanılması olarak ifade edilmektedir⁵⁹⁷.

Marka hukuku bağlamında iktibas ise başkasının hak sahibi olduğu bir markanın *taklit edilmesidir*^{598, 599}. Bu sebeple doktrinde iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz, marka taklitçiliği (trademark counterfeiting) olarak da adlandırılmaktadır⁶⁰⁰.

İktibas kavramının muhtevası doktrinde tartışmalıdır. Hâkim olan görüşe göre iktibas, markanın “aynının” veya “ayırt edilemeyecek kadar benzerinin” kullanılması halinde ortaya çıkmaktadır⁶⁰¹. Diğer görüşe göre ise iktibas, markanın “aynının” kullanılması olarak değerlendirilmelidir^{602, 603}.

556 sayılı KHK ve devamında SMK’da markanın hem *aynının* hem de *ayırt edilemeyecek kadar benzerinin* kullanılmasının marka hakkına tecavüz teşkil ettiği kabul

⁵⁹⁶ İktibas kavramı, FSEK’in 34, 35, 36 ve 71’inci maddelerinde kullanılmıştır. FSEK’in 71’inci maddesi, manevi, mali ve bağlantılı haklara tecavüz suçlarını ilişkin olup, maddenin 3’üncü bendinde “Bir eserden kaynak göstermeksizin *iktibasta* bulunan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır” denilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Yazıcıoğlu**, s. 257 vd.; **Demiral Bakırman, Büşra**, İntihal Suçları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, Ocak 2015, s. 64.

⁵⁹⁷ **Demiral Bakırman**, s. 64. Ayrıca bkz. **Hirsch**, Fikri ve Sınai Haklar, s. 198-200; **Tekinalp**, s. 339.

⁵⁹⁸ Krş. **Tekinalp**, s. 441; **Cengiz**, s. 6; **Nuhoglu**, s. 430; **Başbüyük**, s. 98; **Yenidünya / İçer**, s. 73-74; **Çetintürk**, s. 382-383.

⁵⁹⁹ Doktrinde **Çağlar**, iktibas yerine “markanın aynen kullanılması” ifadesinin tercih edilmesinin daha doğru olacağını belirtmektedir. Bkz. **Çağlar**, Değerlendirme, s. 105.

⁶⁰⁰ **Jennings**, s. 805, dn. 2; **Harms**, 2018, s. 143-144; **Busche / Stoll / Wiebe**, s. 666; **Wehrle-Briffa**, s. 1-2; **Keskin**, s. 133; **Başbüyük**, s. 98.

⁶⁰¹ **Keskin**, s. 163; **Kaya**, s. 266; **Özen**, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, s. 63; **Topçu**, s. 111; **Arslan / Özdemir**, s. 1094; **Başbüyük**, s. 101, **Çetintürk**, s. 491; **Özmen**, s. 73-74; **Kart**, s. 114.

⁶⁰² **Arkan**, Cilt II, s. 216, dn. 34.

⁶⁰³ Doktrinde markanın aynının kullanılması hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hâkim olan görüşe göre markanın aynının kullanılması tam veya kısmi şekilde gerçekleşebilir. Tam aynen kullanma tescilli markanın tıpkının kullanılması iken kısmi aynen kullanma tescilli markanın aynı denebilecek kadar az değiştirilerek kullanılmasıdır. Bkz. **Öçal**, Markaların Himayesi, s. 105; **Cengiz**, s. 7; **Kaya**, s. 266; **Memişoğlu**, s. 487; **Başbüyük**, s. 101; **Aydın**, Sınai Mülkiyet, s. 91. Diğer görüşe göre ise iktibastan söz edebilmek için markanın kısmi aynen kullanılması yeterli olmamakta, tam aynen kullanma gerekmektedir. Bkz. **Dericioğlu, Hayri**, Marka Tescilinde Aranılan Hususlar (Müşahabetin Tespiti), Türkiye İktisat Gazetesi, Sayı 235, Ankara 1957, s. 4. Alâmet-i Farika Nizamnamesi döneminde, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz ile iltibas suretiyle marka hakkına tecavüze farklı cezalar öngörülmesi tartışmayı önemli kılmaktaydı ve doktrinde küçük değişikliklerin markanın aynen kullanılması olarak değerlendirileceği kabul edilmekteydi. Bkz. **Arseven**, s. 137.

edilmiş ve bu iki kavram taklitçilik olarak değerlendirilmiştir (556 sayılı KHK m. 61/b – SMK m. 29/1-b)⁶⁰⁴.

Doktrinde *Arkan*, 556 sayılı KHK’nın 61’inci maddesinin (a) bendinde (SMK m. 29/1-a), 9’uncu maddeye (SMK m. 7) yapılan atıf sebebiyle tescilli markanın aynısının ya da benzerinin kullanımının zaten marka hakkına tecavüz teşkil ettiğini, 61’inci maddenin (b) bendinde (SMK m. 29/1-b) öngörülen düzenlemenin gereksiz olduğunu, bu bendin 556 sayılı KHK’da hiç yer almaması gerektiğini; ancak 556 sayılı KHK’da değişiklik yapılmaya kadar “*ayırt edilemeyecek kadar benzer*” ifadesinin 556 sayılı KHK m. 9/1-b (SMK m. 7/2-b) kapsamında “benzer” olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁶⁰⁵.

Tekinalp ise “benzer” ile “*ayırt edilemeyecek kadar benzer*” kavramlarının birbirinden farklı olduğunu, markanın benzerinin kullanımının iltibasa, ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanımının ise taklide yol açtığını, bu sebeple markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanımının markanın taklit edilmesi anlamına geldiğinin kabulü gerektiği görüşündedir⁶⁰⁶.

556 sayılı KHK’da markanın aynının kullanılması ile markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılmasına aynı sonuçlar bağlanmıştır. Bu sebeple 556 sayılı KHK döneminde de iktibas, ağırlıklı olarak markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması olarak değerlendirilmiştir⁶⁰⁷. Markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması ayrımı SMK’da varlığını koruğundan sorun güncelliğini devam ettirmektedir⁶⁰⁸.

Suç tipi açısından markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin yahut benzerinin (iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz) kullanılmasına aynı sonuç bağlanmıştır. Ancak markanın aynının kullanılması ile benzerinin kullanılması farklı kriterlere göre

⁶⁰⁴ Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik kavramının eleştirisi için bkz. **Ünsal**, s. 153 vd. Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik daha çok SMK’nın 5’inci ve 29’uncu maddeleri bakımından anlamlı olan mevzuatımıza özgü bir kavramdır. Gerçekten karşılaştırmalı hukukta markanın aynının veya benzerinin kullanılmasına anlam yüklenmektedir.

⁶⁰⁵ **Arkan**, Cilt II, s. 216.

⁶⁰⁶ **Tekinalp**, s. 493-494. Doktrinde **Pekdiñer**, bir markanın ya aynı ya benzer ya da farklı olabileceğini ileri sürerek ayırt edilemeyecek kadar aynı (benzer) olan marka halinde iltibasın gündeme geleceğini belirtmektedir. Bkz. **Pekdiñer**, Marka Hakkı ve Koruması, s. 99 ve 166.

⁶⁰⁷ **Kaya**, s. 266; **Özen**, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, s. 63; **Arslan / Özdemir**, s. 1094; **Başbüyük**, s. 101. Aksi görüş için bkz. **Tekinalp**, s. 441; **Özeroğlu**, s. 81.

⁶⁰⁸ SMK’da, “*aynen kullanma*”, “*markayı kullanma*”, “*ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanma*”, “*aynı olan işareti kullanma*”, “*tescilli marka ile aynı olan*” ve “*benzerini kullanma*” kavramlarına yer verilmiştir.

belirlendiğinden konunun açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Nitekim markanın aynının kullanılması halinde karıştırılma ihtimali araştırılması yapılmadan tecavüzün var olduğu kabul edilirken, benzerini kullanma halinde tescilli markaya tecavüz eden markanın halkın zihninde karıştırma ihtimali doğurup doğurmadığı tespit edilmektedir⁶⁰⁹.

Kanaatimizce markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak, markanın aynının kullanılması ile benzerinin kullanılması arasında yer alan⁶¹⁰ ancak markanın aynının kullanımına çok daha yakın olan bir kavramdır⁶¹¹.

Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnalarının düzenlendiği SMK'nın 7'nci maddesinde, markanın aynının ve benzerinin kullanılmasından bahsedilmekte olup, markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması zikredilmemiştir. Ancak SMK'nın 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (ç) bendine göre, aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile *aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer* işaretler marka olarak tescil edilemez. Keza SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'nci maddesinin (b) bendinde, marka sahibinin izni olmaksızın, *markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak* suretiyle *markayı taklit etmek* marka hakkına tecavüz sayılmış ve markanın taklit edilmesinin markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması şeklinde vuku bulabileceği kabul edilmiştir.

TRIPS'in "*Rights Conferred* (Verilen Haklar)" başlıklı 16'ncı maddesinde, markanın aynının veya benzerinin kullanılması üzerine durulmaktadır^{612, 613}. Öte yandan TRIPS'in 51'inci maddesinin uhdesinde yer alan 14'üncü dipnotta yer alan taklit markalı mallar (counterfeit trademark goods) tanımında, tescil edilmiş bir markanın aynının (*identical*) veya esaslı yönler itibarıyla bu markadan ayırdedilemeyen (*substantially identical – fairly*

⁶⁰⁹ Harms, 2018, s. 38; Busche / Stoll / Wiebe, s. 323; Cengiz, s. 16; Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 92; Topçu, s. 111-112.

⁶¹⁰ Benzer bir durum Birleşik Krallık Markalar Kanunu'nun 92'nci maddesinde de bulunmaktadır. Maddede, "*identical*" ve "*likely to be mistaken*" ifadeleri geçmekte olup, doktrinde "*likely to be mistaken* (karıştırılma muhtemel)" kavramı, *identical* (tıpkı) ve *similar* (benzer) kullanımın arasında olduğu kabul edilmektedir. Ancak doktrinde, "*identical*" ve "*likely to be mistaken*" kavramları arasındaki farkın tam olarak ortaya konulamadığı belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Lange, s. 1222; Bainbridge, s. 660; Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrille / Duncan, s. 1012.

⁶¹¹ Benzer bir görüş için bkz. Bozgeyik, s. 41.

⁶¹² Harms, 2018, s. 29; Busche / Stoll / Wiebe, s. 290.

⁶¹³ Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nün 8'inci maddesinde de markanın aynının veya benzerinin kullanılması ayrımı bulunmaktadır. AB hukukunda markanın aynının kullanılmasının kapsamı hususunda bkz. ABAD, LTC Diffusion Kararı, C-291/00, 20.03.2003.

*indistinguishable*⁶¹⁴) izinsiz olarak kullanılmasından bahsedilmektedir^{615,616}. Bu itibarla TRIPS bağlamında marka taklitçiliğinin, markanın aynının ve ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılmasını kapsadığı ifade edilmelidir⁶¹⁷.

Kanaatimizce iktibas, markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması şeklinde gerçekleşebilir⁶¹⁸. Markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması, markanın aynının kullanılması ile örtüşmemekle birlikte, markanın benzerinin kullanılması sayılacak kadar da farklı değildir. Bu hal pratikte müşterilerin genellikle ya zihni ya da fiili bir tereddüt geçirmesi veya aynı olmadığını hiç fark edememesi şeklinde gerçekleşmektedir⁶¹⁹. Dolayısıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerlikle markanın aynının kullanımına varan güçlü bir benzerlik söz konusudur. Ayrıca SMK’da ve TRIPS’te markanın aynının kullanılması ile ayırt edilemeyecek kadar benzerinin taklitçilik olarak değerlendirilmesi, iktibasın muhtevasının markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması olduğunu göstermektedir.

Yargıtay’a göre de iktibas, markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılmasıdır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bir kararında, “*Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlükte iktibas; ödünç alma, alıntı olarak tanımlanmış olup bir yazıyı, bir düşünceyi alma, başkasına ait bir söz, görüşü veya yazıyı aynen aktarma, alıntı şeklinde açıklanmıştır. Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu’nun 47/1-a maddesinde iktibasın tanımına yer verilmiş ve iktibas, “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.” denilmek suretiyle açıklanmış idi. Hükme göre markanın hem eşinin/aynısının, hem de ayırt edilemeyecek derecede cüz’i değişiklik içeren benzerinin kullanılması iktibas olacaktır. 556 sayılı KHK’da ise kanun koyucunun böyle bir tanımlamaya*

⁶¹⁴ Harms, L.T.C., The Enforcement of Intellectual Property Rights: A Case Book, 3rd Edition, WIPO (World Intellectual Property Organization), 2012, s. 499.

⁶¹⁵ Harms, 2018, s. 144; Busche / Stoll / Wiebe, s. 666; Ruse-Khan, From Trips to ACTA, s. 5. Benzer bir tanımlama ACTA’da da bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Quinn, s. 7; Blakeney, ACTA, s. 206.

⁶¹⁶ Amerikan marka hukukunda da markanın aynının yahut ayırt edilemeyeninin kullanılması marka taklitçiliği olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Jarrett / Chandler, s. 106; Goldstone / Toren, s. 28; Jennings, s. 813.

⁶¹⁷ Harms, 2018, s. 144; Busche / Stoll / Wiebe, s. 666; Ruse-Khan, From Trips to ACTA, s. 5.

⁶¹⁸ Fezer, s. 934; Kur / Senftleben, s. 217; Donay / Erman, s. 54; Keskin, s. 163; Karan / Kılıç, s. 455; Kaya, s. 266; Özen, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, s. 63; Topçu, s. 111; Suluk / Karasu / Nal, s. 231; Çağlar, Marka Hukuku, s. 117; Arslan / Özdemir, s. 1094-1095; Başbüyük, s. 101, Çetintürk, s. 491; Özmen, s. 73-74; Kart, s. 114.

⁶¹⁹ Bozgeyik, s. 41; Nuhoglu, s. 430.

yer vermediği, bunun yerine farklı maddeler içerisinde iktibasa işaret ettiği ve iktibasın “markanın aynen kullanılması” veya “ayırt edilemeyecek kadar benzer surette kullanılması” olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır⁶²⁰.

Öte yandan markanın ayırt edilemeyecek kadar benzeri ile markanın benzeri arasındaki sınırın çizilmesi kolay gözükmemektedir. Bu sebeple ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramı olabildiğince dar yorumlanmalı⁶²¹ ve somut olayda tereddüt halinde işaretin benzer olduğu kabul edilerek değerlendirme yapılmalıdır⁶²².

b. İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüzün Mal veya Hizmet Açısından Kapsamı

aa. Genel Açıklamalar

Marka hakkının hukuki yahut cezai himayesinde göz önünde tutulan önemli hususlardan biri de mal veya hizmetin türüdür. Nitekim tescilde marka olabilecek işaretin yanında, markanın kullanılacağı mal veya hizmetler de belirtilmektedir. Bunun sebebi markanın belirli bir mala veya hizmete yönelik olması ve bu özelliği ile piyasadaki mal ve hizmetlerin kişiselleşmesini sağlamasıdır.

551 sayılı Markalar Kanunu’nun “*Hakkın Şümülü*” başlıklı 17’nci maddesinde, “*Markanın tescili yukarıdaki maddede yazılı himaye süresi içinde, marka sahibine, kanunun birinci maddesinde yazılı maksat ve tarzda kullanmak şartıyla ve sicilde gösterilen emtiaya müteallik olmak kaydıyla, markasından faydalanma hakkı verir*” denilmek suretiyle marka hakkının himayesinin sicilde gösterilen emtia ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir^{623, 624}. Bu itibarla sicilde gösterilmeyen emtia üzerinde daha önce tescil edilmiş markanın aynen kullanılması marka hakkına tecavüz teşkil etmemektedir.

556 sayılı KHK’nın 61/A maddesinde ve devamında SMK’nın 30’uncu maddesinde iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzden bahsedilmekte olup, tecavüzün mal veya

⁶²⁰ Y.C.G.K., 22.10.2019, 7-369/621.

⁶²¹ Y. 11. H.D., 12.03.2012, 2084/3641.

⁶²² Cengiz, s. 11; Başbüyük, s. 102.

⁶²³ Karayalçın, s. 425; Öçal, Markaların Himayesi, s. 51; Cengiz, s. 74. Aksi görüş için bkz. Donay / Erman, s. 56.

⁶²⁴ Alâmet-i Fârika Nizamnamesi’nde de marka hakkının himayesi kural olarak aynı cins mallarla sınırlandırılmıştır. Bkz. Hirsch, Ticaret Hukuku, s. 157. Krş. Öçal, Markaların Himayesi, s. 45-46.

hizmetlerle ilişkisine değinilmemiştir. Bu sebeple iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzün mal veya hizmet açısından kapsamı tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre, SMK’da yasal tanımı bulunmayan iktibas kavramının mal ve hizmet bakımından bir sınırlama oluşturacak şekilde tanımlanması mümkün değildir. Dolayısıyla iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, sicilde gösterilen mal ve hizmetlerle aynı veya benzer olmayanlar açısından da oluşacaktır⁶²⁵. Başka bir anlatımla, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluşabilmesi için markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması yeterli olup, mal veya hizmet türü yönünden bir değerlendirme yapılması gerekmemektedir⁶²⁶. Bu görüşe göre aksi bir değerlendirme suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlali niteliğini taşır⁶²⁷.

Doktrinde hâkim olan diğer görüşe göre ise iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz, SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (a) bendinde tanımlanmış olup, “*tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması*”dır. Bu itibarla iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluşabilmesi için işaretin aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılmasının yanı sıra mal veya hizmet ayniyeti de gerekmektedir⁶²⁸.

bb. Değerlendirme

TRIPS’in 61’inci maddesinde, taraf ülkelere marka taklitçiliğini cezalandırmaları hususunda mükellefiyet yüklemiştir⁶²⁹. TRIPS’in 51’inci maddesinin 14’üncü dipnotu bağlamında marka taklitçiliğinden söz edebilmek için tescil edilmiş bir markanın aynen veya esas unsurları ile bu markadan ayırtedilemeyen tescilde belirtilmiş olan mal veya hizmetler üzerinde kullanılması aranmıştır⁶³⁰.

⁶²⁵ Çetintürk, s. 581. Çetintürk, görüşünün uygulamada ve doktrinde kabul görmediğini ifade etmektedir, bkz. Çetintürk, s. 581.

⁶²⁶ Kanaatimizce marka hakkının cezai himayesi, hukuki himayesinden daha geniş olmamalıdır. Bkz. Bainbridge, s. 660.

⁶²⁷ Çetintürk, s. 580.

⁶²⁸ Kaya, s. 265; Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 90; Başbüyük, s. 98; Nuhoğlu, s. 429; Önder, s. 142; Kaynak, Fikri Mülkiyet, s. 314; Özmen, s. 74-75; Ensari, s. 80; Pekdiğer, Tamer, Fikri Mülkiyet Hukuku’nda Gümrüklerde El Koymadan Kaynaklanan Tazminat Talepleri, İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 471-472; Çamlıbel Taylan, Esin, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s. 58.

⁶²⁹ Harms, 2018, s. 144; Busche / Stoll / Wiebe, s. 666.

⁶³⁰ Harms, 2018, s. 144; Busche / Stoll / Wiebe, s. 666.

Alman Markalar Kanunu'nda da iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzden bahsedilirken bunun aynı mal veya hizmetler üzerinde gerçekleşmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir⁶³¹. Birleşik Krallık Markalar Kanunu'nun 92'nci maddesinin 4'üncü fıkrasının (a) bendinde de tescilli markanın aynının veya karıştırılması muhtemel olanının tescilde belirtilen mallar üzerinde kullanılması halinde failin cezalandırılabilceği hüküm altına alınmıştır⁶³².

Kanaatimizce, SMK'da marka hakkının himayesinin kapsamına yönelik açık bir normun bulunmaması marka hakkının cezai himayesi bağlamında bir eksiklik arz etmektedir. Kanun koyucunun en azından karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi marka suçları açısından mal veya hizmet türünün kapsamı konusunda bir düzenleme getirmesi şüphesiz daha uygun olacaktır⁶³³. Her ne kadar SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzün düzenlendiği ileri sürülse de SMK'da bu fıkra ile iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzü ilişkilendirecek doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır.

Kanaatimizce sorunun çözümünde marka hakkının konusu üzerinden değerlendirme yapılmalıdır. Marka hakkının konusu bizatihi markanın müseccel olduğu mal veya hizmettir⁶³⁴. Bu sebeple marka hakkının himayesi de kural olarak markanın müseccel olduğu mal veya hizmettir⁶³⁵. Ancak marka hakkının etkin bir şekilde himaye edilebilmesi için korumanın kapsamının genişletildiği görülmektedir ki SMK'da da marka hakkının hukuki himayesi bakımından bu husus 29'uncu madde ve dolayısıyla 7'nci maddede açıkça kabul edilmiştir. Cezai himaye bakımından marka hakkının korunmasını genişletecek bir norma yer verilmediği için kanaatimizce iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, marka hakkının konusu ile sınırlı olup markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin aynı mal

⁶³¹ Alman Markalar Kanunu'nun marka suçlarını düzenlediği 143'üncü maddesi, suçun unsurlarını, Kanun'un 14'üncü maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüze ilişkin norma bağlamaktadır. Alman Markalar Kanunu'nun 143'üncü maddenin atıf yaptığı 14'üncü maddenin 2'nci fıkrasının 1'inci bendine göre, markanın koruma alanı içinde bulunan mal veya hizmetlerle aynı mal veya hizmetler için aynı markanın haksız kullanılması suç olarak düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Fezer**, s. 927 vd.; **Ekey / Bender / Fuchs-Wissemann**, s. 1021 vd.

⁶³² Birleşik Krallık Markalar Kanunu (TMA)'nın 92'nci maddesinde sadece maldan bahsedildiği için hizmet markalarının cezai himayesinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Bainbridge**, s. 659 vd.; **Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan**, s. 1009 vd.

⁶³³ Birleşik Krallık Markalar Kanunu (TMA)'nın 92'nci maddesinin 4'üncü fıkrasının (a) bendinde, "*the goods are goods in respect of which the trade mark is registered*" denilmektedir. Bu hüküm uyarınca kural olarak 92'nci maddede yazan fiillerden sorumluluk ancak işaretin markanın kapsadığı mallarda kullanılması halinde gündeme gelecektir. Bkz. **Bainbridge**, s. 659. Benzer bir şekilde Amerikan marka hukukunda, 18 U.S. Code, § 2320 (f)'ye göre taklit markadan bahsedilebilmesi için fiilin markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerle bağlantılı bir şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bkz. **Jarrett / Chandler**, s. 115-116.

⁶³⁴ **Kaya**, s. 236; **Pash**, Ürün Benzerliği, s. 14; **Bozgeyik**, s. 17.

⁶³⁵ **Pash**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 123; **Çolak**, s. 431; **Uzunallı**, s. 99.

veya hizmetlerde kullanılması halinde gerçekleşecektir. Dolayısıyla iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz ile SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinin örtüştüğü ifade edilmelidir. Fakat netice itibarıyla doktrindeki hâkim görüş ile aynı sonuca ulaşırsak da değerlendirmemizi SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendi üzerinden değil marka hakkının konusundan hareketle yaptığımızı vurgulamak isteriz.

Öte yandan iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzün “*tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması*” olarak yorumlanması suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir⁶³⁶. Belirtmek gerekir ki SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında “*markanın iktibası*” değil, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz zikredilmektedir. Marka hakkına tecavüzden bahsedebilmek için marka olarak tescil edilmiş olan işaretin yanı sıra mal veya hizmet türünün de değerlendirilmeye alınması zorunludur⁶³⁷. Nitekim SMK'da marka hakkının mutlak olarak korunması⁶³⁸ hukuki himaye bakımından dahi öngörülmemiştir. Ayrıca günümüzde bir hukuki değer ile ilişkili olmayan ceza hükmünün var olabileceği kabul edilmemektedir⁶³⁹. Bu itibarla SMK ile marka sahibine tanınan hakları aşacak ölçüde iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzün tüm mal veya hizmetler üzerinde gerçekleşebileceğini kabul etmek ceza hukuku ile bağdaşmamaktadır.

c. İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüzün Tespiti

Yukarıda açıklandığı üzere iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz,

- Tescil edilmiş markanın “*aynının*” veya “*ayrı edilemeyecek kadar benzerinin*”,
- “*Aynı*” mal veya hizmetlerde kullanılması halinde gerçekleşir.

İktibas suretiyle marka hakkına tecavüzün tespiti iltibas suretiyle marka hakkına tecavüze nazaran sorunsuzdur. Bunun en temel sebebi iktibas suretiyle marka hakkına

⁶³⁶ Aksi görüş için bkz. Çetintürk, s. 580.

⁶³⁷ Harms, 2018, s. 29 vd.; Bainbridge, s. 622 vd.; Busche / Stoll / Wiebe, s. 290 vd.; Pash, Ürün Benzerliği, s. 10; Cengiz, s. 62 vd.; Kaya, s. 236 vd.; Ocak, s. 269 vd.; Çağlar, Marka Hukuku, s. 109 vd.

⁶³⁸ Bkz. Birinci Bölüm, §2, I, A.

⁶³⁹ Önder, s. 6; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 117.

tecavüzde karıştırılma ihtimali değerlendirmesi yapılmayacak olmasıdır⁶⁴⁰. Zira iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzde karıştırılma ihtimalinin var olduğu kabul edilmektedir⁶⁴¹.

aa. Markanın Aynının Kullanılması

Hukukumuzda markanın aynının kullanılması 551 sayılı Markalar Kanunu’nun 47’nci maddesinin (a) bendinde tanımlanmıştır. Hükme göre markanın aynının kullanılması, *“Başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mâna veya bunlardan birisi itibariyle eşini veya ebat yahut renk itibariyle veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklinin kullanılması”* anlamına gelmektedir.

556 sayılı KHK ve devamında SMK’da, 551 sayılı Markalar Kanunu’nda olduğu gibi bir tanıma yer verilmemiş ve markanın aynının kullanılmasının yanı sıra markanın *ayırt edilemeyecek kadar benzerinin* kullanılması kavramı da çeşitli maddelerde zikredilmiştir. Doktrinde 556 sayılı KHK ile *“ayırt edilemeyecek kadar benzer”* kavramının ayrıca kullanılmasının farklılık yarattığı, bu sebeple 551 sayılı Markalar Kanunu’nda yer alan *“markanın aynını kullanma”* ölçütlerinin değiştiği ileri sürülmüştür⁶⁴². Gerçekten de 556 sayılı KHK öncesi dönemde ve karşılaştırmalı hukukta doğrudan ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramına yer verilmemiş ancak markanın aynının kullanılması geniş yorumlanmıştır⁶⁴³.

⁶⁴⁰ Colston / Galloway, s. 657;

⁶⁴¹ Cornish / Llewelyn / Aplin, s. 778; Harms, 2018, s. 29; Bainbridge, s. 624; Davis / Padfield, s. 221-222. TRIPS’in 16’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının 2’nci cümlesi, *“In case of the use of an identical sign for identical goods or services, a likelihood of confusion shall be presumed”* hükmünü içermektedir. Öte yandan Amerikan marka hukukunda markanın aynının yahut ayırt edilemeyeninin kullanılması ve bunun karıştırılmaya veya hataya ya da aldatmaya sebep olması gerekir. Bkz. Jarrett / Chandler, s. 116-117; Goldstone / Toren, s. 32; Jennings, s. 814; Coblenz, s. 274-275.

⁶⁴² Tekinalp, s. 441; Özeroğlu, s. 81.

⁶⁴³ Bainbridge, s. 623-624; Fezer, s. 853; Ekey / Bender / Fuchs-Wissemann, s. 250; Harms, 2018, s. 29; Busche / Stoll / Wiebe, s. 290. Hukukumuzda markanın aynının kullanılması hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hâkim olan görüşe göre markanın aynının kullanılması tam veya kısmi şekilde gerçekleşebilir. Tam aynen kullanma tescilli markanın tıpkının kullanılması iken kısmi aynen kullanma tescilli markanın aynı denebilecek kadar az değiştirilerek kullanılmasıdır. Bkz. Öçal, Markaların Himayesi, s. 105; Cengiz, s. 7; Kaya, s. 266; Memişoğlu, s. 487; Başbüyük, s. 101; Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 91. Diğer görüşe göre ise iktibastan söz edebilmek için markanın kısmi aynen kullanılması yeterli olmamakta, tam aynen kullanma gerekmektedir. İkinci görüşün benimsenmesi halinde kısmi aynen kullanma durumunda iltibas değerlendirmesi yapılmalıdır. Bkz. Dericioğlu, s. 4. Alâmet-i Farika Nizamnamesi döneminde, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz ile iltibas suretiyle marka hakkına tecavüze farklı cezalar öngörülmesi tartışmayı önemli kılmaktaydı ve doktrinde küçük değişikliklerin markanın aynen kullanılması olarak değerlendirileceği kabul edilmekteydi. Bkz. Arseven, s. 137.

Kanaatimizce hukukumuzda markanın aynı ile ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması iktibas olduğuna göre artık markanın aynıının kullanılması dar yorumlanmalıdır⁶⁴⁴. Bu itibarla aynı olma, marka ile mütecaviz işaret arasında özdeşlik bulunması (tıpkı kullanım) anlamına gelir⁶⁴⁵. Örneğin, SONY markasına SONY, Adidas + Şekil markasına Adidas + Şekil işaretiyle tecavüz edilmesi, markanın aynıının kullanılmasına örnek olarak gösterilebilir.

Markaların tüm unsurlarının aynı olmasına rağmen, yazı, rakam, şekil gibi unsurların boyutlarının hepsi birden ve bir bütün olarak küçük ya da büyük olması ayniyeti ortadan kaldırmamaktadır. Zira bir bütün olarak markanın, kullanılacağı mal üzerinde büyük ya da küçük boyutlarla basılması her zaman mümkündür⁶⁴⁶.

Yargıtay'a göre aynı olma, karşılaştırılan işaretlerin özdeş, birbirinden farksız, birebir aynı, taklit ve benzerinin kullanılmasını ifade eder ve bunun yanında, işaretlerin örneğin farklı renk veya büyüklükte olması, yazı karakteri ya da tipinin farklılaştırılması gibi değişiklikler aynı olma durumunu etkilemez⁶⁴⁷. Ancak kanaatimizce işaretlerin farklı renkte olması, yazı karakterleri ya da tipinin farklılaştırılması gibi değişikliklerin markanın aynıının kullanılmasını değiştirmeyeceğinin kabulü doğru değildir⁶⁴⁸ ve bu sebeple böyle durumlarda ayırt edilemeyecek kadar benzerlik değerlendirmesi yapılması daha uygun olacaktır.

Öte yandan markanın aynıının kullanılmasının dar veya geniş yorumlanması pratik açıdan bir değer taşımamaktadır. Nitekim markanın aynıının ötesinde olan markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması da iktibasa sebebiyet vermektedir. Ancak markanın aynıının kullanılması geniş yorumlandığı takdirde bu kez aynılık ve ayırt edilemeyecek kadar benzerlik kavramları arasında fark kalmayacaktır.

⁶⁴⁴ Doktrinde 556 sayılı KHK ve SMK döneminde dahi markanın aynıının kullanılmasının tam veya kısmi şekilde gerçekleşebileceğini ileri süren görüşler için bkz. **Kaya**, s. 266; **Başbüyük**, s. 101; **Aydın**, Sınai Mülkiyet, s. 91.

⁶⁴⁵ **Tekinalp**, s. 441; **Kaya**, s. 86-87; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 48; **Çolak**, s. 136; **Uzunallı**, s. 47; **İmirlioğlu**, s. 143; **Küçükali**, **Canan**, Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 100. Krş. **Bainbridge**, s. 623-624; **Fezer**, s. 853; **Harms**, 2018, s. 29; **Arkan**, Cilt I, s. 75; **Çetintürk**, s. 513; **Memişoğlu**, s. 487; **Epçeli**, s. 35.

⁶⁴⁶ **Çolak**, s. 136.

⁶⁴⁷ **Y.H.G.K., 05.10.2012, 11-154/659**. Ayrıca bkz. **Marka İnceleme Kılavuzu**, Türk Patent ve Marka Kurumu, 2019, s. 189.

⁶⁴⁸ **Tekinalp**, s. 441; **Çolak**, s. 136. Aksi görüş için bkz. **Marka İnceleme Kılavuzu**, 2019, s. 189.

bb. Markanın Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzerinin Kullanılması

Markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması, markanın tüm unsurlarının çok az denebilecek ölçüde değiştirilmesidir⁶⁴⁹. Esasında yapılan değişiklikler markanın geneli içerisinde kaybolmaktadır⁶⁵⁰. Başka bir anlatımla, markanın dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklinin kullanılması halinde ayırt edilemeyecek kadar benzerlik durumu ortaya çıkacaktır. Burada farklılık o kadar önemsizdir ki ayniyet algısı ortadan kalkmamakta, yani tüketiciler markayı eş görmektedir. Bu sebeple ayırt edilemeyecek benzerlik halinde ayrıca iltibas araştırılması yapılmamaktadır.

Ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramının geniş yorumlanmaması gerekir. Nitekim burada marka ile mütecaviz işaret arasında herhangi bir benzerlik değil, ayırt edilemeyecek derecede benzerlik aranmaktadır.

İki marka arasında küçük de olsa farklılık varsa artık bu iki markanın aynı olduğundan değil, ayırt edilemeyecek kadar benzerlik arz ettiğinden söz edilir. Bu halde markalar arasındaki benzerlik, iltibas incelemesi yapılmasını gereksiz kılacak derecede güçlü ve açıktır⁶⁵¹. Örneğin SONY – SQNY, Adidas + Şekil – Adidos + Şekil, Rayolüks – Rayoluks, PUMA + Şekil – PMUA + Şekil, Moschino – Michonos işaretleri arasında ayırt edilemeyecek kadar benzerlik bulunmaktadır.

Ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin nasıl tespit edileceği tartışmalıdır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, ayırt edilemeyecek kadar benzerlik değerlendirmesi yapılırken, marka ve işareti oluşturan unsurlar göz önünde bulundurulmalı, marka birden ziyade unsurdan oluşuyorsa esas unsur itibarıyla benzerliğin derecesi tayin edilmeli ve yardımcı unsurlar değerlendirme dışı bırakılmalıdır⁶⁵². Diğer bir görüşe göre, ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin tespitinde marka ile mütecaviz işaretin bir bütün olarak (esas ve yardımcı unsurlar birlikte) tüketici nezdinde bıraktıkları izlenim dikkate alınmalıdır⁶⁵³.

⁶⁴⁹ Kaya, s. 87; İmirlioğlu, s. 144.

⁶⁵⁰ Memişoğlu, s. 495, dn. 528.

⁶⁵¹ Harms, 2018, s. 144; Bainbridge, s. 622; Busche / Stoll / Wiebe, s. 323; Küçükali, s. 100.

⁶⁵² Kaya, s. 87; Çağlar, Marka Hukuku, s. 48; Çolak, s. 137; İmirlioğlu, s. 145.

⁶⁵³ ABAD, Portakabin Kararı, C-558/08, 08.07.2010; Y. 11. H.D., 31.05.2012, 1704/9498; Yılmaz, s. 247-248.

TPMK'ya göre, ayırt edilemeyecek kadar benzerlik karma nitelikteki işaretler⁶⁵⁴ bakımından genel izlenim üzerinden; karma nitelikte olmayan işaretler açısından ayırt edici (esas) unsurdan hareketle değerlendirilmelidir⁶⁵⁵.

Yargıtay'a göre ayırt edilemeyecek kadar benzerlik, marka ile mütecaviz işaret arasındaki farklılıkların markanın kapsadığı mal ve hizmetin orta düzeydeki alıcı kitlesi üzerinde bıraktığı genel izlenim itibariyle önemsenmeyecek derecede düşük olması sebebiyle aynı işaret gibi algılanması halinde mevcuttur⁶⁵⁶. Eğer aynı işaret gibi algılanma durumu mevcut değilse artık iltibastan söz edilmelidir. Ancak Yargıtay, bazı kararlarında ayırt edilemeyecek kadar benzerlik kavramını geniş yorumlamakta, bazı durumlarda ise dar yorumlamaktadır⁶⁵⁷.

Kanaatimizce ayırt edilemeyecek kadar benzerlik tespit edilirken ortalama tüketiciler tarafından iki işaretin bir bütün olarak aynı gibi algılanıp algılanmayacağını bakılmalıdır^{658, 659}. Bu itibarla bir işarete, ortalama düzeydeki tüketiciler tarafından sahip olduğu farklılıkların önemsizliğinden dolayı sanki markanın aynısıymış gibi muamele ediliyorsa ayırt edilemeyecek kadar benzerlikten söz edilir. Eğer marka ile mütecaviz işaret arasındaki karşılaştırma neticesinde markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması ile markanın benzerinin

⁶⁵⁴ Bir işaretin “karma nitelikteki işaret” olarak değerlendirilebilmesi için, marka örneğinde ayırt edici kelime unsuru/unsurlarıyla birlikte şekil unsuru/unsurlarının yer alması gerekir. Bununla birlikte bu tarz markalara ayırt edici nitelikte olmayan ve/veya tanımlayıcı nitelikteki tali kelime unsuru/unsurlarının eklenmesi halinde de işaretler karma nitelikli olarak kabul edilecektir. Bu kapsamda, ayırt edici şekil/ibare ve tali unsur içeren ya da tek başına şekilden ya da ibareden oluşan işaretler karma nitelikteki işaret sayılmaz. Bkz. **Marka İnceleme Kılavuzu**, 2019, s. 193.

⁶⁵⁵ **Marka İnceleme Kılavuzu**, 2019, s. 194. Belirtmek gerekir ki, TPMK'nın 2015 tarihli Marka İnceleme Kılavuzu'nda, ayırt edilemeyecek derecede benzerlik tespit edilirken ortalama tüketicilerin esas alınacağı ve marka ve mütecaviz işaret arasında, markaların esas unsurları bakımından tereddüde yer vermeyecek derecede benzerlik durumunun araştırılacağı; ayırt edilemeyecek derecede benzerlik halinde, karşılaştırılan markalar aynı olmamakla birlikte, markaların ortalama tüketici kitlesinde bıraktıkları genel izlenim bakımından hemen hemen aynı olmasının kastedildiği; markaların ortalama tüketicilerde bıraktıkları genel izlenimin hemen hemen aynı olması durumu ise markalara ayırt ediciliği katan esas unsurların ayniyeti veya üst düzeydeki benzerliği olduğu, ayırt edici nitelik sağlamayan ya da herkesin kullanımına açık yardımcı unsurların değerlendirme dışı bırakılacağı belirtilmektedir. Bkz. **Marka İnceleme Kılavuzu**, Türk Patent ve Marka Kurumu, 2015, s. 34-35.

⁶⁵⁶ **Y.H.G.K., 05.10.2012, 11-154/659**. Ayrıca bkz. **Marka İnceleme Kılavuzu**, 2019, s. 192.

⁶⁵⁷ **Suluk / Karasu / Nal**, s. 176-177.

⁶⁵⁸ **Bainbridge**, s. 623; **Colston / Galloway**, s. 658; **Davis / Padfield**, s. 221; **Bently / Sherman**, s. 906; **Arkan, Cilt I**, s. 77; **Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek**, Cilt I, s. 228; **Küçükali**, s. 101. Ayrıca bkz. **Y. 11. H.D., 12.03.2012, 2084/3641**.

⁶⁵⁹ **Kaya**, s. 87, **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 48; **Çolak**, s. 137; **İmirlioğlu**, s. 145; **Memişoğlu**, s. 501; **Y. 11. H.D., 21.02.2010, 9084/617**.

kullanılması arasında kalınırsa, ortada aynı gibi algılanma durumu bulunmayacağından markanın benzerinin kullanıldığı kabul edilmeli ve karıştırılma ihtimali araştırılmalıdır⁶⁶⁰.

cc. Aynı Mal veya Hizmet

İktibas suretiyle marka hakkına tecavüzden bahsedebilmek için, başkasının hak sahibi olduğu tescilli bir markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin tescil kapsamına giren *aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak* kullanılması gerekir⁶⁶¹.

SMK'nın 11'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, başvuruya konu mal veya hizmetler 12.07.1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşmasına göre sınıflandırılır⁶⁶². Nice Anlaşması ve buna ilişkin TPMK'nın 2016/2 sayılı Tebliği'nde toplam 45 sınıf bulunmaktadır. Bu sınıflardan 34'ü mal (emtia) sınıfı ve 11'i ise hizmet sınıfıdır. Bu sınıflar genel olarak birbirleriyle çeşitli açılardan ilişkili (kullanım amacı, kullanım alanı, hammadde vb.) malların veya hizmetlerin aynı sınıf altında toplanmaya çalışması sonucu oluşturulmuştur⁶⁶³.

Tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerin tespiti, markayı oluşturan işaret açısından yapılacak değerlendirmeye göre daha kolaydır. Nitekim boyanın aynısı boya, soğutucunun aynısı soğutucu ve tercüme hizmetlerinin aynısı tercüme hizmetleridir⁶⁶⁴.

Aynı mal veya hizmetin belirlenmesinde sorun, tescil başvurusunda mal ve hizmetlerin aynı şekilde ifade edilmemiş olması halinde ortaya çıkmaktadır⁶⁶⁵. SMK'nın 9'uncu

⁶⁶⁰ Cengiz, s. 11; Başbüyük, s. 102.

⁶⁶¹ Harms, 2018, s. 29; Colston / Galloway, s. 658; Bainbridge, s. 622; Bently / Sherman, s. 903; Kur / Senftleben, s. 217.

⁶⁶² SMK'nın 5'inci maddesinin (ç) bendine göre, marka başvuru formunda Marka başvurusuna konu malların veya hizmetlerin Nis Anlaşmasına göre sınıf numaraları ve bu numaralara uygun olarak düzenlenmiş listesinin bulunması zorunludur.

⁶⁶³ Ünsal, s. 9.

⁶⁶⁴ Örneğin Lc Waikiki Mağazacılık Hizmetleri Ticaret Anonim Şirketi'ne ait olan  markası, 25'inci sınıfta “Koruyucu amaçlı olanlar hariç her türlü malzemedan yapılmış iç-dış giysiler, çoraplar, fularlar, şallar, bandanalar, eşarplar, kemerler. Ayak giysileri: ayakkabılar, terlikler, sandaletler. Baş giysileri: şapkalar, kasketler, bereler, takkeler, kepler” için tescil edilmiştir. Dolayısıyla markanın hak sahibi dışındaki bir kimse tarafından yetkisiz olarak kazak üzerinde kullanılması iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna vücut verecektir.

⁶⁶⁵ Bir mal veya hizmetin birden fazla isminin bulunması, yabancı dil kullanılması bu duruma yol açabilir. Detaylı bilgi için bkz. Pash, Ürün Benzerliği, s. 50.

maddesinin 2’nci fıkrasına göre tescili talep edilen mal veya hizmetlerin Nis Anlaşmasına göre sınıflara ayrılmış olarak ve mal veya hizmetlerin sınıf numaraları belirtilerek sunulması gerekir. Eğer mal veya hizmet listesinde genel tabir veya TPMK tarafından açıklanması gerekli görülen ifadeler kullanılmış ise, bunların açıklanması için başvuru sahibine iki aylık süre verilir. Açıklamanın belirtilen süre içinde TPMK’ya sunulmaması halinde, açıklanması talep edilen genel tabirler ve ifadeler listeden çıkartılır (SMKY m. 9/3). Keza başvuruda Nice sınıflandırmasında kullanılan genel ifadeleri de içeren genel terimlerin kullanılması halinde, kullanılan ifade veya terim, bunların lafzi anlamının açıkça kapsadığı mal ve hizmetleri içerecek şekilde yorumlanır (SMKY m. 9/4). Bu itibarla aynı mal veya hizmet farklı şekilde ifade edilmiş olabilir. Başka bir anlatımla, birebir aynı ifadeleri içermeyen mal veya hizmetlerin aynı olması mümkündür⁶⁶⁶. Örneğin başvuruya konu mal olarak “selpak” gösterilmiş olabilir. Ancak selpak esasında kâğıt peçetedir ve 16’ncı sınıfta yer almaktadır. Böyle bir durumda karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı olduğunun tespit edilmesi yeterli olup ayrıca bunların ifade ediliş tarzlarının da aynı olması aranmamaktadır⁶⁶⁷. Keza farklı mal veya hizmetin aynı şekilde ifade edilmesi de doğrudan mal veya hizmetin aynı olduğu sonucunu doğurmamaktadır⁶⁶⁸. Örneğin “makaslar” hem 6’ncı sınıfta hem de 8’inci sınıfta yer alan bir mal türüdür. Ancak 6’ncı sınıfta raylarla ilgili makas, 8’inci sınıfta ise günlük kullanılan makas kastedilmektedir.

Markanın tescilli olduğu mal ve hizmet listesinde, “*özellikle*”, “*yani*” (“*in particular*”, “*namely*”) gibi içerikle ilgili kapsamı açıklayıcı, özelleştirici ifadeler var ise bunlar mal veya hizmet aynılığının tespitinde dikkate alınmaktadır⁶⁶⁹. Örneğin, “Oyuncaklar, özellikle model uçak biçimindeki oyuncaklar” ifadesinin tüm oyuncakları kapsadığı değerlendirilir. Fakat “Elektronik cihazlar, yani taşınabilir müzik çalarlar” ifadesinin tüm elektronik cihazları kapsadığı değerlendirilmez⁶⁷⁰.

Karşılaştırma konusu mal veya hizmetlerin ortak alanlarının bulunması halinde mal veya hizmetlerin aynı olması mümkündür. Örneğin kadınlar için açık/dış alanlarda giyim eşyaları ile deriden yapılmış giyim eşyalarının ortak kümesi bulunmaktadır. Bu halde kadınlar

⁶⁶⁶ **Guidelines For Examination of European Union Trade Marks**, European Union Intellectual Property Office (EUIPO), Edition 2020, Part C: Opposition, Section 2: Double identity and likelihood of confusion, s. 749.

⁶⁶⁷ **Pash**, Ürün Benzerliği, s. 51.

⁶⁶⁸ **Guidelines For Examination of European Union Trade Marks**, s. 749.

⁶⁶⁹ **Guidelines For Examination of European Union Trade Marks**, s. 751.

⁶⁷⁰ **Marka İnceleme Kılavuzu**, 2019, s. 220.

için açık/dış alanlarda giyim eşyaları üzerinde tescilli olan markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin haksız bir şekilde deriden yapılmış giyim eşyası üzerinde kullanılması halinde iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz vuku bulabilir⁶⁷¹.

SMK'nın 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (ç) bendi ile 12'nci maddesinin 6'ncı maddesinde⁶⁷², aynı ve benzer mal veya hizmetlerin yanında bir de bunların “*aynı tür*” olmalarından bahsedilmektedir.

Aynı tür, mal veya hizmetin aynı ile benzer olması arasındaki bir statüdür ve karşılaştırmalı hukukta bir karşılığı bulunmamaktadır. Gerçekten bir mal veya hizmet ya aynıdır ya benzerdir ya da farklıdır. Ancak pratik ihtiyaçlar sebebiyle ülkemiz mevzuatında “*aynı tür*” mal veya hizmet kavramına yer verilmiştir.

Aynı tür mal veya hizmette ayniyete yakın bir durum vardır ve belirlenmesinde esas ölçüt sınıf sistemidir⁶⁷³. Nitekim TPMK'nın 2016/2 sayılı Tebliği'nin 3'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında aynı tür malın veya hizmetin tespitinde, tebliğin ekindeki listede yer alan grupların esas alınacağı belirtilmektedir. Ancak aynı hükme göre TPMK, marka tescil başvurularının veya itirazların incelenmesi aşamalarında bu grupları, aynı tür malın veya hizmetin tespitinde daha dar veya farklı mal veya hizmet gruplarını da içerecek şekilde daha geniş kapsamda değerlendirebilir. Bu itibarla TPMK'nın takdir hakkı saklı kalmak üzere örneğin 9'uncu sınıfta yer alan “*gözlükler*” ile “*lensler*”; 12'nci sınıfın aynı alt başlığında yer alan “*bebek arabaları*” ile “*puset*”; “*trenler*” ile “*tramvaylar*” aynı tür ürün sayılabilir.

Hukukumuzda aynı tür kavramı, marka tescilinde mutlak ret sebepleri ve rüçhan hakkı bağlamında hüküm altına alınmıştır ve bu iki konu bakımından özellik arz etmektedir. Ancak hükümsüzlük ve marka hakkına tecavüz bakımından mal veya hizmetlerin aynı tür veya benzer olmasına aynı sonuç bağlanmıştır⁶⁷⁴. Bu itibarla markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin *aynı tür mal veya hizmetlerde kullanılması* iktibas suretiyle marka hakkına tecavüze sebebiyet vermeyecektir. Örneğin bir marka 25'inci sınıfta “*koruyucu amaçlı olanlar hariç her türlü malzemedен yapılmış iç-dış giysiler*” başlığı altında sadece gömlek emtiası için tescil edilmiş ve marka ile aynı olan mütecaviz işaret pantolon üzerinde kullanılmış olsun: Bu

⁶⁷¹ Pash, Ürün Benzerliği, s. 55; Guidelines For Examination of European Union Trade Marks, s. 752.

⁶⁷² SMK'nın 5'inci maddesinde “*marka tescilinde mutlak ret sebepleri*”, 12'nci maddesinde “*rüçhan hakkı ve etkisi*” düzenlenmiştir.

⁶⁷³ Kaya, s. 89; Suluk / Karasu / Nal, s. 178; Pash, Ürün Benzerliği, s. 56.

⁶⁷⁴ Karan / Kılıç, s. 83; Pash, Ürün Benzerliği, s. 58.

halde mütecaviz işaret aynı tür mal üzerinde kullanıldığından somut olayda iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz bulunmamaktadır⁶⁷⁵.

Mal veya hizmet ayniyeti bağlamında üzerinde durulması gereken diğer bir husus taklit (sahte - korsan) mal kavramıdır. Nitekim iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzden bahsedebilmek için tecavüze konu marka sahibince üretilen malın klonlanmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır⁶⁷⁶.

Taklit mal, tescil edildiği mallar açısından geçerli olan bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzeri olan bir işaretin, izinsiz şekilde mal veya ambalaj üzerinde kullanımı ile ortaya çıkan malları ifade eden bir kavramdır⁶⁷⁷. Anlaşılacağı üzere taklit mal, markanın üzerinde bulunduğu malın taklit edilmesidir⁶⁷⁸.

Gümrük Yönetmeliği'ne göre “sahte eşya”, “ambalajı da dahil olmak üzere, yetkisiz olarak hak sahibinin aynı tip eşya için geçerli tescilli markası ile aynı ticari markayı veya esas yönleri itibariyle bu ticari markadan ayırt edilemeyen bir ticari markayı taşıyan ve bu yolla fikri ve sınai hakların korunması mevzuatına göre güvence altına alınan hakkı ihlal eder nitelikteki eşyayı” ifade etmektedir. Ayrıca Gümrük Yönetmeliği'ne göre sahte eşyayla birlikte veya ayrı olarak gümrüğe sunulan logo, etiket, stiker, broşür, kullanım kılavuzu, garanti belgesi gibi her türlü marka simgesi ile sahte eşyadan ayrı olarak gümrüğe sunulan, sahte eşyanın markalarını taşıyan ambalaj malzemeleri de sahte eşya sayılır (Gümrük Yönetmeliği m. 100/1-c).

TRIPS'in 51'inci maddesinin uhdesinde bulunan 14'üncü dipnotta taklit markalı malların tanımı yapılmıştır⁶⁷⁹. Hükmün Resmî Gazete'de yayımlanan çevirisine göre “sahte markalı mallar” ile “bu mallar için geçerli olarak tescil edilmiş bir markaya benzer veya esas

⁶⁷⁵ **Ünsal, Önder Erol**, Markaların Tescili Konusunda Uluslararası Nis ve Viyana Sınıflandırmaları: Amaç, İşleyiş ve Uygulamaya İlişkin Değerlendirmeler, Türk Patent Enstitüsü (Türk Patent ve Marka Kurumu), Uzmanlık Tezi, 2001, s. 63.

⁶⁷⁶ **Harms**, 2012, s. 508.

⁶⁷⁷ **Bozgeyik**, s. 61; **Arıkan, Ayşe Saadet**, Fikri ve Sınai Haklar Kapsamındaki Taklit ve Korsan Malların Gümrüklerde Geçici Olarak Durdurulması, Marmara Üniversitesi, Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2, 1995/1996, s. 144; **Tüzün, Işıl**, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Çerçevesinde Marka, Taklit Marka ve Taklit Mal Kavramları, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi Cilt 3, No 1, 2011, s. 16.

⁶⁷⁸ **Pekdiñer**, Tazminat Talepleri, s. 472. Ayrıca bkz. **Pekdiñer, Tamer / Tüzün, Işıl**, Taklit Marka ve Gümrüklerde El Koyma, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, Editör: Tekin Memiş, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 487.

⁶⁷⁹ **Harms**, 2018, s. 144; **Busche / Stoll / Wiebe**, s. 666; **Ruse-Khan**, From Trips to ACTA, s. 5.

unsurları ile bu markadan ayırdedilemeyen bir markayı izinsiz olarak taşıyan ve bu nedenle ithalat yapılan ülkenin yasaları kapsamında söz konusu markanın sahibinin haklarını ihlal eden mallar ve bu malların ambalajları” kastedilmektedir^{680, 681}. Ancak kanaatimizce TRIPS’in orijinal metninde sahte markalı mallar ile daha dar bir alan ifade edilmiştir. Nitekim orijinal metinde markanın aynının (*identical*) veya esaslı yönler itibariyle bu markadan ayırdedilemeyen (*substantially identical – fairly indistinguishable*) kullanılmasından bahsedilmektedirken, resmi çeviride markanın benzerinden söz edilmiştir⁶⁸².

Marka taklidi genellikle mal veya hizmetin taklidi ile birlikte gerçekleşir. Ancak malın taklit edilmesi marka taklidinin zorunlu bir unsuru olmayıp marka taklidini kolaylaştıran bir usuldür⁶⁸³. Bu itibarla iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzün gerçekleşebilmesi için markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması (taklit marka kullanılan mal) gerekmekte olup, malın taklit edilmesi (klonlanması) hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta aranmamaktadır. Ayrıca markanın taklit edildiği hallerde, malın taklidinin aslına benzerlik derecesi veya nitelik olarak bundan daha iyi veya kaliteli olup olmaması yahut aynı şekilde üretilip üretilmemesi fiilin hukuka aykırılığını ve suç vasfını ortadan kaldırmaz⁶⁸⁴.

Öte yandan bazı yargı kararlarında, marka hakkına tecavüz edilip edilmediği bağlamında suça konu malların taklit olup olmadığı hususunda karşılaştırma yapılabilmesi için müşteki tarafından orijinal ürünlerin sunulmasının istendiği görülmektedir⁶⁸⁵. Kanaatimizce markanın taklit olduğunun anlaşılabilmesi halinde, malın taklit olması markanın da taklit olduğunu ispatlayacağından, orijinal ürünlerin sunulması müştekiden istenebilir. Eğer işaretin

⁶⁸⁰ R.G., 25.02.1995, 22213.

⁶⁸¹ ACTA’da tanımlanan taklit markalı mallar için bkz. **Quinn**, s. 7; **Blakeney**, ACTA, s. 206.

⁶⁸² Krş. **Çolak**, s. 469; **Bozgeyik**, s. 62.

⁶⁸³ **Harms**, 2018, s. 146; **Kaya**, s. 269; **Bozgeyik**, s. 61.

⁶⁸⁴ **Bozgeyik**, s. 61-62; **Pekdiğer** / **Tüzün**, s. 486.

⁶⁸⁵ “Türk Patent Enstitüsünden suça konu katılan Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü’ne ait marka tescil belgelerinin onaylı suretleri getirtilip katılan firmadan temin edilecek orijinal ürünler ile ele geçirilen ürünlerin karşılaştırılması suretiyle marka hakkının ihlal edilip edilmediği konusunda uzman bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi” (**Konya B.A.M. 5. C.D., 04.02.2020, 3276/301**); “Katılan firmadan temin edilecek orijinal ürünler ve suça konu ürünlerin karşılaştırılması suretiyle marka hakkının ihlal edilip edilmediği konusunda uzman bilirkişi incelemesi yaptırılarak, dava konusu ürünlerde kullanıldığı iddia olunan marka ve logolar ile orijinal ürünlerde yer alan marka ve logoların karşılaştırılabilmesi için örnekleri veya resimlerinin de kanun yolu denetimlerine olanak verecek şekilde dosyaya eklenmesinin ardından sanığın hukuki durumunun taktiri gerekirken” (**İzmir B.A.M. 16. C.D., 18.10.2019, 2998/3119**).

taklit olduğu anlaşılabiliriyorsa, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin dosyada bulunması yeterlidir.

4. İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz

a. Genel Açıklamalar

İltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, marka suçlarının ve hatta marka hukukunun en temel, karmaşık ve tartışmalı konulardan biridir. SMK'nın 30'uncu maddesine 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinden kalan ancak her iki düzenlemede de tanımı bulunmayan iltibas⁶⁸⁶, esasında marka hukuku öğretisinde iktibas gibi eskiye dayalı kullanımı olan bir kavramdır⁶⁸⁷.

Arapça kökenli olan iltibas, kelime olarak “*andırışma*”⁶⁸⁸; “*iki veya daha çok şeyin – biri öteki sanılacak surette – birbirine benzemesi*”⁶⁸⁹, “*karıştırılma; karışıklık*”⁶⁹⁰ anlamlarına gelmektedir.

İltibas suretiyle marka hakkına tecavüz en genel ifade ile başkasının hak sahibi olduğu bir markanın *tüketicilerin karıştırmalarına sebep olacak surette benzerinin kullanılması*⁶⁹¹. Bilindiği üzere marka tescilinde ise iki önemli unsur bulunmaktadır. Bunların ilki marka olabilecek işaret; ikincisi ise mal veya hizmetlerdir. Zira markanın işaret anlamında belirliliği ne kadar önemli ise bu işaretin yöneldiği mal veya hizmetlerin de aynı kesinlikte olması zaruridir. Bu itibarla iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün varlığı, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzde olduğu gibi marka ve markanın ilişkili olduğu mal veya hizmet üzerinden değerlendirilmektedir⁶⁹².

Günümüzde mevzuatta, doktrinde ve uygulamada iltibas yerine karıştırılma ihtimali kavramının tercih edildiği görülmektedir. Gerçekten hâkim görüşe göre iltibas ile karıştırılma

⁶⁸⁶ Çağlar, Önemli Yenilikler, s. 150.

⁶⁸⁷ Cengiz, s. 6; Kaya, s. 265; Özeroğlu, s. 86; Çetintürk, s. 227.

⁶⁸⁸ www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.12.2019.

⁶⁸⁹ Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 34. Baskı, Aydın Kitapevi, Ankara 2020, s. 495.

⁶⁹⁰ sozluk.adalet.gov.tr/iltibâs, Erişim Tarihi: 25.12.2019.

⁶⁹¹ Donay / Erman, s. 54; Cengiz, s. 7; Küçükali, s. 23; Özmen, s. 79.

⁶⁹² Kaya, s. 265; Nuhoğlu, s. 430; Yenidünya / İçer, s. 99; Başbüyük, s. 99; Bayrak, s. 142; Kaynak, Fikri Mülkiyet, s. 314; Özmen, s. 75; Kart, s. 130. Aksi görüş için bkz. Çetintürk, s. 581.

ihhtimali aynı anlama gelmektedir⁶⁹³. Ancak başka bir görüşte karıştırılma ihtimalinin iltibastan daha geniş bir alanı ifade ettiğı de belirtilmektedir⁶⁹⁴. Buna göre karıştırılma ihtimali, iltibas ile ilişkilendirilme ihtimalinden (*bağlantı kurma ihtimali – likelihood of association*) oluşmaktadır⁶⁹⁵.

Benzerliğin marka hakkına tecavüze yol açmasının temelinde yer alan ve normatif bir kavram olan⁶⁹⁶ iltibas kanaatimizce karıştırılma ihtimali ile eş anlamlıdır⁶⁹⁷. Nitekim SMK'nın 30'uncu maddesinin gerekçesinde *iltibas ile karıştırılma ihtimalinin (likelihood of confusion)*⁶⁹⁸ kastedildiğı ifade edilmiştir^{699, 700}. Keza yargı kararlarında da iltibas ile karıştırılma ihtimali kavramları birbirlerinin yerine kullanılmaktadır⁷⁰¹.

⁶⁹³ **Donay / Erman**, s. 54; **Arkan, Sabih**, İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, 1999, s. 5; **Kaya**, s. 265; **Küçükali**, s. 24; **İmirlioğlu**, s. 161; **Başbüyük**, s. 115-116; **Çetintürk**, s. 517. Krş. **Tekinalp**, s. 436.

⁶⁹⁴ **Tekinalp**, s. 436; **Çolak**, s. 198; **Mintaş**, s. 89; **Aydın**, Sınai Mülkiyet, s. 93.

⁶⁹⁵ İhtihatlara dayalı olarak karıştırılma ihtimali kavramı, markalar arasında ilişkilendirilme ihtimalini de içerecek şekilde yorumlanarak genişletilmiştir. Bu yöndeki ilk gelişme Benelüks marka hukuku sisteminde ortaya çıkmıştır. Bkz. **Cornish / Llewelyn / Aplin**, s. 787.

⁶⁹⁶ **Fezer**, s. 937; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 67.

⁶⁹⁷ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet bölümünün 57'nci maddesinin 5'inci fıkrasında iltibas kavramı kullanılmıştır. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin bölümünün 55'inci maddesinin (a) bendinin 5'inci alt bendinde iltibas yerine "karıştırılma" kavramı kullanılmıştır. Madde gerekçesinde, "*Bu bent karıştırılmayı, yani 6762 sayılı Kanunun 57 nci maddesinin (5) numaralı bendinde kullanılan terimle iltibası düzenlemektedir. (4) numaralı alt bendin ilkeleri ve amacı, 6762 sayılı Kanunun 57 nci maddesinin (5) numaralı bendi ile özdeş olmasına rağmen lafızda farklıdır. Ancak, bu değişiklik 6762 sayılı Kanundaki hükmün öğreti ve mahkeme kararlarındaki birikiminin feda edilmesi, uygulanamaz kabul edilmesi anlamını taşımamaktadır. Çünkü, karıştırılma (iltibas) kavramı, pozitif hukuklar üstü anlamı ve işlevi ile varlığını sürdürmektedir. MarkKHK "iltibas" yerine "karıştırılma"yı kullandığı ve bu terim öğreti ve içtihatlarda yerleşmeye başladığı için, burada da aynı terim tercih edilmiştir. Bu sebeple bentte basit ancak kapsamı geniş bir ifadeye yer verilmiştir. "Karıştırılma", yanıltmayı, kandırmayı, yanlış algılatırmayı da kapsar*" denilmektedir. Bkz. **Kaya, Mustafa İsmail / Küçükaydın, Halil Doğan**, Türk Ticaret Kanunu, Gerekçeli – Karşılaştırmalı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 71.

⁶⁹⁸ **Harms**, 2018, s. 29; **Sumpter**, s. 195; **Norman**, s. 385; **Colston / Galloway**, s. 661; **Kirkpatrick, Richard L.**, Likelihood of Confusion in Trademark Law, Second Edition, Practising Law Institute, 2016, § 1:4.5.

⁶⁹⁹ **Pekdinçer / Giray / Baş**, s. 162.

⁷⁰⁰ Marka hukukunda karıştırılma ihtimali, nispi ret sebepleri, marka tescilinden doğan hakların kapsamı ile marka hakkına tecavüz hükümleri bağlamında karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca bazı haksız rekabet fiillerinde de karıştırılma ihtimalinin gerçekleşmesi aranmıştır. Bkz. **Kirkpatrick**, § 1:1.

⁷⁰¹ "*Bu nedenle poşetlerin katılana ait ürün ambalajı ile karıştırılma (iltibas) olasılığının da bulunmadığı anlaşılacakla, suçun unsurları oluşmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi*" (Y. 19 C.D., 26.04.2016, 1185/16362); "*Sanığın katılan adına tescilli "simit sarayı" ibareli markasıyla karıştırılması olasılığı ile iltibasa yol açar şekilde kullanım olduğu, sanığın katılan adına tescilli markanın başına rağbet ismini ekleyerek kullanması eyleminin tüketiciler nezdinde taraf markalarının aynı ya da bağlantılı olduğu intibayı uyandıracak nitelikte olduğu ve sanığın 556 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 61-A maddesi kapsamında belirtilen markaya tecavüz suçunu oluşturduğu*" (Ankara B.A.M., 28.09.2017, 2045/2856).

İltibasın yahut karıştırılma ihtimalinin muhtevası marka hukukunun içtihatlarla dayalı bir şekilde sürekli gelişmesine bağlı olarak zamanla değişmiştir. Buna bağlı olarak doktrinde karıştırılma ihtimalinin doğrudan (klasik anlamda) karıştırılma ihtimali, dolaylı karıştırılma ihtimali ve geniş anlamda karıştırılma ihtimali olmak üzere üç türünün bulunduğu kabul edilmektedir^{702, 703}.

Doğrudan karıştırılma ihtimalinde tüketiciler, marka ile işaret benzerliği sebebiyle *marka ve işareti karıştırmakta* ve malların veya hizmetlerin *aynı işletmeden kaynaklandığı* yanılgısına kapılmaktadır⁷⁰⁴. Doğrudan karıştırılma ihtimali, tüketicinin hem işaretler hem de işletmeler konusunda yanılgı tehlikesini kapsamaktadır⁷⁰⁵. Markanın tüketicinin zihninde bıraktığı görsel, işitsel veya kavramsal izlenim doğrudan karıştırılma ihtimaline sebep olmaktadır.

Dolaylı karıştırılma ihtimali ise tüketiciler, *marka ile işareti ayırt etmekte* ancak marka ve işaret arasındaki benzerlik sebebiyle mal veya hizmetlerin *aynı işletmeden kaynaklandığı* hatasına düşmektedir⁷⁰⁶. Burada tüketiciler marka ile işareti ilişkilendirmekte ve bunları taşıyan mal veya hizmetin aynı işletmeden geldiğini düşünmektedir⁷⁰⁷.

Geniş anlamda karıştırılma ihtimalinde ise tüketiciler, *marka ile işareti ayırt etmekte* ancak marka ile işareti ilişkilendirerek malların veya hizmetlerin *aralarında ekonomik bağlantı ya da sıkı örgütsel ilişki bulunan işletmelerden geldiğini* kabul etmektedir⁷⁰⁸.

⁷⁰² Fezer, s. 952; Dirikkan, Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 164-166; Küçükali, s. 66 vd.; Mintaş, s. 86-87.

⁷⁰³ Doktrinde bazı yazarlar karıştırılma ihtimalini doğrudan karıştırılma ihtimali ve dolaylı karıştırılma ihtimali olarak ikiye ayırmaktadır. Bkz. Çolak, s. 199; Çağlar, Marka Hukuku, s. 68; Epçeli, s. 1; Fıncioğulları, Feray, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Karıştırılma İhtimali, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 13, Sayı 145, Eylül 2018, s. 146. Ancak bizim dolaylı karıştırılma ihtimali olarak ifade ettiğimiz, tüketicilerin marka ile işareti ayırt etmesi ancak marka ve işaret arasındaki benzerlik sebebiyle mal veya hizmetlerin aynı işletmeden kaynaklandığı düşünmesi halini Çağlar, doğrudan karıştırılma ihtimali, Çolak ve Fıncioğulları ise geniş anlamda karıştırılma ihtimali ile eş tutmaktadır. Bkz. Çağlar, Marka Hukuku, s. 68; Çolak, s. 199; Fıncioğulları, s. 146.

⁷⁰⁴ Cornish / Llewelyn / Aplin, s. 785-786; Harms, 2018, s. 38; Bainbridge, s. 625-626; Bently / Sherman, s. 904; Çağlar, Marka Hukuku, s. 67-68; Çolak, s. 199; Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 94; Epçeli, s.1; Küçükali, s. 66-69.

⁷⁰⁵ Dirikkan, s. 165; Küçükali, s. 66.

⁷⁰⁶ Küçükali, s. 67; Mintaş, s. 87.

⁷⁰⁷ Dirikkan, s. 178.

⁷⁰⁸ Çağlar, Marka Hukuku, s. 67-68; Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 97; Epçeli, s.1-2; Krş. Çolak, s. 199; Küçükali, s. 66-69.

Geniş anlamda karıştırılma ihtimalinde iltibasın kapsamı genişlemiştir⁷⁰⁹. Burada tüketiciler hem marka ile işareti hem de işletmeleri ayırt etmekte ancak bunları bir şekilde ilişkilendirmektedir⁷¹⁰.

Doğrudan karıştırılma ihtimalinin marka hakkını yeterince koruyamadığı düşüncesi, önce dolaylı karıştırılma ihtimalinin, nihayetinde geniş anlamda karıştırılma ihtimalinin doğmasına vesile olmuştur⁷¹¹. Böylece karıştırılma ihtimalinin kapsamı giderek genişlemiş ve ilişkilendirilme ihtimali kapsama alınmıştır. Bu doğrultuda mevzuatımızda da gerekli değişiklikler yapılmıştır.

551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47'nci maddesinin (b) bendinde⁷¹², başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibariyle *ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu suretle iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanan* kimse o markanın benzerini kullanmış sayılmaktaydı. Burada eğer müşteri zihninde malların aynı işletmeden geldikleri düşüncesi doğuyorsa iltibasa sebebiyet verecek bir durumun mevcut olduğu kabul edilmekteydi⁷¹³. Öte yandan 551 sayılı Markalar Kanunu'nun "*Hakkın Şümülü*" başlıklı 17'nci maddesinde, "*Markanın tescili yukarıdaki maddede yazılı himaye süresi içinde, marka sahibine, kanunun birinci maddesinde yazılı maksat ve tarzda kullanmak şartıyla ve sicilde gösterilen emtiaya müteallik olmak kaydıyla, markasından faydalanma hakkı verir*" denilmek suretiyle marka hakkının himayesinin sicilde gösterilen emtia ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir⁷¹⁴, ⁷¹⁵. Bu itibarla markanın benzerinin sicilde gösterilmeyen emtia üzerinde kullanılması marka hakkına tecavüz teşkil etmemektedir. Dolayısıyla 551 sayılı Markalar Kanunu döneminde iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün, benzer işaretin aynı emtia

⁷⁰⁹ **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 68; **Roncaglia, Pier Luigi / Sironi, Giulio Enrico**, Trademark Functions and Protected Interests in the Decisions of the European Court of Justice, TMR, Volume 101, 2011, s. 157.

⁷¹⁰ **Kaya**, s. 266. Doktrinde *Tekinalp*, işaretler arasında benzerlik olmasa, hatta genel görünüş itibariyle ayniyet veya benzerlik bulunmasa dahi, karıştırılma ihtimalinin mevcudiyeti için halkın herhangi bir şekilde bağlantı kurmasını yeterli görmektedir. Başka bir anlatımla *Tekinalp*, işaret ile marka arasında klasik ölçülere göre benzerlik olmasa dahi ikisi arasında bağlantı olduğu ihtimali varsa bunun da karıştırılmaya dahil olduğunu ve dolayısıyla benzerliğin bulunduğunu belirtmektedir. Bkz. **Tekinalp**, s. 437-442. Ayrıca bkz. **Y.H.G.K.**, **25.02.2015, 11-1521/852**.

⁷¹¹ **Pila / Torremans**, s. 390-391; **Dirikkan**, s. 166.

⁷¹² 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 51'inci maddesinde markanın aynını ve benzerini kullanmak suç olarak kabul edilmiş ve bu kavramlar 47'nci maddede açıklanmıştır. Bu yönüyle kanaatimizce 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 556 sayılı KHK ve SMK'dan daha uygun şekilde hazırlanmıştır.

⁷¹³ **Öçal**, Markaların Himayesi, s. 119.

⁷¹⁴ **Karayalçın**, s. 425; **Öçal**, Markaların Himayesi, s. 51; **Cengiz**, s. 74. Aksi görüş için bkz. **Donay / Erman**, s. 56.

⁷¹⁵ Alâmet-i Fârika Nizamnamesi'nde de marka hakkının himayesi kural olarak aynı cins mallarla sınırlandırılmıştır. Bkz. **Hirsch**, Ticaret Hukuku, s. 157. Krş. **Öçal**, Markaların Himayesi, s. 45-46.

üzerinde kullanılması sebebiyle müşteri zihninde malların aynı işletmeden geldiği düşüncesinin oluşması halinde gerçekleştiği kabul edilmekteydi.

556 sayılı KHK’da ise iltibas, yerini karıştırılma ihtimali kavramına bırakmış ve 551 sayılı Markalar Kanunu’ndan farklı şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre karıştırılma ihtimali, “*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*” şeklinde formüle edilmiştir (556 sayılı KHK m. 9/1-b). Ancak 2009 tarihli 5833 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesi ile değişik 556 sayılı KHK’nın 61/A maddesi ile marka suçları bağlamında iltibas mevzuatımıza yeniden yerleşmiştir.

SMK’da ise karıştırılma ihtimali, 7’nci maddenin 2’nci fıkrasının (b) bendinde 556 sayılı KHK’da olduğu gibi kaleme alınmıştır. Keza iltibas kavramı da SMK’nın 30’uncu maddesinde marka suçları bağlamında varlığını sürdürmektedir.

Görüldüğü üzere 556 sayılı KHK ve SMK’daki benzerliğe ilişkin düzenleme 551 sayılı Markalar Kanunu’nun iltibasını genişletmiştir. İlk genişleme markanın temsil ettiği mal veya hizmetler ile benzer mal veya hizmetlerin tecavüz kapsamına alınmasıdır. İkinci genişleme, “*ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzerlik*” yerine benzerliğin tecavüze sebebiyet verebilecek olmasıdır. Nihayet son genişleme ise ilişkilendirilme ihtimalinin (*bağlantı kurma ihtimali – likelihood of association*) de marka hakkına tecavüze dahil edilmesidir.

551 sayılı Markalar Kanunu anlamında iltibasta ilgili tüketici, marka ile işareti kullanan işletmelerin aynı olduğu yanılgısına düşmekte yahut düşürülmektedir. Başka bir anlatımla, ilgili tüketici *düşündüğü işletmenin malını aldığı zannederken* iltibas sonucu başka bir işletmenin malını almaktadır. 556 sayılı KHK ve SMK’da ise 551 sayılı Markalar Kanunu’nun iltibasına ek olarak *marka ve işaretin kaynağı arasında ilişki olduğunun düşünülmesi* dahi karıştırılma ihtimaline sebebiyet verebilecek bir durum olarak kabul edilmiştir. Burada tüketiciler marka ve işareti kullanan işletmelerin farklı olduğunu fark etmekte ancak bunların bir şekilde bağlantı içerisinde olduklarını düşünmektedir. Böylece hem 556 sayılı KHK’da hem de SMK’da ve ayrıca uluslararası düzenlemelerde olduğu gibi⁷¹⁶ iltibasın çitası aşağıya çekilmiştir. Bu itibarla, ilişkilendirilme ihtimaliyle birlikte 556 sayılı

⁷¹⁶ Harms, 2018, s. 38; Colston / Galloway, s. 665-666.

KHK'da ve SMK'da doğrudan karıştırılma ihtimalinin yanı sıra dolaylı ve geniş anlamda karıştırılma ihtimalinin de kabul edildiği ifade edilmelidir⁷¹⁷.

Esasında ilişkilendirilme ihtimalinin karıştırılma ihtimali içinde mi yoksa ondan ayrı olarak mı ele alınacağı konusu tartışmalıdır⁷¹⁸. Bir görüşe göre ilişkilendirilme ihtimali ile karıştırılma ihtimali birbirinden ayrı olarak değerlendirilmelidir. Bu görüşün sonucu olarak, ilişkilendirilme ihtimalinin mevcudiyeti halinde karıştırılma ihtimali araştırılmayacaktır. Diğer görüşe göre, ilişkilendirme ihtimali daha geniş bir kavram olan karıştırılma ihtimalinin alt bir kavramıdır. Buna göre ilişkilendirme ihtimali neticesinde karıştırılma ihtimali gerçekleşmezse sorumluluk doğmayacaktır⁷¹⁹. ABAD'a göre, ilişkilendirilme ihtimali, karıştırılma ihtimalinin kapsamını belirlemeye hizmet etmektedir ve ilişkilendirilme ihtimali, karıştırılma ihtimalinden ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilmeyecektir⁷²⁰. Hukukumuzda ise ilişkilendirilme ihtimalinin karıştırılma ihtimalinin kapsamını belirlemeye yardımcı olduğu, ilişkilendirilmenin tek başına karıştırılma ihtimali için yeterli olmadığı ağırlıklı olarak kabul edilmektedir⁷²¹.

İltibas konusunda buraya kadar yapılan açıklamalar temelinde özel hukuk eksenlidir. Gerçekten uluslararası metinlerde ve karşılaştırmalı hukukta iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz genellikle özel hukuka ilişkin bir mesele olarak kabul edilmektedir. Ancak hukukumuzda olduğu gibi iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz istisnai bir şekilde cezai sorumluluğa da sebep olabilmektedir⁷²². Fakat gerek 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinde gerekse SMK'nın 30'uncu maddesinde iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün nasıl vuku bulacağı, sınırlarının ne olduğu açıklanmamış, meselenin çözümü doktrin ve içtihatlarla bırakılmıştır.

b. Değerlendirme

SMK'nın 29'uncu maddesine göre SMK'nın 7'nci maddesinde yer alan fiiller marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir. SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendi ise

⁷¹⁷ Çağlar, Marka Hukuku, s. 68.

⁷¹⁸ Fezer, s. 951; Cornish / Llewelyn / Aplin, s. 787; Arkan, İltibas, s. 5.

⁷¹⁹ Cornish / Llewelyn / Aplin, s. 787.

⁷²⁰ ABAD, Sabel v. Puma Kararı, C-251/95, 11.11.1997.

⁷²¹ Kaya, s. 266-267; Çolak, s. 291; Dirikkan, s. 168-169; İmirlioğlu, s. 166-167. Krş. Tekinalp, s. 437-438.

⁷²² Alman Markalar Kanunu'nun 143'üncü maddesi, suçun unsuru, kanunda tanımlanmış marka hakkının tecavüzüne ilişkin norma bağlamaktadır. Buna göre, Alman Markalar Kanunu'nun 14'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının 2'nci bendinde ilişkilendirme ihtimali dahil karıştırılma ihtimali suç olarak kabul edilmiştir. Bkz. Fezer, s. 2590-2592; Achenbach / Ransiek / Rönnau, s. 1658.

“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” hükmünü içermektedir. Marka hakkının hukuki himayesi bağlamında doktrinde⁷²³ bu fıkranın iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzü tasvir ettiği ve hükümde açıkça “ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali” denilmek suretiyle ilişkilendirilme ihtimalinin karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde dikkate alınacak bir kriter olduğu kabul edilmiştir⁷²⁴. Bununla birlikte, 556 sayılı KHK ile birlikte esasında iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz yerine “tescilli marka ile karıştırılma tehlikesi olan işaretin aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılması”⁷²⁵, “marka ile benzer işaretin kullanılması”⁷²⁶, “tescilli marka ile karıştırılma ihtimali yaratarak marka hakkına tecavüz”⁷²⁷ gibi ifadelerin tercih edildiği de görülmektedir.

SMK’nın 30’uncu maddesinde iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzden bahsedilmekle birlikte bunun ne anlama geldiğinin açıklanmaması cezai himaye bağlamında konuyu tartışmalı hale getirmiştir.

Doktrindeki bir görüşe göre, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (b) bendinde (556 sayılı KHK m. 9/1-b) düzenlenmiş olup⁷²⁸, dolayısıyla bu bent aynı zamanda suçun unsurlarını belirlemektedir.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz tespit edilirken SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (b) bendinden (556 sayılı KHK m. 9/1-b) yararlanılabilir⁷²⁹.

⁷²³ Arkan, İltibas, s. 5; Kaya, s. 265-266; Poroy / Yasaman, 2006, s. 455.

⁷²⁴ Kaya, s. 266-267; Çolak, s. 291; Dirikkan, s. 168-169; İmirlioğlu, s. 166-167. Krş. Tekinalp, s. 437-438.

⁷²⁵ Çağlar, Marka Hukuku, s. 110.

⁷²⁶ Bozgeyik, s. 42.

⁷²⁷ Çolak, s. 471.

⁷²⁸ Özen, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, s. 63; Yenidünya / İçer, s. 75-76; Kaynak, Fikri Mülkiyet, s. 315; Özmen, s. 80; Aslan Düzgün, Ülgen, İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 9, Sayı 36, Ekim 2018, s. 154; Arkan, İltibas, s. 5; Kaya, s. 265-266; Poroy / Yasaman, 2006, s. 455.

⁷²⁹ Başbüyük, s. 116; Arslan / Özdemir, s. 1095;

Çetintürk, SMK'nın 7 ve 29'uncu maddelerinde (556 sayılı KHK m. 9 ve 61) özel hukuk yönünden marka hakkına tecavüz fiillerinin düzenlendiğini, suçun oluşumu bakımından dikkate alınmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir⁷³⁰.

Nihayet *Bayrak* ise SMK'da iki ana benzerlik türünün öngörüldüğünü, bunların ilkinin doğrudan benzerlik (iltibas), ikincisinin ise dolaylı benzerlik (karıştırılma ihtimali) olduğunu, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinden hareket edilmesi halinde hukuki ihtilaf olması gereken zayıf benzerliklerin cezalandırılması neticesinin doğacağını, bu sebeple dolaylı benzerliklerin özel hukuk tedbirleri ile çözümlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁷³¹.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında⁷³² ise iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde (556 sayılı KHK m. 9/1-b) *düzenlendiği*, SMK'nın 30'uncu maddesinde (556 sayılı KHK m. 61/A) yer alan iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun unsurları ve kapsamının belirlenmesinde zikredilen bentten yararlanılması gerektiği belirtilmektedir. Öte yandan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun başka bir kararında⁷³³, *“mülga 556 sayılı KHK'nın 61 inci maddesi ile SMK'nın 29 uncu maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz sayılan fiiller, aynı KHK ve SMK'da düzenlenen hukuk davalarına konu olan haksız fiillerden olup marka hakkına tecavüz suçunun unsurlarını belirlerken doğrudan dikkate alınamazlar. Mülga 556 sayılı KHK'nın 61 inci maddesinin 9 uncu maddeye, SMK'nın 29 uncu maddesinin ise 7 nci maddeye atıf yaparak tecavüz fiillerinin düzenlendiği, 556 sayılı KHK'nın 61/A ve SMK'nın 30 uncu maddelerinin ise marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümlerini düzenlerken anılan maddelere doğrudan atıfta bulunmadığı, bu nedenle marka hakkına tecavüz suçunun unsurlarını mülga 556 sayılı KHK'nın 61/A ve SMK'nın 30 uncu maddelerinin belirleyeceği, yalnızca hangi hâllerin iltibas veya iltibas suretiyle tecavüz sayılacağına tespiti için cezai hükümler dışındaki belirtilen düzenlemelerden yararlanılabileceği kabul edilmelidir”* denilmek suretiyle iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün doğrudan SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde *düzenlenmediği* ancak iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz belirlenirken bu hükümden faydalanılabileceği ifade edilmiştir.

⁷³⁰ *Çetintürk*, s. 501.

⁷³¹ *Bayrak*, s. 152-154.

⁷³² Y.C.G.K., 22.10.2019, 7-369/621.

⁷³³ Y.C.G.K., 02.06.2020, 19-67/253.

Daha önce açıkladığımız üzere, karıştırılma ihtimali kavramı zamanla genişlemiş ve neticesinde bugün özel hukuk bağlamında geniş anlamda karıştırılma ihtimaline değer atfedilmiştir. SMK'nın 30'uncu maddesinde ise iltibas açıklanmamış, madde gerekçesinde iltibas ile karıştırılma ihtimalinin kastedildiği belirtilmiştir. Ancak karıştırılma ihtimalinin farklı türleri olmasına rağmen marka suçları açısından hangisinin benimsendiği madde metninden yahut gerekçesinden anlaşılamamaktadır.

Kanaatimizce SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasından açıkça anlaşılamayan iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun kapsamı daraltıcı yorumla⁷³⁴, suçta ve cezada kanunilik ile ceza hukukunun son çare olması ilkelerinden hareketle belirlenmelidir. Bu itibarla, SMK'nın 30'uncu maddesinde doğrudan karıştırılma ihtimalinin benimsendiğini kabul ederek iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün suç teşkil edebilmesini, tüketicilerin marka ile işaret benzerliği sebebiyle *marka ve işareti karıştırabilmesi* ve malların veya hizmetlerin *aynı işletmeden kaynaklandığı* yanılgısına düşmesine bağlamaktayız. Binaenaleyh, *dolaylı karıştırılma ihtimali* ile *geniş anlamda karıştırılma ihtimalini* (ilişkilendirilme ihtimalini) suç kapsamında görmemekteyiz. Başka bir anlatımla, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz klasik yöntemlerle belirlenmeli, marka ile işaretin yahut işletmelerin ilişkilendirilmesi iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bakımından dikkate alınmamalıdır. Eğer tüketici farklı işaretler ile karşı karşıya olduğunu anlıyorsa, burada ceza hukukunu ilgilendiren bir problemin bulunmadığı kabul edilmelidir.

Öte yandan doğrudan karıştırılma ihtimalinin tespitinde SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinden yararlanılabilir. Nitekim bu fıkra özel hukuk bağlamında doğrudan karıştırılma ihtimalinin yanı sıra dolaylı ve geniş anlamda karıştırılma ihtimalleri de kabul edilmiştir. Ancak doktrin⁷³⁵ ve uygulamada⁷³⁶ marka hakkının cezai himayesi

⁷³⁴ Kanun yapılması sırasında, kanun koyucunun amacı, kanunda yer alan düzenlemeleri, başka bir anlama gelmeyecek şekilde, açık olarak kaleme almaktır. Ancak bazı hallerde, kanun koyucunun ilgili düzenlemeyi kaleme alırken kullandığı kelimeler, ifade edilmeye çalışıldığından çok daha geniş bir anlama gelebilmektedir. Bu şekildeki düzenlemenin yorumlanması sırasında, kanunda yer alan o kelime ile anlaşılması gereken hususu ortaya çıkarabilmek için, kelimenin anlamının daraltılması gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Baytaz**, s. 267; **Tosun, Öztekin**, Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 42, Sayı 1, Ocak 1962, s. 26.

⁷³⁵ **Başbüyük**, s. 115; **Çetintürk**, s. 517; **Kart**, s. 119. Aksi görüş için bkz. **Bayrak**, s. 152-153.

⁷³⁶ “Dosyanın incelenmesinde, katılanın sunmuş olduğu marka tescil belgelerine göre unlu mamuller hizmet emtiası için kullandığı “simit sarayı” ibaresinin patent enstitüsü tarafından marka tescil belgesi tescil edilerek koruma altına alındığı, sanığın işyerinde yapılan 15/06/2015 tarihli fotoğraf tespit tutanağı ve eklerinden sanığa ait işyerinin giriş kısmında çadır güneşliklerde “rağbet simit sarayı” yazısının olduğu yine işyerinin üst katında rağbet simit sarayı yazılarının bulunduğu, birinci katında bulunan güneşliklerde rağbet simit sarayı isimli yazılarının olduğu tespit edilerek tutanak altına alındığı, tespit tarihinde işyerinin faal

bağlamında karıştırılma ihtimali, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde olduğu gibi geniş anlamda kabul edilmekte ve ilişkilendirilme ihtimali cezai müeyyideye tabi kılınmaktadır.

Yapmış olduğumuz değerlendirme ile marka hakkının korunmasının tam olarak sağlanamayacağı ileri sürülebilecek olsa da belirtmek isteriz ki karıştırılma ihtimali uluslararası metinlerde ve karşılaştırmalı hukukta genellikle cezaya müstahak bir fiil olarak görülmemektedir⁷³⁷. Bununla birlikte, kanaatimizce ilişkilendirilme ihtimali, ceza hukukunun istediği belirliliği sağlayabilecek niteliği haiz değildir. Şüphesiz bu kavramın içeriği doktrin ve uygulama ile doldurulabilir⁷³⁸. Fakat dinamik ve ceza hukukunun temel ilkelerini zedeleyebilecek bir kavram olan ilişkilendirilme ihtimalinin suç kapsamında değerlendirilmesi, hem suçta ve cezada kanunilik ilkesini hem de ceza hukukunun son çare olması ilkesini zedelemektedir⁷³⁹.

c. İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüzün Mal veya Hizmet Açısından Kapsamı

Marka hakkının hukuki yahut cezai himayesinde göz önünde tutulan önemli hususlardan biri de mal veya hizmetin türüdür. Nitekim tescilde marka olabilecek işaretin yanında, markanın kullanılacağı mal veya hizmetler de belirtilmektedir. Bunun sebebi

olduğu, sanığın katılan adına tescilli "simit sarayı" ibareli markasıyla karıştırılması olasılığı ile iltibasa yol açar şekilde kullanım olduğu, sanığın katılan adına tescilli markanın başına rağbet ismini ekleyerek kullanması eyleminin tüketiciler nezdinde taraf markalarının aynı ya da bağlantılı olduğu itibain uyandıracak nitelikte olduğu ve sanığın 556 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 61-A maddesi kapsamında belirtilen markaya tecavüz suçunu oluşturduğu tüm dosya kapsamındaki delillerden anlaşılarak oluşan vicdanı kanaat uyarınca sanık hakkında aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur" (Ankara B.A.M., 9. C.D., 28.09.2017, 2045/2856); "Sanık savunması, bilirkişi raporu, marka tescil belgesi ve tüm dosya kapsamı birlikte incelendiğinde; Sanığın yetkilisi olduğu AFRO ... isimli işyerinde, katılan firmaya ait tescilli markasının haksız olarak kullanıldığı, bilirkişi raporuna göre, "Sess" ibareli markanın TPE nezdinde 2013 52487 numarası ile katılan ... Kongre ve Organizasyon Ticaret Limited Şirketi adına tescilli olduğu, sanığın eğlence hizmeti veren işyerine ait tabela ve reklamlarında "Nü Sess" ibaresini "Sess" ibaresi baskın ve öne çıkacak şekilde kullandığı, bu şekilde kullanımda marka olarak ilk göze çarpan ibarenin "Sess" ibaresi olduğu, bu nedenle tüketiciler, müşteriler nezdinde müşterinin markası ile karıştırılma, bu işyeri ile arasında ticari bir ilişki olduğu zannı meydana getirdiği, bu şekilde kullanımın müşterinin 2013 52487 numarası ile tescilli "Sess" ibareli markası ile iltibas yarattığı tespit edildiğinin anlaşılması karşısında, yerel mahkemenin suç nitelendirilmesinde isabetsizlik görülmemiştir" (İstanbul B.A.M., 16. C.D., 16.01.2019, 3159/183).

⁷³⁷ Harms, 2018, s. 144; Bainbridge, s. 659; Jennings, s. 805-806; Blakeney, ACTA, s. 195.

⁷³⁸ Keskin, s. 166.

⁷³⁹ Kur / Senftleben, s. 723-724. Ayrıca bkz. Manta, Irina D., Explaining Criminal Sanctions in Intellectual Property Law, Hofstra University Maurice A. Deane School of Law, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 2019-10, s. 17-18.

markanın belirli bir mala veya hizmete yönelik olması ve bu özelliği ile piyasadaki mal ve hizmetlerin kişiselleşmesini sağlamasıdır.

551 sayılı Markalar Kanunu’nun “*Hakkın Şümülü*” başlıklı 17’nci maddesinde, “*Markanın tescili yukarıdaki maddede yazılı himaye süresi içinde, marka sahibine, kanunun birinci maddesinde yazılı maksat ve tarzda kullanmak şartıyla ve sicilde gösterilen emtiaya müteallik olmak kaydıyla, markasından faydalanma hakkı verir*” denilmek suretiyle marka hakkının himayesinin sicilde gösterilen emtia ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir^{740, 741}. Bu itibarla sicilde gösterilmeyen emtia üzerinde daha önce tescil edilmiş markanın benzerinin kullanılması marka hakkına tecavüz teşkil etmemektedir.

556 sayılı KHK’nın 61/A maddesinde ve devamında SMK’nın 30’uncu maddesinde iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzden bahsedilmekte olup, tecavüzün mal veya hizmetlerle ilişkisine değinilmemiştir. Bu sebeple iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün mal veya hizmet açısından kapsamı tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre, SMK’da yasal tanımı bulunmayan iltibas kavramının mal ve hizmet bakımından bir sınırlama oluşturacak şekilde tanımlanması mümkün değildir. Dolayısıyla iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, sicilde gösterilen mal ve hizmetlerle aynı veya benzer olmayanlar açısından da oluşacaktır⁷⁴². Başka bir anlatımla, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluşabilmesi için markanın benzerinin kullanılması yeterli olup, mal veya hizmet türü yönünden bir değerlendirme yapılması gerekmemektedir⁷⁴³. Aksi bir değerlendirme ise suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlali niteliğini taşımaktadır⁷⁴⁴.

Doktrinde hâkim olan diğer görüşe ve uygulamaya göre ise iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (b) bendinde belirtildiği üzere, “*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*

⁷⁴⁰ Karayalçın, s. 425; Öçal, Markaların Himayesi, s. 51; Cengiz, s. 74. Aksi görüş için bkz. Donay / Erman, s. 56.

⁷⁴¹ Alâmet-i Fârîka Nizamnamesi’nde de marka hakkının himayesi kural olarak aynı cins mallarla sınırlandırılmıştır. Bkz. Hirsch, Ticaret Hukuku, s. 157. Krş. Öçal, Markaların Himayesi, s. 45-46.

⁷⁴² Çetintürk, s. 581. Çetintürk, görüşünün uygulamada ve doktrinde kabul görmediğini ifade etmektedir, bkz. Çetintürk, s. 581.

⁷⁴³ Kanaatimizce marka hakkının cezai himayesi, hukuki himayesinden daha geniş olmamalıdır. Bkz. Bainbridge, s. 660.

⁷⁴⁴ Çetintürk, s. 580.

kullanılması” şeklinde gerçekleşmektedir. Bu itibarla iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluşabilmesi için hem işaret aynılığı veya benzerliği hem de mal veya hizmet aynılığı ya da benzerliği gerekmektedir^{745, 746}.

SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (b) bendinden hareket edildiği takdirde iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu,

- Aynı işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması⁷⁴⁷,

⁷⁴⁵ **Kaya**, s. 265; **Aydın**, Sınai Mülkiyet, s. 90; **Başbüyük**, s. 98; **Nuhoglu**, s. 429; **Önder**, s. 142; **Kaynak**, Fikri Mülkiyet, s. 314; **Özmen**, s. 74-75; **Ensari**, s. 80.

⁷⁴⁶ “556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin marka tescilinden doğan hakların kapsamı başlıklı 9/1-b maddesinde marka sahibinin önlenmesini talep edebileceği fiiller arasında “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” da sayılmış, (benzer düzenlemeye karar tarihinden sonra 10 Ocak 2017 tarih ve 29944 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 7/2-b maddesinde de yer verilmiş) 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 24. maddesinde ise “Markaların kullanılacağı mallar veya hizmetler, markaların tescili amaçları için malların veya hizmetlerin uluslararası sınıflandırmasına ilişkin esaslara göre sınıflandırılır. Sınıflandırma ile ilgili ilkeler yönetmelikte belirtilir.” şeklindeki düzenleme ile markaların tescilinde sınıf sistemi benimsenerek sınıflandırma yöntemine ilişkin düzenlemenin ilgili yönetmelik hükümlerine göre yapılacağı belirtilmiş ve bu mevzuat hükümleri çerçevesinde Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından Nice Anlaşması göz önünde bulundurularak sınıflandırılma tebliği çıkarılmıştır. Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından yapılan sınıflandırmanın esas itibarıyla idari fonksiyonunun bulunduğu, bu tebliğlerin zaman zaman değişiklik gösterebileceği, Türk Dil Kurumu tarafından yazılan Türkçe Sözlükte giysi kavramının “her türlü giyim eşyası” olarak; yelek kavramının ise “ceket altına giyilen kolsuz ve kısa giysi” olarak belirtilmesi karşısında, Katılan adına tescilli 2005 39631 numaralı Ferrari markasının 25. emtia sınıfında (giysiler) tescilli olduğu, emtia listesinde “yelek” emtiası açıkça yazılmamış ise de, giysiler sınıfında tescilli olan marka ile bağlantı kuracak şekilde karıştırılma ihtimali bulunduğu ve suça konu ürünlerin ortalama bir tüketici açısından katılan firma tarafından üretilip satışa arz edilmiş zannedileceği de gözetilerek, sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, yerinde görülmeyen gerekçe ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi” (Y. 19. C.D., 24.01.2019, 8221/882). Yargıtay kararına konu olayda marka, tüm giysi emtiasını kapsayacak şekilde tescil edilmemiş olup, tescile konu giysi çeşitleri yelek emtiası için aynı tür mal niteliğini haizdir. Bkz. **Pash**, Ürün Benzerliği, s. 56-57. Bu sebeple kanaatimizce failin cezalandırılmaması gerekirdi.

⁷⁴⁷ Fıkranın kaleme alınış şekli dikkate alındığında aynı işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması halinin de iltibas suretiyle marka hakkına tecavüze sebebiyet verebileceği anlaşılmaktadır. Aynı işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir ve iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilmemelidir. Bkz. **Keskin**, s. 133-134; **Yasaman / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksel**, Cilt I, s. 396; **Kaya**, s. 135. Ancak uygulamada aynı işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması halinde karıştırılma ihtimalinin saptanabilmesi için mahkemelerin hatalı bir şekilde bilirkişiye başvurduğu görülmektedir. Bkz. “Başlatılan soruşturma kapsamında; 05/02/2018 tarihli kolluk araştırma tutanağında sanığa ait iş yerinde Beşiktaş (BJK) markalı ve logolu ürünlerin sanığın işyerinde bulunduğu tespit üzerine, Bolu Sulh Ceza Hakimliği’nin 2018/721 değişik iş sayılı arama kararına istinaden sanığa ait işyerinde yapılan aramada, işyerinin 1.katı orta tezgâh üzerinde satışa sunulmuş halde 10 adet BJK amblemli üzerinde Beşiktaş yazan püsküllü üçgen bayrak ele geçirildiği anlaşılmıştır. Sanığın işyerinde ele geçirilen ürünler üzerinde bilirkişi incelemesi üzerine düzenlenen raporda özetle; suça konu ürünlerin orijinal olmadığı, orijinal ürünlerin taklidi olduğu, taklit edilen ürünlerin potansiyel ortalama tüketici kitlesi

- Aynı işaretin benzer mal veya hizmetlerde kullanılması,
- Benzer işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması,
- Benzer işaretin benzer mal veya hizmetlerde kullanılması,

neticesinde karıştırılma ihtimalinin doğması halinde gerçekleşir⁷⁴⁸. Burada özellikle benzer mal veya hizmetin tespiti ceza hukuku bağlamında oldukça sorunludur⁷⁴⁹. Gerçekten benzer mal veya hizmetin belirlenmesi hususu doktrinde hak ettiği ölçüde irdelenmemiş, uygulamada ve teoride kriterlerin saptanmasında konuya yönelik özgün koşullar yeterince göz önüne alınmamıştır⁷⁵⁰. Böylesi sorunlu bir benzerlik ilişkisinin ceza hukukuna taşınmasını doğru bulmadığımızı ifade etmek isteriz^{751, 752}.

tarafından orijinal ürünlerle karıştırılabilecek, iltibasa yol açabilecek nitelikte olduğunun belirtildiği görülmüştür” (Sakarya B.A.M., 5. C.D., 15.10.2020, 528/2493); “Müşteki şirkete ait marka ile sanıktan ele geçen alt ve üst eşofmanlar üzerinde yargılamada yapılan inceleme sonucunda alınan bilirkişi raporuna göre incelemesi yapılan ürünlerin tüketicilerin zihninde orijinal Hummel kelime ve şekil markalı ürünler olduğu fikrini oluşturacağı, ürünlerin orijinal olmadığı, taklit olduğu, ürünlerin orijinal ürünlerle karıştırılabilecek, iltibasa yol açabilecek nitelikte olduğu” (Sakarya B.A.M., 5. C.D., 4162/1609, 26.06.2020). Kanaatimizce mahkemelerin bu yola başvurmalarının sebebi SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz ile iltibas suretiyle marka hakkına tecavüze aynı sonucun bağlanması ve iktibasa göre daha geniş olan iltibasın tespitinin yeterli olacağı düşüncesidir.

⁷⁴⁸ “Markaya iltibas suretiyle tecavüz 556 sayılı KHK’nın 9/1-b. maddesinde düzenlenmiştir. Bu anlamda 61/A-1. maddesinde yer alan iltibas suretiyle tecavüz suçunun unsurları ve kapsamının belirlenmesinde 9/1-b maddesinden yararlanılmalıdır. İltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun teşekkülü için öncelikle şu şartların varlığı gerekmektedir. 1- Tecavüz teşkil eden işaretin tescil edilmiş markanın aynısı veya benzeri olması, 2- Mütecavizin kullandığı işaretin, tescil edilmiş markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerin aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanılması, 3- Halk tarafından tecavüz teşkil eden işaretle tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimalinin bulunması aranmaktadır” (Y.C.G.K., 22.10.2019, 7-369/621).

⁷⁴⁹ **Pash**, Ürün Benzerliği, s. 1; **Uzunallı, Sevilay**, Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Tespiti Sorunu, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 678; **Öztek, Selçuk**, 556 sayılı KHK Çerçevesinde Benzer Mal ve Hizmet Kavramı, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Özel Sayı 4, Temmuz 2007, s. 207.

⁷⁵⁰ **Pash**, Ürün Benzerliği, s. 1.

⁷⁵¹ Mal veya Hizmet benzerliğinin tespitinde mahkemelerce bazı kriterler kabul edilmiştir. Bunlar: 1- Kullanım amacı, 2- Kullanıcıların benzerliği, 3- Malların fiziksel görünümünün benzerliği, 4- Perakende malların dağıtım kanalları ve satış şekli, 5- Aynı kaynaktan gelme, 6- İkame edilebilirlik. Zikredilen kriterler somut olaya kesinlik sağlayamamakta, bu kriterlerin uygulanması neticesinde ortaya çıkan sonuca göre mal veya hizmet benzerliği değerlendirilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Pash**, Ürün Benzerliği, s. 73 vd.; **Bainbridge**, s. 626 vd.; **Cornish / Llewelyn / Aplin**, s. 784; **Davis / Padfield**, s. 210-211.

⁷⁵² Doktrinde benzer mal veya hizmetlerin belirlenmesinde sınıf sisteminin esas alınabileceği de ileri sürülmüştür. Ancak marka hukukunda mal veya hizmet sınıfı, tescile yönelik olup, marka hakkına tecavüzde esas ölçü teşkil etmez. Gerçekten SMK’nın 11’inci maddesinin 4’üncü fıkrasının, “Mal veya hizmetlerin aynı sınıflarda yer almaları benzer olduklarına, farklı sınıflarda yer almaları da benzer olmadıklarına karine teşkil etmez” şeklindeki hükmü bu hususu doğrulamaktadır.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere marka hakkının konusu bizatihi markanın müseccel olduğu mal veya hizmette olduğundan⁷⁵³, marka hakkının himayesi de kural olarak markanın müseccel olduğu mal veya hizmettedir⁷⁵⁴. Ancak marka hakkının etkin bir şekilde himaye edilebilmesi için korumanın kapsamının genişletildiği görülmektedir ki SMK’da da marka hakkının hukuki himayesi bakımından bu husus 29’uncu madde ve dolayısıyla 7’nci maddede açıkça kabul edilmiştir. Cezai himaye bakımından marka hakkının korunmasını genişletecek bir norma yer verilmediği için kanaatimizce iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, marka hakkının konusu ile sınırlı olup markanın benzerinin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması halinde gerçekleşecektir. Bu itibarla iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluşabilmesi tescil edilmiş markanın “benzerinin”, “aynı” mal veya hizmetlerde kullanılmasına ve bu durumun *kariştirilme ihtimaline* sebebiyet vermesine bağlıdır.

Öte yandan iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün “*tescilli marka ile benzer olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması*” olarak yorumlanması suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir⁷⁵⁵. Belirtmek gerekir ki SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında “*markanın iltibas*” değil, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz zikredilmektedir. Marka hakkına tecavüzden bahsedebilmek için marka olarak tescil edilmiş olan işaretin yanı sıra mal veya hizmet türünün de değerlendirilmeye alınması zorunludur^{756, 757}. Nitekim SMK’da marka hakkının mutlak olarak korunması⁷⁵⁸ hukuki himaye bakımından dahi öngörülmemiştir. Ayrıca günümüzde bir hukuki değer ile ilişkili olmayan ceza hükmünün var olabileceği kabul edilmemektedir⁷⁵⁹. Bu itibarla SMK ile marka sahibine tanınan hakları aşacak ölçüde iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün tüm mal veya hizmetler üzerinde gerçekleşebileceğini kabul etmek ceza hukuku ile bağdaşmamaktadır.

⁷⁵³ **Kaya**, s. 236; **Pash**, Ürün Benzerliği, s. 14; **Bozgeyik**, s. 17.

⁷⁵⁴ **Pash**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 123; **Çolak**, s. 431; **Uzunallı**, s. 99.

⁷⁵⁵ Aksi görüş için bkz. **Çetintürk**, s. 580.

⁷⁵⁶ **Harms**, 2018, s. 29 vd.; **Bainbridge**, s. 622 vd.; **Busche / Stoll / Wiebe**, s. 290 vd.; **Pash**, Ürün Benzerliği, s. 10; **Cengiz**, s. 62 vd.; **Kaya**, s. 236 vd.; **Ocak**, s. 269 vd.; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 109 vd.

⁷⁵⁷ Birleşik Krallık marka hukukunda, failin marka suçlarından cezalandırılabilmesi için suç teşkil eden fiilin öncelikle özel hukuk anlamında marka hakkına tecavüzün şartlarını taşıması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. The House of Lords, Regina v. Johnstone Kararı, 22.05.2003, <https://publications.parliament.uk>, Erişim Tarihi: 20.12.2020.

⁷⁵⁸ Bkz. Birinci Bölüm, §2, I, A.

⁷⁵⁹ **Önder**, s. 6; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 117.

d. Cezai Himaye Bağlamında İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüzün Tespiti

SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz fiilinde doğrudan karıştırılma ihtimalini esas aldığımızı, dolaylı karıştırılma ihtimali ile geniş anlamda karıştırılma ihtimalinin marka hakkının cezai himayesi kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini yukarıda ifade etmiştik. Ancak marka hakkının hukuki himayesinde geniş anlamda karıştırılma ihtimali açıkça kabul edilmiştir. Bu sebeple belirtmek isteriz ki aşağıda iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün tespiti hususunda yaptığımız açıklamalar marka hakkının cezai himayesi ile ilgili olacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün suç teşkil edebilmesi için,

- Tescil edilmiş markanın “benzerinin”,
- “Aynı” mal veya hizmetlerde kullanılması,
- Neticesinde *karıştırılma ihtimalinin* doğması gerekmektedir.

aa. Markanın Benzerinin Kullanılması

556 sayılı KHK'da ve SMK'da tanımlanmayan markanın benzerini kullanmak, 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47'nci maddesinin (b) bendine göre, başkasına ait tescilli bir markaya, *toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibariyle ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu suretle iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanmaktır*. Belirtmek isteriz ki 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47'nci maddesinin (b) bendinde yer alan ölçütler, nispeten bugün de geçerliliğini sürdürmektedir^{760, 761}.

⁷⁶⁰ Doktrinde *Tekinalp*, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendi uyarınca ilişkilendirilme ihtimalinin de tecavüze sebebiyet vereceğinden bahisle 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47'nci maddesinin (b) bendinde yer alan kriterlerin eski önemini yitirdiğini belirtmektedir. Bkz. **Tekinalp**, s. 438.

⁷⁶¹ Doktrinde *Çetintürk*, 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47'nci maddesinin (b) bendine, benzerliğin “*ayrıt edilemeyecek kadar benzerlik*” seviyesinde tutulduğu ileri sürülmektedir. Bkz. **Çetintürk**, s. 516. Karşı görüş için bkz. **Donay / Erman**, s. 54. Kanaatimizce, 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47'nci maddesinin (a) bendine tanımlanan markanın aynen kullanılması ile markanın aynının veya ayrıt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması kapsama alınmıştır. Gerçekten madde metninde “*markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibariyle eşini veya ebat yahut renk itibariyle veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini*” kullanma aynen kullanma sayılmıştır. 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47'nci maddesinin (b) bendine ise *ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzerlik* kriteri yer almaktadır. Bize göre, bu kriterin ayrıt edilemeyecek kadar benzerlikten daha geniş bir alanı ifade etmektedir.

İşaretler arasındaki benzerlik tespit edilirken, karşılaştırmanın satın alma esnasındaki tüketicinin bakış açısı dikkate alınarak yapılması gerekmektedir⁷⁶². Bu itibarla karşılaştırma, söz konusu işaretlerin detaylı bir incelemesine değil, bu işaretlerin yarattığı genel izlenime dayanmalıdır⁷⁶³. Gerçekten tüketiciler markaları birlikte kıyaslama imkanına istisnaen sahip olabilmekte, tercihlerini markanın akılda bıraktığı kusurlu izlenime dayanarak gerçekleştirmektedir⁷⁶⁴. Başka bir anlatımla marka ile işaret arasındaki benzerliğin değerlendirmesi bir bütün olarak yapılmalı, markanın unsurları ile işaretin unsurları tek tek karşılaştırılmamalıdır⁷⁶⁵. Bütünsel değerlendirme, görsel veya işitsel ya da anlamsal benzerlik bulunup bulunmadığı da dahil olmak üzere, tüm faktörler göz önünde bulundurularak, tüketicide markaların bıraktığı umumi intibaya göre yapılmalıdır⁷⁶⁶. Zira marka işlevi gereği, göze, kulağa ve düşünceye etki etmektedir.

Öte yandan doktrinde yapılacak değerlendirmede ağırlıklı rolün esas unsurlara verilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁶⁷. Nitekim yardımcı unsurlar tek başlarına ayırt edici nitelik taşımaz ve tüketiciler bunları her zaman aklında tutamaz⁷⁶⁸. Ancak unutulmamalıdır ki yardımcı unsurların farklılığı tüm markaya etki ederek onu bir bütün olarak benzerlikten çıkarabilir.

Karşılaştırılmaya konu markalar arasında göze hitap eden bir benzerlik varsa, böyle bir benzerlik görsel benzerliktir⁷⁶⁹. Bu tür bir benzerlik, markaları oluşturan harflerin, sözcüklerin veya resim, logo, grafik veya benzeri şekil unsurlarının büyük ölçüde benzer olması

⁷⁶² **Yasaman**, s. 67. Krş. **Kur / Senftleben**, s. 324; **Çolak**, s. 204-205.

⁷⁶³ “Benzerliğin değerlendirilmesinde markada yer alan kelime veya şekil unsurlarının birbirlerinden bağımsız olarak tek tek ele alınması değil, markanın tüm unsurlarının birlikte yarattığı bütüncül izlenim gözetilir. Sanık tarafından kullanılan kaşe kartvizit, faturalarda “YEŞİLAY” ismi “Hilal” şekli ve “YEŞİL” rengin bulunduğu, sanığın ticaret unvanında “YEŞİLAY SAĞLIK HİZMETLERİ” ismini “HİLAL”i andırır bir şekilde ve “YEŞİL” renginin kullanılması suretiyle ortalama tüketici nezdinde iltibasa neden olacak şekilde katılan adına koruma altına bulunan markayı kullandığı anlaşılmıştır” (İzmir B.A.M., 16. C.D., 26.02.2020, 1566/703).

⁷⁶⁴ **Epçeli**, s. 45; **Memişoğlu**, s. 490.

⁷⁶⁵ **Lange**, s. 1193-1194; **Colston / Galloway**, s. 663; **Norman**, s. 385; **Pila / Torremans**, s. 389; **Karayağcın**, s. 432; **Kaya**, s. 138.

⁷⁶⁶ **Harms**, 2018, s. 40; **Bainbridge**, s. 626; **Kaya**, s. 139; **İmirlioğlu**, s. 169; **Yasaman, Zeynep**, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 67.

⁷⁶⁷ **Harms**, 2018, s. 40; **Epçeli**, s. 122; **Yasaman**, s. 67.

⁷⁶⁸ **Bainbridge**, s. 624; **Küçükali**, s. 117.

⁷⁶⁹ **Çolak**, s. 226; **İmirlioğlu**, s. 170.

biçiminde ortaya çıkabilir⁷⁷⁰. Örneğin, “POLO – POLOTO” işaretleri arasında görsel benzerlik mevcuttur⁷⁷¹.

Karşılaştırılmaya konu markalar arasında, telaffuzları sebebiyle kulakta bıraktıkları sese göre bir benzerlik varsa, böyle bir benzerlik işitsel benzerliktir⁷⁷². Bazı hallerde markalar görünüş bakımından farklı olsa da telaffuzları sebebiyle sesçil, fonetik bir benzerlik olabilmektedir⁷⁷³. Örneğin, “Coffee Mate – Kafemet” işaretleri arasında işitsel benzerlik mevcuttur⁷⁷⁴.

Karşılaştırılmaya konu markalar arasında, ortalama tüketici nezdinde, bu kişilerin zihninde bıraktıkları iz ve imaj bakımından oluşan benzerlik varsa, böyle bir benzerlik anlamsal benzerliktir⁷⁷⁵. Örneğin, “İmaj – Imagine” işaretleri arasında işitsel benzerlik mevcuttur⁷⁷⁶.

Marka hakkının cezai himayesi bağlamında benzerlikte esas olan doğrudan karıştırılma ihtimaline sebebiyet verebilecek derece bir benzerlik bulunması halidir. Dolayısıyla marka ile işaretin klasik anlamda karıştırılabilecek nitelikte olması gerekir⁷⁷⁷. Eğer tüketiciler, benzerliğe rağmen iki farklı işaret karşısında olduklarını anlıyorsa yani tüketicilerin işaret hususunda yanıltma ihtimali bulunmuyorsa ceza hukukunu ilgilendiren bir benzerlik bulunmamaktadır⁷⁷⁸.

⁷⁷⁰ Çolak, s. 226; İmirlioğlu, s. 170.

⁷⁷¹ Y. 11. H.D., 07.06.2010, 449/6551.

⁷⁷² Küçükali, s. 101; Mintaş, s. 105.

⁷⁷³ Küçükali, s. 101; Mintaş, s. 105.

⁷⁷⁴ Y. 11. H.D., 16.03.1999, 10243/2265.

⁷⁷⁵ Çolak, s. 232-233; İmirlioğlu, s. 177-178.

⁷⁷⁶ Y. 11. H.D., 08.05.2000, 2917/3975.

⁷⁷⁷ Donay / Erman, s. 56; Kaya, s. 138.

⁷⁷⁸ Ancak uygulamada mahkemeler marka hakkının hukuki himayesi ile cezai himayesi arasında fark gözetmemekte ve karıştırılma ihtimalini geniş anlamda ele almaktadır. Bu sebeple marka ile işaretin herhangi bir şekilde ilişkilendirilmesinin iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna sebebiyet vereceği kabul edilmektedir: “Markaya iltibas suretiyle tecavüz 556 sayılı KHK’nın 9/1-b. maddesinde düzenlenmiştir. Bu anlamda 61/A-1. maddesinde yer alan iltibas suretiyle tecavüz suçunun unsurları ve kapsamının belirlenmesinde 9/1-b maddesinden yararlanılmalıdır. İltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun teşekkülü için öncelikle şu şartların varlığı gerekmektedir. 1- Tecavüz teşkil eden işaretin tescil edilmiş markanın aynısı veya benzeri olması, 2- Mütecavizin kullandığı işaretin, tescil edilmiş markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerin aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanılması, 3- Halk tarafından tecavüz teşkil eden işaretle tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimalinin bulunması aranmaktadır” (Y.C.G.K., 22.10.2019, 7-369/621).

bb. Aynı Mal veya Hizmet

İltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün suç teşkil edebilmesi öncelikle başkasının hak sahibi olduğu tescilli bir markanın *benzerinin* tescil kapsamına giren *aynı mal veya hizmetlerde* kullanılmasına bağlıdır.

Markanın benzerinin tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerde kullanılması, marka hakkının hukuki himayesinin sadece bir boyutunu teşkil etmektedir⁷⁷⁹. Gerçekten özel hukuk anlamında *benzer* işaretin *aynı* mal veya hizmetlerde kullanılması, *aynı* işaretin *benzer* mal veya hizmetlerde kullanılması ve *benzer* işaretin *benzer* mal veya hizmetlerde kullanılması karıştırılma ihtimaline sebep olursa marka hakkına tecavüz oluşturmaktadır. Özel hukuk bağlamında karıştırılma ihtimalinin mevcut olabilmesi için hem taraflara ait işaretlerin hem de bu işaretlerin kullanıldığı mal veya hizmetlerin benzer veya aynı olması gerekir. Bu şartlar kümülatif olup, tecavüz için her ikisinin mevcudiyeti gerekir⁷⁸⁰. Ancak daha önce belirttiğimiz üzere SMK'nın 30'uncu maddesinde iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün mal veya hizmet yönünden kapsamı düzenlenmediğinden, marka hakkının konusundan hareketle bunun aynı mal veya hizmetlerle sınırlandırıldığı kanaatindeyiz.

Aynı mal veya hizmetin belirlenmesinde iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzde olduğu gibi değerlendirme yapılması gerekir. Burada tekrara düşmemek adına, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz kapsamında aynı mal veya hizmete ilişkin yaptığımız açıklamalara atıfla yetiniyoruz⁷⁸¹.

cc. Karıştırılma İhtimali

Marka ile benzer işaretin, aynı mal veya hizmetlerde kullanılması iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu için tek başına yeterli olmayıp ayrıca benzer kullanımın karıştırılma ihtimaline sebebiyet vermesi gerekir⁷⁸². Esasında markanın benzerinin tespiti ile karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde kullanılan kriterler büyük ölçüde örtüşmektedir⁷⁸³. Bu sebeple aşağıda karıştırılma ihtimali konusunda özellik arz eden hususlar üzerinde durulacaktır.

⁷⁷⁹ Harms, 2018, s. 29; Colston / Galloway, s. 658; Bainbridge, s. 622; Bently / Sherman, s. 903; Kur / Senftleben, s. 217.

⁷⁸⁰ Yasaman, s. 71; ABAD, Canon v. Metro Kararı, C-39/97, 29.10.1998.

⁷⁸¹ Bkz. İkinci Bölüm, §4, II, A, 2, c, cc.

⁷⁸² Harms, s. 38; Bainbridge, s. 624; Norman, s. 385.

⁷⁸³ Suluk / Karasu / Nal, s. 187.

Doktrinde karıştırılma ihtimalinin tek aşamada değerlendirilmesi, başka bir anlatımla marka ve işaret ile mal veya hizmetlerin ayrı ayrı incelenmemesi ve toplu bir değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁸⁴. Fakat uygulamada ve doktrinde bunların tek tek incelenmesi gerektiği görüşü ağır basmaktadır⁷⁸⁵. Ancak bu halde de incelemenin nereden başlaması gerektiği hususu tartışmalıdır. ABAD'a göre karıştırılma ihtimali değerlendirilmesinde öncelikle mal veya hizmetten başlanmalı sonra marka ile işaret karşılaştırılmalıdır⁷⁸⁶. Hukukumuzda ise önce marka ile işaret karşılaştırılmakta, ardından mal veya hizmet değerlendirilmektedir⁷⁸⁷. Kanaatimizce iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun incelenmesinde mal veya hizmetten başlanmalıdır. Zira mal veya hizmet aynılığının tespiti, işaret aynılığının tespitinden daha kolaydır. Bu sebeple eğer mal veya hizmet farklı ise iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu oluşmayacağı için ayrıca işaret incelemesine geçilmesine gerek bulunmamaktadır.

İltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu açısından karıştırılma ihtimali, tüketicilerin marka ile işaret benzerliği sebebiyle *marka ve işareti karıştırabilmesi* ve malların veya hizmetlerin *aynı işletmeden kaynaklandığı* yanılgısına düşmesidir⁷⁸⁸. Başka bir anlatımla, tüketicinin almayı tasarladığı, bildiği veya duyduğu bir mal veya hizmeti aldığı zannı ile başka bir işletmenin malını veya hizmetini alma tehlikesi ile karşı karşıya olması karıştırılma ihtimalidir⁷⁸⁹. Burada tüketici, başka bir işletme tarafından ona sunulan mal veya hizmeti, marka ve işaret benzerliği sebebiyle gerçekte almayı düşündüğü mal veya hizmet zannetmektedir⁷⁹⁰.

556 sayılı KHK'da ve SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde halkın dikkate alınacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla karıştırılma ihtimalinin mevcut olup olmadığı hususu belirli bir çevre yahut uzmanlar değil halk

⁷⁸⁴ **Dirikkan**, s. 191.

⁷⁸⁵ **Arkan**, Cilt I, s. 99; **Uzunallı**, Tespit Sorunu, s. 678.

⁷⁸⁶ **ABAD**, Canon v. Metro Kararı, C-39/97, 29.10.1998.

⁷⁸⁷ **Arkan**, Cilt I, s. 99; **Çolak**, s. 197.

⁷⁸⁸ **Dirikkan**, s. 164; **Colston / Galloway**, s. 664.

⁷⁸⁹ **Tekinalp**, s. 439; **Dirikkan**, s. 164.

⁷⁹⁰ **İmirlioğlu**, s. 162; **Yasaman**, s. 72.

esas alınarak değerlendirilmelidir. Burada halk ile kastedilen ise aslında karıştırılma ihtimali ile karşı karşıya kalan, o mal veya hizmetin hitap ettiği tüketicilerdir^{791, 792}.

Karıştırılma ihtimalinin bulunup bulunmadığının belirlenmesinde esas alınacak ölçü, ortalama tüketicinin edindiği toplu izlenimdir⁷⁹³. Bu izlenime göre, tüketicinin söz konusu mal veya hizmetleri aynı işletmeden kaynaklanır şekilde algılama riski, karıştırılma ihtimalini teşkil etmektedir⁷⁹⁴.

Ortalama tüketici, mal veya hizmetin hitap ettiği kitleye göre değişmektedir. Mal veya hizmet toplumun her kesimine hitap ediyorsa ortalama bir tüketicinin edindiği izlenim dikkate alınır. Mal veya hizmet çocuklara hitap ediyorsa, ortalama tüketici kitlesi çocuklar;

⁷⁹¹ **Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan**, s. 55-56; **Kirkpatrick**, § 6:1; **Kaya**, s. 140; **Dirikkan**, s. 188, dn. 63; **Yasaman**, s. 72; “*Bilirkişi tarafından düzenlenen raporda, sanığın iş yerinde bulunan ürünler ile sanığın kendi iş yerinden alındığını kabul ettiği ve katılan vekili tarafından şikâyet dilekçesi ekinde sunulan ürünün orijinal olmadığı, taklit olarak üretildiğinin, ürünlerin orijinal olmadığı orta düzeydeki tüketiciler tarafından kolaylıkla anlaşılamayacağı bildirilmiş olması*” (**Samsun B.A.M., 5. C.D., 11.09.2019, 4182/2205**); “*Ele geçen ürünler üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde ürünlerin orijinal olmayan taklit ürünler olduğunun, ürünler üzerinde kullanılan markaların benzerliği nedeniyle tüketicilerin ürünlerin orijinal ya da taklit olup olmadığı hususunda ayırım yapamayacaklarının, ürünlerin satışının 556 sayılı kanunun 9 ve 61 maddelerine göre marka hakkına tecavüz eder nitelikte olduğunun tespit edildiği*” (**Ankara B.A.M., 11.04.2019, 10244/2791**).

⁷⁹² 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4’üncü maddesine göre “*tüketici*”, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi; “*tüketici işlemi*”, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder.

⁷⁹³ **Pila / Torremans**, s. 390; **Kirkpatrick**, § 6:2; **Tekinalp**, s. 443-444. “*Katılan vekilinin şikayeti üzerine mahkemeden alınan karara istinaden sanığa ait iş yerinde 16.05.2012 günü yapılan aramada toplam 1020 adet terliğin ele geçirildiği, suça konu terliklerin üzerinde katılan firma adına tescilli markanın logosuna benzer işaretlerin olduğu iddiası üzerine alınan bilirkişi raporlarında, katılan adına tescilli markalardan kaynaklanan haklara iltibas suretiyle tecavüz edildiği belirtilmişse de bu raporlarda yer alan fotoğraflar incelendiğinde; suça konu ürünlerde kullanıldığı iddia edilen logolar ile orijinal ürünlerde yer alan marka ve logolar arasında desen, şekil, biçim itibarıyla iltibasa yol açabilecek derecede benzerlik bulunmadığı ve ortalama düzeydeki tüketiciler üzerinde yanıltıcı olmadığı anlaşıldığından, marka hakkına tecavüz suçunun oluşmadığı gözetilerek, sanığın beraati yerine, dosya kapsam ve içeriğine uygun düşmeyen bilirkişi raporlarına dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulması*” (**Y. 19. C.D., 07.12.2017, 8442/10724**); “*Dosya arasında bulunan 28.03.2011 tarihli bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere, sanığın, katılan adına tescilli “PAMUKKALE” markası ile benzerlik gösteren işareti aynı mal ve hizmet sınıfında olmasına rağmen “www.pamukkaleevdeneve.com” adresinde ve nakil araçları üzerinde kullandığı, katılana ait markanın ayırt etme gücü ile toplumdaki bilinirliğinin yüksek oluşu nazara alındığında, bu durumun ortalama düzeydeki tüketiciler üzerinde yanıltıcı olabileceği, dolayısıyla sanığın eyleminin iltibas suretiyle marka hakkının ihlali niteliğinde olduğu gözetilerek, sanığın mahkumiyetine hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde beraatine karar verilmesi*” (**Y. 19. C.D., 05.10.2015, 4570/5082**).

⁷⁹⁴ **Öçal**, Markaların Himayesi, s. 119; **Sumpter**, s. 185; **Yasaman**, s. 72.

kadınlara hitap ediyorsa ortalama tüketici kitlesi kadınlardır⁷⁹⁵. Eğer mal veya hizmet doktorlar, eczacılar gibi uzman bir tüketici kitlesine yahut özel bir veya birkaç gruba hitap ediyorsa karıştırılma ihtimalinde bu kitlenin esas alınması gerekmektedir⁷⁹⁶.

Karıştırılma ihtimali bakımından marka ve işareti aynı anda görebilen ve farklarını seçebilmek için yeterli zamana sahip olabilen bir tüketici esas alınmamalıdır⁷⁹⁷. Nitekim tüketici, genelde işaretleri doğrudan karşılaştırma şansı bulmadığından, zihninde oluşan kusurlu resme güvenerek mal veya hizmeti tercih etmektedir⁷⁹⁸. Bu sebeple karıştırılma ihtimalinin tespitinde markanın ayırt etme gücünün yüksekliği de dikkate alınmaktadır⁷⁹⁹. Gerçekten bir markanın ayırt etme gücü ne kadar yüksek ise karıştırılma ihtimali o kadar düşük olacaktır.

İltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün mevcut olabilmesi için karıştırılma ihtimali gerekli ve yeterlidir⁸⁰⁰. Başka bir anlatımla, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluşabilmesi için iltibasın tahakkuk etmesi, tüketicilerin karışıklığa düşmesi aranmamaktadır⁸⁰¹.⁸⁰² Bu itibarla, karıştırılma ihtimalinin ispatı için karıştırmanın gerçekleşmiş olduğunun ispatı da gerekli değildir⁸⁰³. Ancak fiili karıştırılma mevcut ise iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz de ispatlanmış olmaktadır⁸⁰⁴.

5. Seçimlik Hareketler

SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek “mal üretmek” veya “hizmet sunmak”, “satışa arz etmek” veya “satmak”, “ithal etmek”, “ihraç etmek”, ticari amaçla “satın almak”, “bulundurmak”, “nakletmek” veya “depolamak” fiilleri yaptırım altına alınmıştır. Belirtmek isteriz ki SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında nesne – yüklem uyumsuzluğu bulunmaktadır⁸⁰⁵. Zira

⁷⁹⁵ Dirikkan, s. 189-190; Küçükali, s. 117-118; Mintaş, s. 122.

⁷⁹⁶ Dirikkan, s. 189-190; Küçükali, s. 118; Mintaş, s. 124-125.

⁷⁹⁷ Öçal, Markaların Himayesi, s. 120.

⁷⁹⁸ Memişoğlu, s. 490; Yasaman, s. 76.

⁷⁹⁹ Pila / Torremans, s. 390; Küçükali, s. 128; Mintaş, s. 128; Yasaman, s. 73.

⁸⁰⁰ Kirkpatrick, § 7:1; Harms, 2018, s. 146; Bartow, Ann, Likelihood of Confusion, San Diego Law Review, Volume 41, Issue 2, 2004, s. 747-748; Keskin, s. 136; Öçal, Markaların Himayesi, s. 119; Dirikkan, s. 193; Yasaman, s. 77-78.

⁸⁰¹ Kirkpatrick, § 7:1; Harms, 2018, s. 146; Bartow, s. 747-748; Keskin, s. 136; Öçal, Markaların Himayesi, s. 119; Dirikkan, s. 193; Yasaman, s. 77-78.

⁸⁰² 551 sayılı Markalar Kanunu döneminde dahi karıştırılmanın gerçekleşmesinin gerekli olmadığı, karıştırılma ihtimalinin mevcudiyetinin yeterli olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Öçal, Markaların Himayesi, s. 119.

⁸⁰³ Jarrett / Chandler, s. 117; Keskin, s. 136; Yasaman, s. 78.

⁸⁰⁴ Jarrett / Chandler, s. 117.

⁸⁰⁵ Çağlar, Değerlendirme, s. 104.

fıkranın ilk kısmında “başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üretmek veya hizmet sunmak” fiillerine müteakip “satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan” hareketlerinin nesnesi cümlede yer almamaktadır. Kanaatimizce hizmet sunma fiilinin ardından gelen hareketler ağırlıklı olarak iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz edilerek üretilmiş mallar ile ilgili olup fıkranın metodolojik açıdan tekrar kaleme alınması yerinde olacaktır⁸⁰⁶.

Marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması iktibas; benzer işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz oluşturur. Esasında burada zikredilen kullanma, mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek, satmak, ithal etmek, ihraç etmek, satın almak, bulundurmak, nakletmek ve depolamak fiillerini kapsamaktadır⁸⁰⁷. Ancak kanun koyucu iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında sayılan fiillerle sınırlandırmış olup, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz teşkil edebilecek diğer hareketleri suç olarak kabul etmemiştir. Gerçekten SMK’nın 7’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz sayılabilecek durumlar, SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasından daha kapsamlı şekilde kaleme alınmıştır. Ancak doktrinde *Çetintürk*, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu, mal üretme ve hizmet sunma fiilleri açısından araç ve amaç hareketlerden oluşan bir suç olarak kabul etmektedir⁸⁰⁸. *Çetintürk*, bu görüşünden hareketle mal üretme ve hizmet sunma fiilleri ile satışa arz etmek, satmak, ithal etmek, ihraç etmek, satın almak, bulundurmak, nakletmek ve depolamak fiilleri arasında ayırım yapmakta ve mal üretme ile hizmet sunma dışındaki fiillerde failin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz etme amacının bulunmadığını ileri sürmektedir⁸⁰⁹. Kanaatimizce mal üretme ve hizmet sunma fiilleri ile diğer hareketleri birbirinden ayırmak mümkün değildir. Gerçekten failin bir mütecaviz işareti gömlek üzerine yerleştirmesi ile üzerinde kendisinin yerleştirmedeği mütecaviz işaretli gömleği satması arasında SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrası bağlamında fark bulunmamaktadır. Zira her iki fiil de marka hakkına tecavüz niteliğini taşımaktadır. Başka bir anlatımla, marka hakkına tecavüz ile diğer fiiller mündemiçtir.

⁸⁰⁶ Krş. **Başbüyük**, s. 141; **Çetintürk**, s. 609.

⁸⁰⁷ **Fezer**, s. 2591; **Keskin**, s. 163.

⁸⁰⁸ Doktrinde *Çetintürk*, suçta araç hareketin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, amaç hareketin ise mal üretmek veya hizmet sunma olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Çetintürk**, s. 610.

⁸⁰⁹ **Çetintürk**, s. 610.

SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan fiillerden “mal üretme” ve “hizmet sunma” suçun temel fiilleridir ve suç en yoğun bu fiiller ile işlenmektedir. Nitekim bu fiiller neticesinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzlü mal veya hizmet ortaya çıkmaktadır. Diğer hareketler ise mütecaviz işaretli mal veya hizmetler üzerinde gerçekleşmekte ve bunlar bakımından suçun oluşabilmesi için mütecaviz işaretli malın ve hizmetin mevcudiyeti zaruridir⁸¹⁰.

a. Mal Üretmek

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun ilk seçimlik hareketi mal üretmektir⁸¹¹. Mal, ihtiyaçlarını gideren, alınıp satılabilen her türlü fiziki ticaret eşyası, emtiadır^{812, 813}. Örneğin, gömlek, bilgisayar, cep telefonu, akıllı saat, ilaç, beyaz eşya, mobilya birer maldır. Üretmek ise ekonomik bir etkinlik sonucu ürün elde etmek; oluşturmak, yaratmak, meydana getirmek; imal etmektir⁸¹⁴. Bu itibarla mal üretmek, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz edilerek emtianın imal edilmesi olarak ifade edilebilir.

Malın üretilmesi fiili yapısı gereği belirli hazırlıkları ve belirli bir süreci içermektedir. Bu sebeple fiilin ne zaman tamamlanmış, malın ne zaman üretilmiş olacağı önem arz etmektedir.

⁸¹⁰ **Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 782; **Başbüyük**, s. 149.

⁸¹¹ “Sanığın TPE 'de kayıtlı olan ve suç tarihi itibarıyla koruma süresi devam eden markaları izinsiz olarak lisans almadan ürettiği, bulundurduğu ve üretimde kullanmak amacıyla hazır ettiği iş yerindeki makineleri imalata tesis ettiği, bilirkişi raporlarında belirtildiği üzere, bazı markalarda iktibas, bazı markalarda iltibas oluşturacak şekilde üzerine atılı Marka Hakkına Tecavüz suçunu işlediği kanaatine varılmış, ele geçirilen ürünlerin çokluğu, suç işleme kararı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suç konusunun önem ve değeri, sanığın güttüğü amaç ve saik göz önünde bulundurulduğunda takdirden asgari haddenden uzaklaşarak sanığın cezalandırılmasına karar vermek gerekmiş olup” (İzmir B.A.M., 16. C.D., 10.04.2019, 575/1216).

⁸¹² **Eğilmez, Mahfi**, Mikroekonomi, 6. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul 2018, s. 19; www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.12.2019.

⁸¹³ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinin (h) bendine göre bu kanunun uygulanmasında mal, “Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları” ifade eder.

⁸¹⁴ www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.12.2019.

Bir görüşe göre, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz bakımından mütecaviz işaretli bir malın üretimine geçilmesi suçun tipiklik unsuru bakımından yeterlidir⁸¹⁵. Diğer bir görüşe göre, malın üretilmesinden bahsedebilmek için ortaya bir ürünün çıkması gerekmektedir⁸¹⁶. Buna göre malın üretimi, *mütecaviz işaretli malın satışa arza elverişli bir biçimde oluşturulması, meydana getirilmesi* halinde vuku bulmaktadır⁸¹⁷.

Kanaatimizce SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında "... *tecavüz ederek mal üreten...*" denildiğine göre, malın üretilmesine başlanması yeterli değildir ve mal, satışa arza elverişli biçimde meydana getirildiği takdirde üretilmiş olur. Bir malın ne zaman satışa arza hazır olacağı ise somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Bu itibarla, henüz ürünün ortaya çıkmadığı durumda suçun tamamlandığı söylenemez. Ancak malın satışa arza hazır hale getirilmesinden önce gerçekleştirilen hareketler teşebbüs hükümleri bağlamında değerlendirilmelidir⁸¹⁸.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz edilerek mal üretilmesinde önemli olan husus esasında mütecaviz işaretin malın üzerine konulmasıdır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta malın üretilmesi değil, mütecaviz işaretin malın üzerine konulması cezai yaptırımı gerektiren bir fiil olarak kabul edilmiştir⁸¹⁹.

Mütecaviz işaretin malın üzerine konulması, görünebilir bir şekilde işaret ile mal arasında örneğin, dikme, işleme, mühürleme, asma, damgalama, kazıma, kabartma, baskı ve benzeri biçimde doğrudan fiziki bağlantı kurulmasıdır^{820, 821}.

⁸¹⁵ **Özmen**, s. 88. Özmen, eserinde şu örneği vermektedir: "Zara marka taklit ürün yapan bir firma, imalathanesinde ürettiği gömleklere henüz Zara ayırt edici işaretini yerleştirmeden tespit edilir ise taklit markayı üretmek fiili suretiyle tipiklik gerçekleşmiş olacaktır". Bkz. **Özmen**, s. 88.

⁸¹⁶ **Ekey / Bender / Fuchs-Wissemann**, s. 293; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 111; **Başbüyük**, s. 144.

⁸¹⁷ **Yenidünya / İçer**, s. 89; **Başbüyük**, s. 144; **Kart**, s. 137; **Çetintürk**, s. 612-613.

⁸¹⁸ Krş. **Kart**, s. 137.

⁸¹⁹ **Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan**, s. 1014; **Harms**, 2018, s. 144; **Goldstone / Toren**, s. 28.

⁸²⁰ **Harms**, 2018, s. 144; **Jarrett / Chandler**, s. 114-115; **Keskin**, s. 129; **Uzunalli**, Marka Hukuku, s. 130.

⁸²¹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. C.D.'nin 17.12.2019 tarihli 2038/6398 sayılı kararında, "*Katılanın Türk Patent Ve Marka Kurumunca 24 no'lu emtiada tescilli "Lila" markasının sanığın kullanmış olduğu faturalarında ve iş yerinin kapısında kullanıldığının mahkemece yapılan tespit üzerine alınan bilirkişi raporuyla ve görsellerle sabit olduğu, katılan tescilli markasının suç tarihi itibarıyla geçerliliğini koruduğu, her ne kadar markanın kovuşturma aşamasında aldırılan bilirkişi raporuna göre 35 no'lu sınıf için tescilli olmadığı bu nedenle suçun oluşmadığı belirtilmiş ise de 24 no'lu sınıfta tescil olunan markanın hazırlıktaki rapordan da anlaşılacağı üzere markasal olarak kullanıldığı, faturalarda gösterildiği ve faturalarda gösterilen kumaş emtiasının konfeksiyonlara, üçüncü kişilere satışının yapıldığının sabit olması karşısında ve tescilli markanın görsel itibarıyla de aynı şekilde sanık tarafından kullanıldığının sabit oluşuna göre*

Mütecaviz işaret malın üzerine, üretim esnasında yahut mal fiziki olarak ortaya çıktıktan sonra konulabilir. Başka bir anlatımla mütecaviz işaret, gömleğin üzerine üretim esnasında yahut gömlek giyilebilir hale geldikten sonra işlenebilir. Ancak kanaatimizce bu iki yöntem de malın satışa arza hazır hale getirilmesine matuf işlem olduğundan bunların arasında bir fark bulunmamaktadır. Öte yandan doktrinde *Çetintürk*, mütecaviz işaretin malın üzerine üretim sırasında konulmasıyla sonradan eklenmesi hususunu ayırmakta ve eklenme halinin SMK'dan açıkça anlaşılamadığını ileri sürmektedir⁸²².

Mal ile mütecaviz işaret sonradan birleştirilebildiğine göre mütecaviz işaretin maldan bağımsız bir şekilde üretilmesinin suç kapsamındaki konumu üzerinde durulmalıdır⁸²³. SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında mütecaviz işaretin üretilmesi suç olarak düzenlenmemiştir. Ancak bu husus teşebbüs hükümleri bağlamında dikkate alınmalıdır. Öte yandan mal üzerine yerleştirilecek olan işaretin üretilmesi ile istisnai olarak suçun gerçekleşmesi mümkündür⁸²⁴. Konunun anlaşılabilmesi için şu örnek verilebilir: Bir marka hakkı sahibi 25'inci sınıfta yer alan giysi emtiası için tescil ettirdiği markasını etikete işlemekte, etiketi ise gömleğin üzerine dikmektedir. Marka hakkı sahibi eğer markasını 24'üncü sınıfta yer alan etiketler için de tescil ettirmişse, failin mütecaviz işaretli etiketi üretmesi ile suç tamamlanır. Marka hakkı sahibi eğer markasını sadece giysi emtiası için tescil ettirmişse, failin mütecaviz işaretli etiketleri üretmesi sebebiyle sorumluluğu doğmamalıdır. Ancak bu halde, mütecaviz işaretli etiketler ile markanın tescilli olduğu mal ilişkilendirilebiliyorsa fail iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır.

katılanın markasındaki "Lila" ibaresinin ön plana çıkarılarak markasal algı yaratacak şekilde kullanıldığı, markanın ticari evrak üzerinde kullanılmasının da markasal kullanım niteliğinde olduğu ve ticaret unvanını aşan şekilde yapılan markasal kullanım karşısında ve bir malı üreten işletmenin ürettiği malı satmasının işin yapısı gereği ve ticari faaliyetin zorunlu sonucu oluşu karşısında markanın 35 sınıfta tescilli olmasa bile 24. Sınıftaki tescilinin korunması gerektiği değerlendirildiğinden yerel mahkemece sanığın beraatine dair verilen kararda isabet görülmediğinden, katılan vekilinin istinaf nedenleri yerinde görülerek yerel mahkeme kararının kaldırılması suretiyle sanığın mahkumiyetine karar verilmiş” denilmek suretiyle doğrudan mal üzerinde kullanılmayan, faturada gösterilen mütecaviz işaret sebebiyle suçun oluşacağı kabul edilmiştir. Ancak kanaatimizce mallar ile doğrudan bağlantılı bir şekilde kullanılmayan mütecaviz işaret sebebiyle suçun oluştuğunun kabulü suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmektedir.

⁸²² *Çetintürk*, s. 666.

⁸²³ Doktrinde *Özen*, markanın sadece taklit edilmesinin (iktibas) TCK'nın 204'üncü maddesinde düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçuna da sebebiyet verebileceği görüşündedir. Bkz. *Özen*, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, s. 64-65. Ancak kanaatimizce markanın resmî belge olarak kabulü mümkün değildir ve bu sebeple markanın iktibas resmî belgede sahtecilik suçu kapsamında değerlendirilemez. Bkz. *Erman, Sahir*, Sahtekârlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku – III, 5. Bası, İstanbul 1987, s. 305.

⁸²⁴ *Jarrett / Chandler*, s. 116.

Serbest piyasada markanın ambalaj üzerine de koyulduğu görülmektedir. Ambalaj, içine konulan ürünü koruyan, temiz ve güvenilir koşullarda tüketiciye ulaşmasını sağlayan, taşınmasını ve depolanmasını kolaylaştıran değerli bir malzemedir⁸²⁵.

Bazı hallerde ambalaj kullanılması zorunlu iken bazı hallerde ihtiyaridir. Özellikle gıda ve kozmetik sektöründe mal ambalajdan ayrı düşünülemez. Nitekim markanın süt, oje, pudra, mercimek üzerine değil bunların ambalajının üzerine yerleştirilmesi fiziki bir zorunluluktur. Bu halde üretim, malın hammaddesinin alınıp işlenmesi ve nihayetinde ambalajlanmasına kadar olan süreci ifade etmektedir⁸²⁶.

Karşılaştırmalı hukukta genellikle mütecaviz işaretin ambalaj üzerine konulması açıkça ve ayrıca suç olarak düzenlenmiştir⁸²⁷. Hukukumuzda ise mütecaviz işaretin malın üzerine veya ambalaja konulması şeklinde bir ayırım yapılmamış olup malın üretilmesi suç olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple suçun oluşması için mütecaviz işaretin muhakkak malın üzerine konulması gerektiği, ambalaj üzerine konulan mütecaviz işaret sebebiyle suçun gerçekleşmeyeceği düşünülebilir⁸²⁸.

Mütecaviz işaretin hem mala hem de ambalaja konulması halinde suç, mütecaviz işaretin mala konulmasıyla gerçekleşeceğinden bir sorun bulunmamaktadır. Esas mesele mütecaviz işaretin sadece ambalaj üzerinde olması halinde ortaya çıkmaktadır.

Kanaatimizce mütecaviz işaretin malın üzerine konulmasıyla malın gireceği ambalajının üzerine yerleştirilmesi arasında bir fark bulunmamakta, her iki halde de mal satışa arza elverişli biçimde meydana getirilmeye çalışılmaktadır^{829, 830}. Bu itibarla mütecaviz işaretin ambalaj üzerine konulmasıyla da suçun işlenebileceği görüşündeyiz. Esasında burada

⁸²⁵ **Şahin, Zeynep**, Türkiye’de Dahilde İşleme Rejimi, Etkileri: Ambalaj Sektörü Örneği, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2019, s. 171.

⁸²⁶ **Çakıcı, Latif**, İşletmelerde Ambalaj Sorunları ve Ambalajlama Alanındaki Gelişmeler, İkinci Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1987, s. 1.

⁸²⁷ **Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan**, s. 1014; **Harms**, 2018, s. 144; **Bainbridge**, s. 659.

⁸²⁸ **Çetintürk**, s. 667.

⁸²⁹ “Somut olayda ele geçirilen ve sahte oldukları iddia edilen çay ambalajları üzerinde konusunda uzman ve tarafsız bilirkişiden rapor alınarak marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz bulunup bulunmadığı hususu ortaya konulduktan sonra tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi suretiyle sanığın hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeden, taraf olan kurumdaki alınan rapor ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması” (**Kayseri B.A.M., 5. C.D., 26.11.2020, 959/1703**).

⁸³⁰ **Krş. Başbüyük**, s. 138-139; **Çetintürk**, s. 667.

mütecaviz işaretin maldan ayrı bir şekilde üretilmesi durumu ile benzerlik mevcuttur. Dolayısıyla mütecaviz işaretin ambalaj üzerine konulması başlı başına suça sebebiyet vermeyecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, mal ile mütecaviz işaretli ambalajın ilişkilendirilmesi; mütecaviz işaretli ambalaj ile mal arasında fiziki bağlantı kurmasıdır. Binaenaleyh, mal mütecaviz işaretli ambalaj içerisinde olduğunda suç tamamlanmış olacaktır. Eğer mal, mütecaviz işaretli ambalaj içerisinde bulunmuyorsa, teşebbüs hükümlerince bir değerlendirme yapılmalıdır⁸³¹. Ancak bazı yargı kararlarında, kanaatimizce hatalı olarak, mütecaviz işaretin başlı başına ambalajda kullanılması suçun tamamlanması için yeterli görülmüştür⁸³².

Nihayet belirtmek isteriz ki kullanımın marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilebilmesi kişisel nitelikte olmamasına bağlıdır⁸³³. Bu itibarla kanaatimizce kişinin şahsi kullanımı için mütecaviz işaretli mal üretmesi suça sebebiyet vermeyecektir.

b. Hizmet Sunmak

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun ikinci seçimlik hareketi hizmet sunmaktır⁸³⁴. Hizmet, sözlükte birinin işini görme veya birine yarayan işi yapma

⁸³¹ “Öte yandan, sanığın bu şekilde temin ettiği ve orijinal olmayan, katılanın markasının taklidi ambalajlara herhangi bir ürün doldurup piyasaya arz edmeden yakalanması, elinde olmayan nedenlerden ötürü fiilin icra hareketlerini tamamlayamaması gözetildiğinde, fiilin teşebbüs safhasında kaldığı kabul edilerek sanık lehine TCK’nın 35. maddesi tatbik edilmiş, icra hareketlerinin tamamlanma derecesine göre takdiren cezasından 1/2 nispetinde indirimle gidilmiştir” (Ankara B.A.M. 9. C.D., 08.11.2018, 4461/3952).

⁸³² “Sanık Cengiz’in üzerine atılı katılanların tescilli markasının taklidi olan ürünlere ait ambalajları işyerinde ticari maksatla bulundurup satışa arz ederek katılanların tescilli markasından doğan haklarının ihlali suçunu işlediği sabit görülmekle bu şekildeki eylemine uyan 6769 Sayılı Yasanın 30. maddesi gereğince ele geçen taklit markalı ambalaj ürün sayısı, suçun işleniş şekil özelliği nazara alınarak takdirden 1 yıl hapis ve 5 gün adli para cezasıyla cezalandırılmasına” (Ankara B.A.M., 23. C.D., 04.12.2019, 1698/1217).

⁸³³ Kur / Senftleben, s. 276; Fezer, s. 853; Klett / Sonntag / Wilske, s. 105; Çağlar, Marka Hukuku, s. 108; Çolak, s. 464; Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 95.

⁸³⁴ “Dosya içerisinde mevcut bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere sanığın katılan adına tescilli hizmet markasını katılanın da aynı sınıfta tescilli bulunmasına rağmen internet sitesinin alan adı ile hizmet sunumunda ve marka hakkına tecavüz edecek şekilde kullanılmasında ortalama düzeydeki tüketiciler üzerinde aldatıcılık özelliğine sahip olabileceği, bu şekilde eylemin iktibas sureti ile marka hakkının ihlali niteliğinde olduğu anlaşıldığından yerel mahkemece suçun sübutu ve nitelendirilmesinde herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir” (İstanbul B.A.M., 16. C.D., 8929/4825); “Yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda verilen raporda da belirtildiği üzere sanığın katılan adına tescilli “Vestel” adlı hizmet markasını internet sitesinin alan adı ile servis hizmeti sunumunda marka hakkına tecavüz edecek şekilde kullandığı, bu durumun ortalama düzeydeki tüketiciler üzerinde aldatıcı olabileceği, dolayısıyla sanığın eyleminin iktibas suretiyle marka hakkının ihlali niteliğinde olduğu gözetilerek sanığın suçunun sübutunun kabulü ve nitelendirmesinde isabetsizlik görülmemiş, hükmün açıklanması sureti ile mahkumiyetine dair verilen kararın yerinde olduğu anlaşılmıştır” (İstanbul B.A.M., 16. C.D., 04.07.2019, 1823/3520).

anlamına gelmektedir^{835, 836}. Örneğin hukuki danışmanlık, reklamcılık, sigorta, elektrik dağıtım, eğitim – öğretim, yiyecek – içecek sağlanması, sosyal ağ oluşturma, otelcilik, tıbbi danışmanlık birer hizmettir.

İktisadi anlamda hizmet gayri maddi mal olarak nitelendirilmektedir⁸³⁷. Gerçekten hizmet, mal gibi cismani varlığı haiz değildir⁸³⁸. Dolayısıyla hizmet sunma fiili, mal üretme gibi gerçekleşmez. Bu halde mütecaviz işaret, hizmetle bağlantılı bir şekilde, örneğin işyeri cephesinde, restoranda servis edilen tabakların üzerinde, ürün ile birlikte verilen taşıma çantalarında, reklam ve tanıtım araçlarında, fiyat listeleri gibi ticari belgelerde kullanılmaktadır⁸³⁹.

Mal gibi somut olmayan hizmetin ne zaman sunulmuş olacağının tespiti güçtür. Doktrinde hizmet sunmanın, hizmetin satışa arza uygun hale getirilmesi, ilgili hizmetin icra edilmeye uygun vasıta ve imkanlarının oluşturulması ile gerçekleşeceği ifade edilmiştir⁸⁴⁰. Buna göre, suçun tamamlanması için örneğin otobüsün üzerine mütecaviz işaretin konulması yeterlidir. Öte yandan doktrinde, piyasaya yönelik olarak hizmet sunumu başlamadıkça, hizmetin sunuma hazır hale gelmesi her zaman bu suçun tamamlanması için yeterli olmayacağı belirtilmektedir⁸⁴¹. Buna göre, otobüsün üzerine mütecaviz işaretin konulması yeterli olmayıp bilet satışı başlamalıdır.

Kanaatimizce hizmet sunma, bir başkasının işini görmek için hazır bulunmaktır⁸⁴². Örneğin, 43'üncü sınıfta tescilli “*Cemil Usta Akçaabat Köfte*” markasına iktibas suretiyle tecavüz eden failin, “*CeMiL UsTa Akçaabat Köfte*” işaretiyle yiyecek – içecek sağlamak üzere restoran açması yahut internet sitesi kurması, mütecaviz işaret ile reklam yapması veya vermesi, broşür dağıtması, müşterilere hizmet sunduğunu göstermeye matuf elektronik postalar

⁸³⁵ www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.12.2019.

⁸³⁶ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinin (d) bendine göre bu kanunun uygulanmasında hizmet, “*Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu*” ifade eder.

⁸³⁷ **Eğilmez**, s. 19.

⁸³⁸ Hizmet, mala göre daha yeni bir kavramdır. Nitekim markalar da önce mallar bakımından ortaya çıkmıştır. Halbuki günümüzde büyük şirketlerin gelirlerinin ortalama yüzde kırkı mal üretmekten değil hizmet sunumundan gelmektedir.

⁸³⁹ **Bozgeyik**, s. 115.

⁸⁴⁰ **Yenidünya / İçer**, s. 90; **Özmen**, s. 89.

⁸⁴¹ **Çetintürk**, s. 614.

⁸⁴² Benzer bir görüş için bkz. **Nuhoğlu**, s. 431.

göndermesi, çalışanların mütecaviz işaretli iş elbiselerini giymesi halinde suç tamamlanmış olacaktır⁸⁴³.

Öte yandan failin hizmet sunacağı binayı kiralaması yahut satın alması, internet sitesi tasarımı için anlaşması hazırlık hareketi niteliği taşır. Ancak mütecaviz işareti taşıyan broşür bastırılması, tabela yaptırılması, bu tabelayı fiilen hizmet sunmaya başlamadan önce restorana astırılması halinde icra hareketlerine başlanmış olup failin durumu TCK'nın 35'inci maddesine göre değerlendirilmelidir⁸⁴⁴.

Ayrıca belirtilmelidir ki SMK'da hizmet sunma yanında satışa arz etme fiilinin de iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna vücut vereceği hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce hizmet sunma fiili hizmetin satışa arz edilmesini de kapsamakta olup maddede yer alan satışa arz etmek seçimlik hareketinin konusunu ancak mallar oluşturabilir⁸⁴⁵.

Hizmet sunma, failin bir başkasının işini görmek için hazır bulunduğu anda tamamlanır ancak fiilin icrası bitmez. Bu itibarla iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, hizmet sunma fiili bakımından mütemadi suç niteliğini haizdir.

c. Satışa Arz Etmek

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun üçüncü seçimlik hareketi satışa arz etmektir. Arz etmek sözlükte, sunmak, göstermek, saygı ile bildirmek anlamlarına gelmektedir⁸⁴⁶.

Kanaatimizce hizmet sunma fiili hizmetin satışa arz edilmesini de kapsadığından satışa arz fiilinin konusunu sadece mallar oluşturabilir. Bu itibarla marka hukukunda satışa arz etmek, bir malı satma iradesini açığa vuran herhangi bir hareket olarak tanımlanabilir⁸⁴⁷.

⁸⁴³ Krş. **Özbek, Veli Özer**, Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226), Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara 2009, s. 70; **Başbüyük**, s. 143-144.

⁸⁴⁴ Krş. "Katılan şirkete ait tescil edilmiş "A-101" markasını iltibas oluşturacak şekilde "AA-101 ŞARKÜTERİ & MANAV" yazılı tabelayı iş yerine asan sanığın eylemi tamamlandığı halde yerinde görülmeyen gerekçeyle teşebbüs aşamasında kabul edilerek eksik ceza tayini" (Y. 19. C.D., 08.09.2015, 7093/4003); "Sanığın "Et ve Süt Ürünleri Beşiktaş Şubesi" ibaresini ve logosunu işyeri tabelalarında kullanmak suretiyle katılanın Türk Patent Enstitüsü nezdinde tescilli markasıyla iltibas yaratmak suretiyle atılı suçu işlediği" (İstanbul B.A.M., 15. C.D., 30.12.2016, 343/318).

⁸⁴⁵ **Başbüyük**, s. 143-144.

⁸⁴⁶ www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.12.2019.

⁸⁴⁷ **Yaşar, Yusuf**, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları (TCK m. 188, m. 192), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 225; **Balcı, Murat**, Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde Ticareti

Pazarlık etmek, anlaşmaya çalışmak, kaparo almak, müşteri aramak, müşterilere mal tanıtmak yahut bu amaçla faaliyetlerde bulunmak, reklam yapmak yahut vermek, broşür dağıtmak, malı fiziki olarak sergilemek, çevrimiçi satışa konu etmek gibi hareketler satışa arz etmedir⁸⁴⁸.

Uygulamada satışa arz etme fiili bağlamında sanıklar genellikle malların tamir için bırakıldığı, emanet olduğu, teminat bırakıldığı kişisel kullanım amacıyla bulundurulduğu savunmalarına başvurmaktadır⁸⁴⁹. Kanaatimizce somut olayda malın bulundurulduğu yer, bulundurulma şekli ve amacı, malın fiziki durumu, adedi, mütecaviz işaretli mal ile sanığın ticari faaliyetinin uygunluğu incelenerek bir sonuca ulaşılmalı, malın sadece işyerinde bulundurulması satışa arz olarak değerlendirilmemelidir⁸⁵⁰.

Suçları (TCK. m. 188), Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 174; **Özbek**, Müstehcenlik, s. 130; **Başbüyük**, s. 146; **Çetintürk**, s. 631; **Ensari**, s. 88.

⁸⁴⁸ “Somut olaya gelince, davaya konu edilen taklit çantaların, sanığın çanta üretimi ve satışı üzerine faaliyette bulunulan işyerinde ele geçmesi, ele geçen miktarın kişisel kullanımın üzerinde olması ve savunmasında “eşyaların teminat olarak bırakıldığını” beyan etmesi karşısında, eylemin satışa arz etme olarak kabulü gerekeceği; aksi halde evinde veya deposunda ticari miktarda taklit ürün muhafaza eden kişinin eyleminin suç oluşturmayaacağı kabulü gerekecektir ki, böyle bir yorumun kanunun amacına uymayacağı açıktır” (Y. 19. C.D., 26.04.2016, 31769/16351); “Sanığın Dairemizce tespit edilen savunmasında, suça konu ürünleri daha önce esnaflık yapan ancak iflas eden bir esnaf arkadaşından alacağından mahsuben alarak iş yerinin önünde satışa arz ettiğini kabul etmesi, katılan tarafından şikayet dilekçesi ekinde satış fişi ile birlikte ibraz edilen ürünlerin sanığın iş yerinde ele geçirilen ürünler ile aynı marka ve logolu olduğunun anlaşılması, usulüne uygun aramada sanığa ait iş yerinde satışa hazır halde katılanın hak sahibi olduğu markanın taklidi olarak üretilen dört adet bot ele geçirilmesi, bilirkişi tarafından düzenlenen raporda, sanığın iş yerinde bulunan botların orijinal olmadığının, taklit olarak üretildiğinin ve yapılan marka taklidinin orta düzeydeki tüketiciler tarafından aldatmaya yol açacağı bildirilmiş olması nedenleriyle, ilk derece mahkemesinin kabulünün aksine sanığın üzerine atılı suçun sabit olduğu sonuç ve kanaatine varılarak ilk derece mahkemesince verilen hükmün kaldırılmasına karar verilmiştir” (Samsun B.A.M., 5. C.D., 14.11.2018, 572/3142).

⁸⁴⁹ **Başbüyük**, s. 147; “Ele geçirilen diğer telefonlar ile ilgili olarak atılı suçu işlediğine dair somut bir delil ve veriye ulaşılamadığı, iş yerinde ele geçirilen cep telefonlarının üçüncü şahıslara ait olup tamir amacı ile iş yerine bırakıldığı ve bunun aksinin kanıtlanmadığı kişilerin ellerinde kopyalanmış cep telefonu bulunmasının da yasa ile suç olarak düzenlenmediği anlaşıldığından, aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir” (Y. 19. C.D., 23.10.2017, 33309/8467); “Sanık savunmalarında iş yerinde ele geçen ürünlerin ikinci el olduğunu ve kullanılmak üzere satın alındığını, bunların satışının yapılmadığını belirterek suçlamayı kabul etmemiş ise de, hem ilk derece mahkemesi hem de Dairemizce yapılan incelemede suça konu ürünlerin ikinci el değil daha önce hiç kullanılmamış, yeni ürünler olduklarının tespit edilmesi, bu ürünlerin tezgah üstünde satışa sunulmuş halde ele geçmesi, katılan tarafından dosyaya sunulan taklit ürün numunesi ve yapılan satışa ilişkin kart salibinin de katılanın iddiasını doğrulaması, iş yerinin sanığa ait olup sanık tarafından bizzat işletilmesi, sanığın mesleği, bilgi ve tecrübesi, ürünlerin malzeme ve işçilik olarak düşük kalitede olması, faturalarının bulunmaması karşısında sanığın ele geçen ürünleri satış amacı ile işyerinde bulundurduğu, sanığın suç kastı ile hareket ettiği kanaatine varılmış ve savunmaya itibar edilmemiştir” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 12.11.2019, 3357/3276).

⁸⁵⁰ “Sanığın iş yerinin deposunda ele geçen çantalardan birinin ikinci el ve arızalı olması, diğerinin de yeni olmasına rağmen arızalı olması, her iki çantanın da satışa arz edilmiş vaziyette ele geçirilmiş olmaması ve

Yargıtay, SMK öncesi dönemde kapalı yerde bulundurmak ve depolamak fiillerini satışa arz etme olarak değerlendirmekteydi⁸⁵¹. Kanaatimizce mütecaviz işaretli malların kapalı bir yerde bulundurulması yahut depolanması satışa arz değildir. Ancak SMK’da malın ticari

bu yöndeki sanık savunmaları da dikkate alındığında sanık D. ...'un da mevcut eyleminin münnet suçun unsurlarını taşımadığı anlaşılmıştır” (İzmir B.A.M., 16. C.D., 23.10.2018, 208/290); “Sanığın işyerinde usulüne uygun olarak Sulh Ceza Hakimliğinden alınmış arama kararı ile yapılan aramada, müşteki adına tescilli markanın taklit edilerek üretilmiş ürünlerin, satışa arz edildiğinin, arama tutanağı, bilirkişi raporu, marka tescil belgeleri içeriğinden anlaşılmış olmasına göre sanığın tamir maksadıyla suça konu ayakkabıları bulundurduğuna dair savunmasının da gerek dinlenen tutanak tanığı gerekse de ürünlerin ikinci el olmadığının bilirkişi raporu ile anlaşılması karşısında suçtan kurtulmaya yönelik olup doğru ve inandırıcı olmadığından yerel mahkemece suçun sübutu ve nitelendirilmesinde herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir” (İstanbul B.A.M., 16. C.D., 05.12.2018, 2695/4569); “Her ne kadar sanık satmak için değil de yeğeni için aldığını, bu ürünün dükkandaki mallar arasına nasıl karıştığını bilmediğini belirtip suçlamayı kabul etmese de, bu savunmasının hayatın olağan akışına uygun düşmediği, hediye amaçlı alınan bir ürünün satışı yapılan mallar arasına konulmaması gerektiğini esnaf olan sanığın bilmesi ve bu konuda basiretli bir tüccar gibi davranması gerektiği, kaldı ki aynı üründen katılan vekiline satış yapıldığının dosyadaki fişle sabit olduğu, böylece sanığın savunmasına itibar edilmeyerek atılı suçu işlediği, müşteki şirkete ait markayı taşıyan ürünleri ticari maksatla sattığı ve satmak için bulundurduğu sabit olup atılı suçtan mahkumiyeti yoluna gidilmiştir” (Antalya B.A.M., 10. C.D., 30.05.2017, 1275/1521).

⁸⁵¹ “Katılan vekilinin şikayeti üzerine sanığın sahibi olduğu ... Sanayi ve Tic. A.Ş. adlı firmaya ait depoda 22/11/2012 günü yapılan aramada, üzerlerinde katılan adına tescilli markayı taşıyan toplam 4.095 adet ürünün ele geçirildiği, 23/10/2013 tarihli bilirkişi raporu ile suça konu ürünlerin iltibas suretiyle taklit edildiklerinin tespit edildiği, sanığın 22/11/2012 tarihli kolluk ifadesinde suça konu ürünlerin 2009 yılı öncesinde Çin’den geldiğini; 05/09/2013 tarihli sorgusunda ise bu ürünleri Global Filtre adlı şirketten alacağına karşılık olarak alıp, arama tarihinden bir gün önce deposuna koyduğunu, satışa arz etmediğini beyan ettiği ve mahkemece bu beyana itibar edilerek sanığın beraatine karar verildiği anlaşılmış ise de; sanığın savunmasının ele geçen ürün miktarı da gözetildiğinde ticari hayatın gerçeklerine uygun olmadığı gözetilerek, atılı suçtan mahkumiyeti yerine oluşa ve dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraatine karar verilmesi” (Y. 19. C.D., 07.06.2018, 456/7002); “İlk derece mahkemesince verilen beraat kararında, sanığın, arama yapılan yerin depo olduğunu belirttiği ve arama tutanağına göre de arama yapılan yerin depo olduğu, imalat veya satış yapıldığını gösteren herhangi bir işaretin bulunmadığı, sanığın eyleminin, ticari amaçla satın alma ve depolamadan ibaret olduğu, eylemin, 5833 sayılı Kanun ile değişik 556 sayılı KHK’nin 61/A maddesinin 1. fıkrasının yürürlükte olduğu dönemde işlendiği ve bu KHK’nin mal veya hizmet üretmeyi, satışa arz etmeyi ve satmayı suç olarak düzenlediği, ticari amaçla satın alma, bulundurma ve depolamanın ise 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun 30/1. maddesi ile suç haline getirildiği ve suç tarihinde suç olmayan eylemin sonradan suç haline getirilmiş olması nedeniyle sonradan yürürlüğe giren Kanunun sanık hakkında uygulanamayacağı, 556 sayılı KHK’nin hazırlık hareketlerini suç olarak düzenlemediği, ticari amaçla satın alma, bulundurma ve depolamanın ise hazırlık hareketi olduğu, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun bu hazırlık hareketlerini sonradan suç olarak düzenlediği fakat eylem suç tarihinde marka hakkının ihlali suçunu oluşturmadığı ayrıca sanığın deposunda bulundurduğu ürünleri sattığını, satışa sunduğunu gösteren başkaca mahkumiyete yetecek derecede kesin ve ikna edici delilin de olmadığı gerekçesiyle sanığın beraatine karar verilmiş ise de; suça konu ürünlerin sanık tarafından kiralanmış depoda ele geçmesi, ele geçen miktarın kişisel kullanımın üzerinde olması ve sanığın savunmasında, kiralamış olduğu depoda yapılan arama sırasında ele geçen malları, pazarlarda satmak için İstanbul’dan satın aldığını beyan etmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde sanığın eyleminin satışa arz etme olarak kabulünün gerekeceği ve aksi bir yorumun ise kanunun amacına uymayacağının açık olduğu” (İzmir B.A.M., 26.11.2019, 2757/3430).

amaçla bulundurulması ile depolanması da seçimlik hareket olarak düzenlendiğinden tartışma bugün önemini yitirmiştir.

Satışa arz fiilinin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanır⁸⁵². Başka bir anlatımla, suçun oluşabilmesi için ayrıca malın satılması aranmaz. Ancak SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında satma fiili ayrıca suç teşkil eden bir fiil olarak düzenlenmiştir.

Nihayet belirtilmelidir ki satışa arz etme fiili, failin satma iradesini açığa vurduğu anda tamamlanır ancak fiilin icrası bitmez. Bu itibarla iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, satışa arz etme fiili bakımından mütemadi suç niteliğini haizdir.

d. Satmak

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun dördüncü seçimlik hareketi satmaktır. Satmak sözlükte, bir değer karşılığında bir malı alıcıya vermek anlamına gelmektedir⁸⁵³. Her ne kadar sözlükte satma fiilinin malla ilgili olduğu ifade edilmiş olsa da hizmetin satılması da mümkündür⁸⁵⁴.

Satmak fiilinin ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre satma, satım sözleşmesinin oluşması şeklinde anlaşılmalıdır⁸⁵⁵. Buna göre, tarafların satım hususunda anlaşmalarıyla suç tamamlanır. Diğer bir görüşe göre, sadece hukuki işlemin yapılması (sözleşmesinin oluşması) yeterli olmayıp, eşyanın faile devredilmiş olması veya hizmetin icrasına başlanması da gerekir⁸⁵⁶. Buna göre, malın devredilmesiyle veya hizmet sunumunun başlamasıyla suç tamamlanmış olacaktır.

TBK'nın 1'inci maddesine göre sözleşme, karşılıklı irade beyanlarının (icap-kabul) uyuşmasıyla kurulur⁸⁵⁷. Konumuz itibarıyla kurulacak sözleşme taraflara karşılıklı borç

⁸⁵² Donay / Erman, s. 57.

⁸⁵³ www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.12.2019.

⁸⁵⁴ Üstün, Süleyman / Çalış, Hande Sena, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Doğrudan Temin Usulü, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 27, Sayı 1, 2019, s. 31; Kaplan Dönmez, Nergis Feride, Transfer Fiyatlandırması Kavramı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında İlişkili Kişi, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Cilt 12, Sayı: 23, Temmuz 2020, s. 405.

⁸⁵⁵ Özen, Mustafa, Kamu Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 185, 186, 187), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXVI, Sayı 2, 2008, s. 175; Yenidünya / İçer, s. 93; Çetintürk, s. 635.

⁸⁵⁶ Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 933; Artuç, Mustafa, Malvarlığına Karşı Suçlar, Dördüncü Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 895; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Özel Hükümler, s. 663; Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 781; Yaşar, s. 227.

⁸⁵⁷ Nomer / Engin, s. 49.

yükleyen bir anlaşmadır. Taraflar borçlarını sözleşme kurulduğu anda ifa edebilecekleri gibi daha sonra da ödeyebilir. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması satmaya matuf bir işlem olup satma fiilinin icrasından önce gerçekleşen ve satışa arz olarak değerlendirilebilecek bir durumdur⁸⁵⁸. Bu itibarla kanaatimizce mal devredilmedikçe veya hizmetin icrasına başlanmadıkça suçun tamamlandığı söylenemez. Öte yandan failin bir edim karşılığında malı devretmediği veya hizmeti icraya başlamadığı hallerde, örneğin mütecaviz işaretli kabanları bağışlaması (eğer fail aynı zamanda mütecaviz işaretli malları üreten kişi değilse) halinde suç oluşmayacaktır.

Doktrinde satma fiilinden söz edilebilmesi için öncelikle TBK'ya uygun bir biçimde satım sözleşmesinin gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁵⁹. Bu görüş esasında mallar bakımından ileri sürülmüştür. Nitekim satım sözleşmesinin konusunu maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz eşya oluşturur⁸⁶⁰. Dolayısıyla hizmet, TBK anlamında satım sözleşmesinin konusunu olamaz.

“*Satmak*” fiili ceza kanunlarında çeşitli suçlar bağlamında cezai müeyyideye bağlanmıştır. Bunlardan biri TCK'nın 188'inci maddesinin 3'üncü fıkrasıdır. Hükmün 1'inci cümlesine göre, “*Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi*” cezalandırılır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde gibi konusu suç sayılan malların satım sözleşmesine konu olamayacağı, bu tür satım sözleşmelerinin TBK'nın 27'nci maddesi⁸⁶¹ uyarınca hükümsüz sayılacağı kabul edilmiştir. Bu itibarla ceza hukuku bağlamında satmak fiilinin gerçekleşebilmesi için geçerli bir sözleşmenin varlığı aranmamıştır. Kanaatimizce inceleme konusu suç bakımından da satmak fiilinden bahsedebilmek için TBK anlamında geçerli bir sözleşmeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Burada failin malı devretmesiyle

⁸⁵⁸ Yargıtay, “*kaparo almak (bağlanma parası)*” fiilini satışa arz olarak değerlendirmiştir. Bkz. **Y. 19. C.D., 26.04.2016, 31769/16351**. TBK'nın 177'nci maddesine göre kaparo (bağlanma parası), sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılır. Bu aşamada satım henüz mevcut değildir.

⁸⁵⁹ **Donay / Erman**, s. 57; **Nuhoğlu**, s. 432.

⁸⁶⁰ **Nomer / Engin**, s. 53.

⁸⁶¹ TBK'nın sözleşmelerin “*Kesin Hükümsüzlük*” hallerini düzenlediği 27'nci maddesi, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur*” hükmünü içermektedir.

veya hizmetin icrasına başlamasıyla haksızlık gerçekleşmektedir. Kanaatimizce sözleşmenin geçersiz olması, failin gerçekleştirdiği haksızlığı ortadan kaldıracak bir olgu değildir.

Nihayet belirtmek isteriz ki, SMK'da satımın ön aşaması olan satışa arz fiili de cezalandırıldığına göre fail, malını satışa arz ettiğinde veya hizmet sunduğunda zaten suçu işlemiş olmaktadır⁸⁶². Başka bir anlatımla, satma fiilinin teşebbüs aşamasında kalması halinde hareket esasen tamamlanmış satışa arz etme veya hizmet sunma teşkil edecektir⁸⁶³.

e. İthal veya İhraç Etmek

aa. Genel Açıklamalar

556 sayılı KHK'da suç olarak düzenlenmeyen ithal veya ihraç etmek fiilleri⁸⁶⁴ marka hakkına tecavüz ile etkin mücadele bağlamında SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna vücut verebilecek seçimlik hareketler arasında sayılmıştır.

Sözlükte ithal etmek, bir ülkeye başka ülkelerden mal getirmek; ihraç etmek, yurt dışına mal veya hizmet satmak anlamına gelmektedir⁸⁶⁵. Her ne kadar sözlükte ithal etme fiili ihracın aksine mallara indirgenmiş olsa da hizmetin ithal edilmesi de mümkündür. Nitekim yurt dışında yerleşik kişi veya kuruluşun Türkiye'ye gelerek veya elemanlarını göndererek burada bir hizmeti icra edilebileceği gibi Türkiye'den de yurt dışına gidilerek hizmet sunulması

⁸⁶² **Başbüyük**, s. 151; **Özbek**, Müstehcenlik, s. 70.

⁸⁶³ **Durmuş / Erdem / Önok**, s. 1003.

⁸⁶⁴ “Suç tarihi itibarıyla tescilli yapılan markaların korunmasına yönelik yürürlükte bulunan 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Marka hakkına tecavüz suçu 61/A maddesinde “ceza hükümleri” başlığı altında düzenlenmiştir. Suç tarihinde yürürlükte bulunan 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinde yazılı suçun maddi unsurları, başkasına ait marka hakkına, iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek, “mal veya hizmet üretmek”, “satışa arz etmek” veya “satmak” seçimlik fiilleridir. Sanığın dava konusu olan ve mahkemece de sabit görülen başkasına ait marka hakkına, iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek üretilmiş eşyayı taşımak eylemi ticari amaçla olsa bile kararnamede suç olarak düzenlenmediğinden sanığın CMK'nın 223/2-a maddesi gereğince beraatine karar verilmesi gerekirken TCK'nın 7/1 maddesine aykırı olarak suç tarihinden sonra 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiş olan yasa hükümlerine göre cezalandırılmasına karar verilmesi” (**Adana B.A.M., 02.11.2020, 152/606**); “Ticari amaçla dahi olsa ithal ya da ihraç edilmek maksadıyla gümrük bölgesinde eşya bulundurmamak eylemi 556 Sayılı KHK 61/A maddesi kapsamına alınmadığı gibi, bu maddeye atıf da yapılmadığı, TCK 2. Maddesi gereğince cezada kanunilik ilkesi gereği sanığın somut olayda katılanlara ait ürünlerin taktitlerini gümrük idaresine verdiği serbest dolaşıma giriş beyannamesi(SDGB) ile yurt dışından ithal etmek amacıyla gerçekleştirdiği iddia olunan eylemde atılı suçun unsurlarının bulunmadığı anlaşılmakla yerel mahkemece sanığın beraatine verilen kararda isabetsizlik görülmemiş” (**İstanbul B.A.M., 16. C.D., 03.09.2019, 1927/3859**).

⁸⁶⁵ www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.12.2019.

mümkündür. Öte yandan cismani bir varlığı olmaması sebebiyle hizmetin ithali veya ihracının tespiti zordur. Zira kişiler ülkeye gelip yahut ülkeden gidip hizmet icra edebilir. Hatta ülkemizde bulunan bir kişi yurt dışında bulunan bir mimarlık ofisine proje çizdirilebilir ve bunu online olarak alabilir. Bu sebeple ithal ve ihraç seçimlik hareketlerinin esasen mallarla ilgili olduğu ve mallar üzerinde işlendiği söylenmelidir.

İnceleme konusu suç bakımından ithal etmek, mütecaviz işaretli mal veya hizmetin ülkeye sokulması; ihraç etmek, mütecaviz işaretli mal veya hizmetin ülkeden çıkartılması olarak tanımlanabilir⁸⁶⁶. Burada ülkeden kastedilen, Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasuları, açık denizlerde veya yabancı bir devletin ülkesinde bulunduğu sırada Türk bayrağını taşıyan hava ve deniz araçları, Türkiye'nin kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlar, askeri işgal altında bulunan yerlerdir⁸⁶⁷. İthal ve ihracın hangi yollarla (kara, deniz, hava, çevrimiçi) ve hangi vasıtalarla (otomobil, tren, uçak, gemi vb.) gerçekleştirildiği önemli değildir.

bb. Özellik Arz Eden Durumlar

Hukukumuzda malların ithalinin veya ihracının gümrük vasıtasıyla gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır. Nitekim 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesi'ne giren ve çıkan *eşyaya ve taşıt araçlarına* uygulanacak gümrük kuralları belirlenmiştir (GK m. 1). Öte yandan mütecaviz işaretli malların ithali veya ihracı kaçakçılık suretiyle de icra edilebilir. Her iki halde de suçun ne zaman işlenmiş sayılacağı cezai sorumluluk bakımından önem arz etmektedir.

Kanaatimizce suçun tamamlanma anı, ithal veya ihraca ilişkin mevzuat dikkate alınarak somut olaya göre değerlendirilmelidir. Malların ülkeye sokulması yahut çıkartılması kural olarak gümrük vasıtasıyla gerçekleştirildiğinden mütecaviz işaretli mallar siyasi sınırlar içerisinde bulunsa da gümrük işlemleri tamamlanmadıkça ithal veya ihraç edilmiş sayılmamalıdır⁸⁶⁸. Ayrıca mütecaviz işaretli mallar, kaçakçılık suretiyle ülkeye sokulursa yahut ülkeden çıkartılırsa suç, fiilin gerçekleştirilmesiyle tamamlanır.

⁸⁶⁶ Yaşar, s. 130-137; Balcı, Uyuşturuucu Madde Ticareti, s. 128-134.

⁸⁶⁷ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 1081; Özgenç, Genel Hükümler, s. 975-976; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 766-768.

⁸⁶⁸ Benzer görüşler için bkz. Başbüyük, s. 223; Çetintürk, s. 838-839.

SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrası bakımından malın ülkeye nasıl sokulduğu yahut ülkeden hangi yollarla çıkarıldığı önemli değildir. Bu itibarla, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluşumu bakımından malın hukuki yollarla yahut kaçakçılık suretiyle ithal veya ihraç edilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır.

Mütecaviz işaretli malların gümrük işlemlerine tabi tutulmaksızın veya gümrük rejimi dışında ülkeye sokulması (ithalat kaçakçılığı) halinde, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun yanı sıra KMK'nın 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen gümrük kaçakçılığı suçu da değerlendirilmelidir⁸⁶⁹.

Öte yandan KMK'nın 3'üncü maddesinin 8'inci fıkrasında, *ihracı kanun gereği yasak olan eşyayı* ülkeden çıkarmak fiili gümrük kaçakçılığı (ihracat kaçakçılığı) suçlarından sayılmıştır. İhracı yasak eşyadan genellikle kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması, satılması ya da satın alınması esasen suç teşkil eden veya böyle olmamakla beraber, belirli bir kanun hükmünce Türkiye'den çıkartılması yasaklanmış herhangi bir eşya anlaşılır⁸⁷⁰. Mütecaviz işaretli malların ihracının yasak olduğuna ilişkin açık bir norm bulunmamakla birlikte bunların ihracı iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla mütecaviz işaretli malların mutlak surette ihracı kanun gereği yasak eşyalardan olduğu düşünülebilir. Ancak kanaatimizce burada otonom bir yorum yapılmalı ve kural olarak mütecaviz işaretli mallar kanun gereği yasak eşyalardan sayılmamalıdır⁸⁷¹. Zira iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz şikâyetine tabi suçlardandır. Şikâyet şartı gerçekleşmediği müddetçe suçun soruşturulması veya kovuşturulması mümkün değildir (CMK m. 73)⁸⁷². Bununla birlikte, SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında mütecaviz işaretli

⁸⁶⁹ Başbüyük, s. 145; Çetintürk, s. 616.

⁸⁷⁰ Erman, Sahir, Kaçakçılık Suçları, Ticari Ceza Hukuku – IV, İsmail Akgün Vakfı Matbaası, İstanbul 1981, s. 149 ve 172.

⁸⁷¹ Benzer bir görüş için bkz. Çetintürk, s. 619. Aksi yönde bkz. “İzmir Adli Emanetinin 2016/6482 sırasında kayıtlı taklit Chanel ve Cartier markalı ürünlerin üretilmesi, satılması, satışa sunulması suç oluşturduğundan bu ürünlerin TCK'nın 54/4. maddesi uyarınca müsadereesine” (İzmir B.A.M., 16. C.D., 17.07.2019, 1762/2384); “Katılan vekilinin sanık Enes Sevgin hakkındaki şikâyetinden vazgeçtiği anlaşılacakla 6769 Sayılı Kanunun 30/6, TCK'nın 73/4 ve CMK'nın 223/8 maddesi gereğince sanık ... hakkındaki davanın düşürülmesine, suç konusu Puma markalı ayakkabıların TCK 54/4. Maddesi gereğince müsadereesine” (İstanbul B.A.M., 16. C.D., 20.06.2019, 2344/2464).

⁸⁷² SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (c) bendine göre, marka hakkı sahibi, işareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesini önlenmesini talep edebilir. Keza SMK'nın 149'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının “Sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, mahkemeden aşağıdaki taleplerde bulunabilir:

- a) Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti.
- b) Muhtemel tecavüzün önlenmesi.
- c) Tecavüz fiillerinin durdurulması.
- ç) Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini.

malların kişisel amaçla bulundurulması suç olarak kabul edilmemiştir⁸⁷³. Keza, SMK'nın 153'üncü maddesinde marka hakkı sahibinin, hakkına tecavüz eden tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran veya kullanan kişilere karşı yahut sebep olduğu zarardan dolayı kendisine tazminat ödeyen kişi tarafından, sınai mülkiyet hakkı sahibinin elkoymaması sebebiyle piyasaya sürülmüş ürünleri ticari amaçla kullanan kişilere karşı SMK'da yer alan hukuk davalarını açamayacağı veya ceza davası açılması için şikâyetle bulunamayacağı hüküm altına alınmıştır. Eğer mütecaviz işaretli mallar, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun'da gösterilen maddeler ya da 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda belirtilen yurt içinde korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları gibi ihracı kanun gereği yasak eşyalardan görülseydi SMK'da yukarıda zikredilen düzenlemelere yer verilmezdi⁸⁷⁴. Bu itibarla, mütecaviz işaretli malları, ihracı kanun gereği yasak eşyalardan görmemekteyiz.

Mütecaviz işaretli malların ithali bakımından üzerinde durulması gereken hususlardan biri transit geçiş meselesidir⁸⁷⁵. Transit geçiş, bir malın gümrük bölgesine girmekle birlikte, iç piyasaya sürülmeden, transit beyannamesi ile Türkiye gümrüğü veya Türkiye'deki bir serbest bölge üzerinden başka bir ülkeye sevk edilmesidir⁸⁷⁶. Dolayısıyla transit geçiş konu olan mallar bakımından hedef piyasa Türkiye değildir.

556 sayılı KHK'nın 9'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendinde marka hakkı sahibince yasaklanabilecek fiiller arasında, "İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi,

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 hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi" şeklindeki hükmü mütecaviz işaretli malların bizatihi suç teşkil etmediğini göstermektedir.

⁸⁷³ İhracat kaçakçılığında suçun konusu eşyanın ticari ya da kişisel kullanıma ait veya hediye olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Bkz. **Ergin, Yusuf**, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Kaçakçılık Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 138-139

⁸⁷⁴ Esasen ihracat kaçakçılığı tali norm niteliğinde olup fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde uygulama alanı bulacaktır.

⁸⁷⁵ Detaylı bilgi için bkz. **Kur / Senftleben**, s. 383 vd.; **Çolak**, s. 492 vd.; **Bozgeyik**, s. 71-72; **Saraç, Tahir**, Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur Mu?, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2007, s. 443.

⁸⁷⁶ **Çolak**, s. 494; **Bozgeyik**, s. 71; **Saraç**, s. 443.

gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması” gösterilmiş; 61’nci maddesinin (c) bendinde, “Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak” marka hakkına tecavüz sayılmıştır⁸⁷⁷. SMK’nın 7’nci maddesinin 3’üncü fıkrasının (c) bendinde ise marka hakkı sahibince yasaklanabilecek fiiller arasında “İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi” gösterilmiş; 29’uncu maddesinin 1’inci fıkrasının (c) bendinde, “Markayı veya ayırt edilmeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde 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” marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir⁸⁷⁸.

Zikredilen hükümlerden hareketle doktrinde, marka hakkının hukuki himayesi bağlamında, SMK’da mütecaviz işareti taşıyan malın ithalinin veya ihracının marka hakkı kapsamında kaldığı, malın herhangi bir gümrük rejimine tabi tutulması hali ve buna bağlı olarak transit rejim de dahil olmak üzere tüm gümrük rejimleri hallerinin kapsam dışı bırakıldığı ifade edilmiştir^{879, 880}. Öte yandan 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Marka Direktifi’nin 10’uncu

⁸⁷⁷ Zikredilen düzenleme 556 sayılı KHK’nın 2009 tarihli 5833 sayılı Kanun ile değişik halidir. 5833 sayılı Kanun öncesi, 556 sayılı KHK’nın 9’uncu maddesinin 2’nci fıkrasının (c) bendinde, marka hakkı sahibinin yasaklayabileceği fiiller arasında “işareti taşıyan malın ithali” gösterilmiş; 61’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (c) bendinde, “Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak” marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmişti. 5833 sayılı Kanun öncesi dönemde Yargıtay, marka hakkının hukuki himayesi bağlamında transit geçişlerin marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini kabul etmekteydi. Bkz. Y. 11. H.D., 10.12.2007, 12919/15577.

⁸⁷⁸ SMK ile 556 sayılı KHK’daki hükümden vazgeçilmesinin sebebi GATT’ın 5’inci maddesinde yer alan “transit özgürlüğü” ve 20’inci maddesinin (d) bendinde yer alan “patent, marka ve telif hakları korumasının uluslararası ticarete örtülü bariyer oluşturmaya yol açmaması” kuralıdır. Detaylı bilgi için bkz. Çolak, s. 498.

⁸⁷⁹ Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 100; Çolak, s. 498; Bozgeyik, s. 72.

⁸⁸⁰ SMK’nın 159’uncu maddesinin 2’nci fıkrasının (b) bendinde “Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalarla ya da patenti verilmiş usulün icrasında kullanılan vasıtalarla, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, bulundukları her yerde elkonulması ve bunların saklanması” hususunda marka hakkı sahibinin ihtiyati tedbir talebinde bulunabileceği hüküm altına alınmıştır. Doktrinde bu hükmün, SMK’nın 7’nci maddesinin 3’üncü fıkrasının (c) bendi ile çeliştiği ancak SMK’nın 159’uncu maddesinin 2’nci fıkrasının (b)

maddesinin 4'üncü fıkrasında, hukukumuzdan farklı olarak marka hakkı sahiplerine, mütecaviz işaretli malların serbest dolaşıma girmeden önce elkonulabilmesi hususunda hak tanınmıştır⁸⁸¹.

Marka hakkının cezai himayesi bağlamında doktrinde konuyu değerlendiren *Çetintürk*, mütecaviz işaretli malların transit rejim çerçevesinde olsa da Türkiye'ye sokulması durumunu bu fiili ithal olarak kabul edip, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluşacağını ileri sürmüştür⁸⁸². Ayrıca *Çetintürk*, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin transit geçirilmesi durumunda doktrin ve uygulamada ithal veya ihraçtan değil, nakilden dolayı failin cezalandırılacağını kabul edildiğini, bu kapsamda iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bakımından mevcut uygulamaya uygun biçimde, mütecaviz işaretli malların transit geçirilmesi durumunda ithal veya ihraçtan değil, nakilden işlem yapılması gerektiğini belirtmektedir⁸⁸³.

Kanaatimizce SMK'da marka hakkı, ithal veya ihraç ile sınırlı tutulmuş ve mütecaviz işaretli malların gümrük rejimi halleri ve buna bağlı olarak transit geçiş kapsam dışı bırakılmıştır⁸⁸⁴. Bu itibarla transit geçiş konu mütecaviz işaretli mallar iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun ithal veya ihraç seçimlik hareketlerine konu olmamalıdır. Transit geçiş bir gümrük işlemi olup, her ne kadar mütecaviz işaretli mallar idari anlamda mülki sınırlar içerisinde olsa da bu aşamada mevzuat gereği ithal veya ihraçtan söz edilemez. Bununla birlikte, kanaatimizce SMK'da gümrük rejimi halleri kapsam dışı bırakıldığından mütecaviz işaretli malları transit geçiren kişinin, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunda olduğu gibi, “*nakletme*” fiili bağlamında da cezai sorumluluğu bulunmamalıdır. Ayrıca ifade edilmelidir ki transit geçişte mallar bir ülkeden başka bir ülkeye aktarılırken Türkiye'ye uğramaktadır ve Türkiye'nin piyasasına girmemektedir. Türk hukukuna göre mallar üzerinde yer alan işaret marka hakkına tecavüz niteliği taşıırken, malların geldiği ülke veya gideceği ülke mevzuatına göre işaret mütecaviz olmayabilir. Bu sebeple aksi bir uygulama transit özgürlüğünü zedeler nitelik taşıyacaktır⁸⁸⁵.

bendindeki düzenlemenin bilinçli bir tercih olmadığı ve unutkanlıktan kaynaklandığı belirtilmektedir. Bkz. **Çolak**, s. 499.

⁸⁸¹ **Kur / Senftleben**, s. 383-385.

⁸⁸² **Çetintürk**, s. 622.

⁸⁸³ **Çetintürk**, s. 624-625. Benzer bir görüş için bkz. **Kaynak**, Fikri Mülkiyet, s. 333.

⁸⁸⁴ **Achenbach / Ransiek / Rönnau**, s. 1661; **Çolak**, s. 498; **Bozgeyik**, s. 72.

⁸⁸⁵ **Kur / Senftleben**, s. 383.

Mütecaviz işaretli malların ithali bakımından üzerinde durulması gereken hususlardan biri uluslararası ticaretin en çetrefilli ve anlaşılmaz konularından biri olan paralel ithalat meselesidir⁸⁸⁶. Marka hakkının tükenmesi ile ilgili olan paralel ithalat, *orijinal malların*, marka hakkı sahibinin izni olmadan yurt dışından ithal edilmesiyle oluşur⁸⁸⁷. Başka bir anlatımla, yurt dışında *marka hakkı sahibi tarafından* ya da *onun rızası ile piyasaya sunulmuş olan* ve yurt içinde halen alınıp satılan bu malların aynısının, marka hakkı sahibinin izni dışında ve tek satıcı veya distribütörden başka üçüncü kişilerce yurt dışındaki bir piyasadan temin edilerek Türkiye'ye getirilmesi paralel ithalattır⁸⁸⁸. Paralel ithalatı gerçekleştiren kişiler temel olarak, yurt dışından daha ucuza buldukları orijinal ürünleri ithal ederek kâr elde etmeyi amaçlamaktadır⁸⁸⁹. Orijinal malın yurt dışında daha ucuz olma sebebi firmaların farklı ülkeler için farklı fiyat politikası izlemesi, ülkelere göre değişen gümrük vergileri, döviz kurundaki dalgalanma, ithal edilecek ülkedeki stok yetersizliğinden kaynaklanabilmektedir.

556 sayılı KHK'nın 13'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında “*Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak, marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır*” denilmek suretiyle ülkesel tükenme ilkesi benimsenmişken, SMK'nın 152'nci maddesinin 1'inci fıkrasının “*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*” hükmü ile uluslararası tükenme ilkesi kabul edilmiştir^{890, 891}. Dolayısıyla SMK ile birlikte marka hakkı sahibinin paralel ithalatı engelleme imkânı bulunmamaktadır. Bu itibarla paralel ithalata konu mallar iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna vücut vermeyecektir. Ancak kanaatimizce SMK'da uluslararası

⁸⁸⁶ **Heath, Christopher**, Parallel Imports and International Trade, International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property (ATRIP) Annual Meeting, 07-09.07.1999, ATRIP/GVA/99/6, s. 1.

⁸⁸⁷ **Bently / Sherman**, s. 929; **Dobrin, Samuel / Chochia, Archil**, The Concepts of Trademark Exhaustion and Parallel Imports: A Comparative Analysis between the EU and the USA, TalTech Journal of European Studies, Volume 6, Issue 2, 2016, s. 29; **Arıkan, Özgür**, Trade Mark Rights and Parallel Importation in the European Union, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 173-174.

⁸⁸⁸ **Yasaman / Ayoğlu / Yusufoğlu / Yüksel**, s. 543; **Çolak**, s. 615.

⁸⁸⁹ **Arıkan**, Parallel Importation, s. 175; **Bently / Sherman**, s. 929.

⁸⁹⁰ SMK'nın 152'nci maddesinin gerekçesinde, “*Önceki düzenlemelerde ulusal tükenme ilkesi benimsenmiş iken, söz konusu metinde yer alan “Türkiye’de” ibaresine Kanunda yer verilmeyerek uluslararası tükenme tercih edilmiştir*” denilmektedir. Bkz. **Pekdiñer / Giray / Baş**, s. 392.

⁸⁹¹ Avrupa Birliği, bölgesel tükenme ilkesini kabul etmiştir. Bkz. **Cornish / Llewelyn / Aplin**, s. 810; **Dobrin / Chochia**, s. 29.

tükenme ilkesi benimsenmemiş olsaydı da ortada mütecaviz işaretli mal bulunmadığı için suç yine oluşmayacaktı^{892, 893}.

Öte yandan *Tekinalp*, bir marka belirli bazı mallar için Türkiye’de bir şahsın adına kayıtlıyken, aynı veya benzer bir markanın yine aynı mallar için yurt dışında başka bir kişinin adına tescil edilip de mezkûr ülkede o marka altında üretilen mallardan Türkiye’ye yapılan ithalattan paralel ithalatın ayrılması gerektiğini, bu varsayımda marka hakkına tecavüzün gerçekleşeceğini belirtmiştir⁸⁹⁴. Bu ihtimalde *Çetintürk*, yurt dışında üretilen mallar başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmediğinden suçun oluşmayacağını ileri sürmüştür⁸⁹⁵.

Belirtmek isteriz ki marka hakkı kural olarak tescil olunan ülkede kazanılır. Buna ülkesellik ilkesi denilmektedir. Ülkesellik ilkesi, hem marka hakkının var olup olmadığı hem hakkın koruma alanının belirlenmesi hem de koruma şeklinin tespitinde yol göstericidir⁸⁹⁶. Bu itibarla, Türkiye’de tescilli bir marka ile aynı veya benzer işaretin aynı mal veya hizmet üzerinde değişik ülkelerde ve farklı kişilerce tescili mümkündür.

Türkiye’de tescilli bir marka ile aynı veya benzer işaretin aynı mallar üzerinde değişik bir ülkede farklı kişiler adına tescilli olması marka hakkının tükenmesi ile ilgili bir mesele değildir ve *Tekinalp*’in belirttiği gibi bu malların Türkiye’ye ithal edilmesi marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir. Ayrıca kanaatimizce bu malların Türkiye’ye ithal edilmesi aynı zamanda iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun gerçekleşmesine de

⁸⁹² **Jarrett / Chandler**, s. 133; **Çetintürk**, s. 627-628. Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi (UK Supreme Court), R v. C (03.08.2017) kararında, her ne kadar mallar orijinal olsa da marka hakkı sahibince bunların İngiltere’de satımına izin verilmediğinden hareketle Birleşik Krallık Markalar Kanunu’nun 92’nci maddesi uyarınca suçun gerçekleştiğini kabul etmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Roughton, Ashley**, R v C in the UK Supreme Court – should parallel importation be criminalized?, Queen Mary Journal of Intellectual Property, Volume 8, Number 2, 2018, s. 156 vd.

⁸⁹³ “*Sanığın Birlik Plas Oyuncak San Tic. Ltd. şirketinin yetkilisi olduğu ve suça konu ürünün Çin’de bulunan ve unvan değişiklikleri neticesinde Rastar Group firmasından fatura karşılığı alındığı, Rastar Group firmasının müşterisi Ferrari Spa ile arasında lisans sözleşmesinin bulunduğu ve buna istinaden üretim yaptığı sanığın da Rastar firmasının Türkiye’deki ana bayisi olduğu ürünlerin lisanslı olduğunu düşünerek fatura karşılığında aldığı suç kastının bulunmadığı eyleminin yasalara uygunluk arz ettiği anlaşılmakla; marka taklidi ürünlerin sanık tarafından ticari gaye ile temin edildiği ve satışa sunulduğuna dair sanığın savunmasının aksine mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gerekçesiyle sanığın beraatine dair verilen kararda isabetsizlik görülmüştür” (İstanbul B.A.M., 16. C.D., 14.01.2020, 3019/116).*

⁸⁹⁴ **Tekinalp**, s. 447.

⁸⁹⁵ **Çetintürk**, s. 629-630.

⁸⁹⁶ **Pash**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 182; **Arkan**, Yabancı Markalar, s. 5.

sebebiyet verecektir. Gerçekten ithal edilen ülkede malların hukuka uygun yahut aykırı şekilde üretilip üretilmediği Türkiye’de markasını tescil ettiren bakımından önemli olmayıp malların Türkiye’ye ithal edilmesiyle marka hakkına tecavüz gerçekleşir. Aksi bir kabulde, Türkiye’de tescilli bir markaya tecavüz etmek ve onun piyasa gücünden yararlanmak isteyen kişinin, komşu ülkelerde aynı markayı aynı mal üzerinde tescil ettirerek, orada ürettiği malları Türkiye’ye ihraç etmesi ihtimali cezasız kalacaktır.

Mütecaviz işaretli malların ithali bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus gri piyasa meselesidir. Gri piyasa, marka hakkı sahibinin rızası dahilinde yurt dışında piyasaya sunulan ve üçüncü kişilerce ithal edilmek istenen orijinal nitelikteki mallar ile marka hakkı sahibi tarafından yurt içinde piyasaya sunulan markalı mallar arasında kalite, nitelik ve sair hususlar yönünden farklılık bulunması halinde söz konusu olur⁸⁹⁷. Paralel ithalatta malın aynısı orijinal şekilde ithal edilirken, gri piyasada ithal edilecek orijinal mal, marka hakkı sahibinin ülkesinde sunduğu maldan kalite, nitelik ve sair hususlar bakımından farklıdır. Ancak her ikisinde de mal marka hakkı sahibince veya onun lisansını alanlarca üretilmektedir. Bu sebeple doktrinde bazı yazarlarca paralel ithalat ile gri piyasa terimlerini birbirinin yerine kullanılmaktadır⁸⁹⁸. SMK’nın 152’nci maddesinin 1’inci fıkrasında uluslararası tükenme ilkesi kabul edildiğine göre paralel ithalatta olduğu gibi gri piyasa mefhumundan mütevellit marka hakkına tecavüz vuku bulmayacaktır. Keza gri piyasada mallar marka hakkı sahibince veya onun lisansını alanlarca üretildiğinden iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu da oluşmayacaktır.

Nihayet belirtmek isteriz ki ithal ve ihraç ticari kavramlardır⁸⁹⁹. SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında ticari amaçla bulundurma, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketlerinden sayılmış ve SMK’nın 153’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında marka hakkı sahibinin, hakkına tecavüz eden tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri *kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran veya kullanan* kişilere karşı şikâyetle bulunamayacağı hüküm altına alınmıştır. Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde mütecaviz işaretli malları kişisel ihtiyaçları için (kişisel amaçla) elinde bulunduran kişinin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu işlemediği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla örneğin kolunda mütecaviz işaretli saat ile ülkeye giren kişinin mütecaviz işaretli mal ithal

⁸⁹⁷ Yasaman / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksel, s. 543; Çolak, s. 614.

⁸⁹⁸ Paradise, s. 30; Jarrett / Chandler, s. 133.

⁸⁹⁹ Kaynak, Fikri Mülkiyet, s. 324; Durmuş / Erdem / Önok, s. 989; Balci, Uyuşturucu Madde Ticareti, s. 133-134; Başbüyük, s. 145-146; Aksi görüş için bkz. Yaşar, s. 196.

ettiğinden bahisle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu işlediği söylenemez.

f. Satın Almak

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun bir diğer seçimlik hareketi satın almaktır. Satın almak sözlükte, bir nesneyi belirlenen fiyatını ödeyerek kendine mal etmek, mubayaa etmek anlamına gelmektedir⁹⁰⁰. Her ne kadar sözlükte satın alma fiiline nesnenin konu olabileceği belirtilse de hizmetin de satın alınması mümkündür⁹⁰¹.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bağlamında satın almak, bir edim karşılığında mütecaviz işaretli malın devralınması veya hizmetin icrasına başlanması olarak tanımlanabilir. Esasında satmak fiili ile satın alma fiili örtüşmekte ancak taraflar farklılaşmaktadır. Başka bir anlatımla satanın karşısında bir de satın alan bulunmalıdır. Dolayısıyla satmak fiili kapsamında yapmış olduğumuz açıklamalar satın alma fiili bakımından da geçerlidir.

Öte yandan kanun koyucu satın alma bakımından satmak fiilinden farklı olarak failin ticari amaç gütmesi halinde cezai müeyyide ile karşılaşacağını kabul etmiştir. Amaç (saik), suçun haksızlık muhtevasına dahil edilmişse, suçun oluşumu için bu unsurun da gerçekleşmiş olması gerekir. Bu itibarla, satın alma fiilini icra eden kişinin kar gütmeye amacı bulunmuyorsa suç oluşmayacaktır.

g. Bulundurmak ve Depolamak

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun diğer seçimlik hareketleri bulundurmak ve depolamaktır. Sözlükte bulundurmak, var olmasını, hazır bulunmasını sağlamak, eksik etmemek; depolamak ise saklamak veya korumak amacıyla ambara koymak, depo etmek, biriktirmek, ambarlamak şeklinde tanımlanmıştır⁹⁰².

⁹⁰⁰ www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.12.2019.

⁹⁰¹ **Başbüyük**, s. 151; **Özmen**, s. 94; **Kart**, s. 141.

⁹⁰² www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.12.2019.

Bulundurma ve depolama fiillerinin konusunu mallar teşkil eder. Nitekim hizmetin mal gibi cismani bir varlığı olmadığından bulundurulması yahut depolanması da mümkün değildir⁹⁰³.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bağlamında bulundurma, mütecaviz işaretli mallar üzerinde fiil egemenlik ilişkisinin devam ettirilmesini^{904, 905}; depolama ise mütecaviz işaretli malların herhangi bir yerde tutulmasını ifade etmektedir^{906, 907}. Görüldüğü üzere esasında bulundurma, depolama fiilini kapsar niteliktedir⁹⁰⁸. Kanaatimizce suç politikası gereği her iki fiili de suç kapsamına alınarak tatbikatta ortaya çıkabilecek farklı uygulamaların önüne geçilmek istenmiştir⁹⁰⁹.

Bulundurulan veya depolanan mütecaviz işaretli malların mülkiyetinin faile ait olması gerekmediği gibi failin bu malları yanında taşıması yahut kendine ait olsun ya da olmasın bir dükkânda tutması arasında da bir fark yoktur⁹¹⁰. Ayrıca suçun oluşumu bakımından failin

⁹⁰³ Aksî görüş için bkz. **Özmen**, s. 94.

⁹⁰⁴ **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 992; **Yaşar**, s. 246.

⁹⁰⁵ “Yukarıda belirtilen nedenle İlk Derece Mahkemesince verilen düşme kararı hukuka aykırı bulunduğundan, istinaf incelemesini yapan Dairemizce duruşma açılmasına karar verilmiş ve yapılan yargılama sonucunda, arama tutanağı, bilirkişi raporları, şikayet dilekçesi, Uzlaşmanın gerçekleşmediğine ilişkin tutanak, Türk Patent ve Marka Kurumu yazısı ile dosya kapsamına göre; sanığın suç tarihinde katılanlar adına tescilli markaların, iktibas ve iltibasa neden olacak nitelikteki taklitlerini taşıyan ürünleri işyerinde ticari amaçla bulundurmamak suretiyle üzerine atılı suçu işlediği sonucuna varılmış” (**İzmir B.A.M., 16. C.D., 30.01.2019, 824/255**); “Sanığın iş yerinde ele geçirilen ve suça konu olan ürünlerinin orijinal ürün olmadığı, orijinal ürünün taklidi olduğu, söz konusu ürünlerin potansiyel ortalama tüketici kitlesi tarafından orijinal ürünle karıştırılabilmesine yol açabilecek nitelikte olduğu, sanığın suça konu ürünleri satışa sunduğu, ticari amaçla elinde bulundurduğu anlaşılmakla, taklit olduğu tespit edilen ürünlerden dolayı marka sahibinin tescilli markalarından kaynaklanan marka haklarına tecavüz fiilinin gerçekleştiği, açıklanan şekilde sanığın üzerine atılı suçun unsurları itibarıyla oluştuğu anlaşılmıştır” (**Adana B.A.M., 11. C.D., 12.02.2020, 706/641**).

⁹⁰⁶ **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 992; **Yaşar**, s. 246.

⁹⁰⁷ “Sanık savunmalarında, suça konu ürünleri satmadığını, taklit olduğunu anlayınca depoya koyduğunu belirterek suçlamayı kabul etmemiş ise de, suça konu ürünlerin işyerinin girişine göre hemen karşıda bulunan depoda ele geçmesi, ürünlerin ele geçtiği yerin konum ve özelliği, ürünlerin sayısının fazlalığı ve ticari miktarda olması, bu ürünlerin faturasının bulunmaması, iş yerinden katılan vekili tarafından satın alınan taklit numune ürünün soruşturma aşamasında ibraz edilmiş olması karşısında, sanığın eyleminin bizzat sadece depolama değil satışa arz etme olarak kabul edilmesi gerektiği, sanığın suç kastı ile hareket ettiği kabul edilmiş ve aynı gerekçelerle savunmalarına itibar edilmemiştir” (**İzmir B.A.M., 11. C.D., 11.06.2019, 619/1962**).

⁹⁰⁸ **Kaynak**, Fikri Mülkiyet, s. 330; **Yaşar**, s. 280; **Başbüyük**, s. 154.

⁹⁰⁹ Doktrinde **Kaynak**, SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında depolamak, nakletmek, satışa arz etmek fiillerinin cezalandırılması sebebiyle maddede bulunmak fiilinin yer verilmesini gereksiz tekrar olarak değerlendirmektedir. Bkz. **Kaynak**, Fikri Mülkiyet, s. 329.

⁹¹⁰ **Başbüyük**, s. 153; **Çetintürk**, s. 637-638.

mütecaviz işaretli mallar üzerinde kurduğu fiili egemenliğin hangi sebebe dayandığının da bir önemi bulunmamaktadır.

SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında bulundurma ve depolama fiilleri bakımından suçun, satın almada olduğu gibi ticari amaçla gerçekleştirilmesi aranmıştır. Bu itibarla ticari amaç olmaksızın icra edilen bulundurma ve depolama hareketleri neticesinde suç oluşmayacaktır⁹¹¹.

Bulundurma fiili, failin mütecaviz işaretli mallar üzerine fiili hakimiyet sağlamasıyla tamamlanır ancak failin mütecaviz işaretli mallar üzerindeki fiili hakimiyeti devam ettiği müddetçe bitmez. Keza depolama fiili, mütecaviz işaretli malların herhangi bir yerde tutulmasıyla tamamlanır ancak suç tutulma işleminin sona ermesine kadar devam eder. Bu itibarla iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, bulundurma ve depolama fiilleri bakımından mütemadi suç niteliğini haizdir.

h. Nakletmek

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun son seçimlik hareketi nakletmektir. Nakletmek sözlükte, bir yerden başka bir yere geçirmek, iletmek anlamına gelmektedir⁹¹².

Hizmetin mal gibi cismani bir varlığı olmadığından nakledilmesi mümkün değildir. Bu sebeple iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bağlamında nakletmek, mütecaviz işaretli malların yurt içinde bir yerden diğer bir yere taşınmasını ifade eder⁹¹³. Nakletme fiili, failin mütecaviz işaretli malları nakletmeye başlamasıyla tamamlanır ancak suç nakil işlemi devam ettiği müddetçe işlenmeye devam eder. Bu itibarla iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, nakletme fiili bakımından mütemadi suç niteliğini haizdir. Nakletmenin suç teşkil edebilmesi için fiilin satın alma, bulundurma ve depolamada olduğu gibi ticari amaçla icra edilmesi zorunludur⁹¹⁴.

⁹¹¹ Kanaatimizce burada ticari amacın mütecaviz işaretli malların ticarete konu edilmesine yönelik olması gerekir. Bu itibarla, iştirak iradesi olmaksızın, bulundurmanın veya depolamanın bir edim karşılığında yapılması suçun gerçekleşmesine sebebiyet vermemelidir. Konu manevi unsur başlığında incelenecektir.

⁹¹² www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.12.2019.

⁹¹³ **Başbüyük**, s. 155; **Çetintürk**, s. 638; **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 992.

⁹¹⁴ Kanaatimizce burada ticari amacın mütecaviz işaretli malların ticarete konu edilmesine yönelik olması gerekir. Bu itibarla, iştirak iradesi olmaksızın, nakletmenin bir edim karşılığında yapılması suçun gerçekleşmesine sebebiyet vermemelidir. Konu manevi unsur başlığında incelenecektir.

Doktrinde *Çetintürk*, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin transit geçirilmesi durumunda, doktrin ve uygulamada nakilden dolayı failin cezalandırılacağı kabul edildiğini, bu kapsamda iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bakımından mevcut uygulamaya uygun biçimde, mütecaviz işaretli malların transit geçirilmesi durumunda ithal veya ihraçtan değil, nakilden işlem yapılması gerektiğini belirtmektedir⁹¹⁵.

SMK’da marka hakkı, ithal veya ihraç ile sınırlı tutulmuş ve mütecaviz işaretli malların gümrük rejimi halleri ve buna bağlı olarak transit geçiş kapsam dışı bırakılmıştır⁹¹⁶. Bu itibarla, kanaatimizce mütecaviz işaretli malları transit geçiren kişinin, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunda olduğu gibi, “*nakletme*” fiili bağlamında da cezai sorumluluğu bulunmamalıdır.

6. Tanınmış Markalar ve İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu

SMK’nın 29’uncu maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde, marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7’nci maddede belirtilen biçimlerde kullanmak marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir. SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (c) bendinde ise “*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*” denilmektedir. Bu itibarla SMK’da marka hakkının hukuki himayesi bağlamında tanınmış markalara ayrıcalık tanınarak⁹¹⁷, tanınmış markaların bazı şartlar altında farklı mal veya hizmetlerde kullanılması marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir.

SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında ise “*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*”

⁹¹⁵ *Çetintürk*, s. 624-625. Benzer bir görüş için bkz. *Kaynak*, Fikri Mülkiyet, s. 333.

⁹¹⁶ *Çolak*, s. 498; *Bozgeyik*, s. 72.

⁹¹⁷ Tanınmış markalara tanınan ayrıcalık hususunda detaylı bilgi için bkz. *Firth / Lea / Cornford*, s. 194-195; *Harms*, 2018, s. 46 vd.; *Dirikkan*, s. 159 vd.; *Ercan / Teke Akbulut*, s. 71 vd.; *Dilmaç*, s. 31 vd.

denilmektedir ve iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bakımından markanın tanınmış olup olmaması hususunda bir ayırım yapılmamıştır.

2009 yılına kadar tazminat sorumluluğu gerektiren marka hakkına tecavüz fiilleri, aynı zamanda 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendinde suç olarak kabul edilmişti⁹¹⁸. Bu dönemde, tanınmış markalara sağlanan hukuki ayrıcalık, suçlar bakımından da geçerli olmuş; belirli şartlar altında tanınmış markalara tecavüz farklı mal veya hizmetlere de teşmil edilerek suç kapsamına alınmıştır.

2009 tarihli 5833 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi köklü değişikliğe gidilmiş ve marka suçları ile tazminat sorumluluğunu gerektiren marka hakkına tecavüz fiilleri ayrılmıştır. 2009 tarihli 5833 sayılı Kanun ile değişik 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinde, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üretmek, satışa arz etmek veya satmak suç olarak düzenlenmiştir. Böylece tanınmış markalara sağlanan hukuki ayrıcalığın suç tipine dahil olup olmadığı tartışılmaya başlanmıştır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, tanınmış markalara sağlanan hukuki ayrıcalık suç tipi bakımından da geçerlidir. Buna göre, üzerinde tescilli markası bulunan ve belirli bir sınıfa dahil mal veya hizmet ile aynı ya da benzer sınıfta bulunmayan mal veya hizmet üzerinde, markanın her türlü kullanımı iltibas olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu halde iltibastan söz edebilmek için markanın tanınmışlık düzeyinin belirli bir ölçüde olması, bu tanınmışlık düzeyi ile bağlantılı olarak markanın mal veya hizmet üzerinde kullanılmasıyla haksız bir yarar elde edilmesi ya da kullanımın, tescilli markanın itibarına zarar verecek ya da ayırt edici karakterini zedeleyecek şekilde yapılması gerekir⁹¹⁹.

⁹¹⁸ 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin (c) bendi, “61 inci maddede yazılı fiillerden birini isleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve altıyüz milyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmolunur”;

“Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller” başlıklı 61’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendi, “9 uncu maddenin ihlali”;

Nihayet “Marka tescilinden doğan hakların kapsamı” başlıklı 9’uncu maddesinin 1’inci fıkrası ve onun (c) bendi, “Aşağıda belirtilen hallerde, marka sahibinin, izni alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi vardır: ...

c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescili istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması” şeklinde düzenlenmiştir.

⁹¹⁹ Yenidünya / İçer, s. 84-85.

Diğer bir görüşe göre, tanınmış markalara tanınan hukuki ayrıcalık suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince suç tipinin kapsamına dahil değildir⁹²⁰. Nitekim tanınmış markalara sağlanan hukuki ayrıcalık SMK'nın 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendinde (556 sayılı KHK m. 9/1-c), açıkça ve ayrıca düzenlenmiş ve SMK'nın 30'uncu maddesinde tanınmış markalara yönelik herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

Başka bir görüşte ise SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında mal veya hizmet yönünden bir sınırlama getirilmeden iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzden bahsedildiği, bu sebeple marka tanınmış olsun veya olmasın, bir markanın aynının veya benzerinin farklı mal veya hizmetlerde kullanılmasının da suç teşkil edeceği ifade edilmiştir⁹²¹.

TRIPS ve ACTA, taraf devletlere marka hakkının cezai himayesi bağlamında tanınmış markalara ayrıcalık tanınması hususunda bir yükümlülük getirmemektedir⁹²². Öte yandan karşılaştırmalı hukukta cezai himaye bağlamında tanınmış markalara ayrıcalık tanındığı görülmektedir. Örneğin, Birleşik Krallık Markalar Kanunu'nun 92'nci maddesinin 4'üncü maddesinin (b) bendine göre, fiilin Birleşik Krallık'ta tanınmış bir marka üzerinde işlenmesi durumunda, bundan haksız bir yarar elde edilmesi veya edilecek olması halinde ya da markanın ayırt edici karakteri veya saygınlığı zedelenecek ise failer cezalandırılacaktır⁹²³. Benzer bir düzenleme, Alman Markalar Kanunu'nda marka suçlarının düzenlediği 143'üncü maddesinin yollamasıyla 14'üncü maddenin (2)'nci fıkrasının 3'üncü bendinde de bulunmaktadır. Hükme göre, Almanya'da tanınmış bir markanın, müseccel olduğu mal veya hizmetlere benzer olmayan mal veya hizmetler için cezai himayeye sahip olabilmesi için tecavüz ile haksız bir yarar sağlanması yahut markanın ayırt edici karakterinin veya itibarının zedelenmesi gerekmektedir⁹²⁴.

Tanınmış markalar marka hukukunun temel konularından biridir ve tanınmış markalara diğer markalara göre daha çok tecavüz edilmektedir. Bu sebeple tanınmış markalar diğer markalara göre daha kapsamlı hukuki himayeyi haizdir. Hatta yukarıda zikredildiği üzere karşılaştırmalı hukukta tanınmış markalara diğer markalara göre daha geniş cezai himaye

⁹²⁰ Güneş, Uygulamada Marka Suçları, s. 155; Başbüyük, s. 190-191; Kaynak, Fikri Mülkiyet, s. 356.

⁹²¹ Çetintürk, s. 601.

⁹²² Harms, 2018, s. 46 vd.; Ruse-Khan, From Trips to ACTA, s. 3 vd.; Blakeney, ACTA, s. 200 vd.

⁹²³ Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan, s. 1015; Bainbridge, s. 659-660.

⁹²⁴ Fezer, s. 2591; Klett / Sonntag / Wilske, s. 105. Alman hukukunda markanın tanınmışlığına tecavüz suçunun suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygunluğu hususundaki tartışmalar için bkz. Schulz, s. 72 vd. Ayrıca bkz. Hellmann, s. 222.

tanındığı da görülmektedir. Ancak tanınmış marka müphem bir kavramdır. Öte yandan TPMK nezdinde tanınmış marka sicili oluşturulmuş ve belirli şartları taşıyan markalara ayrıca tanınmış marka siciline kayıt yaptıрма imkânı tanınmıştır. Bu durum müphemliği ortadan kaldıracabilecek bir gelişmedir. Ancak Yargıtay’ın yakın tarihli bir kararında⁹²⁵, “*Her ne kadar davalı Kurum tarafından Tanınmış Marka Sicili oluşturularak kendisine başvuru halinde başvuru konusu markanın tanınmışlık niteliğine haiz olup olmadığı konusunda inceleme yaparak bu nitelikte gördükleri markalar için sicil oluşturulmuş ise de; davalı Kurumun kanunen böyle bir sicil oluşturma yetkisi olmadığı gibi, tanınmışlık özelliği sabit bir olgu olmadığından, Dairemizin yerleşik kabullerine göre de, herhangi bir davada dayanılan markanın tanınmış olduğunun ileri sürülmesi halinde, her bir somut olayda o markanın tanınmış olup olmadığı ve tanınmışlığını sürdürüp sürdürmediğinin münferiden ispatlanması gerektiği kabul edilmektedir*” denilmektedir. Buna göre Yargıtay, TPMK’nın tanınmış marka sicili oluşturma gibi bir yetkisinin olmadığını, tanınmışlığın durağan bir kavramı ifade etmediğini, bu sebeple her somut olay için ayrı ayrı incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Kanaatimizce SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında düzenlenen iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda korumanın kapsamı mal veya hizmet yönünden belirlenmemiştir. Ancak marka hakkının konusu bizatihi markanın müseccel olduğu mal veya hizmette olduğundan marka hakkının himayesi de kural olarak markanın müseccel olduğu mal veya hizmettedir⁹²⁶. Ayrıca tanınmış markalar bakımından SMK’nın 7’nci maddesinin 1’inci fıkrasının (c) bendinde olduğu gibi SMK’nın 30’uncu maddesinde ayrıca ve açıkça bir hüküm ihdas edilmediğinden tüm markalar sadece tescilli olduğu mal veya hizmet bağlamında cezai himayeye sahiptir. Bu itibarla, tanınmış markalara sağlanan ayrıcalığın marka hakkının hukuki himayesine hasredildiği, aksi bir uygulamanın suçta ve cezada kanunilik ilkesini zedeleyeceği görüşündeyiz⁹²⁷.

⁹²⁵ Y. 11. H.D., 05.02.2020, 2980/991.

⁹²⁶ Kaya, s. 236; Bozgeyik, s. 17. Pash, Uluslararası Anlaşmalar, s. 123; Pash, Ürün Benzerliği, s. 14; Çolak, s. 431; Uzunallı, s. 99.

⁹²⁷ “Hükme esas alınan 26/10/2015 tarihli bilirkişi raporunda sanığa ait iş yerinde ele geçirilen cep telefonu kılıfları üzerinde taklit olarak kullanıldığı tespit edilen markanın, cep telefonlarının bulunduğu 09. Emtia listesinde tescilinin bulunmadığının belirtilmesi karşısında; tescil edilen bir markanın tescil kapsamındaki mal ve hizmetler için Türkiye sınırları içerisinde koruma sağlayacağı ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği marka tanınmış olsa dahi cezai korumasının tescille sınırlı olması gerektiği hususları gözetilerek, dosyanın yeniden bilirkişiye tevdi edilerek katılan şirketin, suça konu cep telefonu kılıfları üzerinde taklit olarak kullanılan marka ile iltibas veya iktibas oluşturacak şekilde 09. Emtia listesinde yer alan ürünleri (cep telefonu kılıfını) kapsar şekilde Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde tescilli markasının bulunup

B. Fail

Her suçun mutlaka bir faili, suç teşkil eden fiili işleyen bir kişisi vardır⁹²⁸. Belirli bir amaca yönelik irade ile hareket yeteneği sadece insanlara özgü olduğundan fail ancak gerçek bir kişi olabilir⁹²⁹. Bu itibarla ceza hukukunun nüvesini oluşturan fiil ancak bir insan tarafından gerçekleştirilebilir.

Hareket yeteneği bulunmayan tüzel kişiler bir suçun faili olamaz⁹³⁰. Ancak bir tüzel kişinin yararına olarak veya faaliyeti çerçevesinde bir suç işlenebilir. Bu halde suçun faili tüzel kişi değil, tüzel kişinin organlarında görev yapan, tüzel kişinin temsilcisi sıfatını taşıyan veya tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde herhangi bir şekilde görevlendirilmiş olan bir gerçek kişidir⁹³¹.

Öte yandan tüzel kişilerin suçun faili olup olmaması ile işlenen suç dolayısıyla tüzel kişi hakkında ceza hukuku yaptırımı uygulanıp uygulanmaması hususunun birbirlerinden farklı olarak ele alınması gerekmektedir⁹³². Eğer bir suçun tüzel kişinin yararına olarak veya tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde, tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da herhangi bir çalışanı tarafından işlenmiş ise bu tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. Nitekim TCK'nın 20'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, “*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır*” denilmek suretiyle tüzel kişilerin suçun faili olamayacağı ancak tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabileceği kabul edilmiştir.

bulunmadığı yönünde ek rapor tanzim ettirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik kovuşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması” (Y. 19. C.D., 23.02.2021, 4627/2023).

⁹²⁸ **Önder**, s. 168; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 360; **Öztürk / Erdem**, s. 200; **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 112; **Akbulut**, s. 372; **Hakeri**, s. 132.

⁹²⁹ **Fezer**, s. 2593; **Önder**, s. 168; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 360; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 214; **Öztürk / Erdem**, s. 200; **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 112; **Akbulut**, s. 372; **Hakeri**, s. 132.

⁹³⁰ **Fezer**, s. 2593; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 372; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 214; **Öztürk / Erdem**, s. 200; **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 112; **Akbulut**, s. 382; **Hakeri**, s. 137; **İçer, Zafer**, Türk Ceza Hukukunda Tüzel Kişiler, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 173. Karşılaştırmalı hukukta, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu hususunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır ve bazı ülkelerde tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Vermeulen, Gert / De Bondt, Wendy / Ryckman, Charlotte**, Liability of legal persons for offences in the EU, IRCP-series Volume 44, Maklu Publishers, 2012, s. 31 vd.

⁹³¹ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 214.

⁹³² **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 213.

TCK'nın 37'nci maddesinde fail, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi olarak tanımlanmıştır. Buna göre, suçun kanuni tarifinde yer alan fiil üzerinde hâkimiyet kuran, kanuni tanıma uygun haksızlığı gerçekleştiren kişi faildir⁹³³.

SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu herkes tarafından işlenebilen genel suçlardandır⁹³⁴. Bu itibarla fail, 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 kimsedir. Ancak bir kişi aynı suçun hem faili ve hem de mağduru olamaz. Bu sebeple, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda fail sıfatını marka üzerinde geçerli bir hakkı bulunan kimseler alamaz⁹³⁵.

Suçun bir tüzel kişinin yararına olarak veya faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde suçun faili, tüzel kişinin organlarında görev yapan, tüzel kişinin temsilcisi sıfatını taşıyan veya tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde herhangi bir şekilde görevlendirilmiş olan bir gerçek kişidir⁹³⁶. Ancak bu halde sorumlu kişilerin tespiti ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince önem arz etmektedir⁹³⁷.

Öte yandan, SMK'nın 30'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasına göre, bu maddede yer alan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır. TCK'nın 60'ıncı maddesine göre tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri ise iznin iptali ve müsadereidir. Ancak bu güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir (TCK m. 60/3).

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu genellikle suçu meslek edinen kişilerce işlenmektedir. TCK'nın 6'ncı maddesinin (i) bendine göre, suçu meslek edinen kişi deyiminden, *“kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya almış kişi”* anlaşılır. SMK'da suçu meslek edinme herhangi bir özellik arz etmemektedir. Ancak marka hakkının etkin korunabilmesi bağlamında suçu meslek edinenlere yönelik daha ağır cezaların uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim Alman Markalar Kanunu'nun (MarkenG)

⁹³³ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 360; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 112; Hakeri, s. 132.

⁹³⁴ Topçu, s. 109; Yenidünya / İçer, s. 94-95; Başbüyük, s. 89; Çetintürk, s. 404; Kart, s. 96; Özmen, s. 64.

⁹³⁵ Nuhoglu, s. 426; Arslan / Özdemir, s. 1092; Birtek, s. 500.

⁹³⁶ Fezer, s. 2593; Özgenç, Genel Hükümler, s. 214.

⁹³⁷ Y. 19. C.D., 10.04.2017, 33283/3248; Y. 7. C.D., 29.01.1999, 10828/162.

143'üncü maddesinin (2)'nci fıkrasında da suçlu meslek edinmek ağırlaştırıcı bir sebep olarak kabul edilmiştir⁹³⁸.

C. Mağdur

Her suçun faili olduğu gibi, mutlaka bir de mağduru vardır⁹³⁹. Ceza hukukunun gölgede kalan süjesi olan mağdur⁹⁴⁰, suçun konusunun ait olduğu kişi veya kişileri ifade eder⁹⁴¹. Eğer suçun konusu, belirli bir kişi veya kişilere ait ise mağdur bu kişi veya kişilerdir. Öte yandan, suçun konusu belli bir kişiye değil de toplumu oluşturan bireylere ait ise mağdur toplumu oluşturan herkeştir.

Doktrinde mağdurun, suç teşkil eden fiilin işlendiği sırada yaşayan gerçek kişiler olabileceği ağırlıklı olarak ifade edilmektedir⁹⁴². Buna göre tüzel kişiler, topluluklar veya kurumlar, mağdur sıfatını alamayacak olup ancak suçtan zarar gören olabilir⁹⁴³.

Bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri, hakları, doğrudan veya dolaylı ihlal edilen kimse, suçtan zarar görendir⁹⁴⁴. Buna göre suçtan zarar gören, mağdura göre daha geniş bir kavramdır. Dolayısıyla mağdur, aynı zamanda bir suçun işlenmesi sebebiyle zarar gören kişidir. Ancak suçtan zarar gören kişi her zaman suçun mağduru değildir.

SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, "Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan,

⁹³⁸ Fezer, s. 2594; Klett / Sonntag / Wilske, s. 110.

⁹³⁹ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 373; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 114; Akbulut, s. 384.

⁹⁴⁰ Herring, Jonathan, Criminal Law, Text, Cases, and Materials, Seventh Edition, Oxford University Press, 2016, s. 37.

⁹⁴¹ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 373; Öztürk / Erdem, s. 201; Özgenç, Genel Hükümler, s. 223; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 114; Akbulut, s. 383.

⁹⁴² Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 373; Özgenç, Genel Hükümler, s. 224; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 114-115; Akbulut, s. 384. Aksi görüş için bkz. Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 247-248; Özen, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, s. 66.

⁹⁴³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında, "devletin tüzel kişi oluşu nedeniyle suçun mağduru da olmadığı göz önüne alındığında; anılan Bakanlık ve bağlı birimlerinin yargılamaya konu suç yönünden kamu davasına katılma hak ve yetkisinin olmadığı, bu nedenle yerel mahkemece yanlışlı biçimde verilen hukuki değerden yoksun olan katılma kararının hükmü temyiz etme hakkı vermeyeceği" denilmek suretiyle tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağı görüşü benimsenmiştir. Bkz. Y.C.G.K., 12.06.2018, 1190/274. Bununla birlikte, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında dolandırıcılık suçu bakımından tüzel kişiler suçun mağduru olarak kabul edilmiştir. Bkz. Y.C.G.K., 09.03.2010, 11-109/48.

⁹⁴⁴ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 374; Özgenç, Genel Hükümler, s. 224; Akbulut, s. 384-285.

ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişinin” cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Maddede açıkça başkasına ait marka hakkı üzerine durulduğuna göre, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun mağduru kural olarak marka hakkı sahibidir. Ancak marka hakkı sahibi gerçek bir kişi olabileceği gibi tüzel bir kişi de olabilir. Eğer marka hakkı sahibi tüzel kişi ise hakkına tecavüz edilen tüzel kişi, suçtan zarar görendir⁹⁴⁵ ve bu halde suçun mağduru tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişilerdir⁹⁴⁶.

SMK’nın 24’üncü maddesinin 1’inci fıkrasına göre, marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir. Marka lisans sözleşmesi sui generis bir sözleşmedir⁹⁴⁷. Lisans, inhisari lisans veya inhisari olmayan (adi-basit) 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 m. 24/2).

Marka hakkının lisans sözleşmesine konu olması halinde, lisans sahibinin suçun mağduru yahut suçtan zarar göreni olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre lisans sahipleri suçun mağduru olabilir⁹⁴⁸. Diğer bir görüşe göre lisans sahipleri suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidir⁹⁴⁹. Son görüşte ise lisans sahiplerinin suçun mağduru veya suçtan zarar göreni olarak değerlendirilemeyeceği ileri sürülmüştür⁹⁵⁰.

Marka hakkı sahibi, markasını kullanabilir, sona erdirebilir, başkasına devredebilir veya üçüncü kişiler lehine mutlak ya da şahsi nitelikli sınırlı haklar tesis edebilir ve markanın

⁹⁴⁵ **Birtek**, s. 500; **Arslan / Özdemir**, s. 1093; **Çetintürk**, s. 407.

⁹⁴⁶ **Koca / Üzülmmez**, Özel Hükümler, s. 557.

⁹⁴⁷ **Ceylan, Çiğdem**, Marka Lisans Sözleşmesi, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl: 18, Cilt: 19, s. 65; **Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek**, Cilt II, s. 744; **Çolak**, s. 725.

⁹⁴⁸ **Aydın**, Sınai Mülkiyet, s. 45.

⁹⁴⁹ **Başbüyük**, s. 91. Benzer bir görüş için bkz. **Kart**, s. 101.

⁹⁵⁰ **Çetintürk**, s. 417. Ancak **Çetintürk**, eserinin ilerleyen bölümlerinde, lisans alan kişilerin şikâyet hakkı bulunduğu belirterek kanaatimizce çelişkiye düşmüştür. Bkz. **Çetintürk**, s. 1045. Zira suçun mağduru yahut suçtan zarar göreni olmayan bir kimsenin şikâyet hakkının bulunması mümkün değildir.

semerelerini toplayabilir⁹⁵¹. Marka hakkı sahibi, lisans sözleşmesi ile lisans alana marka üzerinde bir hak tesis eder. Bu hakkın niteliği ise doktrinde tartışmalıdır⁹⁵².

Lisans, sahibine bir görüşe göre mutlak hak⁹⁵³; diğer görüşe göre nisbi hak sağlar⁹⁵⁴. Lisans hakkının mutlak bir hak mı yoksa nisbi bir hak mı sağladığının tespiti lisans sözleşmesinin üçüncü kişilere etkisi bağlamında önem arz etmektedir. Eğer lisans sözleşmesi ile lisans alana marka üzerinde tesis edilen hakkın mutlak niteliği haiz olduğu kabul edilirse, lisans alan marka hakkının ihlali durumunda kendi adına dava açabilecektir⁹⁵⁵. Diğer durumda ise lisans alan hakkını sadece lisans verene karşı ileri sürebilir⁹⁵⁶.

Sorun, SMK'nın 158'inci maddesinde normatif bir düzenleme ile giderilmeye çalışılmıştır⁹⁵⁷. Özel hukuk mantığı ile kaleme alınan ve lisans alanın dava açması ve şartlarının düzenlendiği hükümde, belirli şartlar altında üçüncü bir kişi tarafından marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda, lisans hakkı sahibinin SMK kapsamında ileri sürülebilecek talepleri kendi adına dava yolu ile ileri sürebileceği kabul edilmiştir. Ancak SMK'nın 158'inci maddesinde inhisari lisans ile inhisari olmayan lisans ayrımı gözetilmiş ve marka hakkına tecavüz halinde kural olarak inhisari lisans sahibinin dava açma hakkının bulunduğu; inhisari olmayan lisansa sahip kişilerin ise dava açma hakkının bulunmadığı kabul edilmiştir. Böylece kanun koyucunun, marka hakkına tecavüz halinde, lisans sahibinin haklarının zedelenebileceğini

⁹⁵¹ **Kaya**, s. 39-40; **Paslı**, Uluslararası Anlaşmalar, s. 489-490.

⁹⁵² **Oktay Özdemir, Saibe**, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002, s. 18; **Arkan**, Cilt II, s. 192; **Kaya**, s. 225.

⁹⁵³ **Arkan**, Cilt II, s. 193.

⁹⁵⁴ **Oktay Özdemir**, s. 26 vd.

⁹⁵⁵ **Antalya, Gökhan / Topuz, Murat**, Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Cilt: I, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 197.

⁹⁵⁶ **Antalya / Topuz**, s. 200-201.

⁹⁵⁷ SMK'nın 158'inci maddesi, "(1) 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.

(2) 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 bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmaması hâlinde, lisans alan, yaptığı bildirimi de ekleyerek, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabilir. Bu fıkra uyarınca dava açan lisans alanın, dava açtığını hak sahibine bildirmesi gerekir.

(3) Lisans alan, ciddi bir zarar tehlikesinin varlığı hâlinde ve söz konusu sürenin geçmesinden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Mahkemenin tedbir kararı verdiği hâllerde talepte bulunan lisans sahibi dava açmaya da yetkilidir. Bu hâlde ikinci fıkradaki şartlar yargılama devam ederken tamamlanır" şeklinde düzenlenmiştir.

öngördüğü genel olarak söylenebilir. Bu itibarla kanaatimizce suçun mağduru marka hakkı sahibidir ancak lisans sahibinin geniş anlamda suçtan zarar gören olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Mağdur konusunda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda tüketicilerin konumudur. Tüketicilerin marka üzerinde bir hakkının bulunmaması sebebiyle bunların suçun mağduru olduğu söylenemez.

Marka hakkına tecavüz, tüketicileri doğrudan ilgilendirmese de mütecaviz işaretli mal veya hizmetler sebebiyle tüketicilerin tehlikeye maruz kalması veya zarara uğraması mümkündür^{958, 959}. Bu açıdan iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun tüketicilerin olası zararlarını engellediği söylenebilir. Başka bir anlatımla, marka hakkına tecavüz engellenebildiği ölçüde mütecaviz işaretli mal veya hizmet sebebiyle tüketicilerin zarar görmesinin ya da menfaatlerinin tehlikeye maruz bırakılmasının önüne de geçilmiş olacaktır⁹⁶⁰. Öte yandan mütecaviz işaretli mal veya hizmet sebebiyle tüketiciler genel olarak ödediği ücretin karşılığını alamamaktadır. Ayrıca tüketicilerin ekonomik düzenin sağlıklı işleyişinde menfaati olduğu ve iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkı tecavüz suçunun ekonomik düzeni bozabileceği şüphesizdir. Bu itibarla kanaatimizce tüketiciler, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçundan geniş anlamda zarar gören olarak değerlendirilebilir⁹⁶¹.

Suç mağdurunun belirlenmesinin, şikâyet hakkı gibi bazı ceza hukuku konularının uygulanmasında da pratik önemi vardır. Marka suçları da şikâyete tabi kılınan suçlardır. Dolayısıyla mağdur veya suçtan zarar görenin belirlenmesi aynı zamanda şikâyet hakkını kimin kullanacağı sorusunun cevaplanmasına yardımcı olacaktır. Ancak belirtmek isteriz ki doktrinde şikâyet hakkının kullanılması bağlamında suçtan zarar gören kavramının kural olarak dar yorumlanması gerektiği haklı olarak belirtilmiştir⁹⁶². Bu itibarla suçtan zarar gören olarak

⁹⁵⁸ Jennings, s. 808.

⁹⁵⁹ Tüketicinin iradesi fesada uğratılarak mütecaviz işaretli malın orijinal ürün olarak satılması halinde tüketici dolandırıcılık suçunun mağduru olacaktır. Keza mütecaviz işaretli mal sebebiyle tüketicilerin yaralanması da mümkündür. Bu halde tüketici kasten yaralama yahut taksirle yaralama suçunun mağduru olacaktır.

⁹⁶⁰ Goldstone / Toren, s. 4; Jarrett / Chandler, s. 93.

⁹⁶¹ Krş. Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 46; Birttek, s. 500; Başbüyük, s. 91; Çetintürk, s. 411-416.

⁹⁶² Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 48; Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 71; Yenisey / Nuhoglu, s. 171; Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 111; Çınar, Ali Rıza, Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 2807-2809; Koca, Mahmut, Temyiz Yolunda Davaya Katılma, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 5, Sayı 18, 2014, s. 4-5.

nitelendirilen kimselerin aynı zamanda şikâyet hakkı bulunduğu sonucuna doğrudan ulaşılamaz. Gerçekten, bir kimse basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir şekilde yaralandığında (TCK m. 86/2), fiilin icrası sebebiyle yaralanan kişinin annesi, babası, eşi veya çocuğu da suçtan zarar görmektedir. Fakat şikâyet hakkı bağlamında suçtan zarar gören kavramının dar yorumlanması gerektiğinden bu kişilerin şikâyet hakkının bulunduğu söylenemez. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda şikâyet hakkı meselesi çalışmamızın üçüncü bölümünde incelenecektir.

D. Konu

1. Genel Olarak

Suç teşkil eden her fiilin muhakkak bir konusu bulunmaktadır⁹⁶³. Suçun konusu, kanuni tanımdaki fiilin yöneldiği, suçun üzerinde icra edildiği kişi veya şeydir⁹⁶⁴.

Doktrinde aksi görüşler olmakla birlikte⁹⁶⁵ suçun konusunu hem maddi bünyeye sahip varlıklar hem de maddi bünyeye sahip olmayan şeyler oluşturabilir⁹⁶⁶. Örneğin hakaret suçunun (TCK m. 125) konusunu insanın onur, şeref ve saygınlığı⁹⁶⁷; hırsızlık suçunun (TCK m. 141) konusunu taşınır mal, karşılıksız yararlanma suçunun (TCK m. 163/3) konusunu, abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisi, su veya doğalgaz oluşturur⁹⁶⁸.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun konusunun ne olduğu doktrinde tartışmalıdır:

Başbüyük, marka suçlarının konusunu öncelikle hukuki bir varlık olan marka oluşturduğunu ve diğer taraftan markanın kullanıldığı mal veya hizmetle birlikte ele alınması

⁹⁶³ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 375; Özgenç, Genel Hükümler, s. 219; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 116. Aksi görüş için bkz. Öztürk / Erdem, s. 203.

⁹⁶⁴ Önder, s. 169-170; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 375-376; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 116. Ayrıca bkz. Öztürk / Erdem, s. 203; Özgenç, Genel Hükümler, s. 219-220; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 213-214; Özen, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 333.

⁹⁶⁵ Aksi görüşler için bkz. Toroslu, s. 184-186; Toroslu / Toroslu, s. 111; Öztürk / Erdem, s. 203; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 213.

⁹⁶⁶ Önder, s. 169-170; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 375-376; Akbulut, s. 386.

⁹⁶⁷ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 376. Ayrıca bkz. Schmidt, Rolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundlagen der Strafbarkeit Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens, 21. Auflage, 2019, s. 47.

⁹⁶⁸ Tezcan / Erdem / Önok, s. 856.

gerektiğini belirterek iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun konusunun tecavüze konu “markalı ürün” olduğunu ifade etmektedir⁹⁶⁹.

Birtek ve Arslan / Özdemir’e göre iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun konusu markalardır⁹⁷⁰.

Yenidünya / İçer ve Özmen’e göre iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun konusu Türkiye’de tescil edilmiş markalardır⁹⁷¹.

Çetintürk’e göre, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun konusu, marka olarak tescil edilen ayırt edici işaret oluşturmaktadır⁹⁷².

Kart’a göre iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun konusu bulunmamaktadır⁹⁷³.

Nuhoğlu ise iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun konusunu iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilen mal veya hizmetin oluşturduğunu belirtmektedir⁹⁷⁴.

Kanaatimizce iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun konusu, *Türkiye’de tescilli* işaret, yani markadır⁹⁷⁵. Bu itibarla Türkiye’de tescilli olmayan işaretlerin yani markaların suça konu teşkil etmesi mümkün değildir.

Marka, üzerinde doğrudan hâkimiyet tesis edilebilen bir nesne olmayıp, gayri maddi bir malvarlığı unsurudur. Buna karşılık maddi bir yapısı bulunmayan markanın çeşitli vasıtalarla dış dünyaya yansıyabilmesi mümkündür.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun konusu ile bu suçla korunan hukuki değer birbirine karıştırılmamalıdır⁹⁷⁶. Korunan hukuki değer, suçla ihlal olunan

⁹⁶⁹ **Başbüyük**, s. 93.

⁹⁷⁰ **Birtek**, s. 501; **Arslan / Özdemir**, s. 1089.

⁹⁷¹ **Yenidünya / İçer**, s. 99; **Özmen**, s. 65.

⁹⁷² **Çetintürk**, s. 418.

⁹⁷³ **Kart**, s. 91.

⁹⁷⁴ **Nuhoğlu**, s. 426.

⁹⁷⁵ Marka kavramı, markanın unsurları, türleri, fonksiyonları ve marka olabilecek işaretler için bkz. Birinci Bölüm, §1.

⁹⁷⁶ **Toroslu**, s. 193-197.

hak ve menfaattir⁹⁷⁷. Suçun konusu ise üzerinde tipe uygun hareketin gerçekleştirildiği kişi veya şeydir⁹⁷⁸. Bu doğrultuda, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile korunan hukuki değer marka hakkı iken; suçun konusu yukarıda zikredildiği gibi Türkiye’de tescilli işaret, yani markadır.

Suçun konusundaki etkiye göre suçlar “zarar suçu” ve “tehlike suçu” şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁹⁷⁹. Doktrinde suç teşkil eden fiilin işlenmesi ile suçun konusu üzerinde bir zararın meydana geldiği suçlara “zarar suçu”; suçun konusunun objektif olarak zarara uğratılma tehlikesinin gündeme geldiği suçlara “tehlike suçu” denilmektedir⁹⁸⁰.

Doktrinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun zarar suçu mu yoksa tehlike suçu mu olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, fiilin icrasıyla marka sahibinin yani mağdurun markadan doğan hakları zarara uğradığından, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz zarar suçu mahiyetindedir⁹⁸¹. Başka bir görüşte ise marka hakkına yönelik fiillerin bireysel ve toplumsal menfaatler bakımından somut bir zarara meydan verip vermediği her zaman sağlıklı bir şekilde ortaya konulamayacağı için marka ve markaya yönelik fiillerin niteliği gereği, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz tehlike suçu şeklinde düzenlenmiştir⁹⁸². Nihayet son görüşe göre suçun konusu olan ayırt edici işaretin tahrip edilmesi, zedelenmesi veya işarete zarar verilmesi mümkün olmayıp, sadece işaretin zarar olasılığı ile karşılaşması mümkün olduğundan iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz bir tehlike suçudur⁹⁸³.

⁹⁷⁷ Dönmezer / Erman, s. 333; Önder, s. 169; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 377; Toroslu / Toroslu, s. 109.

⁹⁷⁸ Önder, s. 169-170; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 375-376; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 116-117; Öztürk / Erdem, s. 203; Özgenç, Genel Hükümler, s. 219-220; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 213-214; Özen, Genel Hükümler, s. 333.

⁹⁷⁹ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 378; Özgenç, Genel Hükümler, s. 220-222; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 253-254; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 117-118; Özen, Genel Hükümler, s. 336-337. Farklı bir görüş için bkz. Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 226.

⁹⁸⁰ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 378; Özgenç, Genel Hükümler, s. 220-221; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 253-254; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 118-119; Özen, Genel Hükümler, s. 335.

⁹⁸¹ Yenidünya / İçer, s. 99.

⁹⁸² Başbüyük, s. 81.

⁹⁸³ Çetintürk, s. 457. Yazar aynı zamanda, suçun oluşması için bir neticenin aranmaması sebebiyle sırf hareket suçu olduğunu ve bu durumun görüşünü desteklediğini belirtmektedir, bkz. Çetintürk, s. 457. Ancak kanaatimizce yazarın bu görüşü yerinde değildir. Nitekim zarar suçlarının mutlaka neticeli bir suç olması gerekmez. Örneğin, hırsızlık ve yağma suçları sırf hareket ve aynı zamanda zarar suçudur, bkz. Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Özel Hükümler, s. 519; Koca / Üzülmmez, Özel Hükümler, s. 571.

Kanaatimizce iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, tehlike suçudur⁹⁸⁴. Nitekim kanun koyucu SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üretilmesini veya hizmet sunulmasını, satışa arz edilmesini veya satılmasını, ithal ya da ihraç edilmesini, ticari amaçla satın alınmasını, bulundurulmasını, nakledilmesini veya depolanmasını suçun oluşumu bakımından yeterli görmüş ve herhangi bir zararın gerçekleşmesini aramamıştır⁹⁸⁵.

Markanın kendisinin cismani bir zarara uğratılması veya tahrip edilmesi yahut böyle bir tehlikeye maruz bırakılması mümkün değildir. Bu sebeple iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun işlenmesiyle zarar tehlikesine maruz bırakılan yahut zarara uğratılan esasen markaya bağlı malvarlığıdır.

Tehlike suçları ise soyut tehlike suçu ve somut tehlike suçu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanun koyucunun suçun kanuni tarifinde yer alan fiilin icra edilmesiyle suçun konusu üzerinde bir tehlikenin ortaya çıkacağını varsaydığı suçlara “*soyut tehlike suçu*”; suçun kanuni tarifinde yer alan fiilin icrasının suçun konusu üzerinde gerçekten bir tehlike yaratıp yaratmadığının hâkim tarafından araştırıldığı suçlara “*somut tehlike suçu*” denir⁹⁸⁶. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu soyut tehlike suçu sınıfında yer almaktadır. Zira kanun koyucu SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan fiillerin işlenmesiyle tehlikenin ortaya çıkacağını kabul etmiştir.

2. Suçun Konusu Bağlamında Markanın Müseccel Olduğu Mal veya Hizmet

SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üretilmesi veya hizmet sunulması, mal veya hizmetin satışa arz edilmesi veya satılması, ithal ya da ihraç edilmesi, ticari amaçla satın alınması, bulundurulması, nakledilmesi veya depolanması suç olarak düzenlenmiştir.

⁹⁸⁴ Feiler, s. 50; Donay / Erman, s. 57; Cengiz, s. 186; Arslan / Özdemir, s. 1096. “Seçimlik hareketlerden birinin ya da birkaçının gerçekleştirilmesi suçun oluşumu için yeterlidir, hepsinin birlikte gerçekleştirilmesi aranmaz. Ayrıca, bir zararın meydana gelmesi de aranmaz; bu bentte düzenlenen suç, tehlike suçu özelliği göstermektedir” (Trabzon B.A.M., 3. CD., 08.01.2020, 333/39).

⁹⁸⁵ Marka hakkının hukuki himayesi bağlamında Yargıtay, marka hakkına tecavüzün gerçekleştiğinin tespiti halinde mahkemenin tazminata hükmetmesi gerektiğini kabul etmiş ve zarar tehlikesini tazminat için yeterli görmüştür. Bkz. Y. 11. H.D., 08.10.2007, 9700/12510; Y. 11. H.D., 15.2.2016, 7266/1398.

⁹⁸⁶ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 378-381; Özgenç, Genel Hükümler, s. 221-222; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 253-254; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 118-119; Özen, Genel Hükümler, s. 336-339.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz incelemesinin bir kolunu işaret diğer kolunu ise mal veya hizmet oluşturur. Nitekim hukukumuzda markanın mutlak korunması kabul edilmediğinden, marka hakkına tecavüz incelemesinin sadece işaret üzerinden yapılması mümkün değildir.

Kanaatimizce marka suçları bağlamında iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz, aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması; iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz ise doğrudan karıştırılma ihtimaline sebebiyet verecek şekilde benzer işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılmasıdır. Bu itibarla eğer işaret mal üzerinde veya hizmetle bağlantılı şekilde kullanılmazsa cezai himaye bağlamında marka hakkına tecavüzden ve dolayısıyla mütecaviz işareten bahsedilemez⁹⁸⁷. Başka bir anlatımla, işaretin mal veya hizmetten bağımsız bir şekilde kullanılması durumunda iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu gerçekleşmeyecektir⁹⁸⁸.

Görüldüğü üzere marka ile markanın müseccel olduğu mal veya hizmet arasında zorunlu bir birliktelik mevcuttur. Bu sebeple mütecaviz işaretin kullanıldığı mal veya hizmet de suçun konusuna dahil olmaktadır. Nitekim doktrinde de iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun konusunun “*markalı mal veya hizmet*”⁹⁸⁹; “*marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilen mal veya hizmet*”⁹⁹⁰; “*tescilli markası bulunan mal veya hizmet*”⁹⁹¹ olduğu ifade edilmiştir. Kanaatimizce de markanın müseccel olduğu mal veya hizmet suçun konusu kapsamındadır.

3. Markanın Başkasına Ait Olması

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun konusu başkasına ait markalar oluşturur. Nitekim SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında, iktibas veya iltibas suretiyle tecavüzün başkasına ait marka hakkı üzerinde işlenebileceği kabul edilmiştir. Markanın başkasına aidiyeti konusunda ölçü marka hukukudur. Eğer marka hukuku

⁹⁸⁷ Marka hakkının hukuki himayesi bağlamında, marka hakkına tecavüzden bahsedilmek için kural olarak işaretin marka olarak kullanılması gerekir. Bkz. **Sabih, Arkan**, Marka Hakkına Tecavüz – İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 20, Sayı 3, Haziran 2000, s. 11-13; **Çolak**, s. 433-441; **Cornish / Llewelyn / Aplin**, s. 779-780.

⁹⁸⁸ **Bainbridge**, s. 660; **Jarrett / Chandler**, s. 114; **Harms**, 2018, s. 147; **The Enforcement of Intellectual Property Rights by Means of Criminal Sanctions: An Assessment**, WIPO Advisory Committee on Enforcement, Fourth Session Geneva, November 1 and 2, 2007, WIPO/ACE/4/3, s. 24.

⁹⁸⁹ **Başbüyük**, s. 93.

⁹⁹⁰ **Nuhoğlu**, s. 426.

⁹⁹¹ **Yenidünya / İçer**, s. 101-102.

bağlamında başkasına ait bir markanın bulunmadığı söylenebiliyorsa, konu yokluğu sebebiyle işlenemez suç gündeme gelecektir⁹⁹².

SMK'nın 148'inci maddesinin 3'üncü maddesi incelendiğinde⁹⁹³, markanın müşterek (paylı) mülkiyet ile iştirak (elbirliği) halinde mülkiyete konu olabileceği anlaşılmaktadır⁹⁹⁴. Öte yandan bir markanın birden fazla kişiye ait olabileceği, marka sahibinin tekliği ilkesi ile karıştırılmamalıdır. Marka sahibinin tekliği ilkesi⁹⁹⁵, tescilli olan bir markanın aynısının aynı ya da aynı türdeki mal ve hizmetler için tescil edilemeyeceği anlamına gelmektedir. Bu itibarla, tescilli işaretin birden fazla sahibi olabilir ancak marka tescilinden sonra aynı işaretin aynı ya da aynı türdeki mal ve hizmetler için başkası adına tescil edilmesi, kural olarak mümkün değildir⁹⁹⁶.

Bir markanın birden fazla sahibi olması durumunda, paydaşların veya ortakların iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu işleyip işleyemeyeceği hususunda normatif bir düzenleme bulunmamaktadır. Hırsızlık suçu bakımından, müşterek veya iştirak halinde mülkiyet ile malik olunan bir malın, paydaş veya ortaklardan biri tarafından alınması

⁹⁹² TCK'nın 35'inci maddesinin gerekçesinde, “Suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fil yönünden bulunmalıdır. Nitekim uygulamada da elverişlilik bu şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddeye, suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden “uygun hareketler” kavramı dahil edilmiştir” denilmektedir. Ayrıca bkz. **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 694; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 426.

⁹⁹³ SMK'nın 148'inci maddesinin üçüncü fıkrası, “Sınai mülkiyet hakkının birden fazla sahibi olması durumunda sahiplerden birinin kendisine düşen payı tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşların önalım hakkı vardır. Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara bildirilir. Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Tarafların anlaşamaması hâlinde, önalım hakkı alıcıya karşı dava açılarak kullanılır. Önalım hakkı sahibi, adına payın devrine karar verilmeden önce, satış bedelini, mahkeme tarafından belirlenen süre içinde mahkemenin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür. Cebri artırmayla satışlarda önalım hakkı kullanılamaz” şeklinde düzenlenmiştir.

⁹⁹⁴ **Erkan, Vehbi Umut / Özden Merhacı, Selin**, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Markada Paydaşların Önalım Hakkı (SMK md. 148/3), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 35, Sayı 1, Mart 2019, s. 79-80; **Kervankıran, Emrullah**, Markanın Müşterek (Paylı) Mülkiyete Konu Olması ve Bu Bağlamda Ortaya Çıkabilecek Sorunlar, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 396-397; **Battal, Ahmet**, Marka Üzerinde “Yargı Kararı” İle Ortaklık Tesisi Mümkün müdür? Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXIV, 10- 11 Aralık 2010, Ankara 2012, s. 204.

⁹⁹⁵ Detaylı bilgi için bkz. **Çolak**, s. 134 vd.; **Eminoğlu, Cafer**, Marka Sahibinin Tekliği İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi (Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK'nın M. 16/5 Hükmünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme), Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2016/1, s. 231 vd.

⁹⁹⁶ Önceki marka sahibinin muvafakat etmesi (SMK m. 5/3), ortak marka bulunması (SMK m. 31/3-4) ve sessiz kalma yoluyla hak kaybı (SMK m. 25/6) marka sahibinin tekliği ilkesinin istisnalarını teşkil eder. Detaylı bilgi için bkz. **Eminoğlu**, s. 238 vd.; **Çolak**, s. 424 vd.

halinde “başkasına ait olma” şartının gerçekleştiği ve ancak böyle bir durumda hırsızlık suçunun haksızlık içeriğinin azaldığı kabul edilmektedir⁹⁹⁷. Bu sebeple TCK’nın 144’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde hırsızlık suçunun paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde işlenmesi daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hal olarak öngörülmüş ve suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlanmıştır⁹⁹⁸.

SMK’da paylı mülkiyet ile elbirliği mülkiyet halinde markanın nasıl kullanılacağı hüküm altına alınmamıştır⁹⁹⁹. Bu halde genel hükümlere yani TMK’ya başvurulmalıdır¹⁰⁰⁰.

TMK’nın 693’üncü maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca paylı mülkiyet halinde paydaşların her birinin *diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde* markayı kullanma hakkı vardır¹⁰⁰¹. Bu itibarla kanaatimizce paylı mülkiyet halinde paydaşların her biri diğer paydaşların haklarını ihlal etmediği müddetçe markayı kullanabilir.

TMK’nın 702’nci maddesinin 2’nci fıkrasına göre iştirak halinde mülkiyette ise *kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça*, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir. Bu itibarla örneğin bir mirasçının markayı diğer mirasçıların onayını almadan kullanması mümkün gözükmemektedir¹⁰⁰².

⁹⁹⁷ Tezcan / Erdem / Önok, s. 742; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Özel Hükümler, s. 528; Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 614.

⁹⁹⁸ Detaylı bilgi için bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 742; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Özel Hükümler, s. 528; Koca / Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 567; Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 614.

⁹⁹⁹ SMK’nın 112’nci maddesinde markanın aksine patentte ortaklık ilişkisi ve bunun uygulamasının nasıl olacağı düzenlenmiştir: “(1) Patent başvurusu veya patent birden çok kişiye aitse hak üzerindeki ortaklık taraflar arasındaki anlaşmaya göre, böyle bir anlaşma yoksa 4721 sayılı Kanundaki paylı mülkiyete ilişkin hükümlere göre belirlenir. Her hak sahibi diğerlerinden bağımsız olarak aşağıdaki işlemleri kendi adına yapabilir: a) Kendisine düşen pay üzerinde serbestçe tasarrufta bulunur. b) Diğer hak sahiplerine bildirimde bulunduktan sonra buluşu kullanabilir. c) Patent başvurusu veya patentin korunması için gerekli önlemleri alabilir. ç) Birlikte yapılan patent başvurusu veya alınan patentin sağladığı hakların herhangi bir şekilde tecavüze uğraması hâlinde üçüncü kişilere karşı hukuk davası açabilir. Diğer hak sahiplerinin davaya katılabilmeleri için, durum, davayı açan tarafından davanın açıldığı tarihten itibaren bir ay içinde kendilerine bildirilir. (2) Buluşun kullanılması amacıyla üçüncü kişilere lisans verilmesi için hak sahiplerinin oybirliği şarttır. Ancak lisans verme konusunda oybirliği sağlanamaması hâlinde mahkeme, mevcut şartları göz önünde tutarak hakkaniyet gereğince bu yetkiyi hak sahiplerinden birine veya birkaçına verebilir. (3) Üzerinde birden çok kişinin hak sahipliği söz konusu olsa dahi patent başvurusu veya patentin devri ya da üzerlerinde hak tesisi için bölünebilmeleri mümkün değildir”.

¹⁰⁰⁰ Erkan / Özden Merhacı, s. 74-75.

¹⁰⁰¹ Kervankıran, Sorunlar, s. 400-401.

¹⁰⁰² Giray, R. Eda, Markanın Miras Yoluyla İntikali, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 10, Sayı 20, Güz 2011, s. 95; Kervankıran, Emrullah, Markaların Miras Yoluyla İntikali ve Miras Kalan Markalardan Türetilen Yeni Markalar Üzerindeki Mülkiyet Hakkının Hukuki Niteliği, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, 2017, s. 182.

Marka üzerinde hak sahibi olanların markanın nasıl kullanılacağı hususunda anlaşmaları ortaya çıkabilecek hukuki sorunları önleyecek mahiyettedir¹⁰⁰³. Ancak böyle bir anlaşmanın bulunmadığı durumlarda kanaatimizce mesele hukuki uyuşmazlık olarak ele alınmalı ve ceza hukukuna dahil edilmemelidir¹⁰⁰⁴.

III. Tipikliğin Manevi Unsurları

A. Genel Açıklamalar

Suçun maddi unsurlarının varlığı fiilin suç teşkil edebilmesi için yeterli olmayıp ayrıca haksızlık teşkil eden fiil ile kişi arasında manevi bir bağın kurulması da gerekmektedir¹⁰⁰⁵. Fiilin suç teşkil edebilmesi için işlenen fiil ile kişi arasında kurulması zorunlu olan manevi bağ, tipikliğin manevi (sübjektif) unsurunu ifade etmektedir¹⁰⁰⁶.

Tipikliğin manevi unsurlarından, failin psikik – ruhsal alanına ve onun tasavvur dünyasına ait olan unsurlar anlaşılmalıdır¹⁰⁰⁷. Bu unsurlar temel olarak kast ve taksirdir. Öte yandan bazı suç tiplerinde kastın bulunması yeterli olmayıp, buna ilaveten suç tipinde kişinin kastı dışında ayrıca belli bir saikle veya amaç doğrultusunda hareket etmesi aranmaktadır. Bu halde saik veya amaç, kast yanında suçun diğer bir manevi unsurunu oluşturmaktadır¹⁰⁰⁸.

TCK'nın 21'inci maddesine göre, suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Öte yandan TCK'nın 22'nci maddesinde taksirle işlenen fiillerin kanunun açıkça belirttiği hallerde

¹⁰⁰³ **Özbek / Doğan / Bacaksız**, Özel Hükümler, s. 614. Aksi görüş için bkz. **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 830.

¹⁰⁰⁴ “Sanığın ortakları daha önce aynı olup grup firma olan ... A.Ş ve ... Pazarlama Ltd. Şti.'nin genel müdürü olduğu, ortaklar arasında tasfiyenin gerçekleştiği ancak daha sonra söz konusu markanın kullanımına ilişkin hukuki ihtilaf çıktığı, sanığın ortaklığı tasfiye olunan şirketlerden ... A.Ş'nin genel müdürlüğünün sürdürdüğü ve ortaklık tasfiyesine ilişkin sözleşme ile yetkili ortakların talimatı ile dava konusu marka ile üretime devam ettiği, ürünlerin orijinal olduğu, ihtilafın ortaklığın tasfiyesinden sonra markanın kullanımına ilişkin hukuki mahiyette tazminat sorumluluğunu gerektirdiği tespit edilmekle; sanığın suç işleme kastı ile hareket ederek yüklenen suçu işlediğine ve bu suçun yasal unsurlarının oluştuğuna dair her türlü şüpheden uzak, yeterli, kesin ve inandırıcı delil elde edilememiş olup böylelikle toplanan bütün deliller yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğine dair kesin, tam ve inandırıcı delil elde edilemediği gerekçesiyle sanığın beraatine dair verilen kararda isabetsizlik görülmemiştir” (İstanbul B.A.M. 16. C.D., 24.06.2020, 6023/2641). Ayrıca bkz. **Çolak**, s. 658-661; **Çetintürk**, s. 795-796.

¹⁰⁰⁵ Tipiklikten söz edilebilmesi için maddi (objektif) unsurların yanı sıra manevi (sübjektif) unsurların da gerçekleşmesi gerekir. Bkz. **Heinrich**, I, s.164-165; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 143.

¹⁰⁰⁶ **Heinrich**, I, s. 165; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 384; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 242; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 144.

¹⁰⁰⁷ **Heinrich**, I, s.164-165; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 294-295; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 111.

¹⁰⁰⁸ **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 465; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 310; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 144.

cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, suçlar kural olarak kasten işlenebilirken, istisnaen kanunda bir suçun taksirle işlenebileceği de öngörülmüşse o suç taksirle de gerçekleştirilebilir.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, ancak kasten işlenebilir; kanunda açıkça öngörülmediğinden bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir¹⁰⁰⁹.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluşabilmesi için kural olarak failin ürettiği, sunduğu, satışa arz ettiği, sattığı, ithal veya ihraç ettiği, satın aldığı, bulundurduğu, naklettiği ve depoladığı mal yahut hizmetin mütecaviz işaretli olduğunu bilmesi gerekir. Ayrıca SMK bağlamında mütecaviz işareten bahsedilebilmesi markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır. Suçun konusu kapsamında bir unsur olan bu şart, marka suçlarının haksızlık içeriğine dâhildir. Dolayısıyla fail markanın Türkiye’de tescilli olduğu da bilmelidir.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda rıza tipikliği kaldıran bir özellik arz etmektedir. Suçun kanuni tanımında açıkça veya zımnen kişinin rızasının yokluğunun veya varlığının arandığı hallerde rıza tipikliğin bir unsurudur ve failin kastının rızanın yokluğunu da kapsamına alması gerekir¹⁰¹⁰. Ancak kanaatimizce iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluşabilmesi için failin marka hakkı sahibinin markasının kullanılmasına izin vermeyeceğini tasavvur etmesi yeterli görülmelidir¹⁰¹¹. Nitekim failin mal veya hizmetin mütecaviz işaretli olduğunu anlaması halinde buna marka hakkı sahibinin izin vermiş olacağını düşünmesi olanaklı değildir.

SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında, *satın alma, bulundurma, nakletme ve depolama* fiilleri açısından failin ayrıca *ticari amaçla* hareket etmesi aranmıştır. Bu itibarla satın alma, bulundurma, nakletme ve depolama fiilleri bağlamında suçun oluşabilmesi amaç unsurunun gerçekleşmesine bağlıdır.

¹⁰⁰⁹ Topçu, s. 120-121; Başbüyük, s. 157; Çetintürk, s. 710-711; Özmen, s. 97; Kart, s. 175.

¹⁰¹⁰ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 545-546; Özgenç, s. 374; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 290; Koca / Üzülmmez, Özel Hükümler, s. 312, 521, 586-587; Göktürk, Neslihan, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2016, s. 444; Birtok, Fatih, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m. 132), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 380-381.

¹⁰¹¹ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Özel Hükümler, s. 458; Tezcan / Erdem / Önok, s. 595.

Doktrinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun olası kast ile işlenebileceği kabul edilmektedir¹⁰¹². Ancak kanaatimizce durum ticari amacın arandığı satın alma, bulundurma, nakletme ve depolama fiilleri bakımından tartışmaya açıktır. Nitekim doktrinde ekseriyetle amaç veya saike yer verilen suçların olası kastla işlenemeyeceği kabul edilmektedir¹⁰¹³. Öte yandan doktrinde amaç veya saike yer verilen suçların kural olarak olası kastla işlenemeyeceği ancak bu durumun istisnalarının mevcut olabileceği de ileri sürülmüştür¹⁰¹⁴.

Amaç, suç tipinin dışında bulunan bir olguyu gerçekleştirmek için failin tipi ihlâl etmesidir¹⁰¹⁵. Başka bir anlatımla amaç, failin suç ile hedeflediği husustur¹⁰¹⁶. Suç tipinde amaç unsuruna yer verilen hallerde failin ancak doğrudan kast ile hareket edebileceği görüşündeyiz. Bu itibarla kanaatimizce iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun mal üretme, hizmet sunma, satışa arz etme, satma, ithal veya ihraç etme seçimlik hareketlerinin hem doğrudan hem de olası kastla^{1017, 1018}; ticari amaçla gerçekleştirilmesi gereken satın alma, bulundurma, nakletme ve depolama fiillerinin sadece doğrudan kastla işlenebileceği kabul edilmelidir.

¹⁰¹² **Schulz**, s. 103; **Feiler**, s. 114; **Keskin**, s. 175; **Birtek**, s. 509-510; **Çetintürk**, s. 713-714; **Ensari**, s. 94. Doktrinde *Kart*, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun neticesiz / sırf hareket suçu olması sebebiyle olası kast ile işlenemeyeceği görüşündedir. Bkz. **Kart**, s. 175. Doktrinde olası kastta yer alan öngörme kavramının ileride gerçekleşecek bir hususa ilişkin olduğu ve bu özelliği dolayısıyla neticeyle ilgili bulunduğu belirtilmektedir. Ancak bugün modern kanun koyucular bağlantı noktasını netice açısından yapmamakta, hem kast hem de taksir açısından failin icra ediliş tarzını benimsemektedir, **Akbulut**, s. 409-410.

¹⁰¹³ **Öztürk / Erdem**, s. 425; **Akbulut**, s. 369; **Özbek / Doğan / Bacaksız**, Genel Hükümler, s. 274; **Özgenç, İzzet**, Suç Örgütleri, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 25, 190; **Bozbayındır, Ali Emrah**, Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 329; **Koca / Üzülmüş**, Özel Hükümler, s. 586-587; **Özbek / Doğan / Bacaksız**, Özel Hükümler, s. 644.

¹⁰¹⁴ **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 467. Ayrıca bkz. **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 781.

¹⁰¹⁵ **Önder**, s. 305.

¹⁰¹⁶ **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 249; **Hakeri**, s. 301.

¹⁰¹⁷ **Schulz**, s. 103; **Feiler**, s. 114; **Keskin**, s. 147-148, 175.

¹⁰¹⁸ Doktrinde tipikliği kaldıran rızanın varlığı halinde suçun olası kast ile işlenebileceği de kabul edilmektedir. Bkz. **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Özel Hükümler, s. 474-475, 531-532; **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 385-386, 377-378, 700-701; **Özbek / Doğan / Bacaksız**, Özel Hükümler, s. 456; **Keskin Kızıroğlu, Serap**, Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 175. Krş. **Demirel, Muhammed**, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXIV, Sayı 4, 2020, s. 510-511, 517. Kanaatimizce bir kimse marka hakkı sahibinin rızasının bulunmadığını tasavvur etmesine rağmen mütecaviz işaretli olduğunu öngördüğü malları satarsa iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu olası kast ile işlenmiş olur.

B. Ticari Amaç Unsuru

SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, ıktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu oluşturan seçimlik hareketler arasında ayırım yapılarak, satın alma, bulundurma, nakletme ve depolama fiilleri bağlamında suçun ticari amaçla gerçekleştirilmesi aranmıştır¹⁰¹⁹. Bu fiiller ile ticari amaç unsuru 556 sayılı KHK'da düzenlenmemiş olup mevzuatımızda ilk defa SMK ile yerini bulmuştur.

Esasında TRIPS'in 61'inci maddesi, failin marka taklitçiliğini “*kasten*” icra etmesi ve bunun “*ticari ölçekte*” olması halinde taraf devletlere yükümlölük getirmektedir¹⁰²⁰. Cezai sorumluluğun belirlenmesinde önemli bir kriter olarak kabul edilen ticari ölçeğin anlamı TRIPS'te açıklanmamıştır¹⁰²¹. Ticari ölçek, belirli bir ürünün belirli bir pazardaki tipik veya olağan ticari faaliyetinin büyüklüğünü veya kapsamını ifade etmektedir¹⁰²². Ulusal mevzuatlarda ticari ölçek yerine ticari avantaj elde etmek veya ticaret sırasında kullanmak ya da kişisel kullanım dışında gibi kavramlar da kullanılmaktadır¹⁰²³. Avrupa Parlamentosu ise ticari ölçeği, ticari bir avantaj elde etmek için icra edilen fikri mülkiyet hakları ihlali olarak tanımlamıştır¹⁰²⁴. Buna göre kişisel yahut kâr amacı gütmeyen kullanımlar ticari ölçekli sayılmayacaktır¹⁰²⁵.

SMK'da ticari amaç kavramı açıklanmamıştır¹⁰²⁶. Ticaret, kazanç amacıyla yürütölen alım satım etkinliğidir¹⁰²⁷. Bu itibarla doktrinde ticari amaç ile “*kazanç elde etme amacı*”nın

¹⁰¹⁹ “*Sanığın söz konusu ürünleri tanesini 10 TL fiyatla satın alması hususu ile birlikte değerlendirildiğinden suça konu kol saatlerinin taklit olduğunu bilmemesinin olağan görülmemesi nedenleriyle, savunmasına itibar edilmemiş, sanığın suça konu kol saatlerinin taklit olarak üretildiğini bildiği halde katılan şirketlere ait marka ve ibareli taklit olarak üretilen kol saatlerini ticari amaçla satın aldığıının, somut olayda, müsnet suçun unsurları itibariyle oluştuğu kanaatine varılmış olup, ilk derece mahkemesince delillerin takdirinde, suçun sübutu noktasında hataya düşölerek, dosya içeriğine uygun olmayan gerekçelerle, sanığın mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi kanuna aykırı görölldüğünden*” (Trabzon B.A.M. 3. C.D., 14.07.2020, 91/1149).

¹⁰²⁰ Harms, 2018, s. 144; Yu, s. 733.

¹⁰²¹ Kur / Senftleben, s. 36; Ruse-Khan, From Trips to ACTA, s. 10.

¹⁰²² Ruse-Khan, s. 115.

¹⁰²³ Vermandele, s. 42.

¹⁰²⁴ Gibson, s. 255.

¹⁰²⁵ Gibson, s. 255; Harms, 2012, s. 519.

¹⁰²⁶ SMK'nın 29'uncu maddesinde “*ticaret alanına çıkarmak*”, 30'uncu maddesinde “*ticari amaç*” ve 153'üncü maddesinde “*kışisel ihtiyaçları ölçüsü*” terimlerine yer verilmiştir. Esasında bu kavramlarla ulaşılacak istenen amacın aynı olduğu kanaatindeyiz. Şüphesiz kullanılan farklı kavramlar kanunun bütönlüğünü bozmaktadır.

¹⁰²⁷ www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.11.2020.

kastedildiği belirtilmektedir¹⁰²⁸. Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bir kararında¹⁰²⁹, “6769 sayılı Kanun ile birlikte seçimlik hareketlere eklenen satın almak, bulundurma, nakletmek veya depolamak fiilleri ticari amaçla gerçekleştirilmelidir. Buna göre adi iş veya tüketici işlemi niteliğindeki fiiller suç oluşturmayacaktır” denilmek suretiyle ticari amaç kavramı somutlaştırılmış ve adi iş ile tüketici işlemlerinin suça sebebiyet vermeyeceği kabul edilmiştir¹⁰³⁰.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun satın alma, bulundurma, nakletme ve depolama seçimlik hareketleri kazanç elde etme amacıyla işlenmelidir. Suçun oluşabilmesi için seçimlik hareketlerin kazanç elde etme amacıyla icra edilmesi yeterli olup, kazancın gerçekten elde edilip edilmemesi yahut zarara uğranılması önem arz etmemektedir¹⁰³¹.

Doktrinde *Başbüyük*, ticari amaç unsurunun mal üretme, hizmet sunma, satışa arz etme, satma, ithal veya ihraç etme seçimlik hareketleri bakımından da gerekli olduğunu, tipe uygun olmakla birlikte ticari ölçekte kalmadığı için cezaya hükmedilmesi gereken somut olaylar bakımından ticari amacın önemli bir elek görevini üstleneceğini, tüm fiiller bakımından ticari amacın aranması şeklinde daraltıcı yorumun benimsenmesinde sakınca bulunmadığını belirtmektedir¹⁰³².

Doktrinde *Nuhoğlu* ise SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında geçen satışa arz etmek, satmak veya ithal ya da ihraç etmek terimlerinin içerisinde ticari amacı barındırdığını ve kişinin kendi tüketimi için taklit markalı ürün üretmesinin suçu oluşturmayacağını; iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketlerinin hepsinin ticari amaçla gerçekleştirilmesi gerektiğini, SMK’nın 153’üncü maddesinin 1’inci fıkrasından hareketle kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğunu ifade etmektedir¹⁰³³.

¹⁰²⁸ *Başbüyük*, s. 159; *Çetintürk*, s. 732; *Kart*, s. 177.

¹⁰²⁹ *Y.C.G.K.*, 02.06.2020, 19-67/253.

¹⁰³⁰ Tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemidir (TKHK m. 3/1-I). Ticari iş, en genel ifadeyle bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiillerdir. Adi iş ise tüketici işlemi ve ticari iş olarak nitelendirilmeyen her türlü işler. Detaylı bilgi için bkz. *Bahtiyar, Mehmet / Biçer, Levent*, *Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s. 395 vd.

¹⁰³¹ *Başbüyük*, s. 159; *Nuhoğlu*, s. 433; *Kart*, s. 177.

¹⁰³² *Başbüyük*, s. 160-161. Krş. *Çetintürk*, s. 736; *Kart*, s. 178.

¹⁰³³ *Nuhoğlu*, s. 433.

SMK'nın 153'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, “*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 şikâyetle bulunamaz*” düzenlemesine yer verilmiştir.

SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun satın alma, bulundurma, nakletme ve depolama seçimlik hareketlerinin ticari amaçla işlenmesi aranmışken SMK'nın 153'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında marka hakkına tecavüz eden tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde yani kişisel amaçla elinde “*bulunduran*” veya “*kullanan*” kişilere karşı şikâyetçi olunamayacağı hükmü getirilmiştir.

Marka hakkına tecavüzün koşullarından biri kullanımın ticari nitelikte (ticaret sırasında – ticarete) olmasıdır^{1034, 1035}. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda bu hususu kanun koyucu, satın alma, bulundurma, nakletme ve depolama fiilleri bakımından “*ticari amaç*” şeklinde formüle ederek açıkça zikretmiştir. Ancak madde metninde böyle bir koşula yer verilmeyen mal üretme, hizmet sunma, satışa arz etme, satma ve ithal veya ihraç etme seçimlik hareketleri bakımından da marka hakkına tecavüzün bir koşulu olan ticari nitelik aranmalıdır. Burada ticari nitelik ile kastedilen temel olarak fiilin kişisel işlem özelliğini taşımamasıdır¹⁰³⁶. SMK'nın 153'üncü maddesinin 1'inci fıkrası da bu hususu doğrulamaktadır ve hükümde kişisel nitelikteki kullanımı sebebiyle marka hakkına tecavüz davası açılmayacağı ve şikâyetle bulunulamayacağı belirtilmiştir. Ancak kanaatimizce kanuni bir değişiklik yapılarak konunun ceza hukuku mantığı çerçevesinde ve belirlilik ilkesine uygun olarak SMK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenmesi daha doğru olacaktır¹⁰³⁷.

¹⁰³⁴ Kur / Senftleben, s. 276; Fezer, s. 853; Klett / Sonntag / Wilske, s. 105; Çağlar, Marka Hukuku, s. 108; Çolak, s. 464; Bozgeyik, s. 141; Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 95.

¹⁰³⁵ Esasında bu husus Türk marka hukuku açısından herhangi bir yerde açıkça zikredilmemiştir. Bununla birlikte gerek SMK'nın 7'nci maddesi gerekse 29'uncu maddesinde sayılan durumlar ticari hayatta ortaya çıkabilecek niteliktedir. Öte yandan SMK'nın 7'nci maddesinin hazırlanmasında esas alınan 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nin 10'uncu maddesi ile Alman Markalar Kanunu'nun 14'üncü ve 143'üncü maddelerinde ticaret sırasında yahut ticarete kullanım kriterleri açıkça zikredilmiştir. Bkz. Ekey / Bender / Fuchs – Wissemann, s. 1025.

¹⁰³⁶ Schulz, s. 58; Kur / Senftleben, s. 276; Bozgeyik, s. 141. Ayrıca bkz. Fezer, s. 883 vd.

¹⁰³⁷ Birleşik Krallık Markalar Kanunu'nda, seçimlik hareketlerde ayırım yapılmadan suçun kişinin kendisi veya başkası için kazanç sağlama amacıyla veya bir başkasına zarar verme niyetiyle işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Bkz. Bainbridge, s. 661-662; Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan, s. 1011-1012. Alman Markalar Kanunu'nda ise mütevaciz işaretleri mal veya hizmetlerin ticarete kullanılması suç olarak kabul edilmiştir. Bkz. Fezer, s. 2587; Klett / Sonntag / Wilske,

Somut olayda mütecaviz işaretli malların kişisel kullanım için bulundurulup bulundurulmadığı özellikle araştırılmalıdır. Örneğin, bir kişi mütecaviz işaretli malları kullanmak için yurda sokabilir yahut yurttan çıkarabilir. Bu halde kanaatimizce fiil ticari nitelik arz etmediğinden kişinin mütecaviz işaretli malı ithal yahut ihraç ettiğinden değil kişisel amaçla bulundurduğu yahut kullandığından söz edilmelidir¹⁰³⁸.

Doktrinde *Çetintürk*, ticari amaç ölçütünün yetersiz olduğunu belirtmekte¹⁰³⁹ ve kazanç elde etmek amacıyla taşımacılık veya depoculuk yapan kişilerin cezalandırılabilirliğini; kişinin mütecaviz işaretli ip satın alarak ürettiği kazakları satması durumunda ipleri ticari amaçla satın aldığı için suçun faili olabileceğini; bir lastik tamircisinin işyerinde kullanmak için bulundurduğu mütecaviz işaretli yapıştırıcılar sebebiyle suçu işleyebileceğini; bir restoranda çalışan garsonların kullanmaları için satın alınan mütecaviz işaretli elbiseleri ticari amaçla kullanıldığından suçun işlendiğinin iddia edilebileceğini ifade etmektedir¹⁰⁴⁰.

Kanaatimizce kazanç elde etmek amacıyla ve mütecaviz işaretli malın bu özelliğini bilerek taşımacılık veya depoculuk yapan kişilerin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçundan cezalandırılmalarında bir beis bulunmamaktadır¹⁰⁴¹. Zaten mütecaviz işaretli malı, bu özelliğini bilmeden ticari amaçla bulunduran, nakleden veya depolayan kişilerin TCK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca kasten hareket ettiğinden söz

s. 110. Ancak Fransa'da suç politikası gereği, suçun işlenmesinde ticari amaç aranmamış ve suçta ticari iş kriterine yer verilmemiştir. Bkz. **Harms**, 2018, s. 150; **Kur / Senftleben**, s. 727.

¹⁰³⁸ “Suça konu ürünlerin yolcu bagajı olarak sanığın yanında ülkeye giriş yaparken yakalandığı ve sanığın savunması doğrultusunda bunların sanığa ait olduğuna dair delil elde edilemediği, satışa arz ettiğine veya sattığına, ithal veya ihraç ettiğine, ticari amaçla satın alıp bulundurduğuna, naklettiğine veya depoladığına dair sanığın savunmasının aksine mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gerekçesiyle sanığın beraatine dair verilen kararda isabetsizlik görülmemiştir” (**İstanbul B.A.M., 16. C.D., 02.06.2020, 4037/1823**).

¹⁰³⁹ Çetintürk “ticari amaç” yerine “ticaret alanına çıkartmak amacıyla” ibaresinin kullanılmasının daha doğru olacağı görüşündedir. Bkz. **Çetintürk**, s. 739.

¹⁰⁴⁰ **Çetintürk**, s. 737-738. Krş. **Başbüyük**, s. 151-155.

¹⁰⁴¹ 556 sayılı KHK döneminde mütecaviz işaretli malların dağıtımını yapan bir kişi hakkında İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. C.D.'nin 23.05.2019 tarihli 1156/2808 sayılı kararında, “sanığa ait “Kılıç Dağıtım” isimli iş yerinde suça konu katılana ait tescil edilmiş ürünlerin taklitlerinin ele geçirildiği olayda, sanığın ürünlerin imalini ya da satışını yapmayıp, satışını yapan firma tarafından kendisine gelen ürünleri alıcısına göndermek üzere kargo şirketlerine teslimini sağlamak sureti ile bu ürünlerin dağıtımını yaptığı, ticari amaçla dahi olsa satışı kendisi tarafından yapılmayıp yalnızca dağıtımını yapmak amacıyla suça konu ürünlerin bulundurulmasının 556 Sayılı KHK 61/A maddesi kapsamına alınmadığı gibi, bu maddeye atıf da yapılmadığı, TCK 2. Maddesi gereğince cezada kanunilik ilkesi gereği sanığın somut olayda dava dışı şirket ya da gerçek kişiler tarafından satışı yapılan suça konu ürünlerin alıcılarına dağıtımını yapmak için kargoya teslimi amacıyla taklit ürünleri bulundurmasının belirtilen gerekçe ile suç tarihi itibarı ile 556 Sayılı KHK 61/A maddesinde düzenlenen suça vücut vermeyeceği anlaşılmakla yerel mahkemece sanığın mahkumiyetine karar verilmesi” denilmektedir.

edilemeyecektir ve suç taksirle de işlenemeyeceğinden bu kimselerin cezai sorumluluğu bulunmayacaktır.

Öte yandan iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda yer alan ticari amaç kavramı geniş yorumlanmamalı, ticari amacın mütecaviz işaretli mal veya hizmet üzerinde gerçekleşmesi aranmalıdır¹⁰⁴². Bu sebeple kanaatimizce kişinin kullanmak yahut işlemek için satın aldığı mallar bakımından ticari amaç unsuru gerçekleşmeyecektir¹⁰⁴³. Aksi bir kabul suçun icra alanını ölçüsüz bir şekilde genişletecek, ticari amaç unsuru asıl maksadının dışına çıkacaktır.

Failin ticari amaçla hareket edip etmediği her somut olayda ayrı ayrı incelenmelidir. Kanaatimizce malların muhafaza edildiği yer, muhafaza şekli, fiziki durumu, adedi, çeşitliliği, mütecaviz işaretli mallar ile sanığın ticari faaliyetinin uygunluğu kümülatif olarak değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmalıdır^{1044, 1045}. Başka bir anlatımla, sadece malların adedi yahut çeşitliliği ticari amacın gerçekleştiğini göstermeyebilir¹⁰⁴⁶. Örneğin bir restoran sahibi, restoranta çalışanlar için yüksek miktarda mütecaviz işaretli önlük satın alabilir ve bunları daha sonra kullanılmak üzere depolayabilir. Bu halde restoran sahibinin ticari amacının bulunduğu bahsedilemeyeceği görüşündeyiz.

C. Kastın Tespiti Meselesi

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda kastın tespiti önem arz etmektedir. Zira mütecaviz işaretli malın bu özelliğinin bilinmesi suçun nüvesidir. Ancak sorun

¹⁰⁴² Krş. **Başbüyük**, s. 152-153; **Çetintürk**, s. 737-738.

¹⁰⁴³ **Bozgeyik**, s. 141; **Başbüyük**, s. 152.

¹⁰⁴⁴ **Başbüyük**, s. 159-160; **Kart**, s. 177.

¹⁰⁴⁵ “Sanığın iş yerinin deposunda ele geçen çantalarından birinin ikinci el ve arızalı olması, diğerinin de yeni olmasına rağmen arızalı olması, her iki çantanın da satışa arz edilmiş vaziyette ele geçirilmiş olmaması ve bu yöndeki sanık savunmaları da dikkate alındığında sanık D. ...'un da mevcut eyleminin müsnet suçun unsurlarını taşımadığı anlaşılmıştır” (**İzmir B.A.M., 16. C.D., 23.10.2018, 208/290**); “Sanığın işyerinde usulüne uygun olarak Sulh Ceza Hakimliğinden alınmış arama kararı ile yapılan aramada, müşteki adına tescilli markanın taklit edilerek üretilmiş ürünlerin, satışa arz edildiğinin, arama tutanağı, bilirkişi raporu, marka tescil belgeleri içeriğinden anlaşılmış olmasına göre sanığın tamir maksadıyla suça konu ayakkabıları bulundurduğuna dair savunmasının da gerek dinlenen tutanak tanığı gerekse de ürünlerin ikinci el olmadığının bilirkişi raporu ile anlaşılması karşısında suçtan kurtulmaya yönelik olup doğru ve inandırıcı olmadığından yerel mahkemece suçun sübutu ve nitelendirilmesinde herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir” (**İstanbul B.A.M., 16. C.D., 05.12.2018, 2695/4569**).

¹⁰⁴⁶ “Mevzuatta sadece satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi açısından ticari amacın bulunması gerektiği öngörülmüştür. Öte yandan suçun konusunu oluşturan eşyanın sayısı tek başına suçun varlığı için belirleyici olmayıp, olaya ve sanığın durumuna göre dikkate alınabilecektir” (**Ankara B.A.M., 9. C.D., 10.04.2018, 4219/1222**).

failin psşik – ruhsal alanına ve onun tasavvur dünyasına ait olan bir durumun¹⁰⁴⁷ nasıl ortaya çıkarılacağı, ispat edileceğidir.

Uygulamada kastın tespitinde ağırlıklı olarak failin mesleğine, yaptığı işe ve tacir olmasına önem atfettiği görülmektedir. Özellikle basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunan tacirin¹⁰⁴⁸ yaptığı işten edindiği tecrübelerle göre sattığı malların mütecaviz işaretli olduğunu bildiği ve bu sebeple kasten hareket ettiği kabul edilmektedir¹⁰⁴⁹,¹⁰⁵⁰. Ayrıca bazı mahkeme kararlarında, SMK’nın 29’uncu maddesinin 1’inci fıkrasının (c) bendinde yer alan “*Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle*

¹⁰⁴⁷ Heinrich, I, s.164-165; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 294-295; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 111.

¹⁰⁴⁸ TTK’nın 18’inci maddesinin 2’nci fıkrasında, “*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir*” hükmü yer almaktadır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Memiş, Tekin, Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı – Yargıtay Kararları İncelemeleri, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, Editör: Tekin Memiş, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 343 vd.

¹⁰⁴⁹ “*Katılan vekilinin şikâyeti üzerine, 13.04.2013 günü sanıkların işlettiği Tutar ... Tic. Ltd. Şti’nde yapılan aramada, üzerlerinde katılan adına tescilli markaları taşıyan toplam 13 paket çayın satışa arz edilmiş halde ele geçirildiği tüm dosya kapsamından sabit olup, her ne kadar sanıklar aşamalarındaki savunmalarında dava konusu ürünlerin taklit olduğunu bilmediklerini ve bunları fatura karşılığında satın aldıklarını beyan edip, tedarikine ilişkin olduğu iddiasıyla fatura ibraz etmişlerse de; sanıkların yaptığı iş nedeniyle söz konusu ürünlerin taklit olduğunu bilmemesinin olağan hayat tecrübelerine uygun olmadığı gözetilerek*” (Y. 19. C.D., 01.03.2018, 10991/2227); “*Somut dosya incelendiğinde; sanığın aşamalarındaki savunmalarında dava konusu ürünlerin taklit olduğunu bilmediğini ve bunları fatura karşılığında satın aldığını beyan edip, tedarikine ilişkin olduğu iddiasıyla fatura ibraz etmiş ise de; sanığın yaptığı iş nedeniyle söz konusu ürünlerin taklit olduğunu bilmemesinin olağan hayat tecrübelerine uygun olmadığı gözetildiğinde*” (Sakarya B.A.M., 5. C.D., 06.10.2020, 925/2317); “*Diğer sanık Abit’in ise şirket temsilcisi ve sahibi olduğu, bilirkişi raporuna göre ele geçen suça konu ürünlerin taklit ürün olduğu, böylelikle şirket temsilcisi ve sahibi olan sanığın ürünlerin taklit olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu*” (Antalya B.A.M., 10. C.D., 08.10.2020, 4979/2535); “*Ticaret ile uğraşan sanığın iştigal ettiği işi gereği satışa arz ettiği ürünlerin taklit olup olmadığını bilmesi ve basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gerektiği dikkate alındığında; ilk derece mahkemesince hatalı değerlendirme sonucu sanığın atılı suçtan verilen beraat kararının kanuna aykırı olduğu kanaatine varılarak*” (Sakarya B.A.M., 5. C.D., 15.10.2020, 537/2475); “*Ticaret ile uğraşan sanığın basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğü altında bulunması ve işi gereği satışını yaptığı ürünlerin taklit olmadığını bilmemesinin olağan görülmemesi nedenleriyle savunmasına itibar edilmemiş, sanığın katılanların hak sahibi olduğu Tommy Hilfigerve Polo Ralplaren markalı ve logolu ürünlerin taklidi olarak üretilen ürünlerin bu özelliklerini bildiği halde bu ürünleri ticari amaçla satın alarak iş yerinde satışa arz ettiği kabul edilerek, somut olayda sanığın üzerine atılı suçun unsurları itibariyle oluştuğu kanaatine varılmış*” (Samsun B.A.M., 5. C.D., 05.02.2020, 834/290); “*İlk derece mahkemesi tarafından her ne kadar sanığın suç kastı olmadığı nedenle beraat kararı verilmiş ise de, sanığın tacir olup basiretli bir tacir gibi davranması gerektiği, beyanından uzun zamandır bu işi yaptığının anlaşıldığı*” (Antalya B.A.M., 10. C.D., 07.03.2019, 3574/545).

¹⁰⁵⁰ Ayrıca Antalya B.A.M., 10. C.D.’nin 16.07.2020 tarihli 4733/2219 sayılı kararında, “*Öte yandan başka bir mahkeme kararında basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünden hareketle tacirin sattığı malları kontrol etmesi gerektiği, sattığı malların üzerlerinde tescilli marka ve logo işaretlerinin bulunması halinde yetkili satıcı olmaksızın veya yetkili firmadan satın almaksızın bu malları satmamaları gerektiği, aksi halde kasten hareket etmiş olacağı belirtilmektedir*” denilmek suretiyle basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü olan tacirin sattığı malları kontrol yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmiştir.

markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde 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” hükmünün dikkate alındığı ve mal veya hizmetin mütecaviz işaretli olduğunun bilinmesi gerektiğinden bahisle failin kasten hareket ettiğinin kabul edildiği görülmektedir¹⁰⁵¹. Bilmesi gerektiği halin belirlenmesinde ise somut olayın özellikleri dikkate alınarak ve esasında failin mesleği, yaptığı iş ve tacir olması üzerinden değerlendirme yapılmaktadır¹⁰⁵².

Mahkemelerin mesleği, yaptığı iş veya tacir olması üzerinden failin kasten hareket ettiğinin kabulü doktrinde kast karinesi olarak isimlendirilmekte¹⁰⁵³ ve eleştirilmektedir¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵¹ “Sanık aşamalarındaki savunmalarında, suça konu ürünlerin işyerini devir aldığı tarihten beri bulunduğunu, lisanssız, taklit ürün olduğunu bilmediğini ve bu kapsamda suç kastının bulunmadığını belirtmiş, ilk derece mahkemesince de, sanığın işyerinde bulunan ve ele geçen bu ürünlerin lisanssız olduğunu bilmediği ve bunları satma iradesi olmadığı yönündeki savunmasının aksine dosyada delil bulunmaması nedeniyle sanığın savunmasına itibar edilerek, suça konu ürünleri satma kastının olmadığı gerekçesiyle beraatine karar verilmişse de ; gerek ilk derece mahkemesince yapılan yargılama aşamasında toplanan tüm kanıtlar ve gerekse istinaf aşamasında sanığın kaçamaklı ikrara yönelen savunması, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 29/c maddesindeki marka hakkına tecavüz sayılan “...Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak...” şeklindeki düzenleme ile birlikte değerlendirildiğinde, sanığın yaptığı iş itibarıyla markanın taklit edildiğini bilmesi gerektiği, işyerini devir almasından fiil tarihine kadar yaklaşık 2 yıllık zamanın geçmiş olması, ele geçen ürünlerin bilirkişi raporu ile belirlenen niteliği ve ele geçiriliş biçimi dikkate alındığında, suçun oluşumu için özel kastını aranmadığı da gözetilerek, sanığın suç kastının bulunmadığı yönündeki savunmasına itibar edilmemesi gerektiği sonucuna varılmıştır” (Bursa B.A.M., 5. C.D., 30.04.2018, 375/1177); “Tüm dosya kapsamı, arama el koyma tutanağı ve alınan bilirkişi raporu ile sanığın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri ticari amaçla elde bulundurmak eylemini gerçekleştirerek 6769 sayılı kanuna muhalefet ettiği, sanığın birden fazla markaya ait ürünü satmak için bulundurmak şeklinde gerçekleşen eyleminin TCK'nın 43. maddesi kapsamında zincirleme suç hükümlerine vücut verdiği” (Adana B.A.M., 10. C.D., 13.11.2019, 5871/2875); “Marka içeriğinde kayıtlı bir şeklin bulunmadığı, katılan markasının ise şekil ile birlikte kelime olarak tescilli olduğu, suça konu torbalar üzerinde ise katılanın kelime ve şekilden oluşan markasının iltibasa yol açacak şekilde kullanılmış olduğu, diğer yandan sanık Erdoğan'ın yaptığı işin niteliği, kolluğun 13/01/2015 tarihli araştırma tutanağı içeriği ve dosyada toplanan diğer deliller dikkate alındığında ismi geçen sanığın suç kastının bulunduğu ve kullanılan kömür torbalarının taklit olduğunu bilmesi gerektiği değerlendirilmiş” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 11.06.2019, 823/1963); “09/04/2018 tarihli bilirkişi raporunda suç eşyalarının orijinal olmayıp taklit oldukları müşteki şirket adına marka hakkı tescilli olduğu, sanığın yaptığı işin ve mesleğinin gereği suç eşyasının orijinal olmayıp taklit ürün olduğunu bilmesi gerektiği ve marka hakkına tecavüz suçunun oluştuğunu açıklaması karşısında” (Antalya B.A.M., 10. C.D., 11.06.2019, 452/4526).

¹⁰⁵² Çolak, s. 487-488; Çağlar, s. 118; Bozgeyik, s. 75.

¹⁰⁵³ İspatta yaşanan zorluklar sebebiyle ekonomik suçlarda çeşitli karinelere dayanılarak ve bu durumun karşılaştırmalı hukukta da yaygın olduğu görülmektedir. Bkz. Tiedemann, s. 84-85.

¹⁰⁵⁴ Başbüyük, s. 167; Çetintürk, s. 741; Nuhoğlu, s. 433-434.

Gerçekten bir suçun işlendiğinden bahsedilebilmesi için failin kural olarak bilerek ve isteyerek hareket etmesi veya suçun kanuni tanımındaki unsurlarının gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen bunu kabullenmesi gerekmektedir. Tacir olmak, yapılan iş yahut sahip olunan meslek tek başına failin kasten hareket ettiğini göstermez. Ancak kanaatimizce tacirlik, yapılan iş yahut meslek farklı argümanlarla desteklendiği takdirde failin kasten hareket ettiği ileri sürülebilir¹⁰⁵⁵. Yıllardır güvendiği dağıtıcıdan mal alan tacire müteceviz işaretli mal verilmesi ve tacirin de bunları satışa arz etmesi halinde tacirin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu kasten işlediği kabul edilmemelidir (TCK m. 30/1). Bununla birlikte failin tecrübesi, malları olağan dağıtım kanalları dışından veya daha ucuza ya da faturasız alması ve olması gerektiğinden daha düşük bedelle satması, malların niteliği (kalitesiz mal ve işçilik) gibi kriterler de dikkate alınarak değerlendirme yapılabilir¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁵ “02.02.2015 tarihinde şüphelinin işletmekte olduğu ve ... adresinde bulunan ... isimli iş yerinde usulüne uygun olarak yapılan aramada davaya konu olan 5 adet Leliko marka pelüş bebeğin ele geçirildiği, alınan bilirkişi raporuna göre ele geçen ürünlerin müştekinin hak sahibi olduğu markanın taklit edilmesi yolu ile üretildiği, yine aynı bilirkişinin 29.07.2016 tarihli ek raporu içeriğine ve tanık ifadesine göre sanığın bu ürünleri tanık Mehmet Ali Çelik'ten barkod numarası basılmış halde satın aldığı vicdani kanaatine varılmıştır. Bununla birlikte; sanığın aksi ispatlanamayan savunması, savunmanın tanık ifadesi, fatura içeriği ve bilirkişi ek raporu ile doğrulanması, sanığın aldığı ürünlerin sayısının azlığı ve barkod numarası dahi basılmış vaziyette satın alması, sanığın asıl iştiğal alanının kozmetik eşya ticareti olması gözetildiğinde ilk derece mahkemesinin hükmünde usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşılmakla istinaf başvurusunun reddine” (Ankara B.A.M., 9. C.D., 22.03.2017, 41/837).

¹⁰⁵⁶ “Sanık Dairemizce tespit edilen savunmasında, suça konu ürünleri çok eski tarihte satın aldığını, bu ürünlerin taklit olduğunu bilmediğini söyleyerek suçlamayı kabul etmemiş ise de, sanığın işyerinde yapılan aramada ele geçirilen ürünlerin sayısı, niteliği ve satış bedeli, aksi sabit oluncaya kadar geçerli arama tutanağına göre bu ürünlerin işyerinin içerisinde sağ tarafta bulunan askılıkta satışa arz edilmiş halde ele geçirilmesi, bilirkişi tarafından düzenlenen raporda, sanığın iş yerinde bulunan ürünlerin orijinal olmadığını, taklit olarak üretildiğinin, ürünlerin orijinal olmadığının orta düzeydeki tüketiciler tarafından kolaylıkla anlaşılamayacağını bildirilmiş olması, ticaret ile uğraşan sanığın basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğü altında bulunması, buna göre yaptığı işten edindiği tecrübelerine göre sattığı ürünlerin taklit olup olmadığını, taklit ise bu ürünleri iş yerinde satmaması gerektiğini bilmesinin kendisinden beklenen bir durum olması hususları tüm dosya kapsamı ile birlikte değerlendirildiğinde, sanık savunmasına itibar edilmemiş, sanığın, katılanın hak sahibi olduğu Beşiktaş markalı ürünlerin taklidi olarak üretilen forma ve eşofman üstlerinin taklidini bildiği halde bu ürünleri satın alarak iş yerinde satışa arz ettiği, üzerine atılı suçun unsurları itibariyle oluştuğu kanaatine varılmış, açıklanan nedenlere dayalı olarak, delillerin takdirinde, suçun sübutu noktasında hataya düşülerek, dosya içeriğine uygun olmayan gerekçelerle, sanığın mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi kanuna aykırı görüldüğünden, katılan vekilinin ve Cumhuriyet Savcısının istinaf başvurularının kabulü ile ilk derece mahkemesince verilen hükmün kaldırılmasına karar verilmiştir” (Samsun B.A.M., 5. C.D., 06.03.2019, 2574/806); “Sanık suça konu malı nereden aldığını belgelere dayanarak bildirmiş, sanığın sunduğu faturalara konu emtiayı satan firma yetkilisinin tanık sıfatıyla alınan beyanları ve faturaları ve beyanları teyit eden bilirkişi raporu göz önüne alındığında, sanığın suç kastı ile hareket ettiği düşünülemeyeceği gibi, sanık açısından suçun unsuru olan "taklit olduğunu bilmesi gereken hal" vaki olmamıştır” (İstanbul B.A.M., 6. C.D., 10.06.2020, 4041/2225).

Öte yandan kastın tespitinde SMK'nın 29'uncu maddesinde yer alan “bilmesi gerektiği hal” kavramının ceza hukukuna dahil edilmesini ve mahkeme kararlarında bu kavrama yer verilmesini ise doğru bulmamaktayız. Zira SMK'nın 29'uncu maddesinde yer alan ve hukuki sorumluluk gerektiren haksız fiiller iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketleri arasında kabul edilemez¹⁰⁵⁷. Bu sebeple kanaatimizce iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bağlamında kişinin bilmesi gerektiği bir durumu bilmemesi sebebiyle cezalandırılması mümkün değildir¹⁰⁵⁸. Aksi bir kabul iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun taksirle de işlenebileceği sonucunun doğmasına yol açar ki bu durum suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelir.

IV. Hukuka Aykırılık Unsuru

A. Genel Açıklamalar

Tipe uygunluktan sonra suçun yapısında ikinci aşamayı oluşturan hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin

¹⁰⁵⁷ “Öte yandan, mülga 556 sayılı KHK'nın 61. maddesi ile 6769 sayılı Kanun'un 29. maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz sayılan fiiller, aynı KHK ve Kanun'da düzenlenen hukuk davalarına konu olan haksız fiillerden olup marka hakkına tecavüz suçunun unsurlarını belirlerken doğrudan dikkate alınamazlar. Mülga 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinin 9. maddeye, 6769 sayılı Kanun'un 29. maddesinin ise 7. maddeye atıf yaparak tecavüz fiillerinin düzenlendiği, KHK'nın 61/A ve Kanun'un 30. maddelerinin ise marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümlerini düzenlerken anılan maddelere doğrudan atıfta bulunmadığı, bu nedenle marka hakkına tecavüz suçunun unsurlarını mülga 556 sayılı KHK'nın 61/A ve 6769 sayılı Kanun'un 30. maddelerinin belirleyeceği, yalnızca hangi hâllerin iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz sayılacağına tespiti için cezai hükümler dışındaki belirtilen düzenlemelerden yararlanılabileceği kabul edilmelidir. Bu nedenle marka hakkına tecavüz sayılan fiillerden olan ve mülga 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde sayılan “Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak.” şeklindeki eylemler ile 6769 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde sayılan ve yine marka hakkına tecavüz sayılan fiillerden olan “Markayı veya ayırt edilmeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde 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.” şeklindeki eylemler marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketleri arasında kabul edilemez” (Y. C.G.K., 02.06.2020, 19-67/253).

¹⁰⁵⁸ Birttek, s. 509.

mubah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir¹⁰⁵⁹.

Suç sayılan bir fiilin işlenmesine diğer bir hüküm izin veriyorsa, o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı, yani suç olmadığı sonucuna varılır. Bu şekilde ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala “*hukuka uygunluk sebebi*” denir¹⁰⁶⁰.

Ceza normunun yasakladığı davranışa izin veren hüküm, ceza kanununda olabileceği gibi başka bir hukuk dalını ilgilendiren kanunda da yer alabilir. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilecek durumlar hem TCK’da hem de SMK’da bulunmaktadır. Özellikle SMK’da marka hakkını sınırlayıcı çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Özel hukuk mantığı ile kaleme alınan sınırlayıcı hallerin ceza hukukunda karşılığı bazen tipiklik bazen hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmiştir. Bunlara örnek olarak markanın sözlük veya başvuru eserinde yer alması, dürüst kullanım, gerçek hak sahipliği ve eskiye dayalı kullanım, sessiz kalma suretiyle hak kaybı, marka hakkının tüketilmesi gösterilebilir. Kanaatimizce iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluştuğundan söz edilebilmesi için SMK’da yer alan marka hakkını sınırlayıcı hükümler dikkate alınmalı ve özel hukuk anlamında marka hakkına tecavüzün gerçekleşmediği durumlarda suçun varlığından bahsedilmemelidir¹⁰⁶¹. Özel hukuk anlamında bir marka hakkına tecavüz vuku bulduğu zaman ise tecavüzün cezai sorumluluk gerektirip gerektirmediği ayrıca SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrası dikkate alınarak belirlenmelidir.

Aşağıda iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu doğrudan ilgilendiren ve özellik arz eden durumlar hakkında açıklamalarda bulunulacaktır.

¹⁰⁵⁹ Önder, s. 213; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 477; Özgenç, s. 313; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 262-263; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 276; Akbulut, s. 466; Hakeri, 302.

¹⁰⁶⁰ Önder, s. 213; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 477; Özgenç, s. 319; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 262-263; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 277; Akbulut, s. 467; Hakeri, 303.

¹⁰⁶¹ Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan, s. 1010; Bainbridge, s. 662-663; The House of Lords, Regina v. Johnstone Kararı, 22.05.2003, <https://publications.parliament.uk>, Erişim Tarihi: 20.12.2020. Aksi görüş için bkz. Çetintürk, s. 774 vd.

B. İlgilinin Rızası

Marka hakkı, kişinin üzerinde serbestçe ve mutlak bir şekilde tasarruf edebileceği malvarlığı haklarından. Günümüzde marka hakkı sahipleri markalarını sadece kendi mal ve hizmet ürünleri için kullanmamakta, başkalarının kullanmasına da izin vererek ekonomik yönden gelir sağlamayı ve markalarının tanınmışlık düzeyini arttırmayı amaçlamıştır. Bu sebeple ilgilinin rızası marka hukukunda ve özellikle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda önemli bir yere sahiptir.

İlgilinin rızası, bazı durumlarda tipikliği kaldırırken (tipikliği kaldırma rıza) kimi zaman fiili hukuka uygun hale getirir (hukuka uygunluk sebebi olarak rıza)¹⁰⁶². Eğer suç tipinde hak sahibinin rızası olmadan işlenebileceği açıkça belirtilmiş yahut ceza normunda belirtilmemekle birlikte zımni olarak davranışın ilgilinin iradesine rağmen veya iradesi olmaksızın işlenmesi aranıyorsa ilgilinin rızası, tipikliği kaldırıcı bir etkiye sahiptir¹⁰⁶³. Bunun dışında kalan hallerde ise ilgilinin rızası hukuka aykırılığı ortadan kaldırır ve suçun yapısında hukuka uygunluk sebepleri bağlamında değerlendirilir^{1064, 1065}.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olduğu doktrinde ekseriyetle kabul edilmektedir¹⁰⁶⁶. Nitekim SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında tipiklikte ilgilinin rızasına yer verilmemiştir. Ancak SMK'nın 7'nci ve 29'uncu maddesinde, marka hakkına tecavüzden bahsedilebilmesi için marka sahibinin izninin bulunmaması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca marka hakkı sahibinin izninin bulunmaması doktrinde marka hakkına tecavüzün bir koşulu olarak kabul

¹⁰⁶² Heinrich, I, s. 294; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 545; Koca / Üzülmöz, s. Genel Hükümler, s. 287; Hakeri, 360; Akbulut, s. 493-494; Demirel, Muhammed, Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (3), 2020, s. 1475.

¹⁰⁶³ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 545; Koca / Üzülmöz, s. Genel Hükümler, s. 287; Akbulut, s. 493-494; Göktürk, Hukuka Aykırılık, s. 444; Demirel, s. 1476-1477. Doktrinde Öztürk / Erdem ile Hakeri, ilgili suç tipinde suçun oluşması açısından rızanın bulunmaması *açık bir şekilde aranıyorsa*, bu takdirde rızanın varlığının suçun tipik olmasını engelleyeceğini belirtmektedir. Bkz. Öztürk / Erdem, s. 296-298; Hakeri, s. 360. Ayrıca bkz. Heinrich, I, s. 294-296.

¹⁰⁶⁴ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 545; Koca / Üzülmöz, s. Genel Hükümler, s. 288; Akbulut, s. 494; Göktürk, Hukuka Aykırılık, s. 444.

¹⁰⁶⁵ TCK'nın 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında, "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*" denilmek suretiyle ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir.

¹⁰⁶⁶ Fezer, s. 2592; Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 71; Özen, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, s. 66; Birtürk, s. 510; Arslan / Özdemir, s. 1098; Yenidünya / İçer, s. 107; Kart, s. 154; Nuhoglu, s. 434; Çetintürk, s. 803.

edilmektedir¹⁰⁶⁷. Her ne kadar SMK'nın 30'uncu maddesinde tipiklikte ilgilinin rızasına yer verilmemiş olsa da marka hakkına tecavüzün yapısı ve SMK'nın 7'nci ve 29'uncu maddesi dikkate alındığında, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun kanuni tanımında zımnen rıza unsuruna yer verildiği söylenebilir. Bu itibarla kanaatimizce ilgilinin rızası, inceleme konusu suç bakımından tipikliği kaldıran rıza özelliği sergilemektedir¹⁰⁶⁸. Dolayısıyla rızanın bulunması hukuka aykırılığı değil, ondan önceki bir safha olan tipikliği ortadan kaldırmaktadır.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun kanuni tanımının gerçekleşebilmesi için suç teşkil ettiği iddia edilen fiilin marka hakkı sahibinin rızası olmaksızın icra edilmesi gerekir. Rıza beyanı açık veya zımni, yazılı ya da sözlü olabilir. Ancak iradenin hile, tehdit gibi sebeplerle sakatlanmamış olması gerekir. Marka hukukunda rıza lisans vermek, sınırlı bir ayni hak tanımak¹⁰⁶⁹, muvafakat etmek¹⁰⁷⁰ gibi şekillerde ortaya çıkabilir¹⁰⁷¹.

Marka hakkı sahibi rızayı açıklamaya yetkilidir. Eğer marka üzerinde birden fazla kişi hak sahibi ise hepsinin rıza göstermesi gerekir¹⁰⁷². Nitekim paylı mülkiyette olağanüstü yönetim işlerinde; elbirliği mülkiyette ise her durumda kural olarak oybirliği ile hareket edilir (TMK m. 688-703).

Rıza mutlaka suçtan önce veya en geç fiilin icrasına başlandığı sırada mevcut olmalıdır¹⁰⁷³. Failin hareketinden sonra verilen rızaya ise icazet denir ve icazet tipikliği ortadan

¹⁰⁶⁷ Çağlar, Marka Hukuku, s. 108; Çolak, s. 464; Bozgeyik, s. 30; Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 94.

¹⁰⁶⁸ Alman ve Birleşik Krallık hukuklarında, suçun marka hakkı sahibinin rızası olmaksızın işlenmesi gerektiği açıkça kabul edilmiştir. Bkz. Schulz, s. 53; Feiler, s. 98; Bainbridge, s. 659; Keskin, s. 172. Doktrinde Başbüyük, suç tipinde rızanın tipiklik unsuru olduğunu ancak rızanın tipikliğe yahut hukuka aykırılık unsuruna ilişkin olmasının mevcut düzenlemeler karşısında sonuç açısından bir fark yaratmayacağı görüşündedir. Bkz. Başbüyük, s. 182. Ancak kanaatimizce tipikliği kaldıran rıza ile hukuka uygunluk sebebi olarak rızanın sonuçları farklıdır. Bkz. Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 545-546; Demirel, s. 1519.

¹⁰⁶⁹ SMK'nın 148'inci 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. Markanın konu olduğu hukuki işlemler yazılı şekle tabidir.

¹⁰⁷⁰ SMK'nın 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrası, “Bir marka başvurusu, önceki marka sahibinin başvurusunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin Kuruma sunulması hâlinde birinci fıkranın (ç) bendine göre reddedilemez. Muvafakatnameye ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir” hükmünü içermektedir.

¹⁰⁷¹ Çağlar, s. Marka Hukuku, s. 108; Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 94.

¹⁰⁷² Başbüyük, s. 183; Özmen, s. 105.

¹⁰⁷³ Demirel, s. 1519; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 552; Koca / Üzülmez, s. Genel Hükümler, s. 295.

kaldırmaz. Ancak suç şikâyet tabi olduğu için icazet şikâyet hakkı bağlamında değerlendirilebilir.

C. Markanın Dürüst Kullanımı

SMK'nın 7'nci maddesinin 5'inci fıkrasında, *“Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez:*

a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.

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

c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması” denilmek suretiyle markanın dürüst kullanımı bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir.

Markanın dürüst kullanımından söz edilebilmesi için başkasına ait markanın tali unsur olarak kullanılması ve kullanımın ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı olmaması gerekir¹⁰⁷⁴. Satıcı ile marka sahibi arasında ticari bağlantı olduğu izlenimi verilmesi, üçüncü

¹⁰⁷⁴ “556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (Marka tescilinden doğan hakların kapsamı) kenar başlıklı 9 ncu maddesinde marka hakkının kapsamı, (Marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisna) kenar başlıklı 12 nci maddesinde ise bu hakkın kapsamının istisnaları gösterilmiş olup, bu istisnalardan birisi de dürüst ve ticari ve sınai konularla ilgili olarak markanın 3 ncü kişilerce kullanılabilmesidir. Her ne kadar Kanun Hükmünde Kararname'nin 12 nci maddesinin kaynağı olan AET (Avrupa Ekonomik Topluluğu) 89/104/AET sayılı yönergesinin tescilli markanın belirli koşullarda kullanımına imkan veren (malın veya hizmetin öngörülen amacını ve özellikle teferruat veya yedek parça niteliğini belirlemek için gerekli olması halinde, markayı kullanması, ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı düşmedikçe, marka sahibi tarafından engellenemez) şeklindeki bölümü Kanun Hükmünde Kararname'nin 12 nci maddesi metnine aynen alınmamış ise de, öğreti tarafından da kabul edildiği üzere bu eksiklik bilinçli bir tavıra dayalı olmayıp, hatalı bir iktibas ve tercüme dayalı olduğu, gerek gerekçede alınmama olgusunu açıklayan bir ibarenin yer almaması ve gerekse de Kanun Hükmünde Kararname'de tescilli bir markanın maddede belirtilen şekilde her çeşit kullanımı istisna kapsamına alınırken marka olarak kullanımının ret edilmesinin Kanun Hükmünde Kararname'nin düzenleniş amacına uygun düşmeyeceği, amaca uygun yorumun da bu saptamayı doğruladığının kabulü gerekir. Açıklanan bu nedenlerle maddede sözü edilen şartlarda tescilli markanın 3 ncü kişilerce marka sahibinin iznine gerek kalmadan marka olarak da kullanılabileceği menfaatler dengesinin de bunu gerektirdiği neticesine varılmıştır. Bu genel açıklamalardan sonra dava konusu olaya dönüldüğünde, yukarıda yapılan açıklamadan da anlaşılacağı üzere, davacı taraf arada herhangi bir akdi ilişki bulunmadığı halde davalının işyerinde kendi marka ve logosunu kullanıldığını ve bu eylemin haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek işbu davayı açmış, davalı taraf ise, işyerinin özel servis olduğunun açıkça anlaşıldığını ve belirtilen markalı araçların tamir ve bakımının yapıldığını göstermek

kişinin markasının öne çıkarılması, markanın ününden veya ayırt edici karakterinden haksız yararlanma, markanın kötülenmesi, itibarının zedelenmesi gibi hallerde dürüst kullanımın varlığından söz edilemez¹⁰⁷⁵.

Sabundaki “Lüks” markasının bir şampuanda “Lüks bir şampuan” şeklinde yazılması¹⁰⁷⁶; içme suyu olarak kullanılan “Istranca” markasının başka bir suyun etiketinde, doğru olması şartıyla, “Suyumuzun Kaynağı Istranca Dağlarıdır” ifadesinin yer alması¹⁰⁷⁷; bir bilgisayar firmasının ürettiği laptop üzerine işlemciyi belirtmek için “Intel” yahut “AMD” markalarına yer verilmesi; otomobil parçalarının hangi marka ve modele uygun olduğunun gösterilmesi amacıyla “BMW” , “Volkswagen”  gibi otomobil markalarının birebir belirtilmesi; otomobil bakımı, tamiri yapan bir işletmede hangi marka araçlara hizmet verildiğini ilan etmek amacıyla dükkan tabelasında “Citroen” , “Peugeot”  markalarını yazdırması dürüst kullanıma örnek olarak gösterilebilir.

D. Kişisel İhtiyaçlar Ölçüsünde Bulundurma (SMK m. 153/1)

SMK’nın 153’üncü maddesinin 1’inci fıkrası, “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 şikâyetle bulunamaz” şeklinde düzenlenmiştir. Hükmün gerekçesinde, düzenleme ile kişisel amaçlı her türlü kullanım ya da elde bulundurmanın tecavüz kapsamı dışına çıkarıldığı belirtilmiştir¹⁰⁷⁸.

amacıyla ve anılan Kanun Hükmünde Kararname’nin 12 nci maddesine uygun olarak marka ve logoya yer verildiğini savunmuştur. Şu halde uyuşmazlığın çözümü davalı kullanımının 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 12 nci maddesi kapsamında bir kullanım olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Kararlık gösteren Dairemizin emsal kararlarında kabul edildiği (2000/2039 Esas, 2000/3243 Karar, 20.04.2000 Tarih - 2001/11086 Esas, 2002/3591 Karar, 16.04.2002 Tarih) üzere belirtilen şekilde servis hizmeti veren bir işletmenin kendi işletme adını hakim unsur şekilde yazmak koşuluyla işyerinde belirtilen markalı araçlara hizmet verildiğini göstermek bakımından marka sahibinin iznine gerek olmadan Kanun Hükmünde Kararname’nin 12 nci maddesinde tarif edildiği koşullarda tescilli markayı tali unsur olarak kullanabileceği, ancak dosya içeriği ve sunulan fotoğraf ve tanıma vasıtalarının incelenmesinden davalının tali unsur olarak değil, hakim unsur teşkil edecek şekilde davacı marka ve logosunu kullandığı anlaşılmakla, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına karar vermek gerekmiştir” (Y. 11. H.D., 03.10.2003, 2346/8743).

¹⁰⁷⁵ Kur / Senftleben, s. 412-415; Çolak, s. 632-633.

¹⁰⁷⁶ Tekinalp, s. 450, dn. 33.

¹⁰⁷⁷ Kur / Senftleben, s. 412; Tekinalp, s. 451, dn. 34.

¹⁰⁷⁸ Pekdinçer / Giray / Baş, s. 395.

SMK ile hukukumuzda yerini bulan ve özel hukuk mantığı ile kaleme alınan bu hüküm doktrinde bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁷⁹. Esasen marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için kullanımın ticari nitelikte (ticaret sırasında – ticarete) olması yani fiilin kişisel işlem özelliğini taşınamaması gerekmektedir¹⁰⁸⁰. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda bu hususu kanun koyucu, satın alma, bulundurma, nakletme ve depolama fiilleri bakımından “*ticari amaç*” şeklinde formüle ederek açıkça zikretmiştir. Ancak kanaatimizce madde metninde böyle bir koşula yer verilmeyen mal üretme, hizmet sunma, satışa arz etme, satma ve ithal veya ihraç etme seçimlik hareketleri bakımından da marka hakkına tecavüzün bir koşulu olan ticari nitelik aranmalıdır. Kanaatimizce SMK’nın 153’üncü maddesinin 1’inci fıkrası bu hususa işaret etmekte¹⁰⁸¹ ve bu hüküm ile suç tanımında bulunan bir eksiklik giderilmiş olmaktadır. Ancak SMK’nın 153’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan koşulların SMK’nın 30’uncu maddesinde suçun kanuni tanımında yer alması ceza hukuku açısından daha doğru olacaktır.

E. Tazminat Ödenmesi (SMK m. 153/2)

SMK’nın 153’üncü maddesinin 2’nci fıkrası “*Sınai mülkiyet hakkı sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı kendisine tazminat ödeyen kişi tarafından, sınai mülkiyet hakkı sahibinin elkoymaması nedeniyle piyasaya sürülmüş ürünleri ticari amaçla kullanan kişilere karşı, bu Kanunda yer alan hukuk davalarını açamaz veya ceza davası açılması için şikâyetle bulunamaz*” şeklinde düzenlenmiştir¹⁰⁸². Hükmün gerekçesinde, düzenleme ile zarardan dolayı kendisine tazminat ödenmiş hak sahibinin elkoymaması nedeniyle tazminat ödeyen kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri ticari amaçla kullanan kişilerin kapsam dışında tutulduğu belirtilmiştir^{1083, 1084}.

¹⁰⁷⁹ Güneş, Marka Hukuku, s. 554; Çetintürk, s. 808; Kaynak, Fikri Mülkiyet, s. 366; Bayrak, s. 172-173; Kart, s. 158.

¹⁰⁸⁰ Schulz, s. 58; Kur / Senftleben, s. 276; Çağlar, Marka Hukuku, s. 108; Çolak, s. 464; Bozgeyik, s. 141; Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 95; Bozgeyik, s. 141.

¹⁰⁸¹ Benzer bir görüş için bkz. Nuhoglu, s. 433.

¹⁰⁸² 556 sayılı KHK’nın “Dava açılmayacak kişiler” başlıklı 69’uncu maddesi, “Marka sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı marka sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı, Kanun Hükmünde Kararnamenin bu bölümünde yer alan davaları açamaz” hükmünü içermektedir.

¹⁰⁸³ Pekdiğer / Giray / Baş, s. 395.

¹⁰⁸⁴ 556 sayılı KHK’nın 69’uncu maddesinde de SMK’nın 153’üncü maddesinin 2’nci fıkrasına benzer bir şekilde “Marka sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı marka sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı, Kanun Hükmünde Kararnamenin bu bölümünde yer alan davaları açamaz” hükmünü içermektedir ve doktrinde maddenin son derece kötü bir şekilde ele alındığı ileri

SMK'nın 153'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının somut olayda uygulanabilmesi için tecavüz sebebiyle marka hakkı sahibinin uğradığı zararın giderilmesi ve mütecaviz işaretli malların marka hakkı sahibince elkonulmaması¹⁰⁸⁵ sebebiyle piyasaya sürülmüş olması gerekir. Bu şekilde piyasaya sürülmüş malları ticari amaçla satışa arz eden, satan, ithal eden, bulunduran, satın alan, nakleden ve depolayan kişilerin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır.

Doktrinde SMK'nın 153'üncü maddesinin 2'nci fıkrası bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁸⁶. Ancak kanaatimizce hüküm istisnai bir düzenleme olup özel bir muhakeme şartıdır. Bu hüküm ile kanun koyucu marka hakkı sahibinin imkânı varken elkoyma talebinde bulunmadığı mütecaviz işaretli mallar sebebiyle görülmesi muhtemel (hukuk yahut ceza) davalarının önüne geçmek istemiştir.

§5. MARKA KORUMASI İŞARETİNİN KALDIRILMASI SUÇU (SMK m. 30/2)

I. Genel Açıklamalar

Marka koruması işaretinin kaldırılması suçu, SMK'nın 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında “*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*” şeklinde düzenlenmiştir. 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin 2'nci fıkrasında da yer alan bu hüküm, sadeleştirilecek SMK'ya alınmıştır.

Kanun koyucu markanın tescilli olduğunu belirten işaretin *mal veya ambalaj üzerinden* kaldırılmasını suç olarak kabul etmiştir. Bu sebeple suçun hizmet markaları bakımından işlenmesi mümkün değildir¹⁰⁸⁷.

Bir markanın koruma altında bulunduğu, yani tescil edilmiş bir marka olduğu uluslararası kabul görmüş “®” (Registered – Tescilli – Müsccel) işaretiyle bazen yerel bir

sürülmekteydi. Bkz. **Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksel**, Cilt II, 1185. Ayrıca bkz. **Arkan**, Cilt II, s. 255-256.

¹⁰⁸⁵ SMK'nın 149'uncu maddesinin 1'inci fıkrasını (d) bendine göre, marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi mahkemeden “*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*”nı isteyebilir.

¹⁰⁸⁶ **Güneş**, Marka Hukuku, s. 554; **Çetintürk**, s. 809; **Kaynak**, Fikri Mülkiyet, s. 366; **Bayrak**, s. 173.

¹⁰⁸⁷ **Çetintürk**, s. 1131. Aksi görüş için bkz. **Topçu**, s. 85.

işaretle yazılarak gösterilmesi esastır¹⁰⁸⁸. Zira marka korumasına ilişkin işaretler, markanın ayırt ediciliğini yansıtmaları bakımından önemli bir işlev görmektedir. Ancak hukukumuzda bu işaretlerin kullanımı zorunlu olmayıp eğer marka hakkı sahibi marka koruması işaretini kullanmayı tercih ederse malın veya ambalajın üzerine haklı olarak konulmuş koruma işareti yetkilendirilmemiş kişilerce kaldırılamaz.

Doktrinde marka koruması işaretinin kaldırılmasının suç olarak ihdas edilmesinin gerekli olup olmadığı tartışılmıştır. Bir görüşe göre bu suç ile tescilli markanın ayırt edici işlevi, diğer deyişle malı, pazarda bulunan diğer mallardan ayırt etmek işlevi ile markanın ilişkin olduğu malların kökenini göstermesi işlevlerini hukuk düzeninde fiilen gerçekleştirmesinde ceza hukukunun müdahalesi gereklidir¹⁰⁸⁹. Diğer bir görüşe göre bu suça ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁰⁹⁰. Karşılaştırmalı hukukta ise marka koruması işaretinin kaldırılması bir suç olarak düzenlenmemiş¹⁰⁹¹, konu özel hukuk bağlamında ele alınmıştır¹⁰⁹².

Esasında marka koruması işaretinin kaldırılması marka hakkına tecavüz teşkil eden bir fiil olmamakla birlikte bu suçun ihdası markalarla ilgili öngörülen düzenden kaynaklanmaktadır. Ancak kanaatimizce marka koruması işaretinin kullanılması zorunlu olmayıp bu hususu tüketiciler de dikkate almamaktadır. Bununla birlikte günümüz teknolojisinde bir markanın tescilli olup olmadığı yani özel olarak korunup korunmadığı da çok kolay bir şekilde öğrenilebilmektedir¹⁰⁹³. Bu sebeple kanaatimizce marka koruması işaretinin kaldırılması fiili cezaya müstahak bir haksızlık değildir ve suç olmaktan çıkarılmalıdır. Zaten mevcut haliyle suçun işlenme ihtimali de yok denebilecek kadar azdır¹⁰⁹⁴.

II. Tipikliğin Maddi Unsurları

A. Fiil

SMK'nın 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında, marka koruması işaretinin mal veya ambalaj üzerinden “*kaldırılması*” suç olarak düzenlenmiştir. TDK'ya göre kaldırmak,

¹⁰⁸⁸ Tekinalp, s. 519; Çağlar, Marka Hukuku, s. 153; Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 100.

¹⁰⁸⁹ Keskin, s. 121.

¹⁰⁹⁰ Çetintürk, s. 1133.

¹⁰⁹¹ Fezer, s. 2587 vd.; Firth / Lea / Cornford, s. 211 vd. Krş. Bainbridge, s. 668.

¹⁰⁹² Keskin, s. 122; Topçu, s. 84-85.

¹⁰⁹³ https://online.turkpatent.gov.tr/trademark-search/pub/trademark_search, Erişim Tarihi: 06.04.2020.

¹⁰⁹⁴ Çağlar, Marka Hukuku, s. 153; Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 100. Doktrinde Çetintürk, 1995 yılından beri yürürlükte olan bu suçun işlendiğine veya failin cezalandırıldığına ilişkin veri bulunmadığını belirtmektedir. Bkz. Çetintürk, s. 1134.

bulunduğu yerden almak, yok etmek, ortadan silmek anlamlarına gelmektedir¹⁰⁹⁵. Maddede kaldırma fiilinin nasıl icra edileceğini gösterilmemiş olup suç işaretin mal veya ambalaj üzerinden kazınması, silinmesi, yok edilmesi, sökülmesi, üzerinin boyanması, başka bir işaret yapıştırılması şeklinde işlenebilir¹⁰⁹⁶. Bu yönüyle marka koruması işaretinin kaldırılması suçu serbest hareketlidir.

SMK'nın 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre suç marka koruması işaretinin kaldırılması ile tamamlanmakta olup ayrıca bir netice aranmamıştır. Bu itibarla marka işaretinin kaldırılması sırf hareket suçudur.

Marka koruması işaretinin kaldırılması suçunun oluşabilmesi için marka koruması işaretinin mal veya ambalaj üzerine konulmuş olması gerekir. Ayrıca madde metninde marka koruması işaretinin mal veya ambalaj üzerinden kaldırılması suç olarak düzenlendiğine göre işaretin evrak, katalog yahut reklam panolarından kaldırılması halinde suç oluşmayacaktır¹⁰⁹⁷.

B. Fail ve Mağdur

Marka koruması işaretinin kaldırılması suçu fail açısından herhangi bir özellik göstermez. Bu sebeple suç herkes tarafından işlenebilir. Ancak marka koruması işaretini kaldırmaya yetkili olan kimseler bu suçun faili olamaz. Suçun mağduru ise diğer marka suçlarında olduğu gibi marka hakkı sahibidir.

C. Konu

Marka koruması işaretinin kaldırılması suçunun konusu marka ve marka koruması işaretidir. Marka koruması işareti, markanın tescilli olduğunu gösteren herhangi bir işarettir. Uluslararası alanda “®” (Registered – Tescilli – Müsajcel) işareti markanın korunduğunu göstermek için kullanılmaktadır ve ülkemizde de bu işaret kabul görmüştür. Dolayısıyla haklı bir sebebe dayanılarak konulan “®” işaretinin kaldırılması inceleme konusu suçta sebebiyet verecektir.

Öte yandan bazı markaların üzerinde “™” (*Trade Mark – Ticari Marka*) ve “SM” (*Service Mark – Hizmet Markası*) işaretlerinin kullanıldığı görülmektedir. “™” ve “SM”

¹⁰⁹⁵ www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 02.05.2020.

¹⁰⁹⁶ Topçu, s. 86; Arslan / Özdemir, s. 1096-1097; Başbüyük, s. 198; Çetintürk, s. 1132.

¹⁰⁹⁷ Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 80; Topçu, s. 87; Başbüyük, s. 196-197; Kart, s. 182.

işaretleri tescil başvurusu yapılmış ancak henüz tescil olunmamış markalar için kullanılmaktadır¹⁰⁹⁸. SMK'nın 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrası, “*Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Ancak marka başvurusunun Bülte'de yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayımlanmasından önce karar veremez*” şeklinde düzenlenmiştir. Hükme göre, marka başvurusunun Bülte'de yayımlanmasından sonra fakat tescilden önce şartlar haiz ise marka koruması bulunmaktadır. Ancak SMK'nın 30'uncu maddesinin 5'inci maddesine göre marka suçlarından dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye'de tescilli olması şarttır. Bu sebeple tescil başvurusunda bulunulduğunu gösteren işaretlerin kaldırılması suç teşkil etmeyecektir¹⁰⁹⁹.

Bir markanın koruması olduğu yerel dilde “*tescilli marka*” ve “*müseccel marka*” gibi ifadelerle de gösterilebilir. Doktrinde marka korumasının işaret yerine ifade ile belirtilmesi halinde suçun oluşup oluşmayacağı tartışılmıştır. Bir görüşe göre, SMK'nın 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında özellikle işareten bahsedildiğinden suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca “*tescilli marka*” ve “*müseccel marka*” gibi ifadelerin kaldırılması suç teşkil etmemektedir¹¹⁰⁰. Diğer bir görüşte ise kanunun yapılmasındaki esas fikir ile hangi amaçla böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğundan ve işaret kavramına sözcük ve sayılar da girdiğinden hareketle “*tescilli marka*” ve “*müseccel marka*” gibi ifadelerin kaldırılması da suç kapsamında değerlendirilmelidir¹¹⁰¹.

Markanın tescilli olduğunu belirten “*tescilli marka*” ve “*müseccel marka*” gibi ifadeler simge mahiyetinde olmadığından işaret sayılamaz¹¹⁰². Bu sebeple kanaatimizce “*tescilli marka*” ve “*müseccel marka*” gibi ifadelerin kaldırılması suç teşkil etmeyecektir. Aksi bir kabul suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.

¹⁰⁹⁸ **Making a Mark**, An Introduction to Trademarks for Small and Medium-sized Enterprises, WIPO, Intellectual Property for Business Series, Number 1, 2017, s. 59.

¹⁰⁹⁹ **Başbüyük**, s. 193-194. Aksi görüş için bkz. **Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu**, s. 100.

¹¹⁰⁰ **Aydın**, Sınai Mülkiyet, s. 79; **Başbüyük**, s. 195-196; **Kart**, s. 182.

¹¹⁰¹ **Topçu**, s. 86; **Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu**, s. 100.

¹¹⁰² **Bently / Sherman**, s. 790-791; **Lange**, s. 438; **Caddick / Longstaff / Duly**, s. 8; **Mellor / Llewelyn / Moody-Stuart / Keeling / Berkeley / Chantrielle / Duncan**, s. 21; **Tekinalp**, s. 360; **Suluk / Karasu / Nal**, s. 160; **Çetintürk**, s. 1131-1132.

Marka koruması işaretinin mal veya ambalaj üzerinden kaldırılması fiilinin suç tipine uygun olabilmesi işaretin haklı olarak konulmasına bağlıdır¹¹⁰³. Bu sebeple öncelikle marka koruması işaretinin kullanıldığı markanın Türkiye’de tescilli olması gerekir (SMK m. 30/5). Keza markanın tescil edilmediği mallar yahut mütecaviz işaretli mal veya bunların ambalajları üzerinden marka koruması işaretinin kaldırılması halinde suçun oluştuğundan bahsedilemez.

Marka koruması işaretinin kaldırılması ile suç tamamlanmakta olup SMK’nın 30’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında marka hakkı sahibinin zarara uğraması yahut somut bir tehlikenin vuku bulması aranmamıştır. Bu itibarla marka koruması işaretinin kaldırılmasının soyut tehlike suçu olduğu ifade edilmelidir.

III. Tipikliğin Manevi Unsuru

Marka koruması işaretinin kaldırılması suçu ancak kasten işlenebilir. Nitekim SMK’da suçun taksirle işlenebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Failin bilerek ve isteyerek marka koruması işaretini mal veya ambalaj üzerinden kaldırması gerekmektedir.

Kaldırılan işaretin marka koruması işareti olduğu bilgisi kastın kapsamına dahildir. Bu sebeple failin mal veya ambalaj üzerinden kazınan, silinen, yok edilen, sökülen veya başka bir şekilde kaldırılan işaretin marka korumasını gösteren bir fonksiyona sahip olduğunu bilmesi gerekmektedir. Aksi halde TCK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında düzenlenen suçun maddi unsurlarında hata hükmü uygulanacaktır.

SMK’nın 30’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında kaldırma fiilinin yetkisiz kimse tarafından icra edilmesi gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Kanaatimizce madde metninde yer alan “*yetkisi olmadan*” ifadesi ile kanun koyucu fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret etmiştir^{1104, 1105}. Bu itibarla failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani doğrudan kastla hareket etmesi gerekir.

¹¹⁰³ Tekinalp, s. 519; Başbüyük, s. 198; Yazar, s. 344.

¹¹⁰⁴ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 480-481; Özgenç, Genel Hükümler, s. 320-321.

¹¹⁰⁵ Doktrinde bu hususta bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, şayet “*hukuka aykırı olarak*”, “*haksız olarak*” gibi ifadeler suç tipinin önünde, bütününe değerlendirilmesiyle ilgili ise, bu, hukuka aykırılığın suçun genel bir unsuru olduğuna işaret eden, gereksiz ve fazladan bir ibaredir. Burada kanun koyucu hâkimi, olayda bir hukuka uygunluk sebebinin varlığını araştırması yönünde ikaz etmektedir. Bu hukuka aykırılık kastın kapsamında mütalaa edilemez, ancak kusurlulukla ilgili olarak haksızlık bilinci açısından bu ifade bir bağlantı noktası oluşturur. Buna karşılık anılan ifadeler, münferit bir unsurun sıfatı olarak kullanılmışsa, suç tipine ait bir unsur olarak değerlendirilirler. Bu durumda kastın hukuka aykırılığı da kapsamı gerekir. Detaylı bilgi için bkz. Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 266-267; Göktürk, Hukuka Aykırılık, s. 444-445. Krş. Koca,

IV. Hukuka Aykırılık Unsuru

SMK'nın 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında marka koruması işaretinin “*yetkisiz kimse*” tarafından kaldırılması suç olarak düzenlenmiştir. Kaldırma fiilinin yetkili kimse tarafından icra edilmesi halinde fiil hukuka aykırı olmayacak ve dolayısıyla suç teşkil etmeyecektir.

Yetkisiz kimse ile bağlantılı olarak marka koruması işaretinin kaldırılması suçunda hakkın kullanılması ile ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebepleri değerlendirilmelidir.

TCK'nın 26'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına göre hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. Hukuk düzeni kişiye belirli bir hakkı vermekle o hakkın icra edilmesini de hukuka uygun saymış olmaktadır. Bu bakımdan o hakkın kullanılması, başkalarının menfaatiyle çatışsa dahi hukuk, hakkını kullanan kimsenin fiiline üstünlük tanıyıp onun icrasını koruyacaktır¹¹⁰⁶.

Hak, kamu hukuku veya özel hukuktan kaynaklanabilir¹¹⁰⁷. Örneğin tek taraflı hukuki işlemler veya iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade bildiriminde bulunması gereken bir sözleşme hakkın kaynağı olabilir¹¹⁰⁸. Dolayısıyla bir sözleşmeye dayanılarak marka koruması işaretinin kaldırılması durumunda hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi değerlendirilmelidir. Keza mülkiyet hakkı uyarınca iktisap ettiği malı dilediğince kullanabilecek olan tüketicinin marka koruması işaretini kaldırması, hakkın kullanılması bağlamında suç teşkil etmeyecektir¹¹⁰⁹.

Marka koruması işaretinin kaldırılması fiili marka hakkı sahibinin rızası ile de gerçekleşmiş olabilir. Bu halde TCK'nın 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen “*ilgilinin rızası*” hukuka uygunluk sebebi uyarınca fiil suç teşkil etmeyecektir¹¹¹⁰.

Mahmut / Üzülmöz, İlhan, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 81.

¹¹⁰⁶ **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 511; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 285.

¹¹⁰⁷ Detaylı bilgi için bkz. **Uruşak, Uğur**, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 161.

¹¹⁰⁸ **Uruşak**, s. 171-172.

¹¹⁰⁹ **Aydın**, Sınai Mülkiyet, s. 80; **Başbüyük**, s. 200; **Kart**, s. 182.

¹¹¹⁰ **Özen**, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, s. 66; **Başbüyük**, s. 214; **Arslan / Özdemir**, s. 1098; **Kart**, s. 197.

§6. YETKİSİZ TASARRUFTA BULUNMA SUÇU (SMK m. 30/3)

I. Genel Açıklamalar

Gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklardan biri olan marka hakkı çeşitli borçlandırıcı veya tasarrufi nitelikte hukuki işlemlere konu teşkil edebilir¹¹¹¹. SMK'nın “*Hukuki işlemler*” başlıklı 148'inci maddesinin 1'inci fıkrasında da marka hakkının devredilebileceği, miras yolu ile intikal edebileceği, lisansa konu olabileceği, rehin verilebileceği, teminat olarak gösterilebileceği, haczedilebileceği ve sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde diğer hukuki işlemlere konu olabileceği kabul edilmiştir.

Marka üzerindeki hukuki işlemler ancak marka hakkı sahibi tarafından ve onun yetki verdiği kimselerce yapılabilir. Kanun koyucu marka hakkını korumak amacıyla önemine binaen bazı hukuki işlemlerin yetkili kişilerce yapılmamasını cezaya müstahak görerek SMK'nın 30'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında yetkisiz tasarrufta bulunma suçunu ihdas etmiştir¹¹¹². Hükümde, “*Yetkisi olmadığı hâlde 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*” denilmek suretiyle yetkisiz kişilerce marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunulması suç olarak kabul edilmiştir¹¹¹³.

Doktrinde yetkisiz tasarrufta bulunma fiilinin bir marka suçu olarak SMK'da yer almasının ceza hukukunun son çare olması ilkesine uygun olmadığı ve fıkarda öngörülen cezanın orantısız olduğu belirtilmektedir¹¹¹⁴.

Markanın ayırt edici işlevinin ekonomik etkilerinin öne çıkması ve diğer ayırt edici işaretlerden daha yaygın işlev görmeye başlamasıyla beraber marka hakkına tecavüzler de artmıştır. Dolayısıyla marka sahibinin belli şartlara bağlı olarak genel hukuki korumaya kıyasla daha güçlü ve etkili hak ve yetkilerle donatılması gerekmiştir. Bu hak ve yetkilerin ileri

¹¹¹¹ Arkan, Cilt II, s. 175; Kaya, s. 206.

¹¹¹² Öcal, Göktürk, Marka Hakkının Yetkisiz Tasarrufu Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt 11, Sayı 32, 2016, s. 125; Esen, Egemen, Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hakkının Yetkisiz Tasarrufu Suçu, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 2, 2017, s. 726.

¹¹¹³ Yetkisiz tasarrufta bulunma suçu, 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin 3'üncü fıkrasında da “*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*” şeklinde düzenlenmiştir.

¹¹¹⁴ Keskin, s. 124; Çetintürk, s. 1140-1144.

sürülebilmesi ve marka hakkının etkin bir şekilde korunabilmesi bağlamında marka hukukunda aleniyet, açıklık ve kesinliği sağlamak üzere markanın özel bir sicile kaydedildiği tescil sistemi ortaya çıkmıştır¹¹¹⁵. Hukukun farklı alanlarında karşımıza çıkan “*sicil*” ve “*tescil*” kavramları, marka hukukunun da yapı taşlarını oluşturmuştur¹¹¹⁶. Ancak markanın konu olduğu hukuki işlemler taraflardan birinin talebi, ücretin ödenmesi ve yönetmelikle belirlenen diğer şartların yerine getirilmesi hâlinde sicile kaydedilir ve Bültende yayımlanır. Sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan haklar ise iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (SMK m. 148/5). Burada sicil kurucu etkiyi haiz olmayıp ancak bildirici niteliktedir¹¹¹⁷.

Kanaatimizce suç politikası çerçevesinde markanın konu olduğu devretmek, lisans vermek veya rehn etmek hukuki işlemlerinin kural olarak sicile kaydedilmemesi sebebiyle ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilebilmesi adına SMK’nın 30’uncu maddesinin 3’üncü fıkrasında yetkisiz tasarrufta bulunma suçu ihdas edilmiştir. Böylece hem marka sahibinin hakları hem de markalarla ilgili öngörülen düzen ile kamu yararı korunmak istenmiştir¹¹¹⁸.

Yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun ihdasının gerekli olup olmadığı tartışmaya açıktır. Esasında yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkını devretmek, lisans veya rehin vermek fiilleri genellikle hileli hareketlerle icra edilebilir ve kanaatimizce ancak bu halde ceza hukuku müdahalesi gereklidir. Böyle bir durumda ise zaten dolandırıcılık suçu (TCK m. 157) oluşacaktır. Dolayısıyla ayrıca yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun ihdas edilmesini gereksiz bulmaktayız¹¹¹⁹. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da marka suçları arasında yetkisiz tasarrufta bulunma yer almamaktadır¹¹²⁰.

¹¹¹⁵ Firth / Lea / Cornford, s. 83; Kaya, s. 46; Karan / Kılıç, s. 62.

¹¹¹⁶ Şehirali Çelik, s. 34. Fikri mülkiyete konu haklar, telif hakları haricinde, marka, patent ve tasarım gibi sınai haklar kural olarak marka ve patent ofislerine tescil ettirilir.

¹¹¹⁷ SMK’nın 148’inci maddesinin 7’nci fıkrasına göre garanti markasının veya ortak markanın devri ya da ortak marka için lisans verilmesi, sicile kayıt hâlinde geçerlidir olup bu halde sicil kurucu etkiyi haizdir.

¹¹¹⁸ Doktrinde Çetintürk, yetkisiz tasarrufta bulunma fiilinin kural olarak marka hakkına tecavüz olmadığı ve marka sahibinin bu fiil sebebiyle bir hak kaybına uğramayacağı düşüncesindedir. Bkz. Çetintürk, s. 1143. Ancak örneğin bir marka sahibi, marka hakkını devrettikten sonra bu durum henüz sicile kaydedilmeden marka hakkını bir başkasına da devrederse, markayı ilk devralan kişinin menfaatinin zedeleneceği şüphesizdir. Dolayısıyla burada kanaatimizce kural olarak marka hakkına tecavüz sayılan bir durum bulunmasa da suç tipi ile marka sahibinin haklarının da korunduğu söylenebilir.

¹¹¹⁹ 1995 yılından beri yürürlükte olan yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun işlendiğine veya failin cezalandırıldığına ilişkin yeterli veri bulunmamaktadır. Ancak 2017 yılı istatistiklerine göre bu suç sebebiyle bir dosyada mahkûmiyet kararı verilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Çetintürk, s. 1144.

¹¹²⁰ Schulz, s. 52 vd.; Fezer, s. 2590-2591; Bainbridge, s. 659-661; Harms, 2018, s. 143-144; Keskin, s. 124.

II. Tipikliğin Maddi Unsurları

A. Fiil

SMK'nın 30'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında, yetkisiz olarak başkasına ait marka hakkı üzerinde “devretmek”, “lisans vermek” yahut “rehnetmek” suretiyle “tasarrufta bulunulması” yaptırma bağlanmıştır. Bu yönüyle yetkisiz tasarrufta bulunma hem seçimlik hem de bağlı hareketli bir suç tipidir. Ayrıca maddede herhangi bir neticenin meydana gelmesi aranmadığından yetkisiz tasarrufta bulunma sırf hareket suçudur.

Yetkisiz tasarrufta bulunma suçu ile marka hakkının kullanımına ilişkin herhangi bir yetki söz konusu olmaksızın kişinin bu hak kendisindeymiş gibi marka üzerinde devretmek, lisans vermek yahut rehnetmek şeklindeki tasarrufları cezalandırılmaktadır. Burada fail, hak sahibi olmadığı halde hak sahibiymiş ya da hiç temsil yetkisi olmadığı halde hak sahibi tarafından yetkilendirilmiş gibi davranmakta veya hak sahibi tarafından verilen temsil yetkisini aşarak işlem yapmaktadır¹¹²¹.

Suçun oluşumu için devretmenin, lisans vermenin yahut rehnetmenin hukuken geçerli olması aranmaz¹¹²². Nitekim bu işlemler sadece yetkili kişilerce yapıldığı takdirde hukuki sonuç doğurmaktadır.

Devretmek, sözlükte bir mal üzerindeki hakkı başkasına geçirmek olarak tarif edilmiştir¹¹²³. Devir işlemi borçlar hukuku anlamında bir tasarruf işlemidir¹¹²⁴. SMK'nın 148'inci maddesinin 6'ncı fıkrasına göre devir, markanın tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin tamamı veya karıştırılma ihtimali yaratmamak kaydıyla bir kısmı için mümkündür.

SMK'nın 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir. Marka lisans sözleşmesi sui generis bir sözleşmedir¹¹²⁵. Lisans, inhisari lisans veya inhisari olmayan (adi-basit) 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

¹¹²¹ Başbüyük, s. 214-215.

¹¹²² Başbüyük, s. 204.

¹¹²³ www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 02.05.2020.

¹¹²⁴ Karan / Kılıç, s. 329; Çolak, s. 698.

¹¹²⁵ Ceylan, s. 65; Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek, Cilt II, s. 744; Çolak, s. 725.

lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça kendisi de markayı kullanamaz (SMK m. 24/2). Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans sahipleri, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremez (SMK m. 24/3). Lisans alan, lisans sözleşmesinde yer alan şartlara uymak zorundadır. Aksi takdirde marka sahibi, tescilli markadan doğan haklarını lisans alana karşı ileri sürebilir (SMK m. 24/4).

SMK'nın 148'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre marka hakkı üzerinde rehin tesis edilebilir. Rehin hakkı, bir alacağın yerine getirilmemesi durumunda, hak sahibine hakkın konusu olan şeyi veya hakkı paraya çevirerek getirisinden alacağını öncelikle elde etme yetkisi tanıyan aynı bir haktır¹¹²⁶.

SMK'nın 148'inci maddesinin 4'üncü maddesine göre marka hakkının konu olduğu hukuki işlemler yazılı şekle tabidir. Ancak devir sözleşmelerinin geçerliliği, sözleşmenin noter tarafından onaylanmış şekilde yapılmasına bağlıdır¹¹²⁷. Ayrıca garanti ve ortak markanın devri ya da ortak marka için lisans verilmesi sicile kayıt halinde geçerlidir (SMK m. 148/7).

Öte yandan TTK'nın 11'inci maddesinin 3'üncü fıkrası, *“Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fıkri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir”* hükmünü içermektedir. Buna göre, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça işletmenin devri markanın devrini de kapsamaktadır. TTK'nın 11'inci maddesinin 3'üncü fıkrası, SMK'nın 148'inci

¹¹²⁶ **Sirmen, A. Lale**, Eşya Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 620; **Akıpek Öcal, Şebnem**, Taşınır Rehni Sözleşmeleri ve Sözleşmelerde Şekil, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2017, s. 84.

¹¹²⁷ 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 90 ila 93'üncü maddelerinde onaylama işleminin ne anlama ve geldiği ve nasıl yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, hukuki işlemlerin altındaki imzanın onaylanması imzayı atan şahsa ait olduğunun bir şerhle belgelendirilmesi şeklinde yapılır. Onaylama, imzanın noter huzurunda atılması veya kendisine ait olduğunun ilgili tarafından kabulü ile kabildir. Onaylama şerhinin: 1. İşlemin yapıldığı yer ve tarihi (Rakam ve yazı ile), 2. İlgilinin kimliği, adresi ve vergi kimlik numarasını, 3. Noter, ilgiliyi tanımıyorsa, kimliği hakkında gösterilen ispat belgesini, 4. İmza huzurda atılmışsa bu hususu, imza dışarda atılıp da huzurda ilgili, imzanın kendisine ait olduğunu kabul etmişse bu husustaki beyanı, 5. İşleme katılanların imzalarını ve noterin imza ve mührünü taşıması gereklidir.

maddesinin 4'üncü fıkrasının istisnasını teşkil etmektedir ve yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun oluşmasında dikkate alınmalıdır.

Marka hakkı üzerindeki tasarruf işlemlerinin ivazlı yahut ivazsız olması suçun oluşumu bakımından önemli değildir. Ancak failin hileli hareketlerle bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması halinde dolandırıcılık suçu değerlendirilmeli ve durum içtima hükümleri kapsamında çözüme kavuşturulmalıdır.

B. Fail ve Mağdur

Yetkisiz tasarrufta bulunma suçu fail açısından herhangi bir özellik göstermez. Bu sebeple suç herkes tarafından işlenebilir. Ancak marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili olan kimseler bu suçun faili olamaz.

Yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun mağduru ise öncelikle marka hakkı sahibi ile tasarruf işleminin karşı tarafıdır. Ayrıca yetkisiz tasarrufta bulunma suçu, marka siciline güven ile irtibatlı olduğundan toplumu oluşturan tüm bireylerin suçtan zarar gören olduğu söylenebilir. Ancak kanun koyucunun marka suçlarının soruşturulmasını ve kovuşturulmasını şikâyet şartına bağlamasının yetkisiz tasarrufta bulunma suçunda toplumu oluşturan tüm bireylerin suçtan zarar gören olduğu gerçeği ile örtüşmediğini belirtmek isteriz.

C. Konu

SMK'nın 30'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında, “*Yetkisi olmadığı hâlde 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*” denilmek suretiyle yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun konusunun “başkasına ait marka” olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun oluştuğundan bahsedebilmek için bir marka bulunmalı ve markanın başkasına ait olması gerekmektedir¹¹²⁸. Başka bir anlatımla kişinin kendi markası üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçunu işlemesi mümkün değildir. Ayrıca SMK'nın 30'uncu maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca markanın Türkiye’de tescilli olması şartının gerçekleşmesi suçun oluşabilmesi için zaruridir.

¹¹²⁸ Başbüyük, s. 201; Kart, s. 186.

III. Tipikliğin Manevi Unsuru

Yetkisiz tasarrufta bulunma suçu ancak kasten işlenebilir. Nitekim SMK'da suçun taksirle işlenebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Failin bilerek ve isteyerek başkasına ait marka üzerinde devretmek, lisans vermek veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunması gerekir.

SMK'nın 30'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında yetkisiz tasarrufta bulunma fiilinin yetkisiz kimse tarafından icra edilmesi gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Kanaatimizce madde metninde yer alan “*yetkisi olmadığı halde*” ifadesi ile kanun koyucu fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret etmiştir^{1129, 1130}. Bu itibarla failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani doğrudan kastla hareket etmesi gerekir¹¹³¹.

IV. Hukuka Aykırılık Unsuru

SMK'nın 30'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında, “*yetkisi olmadığı halde*” tasarrufta bulunulması suç olarak düzenlenmiştir. Yetkili kişilerce marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunulması halinde fiil hukuka aykırı olmayacak ve dolayısıyla suç teşkil etmeyecektir.

Fiilin yetkili kimse tarafından icra edilmesi ile bağlantılı olarak yetkisiz tasarrufta bulunma suçunda kanunun hükmü ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebepleri değerlendirilmelidir.

TCK'nın 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Örneğin TMK'nın 352'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre anne ve baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahiptir. Dolayısıyla anne ve baba, çocuğuna ait marka hakkı üzerinde kanuni temsil yetkilerine dayanarak tasarrufta

¹¹²⁹ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 480-481; Özgenç, Genel Hükümler, s. 320-321.

¹¹³⁰ Doktrinde bu hususta bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, şayet “*hukuka aykırı olarak*”, “*haksız olarak*” gibi ifadeler suç tipinin önünde, bütününün değerlendirilmesiyle ilgili ise, bu, hukuka aykırılığın suçun genel bir unsuru olduğuna işaret eden, gereksiz ve fazladan bir ibaredir. Burada kanun koyucu hâkimi, olayda bir hukuka uygunluk sebebinin varlığını araştırması yönünde ikaz etmektedir. Bu hukuka aykırılık kastın kapsamında mütalaa edilemez, ancak kusurlulukla ilgili olarak haksızlık bilinci açısından bu ifade bir bağlantı noktası oluşturur. Buna karşılık anılan ifadeler, münferit bir unsurun sıfatı olarak kullanılmışsa, suç tipine ait bir unsur olarak değerlendirilirler. Bu durumda kastın hukuka aykırılığı da kapsamı gerekir. Detaylı bilgi için bkz. Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 266-267; Göktürk, Hukuka Aykırılık, s. 444-445. Krş. Koca / Üzülmüş, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu s. 81.

¹¹³¹ Suçun olası kastla da işlenebileceği yönünde bkz. Öcal, Yetkisiz Tasarruf Suçu, s. 32; Esen, s. 729.

bulunabilir¹¹³². Keza iflas idaresinin, müflisin iflas masasına giren marka hakkını paraya çevirmesi de kanunun hükmünün yerine getirilmesi kapsamında değerlendirilebilir¹¹³³.

Doktrinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçunda ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği kabul edilmektedir¹¹³⁴. Gerçekten bir kimsenin marka hakkı sahibinin rızasına uygun bir şekilde, onun verdiği yetkiye dayanarak markayı devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunması mümkündür. Böyle bir durumda fiil, ilgilinin rızası sebebiyle suç teşkil etmeyecektir. Ancak hak sahibi tarafından verilen temsil yetkisinin aşılması işlem yapılması halinde ilgilinin rızası fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir.

¹¹³² **Başbüyük**, s. 215.

¹¹³³ **Başbüyük**, s. 215.

¹¹³⁴ **Özen**, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, s. 66; **Başbüyük**, s. 214; **Arslan / Özdemir**, s. 1098; **Kart**, s. 197. Krş. **Aydın**, Sınai Mülkiyet, s. 72.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA SUÇLARINDA KUSURLULUK, HATA, ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, ETKİN PİŞMANLIK, MUHAKEME USULÜ, YAPTIRIM VE MARKA SUÇLARININ CEZA HUKUKUNA HÂKİM OLAN BAZI İLKELER BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

§1. MARKA SUÇLARINDA KUSURLULUK

Kusurluluk, tipikliğin maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsurunun oluştuğunun tespitinden sonraki aşamada incelenen ve gerçekleştirdiği haksızlıkla ilgili olarak faildeki iradenin oluşum şartlarının tespiti ile bu tespite binaen gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla failin kınanabilirliği hususundaki yargıyı ifade etmektedir¹¹³⁵.

Suç bir haksızlık teşkil etmektedir. Haksızlık teşkil eden bu fiili gerçekleştiren failin, cezalandırılabilmesi ve bu cezalandırmanın oranı hakkındaki değer yargısı kusur ile ilgilidir¹¹³⁶. Başka bir anlatımla kusur, failin, irade serbestisini etkileyen hallerin varlığı konusundaki değer yargısıdır. Bu değer yargısı olumsuzsa yani fiili işlemeye yönelik iradesini kaldıran sebepler mevcutsa kişi kusurlu sayılamayacaktır.

Kişi, davranış normlarının gereklerine uygun hareket etme, kurallara uygun davranışı seçme imkânı ve yeteneği varken, haksız davranışı gerçekleştirmeyi tercih etmiştir ve bu yüzden kınanmakta, muaheze edilmektedir¹¹³⁷. Kişinin, haklı davranışı seçme imkânı tamamen ortadan kalkabileceği gibi kusur yeteneği önemli ölçüde azalmış olabilir. Buna bağlı olarak kusurluluğu etkileyen hallerin varlığı halinde kişi suç teşkil eden davranışından ya hiç sorumlu

¹¹³⁵ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 564; Özgenç, s. 400; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 309; Akbulut, s. 540. Detaylı bilgi için bkz. Meraklı, Serkan, Ceza Hukukunda Kusur, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 33 vd.

¹¹³⁶ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 564; Özgenç, s. 400; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 309; Akbulut, s. 540; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 349.

¹¹³⁷ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 564; Özgenç, s. 400; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 311; Akbulut, s. 541; Centel / Zafer / Çakmut, s. 399.

tutulmamakta (kusurluluğu kaldıran hal) ya da kişinin sorumluluğu azalmaktadır (kusurluluğu azaltan hal)¹¹³⁸.

Kusurluluğu etkileyen haller, TCK'nın öngördüğü sistem çerçevesinde, “*Hukuka aykırı ve fakat, bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK m. 24/2-4)*”, “*Zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK m. 25/2)*”, “*Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması (TCK m. 27/1)*”, “*Meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş ile aşılması (TCK m. 27/2)*”, “*Cebir veya tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK m. 28)*”, “*Haksız tahrik (TCK m. 29)*”, “*Kusurluluğu etkileyen sebeplerde yanlışlık (TCK m. 30/3)*”, “*Haksızlık yanlışlığı (TCK m. 30/4)*”, “*Yaş küçüklüğü (TCK m. 31)*”, “*Akıl hastalığı (TCK m. 32)*”, “*Sağır ve dilsizlik (TCK m. 33)*”, “*Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK m. 34)*” şeklinde gösterilebilir.

Niteliğine uygun düştüğü ölçüde marka suçlarında failin kusurluluğunu etkileyen bir halin bulunması mümkündür. Örneğin mütecaviz işaretli malları satan kişinin on yaşında olması halinde cezaya hükmedilmeyecektir. Keza mütecaviz işaretli mal üretmenin yahut hizmet sunmanın suç olduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen (haksızlık yanlışlığı) kişi cezalandırılmayacaktır.

§2. MARKA SUÇLARINDA HATA

Bilmeme veya yanlış bilme şeklinde ortaya çıkan hata, kişinin tasavvuru, zihninden geçirdikleri ile gerçeğin birbirine uymamasını ifade eder¹¹³⁹. Kişinin bilgisizliği yahut yanlış bilgisi sebebiyle ortaya çıkan hata, ilgili bulunduğu konuya göre kasta yahut kusurluluğa etki edebilir. Buna göre suç teorisinde hata, “*kastı kaldıran hata*” ve “*kusurluluğu etkileyen hata*” olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir¹¹⁴⁰.

¹¹³⁸ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 564; Özgenç, s. 400; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 316-317; Akbulut, s. 540.

¹¹³⁹ Bock, s. 233; Özgenç, s. 473; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 433; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 418.

¹¹⁴⁰ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 624; Özgenç, s. 473; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 252.

I. Marka Suçlarında Kastı Kaldıran Hata

Kastı kaldıran hata, “suçun maddi unsurlarında hata”, “suçun nitelikli unsurlarında hata” ve “hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata” olmak üzere üç şekilde ortaya çıkmaktadır.

Marka suçlarında ve özellikle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda, suçun maddi unsurlarında hata ile hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata önem arz etmektedir.

Suçun maddi unsurlarında hata, TCK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında, “Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır” şeklinde düzenlenmiştir.

Suçun maddi unsurları, fiil, nedensellik bağı, netice, fail, mağdur ve konudan oluşmaktadır¹¹⁴¹. Kastın kapsamına dahil olan bu unsurlar, belli bir suçun özel haksızlık içeriğini oluşturmaktadır. Fiilin icrası sırasında bu unsurları bilmeyen kimsenin bilgisizliği, yani hatası, kastını kaldıracaktır¹¹⁴².

Suçun maddi unsurlarında hata, suçun maddi unsurlarına ilişkin olarak somut olayda failin tasavvuru ile gerçeğin birbirine uymamasını ifade etmektedir¹¹⁴³. Ancak kastın ortadan kalkması sonucunu doğuran bilmeme veya yanlış bilme ile hatanın konusunu oluşturan unsurun varlığı hakkında düşülen şüphe birbirinden farklıdır. Başka bir anlatımla, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardan birinin varlığı hususunda fail şüpheyeye düşmüşse yahut emin

¹¹⁴¹ Esasen maddi nitelikte olan (amaç, saik gibi manevi nitelikte olmayan) suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri de suçun maddi unsurlarına dâhildir. Ancak söz konusu nitelikli unsurlara ilişkin hata halleri 30’uncu maddenin 2’nci fıkrasında hüküm altına alınmış olduğundan 30’uncu maddenin 1’inci fıkrasında düzenlenen suçun maddi unsurlarında hata, suçun nitelikli halleri dışında kalan maddi unsurlarındaki hatayı kapsamaktadır. Bkz. **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 637; **Değirmenci, Olgun**, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 110, 2014, s. 149.

¹¹⁴² **Gropp**, s. 562; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 637; **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 253.

¹¹⁴³ **Gropp**, s. 564; **Bock**, s. 235; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 637; **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 253; **Toroslu / Toroslu**, s. 265; **Demirbaş**, Genel Hükümler, s. 444; **Akbulut**, s. 418; **Özbek / Doğan / Bacaksız**, Genel Hükümler, s. 418.

olamıyorsa, bu halde hatadan söz edilemez. Bu durumda olası kast ve bilinçli taksir bakımından bir değerlendirme yapmak gerekmektedir¹¹⁴⁴.

Suçun kanuni tanımında yer alan unsurlar, tanımlanabilir (deskriptif) veya değerlendirilebilir (normatif) olabilir¹¹⁴⁵. Tipikliğin tanımlanabilir unsurları, duyu organları aracılığıyla doğrudan algılanabilen ve ayrıca bir hukuki değerlendirmeyi gerektirmeyen niteliktedir. Buna karşılık tipikliğin değerlendirilebilir unsurları ancak bir normun varlığıyla tasavvur edilebilir. Tanımlanabilir unsurların doğal anlamlarının bilinmesi kastın varlığı bakımından yeterli olduğu halde değerlendirilebilir unsurların sosyal anlam içeriğinin de failin tasavvurunda bulunması gerekir¹¹⁴⁶. Marka suçlarında yer alan iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, marka koruması işareti gibi unsurlar değerlendirilebilir nitelikte olup bunların sosyal anlam içeriği, failin tasavvurunda yer almalıdır.

Marka suçlarında kastı kaldıran hatanın gerçekleşmesi mümkündür¹¹⁴⁷. Öncelikle ifade etmek gerekir ki SMK'nın 30'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında, marka suçlarından dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye'de tescilli olması şartı özellikle aranmıştır. Kanaatimizce genel olarak SMK ve özellikle SMK'nın 30'uncu maddesi dikkate alındığında marka suçları ile esasında TPMK nezdinde tescilli olan marka üzerindeki hakkın cezai himayesinin amaçlandığı görülmektedir. Bu sebeple markanın Türkiye'de tescilli olması şartı suçun konusu kapsamında yer alan bir unsurdur ve tüm marka suçlarının haksızlık içeriğine dâhildir. Bu sebeple failin markanın tescilli olduğunu bilmemesi durumunda suçun maddi unsurlarında hata gündeme gelecektir¹¹⁴⁸. Ancak bu durumun fail tarafından ileri

¹¹⁴⁴ **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 637; **Koca / Üzülmmez**, Genel Hükümler, s. 253; **Akbulut**, s. 418.

¹¹⁴⁵ **Bock**, s. 236; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 638; **Koca / Üzülmmez**, Genel Hükümler, s. 254; **Akbulut**, s. 419-420.

¹¹⁴⁶ **Bock**, s. 236-237; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 638; **Koca / Üzülmmez**, Genel Hükümler, s. 254; **Akbulut**, s. 419-420.

¹¹⁴⁷ **Fezer**, s. 2592-2593; **Schulz**, s. 107; Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Glandien, Julian**, Fehlvorstellungen im Markenstrafrecht, 1. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, 2018, s. 185 vd. Ayrıca bkz. **Ingerl / Rohnke**, s. 1677; **Achenbach / Ransiek / Rönnau**, s. 1668.

¹¹⁴⁸ “Ayrıca, sanığa yüklenen suçun genel kast ile işlenen suçlardan olması nedeniyle suça konu çantaların satışa arz edilmesiyle birlikte kast unsurunun oluşacağı düşünülse de, TCK'nın 30/1 maddesinde hata halinde kast olgusunun ortadan kalkacağına ilişkin düzenleme gözetildiğinde, sanığın suça konu çantalarındaki açma kapama tokasının tescilli marka olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun olduğu, bu durumda sanığın çantalarda kullanılan açma kapama tokası şeklinin tescilli olduğunu bilmediği, dolayısıyla suçun maddi unsurları yönünden hataya düştüğü, TCK'nın 30/1 maddesinde ki maddi hata şartlarının oluştuğu ve sanığın kasıtlı olarak hareket etmediği, bu nedenle suçun manevi unsurunun da oluşmadığı anlaşılmakla” (İstanbul B.A.M., 15. C.D., 18.10.2018, 571/2610). Farklı bir görüş için bkz. **Çetintürk**, s. 715.

sürülmesi halinde, marka aleniyetinin TPMK Bülteni’nde yayım yoluyla sağlandığı dikkate alınmalıdır¹¹⁴⁹.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda, suçun maddi unsurlarında hata büyük önem arz etmektedir. Nitekim uygulamada genellikle mütecaviz işaretin veya mütecaviz işaretli mal veya hizmetin bu özelliğinin bilinmediği savunmasının yapıldığı görülmektedir¹¹⁵⁰. Failin yapmış olduğu bu savunma, gerçekten hataya düşmesinden kaynaklanabileceği gibi sorumluluktan kurtulmaya matuf da olabilir. Burada failin gerçekten hataya düşüp düşmediği hususunun tespiti, önemli bir ispat sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay, böyle durumlarda hatanın hayatın olağan akışına uygun düşüp

¹¹⁴⁹ “Katılan adına Türk Patent Enstitüsüne 04.06.2004 tarihinden itibaren on yıl müddetle tescil edilmiş olan “METROPOL” isimli markanın, 17.10.2005 tarihinden itibaren sicile kaydedilerek 30.11.2005 tarihinde 378 sayılı Resmi Marka Gazetesinde yayınlanmış olup, faaliyetleri arasında emlak komisyonculuğu hizmetlerinin de bulunduğu, buna karşın sanığın emlak komisyoncusu olarak faaliyet gösteren işyerinin tabela ve vitrini ile internet sitesinde “METROPOL EMLAK OFİSİ” isminin kullanıldığı, 17.01.2012 tarihli bilirkişi raporuna göre de bu kullanımın “METROPOL” markasıyla karıştırılma ihtimaline yol açabilecek derecede benzer olup eylemin iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, sanığın katılan adına tescilli ve Resmi Marka Gazetesinde yayınlanmış markanın varlığından habersiz olduğuna yönelik savunmasına itibar edilemeyeceği gözetilerek atılı suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi” (Y. 19. C.D., 09.09.2015, 7097/4043). Doktrinde Çetintürk, Yargıtay’ın yukarıda zikredilen kararını eleştirmekte ve bu yaklaşımın taksir sorumluluğunun ötesinde objektif bir ceza sorumluluğunu ortaya çıkarılacağını belirtmektedir. Bkz. Çetintürk, s. 719-720. Kanaatimizce kararda markanın tescilli olduğunun bilinip bilinmemesi bir ispat sorunu olarak ele alınmış ve markanın Resmi Marka Gazetesi’nde yayınlanmış olması karşısında sanığın markanın varlığından habersiz olduğuna yönelik savunması itibar görmemiştir.

¹¹⁵⁰ “Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde vasfı tayin, cezayı artırıcı ve azaltıcı sebeplerin nitelik ve derecesi takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle ret edilmiş ve incelenen dosyaya göre verilen hükümde bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanığın suça konu ürünleri alacağına karşılık olarak aldığını ve taklit olduklarını bilmediği, hükmolunan cezanın ve vekalet ücretinin fahiş olduğu yönündeki istinaf sebepleri yerinde görülmemiş olmakla” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 09.11.2016, 48/36); “Her ne kadar sanık aldığı ürünlerin taklit olduğunu bilmediğini söylese de, esnaf olarak faturalı ürün alması gerektiğini bilebilecek durumda olduğu, basiretli bir tüccar gibi davranmadığı, bilirkişi raporuna göre ürünlerin taklit ve sahte olduğunun anlaşılması karşısında, sanığın üzerine atılı suçun sabit olduğu” (Antalya B.A.M., 10. C.D., 27.04.2017, 379/1158); “Sanık aşamalarındaki savunmasında, iş yerine markasız ürünler talep ettiğini, bu ürünlerin Hummel firmasının taklit ürünleri olduğunu bilmediğini, bilinçli olarak alınmadığını, zaman zaman iş yerinde babasının durduğunu ancak onun sonradan vefat ettiğini, bu ürünleri babasının da almış olabileceğini, başka ürünlerin arasına karışmışta olabileceğini, bunları satmanın yasak olduğunu bilmediğini söyleyerek suçlamayı kabul etmemiş ise de” (Samsun B.A.M., 5. C.D., 11.12.2019, 10/3262).

düşmediği¹¹⁵¹ veya dış olgulara göre böyle bir hataya düşmenin mümkün olup olmadığı¹¹⁵² ölçütlerini kullanarak ispat sorununu çözmeye çalışmaktadır¹¹⁵³.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda da failin iştiğal ettiği iş ve tacir olmasından hareketle mütecaviz işaretili mal veya hizmetin bu özelliğinin bilinmemesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı kabul edilmekte ve failin bu savunmasına itibar edilmemektedir¹¹⁵⁴.

¹¹⁵¹ Y.C.G.K., 26.06.2015, 14-47/178; Y.C.G.K., 15.09.2015, 14-749/277; Y.C.G.K., 17.06.2014, 14-88/334; Y. 16. C.D., 06.11.2019, 1582/6838; Y. 9. C.D., 07.06.2013, 11939/7304.

¹¹⁵² Y. 14. C.D., 07.06.2013, 11939/7304.

¹¹⁵³ Detaylı bilgi için bkz. **Tunç, Kübra**, Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 32 vd.

¹¹⁵⁴ “02.02.2015 tarihinde şüphelinin işletmekte olduğu ve ... adresinde bulunan ... isimli iş yerinde usulüne uygun olarak yapılan aramada davaya konu olan 5 adet Leliko marka peluş bebeğin ele geçirildiği, alınan bilirkişi raporuna göre ele geçen ürünlerin müştekinin hak sahibi olduğu markanın taklit edilmesi yolu ile üretildiği, yine aynı bilirkişinin 29.07.2016 tarihli ek raporu içeriğine ve tanık ifadesine göre sanığın bu ürünleri tanık Mehmet Ali Çelik'ten barkod numarası basılmış halde satın aldığı vicdani kanaatine varılmıştır. Bununla birlikte; sanığın aksi ispatlanamayan savunması, savunmanın tanık ifadesi, fatura içeriği ve bilirkişi ek raporu ile doğrulanması, sanığın aldığı ürünlerin sayısının azlığı ve barkod numarası dahi basılmış vaziyette satın alması, sanığın asıl iştiğal alanının kozmetik eşya ticareti olması gözetildiğinde ilk derece mahkemesinin hükmünde usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşılmakla istinaf başvurusunun reddine dair aşağıda yazılı şekilde karar vermek gerekmiştir” (Ankara B.A.M., 9. C.D., 22.03.2017, 41/837); “Diğer sanık Abit'in ise şirket temsilcisi ve sahibi olduğu, bilirkişi raporuna göre ele geçen suça konu ürünlerin taklit ürün olduğu, böylelikle şirket temsilcisi ve sahibi olan sanığın ürünlerin taklit olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu, bu yönlerden sanığın savunmasının suçtan kurtulmaya yönelik olduğu anlaşılmakla sanığın mahkumiyetine dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur” (Antalya B.A.M., 10. C.D., 08.10.2020, 4979/2535); “Suç tarihi olan 26/11/2018 tarihinde müşteki tarafı vekilinin suç duyurusu üzerine sanığın iş yerinde taklit ürün sattığından bahisle yapılan suç duyurusu üzerine Mardin 1. Sulh Ceza Mahkemesinin 2018/2935 Değişik iş sayılı kararı ile arama yapıldığı ve yapılan arama sonucunda sanığın işyerinde müşteki BJK Kulübünün logosunun bulunduğu 6 adet hediyeelik çakmak ele geçirildiği ve bu çakmaklar üzerinde yapılan bilirkişi tarafından düzenlenen raporda sanığın işyerinde yakalanan ürünlerin taklit olarak üretildiği ve orijinal olmadığının tespit edilmiş olması ve yine arama kararı öncesi katılan vekili tarafından sanığa ait işyerinden benzer şekilde taklit çakmak alınarak fişiyile beraber dosyaya sunulmuş olması, arama el koyma tutanağı, ele geçirilen ürünlerin sayısı, sanığın işyerini 2 yıl önce devralmasına karşın bu çakmakların nerden geldiğini bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun olmayışı” (Diyarbakır B.A.M., 10. C.D., 17.01.2020, 269/67); “Sanık savunmalarında suç kastının bulunmadığını belirterek suçlamayı kabul etmemiş ise de, sanığa ait işyeri ve bu işyerinde satışı yapılan ürünlerin özellikleri, ürünlerin faturalarının bulunmaması ve ticari hayatın olağan akışı dikkate alındığında ele geçen ürünleri sanığın ticari amaçla satın aldığı ve işyerinde satışa arz ettiği, dolayısıyla sanığın suç kastı ile hareket ettiği kabul edilmiş ve aynı gerekçelerle savunmasına itibar edilmemiştir” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 11.06.2019, 662/1957); “Sanık savunmasında, el konulan ürünleri kendisinin satın aldığını, taklit ürün olduklarını bilmediğini, mal almaya gittiğinde malların seçimini kendisinin yaptığını, fakat bu toptancıların lisanssız ürün sattıklarını bilmediği şeklindeki ifadede bulunmuş ise de, hayatın olağan akışına uygun olmadığından sanık savunmalarına itibar edilmemiştir” (İzmir B.A.M., 16. C.D., 25.09.2019, 2381/2700); “İlk derece mahkemesince eşyaların rafta veya vitrinde ele geçirilmemesi, katılan tarafça ibraz edilen fişin, sanığın işyerinden satın alındığı iddia edilen ürünü net bir şekilde temsil etmemesi, sanığın işyerinde ele geçirilen iki adet taklit ürününün pek az sayıda olması ve bu miktar ürünün hata veya benzeri, ticari hayatın

Öte yandan marka koruması işaretinin kaldırılması suçunda marka koruması işaretinin bilinmemesi yahut yetkisiz tasarrufta bulunma suçunda kişinin yanlış tasavvuru sebebiyle kendisini marka hakkı sahibi olarak görmesi hallerinde suçun maddi unsurlarında hata söz konusu olup failin kasten hareket ettiği söylenemez. Ayrıca bu suçların taksirli hali SMK’da düzenlenmediği için hata halinde failin cezai sorumluluğu bulunmayacaktır.

TCK’nın 30’uncu maddesinin 3’üncü fıkrasında, “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*” denilmektedir. TCK’nın birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümü “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*” başlığını taşımaktadır. Söz konusu bölümde hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen haller bir arada düzenlenmiştir. Bu itibarla 30’uncu maddenin 3’üncü fıkrasını “*hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata*” ve “*kusurluluğu etkileyen sebeplerin maddi şartlarında hata*” olmak üzere iki kısımda incelemek mümkündür.

Hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hatanın hukuki niteliğine ilişkin doktrinde tartışma bulunmaktadır¹¹⁵⁵. Hâkim görüşe göre TCK’nın 30’uncu maddesinin 3’üncü fıkrasında düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata, maddi bir vakıaya ilişkin olduğundan kastı kaldıran hata niteliğindedir¹¹⁵⁶. Buna göre hukuka uygunluk

gereklerine uygun nedenlerle diğer ürünlerin arasına karışmış olabileceği gerekçesi ile suç işleme kastı tespit edilemeyen sanığın beraatine ilişkin verilen hükümde dairemizce duruşma açılarak yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda usul ve esas yönünden herhangi bir hukuka aykırılık görülmemiş” (Samsun B.A.M., 5. C.D., 09.05.2018, 2577/1189); “İlk derece mahkemesince yapılan yargılamada, sanığın üzerine atılı suçu işlediğinin sabit olmadığı gerekçesiyle sanık hakkında beraat kararı verilmişse de, sanığın bu ürünleri işyerinde bulundurduğunu kabul etmesi, bilirkişi raporlarında ürünlerin taklit olduğunun tespit edilmesi, beraat kararında gerekçe olarak gösterilen tanıkların sanığın öz kızları olması, tanık beyanları ve savunmanın hayatın olağan akışına aykırı düşmesi karşısında sanığın ele geçen ürünleri satış amacı ile işyerinde bulundurduğu, sanığın suç kastı ile hareket ettiği kanaatine varılmıştır” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 18.09.2018, 1760/2742); “Her ne kadar sanık bu ürünlerin satışının yasak olduğunu bilmediğini söylese de, beyanına göre 11 yıldır bu işi yapan bir esnaf olarak basiretli bir tüccar gibi davranması gerektiği, 11 yıllık tecrübesi itibarıyla sahte ya da taklit ürün alınmaması gerektiğini bilebilecek durumda olduğu” (Antalya B.A.M., 10. C.D., 27.04.2017, 370/1159); “Sanık Enver’in savunmalarında iş yerinde yakalanan ürünlerin içerisinde Hermes Markasının olduğunu dahi bilmediğini, ürünleri ucuz diye aldığını, taklit olduğunu bilmediğini, suçlamayı kabul etmediğini savunmuş ise de; çanta alım-satımı üzerine faaliyet gösteren işyerinin sorumlusu olan sanığın yaptığı iş nedeniyle söz konusu ürünlerin taklit olduğunu bilmemesinin olağan hayat koşullarına uygun olmadığı gözetilerek bu savunmaya itibar edilmemiştir” (İzmir B.A.M., 16. C.D., 26.12.2018, 135/967).

¹¹⁵⁵ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 647-648; Özgenç, Genel Hükümler, s. 478-479; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 296-297.

¹¹⁵⁶ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 648; Özgenç, Genel Hükümler, s. 479; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 299.

sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kaçınılmaz olması halinde failin kasten hareket etmediği kabul edilecektir¹¹⁵⁷.

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde fail, hukuken tanınan bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartları gerçekleşmediği halde, bu şartların gerçekleştiği düşüncesiyle davranışını gerçekleştirmektedir. Burada fail, gerçek bir hukuka uygunluk sebebinin şartlarının oluştuğunun kabulüyle hareket etmekte, hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarına ilişkin hatalı bir değerlendirme yapmaktadır.

Marka suçlarında hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin yetkisiz bir kimseden markayı devralan kişinin markayı kullanması halinde hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata gündeme gelecektir. Eğer kişinin hakkını kullandığını düşünmesinde kaçınılmaz bir hatası varsa bundan yararlanacaktır. Keza markayı dürüst bir şekilde kullandığını düşünen kişinin fiili SMK'nın 7'nci maddesinin 5'inci fıkrasında yer alan şartları ihtiva etmiyorsa hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata hükmü uygulanabilecektir.

II. Marka Suçlarında Kusurluluğu Etkileyen Hata

Kusurluluğu etkileyen hata, “*kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hata*” ve “*haksızlık hatası*” şeklinde iki başlık altında incelenmektedir.

Marka suçları bakımından haksızlık hatası önem arz etmektedir¹¹⁵⁸. TCK'nın 30'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında, “*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz*” denilmek suretiyle haksızlık hatası düzenlenmiştir. Haksızlık hatası, kişinin gerçekleştirdiği fiilin hukuk düzenince yasaklandığını bilmemesidir.

Failin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün, marka koruma işaretinin kaldırılmasının ve yetkisiz tasarrufta bulunmanın suç oluşturduğu hususunda hataya düşmesi halinde haksızlık hatası söz konusudur. Keza failin sadece marka ile aynı olan işaretin kullanılmasının yasak olduğunu zannedip marka ile karıştırılabilecek bir işaretin kullanılmasının suç kapsamında olduğunu bilmemesi haksızlık hatası bağlamında

¹¹⁵⁷ Artuk / Gökcen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 648-649; Özgenç, Genel Hükümler, s. 483. Farklı bir görüş için bkz. Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 300.

¹¹⁵⁸ Krş. Çetintürk, s. 827-828.

değerlendirilmelidir. Bu hallerde fail, hatasının kaçınılmaz olması halinde cezalandırılmayacaktır¹¹⁵⁹.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda hangi durumlarda kastı kaldıran hata hangi durumlarda haksızlık hatası olduğunun tespiti her zaman kolay olmamaktadır¹¹⁶⁰. Bu durum özellikle karıştırılma ihtimali bağlamında hata bahsinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda kendini göstermektedir. Zira iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz karmaşık normatif bir kavramdır ve hangi davranışların iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz teşkil ettiği yorumla karara bağlanabilmektedir¹¹⁶¹.

Doktrindeki bir görüşte karıştırılma ihtimalinin haksızlık hatası kapsamında ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür¹¹⁶². Diğer bir görüşte ise karıştırılma ihtimali hususunda düşülen hatanın kastı kaldıracağı kabul edilmiştir¹¹⁶³.

Kanaatimizce failin kullandığı işaretin karıştırılma ihtimaline sebebiyet vermeyeceğini zannetmesi halinde suçun maddi unsurlarında hata söz konusudur. Bu durumda failin kasten hareket ettiği söylenemez¹¹⁶⁴.

¹¹⁵⁹ Detaylı bilgi için bkz. **Roxin, Claus**, Yasağa İlişkin Yanılma, (Çev. Osman İsfen), Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 243 vd.; **Göktürk, Neslihan**, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 67 vd.

¹¹⁶⁰ **Fezer**, s. 2592-2593; **Feiler**, s. 165; **Glandien**, s. 185-186; **Keskin**, s. 175.

¹¹⁶¹ **Roxin**, s. 254-255. Gerçekten iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, içtihatlarla ve doktrine dayalı bir şekilde tespit edilmektedir. Krş. **Saunders / Berger-Walliser**, s. 55. Bu sebeple ileride sorun yaşanmaması adına, SMK'nın 154'üncü maddesinde, "*Menfaati olan herkes, Türkiye'de giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyetin ya da bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimlerin sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hususunda, hak sahibinden görüşlerini bildirmesini talep edebilir. Bu talebin tebliğinden itibaren bir ay içinde cevap verilmemesi veya verilen cevabın menfaat sahibi tarafından kabul edilmemesi hâlinde, menfaat sahibi, hak sahibine karşı fiillerinin tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesi talebiyle dava açabilir. Bildirimin yapılmış olması, açılacak davada dava şartı olarak aranmaz. Bu dava, kendisine karşı tecavüz davası açılmış bir kişi tarafından açılmaz*" denilmek suretiyle tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin dava açılabilmesi kabul edilmiştir.

¹¹⁶² **Başbüyük**, s. 220.

¹¹⁶³ **Fezer**, s. 2592-2593; **Çetintürk**, s. 827.

¹¹⁶⁴ **Fezer**, s. 2592-2593; **Feiler**, s. 186-187.

§3. MARKA SUÇLARINDA ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

I. Teşebbüs

A. Genel Açıklamalar

Bir kimse, işlemeyi kastettiği suça ilişkin icra hareketlerini tamamladığında veya suç tipinde ayrıca bir netice öngörülmüşse bu netice gerçekleştiğinde, o suç için kanunda öngörülen yaptırım ile cezalandırılır. Ancak bazı durumlarda fail icra hareketlerini bitiremez veya meydana gelmesini istediği netice gerçekleşmez. İşte bu hallerde teşebbüs söz konusu olur¹¹⁶⁵.

Suç işlerken izlenilen yolun (iter criminis) düşünme, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve suçun tamamlanması olmak üzere dört safhasının olduğu kabul edilmektedir. Bazı suçlarda bu aşamalar belirgindir, bazılarında ise safhalar iç içe geçmiş olabilir¹¹⁶⁶. Ancak düşünme ve hazırlık hareketleri safhalarında fail kural olarak sorumlu tutulmaz¹¹⁶⁷.

TCK'nın 35'inci maddesinin 1'inci fıkrasında teşebbüs, “*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre teşebbüsten söz edilebilmesi için *kasten işlenebilen bir suçun işlenmek istenmesi, gerçekleştirilen fiilin icra hareketi niteliğinde bulunması, gerçekleştirilen fiilin ceza normunun yasakladığı davranışı meydana getirmeye elverişli olması, neticeli bir suçun veya icra hareketleri kısımlara bölünebilen sırf hareket suçunun bulunması ve kişinin elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerin tamamlanamamış veya tamamlanmış olmakla birlikte neticenin gerçekleşmemiş olması* gerekmektedir¹¹⁶⁸.

Tamamlanmış suçun haksızlık içeriği, teşebbüs aşamasında kalmış suça göre daha fazla olduğundan teşebbüs halinde kalmış suça, tamamlanmış olana nispetle daha az ceza

¹¹⁶⁵ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 672; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 474; Özgenç, Genel Hükümler, s. 495; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 412-413; Akbulut, s. 615; Özbek / Bacaksız / Doğan, Genel Hükümler, s. 446.

¹¹⁶⁶ Detaylı bilgi için bkz. İcer, Zafer, Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 77 vd.

¹¹⁶⁷ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 672; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 474; Özgenç, Genel Hükümler, s. 495; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 413; Akbulut, s. 615; Özbek / Bacaksız / Doğan, Genel Hükümler, s. 446.

¹¹⁶⁸ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 672; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 477; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 416-417; Akbulut, s. 621-622; Özbek / Bacaksız / Doğan, Genel Hükümler, s. 447 vd.

verilir. Nitekim TCK'nın 35'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde ise verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

B. Marka Suçlarında Teşebbüs

SMK'nın 30'uncu maddesinde, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, marka koruması işaretinin kaldırılması ve yetkisiz tasarrufta bulunma suçları düzenlenmiştir. Tamamlanmaları bakımından neticenin gerçekleşmesi aranmayan marka suçları, sırf hareket suçlarındandır. Bu nevi suçlarda icra hareketleri kısımlara ayrılabilirse suça teşebbüs mümkündür.

SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek, satmak, ithal veya ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek ve depolamak fiilleri iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketleri olarak gösterilmiştir. Kanuni tarifte yer alan seçimlik hareketleri gerçekleştirmek üzere elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamayan fail, kural olarak iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır. Başka bir anlatımla, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, teşebbüse elverişli bir suçtur. Ancak 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinde, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketleri daha dar kapsamlı olarak ele alındığından suçun teşebbüste kalma durumuyla uygulamada daha sık karşılaşılmıştır. Bu dönemde hazırlık hareketi sayılan fiillerin ki özellikle bulundurmanın, SMK'da iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketlerine dahil edilmesi, suçun teşebbüs aşamasında kalma ihtimalini oldukça düşürmüştür¹¹⁶⁹.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda hangi fiillerin hazırlık hareketi teşkil edeceği ve bu suçta ne zaman icra hareketlerine başlanmış olacağı önemli bir

¹¹⁶⁹ Örneğin, 556 sayılı KHK döneminde bulundurulan veya depolanan mütecaviz işaretli malların satışa arz edilmeden önce yakalanması ihtimalinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı değerlendirilmiştir. Ancak SMK'da ticari amaçla bulundurma ve depolama iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketleri olarak kabul edildiğinden böyle durumlarda artık suç tamamlanmış olacaktır. Detaylı bilgi için bkz. **Yenidünya / İçer**, s. 117; **Başbüyük**, s. 221-222; **Özmen**, s. 114-114.

sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple konu, her bir seçimlik hareket bağlamında değerlendirilmeye muhtaçtır.

Mal üretmek, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz edilerek emtianın imal edilmesi olarak ifade edilebilir. Malın üretilmesi fiili yapısı gereği belirli hazırlıkları ve süreci içermektedir. Bu sebeple fiilin ne zaman tamamlanmış, malın ne zaman üretilmiş olacağı önem arz etmektedir. Bir görüşe göre, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bakımından mütecaviz işaretli bir malın üretimine geçilmesi suçun tipiklik unsuru bakımından yeterlidir¹¹⁷⁰. Diğer bir görüşe göre, malın üretilmesinden bahsedebilmek için ortaya bir ürünün çıkması gerekmektedir¹¹⁷¹. Buna göre malın üretimi, *mütecaviz işaretli malın satışa arza elverişli bir biçimde oluşturulması, meydana getirilmesi* halinde vuku bulur¹¹⁷². Kanaatimizce suçun tamamlanabilmesi için malın üretilmesine başlanması yeterli değildir ve mal, satışa arza elverişli biçimde meydana getirildiği takdirde üretilmiş olur. Bir malın ne zaman satışa arza hazır olacağı ise somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Bu itibarla, henüz malın ortaya çıkmadığı durumda suçun tamamlandığı söylenemez. Ancak elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanan üretim faaliyetlerinin elde olmayan sebeplerle tamamlanamaması halinde failin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna teşebbüsten sorumluluğu bulunmaktadır¹¹⁷³. Burada özellikle mal henüz ortaya çıkmadan önce, marka teşkil eden işaret, etiket veya bu nevi alametlerin üretildiği yahut bulundurulduğu durumlarda suça teşebbüs hükümleri değerlendirilmelidir. Kanaatimizce böyle hallerde somut olayda işaret, etiket, ambalaj veya bu nevi alametlerin belirli bir malda kullanılmak üzere üretildiği tespit edilebiliyorsa icra hareketlerine başlanmıştır ve artık teşebbüsten söz edilebilir^{1174, 1175}. Aksi

¹¹⁷⁰ **Özmen**, s. 88. Özmen, eserinde şu örneği vermektedir: “Zara marka taklit ürün yapan bir firma, imalathanesinde ürettiği gömleklere henüz Zara ayırt edici işaretini yerleştirmeden tespit edilir ise taklit markayı üretmek fiili suretiyle tipiklik gerçekleşmiş olacaktır”. Bkz. **Özmen**, s. 88.

¹¹⁷¹ **Ekey / Bender / Fuchs-Wissemann**, s. 293; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 111; **Başbüyük**, s. 144.

¹¹⁷² **Yenidünya / İçer**, s. 89; **Başbüyük**, s. 144; **Kart**, s. 137; **Çetintürk**, s. 612-613.

¹¹⁷³ “Müşteki vekilinin şikayeti üzerine 31/07/2013 tarihinde sanığın işlettiği dikim atölyesinde dikime hazır 245 adet Burberry marka tişört malzemesi bulunup el konulduğu, alınan bilirkişi raporundan katılan firma adına tescilli markaların orijinal olmayan taklit ürün de iktibas edilerek kullanıldığı, ürünün yarı mamul olduğunun anlaşıldığı, bu nedenle sanığın eyleminin sabit bulunduğu ancak tişörtlerin henüz dikilmemiş olması nedeniyle eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı, yine suçun niteliği ve ele geçen ürün miktarı göz önüne alındığında teşdit gerektiren bir durum bulunmadığı halde sanık hakkında alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayini” (**Antalya B.A.M. 10. C.D., 11.03.2020, 5443/771**).

¹¹⁷⁴ **Yenidünya / İçer**, s. 116-117; **Kart**, s. 204. Krş. **Çetintürk**, s. 836-837.

¹¹⁷⁵ “Öte yandan, sanığın bu şekilde temin ettiği ve orijinal olmayan, katılanın markasının taklidi ambalajlara herhangi bir ürün doldurup piyasaya arz edmeden yakalanması, elinde olmayan nedenlerden ötürü fiilin icra hareketlerini tamamlayamaması gözetildiğinde, fiilin teşebbüs safhasında kaldığı kabul edilerek sanık lehine TCK'nın 35. maddesi tatbik edilmiş” (**Ankara B.A.M. 9. C.D., 08.11.2018, 4461/3952**).

halde, marka teşkil eden işaret, etiket, ambalaj veya bu nevi alametlerin üretilmesi yahut bulundurulmasının başlı başına suç oluşturmadığı dikkate alındığında, bu tarz fiiller hazırlık hareketi olarak nitelendirilmelidir¹¹⁷⁶.

Hizmet sunma fiili, mütecaviz işaret kullanılarak hizmet satma iradesinin açığa vurulmasıyla tamamlanır¹¹⁷⁷. Failin hizmetini sunmak için icra hareketlerine başlaması ve ancak elinde olmayan sebeplerle bunu gerçekleştirememesi halinde teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. Failin hizmet sunacağı binayı kiralaması yahut satın alması, internet sitesi tasarımı için anlaşması hazırlık hareketi niteliği taşımaktadır. Ancak mütecaviz işareti taşıyan broşür bastırılması, tabela yaptırılması, bu tabelanın fiilen hizmet sunmaya başlamadan önce restorana astırılması¹¹⁷⁸ halinde icra hareketlerine başlanmış olup fail teşebbüsten sorumlu olacaktır. Ayrıca belirtilmelidir ki hizmet sunma temadi arz etmektedir ve bu yönüyle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu mütemadi suç niteliğindedir. Mütemadi suçların tamamlanması ile bitmesi ayrı zamanlarda gerçekleşebilmektedir. Mütemadi suçlarda teşebbüs ancak suç tamamlanıncaya kadar mümkündür. Dolayısıyla suç tamamlandıktan sonra icra hareketlerine devam eden failin elinde olmayan sebeplerle hareketini bitirmesi halinde, esasen ortada tamamlanmış bir suç bulunduğundan teşebbüs hükümleri uygulanmaz.

Satışa arz etme, bir malı satma iradesinin açığa vurulmasıyla tamamlanır¹¹⁷⁹ ve kanaatimizce fiile teşebbüs mümkündür¹¹⁸⁰. Ayrıca failin mütecaviz işaretli malları satışa arz etmesiyle tamamlanan suç, arz etme devam ettiği müddetçe bitmez. Zira satışa arz etme temadi

¹¹⁷⁶ “Sanığın işyerinde ele geçirilen eşyaların ürün etiketi ve kurdeleden ibaret olup bunların sadece bulundurulmasının başlı başına suç oluşturmadığı ve tescilli markayı taşıyan ürünlerin ele geçmediği ya da belirtilen etiketlerin kullanılmaya teşebbüs edildiğine yönelik maddi delil de bulunmadığı nazara alındığında müsnet suçun oluşmayacağına kabulü yerine yazılı gerekçeyle sanığın mahkumiyetine karar verilmesi kanuna aykırı görüldüğünden” (Y. 19. C.D., 19.12.2016, 11676/23685).

¹¹⁷⁷ “Sanığın “Et ve Süt Ürünleri Beşiktaş Şubesi” ibaresini ve logosunu işyeri tabelalarında kullanmak suretiyle katılanın Türk Patent Enstitüsü nezdinde tescilli markasıyla iltibas yaratmak suretiyle atılı suçu işlediği” (İstanbul B.A.M., 15. C.D., 30.12.2016, 343/318).

¹¹⁷⁸ Aksi yönde bkz. (Y. 19. C.D., 08.09.2015, 7093/4003).

¹¹⁷⁹ Yaşar, s. 225; Balcı, s. 174; Özbek, Müstehcenlik, s. 130; Başbüyük, s. 146; Çetintürk, s. 631.

¹¹⁸⁰ Aksi yönde bkz. “Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; sanığın aşamalarda değişmeyen birbiri ile tutarlı beyanlarında ele geçen taklit olduğu bilirkşi raporu ile tespit edilen 204 çift NİKE marka ayakkabıyı Trabzon ilinde perakende satış yapan dükkânlara satacağı sırada sivil polislerin yanına gelmesi üzerine henüz satış yapmadan yakalanması şeklinde cereyan eden olayın oluş şekli, taklit ürünlerin niceliksel miktarı, satışa arz eyleminin parçalara bölünememesi nedeniyle teşebbüse elverişli olmaması hususları göz önünde bulundurulduğunda atılı suçun unsurlarının oluştuğu somut olayda sanık hakkında daha önce verilen açıklanması geriye bırakılan hükmün açıklanması nedeniyle yasal engel nedeniyle TCK 50 ve 51.maddelerinin uygulanmasına yer olmadığına ve hükmün aynen açıklanmasına dair yerel mahkeme hükmünde usul ve yasaya aykırı bir yön saptanamadığından sanığın ileri sürdüğü istinaf nedenleri yerinde görülmemiştir” (Trabzon B.A.M., 3. C.D., 08.02.2020, 333/39).

göstermektedir ve bu yönüyle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu mütemadi suç niteliğindedir. Burada teşebbüs hükümleri ancak suç tamamlanıncaya kadar uygulanabilir. Örneğin, dükkânda bulunan ve henüz raflara yerleştirilmeden elkonulan mütecaviz işaretli gömlekler sebebiyle fail iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır. Fakat örnekte olduğu gibi teşebbüs aşamasında kalmış satışa arzın mevcudiyeti halinde, esasen bulundurma fiili yönünden iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun tamamlandığı gözden kaçırılmamalıdır ve failin sorumluluğu tamamlanmış suç üzerinden tayin edilmelidir¹¹⁸¹.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun bir diğer seçimlik hareketi olan satmanın ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre satma, satım sözleşmesinin oluşması şeklinde anlaşılmalıdır¹¹⁸². Buna göre, tarafların satım hususunda anlaşmalarıyla suç tamamlanır. Diğer bir görüşe göre, sadece hukuki işlemin yapılması (sözleşmesinin oluşması) yeterli olmayıp, eşyanın faile devredilmiş olması veya hizmetin icrasına başlanması da gerekir¹¹⁸³. Buna göre, malın devredilmesiyle veya hizmet sunumunun başlamasıyla suç tamamlanmıştır. Kanaatimizce mal devredilmedikçe veya hizmetin icrasına başlanmadıkça suç tamamlanmış olmamaktadır. Dolayısıyla tarafların anlaşması yahut failin elinde olmayan sebeplerle malı devredememesi veya hizmetin icrasına başlayamaması halinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir. Ancak bu hallerde esasen satışa arz etmek, ticari amaçla bulundurmak, depolamak ve nakletmek fiilleri yönünden iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun tamamlanmış olması kuvvetle muhtemeldir ve failin sorumluluğu tamamlanmış suç üzerinden tayin edilmelidir.

İthal veya ihrac seçimlik hareketleri bağlamında iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun tamamlanma anı, ithal veya ihraca ilişkin mevzuat dikkate alınarak somut olaya göre değerlendirilmelidir. Ancak SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında malın ülkeye nasıl sokulduğu yahut ülkeden hangi yollarla çıkarıldığı önemli değildir. Kural olarak malların ülkeye sokulması yahut çıkartılması gümrük vasıtasıyla gerçekleştirildiğinden mütecaviz işaretli mallar siyasi sınırlar içerisinde bulunsun da gümrük işlemleri

¹¹⁸¹ Satışa arz etme bakımından iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu mütemadi suç niteliğindedir. Dolayısıyla teorik olarak satışa arz etme fiiline teşebbüs ancak suç tamamlanıncaya kadar mümkündür.

¹¹⁸² **Özen**, Kamu Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar, s. 175; **Yenidünya / İçer**, s. 93; **Çetintürk**, s. 635.

¹¹⁸³ **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 933; **Artuç**, s. 895; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Özel Hükümler, s. 663; **Özbek / Doğan / Bacaksız**, Özel Hükümler, s. 781; **Yaşar**, s. 227.

tamamlanmadıkça ithal veya ihraç edilmiş sayılmamalıdır¹¹⁸⁴. Bununla birlikte mütecaviz işaretli malların hukuki olmayan yollarla ülkeye sokulması yahut çıkartılması söz konusu ise failin elinde olmayan sebeplerle fiilini tamamlayamaması halinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Örneğin ithal bakımından, mütecaviz işaretli malların gümrük bölgesine gelmeden yahut gümrük aşamasında yakalanması halinde fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır¹¹⁸⁵. Keza ihraç bakımından, mütecaviz işaretli malların gümrük işlemleri icra edilirken yakalanması durumunda fiilin teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir¹¹⁸⁶. Ancak ihraçta mütecaviz işaretli mallar zaten ülke sınırları içerisinde olduğundan burada ihraç fiiline teşebbüsten ziyade öncelikle tamamlanmış ticari amaçla bulundurma veya nakletme seçimlik hareketleri değerlendirilmelidir.

Satın almak, bir edim karşılığında mütecaviz işaretli malın devralındığı veya hizmetin icrasına başlandığı anda tamamlanır. Tarafların anlaşması veya failin elinde olmayan sebeplerle malı devralamaması veya hizmetin icrasına başlanamaması halinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bağlamında bulundurma, mütecaviz işaretli mallar üzerinde fiili egemenlik ilişkisinin devam ettirilmesini ifade etmektedir¹¹⁸⁷. Bu yönüyle bulundurma temadi arz eden seçimlik hareketlerdendir. Failin mütecaviz işaretli mallar üzerinde egemenlik kurmasıyla tamamlanan suç, fiilin icrası devam ettiği müddetçe bitmez. Burada teşebbüs hükümleri ancak suç tamamlanıncaya kadar uygulanabilir. Örneğin mütecaviz işaretli malları teslim almak üzereyken yakalanan failin fiili bulundurmaya teşebbüs olarak değerlendirilebilir.

Nakletmek, mütecaviz işaretli malların yurt içinde bir yerden diğer bir yere taşınmasını ifade etmektedir¹¹⁸⁸ ve suçun temadi arz eden seçimlik hareketlerindendir. Failin mütecaviz

¹¹⁸⁴ Benzer görüşler için bkz. **Başbüyük**, s. 223; **Çetintürk**, s. 838-839.

¹¹⁸⁵ “Katılanların tescil edilmiş markalarına ait 26/02/2018 tarihli, 18LR3403000423417 sayılı transit beyannamesi muhteviyatı eşyaların sanık tarafından yurda ithaline teşebbüs edildiği, suça konu ürünlerin katılanlara ait tescilli markaların taklidi olup, alınan rapora göre iltibasın bulunduğu, taraflar arasında uzlaşmanın sağlanamadığı, katılanların marka tescil belgelerinin dosyaya sunulduğu ve süresinde şikayette bulunulduğu, birden fazla katılana ait eşya bulunmasına göre teselsül şartlarının oluştuğu, suç tarihi itibarı ile eylemin 6769 Sayılı Yasa kapsamında kalıp yerel mahkemece sanığın suçunun sübutu ve nitelendirilmesinde herhangi bir isabetsizlik görülmemiş” (İstanbul B.A.M., 16. C.D., 01.06.2020, 6647/1664).

¹¹⁸⁶ İhraç fiiline teşebbüsün mümkün olmadığı hakkında bkz. **Özmen**, s. 116.

¹¹⁸⁷ **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 992; **Yaşar**, s. 246.

¹¹⁸⁸ **Başbüyük**, s. 155; **Çetintürk**, s. 638; **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 992.

işaretili malları bir yere taşımaya başlamasıyla tamamlanan suç, nakletme süreci devam ettiği müddetçe bitmez. Burada teşebbüs hükümleri ancak suç tamamlanıncaya kadar uygulanabilir. Örneğin araca yüklenen mütecaviz işaretili mallar henüz araç yola çıkmadan yakalanırsa suçun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir. Buna karşılık tarafların nakil hukukunda anlaşmaları hazırlık hareketi olarak değerlendirilmelidir¹¹⁸⁹. Öte yandan mütecaviz işaretili malları bulunduran yahut depolayan kimse ile nakletme fiilini icra eden kişi aynı ise suç esasen tamamlanmış olduğundan failin sorumluluğu teşebbüsten değil tamamlanmış iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçundan olmalıdır.

Depolamak, mütecaviz işaretili malların herhangi bir yerde tutulmasını ifade etmektedir^{1190, 1191} ve suçun temadi arz eden seçimlik hareketlerindendir. Failin mütecaviz işaretili malları herhangi bir yerde tutmaya başlamasıyla tamamlanan suç, fiilin icrası devam ettiği müddetçe bitmez. Burada teşebbüs hükümleri ancak suç tamamlanıncaya kadar uygulanabilir. Örneğin mütecaviz işaretili malların depoya nakli sırasında yakalanması halinde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Buna karşılık tarafların depolama hususunda anlaşmaları hazırlık hareketi olarak değerlendirilmelidir¹¹⁹². Öte yandan esasında bulundurma, depolama fiilini kapsar niteliktedir¹¹⁹³. Bu sebeple somut olayda bulundurma fiili bakımından suçun tamamlanmış olabileceğine dikkat edilmelidir.

Marka koruması işaretinin kaldırılması suçu, işaretin mal veya eşya üzerinden kaldırılmasıyla tamamlanır. Sırf hareket suçlarından olan marka koruması işaretinin kaldırılması suçunun icra hareketleri kısımlara ayrılabilirdiğinden suça teşebbüs mümkündür¹¹⁹⁴. Örneğin, marka koruması işaretini kazımaya başlayan ve elinde olmayan sebeplerle hareketini tamamlayamayan fail, marka koruması işaretinin kaldırılması suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır.

¹¹⁸⁹ Çetintürk, s. 842-843.

¹¹⁹⁰ Tezcan / Erdem / Önok, s. 992; Yaşar, s. 246.

¹¹⁹¹ “Sanık savunmalarında, suça konu ürünleri satmadığını, taklit olduğunu anlayınca depoya koyduğunu belirterek suçlamayı kabul etmemiş ise de, suça konu ürünlerin işyerinin girişine göre hemen karşıda bulunan depoda ele geçmesi, ürünlerin ele geçtiği yerin konum ve özelliği, ürünlerin sayısının fazlalığı ve ticari miktarda olması, bu ürünlerin faturasının bulunmaması, iş yerinden katılan vekili tarafından satın alınan taklit numune ürünün soruşturma aşamasında ibraz edilmiş olması karşısında, sanığın eyleminin bizzat sadece depolama değil satışa arz etme olarak kabul edilmesi gerektiği, sanığın suç kastı ile hareket ettiği kabul edilmiş ve aynı gerekçelerle savunmalarına itibar edilmemiştir” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 11.06.2019, 619/1962).

¹¹⁹² Çetintürk, s. 842-843.

¹¹⁹³ Kaynak, Fikri Mülkiyet, s. 330; Yaşar, s. 280; Başbüyük, s. 154.

¹¹⁹⁴ Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 80; Topçu, s. 88; Kart, s. 205.

Yetkisiz tasarrufta bulunma suçu, lisans veya rehin vermek seçimlik hareketleri bakımından sözleşmenin imzalanması ile devretmek fiili açısından ise sözleşmenin noterce onaylanmasıyla tamamlanır. Doktrinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Bir görüşe göre suçun icra hareketleri tek ve ani olduğundan suça teşebbüs mümkün değildir¹¹⁹⁵. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise yetkisiz tasarrufta bulunma suçunda, seçimlik hareketler kısımlara ayrılabilirdiği ölçüde, teşebbüs hükümleri uygulanabilir niteliktedir¹¹⁹⁶. Örneğin yetkisiz tasarrufta bulunacak kişinin, yazılı sözleşme imzalanmadan önce lisans veya rehin vermek ya da devretmek için bir bedel ya da kaparo alması ancak sözleşme gerçekleştirilmeden yetkisiz olduğunun anlaşılması halinde somut olayda teşebbüs hükümleri tatbik edilmelidir.

Nihayet belirtmek isteriz ki, marka suçlarının tescilli olmayan bir işaretle (tescilsiz marka) bağlantılı bir şekilde gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu halde marka suçlarının konusu bulunmamakta olup işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) ortaya çıkmaktadır.

C. Marka Suçlarında Gönüllü Vazgeçme

TCK'nın 36'ncı maddesinde gönüllü vazgeçme, *“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.

Marka suçlarında failin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi mümkündür. Örneğin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda, mütecaviz işaretli malları ticari amaçla satın almak için sözleşme imzalayan fail eğer malları teslim almadan bu işlemi kendi iradesiyle geri dönerse hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmalıdır. Keza yetkisi olmadığı halde markayı devretmek için kaparo alan failin pişman olması sebebiyle icra hareketlerini tamamlamaması halinde somut olayda gönüllü vazgeçme hükümleri değerlendirilmelidir.

Marka suçları bağlamında gönüllü vazgeçmede önemli olan bunun suçun tamamlanmadan önce gerçekleşmesidir. Eğer marka suçları tamamlandıktan sonra fail yapmış olduğu hareketten pişmanlık duyarsa artık gönüllü vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusu

¹¹⁹⁵ Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 84-85.

¹¹⁹⁶ Topçu, s. 103; Başbüyük, s. 224; Kart, s. 205.

olacaktır. TCK'nın sisteminde etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra mahiyeti etkin pişmanlığa müsait bazı suçlar bakımından cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebep olarak kabul edilmiştir. Marka suçlarında etkin pişmanlık, cezayı ortadan kaldıran bir hal olarak, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun bazı seçimlik hareketleri bakımından öngörülmüş olup konu bir sonraki üst başlıkta incelenecektir.

II. İştirak

Suçlar kural olarak tek kişi tarafından işlenebilir. Kanunen ve nitelikleri gereği tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kimsenin aralarında yaptıkları anlaşma gereği fiilin oluşumuna illi değeri haiz katkıda bulunmak suretiyle işlenmesi halinde iştirakin varlığından söz edilir.

İştirak, faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmaktadır¹¹⁹⁷. Fail, kanunda tanımlanan haksızlığı gerçekleştirendir. Şerik ise suçun icrasına iştirak etmekle beraber, işlenişine bulunduğu katkı kanuni tanımdaki haksızlığı gerçekleştirmeyen diğer suç ortaklarıdır. Faillik, müstakil faillik, müşterek faillik (TCK m. 37/1) ve dolaylı faillik olarak (TCK m. 37/2) olarak karşımıza çıkabilir. Şeriklik ise azmettirme (TCK m. 38) ve yardım etme (TCK m. 39) olarak ikiye ayrılmaktadır.

Esasen tek kişi tarafından işlenebilen marka suçlarında iştirak bir özellik arz etmemektedir¹¹⁹⁸ ve bu suçlarda iştirakin bütün şekillerinin gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin, suç işleme düşüncesi yokken mütecaviz işaretli malları üretmek hususunda bir başkasına karar aldırarak kimse azmettiren; bunları birlikte satışa arz eden kimseler müşterek fail¹¹⁹⁹; mütecaviz işaretli malların satılabilmesi için yer sağlayan kişiler ise yardım eden olarak

¹¹⁹⁷ Bock, s. 162; Schmidt, s. 405.

¹¹⁹⁸ 5833 sayılı Kanun öncesinde, 556 sayılı KHK'nın 61'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendinde, “a ve c bentlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak” denilmek suretiyle marka hakkına tecavüz fiillerine iştirak bir marka suçu olarak düzenlenmişti. Buna göre, 2009 yılı öncesinde 556 sayılı KHK'nın 61'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) ve (c) bentlerinde yazılı fiiller bakımından fail ve şerik arasında sorumluluk rejimi itibarıyla ayırım ortadan kaldırılmıştı. Ceza hukuku bakımından tartışmaya açık olan bu hüküm hakkında detaylı bilgi için bkz. Keskin, s. 143-144; Özgenç, Marka Hakkına Tecavüz, s. 849.

¹¹⁹⁹ Doktrinde Nuhoglu, bir kişi tarafından üretilen mütecaviz işaretli malların, diğer bir kişi tarafından depolanması ve nihayet başka bir kişi tarafından satılması halinde, her bir fiil suçun seçimlik hareketi olarak düzenlendiğinden iştirak kurallarının uygulanmaması ve bu kişilerin doğrudan fail olarak sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir. Nuhoglu, s. 435. Kanaatimizce iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun belirli bir iş bölümü çerçevesinde işlendiğinin ortaya konulması halinde suça katılan kişiler müşterek

sorumlu tutulmalıdır. Keza marka koruması işaretini birlikte kazıyan üç kişi müşterek fail olarak hareket etmektedir. Yukarıda zikredilen örneklerdeki fiillerin bir çocuğa icra ettirilmesi halinde ise arka plandaki kişi dolaylı fail olacaktır.

Doktrinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda özellikle mütecaviz işaretli malları üreten, satışa arz eden, satan, ticari amaçla satın alan veya mütecaviz işaretle hizmet sunan kimselerin çalışan olması durumunda dolaylı failliğin mevcut olabileceği belirtilmiştir^{1200, 1201}. Dolaylı fail, araç durumundaki kişi üzerindeki hakimiyetini, bu kişideki bildiği veya sebebiyet verdiği bir noksandan faydalanarak kurmaktadır. Bu noksan, araç

fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Bu halde birden fazla seçimlik hareketin icra edilmesi suçun birden fazla olduğuna işaret etmez. Ortada yine de tek bir suç vardır. Ancak hâkim TCK'nın 61'inci maddesindeki hususları da dikkate alarak cezayı yukarı haddten tayin edebilir. Ayrıca bkz. **Yenidünya / İçer**, s. 118.

¹²⁰⁰ **Başbüyük**, s. 226; **Keskin**, s. 152; **Kart**, s. 211.

¹²⁰¹ Yargıtay 19. C.D., 15.06.2015 tarihli 6127/2753 sayılı kararında yer alan muhalefet şerhinde, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda şeriklerin suça katkıları konusu tartışılmıştır: “5237 sayılı TCK'na göre suç, failler doğrudan doğruya beraber işlenebileceği gibi (m. 37/1) birini azmettirerek (m. 38/2) veya birine yardım ederek de (m. 39/1) işlenebilir. Sanık A.. Ç..'ın Sanık F.. E..'in suç teşkil eden “tescilli markanın taklidi ürünleri satışa sunma ve satma” eylemine ne şekilde iştirak ettiği, iştirakin niteliği ve derecesi tartışılmamıştır. Sanık A.E.. diğer sanığın fiiline doğrudan doğruya iştiraki, fiili üzerinde hakimiyeti var mıdır? Yoksa sadece suç fiilinin icrasını mı kolaylaştırmıştır? Birinci halde diğer sanıkla birlikte asli fail, ikinci halde yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Üçüncü bir ihtimal ise sanık F.. E..'de suç işleme kararı yokken, suç işlemesi konusunda karar verdirmesi, karar oluşturmastır. Bu halde ise A.. Ç.. azmettiren olacaktır. Sanıklar arasındaki ilişki genellikle rastlandığı şekildeki çalışan-çalıştıran ilişkisi değildir. Sanık F.. E..'in savunmasına göre; işyerinin sahibi A.. Ç..'dir ancak işyerine akşamları uğrar, kasa sayımı yapar ve işyerini kapatır. İşyerinde sürekli olarak durmaz. A.. Ç.. yokken işyerinin sorumlusu benim. Mal satın alma yetkim bulunmaktadır. Suça konu ürünleri tamamen kendi inisiyatifimle aldım ve bu durumu sanık A.. Ç..'a söylemedim. Dolayısıyla ürünleri A.. Ç.. görmemiştir. Sanık A.. Ç..'ın savunması da bu savunmayı doğrular niteliktedir: Ç.....Çanta isimli işyerinin sahibi benim. Fakat ben işyerinde sürekli olarak durmuyorum. Sadece akşamları gidip işyerini kapatıyorum. Ürünlerin alınması ve satılmasıyla huzurdaki çalışmam F.. E.. ilgilenmektedir. Ürünleri ben satın almadım. Ben satmadım. Ürünler hakkında hiçbir bilgim yoktur. Her iki sanığın savunması birbiriyle uyumlu olup, aksine delil bulunmamaktadır. Bu durumda Mahkemece sanık A.. Ç..'ın mahkûmiyetine yeterli delil bulunmadığından beraatine karar verilmesi gerekirdi. Yerel mahkeme, “Sanık Ali Ekber'in akşamları 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 “ihmal” 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 mahkûmiyeti için yasal ve yeterli bir gerekçe değildir. Mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması, Anayasa'nın 141/3, CMK 34 ve 230. maddelerinin amir hükmüdür. Sanık A.. Ç..'ın suça iştirak ettiği kabul edilse bile diğer sanığın eylemine ne şekilde iştirak ettiği, iştirakin niteliği ve derecesinin tartışılması gerekirdi. Sanık, suçu doğrudan doğruya diğer sanıkla birlikte mi, onu azmettirerek mi yoksa yardım ederek mi işlemiştir? Her bir kabul sanığın hukuki durumunu da farklılaştıracaktır. Açıklanan sebeplerle, sanık A.. Ç..'ın her türlü şüpheden uzak, mahkûmiyetine yeterli, kesin delil bulunmadığı halde, yasal ve yeterli gerekçe de gösterilmeden mahkûmiyetine ilişkin kararın bozulması gerektiğini düşündüğümünden, sayın çoğunluğun kararına katılamıyorum”.

durumundaki kişinin hataya düşmesinden ya da düşürülmesinden, cebir veya tehditle irade yeteneğinin ortadan kaldırılmasından yahut kusur yeteneğinin bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce çalışanın malın veya hizmetin mütecaviz işareti olduğunu bilmemesinden faydalanan ve çalışanına bu nevi mal ürettiren, satışa arz ettiren, satan yahut hizmet sunduran işveren iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçundan “*dolaylı fail*” olarak sorumlu tutulmalıdır¹²⁰². Buna karşılık, çalışanın malın veya hizmetin mütecaviz işareti olduğunu bilmesi halinde, durum azmettirme veya müşterek faillik hükümleri bağlamında değerlendirilmelidir¹²⁰³.

Öte yandan İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 16. Ceza Dairesi, 09.03.2020 tarihli 3763/795 sayılı kararında, çalışanın iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçundan sorumluluğunun mütecaviz işareti malların bu özelliğinin bilinip bilinmemesine göre değil iş yerinde satışa sunulan eşyaların alımı ve tedariki konusunda yetkisinin bulunup bulunmadığına göre belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir¹²⁰⁴. Esasen SMK’nın 30’uncu maddesinin düzenleniş şekli dikkate alındığında, çalışanın bilerek ve isteyerek mütecaviz işareti malları üretmesi, satışa arz etmesi veya satması halinde haksızlığı gerçekleştirdiği şüphesizdir ve suç tipi açısından malların alımı ve tedariki konusundaki yetki önemli değildir.

¹²⁰² Örneğin, fason üretim yapan bir tekstil atölyesinde markayı taşıyan etiketi üretilen gömleklere dikmekle görevli bir çalışanın, bu hareketi ile bir marka hakkına tecavüz durumu yaratıp yaratmadığını bilmesi çoğu kez mümkün değildir. Bkz. **Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksek**, Cilt II, s. 1090.

¹²⁰³ “Katılanların ortak vekilinin şikayeti üzerine mahkemeden alınan karara istinaden hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen diğer sanık ... adına ruhsatlı bulunan iş yerinde 09/02/2011 yapılan aramada, katılan firmalar adına tescilli markaları taşıyan ve bilirkişi raporunda belirtildiği üzere taklit olarak üretilen toplam 90 adet kol saatine el konulduğu, 09/02/2011 tarihli arama tutanağına göre suça konu eşyaların sanıklardan ...’ın iş yerinde hazır olduğu sırada ele geçirildiği, sanık ...’ın 10/02/2011 tarihli kolluk ifadesinde “işletmecisi diğer sanık ... olan işyerinde çalışarak geçimini sağladığını”, beyan ettiği, sanık ...’ın ise aynı tarihli kolluk ifadesinde “iş yerinin işletmecisi olduğunu, sanık ...’ın ise bu yerde çalıştığını ve suç konusu eşyaları fatura karşılığı TASIŞ’ten aldığını “beyan ettiği; sanıkların inkara dayalı kovuşturma aşamasındaki savunmaları ile dosya içerisindeki bilgi ve belgelere göre, sanık ...’ın abisi olan diğer sanık ...’e ait iş yerinin çalışmanı olduğu ve sanık ...’ın ise babasının amca oğlu olan diğer sanık ...’e ait iş yerinin işletmecisi olduğu, tüm dosya kapsamına göre sanıkların suça konu eşyaları mevcut niteliklerini bilerek kabul ve satışa arz ettiklerinin anlaşılması karşısında, kanıtlanan eylemlerinden ötürü mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraat kararı verilmesi” (Y. 19. C.D., 26.10.2017, 1133/8760); “Suç konusu ürünlerin bulunduğu iş yerinde sanık Süleyman’ın iş yerinde çalışan olduğu, temizlik işleri ile ilgilendiğini beyan ettiği, iş yeri sahibi Mücahit’in bu beyanları doğruladığı, ve iş yerindeki marka taklidi ürünleri Tahtakale’den temin ettiğini beyan ettiği, sanığın iş yerinde bulunan ürünleri satışa sunduğuna dair mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak delil olmadığı, sanığın suçu işlediği sabit olmadığından beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde cezalandırılmasına karar verilmesi” (İstanbul B.A.M., 15. C.D., 06.02.2020, 3765/500).

¹²⁰⁴ “Sanıklardan Yasemin’in iş yerinde satış elamanı olarak çalışan olduğu, suça konu eşyaların alım satım hususunda takdir hakkının bulunmadığı bu nedenle bu sanık yönünden verilen beraat kararının usul ve esasa uygun olduğu” (Antalya B.A.M., 10. C.D., 08.01.2020, 4979/2535).

Ancak *Başbüyük*'ün belirttiği üzere, sosyal, kültürel ve ekonomik koşulları itibariyle çalışanların cezai sorumluluğunun bu işten asıl kazanç sağlayan işverenle eşit tutulması somut olay adaleti ile bağdaşmayacağından¹²⁰⁵ mahkemenin bu yönde bir karar verdiği düşüncesindeyiz¹²⁰⁶.

Öte yandan çalışan, işvereninden habersiz mütecaviz işaretli mal üretebilir, satışa arz edebilir veya satabilir. Kanaatimizce böyle bir durumda mütecaviz işaretli mal üretildiğinden haberi olmayan, mal alım konusunda bir başkasını yetkilendiren ve bu hususa karışmayan işveren suçtan sorumlu tutulmamalıdır^{1207, 1208}. Ancak konu hakkında mahkeme kararlarında hatalı bir şekilde objektif sorumluluğa varan değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir¹²⁰⁹. Burada sorunun aşılabilmesi adına, kanuni bir değişiklik yapılarak işverene, temsilciye veya müdüre denetim yükümlülüğü getirilmeli ve bunun gerçekleştirilmemesi suç kapsamına alınmalıdır.

Nihayet belirtmek isteriz ki iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun hizmet sunma, satışa arz etme, bulundurma, nakletme ve depolama seçimlik

¹²⁰⁵ **Başbüyük**, s. 226. Benzer bir görüş için bkz. **Çetintürk**, s. 757-758.

¹²⁰⁶ Doktrinde böyle durumlarda adaletsizliğin giderilebilmesi adına hâkime çalışanlar bakımından takdiri indirim veya cezasızlık sebebi uygulama yetkisi verecek bir düzenleme yapılması önerilmiştir. Bkz. **Başbüyük**, s. 226. Önerinin eleştirisi için bkz. **Çetintürk**, s. 760-761.

¹²⁰⁷ “*Sanık Gökhan derece mahkemesince alınan savunmasında, kendisi adına iki işyeri bulunduğunu, her ne kadar sigortalı çalışan görünse de, arama yapılan işyerini fiilen sanık Dinçer'in işlettiğini, ürünleri onun aldığını, kendisinin görmediğini, suçlamayı kabul etmediğini beyan etmiştir. Mahkemece yapılan yargılama sonunda sanığın, marka hakkına tecavüz suçundan 6769 sayılı Kanunun 30/1, TCK'nın 43/2, 62, 52, 51. maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmiştir. Ancak; Sanık Gökhan'ın savunmasında arama yapılan işyerini fiilen sanık Dinçer'in işlettiğini, ürünleri onun aldığını, kendisinin görmediğini beyan etmesi, diğer sanık Dinçer'in savunmasının da bu yönde olması, İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 2018/11 Esas 2019/400 Karar sayılı dosyasında da aynı işyerine ilişkin olarak sanık Gökhan hakkında beraat kararı verilmiş olması, bu dosyada da savunmalarının benzer içerikte olması nazara alındığında sanık Gökhan'ın savunmasının aksini kanıtlar nitelikte mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden beraatine karar verilmesi gerekirken mahkumiyetine karar verilmesi*” (İstanbul B.A.M., 15. C.D., 02.05.2019, 2810/1861).

¹²⁰⁸ 5833 sayılı Kanun öncesinde 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinde “(a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan suçlar, hizmetlerini yaptıkları sırada bir işletmenin çalışanları tarafından doğrudan doğruya veya emir üzerine işlenmişse çalışanlar ve suçun işlenmesine mâni 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” düzenlemesine yer verilmişti. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Özgenç**, Marka Hakkına Tecavüz, s. 850; **Topçu**, s. 127-128; **Başbüyük**, s. 227-228.

¹²⁰⁹ “*Sanıklardan Gamze savunmalarında her ne kadar iş yerinin sahibi olduğunu, ancak alım satım ile Sertan'ın ilgilendiğini belirtmiş ise de iş yeri gelirinin ve sermayesinin kendisine ait olması nedeniyle satışa sunulan ürünlerden dolayı sorumluluğu bulunduğu ve her iki sanığın atılı suçu işledikleri kanaatine varılmıştır*” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 26.03.2019, 4878/1131).

hareketleri doğal olarak belirli bir süre devam etmekte, mütemadi suç özelliği göstermektedir. Mütemadi suçlarda, suç tamamlanmış olsa da temadi devam ettiği sürece azmettirme dışında iştirakin bütün şekilleri gerçekleşebilir.

III. İçtima

A. Genel Açıklamalar

Ceza hukukunda, “*kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır*” ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre, ceza hukukunda gerçek içtima kural olup¹²¹⁰ işlenen her bir suçtan ayrı cezaya hükmedilmektedir ve her bir ceza bağımsızlığını korumaktadır. Ancak fiil ceza hukuku, içtima konusunun özel bir şekilde düzenlenmesini gerekli kılmış ve TCK’da gerçek içtima kuralının istisnalarına yer verilmiştir¹²¹¹.

Suçların içtimai durumlarının söz konusu olduğu hallerde, her suçtan ayrı ceza verilip bunlar toplanmaz; suçların içtimai hükümlerine göre, bunlar ya tek suç kabul edilip ceza artırılarak verilir ya da işlenen suçlardan en ağır cezayı gerektirenden dolayı ceza vermekle yetinilir¹²¹².

TCK’da suçların içtimai başlığı altında, “*bileşik suç (m. 42)*”¹²¹³, “*zincirleme suç (m. 43/1)*”, “*aynı neviden fikri içtima (m. 43/2)*” ve “*farklı neviden fikri içtima (m. 44)*” konuları düzenlenmiştir. Öte yandan doktrinde, TCK’da düzenlenmemiş olmamakla birlikte, suçların içtimai başlığı altında, görünüşte içtima (kanunların içtimai) halleri de incelenmektedir¹²¹⁴.

Aşağıda marka suçları görünüşte içtima, zincirleme suç, aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtima bağlamında değerlendirilecektir.

¹²¹⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 601; Akbulut, s. 742; Hakeri, s. 590; Göktürk, Neslihan, Türk Hukuku’nda Suçların İçtimai, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 2, Sayı 1-2, 2014, s. 31-32.

¹²¹¹ Göktürk, Neslihan, Türk Hukuku’nda Suçların İçtimai, s. 31-32.

¹²¹² Önder, s. 446; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 780.

¹²¹³ Bileşik suç esasen suçların içtima şekillerinden biri olmayıp tüketen – tüketilen norm ilişkisi bağlamında görünüşte içtimanın en tipik örneğidir. Gerçekten bileşik suç halinde ortada birden çok suç yoktur, tek suç vardır.

¹²¹⁴ Önder, s. 451-456; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 780; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 507-508; Akbulut, s. 742; Hakeri, s. 632-633; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 567.

B. Görünüşte İçtima

Görünüşte içtima hallerinde birden çok hüküm ihlal edilmiş gibi görünse de aslında somut olayda tatbik edilecek norm tektir. Bu sebeple, görünüşte içtima hallerinde suçların içtimasına ilişkin hükümler uygulanmaz¹²¹⁵. Mesele, ceza normları arasındaki “özel – genel norm”, “asli – tali norm”, “tüketen – tüketilen norm” ilişkisine ve bu konudaki ilkelere göre çözümlenir¹²¹⁶.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile yetkisiz tasarrufla bulunma suçu seçimlik hareketli olarak düzenlenmiştir. Kanuni tanımda belirtilen hareketlerden birinin icrasıyla yetinmeyen failin aynı konu üzerinde birden çok hareket gerçekleştirmesi suçların çokluğu anlamına gelmez. Böyle durumlarda esasen norm bir defa ihlal edilmiştir ve ortada tek bir suç vardır. Dolayısıyla burada aynı normun birden çok ihlali ve bunun sonucu ihlal sayısının suçun bulunması görünüştedir¹²¹⁷. Ancak birden çok seçimlik hareket gerçekleştirilmesi halinde hâkim TCK’nın 61’inci maddesindeki hususları da dikkate alarak cezayı alt sınırdan uzaklaşarak tayin edebilir.

Marka hakkına tecavüz fiilleri, hukuki niteliği bakımından birer haksız fiildir¹²¹⁸ ve daha özelinde haksız rekabet niteliğini taşımaktadır¹²¹⁹. Bu sebeple doktrinde ağırlıklı olarak haksız rekabet suçları¹²²⁰ ile marka suçları arasında görünüşte içtima teşkil edecek genel – özel

¹²¹⁵ Önder, s. 451; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 781; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 549; Akbulut, s. 769-770.

¹²¹⁶ Önder, s. 451-456; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 781; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 550; Akbulut, s. 770; Hakeri, s. 633; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 567-571.

¹²¹⁷ İçel, Kayhan, Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 7, Sayı 14, 2008, s. 44.

¹²¹⁸ Saunders / Berger-Walliser, s. 57; Pekdinçer, Marka Hakkı ve Korunması, s. 162; Bozgeyik, s. 27; Özeroğlu, s. 157.

¹²¹⁹ Harms, 2018, s. 53; Kaya, s. 264.

¹²²⁰ Haksız rekabet suçları, TTK’nın 62’nci maddesinde, “(1) a) 55 inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler, b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinininkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler, c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar, d) Çalıştırılanlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56 ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar” şeklinde düzenlenmiştir. TTK’nın 55’inci maddesinde yazılı haksız rekabet fiillerinden marka ile ilgili olanlar ise şunlardır: “Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında

norm ilişkisinin bulunduğu kabul edilmektedir^{1221, 1222}. Özel – genel norm ilişkisinde, normlar arasında alt – üst ilişkisi vardır ve özel normun ihlali halinde genel norm da doğal olarak ihlal edilmiş olur. Böyle bir ilişkinin varlığı halinde özel normun önceliği ilkesi gereğince özel norm, genel normun uygulanmasını önleyecek ve sadece özel normun uygulanması ile yetinilecektir¹²²³.

Haksız rekabet suçlarının düzenlendiği TTK'nın 62'nci maddesinde, “*fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde*” failin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu yönüyle haksız rekabet suçları, tamamlayıcı ve tali bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. Asli – tali norm ilişkisinde, normlar arasında değer bakımından bir ilişki bulunmaktadır ve bunlar birbiriyle yarışmaktadır¹²²⁴. Esasen bu ilişkide, olaya uygulanabilecek tek bir norm (asli norm) vardır. Ancak asli normun uygulanma imkanının bulunmadığı hallerde, *tali normun sonralığı ilkesi*” uyarınca somut olayda tali norm tatbik edilecektir¹²²⁵.

Haksız rekabet suçları ile iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu arasında, ister genel – özel norm ister asli – tali norm ilişkisi denilsin¹²²⁶, görünüşte içtima olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay 7'nci Ceza Dairesi'nin 06.12.2011 tarihli 1048/23744 sayılı kararında, “*Öte yandan 556 sayılı KHK'ya göre suç oluşturmayan eylemin*

gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek” (TTK m. 55/1-a-2) ve “*Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak*” (TTK m. 55/1-a-4).

¹²²¹ Marka suçlarının konusunu tescilli işaret yani marka oluşturmaktadır. Tescil edilmemiş bir işaretin haksız fiile konu olması halinde somut olayda şartları haiz ise ancak haksız rekabet suçları oluşabilir. Ancak doktrinde, marka hakkının korunması SMK'da özel olarak düzenlendiğine göre haksız rekabet hukukunun bu anlamda bir istisna teşkil etmeyeceği; artık bir marka ihtilafında tecavüzün/haksız kullanımın bulunup bulunmadığı hususunda marka tescilli olmasa dahi marka hukukunun özel sisteminin/kurallarının esas alınmasının gerektiği belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Paslı**, Ürün Benzerliği, s. 7, dn. 7. Aksi görüş için bkz. **Arkan**, Cilt II, s. 225.

¹²²² **Özen**, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, s. 59-60; **Başbüyük**, s. 234-235; **Çetintürk**, s. 909. Haksız rekabet suçları ile marka suçları arasında farklı neviden fikri içtima (TCK m. 44) hükmünün uygulanacağı yönünde bkz. **Nuhoğlu**, s. 436; **Bayrak**, s. 219. Doktrinde **Kaynak**, haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin genel düzenleme niteliğinde olduğunu, marka hakkına tecavüz eylemlerinin aynı zamanda haksız rekabet veya diğer sınai mülkiyet haklarının ihlaline neden olmakta ise özel norm – genel norm ilkesinden hareketle TCK'nın 44'üncü maddesi uyarınca eylemin daha ağır cezayı gerektiren marka hakkına tecavüz suçundan cezalandırılmasının ceza adaleti açısından daha uygun olacağını belirtmektedir. Bkz. **Kaynak**, Fikri Mülkiyet, s. 347.

¹²²³ **Önder**, s. 452; **İçel**, Görünüşte Birleşme, s. 37; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 781; **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 550; **Akbulut**, s. 771.

¹²²⁴ **Önder**, s. 454-455.

¹²²⁵ **Önder**, s. 454-455; **İçel**, Görünüşte Birleşme, s. 45-46; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 783-783; **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 554; **Akbulut**, s. 772-773.

¹²²⁶ **Önder**, s. 454-455; **Akbulut**, s. 571; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Özel Hükümler, s. 986 ve 1093; **Koca / Üzülmüş**, Özel Hükümler, s. 938 ve 980.

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız rekabet suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususunun da bu noktada ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, 1474 üncü maddesi gereğince 01.01.1957 tarihinde yürürlüğe giren 6762 Sayılı TTK'nın 57 inci maddesinin 5 inci fıkrasında; başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, işaret gibi tanıtma vasıtaları haklarına tecavüzün yanında, tescilli ve tescilsiz ayırımı yapmadan marka hakkına tecavüz de haksız rekabet suçu olarak tanımlanmış ve cezası 64 üncü maddede belirtilmiştir. Bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra 3 Mart 1965 tarihinde yürürlüğe giren 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47 inci maddesinde de tescil edilmiş marka hakkına tecavüz halleri ayrı ayrı tanımlanmış ve yaptırımı da 51 ve 52 inci maddelerde belirtilmiştir. Her iki düzenlemede de tescilli marka kullanma haklarına tecavüz halleri belirlenmekte ve yaptırıma bağlanmaktadır. Bu nedenle gerek Türk Ticaret Kanunu ve gerekse 551 Sayılı Markalar Kanunundaki düzenlemeyle korunan ortak değer, marka kullanma hakkından doğan haklardır. Marka hakkına tecavüz fiillerinin unsurları her iki düzenlemede de aynıdır ve iki yasa birlikte uygulanamayacağından tam olarak oluşan yasa çatışması kuralları uyarınca sonradan yürürlüğe giren, tescilli markalara hukuki ve cezai koruma getiren 551 Sayılı Kanun'daki düzenleme TTK'nın 57/5 fıkra hükmünü tescilli markalarla sınırlı olmak üzere örtülü olarak yürürlükten kaldırmıştır. 551 sayılı Kanun da 556 sayılı KHK'nın değişik 82 nci maddesiyle yürürlükten kaldırılmış bulunduğu ve yürürlükten kalkan eski düzenlemeler canlanamayacağından sanığa atılı eylem haksız rekabet suçunu da oluşturmamaktadır” denilmek suretiyle farklı ve kanaatimizce hukuki açıdan hatalı bir yaklaşım sergilenmiştir¹²²⁷.

C. Zincirleme Suç

Zincirleme suç, TCK'nın 43'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla islenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, zincirleme suçun varlığından söz edilebilmesi için “birden çok fiilin bulunması”, “fiillerin her birinin aynı suçu oluşturması”, “aynı suçun

¹²²⁷ Benzer kararlar için bkz. Y. 7. C.D., 01.12.2011, 3849/23082; Y. 7. C.D., 21.11.2011, 10694/21444.

birden çok defa aynı kişiye karşı işlenmesi” ve “birden çok suçun bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi” gerekmektedir.

Failin, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, aynı kişiye ait markaya bağlı bir şekilde kullanılan koruma işaretini farklı zamanlarda kaldırması halinde zincirleme suç hükümleri tatbik edilebilir. Keza failin, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, aynı kişiye ait marka hakkı üzerinde, farklı zamanlarda tasarrufta bulunması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, farklı zamanlarda, aynı kişiye karşı işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri devreye girecektir¹²²⁸. Örneğin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz ederek ürettiği malları sattıktan sonra tekrar aynı markaya tecavüz ederek üretim gerçekleştiren veya mütecaviz işaretli malları değişik zamanlarda (aynı veya farklı kişilere) satan fail hakkında TCK’nın 43’üncü maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca bir cezaya hükmedilmeli ve bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılmalıdır.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda, üretilen, satışı arz edilen, satılan, ithal veya ihraç edilen, satın alınan, bulundurulan, depolanan veya nakledilen mütecaviz işaretli malların birden fazla olması zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektirmez. Nitekim bu ihtimalde tipik anlamda hareket tekliği mevcuttur¹²²⁹. Ancak mütecaviz işaretli malların miktarı cezaların bireyselleştirilmesi kapsamında dikkate alınabilir. Keza iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda mütemadi özellik arz eden hizmet sunma, satışı arz etme, bulundurma, depolama ve nakletme fiillerinin uzun süre devam etmesi birden fazla suç olduğu anlamına gelmeyecektir. Ayrıca somut olayda mütecaviz işaretli malların değişik zamanlarda üretildiği, satışı arz edildiği, satıldığı, ithal veya ihraç edildiği, ticari amaçla satın

¹²²⁸ “Her ne kadar sanık kastı olmadığını savunsa da, 10 yıldır bu işi yapan bir kişinin taklit ve aldatma yeteneği bulunan ürünleri iş yerinde satamayacağını bilmesi ve basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gerektiği, özellikle Apple markasının herkesçe bilinen bir marka olması karşısında, sanığın bu durumu bilebilecek tecrübeye sahip olduğu, iki veya üç tane satma ile daha fazla satma arasında suçun oluşumu yönünden bir fark olmadığı, burada amacın suça konu markayı korumak olduğu, böylece, tutanaklar, bilirkişi raporu ve beyanlar karşısında sanığın işyerinde başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek suça konu cep telefonu kılıflarını ticari amaçla satışı arz etme suçunu işlediği sabit olup üzerine atılı suçtan mahkumiyeti yoluna gidildiği, sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı şirkete karşı aynı suçu birden fazla işlediği nedenle hakkında teselsül hükümleri uygulanarak cezasından artırım yapılması yoluna gidildiği” (Antalya B.A.M., 10. C.D., 23.01.2020, 3517/253).

¹²²⁹ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 809; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 510.

alındığı, bulundurulduğu, nakledildiği veya depolandığının anlaşılabilmesi halinde ortada tek bir suç bulunduğu kabul edilmeli ve zincirleme suç hükümleri uygulanmamalıdır¹²³⁰.

Aynı suç işleme kararından, kanunun aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyet anlaşılmalıdır. Buna göre aynı suç işleme kararı, failin suçu işlemekten önce bir plan yapmasını veya bu suça niyet etmesini, fakat fiili bir defada yapmak yerine, kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmesini, hareketinin önceki fiilinin devamı olmasını ve tüm hareketleri arasında sübjektif bir bağlantı bulunmasını ifade eder¹²³¹. Zincirleme suçun oluşumu için işlenen suçlar arasında ne kadar zaman geçmesi gerektiği konusunda genel ve mutlak bir kural koymak mümkün değildir¹²³². Bu itibarla hangi süre içerisinde işlenirse işlensin, işlenen suç başlangıçtaki genel niyete veya suç işleme konusundaki tek karara dayanıyor ise zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Ancak işlenen suç failin yeni bir suç işleme kararına dayanıyorsa artık zincirleme suç söz konusu olmayacaktır¹²³³.

Öte yandan hukuki kesinti gerçekleştikten sonra ikinci kez aynı suçun işlenmesi halinde yeni ve ayrı bir suç oluşacaktır^{1234, 1235}. Bu itibarla, örneğin iddianame düzenlendikten

¹²³⁰ “Suç konusu çeklerin değişik zamanlarda katılana verildiğine ilişkin her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince, sanığın eylemlerini aynı zaman dilimi içerisinde gerçekleştirdiği ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunmadığı kabul edilmelidir” (Y.C.G.K., 20.06.2017, 528/336). Aksi görüş için bkz. Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 524.

¹²³¹ Y. C.G.K., 14.01.2014, 384/2.

¹²³² Konya Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi’nin 19.11.2020 tarihli 231/2530 sayılı kararında, “sanığa ait aynı iş yerinde 6 ay ara ile yapılan aramalarda yukarıda sayılan firmalar adına tescilli markaların taklidi olan ürünlerin ele geçirildiğinin anlaşılması karşısında; dosyaların birleştirilerek sanık hakkında tek suçtan hüküm kurulup TCK’nın 43/1-2 maddelerinin uygulanması gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır” denilmek suretiyle ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur.

¹²³³ Y. C.G.K., 03.12.2013, 1475/577; Y.C.G.K., 30.05.2006, 173/145.

¹²³⁴ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 793; Hakeri, s. 608; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 528; Çetintürk, s. 862. Ayrıca bkz. Akbulut, s. 795.

¹²³⁵ Doktrinde Güneş, farklı suç tarihlerinde işlenen suçlar bakımından, kural olarak kastın yenilendiği belirtmekte ve bu görüşü bandrol suçlarına ilişkin Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin 12.06.2013 tarihli 21162/13171 sayılı kararına dayandırmaktadır. Bkz. Güneş, Marka Hukuku, s. 582. Kanaatimizce yukarıda zikredilen karar Yargıtay’ın istikrar kazanan kararlarından değildir ve Yargıtay bu kararında hatalı bir yaklaşımda bulunmuştur. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 08.04.2014 tarihli 7-591/171 sayılı kararında, “Sanığın 07.03.2009 tarihinde hakkında soruşturma başlatıldıktan sonra yeniden aynı suçu işlemesi nedeniyle hakkında gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülebilecek ise de; Ceza Genel Kurulu ve Özel Dairelerinin istikrarlı uygulamalarında hukuki kesintinin iddianamenin düzenlenmesiyle oluşacağının vurgulanması karşısında, iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar bir suç işleme kararıyla, aynı mağdura karşı değişik tarihlerde işlenen aynı suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır” denilmektedir. Öte yandan Çetintürk, bandrol suçlarına ilişkin yukarıda zikredilen Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin 12.06.2013 tarihli 21162/13171

sonra aynı marka hakkı sahibine karşı iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu tekrar işleyen fail hakkında artık zincirleme suç hükümleri uygulanamayacak olup gerçek içtima uyarınca iki ayrı suçtan dolayı cezaya hükmedilecektir¹²³⁶.

Fail, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu aynı anda farklı yerlerde işleyebilir. Örneğin üç farklı mahallede veya ilçede ya da ilde işyeri bulunan bir kimse mütecaviz işaretli malları aynı anda üretebilir yahut satışa arz edebilir. *Başbüyük*, böyle durumlarda failin gerçekleştirdiği fiillerin eylemsel bütünlük arz ettiğini ve tek suçun oluştuğunu belirtmektedir¹²³⁷. *Çetintürk* ise suçun işlendiği yerler birbirine çok yakın olmadıkça mekânsal ayrılık sebebiyle fiillerin bütünlük arz etmediği ve failin üç ayrı suç işlediği; fiiller aynı zaman diliminde gerçekleştirildiğinden zincirleme suç hükümlerinin de

sayılı kararı ile iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 26.09.2013 tarihli 18248/18820 sayılı kararına istinaden, Yargıtay'ın farklı tarihlerde yapılan arama sonucunda mütecaviz işaretli malların ele geçirilmesi durumunda iki ayrı suç oluşacağına ve failin suç işleme kararının kesilmesi sebebiyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağına karar verdiğini belirtmektedir. Bkz. *Çetintürk*, s. 863. Bandrol suçlarına ilişkin Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 12.06.2013 tarihli 21162/13171 sayılı kararına ilişkin görüşümüz burada da geçerlidir. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 26.09.2013 tarihli 18248/18820 sayılı kararına konu olayda ise iki arama arasında iddianame düzenlendiği için Yargıtay hukuki kesinti bulunduğundan hareketle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağına hükmetmiştir. Karara konu olay için bkz. **Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi, 20.07.2010, 104/227**. Kanaatimizce, soruşturmaya başlanması, arama kararı veya arama hukuki kesintiye sebep olmaz ve bu hallerde doğrudan suç işleme kararının bölündüğü söylenemez.

¹²³⁶ “Dava konu eylemler arasında iddianame düzenlenerek hukuki kesinti oluştuğundan sanıklar hakkında TCK’nın 43/1 maddesi gereğince zincirleme suç hükümleri uygulanmamıştır” (**İzmir B.A.M., 11. C.D., 11.06.2019, 497/1964**); “Anılan dosya incelenerek bu dosya ile birleştirilmesi hususu da düşünülerek suç ve iddianame tarihleri dikkate alınıp, hukuki kesintinin iddianamenin düzenlenmesi ile gerçekleşeceği de göz önüne alınarak, sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı mağdura karşı aynı suçu birden fazla işleyip işlemediğinin ve hakkında TCK’nın 43/1 maddesinin uygulanması gerekip gerekmediğinin tartışılması zorunluluğundan dolayı bozulmuş ve dosya yeniden incelenmek ve hükmolunmak üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine gönderilmiştir” (**İstanbul B.A.M., 16. C.D., 03.09.2019, 37/3948**); “Suç tarihinin 10/03/2017 tarihi olup, iddianamenin 09.10.2017 tarihinde düzenlendiği, sanığın aynı eylemlerinden dolayı Bakırköy 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi'nin 09.05.2018 tarihli 2017/167 Esas, 2018/223 Karar sayılı ilamına konu eylemin suç tarihinin 04.01.2017 tarihi olup, iddianame tarihinin ise 26.04.2017 tarihi olduğu, hukuki kesinti gerçekleşmeden her iki suçu birlikte işleyip teselsül şartlarının bulunduğu olayda, mezkur Bakırköy 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi'nin başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üretmek veya hizmete sunmak suçundan 556 Sayılı KHK'nın (5833 Sayılı Yasa ile değişik) 61/A-1 maddesi gereğince sonuç olarak 6.000 TL ve 80 TL adli para cezası ile mahkumiyetine karar verilerek, kararın kesinleşmiş oluşu karşısında bu suç nedeniyle istinaf incelemesine konu iş bu dava ile ilgili olarak ayrıca cezalandırılmasının mükerrer cezaya neden olacağı, ancak TCK'nın 43/1 maddesindeki artırım miktarı kadar cezalandırılmasının gerekmesine rağmen mükerrer şekilde mahkumiyetine karar verilmesi” (**İstanbul B.A.M., 16. C.D., 01.07.2020, 3843/2925**).

¹²³⁷ **Başbüyük**, s. 230.

uygulanmayacağı ve gerçek içtima kuralına istinaden hüküm kurulması gerektiği görüşündedir¹²³⁸.

Kanaatimizce fail, ürettiği veya ticari amaçla satın aldığı mütecaviz işaretli malları sahibi olduğu farklı işyerlerinde satışa arz ediyor, satıyor veya ticari amaçla bulunduruyorsa suç, esasen üretme veya ticari amaçla satın alma ile oluştuğundan diğer seçimlik hareketlerin icrası ancak cezanın bireyselleştirilmesi (TCK m. 61) bağlamında ele alınabilir. Bu yönde bir saptama mevcut değilse doğal hareket tekliği üzerinden değerlendirme yapılmalıdır. Doğal hareket tekliğinde, şartlarının varlığı halinde, doğal anlamda birden fazla hareket bulunmasına rağmen, hukuki anlamda tek bir fiilin varlığı kabul edilmektedir¹²³⁹. Bu şartlar, tek bir iradi kararın bulunması, aynı türden davranış şekli, doğal anlamdaki hareketler arasında yer ve zaman bakımından sıkı bir bağlantının bulunması, bu hareketlerin tarafsız bir gözlemcinin nazarında tek bir fiil olarak nitelendirilmesidir^{1240, 1241}. Doğal hareket tekliğinin şartlarından “*yer bakımından bağlantı*” konumuz itibariyle önem arz etmektedir. Nitekim yer bakımından bağlantı kurulabilen farklı işyerlerinde aynı anda suçu işleyen failin fiili, tek bir fiil olarak kabul

¹²³⁸ Çetintürk, s. 856-857.

¹²³⁹ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 807; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 513.

¹²⁴⁰ Detaylı bilgi için bkz. Göktürk, Fikri İçtima, s. 103 vd.; Demirtaş, Soner, Alman İçtima Öğretisinde Doğal Hareket Tekliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 7, Sayı 28, 2016, s. 130 vd.; Bock, s. 671-674.

¹²⁴¹ Uygulamada somut olay çerçevesinde zikredilen şartların tamamının aynı anda gerçekleşmesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bkz. Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 513. Doktrinde Demirtaş, icra hareketlerinin farklı mekânlarda olması halinde diğer şartlar mevcutsa doğal fiil tekliğini kabul etmek gerektiği görüşündedir. Demirtaş, s. 133.

edilmelidir¹²⁴². Buna karşılık, yer bakımından bağlantı kurulamaması halinde gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır¹²⁴³.

Doktrinde *Başbüyük*, mütecaviz işaretli bir malın kaç kişiye ne zamandan beri yahut hangi sıklıkla satıldığıнын bir önemi olmadığı; tescilli markaya ait işareti taşıyan mütecaviz işaretli malların uzun bir süre boyunca birden fazla kişiye satılması yahut sürekli olarak mütecaviz işaretli mal üretilmesi halinde birden fazla iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluşmayacağı ve zincirleme suç hükümlerinin de uygulanmayacağı görüşündedir¹²⁴⁴. Kanaatimizce bu görüş aynı anda üretilen mallar veya satın alınan mallar bakımından geçerli olabilir. Gerçekten üretilmiş veya ticari amaçla satın alınmış olan bin adet mütecaviz işaretli kazağın aynı fail tarafından farklı zamanlarda farklı kişilere satılması halinde suç esasen üretme veya satın alma ile tamamlanmış olmaktadır. Nitekim seçimlik hareketlerden hepsinin birden yapılması suçun birden fazla olduğuna işaret etmez. Ortada yine de tek bir suç

¹²⁴² “Sanık hakkında, 25/08/2011 tarihinde 13:30 ve 12:45 sıralarında tutulan tutanaklar nedeni ile sanık hakkında 29/09/2011 ve 30/09/2011 tarihli iddianameler ile kamu davalarının açılması ve anılan her iki eylemde de, sanığın aynı mahalde birbirine çok yakın bulunan iki ayrı işyerinde katılan firmaların hak sahibi olduğu tescilli markaların iltibas edilerek kullanıldığı taklit ürünlerin ele geçmesi karşısında, sanığın tek eylemden sorumlu tutulup marka hakkına tecavüz suçu nedeniyle bir kez cezalandırılması ve birden çok hak sahibi şikayetçiye karşı aynı fiili işlediği gözetildiğinde, hakkında 5237 sayılı TCK’nın 43. maddesinin ikinci fıkrası gereğince zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekirken, her iki eylemden ayrı ayrı ceza tayin edilmesi” (Y. 19. C.D., 11.01.2015, 8224/16); “Sanık hakkında aynı mahalde birbirine çok yakın bulunan iki ayrı işyerinde aynı gün yapılan aramalar nedeniyle her bir işyeri yönünden ayrı dava açılmasına karşın, 5846 sayılı Kanuna aykırılık suçundan dolayı eylemin kül halinde tek suçu oluşturacağının yerleşik uygulamalarda benimsenmiş olması karşısında sanık hakkında: İstanbul 2.Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesince 20.02.2014 tarih ve 2012/578 Esas, 2014/12 sayılı karar ile verilip aynı gün incelemesi yapılan ve bozulmasına karar verilen Dairemizin 2015/34074 Esasında kayıtlı olan dosyanın birleştirilerek (eski esas nolu dosya üzerinden) sanık hakkında tek suçtan dolayı ceza tayin edilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi” Y. 19. C.D., 06.06.2016, 34697/19080); “Sanık hakkında aynı mahalde birbirine çok yakın bulunan iki ayrı işyerinde aynı gün yapılan aramalar nedeniyle her bir işyeri yönünden ayrı dava açıldığı ve her iki dava dosyalarının birleştirilmesine karar verilmesi karşısında, sanığın tek eylemden sorumlu tutulup 5846 sayılı Kanuna aykırılık suçu nedeniyle bir kez cezalandırılması yerine hakkında 5237 sayılı TCK’nın 43. maddesinin birinci fıkrası gereğince zincirleme suç hükümlerinin uygulanması” (Y. 19. C.D., 29.02.2016, 12261/2758); “Birleştirilmesine karar verilen 2011/248 esas sayılı dosyada sanık hakkında sahte bandrol kullanmak suçundan beraat kararı verilip, bandrol yapıştirılması zorunlu eser nüshalarını bandrolsüz olarak satışa arz etmek eylemi ile ilgili olarak TCK’nın 43/1. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verildiği ve 30.07.2010 tarihinde Dünya Bazaar isimli pasajda bulunan sanığa ait iki ayrı işyerinde yapılan aramalar nedeniyle ayrı ayrı dava açılmasına karşın, her iki eylemin aynı tarihte ve aynı mağdura yönelik olması nedeniyle tek suç oluşturduğu hususları göz önünde bulundurularak” (Y. 19. C.D., 08.04.2019, 14699/6820).

¹²⁴³ Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin 28.09.2017 tarihli 2862/7078 sayılı kararında, mekânsal bağlantı hususuna girilmeden “Sanığın aynı gün ve saatlerde, farklı işyerlerinde satmak üzere bulundurduğu cep telefonları ile yakalanması şeklinde gerçekleşen eylemlerinin tek suç oluşturacağı gözetilerek, dosyaların birleştirilmesi ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, 5607 sayılı Yasaya muhalefet suçundan üç dosyada da ayrı ayrı cezalandırılması” bozma sebebi yapılmıştır.

¹²⁴⁴ *Başbüyük*, s. 229-230.

vardır. Ancak failin elindeki malları bitirdikten sonra tekrar üretime geçmesi veya mütecaviz işaretli mal satın alması halinde yeni bir suçun işlendiği ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündeyiz.

D. Aynı Neviden Fikri İçtima

Aynı neviden fikri içtima TCK'nın 43'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, "*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır*" şeklinde düzenlenmiştir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, aynı neviden fikri içtimanın varlığından söz edilebilmesi için "*failin tek olması*"¹²⁴⁵ ve "*bu tek fiille aynı suçun birden fazla kişiye işlenmesi*" gerekmektedir.

Marka suçlarında aynı neviden fikri içtimanın gerçekleşmesi mümkündür. Failin, tek fiili ile farklı kişilere ait markalara bağlı bir şekilde kullanılan koruma işaretlerini kaldırması halinde aynı neviden fikri içtima uygulanabilir¹²⁴⁶. Örneğin, failin elinde bulunan farklı kişilere ait mütecaviz işaretli mallar üzerinden koruma işaretlerini kaldırması, aynı neviden fikri içtima hükmünün uygulanmasını gerektirir. Keza failin, tek fiil ile farklı kişilere ait markalarda tasarrufta bulunması halinde aynı neviden fikri içtima hükmü tatbik edilmelidir. Örneğin, fail, yetkisi olmadığı halde farklı kişilere ait çeşitli markaları bir sözleşmeyle başkasına devrederse somut olayda aynı neviden fikri içtimanın şartlarının oluştuğu söylenebilir.

Uygulamada iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun tek fiil ile birden fazla kişiye karşı işlenmesi durumuna sıkça rastlanmaktadır¹²⁴⁷. Gerçekten bu suç

¹²⁴⁵ Tek fiil konusunda bkz. **Bock**, s. 665 vd.; **Gropp**, 617 vd.; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 804 vd.; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 533 vd.; **Göktürk**, Fikri İçtima, s. 96 vd.; **Demirtaş**, s. 130 vd.

¹²⁴⁶ **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 840-841.

¹²⁴⁷ "*Aynı gün sanığın işyerinde yapılan aramada PRADA ve CHANEL SARL adlı farklı firmalar adına tescilli markaların taklidi olan ürünlerin bulunması karşısında; sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK 43/1-2 madde ve fıkraları gereğince bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi sebebiyle zincirleme suç kapsamında kaldığı gözetilmeden sanık hakkında eksik ceza belirlemesi yapılmış ise de; aleyhe istinaf başvurusu bulunmadığından açıklanan yasaya aykırılığın hükmün kaldırılma nedeni olarak kabul edilemeyeceği*" (**Antalya B.A.M., 10. C.D., 02.12.2016, 32/121**); "*Sanığın aynı suçu tek bir fiil ile birden fazla mağdura karşı işlediği anlaşıldığından TCK'nın 43/2. maddesi yollamasıyla TCK'nın 43/1. maddesi gereğince hükmolunan cezanın takdiren 1/4 oranında arttırılmasına*" (**İzmir B.A.M., 11. C.D., 26.03.2019, 2082/1130**); "*Sanığın aynı suçu işleme kararının icrası kapsamında katılan Galatasaray A.Ş ve müşteki Beşiktaş Jimnastik Kulübü Derneğine ait taklit ürünleri satışa arz ettiği anlaşılmakla TCK'nın 43/2. maddesi yollamasıyla TCK'nın 43/1. maddesi gereğince hükmolunan cezanın*

işleyen kimseler genellikle daha çok gelir elde etmek için tek bir marka ile yetinmemekte birden fazla marka hakkına tecavüz etmektedir.

Bir marka hakkı üzerinde birden fazla kişi hak sahibi olabilir. Keza bir marka birden fazla kişi adına tescil edilebilir (SMK m. 5/3). Böyle durumlarda fiilin tekliğinin yanı sıra suçun konusu da tektir. Aynı neviden fikri içtima hükmünün uygulanabilmesi için ise suçun konusunun farklı olması gerekmektedir¹²⁴⁸. Bu sebeple, birden fazla kişiye ait marka hakkına tecavüz edilmesi halinde bir suçun işlendiği kabul edilmeli ve artırım da yapılmamalıdır.

TCK'nın 43'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının uygulanabilmesi için her suç yönünden maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarının yanı sıra aranıyorsa kovuşturma şartları ve cezalandırılabilirliğin gerçekleşmelidir. Başka bir anlatımla, her bir fiil başlı başına cezalandırılabilir nitelikte olmalıdır¹²⁴⁹. Bu itibarla, şikâyet şartının arandığı marka suçlarında, bu şartın gerçekleşmediği suçlar aynı neviden fikri içtima ilişkisinde dikkate alınmayacaktır¹²⁵⁰.

takdire 1/4 oranında arttırılmasına” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 18.09.2018, 2385/2739); “Sanıkta ele geçen suça konu taklit ürünlerin birden çok sayıda hak sahibine ait olması karşısında, 5237 Sayılı TCK'nın 43/1-2 maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi” (Antalya B.A.M., 10. C.D., 19.01.2018, 152/234); “Müşteki vekilinin şikayeti üzerine Akdağ (ATC) adlı iş yerinde yapılan aramada 78 adet Polo marka ve 112 adet Tommy Hilfiger marka olmak üzere toplamda 190 adet ürün ele geçirildiği, alınan bilirkişi raporuna göre ürünlerin iltibasa yol açtığı belirtilmesi karşısında, birden fazla markanın ürünü taklit edildiği nedenle sanık hakkında TCK 43/1 maddesi uyarınca teselsül maddesi uygulanıp cezada artırım yapılması gerekirken yapılmamış ise de, aleyhe istinaf olmadığı nedenle bu husus kazanılmış hakka konu teşkil ettiğinden eleştiri konusu yapılmıştır” (Antalya B.A.M., 10. C.D., 29.04.2019, 25/1181); “Sanığın farklı firmalar adına tescilli markaların taklidi olan ürünleri ticari amaçla bulundurması karşısında, tayin olunun cezanın TCK'nın 43/2. maddesi yollamasıyla aynı Kanunun 43/1. maddesi gereğince artırılmaması aleyhe istinaf bulunmadığından eleştiri konusu yapılmakla yetinilmiştir” (Samsun B.A.M., 5. C.D., 14.06.2019, 1251/1759); “Sanığın katılanlara ait markaları taşıyan taklit ürünleri ticari amaçla bulundurduğu kanaatine varıldığından, suç tarihinde yürürlükte bulunan 6769sayılı FSMK'nun 30/1 maddesi gereğince cezalandırılmasına, eylemin birden fazla katılana karşı aynı suçu işleme kararıyla işlenmesi nedeniyle TCK'nın 43/2 maddesi delaletiyle 43/1 maddesinin sanık hakkında uygulanmasına karar verilmiştir” (Konya B.A.M., 5. C.D., 24.09.2020, 2279/1960).

¹²⁴⁸ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 813; Özgenç, Genel Hükümler, s. 634; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 540-541; Akbulut, s. 806; Hakeri, s. 617.

¹²⁴⁹ Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 565.

¹²⁵⁰ Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 544; Akbulut, s. 812. “Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; Marka hakkı sahiplerinin vekilleri aracılığıyla sanık Murat'ın İstanbul Kapalı Çarşı'da bulunan iş yerinde hak sahibi oldukları markalara ait taklit ürünler satıldığını ileri sürerek şikâyetçi olup iş yerinde arama yapılmasını talep etmeleri üzerine mahkemeden alınan arama kararına istinaden 25.11.2010 tarihinde yapılan aramada, iş yerinin üst katında bulunan elbise dolabındaki özel mekanizmanın uzaktan kumanda ile açıldığı, açılan bölüme girildiğinde ikinci bir zula bölmesinin olduğu, yine uzaktan kumandaya basıldığında ikinci zula bölmesinin açıldığı, bu bölümde şikâyet hakkı kullanılmayan 25 ayrı markaya ait 179 adet saat, şikâyet hakkı kullanılan ancak hükümden önce şikâyetten vazgeçilen 4 ayrı markaya ait toplam 221 adet çanta ve 22 adet saat ile şikâyet hakkı kullanılan ve hükmün konusu olan 12 ayrı markaya ait

Öte yandan somut olayda hem aynı neviden fikri içtimain (TCK m. 43/2) hem de zincirleme suçun (TCK m. 43/1) şartları gerçekleşmiş olabilir. Bu halde, tayin edilecek cezadan iki kez artırım yapılarak hüküm kurulacaktır¹²⁵¹.

E. Farklı Neviden Fikri İçtima

Farklı neviden fikri içtima TCK'nın 44'üncü maddesinde, “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, farklı neviden fikri içtimain varlığından söz edilebilmesi için “fiilin tek olması¹²⁵²” ve “bu tek fiille farklı suçların işlenmesi¹²⁵³” gerekmektedir. Eğer ihlallerden biri suç değil de kabahat ise fikri içtima kuralları uygulanmaz. Ancak bir fiil hem suç hem de kabahat teşkil ediyor ise sadece suçtan dolayı yaptırım söz konusu olacaktır (KK m. 15/3).

Fail aynı hareketle hem bir marka suçunun hem de başka bir suçun oluşumuna sebebiyet vermiş olabilir. Bu durumda farklı neviden fikri içtima uyarınca fail, en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Örneğin marka koruması işareti kaldırılırken aynı zamanda mala zarar verme suçu da gerçekleşebilir. Keza fail yetkisiz tasarrufla bulunurken hileli davranışlar icra eder ve menfaat de elde ederse dolandırıcılık suçunu da işlemiş olur. Fail,

492 adet saat olmak üzere toplamda 914 adet muhtelif markalı ürünün ele geçirildiği olayda” (Y.C.G.K., 14.05.2019, 19-1194/427).

¹²⁵¹ “Altıntaş Mah. 133 Sok. No:51 adresindeki iş yerinde, 20/10/2015 tarihinde Samsung marka ürünlerin ele geçmesi, 12/11/2015 tarihinde ise aynı adresteki iş yerinde Samsung ve Iphone marka olmak üzere iki farklı markada ürünlerin ele geçmesi karşısında sanık hakkında TCK'nın 43/1, 43/2. maddeleri gereğince tayin edilecek cezadan iki kez artırım yapılarak tek hüküm kurulması gerekirken sanık hakkında iki ayrı mahkûmiyet hükmü kurulması” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 03.07.2019, 3632/2266); “İstanbul 4. Fikrî ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi'nin 2015/462 Esas, 2016/201 Karar sayılı dava dosyasının sonucunun beklenerek, Yargıtay tarafından kararın onanarak kesinleşmesi halinde TCK'nın 43/2 maddesi gereğince yapılacak artırım oranında ortaya çıkacak miktar kadar cezaya hükmolunması, bozma kararı verilmesi halinde her iki dava dosyasının birleştirilerek hukuki kesinti oluşmadan farklı tarihlerde ve farklı müştekilere karşı gerçekleşen eylem nedeni ile teselsül hükümleri uygulanmak suretiyle (TCK 43/1-2) sanığın hukuki durumunun belirlenmesi yerine, yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olup” (İstanbul B.A.M., 16. C.D., 10.09.2020, 4681/3387).

¹²⁵² Tek fiil konusunda bkz. Bock, s. 665 vd.; Gropp, 617 vd.; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 804 vd.; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 533 vd.; Göktürk, Fikri İçtima, s. 96 vd.; Demirtaş, s. 130 vd.

¹²⁵³ Farklı suç kavramından bir suçun temel ve nitelikli şekilleri dışındaki suçların anlaşılması gerekmektedir. Nitekim madde gerekçesinde de “bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir” açıklamasına yer verilmiştir.

ilk örnekte marka koruması işaretinin kaldırılması; ikinci örnekte ise dolandırıcılık suçundan dolayı cezalandırılacaktır¹²⁵⁴.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu işlenirken kanunun muhtelif ahkamı ihlal edilebilir. Özellikle mütecaviz işaretli malların gıda ürünü veya ilaç olması halinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile kamu sağlığına karşı suçlar (TCK m. 185 – 187¹²⁵⁵) arasında farklı neviden fikri içtimain uygulanmasını gerektirecek bir durumun olabileceği dikkatle incelenmelidir¹²⁵⁶. Keza mütecaviz işaretli malların tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler olursa, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile KMK'nın 3'üncü maddesinin 18'inci fıkrası¹²⁵⁷ arasında farklı neviden fikri içtimain uygulanması gerektirecek bir durumun bulunabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin TCK'nın 187'nci maddesinde “*Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma*” suçu “(1) *Kişilerin hayatını ve*

¹²⁵⁴ İşlenen suçlardan ağır cezayı gerektirenin belirlenmesinde o suç için kanunda öngörülen soyut ceza esas alınmakla birlikte suçun nitelikli halleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Suçların ihtiva ettikleri cezalar farklı türden ise ağır olan cezayı içeren norm uygulanmalıdır. Örneğin suçlardan biri hapis diğeri adli para cezasını öngörüyorsa, hapis cezasını içeren hüküm tercih edilecektir. Cezaların türü aynı olmakla birlikte miktarları farklı olabilir. Bu durumda ceza miktarları karşılaştırılarak bir sonuca varılmalıdır. Şayet karşılaştırılan cezaların gerek aşağı gerek yukarı sınırları değişik ise yukarı sınırı yüksek olan cezanın uygulanması, fakat diğer cezanın aşağı sınırının da dikkate alınması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Detaylı bilgi için bkz. **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 548; **Akbulut**, s. 811.

¹²⁵⁵ TCK'nın 185'inci maddesinde zehirli madde katma suçu, “(1) *İçilecek sulara veya yenilecek veya içilecek veya kullanılacak veya tüketilecek her çeşit besin veya şeylere zehir katarak veya başka suretlerle bunları bozarak kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşüren kimseye iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Yukarıdaki fıkra da belirtilen fillerin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak işlenmesi halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*”; 186'ncı maddesinde bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçu, “(1) *Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satan, tedarik eden, bulunduran kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adli para cezası verilir. (2) Bu suçun, resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır*”; 187'nci maddesinde kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu “(1) *Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir. (2) Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır*” şeklinde düzenlenmiştir.

¹²⁵⁶ Gerçek içtimain uygulanması gerektiği konusunda bkz. **Kaynak**, Fikri Mülkiyet, s. 346.

¹²⁵⁷ KMK'nın 3'üncü maddesinin 18'inci fıkrası, “(Değişik: 18/6/2014-6545/89 md.) *Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ya da taklit veya yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyan tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri; a) Ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden, b) Satışa arz eden veya satan, c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, tütün mamullerinin, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması hâlinde, onuncu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmolunur*” şeklinde düzenlenmiştir.

sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir. (2) Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır” şeklinde düzenlenmiştir. Mütecaviz işaretle ilaç üretilmesi halinde, eğer kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak bir durum ortaya çıkarsa, farklı neviden fikri içtima uyarınca fail en ağır cezayı gerektiren suçtan yani kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçundan dolayı cezalandırılır. Buna karşılık, üretime iştirak etmeyen ancak ticari amaçla mütecaviz işaretli ilaç depolayan fail sadece iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçundan sorumlu olacaktır.

Öte yandan iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, dolandırıcılık suçu¹²⁵⁸ ile bir arada bulunabilir; dolandırıcılık suçu, mütecaviz işaretli mal veya hizmet üzerinden gerçekleşebilir.

Birtek, mütecaviz işaret ile üretilen mal veya hizmetlerin dolandırıcılık suçu kapsamında “*hileli hareketin*” özel bir görünüşü olduğu; failin, imal ettiği mütecaviz işaret ile karşısındakini aldatarak mal veya hizmet satarak bunun karşılığında kendisine veya bir başkasına haksız çıkar elde etmesi halinde dolandırıcılık suçunun oluşacağı; kanunda açık bir biçimde bileşik suç ilişkisi düzenlenmediğinden fail gerçek içtima uyarınca hem iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu hem de dolandırıcılık suçu kapsamında sorumlu tutulacağı görüşündedir¹²⁵⁹.

Başbüyük, mütecaviz işaretli malları *satan* kimsenin, hileli davranışlarla malın orijinal olduğu konusunda alıcıyı aldatması ve bu suretle bir yarar elde etmesi halinde, alıcıya karşı dolandırıcılık suçunu; marka hakkı sahibine karşı ise marka hakkına tecavüz suçunu işlediği ve bu durumda farklı neviden fikri içtima uyarınca en ağır suçtan dolayı sorumlu olacağı görüşündedir¹²⁶⁰. Ayrıca *Başbüyük*, mütecaviz işaretli malları üreten ve daha sonra söz konusu malların orijinal olduğundan bahisle satıp, alıcının malvarlığını hileli davranışlarla zarara uğratan failin fiilinin hem iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu hem de dolandırıcılık suçunu oluşturacağını; ancak bu halde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun iki seçimlik hareketle gerçekleştirildiğini, ikinci seçimlik hareketin

¹²⁵⁸ Dolandırıcılık suçu, TCK’nın 157’nci maddesinde “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir*” şeklinde düzenlenmiştir.

¹²⁵⁹ *Birtek*, s. 511. Benzer bir görüş için bkz. *Bayrak*, 219.

¹²⁶⁰ *Başbüyük*, s. 232. Benzer bir görüş için bkz. *Özmen*, s. 123.

dolandırıcılık suçu ile fikri içtima içerisinde işlendiğini, bu sebeple mütecaviz işaretli malları üretip, hileli davranışlarla satan kimsenin gerçek içtima uyarınca hem iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu hem de dolandırıcılık suçundan dolayı sorumlu olduğunu belirtmektedir¹²⁶¹.

Çetintürk ise iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketlerinden biri olan satma fiilinden verilen cezanın başka bir suçla fikri içtima etmesi sebebiyle diğer suçtan ceza verilmesi halinde, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun diğer seçimlik hareketlerinden dolayı ayrı bir ceza verilmemesi gerektiği; aksi takdirde her bir seçimlik hareketin ayrı cezalandırılabilmesi şeklinde bir sonuç çıkacağı ve seçimlik hareketli suçlar bakımından bu durumunun kabulünün mümkün olmadığı görüşündedir¹²⁶².

Kanaatimizce iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile dolandırıcılık suçu arasında gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır. Zira burada iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz araç; dolandırıcılık amaç suç niteliği arz etmektedir¹²⁶³. Böyle durumlarda ise tek fiil ile birden fazla suçun oluşumu söz konusu olmayıp iki ayrı fiil ve iki ayrı suç bulunmaktadır¹²⁶⁴.

Öte yandan yetkisiz tasarrufta bulunma suçu ile dolandırıcılık suçu bir arada bulunabilir. Fail, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunur ve onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlarsa aynı zamanda dolandırıcılık suçunu işlemiş olmaktadır. Bu halde, TCK'nın 44'üncü maddesi uyarınca fail en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmalıdır¹²⁶⁵. Yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun belgede sahtecilik suçları ile birlikte işlenmesi halinde de farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması mümkündür. Zira TCK'nın 212'nci maddesi hükmü, ancak TCK'da düzenlenen suçlar bakımından geçerlidir¹²⁶⁶.

¹²⁶¹ **Başbüyük**, s. 232.

¹²⁶² **Çetintürk**, s. 888-889.

¹²⁶³ Ticari amaçla bulundurma, SMK ile iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun kapsamına dahil edilmiştir. Dolayısıyla fail, malı üretmemiş olsa bile dolandırıcılık suçunu işlemeyen önce zaten iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu işlemiş olmaktadır.

¹²⁶⁴ **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 787; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 505.

¹²⁶⁵ **Krş. Yenidünya / İçer**, s. 133.

¹²⁶⁶ **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Özel Hükümler, s. 786-787. Aksi yönde bkz. **Koca / Üzülmöz**, Özel Hükümler, s. 743-744.

Farklı neviden fikri içtima ilişkisi, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile kaçakçılık suçları arasında da bulunabilir¹²⁶⁷. KMK'nın 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrası, “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” şeklinde düzenlenmiştir¹²⁶⁸. Mütecaviz işaretli malların gümrük işlemlerine tabi tutulmaksızın veya gümrük kapıları dışından ülkeye ithal edilmesi halinde bir fiil ile birden fazla suçun işlenmesi söz konusu olabilir ve bu durumda fail ağır olanından cezalandırılır^{1269, 1270}.

Öte yandan KMK'nın 3'üncü maddesinin 5'inci fıkrası “Birinci ila dördüncü fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesine iştirak etmeksizin, bunların konusunu oluşturan eşyayı, bu özelliğini bilerek ve ticarî amaçla satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir. Mütecaviz işaretli malların ithal fiiline iştirak etmeyen

¹²⁶⁷ Belirtmek isteriz ki, SMK öncesi dönemde, bu iki suç arasında farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması mümkün değildi. Nitekim 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin 1'inci fıkrasında, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişiler cezalandırılmaktaydı. Ancak SMK'da ithal veya ihraç etme fiilleri iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketleri arasında düzenlenmiştir.

¹²⁶⁸ KMK'nın 3'üncü maddesinin 10'uncu fıkrası, “Kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın akaryakıt ile tütün, tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarısından iki katına kadar artırılır, ancak bu fıkranın uygulanması suretiyle verilecek ceza üç yıldan az olamaz” şeklinde düzenlenmiş olup farklı neviden fikri içtima bağlamında dikkate alınmalıdır.

¹²⁶⁹ Başbüyük, s. 233-234; Çetintürk, s. 890-891. “Bu nedenle; sanığın usulüne uygun olarak savunması alınmalı, kaçakçılık suçu ile ilgili olarak soruşturma akıbeti araştırılmalı, dava açılmış ise bu davanın sonucu beklenmeli, delillerin toplanmasından sonra TCK'nın 44. maddesinin uygulanma şartlarının değerlendirilmesi gerekirken sanığın savunması alınmadan ve gerekçesiz olarak ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 08.12.2017, 2225/2312).

¹²⁷⁰ Aksi yönde bkz. Bayrak, s. 219-220; Kaynak, Fikri Mülkiyet, s. 346. Yargıtay da iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile gümrük kaçakçılığı suçları arasında gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiği görüşündedir. Bkz. “Vidani kanunun olduğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre, 28.05.2014 tarihinde yapılan aramada ele geçen aynı ürünlerin aynı zamanda gümrük kaçağı eşya niteliğinde olması nedeniyle, sanık hakkında 5607 sayılı Kanun kapsamında kaçakçılık suçundan dava açılıp İstanbul 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 2014/408 E. sayılı dosyası kapsamında yargılandığı anlaşılmış ise de; sanığın bu eylemi ile hem gümrük kaçakçılığı hem de marka hakkına tecavüz suçunun ayrı ayrı oluşacağı gözetilerek yapılan incelemede; başkaca nedenler yerinde görülmemiştir” (Y. 19. C.D., 30.01.2020, 31459/654); “Vidani kanunun olduğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre, 28.05.2014 tarihinde yapılan aramada ele geçen aynı ürünlerin aynı zamanda gümrük kaçağı eşya niteliğinde olması nedeniyle, sanık hakkında 5607 sayılı Kanun kapsamında kaçakçılık suçundan dava açılıp, İstanbul 57. Asliye Ceza Mahkemesinin 2014/254 E. sayılı dosyası kapsamında yargılandığı anlaşılmış ise de; gümrük kaçakçılığı ve marka ihlali suçlarının birlikte oluşması mümkün olmakla bu davaya konu marka hakkına tecavüz suçu ile ilgili olarak yapılan incelemede; başkaca nedenler yerinde görülmemiştir” (Y. 19. C.D., 23.01.2020, 3894/302).

ancak malların kaçak olduğunu bilerek ve ticarî amaçla satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan¹²⁷¹ kişi hem iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu hem de KMK'nın 3'üncü maddesinin 5'inci fıkrasında yer alan suçu işlemiş olabilir¹²⁷². Bu durumda, eğer şikâyet şartı gerçekleşirse, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun cezası daha ağır olduğundan fail hakkında SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrası tatbik edilmelidir.

KMK'nın 3'üncü maddesinin 8'inci fıkrasına göre, ihracı kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeden çıkararak kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Kanaatimizce mütecaviz işaretli mallar, kanun gereği ihracı yasak olan eşyalardan sayılmamalıdır¹²⁷³. Bu sebeple iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile ihracat kaçakçılığının bir arada bulunmasını mümkün görmemekteyiz¹²⁷⁴.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun işlenmesi neticesinde kişiler tehlikeye maruz kalmış veya zarar görmüş olabilir¹²⁷⁵. Örneğin, içeriğinde yer almaması gereken bir madde bulunan mütecaviz işaretli kozmetik ürünü, kullanan kişide alerjik reaksiyona yol açabilir. Bu reaksiyon sebebiyle kişi yaralanmış veya ölmüş olabilir. Böyle bir durumda fail, gerçek içtima uyarınca hem iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçundan hem de somut olaya göre kasten yaralama, taksirle yaralama, kasten öldürme veya taksirle öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Amerika Birleşik Devletleri'nde bu durum, marka taklitçiliği suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmiş ve cezalar arttırılmıştır (18 USC 2320/b-2)¹²⁷⁶.

¹²⁷¹ TDK'ya göre saklamak, “*elinde bulundurmak*” anlamına gelmektedir. Bkz. www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.05.2020.

¹²⁷² Aksi yönde bkz. “5607 Sayılı Yasanın 3/5 maddesinde düzenlenen suçun yurda yasal olmayan yollardan eşya getirmek suçu olup, 556 Sayılı KHK'nın 5833 Sayılı Yasa ile değişik 61/A maddesindeki eylemin ise marka hakkına tecavüz niteliğinde bu ürünlerin yasada belirtildiği şekilde satışını yapmak, bu amaçla bulundurmak ...niteliğinde oluşu karşısında her iki suçun unsurları itibarı ile farklı olup, yabancı menşeli olup yurda yasal olmayan yollardan sokulması eyleminden sonra aynı eşyaların yurt içerisinde satış amacıyla bulundurulmasının suç tarihi itibarı ile 556 Sayılı KHK'nın 61/A maddesindeki suçu da oluşturacağı bilindiğinden yerel mahkemenin sanık hakkında suça konu eşyalar yönünden TCK 44 maddesi gözetilerek 5607 Sayılı Yasadan kamu davası açılması gerekçesi ile ceza tayinine yer olmadığına ilişkin kararında isabet görülmemiştir” (İstanbul B.A.M., 16. C.D., 26.03.2019, 1808/1657).

¹²⁷³ Bkz. İkinci Bölüm, §4, II, A, 5.

¹²⁷⁴ Çetintürk, s. 896.

¹²⁷⁵ Blakeney, IP Rights, s. 35-36.

¹²⁷⁶ Jarrett / Chandler, s. 146;

Nihayet belirtmek isteriz ki TCK'nın 44'üncü maddesinin uygulanabilmesi için her suç yönünden maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarının yanı sıra aranıyorsa kovuşturma şartları ve cezalandırılabilirliğin gerçekleşmesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla, her bir fiil başlı başına cezalandırılabilir nitelikte olmalıdır¹²⁷⁷. Aksi halde farklı neviden fikri içtimanın uygulanacağı bir hal de bulunmayacaktır.

§4. MARKA SUÇLARINDA ETKİN PİŞMANLIK

I. Genel Açıklamalar

TCK'nın sisteminde etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra mahiyeti etkin pişmanlığa müsait bazı suçlar bakımından cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebep olarak kabul edilmiştir¹²⁷⁸.

Etkin pişmanlık, gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şekli olarak nitelendirilebilir¹²⁷⁹. Ancak etkin pişmanlık, genel hükümler arasında ceza sorumluluğunu etkileyen bir hal olarak düzenlenmemiş; bazı suç tipleri bakımından öngörülmüştür. Bu itibarla etkin pişmanlık, kanunda açıkça imkân tanınan suç tipleri bakımından anlam ifade etmektedir.

SMK'nın 30'uncu maddesinin 7'nci fıkrasında “*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 hâlinde hakkında cezaya hükmolunmaz*” denilmek suretiyle cezayı ortadan kaldıran şahsi bir sebep olarak etkin pişmanlık hükmü öngörülmüştür. Madde metni incelendiğinde, düzenlemenin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna yönelik ve bu suçun seçimlik hareketlerine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bakımından kabul edilen etkin pişmanlık hükmü doğrudan 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin 7'nci fıkrasından alınmıştır. Ancak SMK'da iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun kapsamı genişletilmişken, etkin pişmanlığın 556 sayılı KHK'da olduğu gibi sadece satışa arz etme veya satma fiilleri bakımından öngörülmesi, düzenlemenin dikkatli bir şekilde kaleme

¹²⁷⁷ Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 565.

¹²⁷⁸ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 715; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 443; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 466; Akbulut, s. 665; Hakeri, s. 517.

¹²⁷⁹ Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 443; Hakeri, s. 553.

alınmadığını, fıkralar arası koordinasyonun sağlanmadığını göstermektedir. Pekâlâ mütecaviz işaretli malları ihraç eden ya da ticari amaçla satın alan veya bulunduran kişiler de bunları nereden temin ettiğini bildirebilir ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlayabilir¹²⁸⁰. Başka bir anlatımla, etkin pişmanlık hükmünün getiriliş amacına, suçun satışa arz etme ve satma haricindeki seçimlik hareketleri ile de ulaşılabilir.

Öte yandan etkin pişmanlık hükmü, marka taklit edilerek üretilmiş mallar bağlamında öngörülmüştür. Daha önce ifade edildiği üzere, taklitçilik markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılmasını kapsamaktadır ve bu durum iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz olarak ifade edilmektedir¹²⁸¹. Ancak SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzün yanı sıra iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz de cezai yaptırım altına alınmıştır. İltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün haksızlık içeriği iktibas suretiyle marka hakkına tecavüze göre daha azdır. Buna rağmen, haksızlık içeriği daha az olan bir fiilin etkin pişmanlığa dahil edilmemesi anlamlı gözükmemektedir¹²⁸². Her ne kadar doktrinde iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine yönelik görüşler mevcut ise de kanaatimizce suçta ve cezada kanunilik ilkesi bu yaklaşımı engellemektedir¹²⁸³.

Kanaatimizce satışa arz etme ve satma dışındaki seçimlik hareketlerin ve iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün etkin pişmanlık hükmüne dahil edilmemesi ceza adaleti ve eşitlik ilkesine uymamaktadır¹²⁸⁴. Bu itibarla, ivedilikle SMK'nın 30'uncu maddesinin 7'nci

¹²⁸⁰ Aynı yönde bkz. **Kaynak**, Fikri Mülkiyet, s. 357.

¹²⁸¹ **Fezer**, s. 934; **Kur / Senftleben**, s. 217; **Donay / Erman**, s. 54; **Keskin**, s. 163; **Karan / Kılıç**, s. 455; **Kaya**, s. 266; **Pekdiñer / Tüzün**, s. 486-487; **Özen**, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, s. 63; **Topçu**, s. 111; **Suluk / Karasu / Nal**, s. 231; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 117; **Arslan / Özdemir**, s. 1094-1095; **Başbüyük**, s. 101, **Çetintürk**, s. 491; **Özmen**, s. 73-74; **Kart**, s. 114.

¹²⁸² Aynı yönde bkz. **Başbüyük**, s. 238-239; **Özmen**, s. 130; **Kart**, s. 205-206.

¹²⁸³ Marka taklitçiliğinin iltibas da kapsadığı ve iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün etkin pişmanlık kapsamında olduğu yönünde bkz. **Çetintürk**, s. 961; **Kaynak**, Fikri Mülkiyet, s. 357. Krş. **Yenidünya / İçer**, s. 137; **Arslan / Özdemir**, s. 1103; **Nuhoglu**, s. 437; **Özen**, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, s. 67-68; **Bayrak**, s. 221.

¹²⁸⁴ İzmir 1. Fikri ve Sınâî Haklar Ceza Mahkemesi, 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin son fıkrasının yani etkin pişmanlık hükmünün Anayasa'nın 2'nci ve 10'uncu maddelerine aykırılığı savıyla iptalini istemiştir. Anayasa Mahkemesi istemi, "Kanun koyucu, takip edilen suç ve ceza siyasetine bağlı olarak marka hakkının daha etkin korunması amacıyla alınacak önlemler bağlamında etkin pişmanlığın kapsamını belirleyebilir. Belirtilen kapsamıyla kuralın yasa koyucunun takdir yetkisi içerisinde kaldığı sonucuna varılmıştır" gerekçesiyle oyçokluğuyla reddetmiştir. Bkz. **AY. M. 30.06.2011, 38/112**.

fıkrası yeniden ele alınmalı ve uygun düştüğü ölçüde¹²⁸⁵ diğer seçimlik hareketler ile iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz kapsama dahil edilmelidir.

II. Şartları

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için failin “*malı nereden temin ettiğini bildirmesi*” ve “*bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması*” gerekmektedir. Bu iki şart birlikte gerçekleşmediği takdirde failin etkin pişmanlıktan faydalanması mümkün değildir¹²⁸⁶.

Malın nereden temin edildiğinin bildirilmesinden taklit markalı malların alındığı kişi veya kişiler ile yerin *bildirilmesi* anlaşılmalıdır. Uygulamada genellikle fail tarafından taklit markalı malların alındığına dair fatura ibraz edildiği görülmektedir. Böyle bir durumda, eğer failin kasten hareket ettiği kabul ediliyorsa, taklit markalı malları aldığı kişi veya kişiler ile yerin *bildirildiği* kabul edilmelidir¹²⁸⁷.

Etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için failin malı nereden temin ettiğini bildirmesi yeterli olmayıp *üretenlerin* ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara *elkonulmasını*

¹²⁸⁵ Hizmet sunma ve ithal etme fiilleri niteliği gereği ve diğer şartlar yönünden etkin pişmanlığa müsait değildir.

¹²⁸⁶ “Bu ürünlerin Derya Dağıtım AŞ’den alındığının kabul edilmesi halinde ise, suç tarihinde yürürlükte bulunan 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname 61/A-son maddesinde düzenlenen hükmün uygulanabilmesi için sanığın taklit ürünleri nereden temin ettiğini bildirmesinin yanında, bu suretle ürünleri üretenlerin ortaya çıkarılması ve üretilmiş malların el konulmasının sağlanmasının gerekli olduğu, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 6769 sayılı kanunun 30/7 maddesi de aynı şekilde hükümler içermesi gözetildiğinde, sanığın ne şekilde suça konu taklit malları üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilen malların el konulmasını sağladığı açıklanmadan 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname 61/A-son maddesinde belirtilen şartların oluştuğunun kabul edilmesi” (İstanbul B.A.M., 15. C.D., 08.06.2017, 1233/1715); “Yargılamaya konu ürünlerin Alpaş kuruyemiş gıda sanayi ve ticaret limitet şirketinden alındığının kabul edilmesi halinde ise, 6769 sayılı kanunun 30/7 maddesi düzenlenen hükmün uygulanabilmesi için sanığın taklit ürünleri nereden temin ettiğini bildirmesinin yanında, bu suretle ürünleri üretenlerin ortaya çıkarılması ve üretilmiş mallara el konulmasının sağlanmasının gerekli olduğu gözetildiğinde, sanığın ne şekilde suça konu taklit malları üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilen malların el konulmasını sağladığı açıklanmadan 6769 sayılı kanunun 30/7 maddesi düzenlenen maddesinde belirtilen şartların oluştuğunun kabul edilmesi” (Adana B.A.M., 11. C.D., 30.10.2020, 1743/2977).

¹²⁸⁷ “Sanık hakkında etkin pişmanlık nedeniyle cezaya hükmolünmeması için sanığın taklit malları nereden aldığını bildirmesi ile birlikte, suça konu malı üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş malların el konulmasını sağlaması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği gözetildiğinde, sanığın sunduğu faturaların içeriklerinin doğru olup olmadığı araştırılmadan etkin pişmanlık şartlarının ne şekilde gerçekleştiği açıklanıp tartışılmadan CMK’nın 230 maddesine aykırı olarak yetersiz ve yasal olmayan gerekçe ile sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi” (İstanbul B.A.M., 15. C.D., 17.02.2017, 175/378).

sağlaması gerekmektedir¹²⁸⁸. Eğer, malın temin edildiği yer bildirilmiş ancak yapılan muhakeme işlemlerine rağmen *üretenler* ortaya çıkarılamamış ve üretilmiş mallara elkonulamamışsa fail etkin pişmanlıktan faydalanamayacaktır. Özellikle malların çok el değiştirerek satıcıya ulaştığı durumlarda, *üreticinin* ortaya çıkarılamaması ve mallara elkonulamaması kuvvetle muhtemeldir. Hatta failin malı nereden temin ettiğini bildirmesi üzerine mallara elkonulmuş olsa dahi bu halde malın ele geçirildiği kişiler üretici değilse etkin pişmanlık hükmü uygulanmayacaktır. Bu sebeple, SMK'nın 30'uncu maddesinin 7'nci fıkrasında yer alan etkin pişmanlık hükmünün uygulanma ihtimalinin oldukça düşük olduğu ifade edilmelidir.

SMK'nın 30'uncu maddesinin 7'nci fıkrasında etkin pişmanlık hükmünün ne zamana kadar uygulanabileceği hususunda bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu işleyen failin en geç hüküm verilinceye kadar etkin pişmanlıktan faydalanabileceği kabul edilmektedir¹²⁸⁹. Nitekim madde metninde “*hakkında cezaya hükmolunmaz*” denilmek suretiyle hükmün verilmesine işaret edilmektedir.

Marka suçları şikâyet tabi suçlardandır (SMK m. 30/6). Şikâyet bir dava şartıdır ve TCK'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyetle bulunmadığı takdirde *soruşturma ve kovuşturma yapılamaz*. Bu itibarla, etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için aranan “*üretilmiş mallara el konulmasının sağlanması*” şartının esasında şikâyet ile bağdaştığı söylenemez¹²⁹⁰. Nitekim, uygulamada şikâyet bulunmadığı gerekçesiyle üreticinin iş yerinde arama

¹²⁸⁸ “556 Sayılı KHK'nın 21/01/2009 tarih ve 5833 sayılı Kanun'un 61/A-son madde ve fıkrasında düzenlenen etkin pişmanlık nedeniyle cezaya hükmolunmaması için sanığın taklit malları nereden aldığını bildirmesi, suça konu malı üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlama koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği; yapılan yargılama ve toplanan delillere göre sanığın ele geçen taklit malları Ümit isimli şahıstan aldığını söylediği, tanık olarak dinlenen Ümit'in de sanığın işyerinde yapılan aramada ele geçirilen taklit telefon kılıflarını ücret almadan sanığa verdiğini kabul ettiği ve bu telefon kılıflarını Metin isimli şahıstan aldığını söylediği ancak Metin isimli şahsın dinlenmediği, bu şahsa ait işyerinde arama yapılmadığı ve herhangi bir ürün ele geçirilmediği halde sanık hakkında etkin pişmanlık nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 11.10.2017, 314/1757).

¹²⁸⁹ Başbüyük, s. 238; Çetintürk, s. 967.

¹²⁹⁰ Doktrinde Centel / Zafer, TCK'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan şikâyet şartı gerçekleşmeden “*soruşturma ve kovuşturma yapılamaz*” ifadesinden suç isnadını gösteren soruşturma işlemlerinin yapılamayacağının anlaşılması gerektiği; aksi bir kabulün mağdur veya suçtan zarar görenin şikâyet hakkını kullanıncaya kadar birçok delilin kaybolmasına ve muhakemenin yapılamaz hale gelmesine sebep olabileceği belirtilmektedir. Bkz. Centel / Zafer, s. 730.

yapılmamakta, mallara elkonulmamakta; failin etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi engellenmektedir¹²⁹¹.

Ortada taklit markalı mal bulunması, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun üretme seçimlik hareketinin işlendiği anlamına gelmektedir. Şikâyet hakkının fiilin işlenmesiyle doğduğu dikkate alındığında, şikâyet hakkı sahibi, satışa arz etme veya satma fiilleri yanında taklit markalı malların üretilmesi sebebiyle de şikâyetçi olabilir. Nitekim şikâyetin konusu fiil olduğu için failin şikâyet dilekçesinde gösterilmesine de gerek yoktur¹²⁹². Bu itibarla, eğer üretme fiili de şikâyet konu edilmişse, failin etkin pişmanlıktan faydalanabilmek için üretenler hakkında bilgi vermesi halinde marka hakkı sahibinin bu kişiler hakkında yeniden şikâyetçi olmasına gerek yoktur. Burada sorun, üretme fiilinin şikâyet konu edilmemesi halinde ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce SMK'nın 30'uncu maddesinin 7'nci fıkrası, marka hakkı sahibinin şikâyetçi olduğu düşünülerek kaleme alınmıştır. Nitekim, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda marka hakkı sahibinin şikâyetçi olmaması halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağına göre taklit markalı mallara elkonulması yahut bunlar hakkında müsadere kararı verilmesi mümkün gözükmemektedir¹²⁹³; dolayısıyla etkin pişmanlık hükmünün bir anlamı bulunmamaktadır. Bu sebeple etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasını gerektirecek bir durumda, marka hakkı sahibinin şüpheli veya sanık tarafından bildirilen üretici veya üreticilerden de şikâyetçi olduğu kabul edilmeli ve yetkili kimse açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde soruşturma ve kovuşturmaya devam edilmelidir¹²⁹⁴. Ancak bu hususun tartışmaya mahal vermeyecek şekilde ivedilikle, SMK'nın 30'uncu maddesinin 7'nci fıkrasında kanuni dayanağa kavuşturulması elzemdir.

Fail taklit malları aldığı yeri bildirdiği halde Cumhuriyet savcılığı veya mahkeme tarafından bir işlem yapılmamış olabilir. Kanaatimizce böyle bir durum Cumhuriyet

¹²⁹¹ **Bayrak**, s. 221.

¹²⁹² **Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır**, s. 72; **Centel / Zafer**, s. 110.

¹²⁹³ Her ne kadar taklit işaretli malların, TCK'nın 54'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasının “*Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir*” hükmü uyarınca müsadere edilebileceği düşünülebilirse de şikâyet şartı gerçekleşmediği müddetçe müsadere kararının verilmesi mümkün değildir.

¹²⁹⁴ Doktrinde **Kaynak**, CMK'nın 160'ıncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca Cumhuriyet savcısının maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlü olduğundan ve marka hakkına tecavüz edildiği iddiasıyla satıcı hakkında yapılan şikâyetin üreten kişiyi de kapsadığından hareketle sorunun çözümüne ulaşmaktadır. Bkz. **Kaynak**, **Fikri Mülkiyet**, s. 358. Benzer bir görüş için bkz. **Başbüyük**, s.248-249. Ancak kanaatimizce satmak fiili bağlamında yapılan şikâyetin doğrudan üretmek fiilini de kapsadığı söylenemez.

savcılığının veya mahkemenin ihmalinden kaynaklanıyorsa, failin etkin pişmanlıktan faydalanması engellenmemelidir. Ancak mahkemelerin böyle durumlarda failin aleyhine sonuç doğuracak şekilde etkin pişmanlık hükmünü göz artı ettiği görülmektedir¹²⁹⁵.

III. Sonuçları

Şahsî cezasızlık sebepleri veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebepler kişiye bağlıdır ve sadece ilgili kişi bakımından sonuç doğurmaktadır. Bu sebeple, iştirak halinde işlenen suçlarda sadece pişmanlık gösteren kişi hükümden faydalanabilir. İktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun iştirak halinde işlenmesi halinde sadece malı nereden temin ettiğini bildiren ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlayan suç ortağı etkin pişmanlıktan faydalanabilir.

CMK'nın “Kamu davasını açmada takdir yetkisi” başlıklı 171'inci maddesinde, “Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir” denilmektedir. Buna göre, iktibas suretiyle marka hakkına

¹²⁹⁵ “Resmi Gazete'nin 21/10/2011 tarih ve 28091 sayısında yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 30/06/2011 gün ve 2010/38 Esas, 2011/112 karar sayılı kararında da belirtildiği üzere; 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 21/01/2009 tarih ve 5833 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile değişik 61/A son madde ve fıkrasında düzenlenen etkin pişmanlık nedeniyle cezaya hükmolunmaması için sanığın taklit malları nereden aldığını bildirmesi, suça konu malı üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş malların el konulmasını sağlaması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği, yapılan yargılamada toplanan delillere göre sanığın ele geçirilen taklit malları nereden satın aldıklarını bildirdiği, ancak sanığın ürünlerini satın aldığını belirttiği ...Ayakkabıcılıkta fiil tarihinden sonra herhangi bir arama yapılmadığı ve herhangi bir ürün ele geçirilmediği nazara alınarak malları üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlamanın söz konusu olmadığı, bu itibarla 556 sayılı KHK'nın 61/A-son maddesinde yazılı etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasını gerektiren koşulların gerçekleşmediği” (Y. 19. C.D., 09.01.2017, 1784/87); “Sanık hakkında açılan davada toplanan delillere göre sanığın taklit ürünleri aldığını bildirdiği Welch ... Saat isimli işyerinde suç tarihinden sonra herhangi bir arama yapıldığı ve taklit ürün ele geçirildiğine dair dosyaya intikal eden bir bilgi ve belge olmadığı, somut olayda, malları üretenlerin ortaya çıkartılması ve üretilmiş mallara el konulmasının sağlanma koşullarının oluşmadığı anlaşıldığından, sanığın üzerine atılı suçun sabit olduğu ve 556 sayılı KHK'nın 61/A-son maddesinin uygulama koşullarının oluşmadığı, sanığın suça konu ürünlerin marka taklidi olarak üretildiğini bildiği halde bu ürünleri ticari amaçla satın alarak iş yerine satışa arz ettiği, müşnet suçun unsurları itibariyle oluştuğu kanaatine varılmış, katılan vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesince verilen hükmün kaldırılmasına karar verilmiştir” (Samsun B.A.M., 5. C.D., 13.03.2019, 616/900); “Etkin pişmanlık nedeniyle cezaya hükmolunmaması için sanığın taklit malları nereden aldığını bildirmesi, suça konu malı üretenlerin ortaya çıkartılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği, sanık hakkında açılan davada toplanan delillere göre sanığın ibraz ettiği faturanın eşyaların tamamını temsil etmemesi, kısmen temsil ettiği kabul edilse bile sanığın taklit ürünleri aldığını bildirdiği ... Giyim isimli işyerinde suç tarihinden sonra herhangi bir arama yapıldığı ve taklit ürün ele geçirildiğine dair dosyaya intikal eden bir bilgi ve belge olmaması nazara alınarak, malları üretenlerin ortaya çıkartılması ve üretilmiş mallara el konulmasının sağlanma koşullarının oluşmadığı anlaşıldığından” (Samsun B.A.M., 5. C.D., 20.02.2019, 2341/584).

tecavüz suçunda etkin pişmanlık soruşturma evresinde gerçekleşirse, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı, şüpheli yönünden şahsi cezasızlık sebebinin varlığını tespit ettiğinde, kamu davasını açma veya açmama konusunda takdir hakkına sahiptir. Eğer Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini kamu davasını açmama yönünde kullandığı takdirde, “*kovuşturmaya yer olmadığına*” karar vermelidir.

İktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda etkin pişmanlık kovuşturma evresinde gerçekleşirse, CMK’nın 223’üncü maddesinin 4’üncü fıkrası uyarınca fail hakkında mahkemece “*ceza verilmesine yer olmadığına*” karar verilir.

§5. MARKA SUÇLARINDA MUHAKEME USULÜ

I. Marka Suçlarında Şikâyet

Ceza muhakemesi sistemimizde, suçları soruşturma ve kovuşturma yetkisi devlet tüzel kişiliğine ait olup, suç haberini alan devletin yetkili organlarının re’sen harekete geçmesi kuraldır¹²⁹⁶. Buna karşılık, istisnaen gerek TCK’da gerekse özel ceza kanunlarında soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet şartına bağlı tutulan birtakım suçlar mevcuttur¹²⁹⁷. Bunlara şikâyete tabi suçlar denilmektedir¹²⁹⁸.

Bir suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikâyete tabi tutulması daha çok kanun yapımında izlenen suç politikasına göre değişmektedir. Şikâyet şartı daha çok bireyleri ilgilendiren suçlar bakımından söz konusudur. Bu kapsamda yer alan bazı suçlarda, haksızlık içeriği kamu adına re’sen soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerektirmeyecek kadar az olduğundan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması suçtan zarar görenin şikâyetine bağlanmıştır. Diğer bazı suçlarda ise şikâyet şartı suçtan zarar görenin iradesi dışında suçun başkaları tarafından öğrenilmesinin sakıncaları dikkate alınarak öngörülmüştür¹²⁹⁹.

Bir dava şartı olan şikâyet, suçtan zarar görenin soruşturma ve kovuşturma yapılmasını istemesidir¹³⁰⁰. Şikâyet şartı gerçekleşmediği müddetçe, Cumhuriyet savcılığı suç teşkil eden fiili soruşturamayacak; kamu davası açamayacaktır¹³⁰¹.

¹²⁹⁶ Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 69; Özgenç, Genel Hükümler, s. 698; Toroslu / Toroslu, s. 483-484.

¹²⁹⁷ Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 69; Yenisey / Nuhoglu, s. 585.

¹²⁹⁸ Şahin / Göktürk, I, s. 69; Özgenç, Genel Hükümler, s. 698; Toroslu / Toroslu, s. 484

¹²⁹⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 699; Şahin / Göktürk, I, s. 69; Toroslu / Toroslu, s. 483-484.

¹³⁰⁰ Centel / Zafer, s. 730; Özgenç, Genel Hükümler, s. 699; Şahin / Göktürk, I, s. 69.

¹³⁰¹ Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 69; Özgenç, Genel Hükümler, s. 698.

Kural olarak suçlar re'sen soruşturulur ve kovuşturulur. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı suçlar istisnayı oluşturdıklarından, şikâyet şartının kanunlarda açıkça gösterilmesi gerekmektedir.

SMK'nın 30'uncu maddesinin 6'ncı fıkrasına göre marka suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlıdır. Buna göre, şikâyet şartı gerçekleşmediği müddetçe marka suçlarından dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılamayacaktır.

Doktrinde marka suçlarının şikâyetle tabi kılınması eleştirilmiştir¹³⁰². Şüphesiz marka suçları ile öncelikle marka hakkı sahibinin hakları korunmak istenmiştir. Ancak özellikle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu “*ekonomi*”, “*kamu güvenliği ve düzeni*”, “*kamu sağlığı*” ve “*tüketiciler*” açısından çeşitli sorunlara sebep olmaktadır ve şikâyet şartı bu suçlar ile etkin mücadeleyi olumsuz etkiler niteliktedir¹³⁰³. Kanaatimizce suçun etkileri ve suçla etkin mücadele bağlamında, özellikle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gerekmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta ise konu hakkında bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Alman hukukunda marka suçları kural olarak şikâyetle tabi kılınmıştır¹³⁰⁴. Ancak kamu yararının gerektirdiği durumlarda ve suçun nitelikli halinin gerçekleşmesi halinde¹³⁰⁵ re'sen soruşturma ve kovuşturma usulü benimsenmiştir (MarkenG § 143/(4)). Buna karşılık, Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık hukukunda marka suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması için şikâyet aranmamakta, re'sen harekete geçilmektedir¹³⁰⁶.

A. Şikâyet Hakkı Olan Kişiler

Şikâyet hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır ve sadece yetkili kimse tarafından kullanılabilir (TCK m. 73/1). Şikâyet hakkını kullanacak yetkili kimse suçtan zarar

¹³⁰² Yenidünya / İçer, s. 160; Başbüyük, s. 249-250; Çetintürk, s. 1028-1029.

¹³⁰³ Doktrinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun şikâyetle tabi olmasının hem suçu işleyenler hem de hak sahipleri yönünden kötüye kullanıma açık olduğu; şikâyet şartının çoğu kez şikâyetten vazgeçme bedeli alınmak için kullanıldığı, bu yolla ispatı güç maddi tazminat talepli hukuk davası açmak yerine ceza hukukunun zorlayıcı etkileri, ceza tehdidi ile ekonomik yarar elde edilmeye çalışıldığı belirtilmektedir. Bkz. Yenidünya / İçer, s. 160.

¹³⁰⁴ Fezer, s. 2594-2595; Ingerl / Rohnke, s. 1678-1679.

¹³⁰⁵ Fezer, s. 2594-2595; Ingerl / Rohnke, s. 1678-1679.

¹³⁰⁶ AIPPI (International Association for the Protection of Intellectual Property), Standing Committee on Piracy and Counterfeiting, Law Review, Criminal Protection on IP, s. 22-24; Foster, Louise / Paronavitane, Varuni, Anti-Counterfeiting 2020, A Global Guide, United Kingdom, World Trademark Review, s. 182.

görendir. Bu itibarla, şikâyetle bağlı suçlarda söz konusu suçun soruşturulması ve kovuşturulmasını o suçtan zarar gören kişi isteyebilir.

Şikâyetle bağlı soruşturma ve kovuşturma istisnayı oluşturduğundan, burada suçtan zarar görme kavramı dar anlaşılmalıdır¹³⁰⁷. Dar anlamda suçtan zarar görme, suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyi ifade eder¹³⁰⁸. Doğrudan doğruya suçtan zarar görme ile mağdurluk çoğunlukla örtüşmektedir.

Marka suçlarından doğrudan doğruya zarar gören marka hakkı sahibidir ve şikâyet hakkı kural olarak ona aittir. Şikâyet hakkını kullanacak marka hakkı sahibi, marka sicilinde adına markanın tescil edildiği kişidir¹³⁰⁹. Bu sıfat aslen, devren veya miras yolu ile kazanılmış olabilir.

Öte yandan, SMK'nın 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir. Böyle bir durumda şikâyetin lisans hakkı sahibi tarafından kullanılması da gündeme gelebilir.

Lisans, inhisari lisans veya inhisari olmayan (adi-basit) 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 m. 24/2).

Lisans hakkı sahibi geniş anlamda suçtan zarar görendir¹³¹⁰ ve bu sebeple şikâyet hakkının bulunmadığı ifade edilebilir¹³¹¹. Ancak SMK'nın "*Lisans alanın dava açması ve şartları*" başlıklı 158'inci maddesi "(1) 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.

¹³⁰⁷ Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 48; Özbek, / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 111.

¹³⁰⁸ Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 48; Centel / Zafer, s. 106-107; Şahin / Göktürk, I, s. 70; Özbek, / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 111.

¹³⁰⁹ Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 47; Çetintürk, s. 1032.

¹³¹⁰ Krş. Fezer, s. 2595; Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 45; Başbüyük, s. 91; Çetintürk, s. 417; Kart, s. 101.

¹³¹¹ Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 48; Özbek, / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 111.

(2) *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 bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmaması hâlinde, lisans alan, yaptığı bildirimi de ekleyerek, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabilir. Bu fıkra uyarınca dava açan lisans alanın, dava açtığını hak sahibine bildirmesi gerekir.*

(3) *Lisans alan, ciddi bir zarar tehlikesinin varlığı hâlinde ve söz konusu sürenin geçmesinden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Mahkemenin tedbir kararı verdiği hâllerde talepte bulunan lisans sahibi dava açmaya da yetkilidir. Bu hâlde ikinci fıkradaki şartlar yargılama devam ederken tamamlanır” şeklinde düzenlenmiştir. Özel hukuk mantığı ile kaleme alınan bu hükümde, belirli şartlar altında üçüncü bir kişi tarafından marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda, lisans hakkı sahibinin SMK uyarınca açabileceği davaları kendi adına açabileceği belirtilmiştir. Bu maddeden hareketle, marka suçlarında geniş anlamda suçtan zarar gören olan lisans hakkı sahiplerine istisnaen şikâyet hakkı tanındığı kanaatindeyiz¹³¹².*

SMK’nın 158’inci maddesinde inhisari lisans ile inhisari olmayan lisans ayrımı gözetilmiş ve marka hakkına tecavüz halinde inhisari lisans sahibinin kural olarak dava açma hakkının bulunduğu; inhisari olmayan lisansa sahip kişilerin ise kural olarak dava açma hakkının bulunmadığı kabul edilmiştir. Bu sebeple öncelikle marka hakkı sahibi ile lisans hakkı sahibi arasında akdedilen sözleşmeye bakılmalı ve marka hakkı sahibince lisans hakkı sahibinin dava açma veya şikâyetinde bulunma hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı araştırılmalıdır.

Sözleşmede kısıtlamaya yer verilmemesi halinde, inhisari lisans hakkı sahibinin şikâyeti üzerine soruşturma ve kovuşturma başlayabilecektir. İnhisari olmayan lisans ise sözleşmede aksi kararlaştırılmasa dahi inhisari olmayan lisans hakkı sahibi şikâyet hakkını doğrudan kullanamayacaktır. SMK’nın 158’inci maddesinin 2’nci fıkrasına göre bu durumda inhisari olmayan lisans hakkı sahibinin yapacağı bildirimle, gereken davayı açmasını hak sahibinden istemesi gerekmektedir. Hak sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmaması hâlinde, lisans alan, yaptığı bildirimi de ekleyerek, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabilir, şikâyetinde bulunabilir. Ancak TCK’nın 73’üncü maddesine göre şikâyetin fiilin ve failin

¹³¹² Başbüyük, s. 243; Çetintürk, s. 1041; Kart, s. 224-225; Özmen, s. 137; Bayrak, s. 224-225; Kaynak, Fikri Mülkiyet, s. 538-540. Ayrıca bkz. Aydın, Sınai Mülkiyet, s. 50.

öğrenilmesinden itibaren altı ay içerisinde yapılması gerektiği dikkate alındığında, inhisari olmayan lisans hakkı sahibinin şikâyet hakkını süre yönünden kaçırmaması muhtemeldir¹³¹³.

Marka hakkı sahibi, suç işlendikten sonra hakkını devredebilir. Böyle bir durumda, marka hakkını devralan kişinin devir öncesinde gerçekleşen fiiller sebebiyle şikâyet hakkının bulunup bulunmadığı sorusu gündeme gelecektir. Kanaatimizce şikâyet kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için devir alan ancak devir tarihinden sonra işlenen suçlar için şikâyetçi olabilir.

Marka suçlarında tüketicilerin şikâyet hakkının bulunup bulunmadığı da önem arz etmektedir. Her ne kadar marka suçlarıyla esasen marka hakkı sahibinin menfaatleri korunuyor olsa da bu suçların işlenmesiyle tüketicilerin tehlikeye maruz kalması veya zarara uğraması mümkündür. Örneğin içeriğinde bulunmaması gereken zararlı maddeler barındıran mütecaviz işaretli bir deterjan sebebiyle kişiler fiziki zarara uğrayabilir veya deterjanın kullanıldığı alet bozulabilir. Doktrinde marka suçlarında tüketicilerin mağdur kabul edilip edilmeyeceği tartışılmıştır. Bir görüşe göre tüketiciler bu suçların kitlesel mağdurdur¹³¹⁴. Başka bir görüşe göre ise tüketicilerin birey olarak teknik anlamda marka hakkına tecavüz suçunun mağduru olarak ele alınması yerinde değildir¹³¹⁵. Kanaatimizce bugün için mal ve hizmetlerin alıcısının bazen bilerek mütecaviz işaretli mal veya hizmet satın aldığı olgusu gözden uzak tutulmadığında tüketiciler, marka suçlarında ancak geniş anlamda suçtan zarar gören olabilir. Bu sebeple tüketicilerin marka suçlarında şikâyet hakkının bulunduğu söylenemez.

Nihayet belirtmek isteriz ki CMK'nın 237'nci maddesine göre, mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilir. Katılma, kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye dilekçe verilmesi veya katılma istemini içeren sözlü başvurunun duruşma tutanağına geçirilmesi suretiyle olur (CMK m. 238/1). Katılma sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek suretten suçtan zarar görmüş bulunanlar kanun yoluna başvurabilir (CMK m. 260/1).

¹³¹³ Doğrudan şikâyet hakkı bulunmayan lisans hakkı sahiplerinin şikâyet süresinin fiilin ve failin öğrenildiği tarihten itibaren değil, şikâyet hakkını kullanma imkanına kavuştuğu tarihten itibaren başlaması gerektiği hususunda bkz. **Başbüyük**, s. 247.

¹³¹⁴ **Aydın**, Sınai Mülkiyet, s. 47.

¹³¹⁵ **Başbüyük**, s. 91.

B. Şikâyet Usulü

SMK'da marka suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet şartına tabi kılınmış ancak şikâyetin usulüne yönelik hükümler sevk edilmemiştir. Bu itibarla, marka suçlarında şikâyet usulü TCK'nın 73 ve CMK'nın 158'inci maddelerine göre belirlenmelidir.

TCK'nın 73'üncü maddesine göre şikâyetin yetkili kimse tarafından altı ay içinde yapılması zorunludur¹³¹⁶. Hak düşürücü nitelikte olan bu süre, suçun dava zamanasına uğramamış olması koşuluyla, şikâyet hakkı olan kişinin, fiilin ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlamaktadır.

Şikâyet hakkı sadece fiilin öğrenilmesi ile doğar. Bu sebeple yetkili kimse fiili öğrendikten sonra failin kim olduğunu bilmese dahi şikâyet hakkını kullanabilir. Ancak şikâyet hakkının doğması şikâyet süresinin başladığı anlamına gelmez. Zira şikâyet süresi hem fiilin hem de failin bilindiği veya öğrenildiği anda başlamaktadır.

Şikâyet süresinin belirlenmesinde teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı; mütemadi suçlarda temadinin bitmesi esas alınmalıdır¹³¹⁷. Örneğin, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu hizmet sunma şeklinde işlenirse şikâyet süresi temadinin bitiminden başlar. Buna karşılık zincirleme suçlarda bu sürece giren her bir suç açısından şikâyet süresi ayrı ayrı göz önünde bulundurulmalıdır¹³¹⁸. Dolayısıyla şikâyet süresi kaçırılmış bir fiilin zincirleme suç kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

¹³¹⁶ “Dolayısıyla, katılanlar vekilince sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair şikâyet dilekçesini 17/10/2016 tarihinde İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği, ancak yukarıda sözü edilen kısıtlamaları içermeyen vekaletnameleri kanunda belirtilen 6 aylık şikâyet süresi geçtikten sonra mahkemeye ibraz ettiği anlaşıldığından, Kanunda belirtilen 6 aylık şikâyet süresi geçtikten sonra katılanlar vekili tarafından kısıtlama olmayan vekaletnamelerin sunulduğu, kanunda ön görülen şikâyet süresi içinde şikâyetin yapılmış sayılamayacağı ve düşme kararı verilmesi gerekirken mahkumiyet kararı verilmesi” **İzmir B.A.M., 11. C.D., 23.10.2019, 3174/3182).**

¹³¹⁷ **Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 49; Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 72.** “Sanığın müştekiye ait "sihirli dünyam" markasını faaliyetlerinde kullandığından bahisle cezalandırılması istemiyle açılan davada, katılan tarafın sanığa gönderdiği ihtarname tarihine göre 6 aylık şikâyet süresinin dolduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesince düşme kararı verilmiştir. Ancak marka haklarına tecavüz suçları temadi eden suçlardan olup, sanığın iş yerinde Akhisar Sulh Ceza Hakimliği'nin arama kararına göre 09/12/2014 tarihinde yapılan aramada ele geçen etiket, el ilanı, katalog ve kaşe gibi malzemelerin üzerinde ve iş yerinin dış cephesinde ilgili markanın kullanıldığına ilişkin tespitler yapıldığı, bu durumda şikâyetin süresinde yapıldığının kabulü gerektiği anlaşılmıştır” **(İzmir B.A.M., 11. C.D., 29.05.2018, 1125/1703).**

¹³¹⁸ **Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 49. Krş. Centel / Zafer, s. 247.**

CMK'nın 158'inci maddesinde şikâyetin usulüne yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Hükme göre şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir; valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan şikâyetler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da şikâyetle bulunulabilir. Şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak bildirilebilir.

Marka hakkı sahibi gerçek kişi ise şikâyet hakkı bu kişi tarafından; tüzel kişi ise şikâyet hakkı tüzel kişiliğin yetkili organ ya da temsilcisi aracılığıyla kullanılır¹³¹⁹. Ayrıca şikâyet, şartları haiz ise avukat vasıtasıyla da bildirilebilir¹³²⁰.

Marka hakkının birden çok sahibi olması durumunda her biri diğerlerinden ayrı olarak şikâyet hakkını kullanabilir. Benzer bir şekilde, ortak markayı kullanmaya yetkili olan gruba dâhil işletmeler de tek başına şikâyet hakkını kullanmaya yetkilidir (SMK m. 31/4). Bu hallerde şikâyet süresi, her bir suçtan zarar gören için ayrı ayrı hesaplanır. Eğer şikâyet hakkı olan birkaç kişiden biri altı aylık süreyi geçirirse diğerlerinin hakkı bundan etkilenmez (TCK m. 73/3).

¹³¹⁹ Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 48; Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 72; Centel / Zafer, s. 108.

¹³²⁰ Centel / Zafer, s. 108-109. “Dairemizin 12.09.2019 tarihli tevdi kararına ile “Dosya içerisinde mevcut 15.06.2011 tarihli bilirkişi raporunda; suça konu “Calgon” markasının ... Benckiser N.V. firması adına tescilli olduğu belirtildiğine göre, ... Benckiser Temiz. Malzemesi San. ve Tic. A.Ş'nin suç tarihi olan 12.03.2011 tarihi itibarıyla “Calgon” markası yönünden şikâyet ve temyiz hakkının olup olmadığının tespit edilebilmesi için, şikâyetçi ... Benckiser Temiz Malzemesi San. ve Tic. A.Ş vekillerinden, varsa ... Benckiser N.V firması adına şikâyet hakkına sahip olduklarını gösterir belgelerin onaylı bir suretinin (devir sözleşmesi, lisans sözleşmesi, marka tescil belgesi gibi...) temin edilerek dosya içerisine konulması gerektiği” belirtilmesine rağmen şikâyetçi vekilinin istenilen belgeleri dosyaya ibraz edemediği anlaşıldığından” (Y. 19. C.D., 04.02.2020, 34909/2517); “Dosya içerisinde mevcut olan ve Abercrombie & Fitch Europe S.A. yetkilisi tarafından Av. ... 'a verilen vekaletnamelerde “şikâyet dilekçeleri verme” yetkisi bulunmakta ise de; şikâyete dayanak yapılan ilk vekaletname içeriğinde “İş bu vekaletname aşağıda imzası bulunan tarafından ister mektup, ister telefaks, isterse de elektronik posta iletilmesi muhaberatı ile olsun, durumun gereğine göre kullanılacaktır.” şeklindeki koşulun bulunması ve Mahkemece verilen süreye rağmen şikâyetçi firma vekilinin suça konu eylemi nedeniyle sanık hakkında şikâyet hakkının kullanılması amacıyla marka sahibi firma yetkilisi tarafından verilmiş izin içeren mektup, telefaks veya elektronik posta iletilmesi aslının veya tercümesinin onaylı örneklerini ibraz edemediği anlaşıldığından, davaya katılma ve hükmü temyize yetkisi olmayan şikâyetçi vekilinin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nın 317. maddesi uyarınca tebliğnameye aykırı olarak temyiz isteminin reddine” (Y. 19. C.D., 27.06.2019, 22674/10228); “Müşteki Beats Electronics LLC şirketi yönünden ise, müşteki vekilinin ilk derece mahkemesince yapılan tebligat ve verilen süreye rağmen davaya konu olayla ilgili şikâyet yetkisini içeren belgeyi ibraz etmediği, bu eksikliğin istinaf aşamasında da giderilmediği dolayısıyla ismi geçen müştekinin şikâyete ve davaya katılma hakkının bulunmadığı anlaşılmakla CMK'nın 279/1-b maddesi uyarınca istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 08.01.2019, 4068/61).

Birden fazla kişinin şikâyet hakkının bulunduğu durumlarda bu kişilerden birinin şikâyetinde bulunması, şikâyetin yayılma etkisi gereğince suça konu fiilin soruşturulması ve kovuşturulması için yeterlidir¹³²¹. Nitekim şikâyetin konusu, suç teşkil eden olaydır. Şikâyet konusu olay, TCK'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında “suç”; 2'nci fıkrasında “fiil” olarak nitelendirilmiştir.

Bir marka suçunun işlendiğinden bahisle şikâyetçi olan kişinin öncelikle şikâyet hakkı bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Bu sebeple, marka tescil belgesinin ve varsa lisans sözleşmesi ile diğer belgelerin şikâyet dilekçesine eklenmesi hak sahipliğinin belirlenmesi bakımından faydalı olacaktır¹³²².

C. Şikâyetin Yokluğu ve Geri Alınması

TCK'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan bir suç hakkında, şikâyetinde bulunulmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Bu itibarla, takibi şikâyete bağlı suçlarda, bazı istisnalar dışında¹³²³, soruşturma işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi ve en önemlisi koruma tedbirlerine müracaat edilebilmesi hak sahibinin şikâyetçi olmasına bağlıdır¹³²⁴.

Farklı kişilere ait marka hakkına tecavüz eden fail hakkında bir marka hakkı sahibinin şikâyetçi olması, diğer marka hakkına tecavüz edilenler bakımından soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerektirmez. Bu halde sadece şikâyetçi olan marka hakkı sahibini ilgilendiren fiil ile ilgili işlem yapılabilir.

¹³²¹ Özbek / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 112-113; Centel / Zafer, s. 113.

¹³²² Onaran, İsmail, Sınai Haklarda Arama – Elkoyma Uygulamasına İlişkin Örnekler, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Temmuz 2007, s. 415; “Şikâyetçi şirkete ait olduğu iddia edilen ve bilirkişi raporunda belirtilen ASTEL ve BENTO markalarına ilişkin belgelerin TPE'den getirilerek bu markaların şikâyetçi şirkete ait olup olmadığı ve tescilli olduğu emtia sınıfları içerisinde yer alıp almadığı tespit edildikten sonra karar verilmesi gerekirken söz konusu markalara ilişkin belgelerin TPE'den istenmeden karar verilmesi” (İstanbul B.A.M., 15. C.D., 18.05.2017, 994/1476); “Suça konu katılan Tommy Hilfiger Licensing LLC. adına tescilli “Tommy Hilfiger” markasına ait olduğu belirtilen 99/013987, 97/007703 tescil numaralı TPE sicil belgelerinin Türk Patent Enstitüsü'nden temin edilmeden karar verilmesi” (İstanbul B.A.M., 15. C.D., 06.11.2019, 4899/3910).

¹³²³ CMK'nın 90'ıncı maddesinin 3'üncü fıkrası “Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malûllük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikâyete bağlı değildir” hükmünü içermektedir.

¹³²⁴ Yenidünya / İcer, s. 153. Krş. Centel / Zafer, s. 730.

Suçun şikâyetle bağlı olduğu ve ortada şikâyetin bulunmadığı soruşturma sırasında tespit edilmişse Cumhuriyet savcılığı soruşturmayı durdurur, şikâyet koşulunun gerçekleşmesi beklenir¹³²⁵. Ancak şartın gerçekleşme ihtimali bulunmuyorsa Cumhuriyet savcılığı kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermelidir. Buna karşılık, CMK'nın 158'inci maddesinin 7'nci fıkrasına göre, yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyetle bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.

Şikâyetten vazgeçme ve şikâyetin geri alınması mümkündür. Şikâyetten vazgeçme, süresi geçmemiş ve henüz yapılmamış şikâyetin artık yapılamayacağının suçtan zarar gören kişi veya yasal temsilcisi tarafından açıklanmasıdır¹³²⁶. Yapılmış şikâyetin, suçtan zarar gören veya yasal temsilcisi tarafından geçersiz sayılmasının istenmesine de şikâyetin geri alınması denilmektedir¹³²⁷. TCK'da şikâyetin geri alınmasına yer verilmiş, şikâyetten vazgeçme düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde genel hukuk kuralları uyarınca şikâyetten vazgeçilebileceği kabul edilmektedir¹³²⁸.

Şikâyetin geri alınması şikâyet gibi bölünmezdir ve birden fazla suç ortağı varsa tümünü etkiler (TCK m. 73/5). Bu itibarla, örneğin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun iştirak halinde işlenmiş olması halinde, şikâyetten vazgeçme tüm şerikleri etkileyecektir.

Şikâyetten vazgeçme, kabule bağlı olmayan tek taraflı irade beyanı iken şikâyetin geri alınması iki taraflı bir işlemdir. Geri almanın geçerli olabilmesi için bunun sanık tarafından kabul edilmesi gerekir (TCK m. 73/6). Çünkü bu yolla sanık olarak toplumdaki saygınlığı zedelenen kişinin beraat etmek suretiyle bu lekeden kurtulma hakkı güvence altına alınmak istenmiştir.

Şikâyet nasıl yapılmışsa, şikâyetin geri alınması da aynı şekilde olmalıdır. Şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak bildirilebileceğine göre şikâyetin geri

¹³²⁵ Centel / Zafer, s. 571; Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 95.

¹³²⁶ Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 50-51; Şahin / Göktürk, I, s. 73; Özbek / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 113; Ünver / Hakeri, s. 96.

¹³²⁷ Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 50-51; Şahin / Göktürk, I, s. 73; Özbek / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 113; Ünver / Hakeri, s. 96.

¹³²⁸ Centel / Zafer, s. 730; Özbek / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 113.

alınması da aynı usulde ve şikâyeti kabul etmeye yetkili makamlara iletilmek suretiyle yapılmalıdır (CMK m. 158).

Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin şikâyeti geri alması davayı düşürür. Ancak hükmün kesinleşmesinden sonraki geri alma cezanın infazına engel olmaz (TCK m. 73/4). Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetini geri almış olmasından ileri gelmiş ve geri aldığı sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık suçtan zarar gören hukuk mahkemesinde de dava açamaz (TCK m. 73/7).

Vazgeçmeden vazgeçme, geri almadan da dönme olmaz. Soruşturma evresinde şikâyetten vazgeçilir veya şikâyet geri alınırsa Cumhuriyet savcılığı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verecektir (CMK m. 171). Kovuşturma evresinde ise şikâyetin geri alınması ve sanığın bunu kabul etmesi halinde mahkeme düşme kararı ile davayı sonuçlandıracaktır (TCK m. 73/4 – CMK m. 223/8).

Kanaatimizce şikâyetin geri alınması sebebiyle kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilmesi halinde daha önce elkonulan mütecaviz işaretli malların kural olarak

ilgilisine iadesi gerekmektedir^{1329, 1330}. Ancak bu hususta uygulamada birlik bulunmadığı ve mahkemelerce mütecaviz işaretli malların müsaderesine de karar verildiği görülmektedir¹³³¹.

¹³²⁹ Aksi görüş için bkz. **Bayrak**, s. 204. Doktrinde *Kaynak* ise şikâyetin geri alınması anına göre değerlendirme yapmaktadır. Yazara göre söz konusu eşyaların fikri mülkiyet hakkına tecavüz teşkil ettiğine ilişkin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde deliller bulunmakta ise müsadere kararı; aksi halde eşyaların şüpheli veya sanığa iadesine karar verilmelidir. Bkz. **Kaynak**, Fikri Mülkiyet, s. 659-660.

¹³³⁰ “Sanık hakkında müşteki Q. S. Lda firmasına ait L.. Martina markalı ürünlerle ilgili olarak açılan davaya istinaden düşme kararı verildiği halde bulundurulması biziatihi suç teşkil etmeyen adli emanetin 2012/8794 sırasında kayıtlı L... Martina markalı ürünlerin sahibine iadesine karar verilmesi gerekirken müsaderesine karar verilmesi” (Y. 19. C.D., 09.01.2015, 12122/6823); “I-... müdafinin istinaf başvurusu yukarıda açıklanan nedenlerle yerinde görüldüğünden ve yargılamaya konu fiilin daha ziyade aydınlanması gerekmediğinden, Ceza Muhakemesi Kanununun 280. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi ve 303. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca Ereğli (Konya) 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2017/132esas, 2017/694 karar sayılı ve 05/12/2017 tarihli kararından hüküm kısmının kaldırılarak yerine; "I-Sanık ... hakkında, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal satmak suçundan cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmış ise de, şikayetten vazgeçme sebebiyle ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/8. maddesi gereğince davanın düşürülmesine, 2-Yargılama giderlerinin Hazine üzerinde bırakılmasına, 3-Münhasıran müsadereye tabi olmayan ve Ereğli (Konya) Adli Emaneti'nin 2016/625 sırasında kayıtlı eşyaların sanığa iadesine, aynı Emanet'in 2016/594 sırasında kayıtlı olan ve katılan vekilinin şahit numune olarak sunduğu eşyanın da katılan vekiline iadesine," paragrafları yazılmak suretiyle hüküm düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine” (Ankara B.A.M., 9. C.D., 06.11.2018, 1001/3781); “Sanık ... hakkında marka hakkına tecavüz suçundan cezalandırılması istemi ile kamu davası açılmış ise de atılı suçun takibi şikayete tabi olduğundan, müşteki vekili 22/02/2017 havale tarihli dilekçesi ile şikayetlerinden vazgeçtiğini bildirdiğinden kamu davasının 5237 sayılı TCK'nın 73/4 ve 5271 sayılı CMK'nun 223/8 maddesi uyarınca düşürülmesine, Emanetin 2016/5757 sırasında kayıtlı suça konu iki adet numune ürünün karar kesinleştiğinde sanığa iadesine” (İstanbul B.A.M., 15. C.D., 11.04.2017, 345/1065).

¹³³¹ “İlk Derece Mahkemesi tarafından her ne kadar 29/05/2018 tarih ve 2018/233 (E), 2018/482 (K) sayılı ilamı ile sanığın mahkumiyetine karar verilmiş ise de, İstinaf incelemesi sırasında müşteki vekilinin 05/06/2018 tarihli şikayetten vazgeçme dilekçesi verdiği ve suçun şikayete tabi suçlardan olduğu anlaşılmakla; İlk Derece Mahkemesi'nin 29/05/2018 tarih ve 2018/233 (E), 2018/482 (K) sayılı ilamın 5271 Sayılı CMK'nın 280/2 maddesi uyarınca ortadan kaldırılmasına, yerine "Sanık hakkında Marka Hakkına Tecavüz suçundan açılan davanın müşteki vekilinin şikayetten vazgeçmesi nedeniyle 5271 Sayılı CMK'nın 223/8 maddeleri gereğince düşürülmesine, Bolvadin Adli Emanet Memurluğu'nun 2017/64 sırasında kayıtlı bulunan 1 adet kapalı delil poşeti içerisinde, 10 çift Chanel Marka Terlik, 1 çift siyah renkli üzerinde UGG ibareli botun TCK'nın 54/1 maddesi uyarınca müsaderesine, Yargılama giderlerinin hazine üzerinde bırakılmasına," ibarelerinin eklenerek hükmün düzeltilmesi suretiyle sanığın istinaf başvurusunun esastan reddine” (Antalya B.A.M., 10. C.D., 22.11.2018, 2936/3221); “I-Dairemizce sanığın mahkumiyetine ilişkin olarak verilen 11/06/2019 tarih ve 2018/586 Esas, 2019/1956 Karar sayılı mahkumiyet hükmünün kaldırılmasına, 2-TCK'nın 73/4 ve CMK'nın 223/8. maddeleri gereğince sanık hakkında açılan kamu davasının düşmesine, 3-Akhisar Adli Emaneti'nin 2017/567 sırasında kayıtlı taklit ürünlerin TCK'nın 54/1. maddesi gereğince müsaderesine” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 27.02.2020, 878/777).

II. Uzlaştırma

Uzlaştırma, mevzuatta belirtilen usul ve esaslar dahilinde, ceza hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların adli makamların denetiminde ancak yargı dışı yollarla çözümünü amaçlayan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹³³².

Onarıcı adalet anlayışının¹³³³ kurumlarından olan uzlaştırma, ceza muhakemesi hukukunda bir dava şartı olarak öngörülmüştür¹³³⁴. Nitekim CMK'ya göre, uzlaştırma kapsamına giren suçlarda kamu davasının açılması tarafların uzlaşmamasına veya uzlaşamamasına bağlıdır. Ayrıca uzlaştırmaya tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde uzlaştırma uygulanmaksızın düzenlenen iddianamenin mahkemece Cumhuriyet savcılığına iadesi gerekmektedir (CMK m. 174/1-c).

CMK'nın 253 ila 255'inci maddeleri arasında düzenlenen uzlaştırma kurumu, 2016 tarihli 6763 sayılı Kanun ile köklü değişikliğe uğramış ve uzlaştırmannın kapsamı genişletilmiştir. Buna göre, uzlaştırma kural olarak soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye tabi suçlar için öngörülmüştür (CMK m. 253/1-a)¹³³⁵. Ancak CMK'nın 253'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendine göre şikâyeteye bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, TCK'da yer alan hükümde belirtilen bazı suçlar uzlaştırmaya tabi kılınmıştır¹³³⁶. Ayrıca mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar uzlaştırmaya tabidir (CMK m. 253/1-c).

¹³³² Akbulut, Berrin / Aksan, Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 29; Ekici Şahin, Meral / Yemenici, Kürşat, 6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. XIII, Sayı 1, 2018, s. 447; Çakır, Kerim, Uzlaştırmannın Kapsamı ve Şartları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, 2018, s. 446.

¹³³³ Onarıcı adalet konusunda detaylı bilgi için bkz. Weitekamp, Elmar, Reparative justice; Towards a victim oriented system, European Journal on Criminal Policy and Research, Volume 1, Number 1, 1993, s. 70 vd.

¹³³⁴ Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 84; Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 59; Centel / Zafer, s. 584; Özbek / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 117; Ünver / Hakeri, s. 103; Akbulut / Aksan, s. 30; Ekici Şahin / Yemenici, s. 454; Çakır, s. 446.

¹³³⁵ CMK'nın 253'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasına göre soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez. Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.

¹³³⁶ CMK'nın 253'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

2016 tarihli 6763 sayılı Kanun'un getirdiği en önemli değişikliklerden biri ve konumuz itibarıyla en önemlisi, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetine bağlı olan ve etkin pişmanlık hükümleri kapsamına giren suçların uzlaştırma kapsamına alınmasıdır. Zira 2016 tarihli 6763 sayılı Kanun öncesinde, etkin pişmanlık hükmü öngörülen iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu uzlaştırma kapsamında değilken, değişiklikle birlikte artık tüm marka suçları için uzlaştırma yoluna gidilebilmektedir.

Doktrinde uzlaştırmanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre uzlaştırma ceza muhakemesi hukuku kurumudur ve uzlaştırma hükümlerinde derhal uygulama prensibi geçerli olmalıdır¹³³⁷. Diğer bir görüşe göre uzlaştırma ceza hukuku kurumudur ve uzlaştırma hükümlerinde lehe kanun değerlendirilmesi yapılmalıdır¹³³⁸. Bizim de iştirak ettiğimiz son görüşe¹³³⁹ ve uygulamaya¹³⁴⁰ göre uzlaştırma karma nitelikte bir kurumdur. Bu görüşe göre, bir suçun uzlaştırma usulüne tabi olup olmadığı meselesi, bizzat suçu ve suçun sonuçları ile ilgili bir durum olduğundan burada lehe kanunun geriye yürütülmesi ilkesinin uygulanması gereklidir. Dolayısıyla uzlaştırma ile ilgili lehe değişiklikler ceza muhakemesinin her aşamasında, soruşturma, kovuşturma ve infaz aşamasında uygulanma imkanına sahiptir. Ancak uzlaştırma usulüne ilişkin diğer hükümler, ceza muhakemesi kurumu olarak derhal uygulanma ilkesine tabidir. Bu itibarla 2016 tarihli 6763 sayılı Kanun öncesinde, uzlaştırma hükümleri uygulanamayan iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçları için uzlaştırma prosedürü işletilebilir¹³⁴¹.

¹³³⁷ Şahin / Göktürk, I, s. 90; Ekici Şahin / Yemenici, s. 454-455.

¹³³⁸ Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Sütjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürütüşüne Etkisi Sorunu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 457, dn. 15.

¹³³⁹ Akbulut / Aksan, s. 33-34; Değirmenci, s. 94.

¹³⁴⁰ "5271 sayılı CMK'nın 253-255. maddelerinde düzenlenen uzlaşma kurumu, uygulama yöntemini düzenlemesi ve anılan yasada yer alması nedeniyle usul hukuku kurumu olması dolayısıyla derhal yürürlük ilkesine tabi ise de fail ile Devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi bakımından maddi hukuka da ilişkin bulunması nedeniyle yürürlüğünden önceki olaylara uygulanabileceği kural olarak kabul edilmekle birlikte" (Y. C.G.K. 30.10.2017, 4-200/219); "Hüküm tarihinden evvel yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun ile değişik CMK'nın 253.maddesine göre, sanığın üzerine atılı suçun uzlaşma kapsamına alınan suçlardan olması sebebiyle TCK'nın 7/2.maddesinin "suçun işlendiği zaman, yürürlükte bulunan Kanun ile sonradan yürürlüğe giren Kanun hükümleri farklı ise failin lehine olan Kanun uygulanır ve infaz olunur" hükmü karşısında 6763 sayılı Kanun ile değişik CMK'nın 253.maddesindeki uzlaştırma usulünün uygulanmasında zorunluluk bulunması" (Samsun B.A.M., 5. C.D., 11.11.2019, 3288/2938).

¹³⁴¹ "Hükümden sonra 02/12/2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 34. maddesi ile CMK'nın 253/3. maddesinde yer alan "etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar" ibaresinin madde metninden çıkarılması nedeniyle sanığa isnat edilen suçun 5271 sayılı CMK'nın 253/1. maddesi kapsamına girdiği, 6763 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 02/12/2016 tarihinden önce atılı suçun uzlaşma kapsamında olmaması nedeniyle tarafların

CMK'nın 253'üncü maddesinin 8'inci fıkrası “*Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir*” hükmünü içermektedir. Dolayısıyla uzlaştırma sürecinde mütecaviz işaretli mallara ulaşabilmek adına arama ve elkoyma yapılabilir.

Onarıcı adalet anlayışı ve bu anlayışın bir kurumu olan uzlaştırma, suçu esas itibariyle kişilere veya topluma karşı işlenmiş bir haksızlık olarak kabul etmektedir. Bu sebeple, onarıcı adalet anlayışı ve uzlaştırmanın temel amaçlarından biri, tarafların katılımıyla gerçekleşen süreçte haksızlığın giderilmesidir. Haksızlığın giderilebilmesi için ise öncelikle mağdurda oluşan zararların karşılanması sağlanmalıdır. Uzlaştırmada bu husus CMK'nın 253'üncü maddesinde edim olarak ifade edilmiş ve tarafların bir edim üzerinde anlaşabilmelerine olanak sağlanmıştır¹³⁴².

Edim, uzlaştırmada haksızlığı gerçekleştiren kişinin haksızlığın mağduruna veya suçtan zarar gören kişisine yapmayı taahhüt ettiği davranış, ivazdır¹³⁴³. CMK'nın 253'üncü maddesinde edimin hukuka uygun olması gerektiği ifade edilmiş, bu konuda başka bir sınırlama öngörülmemiştir¹³⁴⁴.

Konumuz itibariyle tarafların kararlaştırabilecekleri en önemli edimler fiilden kaynaklanan maddî veya manevî zararın tamamen ya da kısmen tazmin edilmesini veya eski hâle getirilmesidir. Bu halde, CMK'nın 253'üncü maddesinin 19'uncu fıkrasına göre uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır.

uzlaşma konusundaki olumlu veya olumsuz beyanlarının hukuki bir sonuç doğurmaya elverişli nitelikte olmadığı, bu nedenle kanunun yürürlüğe girmesinden sonra uzlaştırma prosedürünün uygulanması gerektiği, 6763 sayılı Kanunun 35. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 254.maddesi gereğince kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde kovuşturma dosyasının uzlaştırma işlemlerinin 253. maddede belirtilen esas ve usule göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilmesi gerektiği” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 05.01.2017, 328/14). Benzer yönde kararlar için bkz. İzmir B.A.M., 11. C.D., 27.12.2016, 110/185; Samsun B.A.M., 5. C.D., 14.12.2016, 92/86; Ankara B.A.M., 9. C.D., 06.04.2017, 36/1106.

¹³⁴² Akbulut / Aksan, s. 228-229; Değirmenci, s. 275-276.

¹³⁴³ Akbulut / Aksan, s. 229; Değirmenci, s. 277.

¹³⁴⁴ Doktrinde edimin, hukuki bir değer taşıması; içeriğinin belli olması veya objektif olarak tayin edilebilir nitelik taşıması; olanaksız olmaması; hukuka aykırı olmaması; kamu düzenine aykırılık taşıyamaması; genel ahlaka uygun olması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Değirmenci, s. 277; Akbulut / Aksan, s. 229-230.

III. Koruma Tedbirleri

Ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların yerine getirilebilmesini sağlamak amacıyla, kural olarak, ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olanlar tarafından, geçici olarak başvurulmuş ve muhatabının temel hak ve hürriyetlerine müdahaleyi gerektiren kanunî çarelere koruma tedbiri denir.

SMK'nın 30'uncu maddesinin 6'ncı fıkrasına göre marka suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet tabidir. Şikâyet bir dava şartıdır ve TCK'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyetle bulunmadığı takdirde *soruşturma ve kovuşturma yapılamaz*¹³⁴⁵. Bu itibarla, marka suçlarında kural olarak koruma tedbirlerine başvurulabilmesi şikâyet şartının gerçekleşmesine bağlıdır¹³⁴⁶.

Marka suçlarında ve özelinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda arama (CMK m. 116) ve elkoyma (CMK m. 123) koruma tedbirleri büyük önemi haizdir. Zira uygulamada suça konu teşkil eden mütecaviz işaretli mal veya hizmetin ortaya çıkarılabilmesi adına şikâyet şartının gerçekleşmesini müteakip hemen hemen her zaman arama ve elkoyma koruma tedbirine başvurulmaktadır. İş bu sebeple, arama ve elkoyma iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bağlamında ayrıca incelenmelidir.

Öte yandan günümüz sosyal ve teknolojik gelişmeleri dikkate alındığında, mütecaviz işaretli mallara veya hizmetlere çevrimiçinde sıklıkla rastlanılması sebebiyle erişimin engellenmesi koruma tedbirinin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda uygulanabilirliği üzerinde durulmalıdır.

¹³⁴⁵ Doktrinde *Centel / Zafer*, TCK'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan şikâyet şartı gerçekleşmeden “*soruşturma ve kovuşturma yapılamaz*” ifadesinden suç isnadını gösteren soruşturma işlemlerinin yapılamayacağını anlaşılmaması gerektiği; aksi bir kabulün mağdur veya suçtan zarar görenin şikâyet hakkını kullanıncaya kadar birçok delilin kaybolmasına ve muhakemenin yapılamaz hale gelmesine sebep olabileceği belirtilmektedir. Bkz. *Centel / Zafer*, s. 730.

¹³⁴⁶ *Şen, Ersan / Eryıldız, H. Sefa*, Elkoyma, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 61; “*Marka hakkına tecavüz suçundan müşteki tarafından yapılmış şikâyet başvurusu olmadan ve mahkemece verilmiş bir arama kararı olmadığı gibi gecikmesinde sakınca bulunan halin mevcut olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet Savcısı tarafından da verilmiş yazılı bir arama emri bulunmadan delil elde etmek amacıyla yapılan arama işleminin açıkça hukuka aykırı olduğu, Anayasamızın 38/6 ile CMK'nın 206/2, 217/2 ve 230/1. maddelerinin hukuka aykırı delilleri değerlendirme dışı bıraktığı dikkate alınarak, dava konusu olayda elde edilen taklit ürünlerin hükme esas alınmayacağını gözetilmemesi*” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 29.06.2020, 3310/1922).

A. Arama (CMK m. 116)

İşlenmiş bir suçu aydınlatmak için gerçekleştirilen ve koruma tedbiri olan arama, şüpheli veya sanığın, delil olarak faydalı görülen veya müsadereye konu eşyanın ele geçirilmesi ya da gizlenen bir şeyin ortaya çıkarılması amacıyla¹³⁴⁷ konutta veya kişinin üzerinde gerçekleştirilen araştırma işlemleridir¹³⁴⁸.

CMK'nın 116'ncı maddesinde, “*Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir*”; 117'nci maddesinde ise “*Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir. Bu hâllerde aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir*” denilmektedir.

Aramanın hukuka uygun olabilmesi için birtakım şartların varlığı gereklidir. Bu şartların en önemlisi aramanın ancak makul şüphe sebebiyle yapılabileceğidir. Makul şüphe, “*hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe*” olarak tanımlanabilir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması ve belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 6). Bu sebeple uygulamada öncelikle marka hakkı sahibi veya vekili tarafından mütecaviz işaretli malın satışa arz edildiği veya satıldığı düşünülen işyerinden ürün ile bu ürüne ait fiş/fatura alınmakta ve genellikle bunlar bilirkişiye tevdi edilerek malların mütecaviz işaretli olup olmadığı tespit edildikten sonra şikayetçi olunmaktadır¹³⁴⁹.

¹³⁴⁷ Kindhäuser, Urs / Schumann, Kay H., Strafprozessrecht, 5. Grundlegend überarbeitete Auflage, Nomos, 2019, s. 123.

¹³⁴⁸ Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 442; Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 506; Centel / Zafer, s. 461; Özbek / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 316-317.

¹³⁴⁹ Kahveci, Vehbi, Fikri ve Sinaî Haklar Sempozyumu, Editör: Ayşe Kübra Altıparmak, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 100; “*Şüphelinin kullandığı "Anka" kelimesi ve hizmet verdiği pansiyona dair yapılan delil tespiti ve bilirkişi raporunu sunmak suretiyle kamu davası açılması için şikayette bulunduğu, ancak bunun üzerine savcılık tarafından başkaca hiçbir araştırma yapılmaksızın "şüphelinin fiilinin marka hakkına tecavüz filini oluşturmayacağı, kullandığı Anka Pansiyon kelimesinin, şikayetçinin tescilli markası olan logosu ve markasının şüphelinin kullandığı alan ve hizmet sektörü ile tamamen farklı olduğu, tescilli kelime ve logoyla benzerlik içermediği, iltibas veya iktibasa yol açmadığı" gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği görülmüştür. Soruşturma dosyası incelendiğinde, şüphelinin suça konu*

Arama, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir. (CMK m. 119). Arama kararı ve emri olmaksızın ilgilinin rızasına istinaden yapılan arama hukukten geçerli değildir¹³⁵⁰.

Konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir ve kural olarak konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz (CMK m. 118-119). Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur. Doktrinde bu kişiler arama tanığı olarak isimlendirilmektedir¹³⁵¹.

Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri ya da kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur. Diğer kişilerle ilgili arama yapılırken zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilir (CMK m. 120).

Usulüne uygun şekilde icra edilmeyen arama hukuka aykırı olacak ve aramadan elde edilen deliller de hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır. İş bu sebeple, usulüne uygun şekilde

"Anka Pansiyon" ismini kullandığı pansiyonunda delil tespiti yapıldığı, dosyada yer alan bilirkişi raporunun sonuç kısmında "şüpheli ve şikayetçinin iştiğal alanlarının aynı olduğu, kullanılan isimlerin aynı isimler olduğunun yazıldığı" Savcılık makamının dosyada toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğu, delillerin suçun unsurlarını oluşturduğuna dair takdirin ise mahkemeye ait olduğu nedenleriyle, dosya içerisinde kamu davası açmaya yeterli delilin toplandığı anlaşılmakla" (Y. 19. C.D., 25.04.2017, 5917/3660); "Katılan vekili tarafından şikayet dilekçesi ekinde sanığın iş yerine ait aynı marka ürün satın alındığının anlaşıldığı, fişin dosya içerisinde olduğu, Her ne kadar sanık satmak için değil de yeğeni için aldığını, bu ürünün dükkândaki mallar arasına nasıl karıştığını bilmediğini belirtip suçlamayı kabul etmese de, bu savunmasının hayatın olağan akışına uygun düşmediği, hediye amaçlı alınan bir ürününün satışı yapılan mallar arasına konulmaması gerektiği" (Antalya B.A.M., 10. C.D., 30.05.2017, 1275/1521); "Davaya konu olayda müdahil vekilinin sanığın iş yerinde satın aldığı tescilli ürünün taklidini fişiyle birike sunmuş olması, sanığın da soruşturma aşamasındaki ifadesinde ürünlerin reyonda rağbet görüp görmediklerini anlamak için bulundurulduğunu, kovuşturma aşamasında ise iş yerinde emaneten bulunduğunu, dükkânın eşinin kardeşine ait olduğunu beyan etmiş olması karşısında" (Sakarya B.A.M., 5. C.D., 11.11.2020, 1638/2849).

¹³⁵⁰ Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 446; Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 508-509; Centel / Zafer, s. 465; Özbek / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 318.

¹³⁵¹ Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 453; Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 514; Özbek / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 350. Krş. Centel / Zafer, s. 467;

gerçekleştirilmeyen arama neticesinde ele geçirilen mütecaviz işaretli mallar hukuka aykırı delil sayılacaktır¹³⁵² (AY. m. 38/6 – CMK m. 217/2)¹³⁵³. Örneğin, gecikmesinde sakınca bulunmadığı halde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle işyerinde arama yapılması halinde ele geçirilen mütecaviz işaretli mallar hukuka aykırı delil sayılacağından hükme esas alınamayacaktır¹³⁵⁴.

Öte yandan Yargıtay’ın, CMK’nın açık hükümlerine rağmen, nisbi değerlendirme yasağından hareketle Cumhuriyet savcısı veya arama tanıkları bulunmadan ya da tanıkların eksik bulunmasıyla yapılan aramanın hukuka uygun olacağı ve elde edilecek delillerin kullanabileceği yönünde kararları mevcuttur¹³⁵⁵. Ancak Yargıtay’ın ve Bölge Adliye

¹³⁵² Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 454; Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 514; Özbek / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 350.

¹³⁵³ Anayasa’nın 38’inci maddesinin 6’ncı fıkrası, “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” hükmünü içermektedir. CMK’nın 217’nci maddesinin 2’nci fıkrası ise “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” şeklinde düzenlenmiştir.

¹³⁵⁴ “İlk Derece Mahkemesince yapılan yargılama sonucunda, sanığın aracının arama mahalline çekilmesi sanığında olay yerinde olması karşısında artık kimliği belli olan sanığın aracında ve aracının kapalı bölgelerinde usulüne uygun bir arama kararı bulunmadığından aramanın açıkça hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucunda elde edilen delillerinde hükme esas alınmasına mümkün olmadığı bu nedenle yukarıda anlatılan olayda kolluğun suç şüphesini öğrenmesi üzerine durumu Cumhuriyet Savcısına haberdar etmeden ve CMK 116, 117, 119 maddeleri anlamında herhangi bir arama kararı alınmadan sanığın aracında yaptığı arama neticesinde suçun maddi konusunu ve ayrıca delilini oluşturan saatlerin ele geçirilmesinin Anayasanın 38/6, CMK 206/2-a, 217/2, 230/1-b maddelerine aykırılık oluşturduğu hükme esas alınamayacağı ele geçen delillerin yasak delil kapsamında kaldığının kabulü gerektiği bu cümleden suçun maddi konusu ve delilini oluşturan saatlerin hukuka uygun yöntemle elde edilmeyişi karşısında unsurları itibarı ile oluşmayan atılı suçtan sanığın beraatine karar verilmiştir” (Trabzon B.A.M., 3. C.D., 14.07.2020, 91/1149); “Bu dosyada Cumhuriyet Savcılığının sanığın işyerinde arama yapılmasına yönelik talebinin reddine ilişkin İstanbul 6. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 11/12/2012 tarihli ve 2012/687 Değişik iş sayılı kararına karşı şikayetçi konumunda olan Louis Vuutton Malletier vekilinin itiraz hakkı bulunmadığı halde, yaptığı itirazın İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesince 14/12/2012 tarihli ve 2012/175 Değişik iş sayılı kararı kabul edilerek arama kararı verilmesinin kanuna aykırı olduğu, dolayısıyla kanuna aykırı olarak verilen bu arama kararına istinaden sanığa ait işyerinde ele geçen telefon kılıflarının CMK 206/2-a maddesine göre kanuna aykırı elde edilmiş olması nedeniyle suça konu eşyaların hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu ve inceleme neticesinde düzenlenen bilirkişi raporunun da hükme esas alınamayacağı, sanığın aşamalarındaki savunmalarında üzerine atılı suçlamayı kabul etmediği anlaşılmakla, söz konusu aramanın hukuka aykırı ve bu arama sonucunda elde edilen delillerin de hukuka aykırı elde edilmiş delil niteliğinde olduğu” (İstanbul B.A.M., 15. C.D., 28.02.2020, 433/914).

¹³⁵⁵ “Dava ruhsatsız silah bulundurma suçuna ilişkindir. Her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabul isabetli olmayacağından, “Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu” bulunmadan yapılan bir aramada, CMK’nın 119. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de, herhangi bir hakkın ihlal edildiği söylenemeyecektir. Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle “hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil” sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak alınmaması kabul edilemez” (Y. C.G.K., 13.03.2012, 8-278/96); “Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden,

Mahkemelerinin yakın tarihli kararlarında, arama tanıklarının bulunmamasının veya eksik bulunmasının aramayı hukuka aykırı hale getireceği ve böyle bir arama ile elde edilen delillerin hukuka aykırı kabul edileceği belirtilmiştir¹³⁵⁶.

herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle “hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil” sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez” (Y. C.G.K., 26.06.2007, 7-147/ 159).

¹³⁵⁶ “Kolluk tarafından ihbar üzerine sanığın evinde PKK silahlı terör örgütüne ait patlayıcı madde bulunduğu ve valiye suikast yapılacağı ihbarı üzerine Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile konutta o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmaksızın yapılan arama sonucunda 228 adet ruhsatsız merminin ele geçirilen, yasadışı herhangi bir eyleme katıldığına dair kayıt bulunmayan ve PKK terör örgütü ile de bağlantısı tespit edilemeyen sanığın tüm aşamalarda aramada ele geçen suç unsuru şeylerin varlığını ve zilyetliğini kabul etmediği, başka kişiler tarafından evine konulmuş olabileceğini savunduğu, arama sırasında evde bulunan ve beraatlerine karar verilen inceleme dışı sanıkların da eve geldiklerinde kapının açık olduğu, ele geçen mermileri evde daha önce hiç görmedikleri şeklinde beyanda bulundukları, suça konu mermiler ve bu mermilerin içinde bulunduğu şeffaf naylon poşet parçası üzerinde yapılan incelemede parmak izi tespit edilemediği, poşet içeresinden çıkan 7,65 mm çaplı fişekler ile inceleme dışı sanıklardan Lalihan'ın üzerinde bulunan aynı çaplı tabancanın şarjöründen çıkan mermilerin modellerinin farklı olduğu anlaşılan somut olayda; kolluk tarafından aramanın 5271 sayılı CMK'nın aramanın güvenilirliği ile ilgili 119/4. maddesinin "Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur" amir hükmüne aykırı olarak o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmaksızın yapılması nedeniyle icrası bakımından hukuka aykırı olduğu ve arama sonucu elde edilen suça konu mermilerin hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil niteliğinde bulunduğu kabulünde zorunluluk bulunmaktadır” (Y. C.G.K., 28.04.2015, 464/132); “5271 sayılı CMK'nın 119/4. maddesinin "Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur" açık, amir hükmüne aykırı olarak aramanın, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmaksızın yapılması nedeniyle icrası bakımından hukuka aykırı olduğu ve bu arama işlemi sırasında ele geçirilen delillerin de hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş olduğu, 5271 sayılı CMK'nın 217. maddesinde hâkimin ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabileceğinin hükmü altına alındığı, anılan Kanun'un 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde de ortaya konulmak istenen delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması hâlinde reddolunacağını ifade edilerek hukuka uygun elde edilmeyen delillerin ispat aracı olarak kabul edilmeyeceği ve hükme esas alınmayacağını açıklandığı hususları karşısında arama işleminin ve bu işlem sonucunda elde edilen ve Yerel Mahkemece mahkûmiyet hükmüne esas alınan delillerin de “hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil” olduklarının kabulü gerekmektedir” (Y. C.G.K., 06.02.2020, 1146/68); “Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; Anayasa'nın 38/6. maddesi, CMK'nın 206/2-a, 217/2, 230/1-b ve 289/1-i maddelerine aykırı olarak hukuka aykırı deliller yargılamada sanık aleyhine kullanılamaz, sanık hakkında yukarıda bahsedilen aramanın ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmaksızın yapılması ve sanık müdafisi tarafından söz konusu aramanın hukuka aykırı yöntemle yapılmış olduğuna ilişkin itirazı birlikte değerlendirildiğinde; yapılan aramada ele geçen Peepee marka bez bebeğin hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil niteliğinde bulunduğu, bu sebeple hukuka uygun olmayan arama işlemi sonucunda ele geçen delillerin hükme esas alınamayacağı, sanık müdafinin yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu yönündeki savunmaları, aramanın içeriğine itirazı, müşteki vekilinin sunmuş olduğu satış fişi ile hırdavat malzemesi satıldığına dair kayıt ve satış fişinde satılan ürünün satış fişi ile birlikte ibraz edilen bez bebeğe ait olduğuna ilişkin kuşku bulunması birlikte değerlendirildiğinde ve aramada elde edilen delil değerlendirme dışı tutulduğunda sanığın cezalandırılmasına yeterli başkaca delil bulunmadığı anlaşılmakla, yerel mahkemece sanık hakkında verilen beraat kararına yönelik olarak yapılan istinaf talebinin reddine karar vermek gerekmiş” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 24.04.2018, 3111/1189); “Çıtır Ayakkabı isimli işyerinde yapılan aramada davaya konu spor

Anayasa Mahkemesi ise konuyu delilin sağlamlığına ve hükme etkisine bakarak değerlendirmektedir. Arama esnasında ihtiyar heyetinden sadece bir kişinin arama tanığı olarak hazır bulunduğu ve Cumhuriyet savcısının arama işleminin tamamlanmasını müteakiben arama mahalline gelerek başvuruca, arama işlemi ve elde edilen suç eşyası ile ilgili sorular sorduğu bir olayda Mahkeme, aramanın kanuna aykırı olduğunu kabul etmiş ancak arama işlemindeki kanuna aykırılığın, bu işlem sonucunda elde edilen delillerin sıhhatine etki edip etmediği ve elde edilen delillerin gerçekliğini şüpheyne düşürüp düşürmediğini inceleyerek sonuca ulaşmıştır¹³⁵⁷. Arama esnasında ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulmadığı bir olayda ise Mahkeme, koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki kanuna aykırılığın yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal edici nitelikte olduğu kanaatine varmıştır¹³⁵⁸.

Nihayet belirtmek gerekir ki, CMK'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (i) bendine göre, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, “*hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen*” kişiler, her türlü maddî ve manevî zararlarını Devletten isteyebilir.

B. Elkoyma (CMK m. 123)

Elkoyma, ispat vasıtası olarak faydalı görülen ya da müsadereye tâbi eşya veya kazanç üzerindeki tasarruf yetkisinin kanunda öngörülen şartlar altında zilyedinin rızası hilafına geçici olarak kaldırılarak, bu yetkinin adli makamlara devredilmesidir¹³⁵⁹. Bütün koruma tedbirlerinde olduğu gibi elkoyma da içinde potansiyel bir zor kullanım barındırmaktadır. Zor kullanılmadan

ayakkabılar ele geçirilmiş ise de; arama işleminin arama tanıkları hazır edilmeden icra edildiği, bu haliyle aramanın CMK'nın 119/4. maddesine aykırı olarak yapıldığı ve hukuka aykırı delil kapsamında kaldığı, CMK'nın 217. maddesine göre hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delillerin hükme esas alınamayacağı, suçun delili ve aynı zamanda konusunu oluşturan davaya konu ayakkabılar olmaksızın da diğer delillerin tek başına mahkumiyet hükmü kurulmasına yetecek derecede ve nitelikte olmadığı” (Ankara B.A.M., 9. C.D., 05.07.2018, 4488/2714).

¹³⁵⁷ AY. M. 15.04.2015, 2013/2392, R.G., 16.07.2015, 29418.

¹³⁵⁸ AY. M. 19.11.2014, 2013/6183, R.G., 07.03.2015, 29288.

¹³⁵⁹ Gökçen, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), 1. Basım, Ankara 1994, s. 5; Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 462; Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özyayın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 523-524; Şahin / Göktürk, I, s. 352; Centel / Zafer, s. 474; Özbek / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 365.

kişinin istenen eşyayı vermesi veya eşyanın herhangi bir kimsenin zilyetliğinde bulunmaması halinde ise elkoymadan değil muhafaza altına almadan söz edilir (CMK m. 123/1)¹³⁶⁰.

Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir (CMK m. 127/1). 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).

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda arama neticesinde elde edilen mütecaviz işaretli mallara veya bunların üretilmesinde kullanılan araçlara elkonulmalıdır. Nitekim mütecaviz işaretli mallar ile bunların üretilmesinde kullanılan araçlar ispat vasıtasıdır ve yargılama sonunda müsadereye konu teşkil edecektir. Elkoyma kararının usulüne uygun şekilde icra edilmemesi elkoymanın hukuka aykırı olmasına ve elde edilen delillerin hukuka aykırı delil sayılmasına sebep olacaktır. Örneğin gecikmesinde sakınca bulunan bir hal sebebiyle Cumhuriyet savcısının yazılı emrine istinaden yapılan elkoymanın yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmaması elkoymayı hukuka aykırı hale getirecektir¹³⁶¹.

CMK'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (j) bendine göre, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, “eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen” kişiler, her türlü maddî ve manevî zararlarını Devletten isteyebilir.

SMK'nın 149'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (d) bendinde, sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri sürebileceği talepler arasında, “Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi

¹³⁶⁰ Kindhäuser / Schumann, s. 119; Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 524.

¹³⁶¹ “Somut olayda; her ne kadar tespit ve inceleme olarak nitelendirilmiş olsa da sanığın iş yerinde 26/07/2010 günü yapılan işlemin özünde arama ve el koymadır. Tutanakta satışa arz halde olduğu belirtilen eşyanın açıkta, arama işlemi yapılmasını gerektirmeyecek şekilde görünür halde olup olmadığına ilişkin bir açıklamanın bulunmaması nazara alındığında mahkeme tarafından arama talebinin reddedilmesine rağmen usulünce yetkili mercilerden alınmış bir arama kararı bulunmaksızın işyerinde yapılan arama ve elkoyma işlemi hukuka aykırı; bu arama sonucunda ele geçen deliller ise hukuka aykırı yollarla elde edilmiş ve hükme esas alınamayacak delil niteliğindedir” (İstanbul B.A.M., 15. C.D., 06.02.2020, 5622/519).

araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulması” gösterilmiştir. Keza SMK’nın 159’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında, bir ihtiyati tedbir olarak “*Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalar ya da patenti verilmiş usulün icrasında kullanılan vasıtalar, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, bulundukları her yerde elkonulması ve bunların saklanması*” istenebilmektedir. Kanaatimizce hükümlerde zikredilen elkoyma, ceza muhakemesi hukuku anlamında bir koruma tedbiri olmayıp özel hukuku ilgilendiren bir müessesedir ve SMK’nın 30’uncu maddesinde düzenlenen marka suçlarında tatbiki mümkün değildir. Ancak aynı konu hakkında farklı mahkemelerce benzer kurumlara karar verilebilmesi çeşitli ihtilafları beraberinde getirmektedir. Genellikle marka hakkı sahibi, bir yandan hukuk mahkemesinden tecavüzün giderilmesini veya tecavüz sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep ederken, diğer taraftan cezai müdahale için şikayetçi olmaktadır. Bu ihtimalde, aynı mütecaviz işaretli mal için hem ceza mahkemesinden hem de hukuk mahkemesinden elkoyma kararı verilebilmekte ve bunlardan hangisinin uygulanacağı sorun olabilmektedir¹³⁶².

Öte yandan GK’nın 57’nci maddesinde gümrükte elkoyma kurumu düzenlenmiştir¹³⁶³. Buna göre, fikri ve sınai haklar mevzuatına göre korunması gereken haklar ile ilgili olarak hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki eşyanın alıkonulması veya gümrük işlemlerinin durdurulması hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından gerçekleştirilir (GK m. 57/1-a). Ancak gümrük idaresine henüz bir talepte bulunulmadığı durumda ve söz konusu eşyanın fikri ve sınai mülkiyet haklarını ihlal ettiğine dair açık deliller olması halinde, hak sahibinin geçerli bir başvuruda bulunabilmesini teminen gümrük idareleri tarafından eşya üç iş günü süresince re’sen alıkonulabilir veya eşyanın gümrük işlemleri durdurulabilir (GK m. 57/1-b). Gümrük idaresince alınan durdurma veya alıkoyma kararının hak sahibine tebliğinden itibaren çabuk bozulabilir eşya için üç iş günü, diğer eşya için on iş günü içinde hak sahibince ihtiyati tedbir kararı getirilmemesi halinde, eşya hakkında beyan sahibinin talepte bulunduğu gümrük rejimi hükümlerine göre işlem yapılır. Haklı bir mazeretin bulunması halinde, hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idaresince on iş gününe kadar ek süre verilebilir (GK m. 57/3). Kanaatimizce gümrükte elkoyma, önleyici elkoyma vasfında olup

¹³⁶² Çolak, s. 845-846.

¹³⁶³ Detaylı bilgi için bkz. Arıkan, s. 144 vd.; Çolak, s. 848 vd.; Pekdinçer / Tüzün, s. 489 vd.

suçun işlenmesini önlemek, toplumun barış ve huzurunu korumak için uygulanan ve idarî nitelikte bir müessesedir.

C. Erişimin Engellenmesi (5651 sayılı Kanun m. 8)

Günümüz sosyal ve teknolojik gelişmeleri çevrimiçi ticareti yaygınlaştırmıştır. Buna paralel olarak online alışverişte mütecaviz işaretli mallara veya hizmetlere sıklıkla rastlanmaya başlanmıştır¹³⁶⁴. Bu sebeple iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun işlenmesi halinde erişimin engellenmesi koruma tedbirine başvurulup başvurulamayacağı üzerine durulmalıdır.

Erişimin engellenmesi, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. 5651 sayılı Kanun'un "*İçeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararları ile yerine getirilmesi*" başlıklı 8'inci maddesinde, internet ortamında yapılan ve içeriği 2'nci fıkrada belirtilen suçları¹³⁶⁵ oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Erişimin engellenmesi koruma tedbirine başvurulabilecek suçlar arasında iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu gösterilmemiştir. Bu sebeple iktibas veya iltibas

¹³⁶⁴ 04.03.2021 tarihinde medyaya yansıyan bir haberde, mütecaviz işaretli mal satışının online kanallara yöneldiği, bu nevi ürünlerin satışının %40 oranında arttığı ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nce online platformlarda milyarlarca liraya ulaşan mütecaviz işaretli ürün ticaretinin engellenmesine yönelik çalışmalara başlandığı belirtilmektedir. Bkz. <https://www.dunya.com/sectorler/online-pazarda-taklit-patlamasi-haberi-613072>, Erişim Tarihi: 10.04.2021.

¹³⁶⁵ 5651 sayılı Kanun'un 8'inci fıkrasının 2'nci fıkrasında, içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verilebilecek suçlar, "a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

c) (Ek:25/3/2020-7226/32 md.) 29/4/1959 tarihli ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer alan suçlar" şeklinde gösterilmiştir.

suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda erişimin engellenmesi koruma tedbirine başvurulabilmesi mümkün değildir¹³⁶⁶.

Öte yandan, SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (d) bendine göre marka hakkı sahibi, “İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması”nı yasaklayabilir. SMK'nın 149'uncu maddesinde ise marka hakkı sahibi hukuk mahkemesinden, “muhtemel tecavüzün önlenmesini”, “tecavüz fiillerinin durdurulmasını” ve “tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınmasını” isteyebilir. Nihayet SMK'nın 159'uncu maddesinde, marka hakkı sahibinin marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin önlenmesi ve durdurulması amacıyla ihtiyati tedbir kararı verilmesini hukuk mahkemesinden talep edebileceği hüküm altına alınmıştır. Zikredilen hükümlerden hareketle marka hakkı sahibi, ihlalin internet ortamında gerçekleştiği hallerde, ihlal niteliği taşıyan kullanımları ve

¹³⁶⁶ 5651 sayılı Kanun'un “İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi” başlıklı 9'uncu maddesi uyarınca internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini de isteyebilir. Kanaatimizce marka hakkına tecavüz kişilik haklarına zarar vermediğinden iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda erişimin engellenmesi 9'uncu madde bakımından da mümkün değildir. Bkz. **Nuhoğlu**, s. 441-442; **Çetintürk**, s. 1122-1123.

görüntüleri içeren sayfalara erişimin engellenmesini talep etmekte¹³⁶⁷ ve hukuk mahkemelerince internet sitesine erişimin engellenmesine yönelik karar verilmektedir^{1368, 1369}.

IV. Görevli ve Yetkili Mahkeme

SMK'nın 156'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının ilk hali, “*Bu Kanunda öngörülen davalarda görevli mahkeme, fıkri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fıkri 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. Fıkri ve sınai haklar hukuk mahkemesi*

¹³⁶⁷ Bozgeyik, s. 175; Çolak, s. 865.

¹³⁶⁸ “Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, davacının ... nezdinde tescilli 2000/10974 nolu "HOROZ+şekil" ibareli ve 2003/24983 nolu "HOROZ+şekil" esas unsurlu markası, tescilli ticaret unvanı, çalışma amaç ve konusu dikkate alınarak, davalının "www.istanbulhoroznakliyat.com" alan adlı internet sitesinde "HOROZ+şekil" ibaresinin kullanılmasının 556 sayılı KHK'nın 9, 61. maddeleri ile TTK'nın 56 ve devamı maddeleri kapsamında marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunun tespitine, men'ine ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına, "www.istanbulhoroznakliyat.com" adlı internet sitesine Türkiye'den erişimin engellenmesine, horoz ibaresinin kullanımının men'ine karar verilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davacı markalarının tescilli olduğu hizmet sınıflarının davalının işgal alanıyla benzer sayılması gerektiğine göre davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir” (Y. 11. H.D., 21.04.2014, 320/7747); “Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davaya konu “www....com” isimli internet sitesinde “...” markalı eşarpların satışına ilişkin verilen linkte davacı marka ve logosunun aynen ürünlerde kullanıldığı, davacının iç içe geçmiş iki F harfinin birbirine zıt ve ters yüz biçiminde konumlandırılması neticesinde oluşturulan F+ şekil markasına davalı tarafından iltibas yaratacak şekilde www....com internet sitesinde satılan ürünlerde kullanılmasının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiği gerekçesiyle, davanın kabulüne, davacının marka hakkına tecavüzünün ve haksız rekabetinin tespitine ve menine, maddi durumun ortadan kaldırılmasına, ihtiyati tedbir kararının karar kesinleşinceye kadar devamına, dava konusu markaları taşıyan ürünlerin üretilmesinin, kullanılmasının, satışa sunulmasının, ithalat ve ihracatının önlenmesine, ticari amaçla bulundukları yerlerden toplanarak el konulmasına ve imhasına, “http://www.....com/...-MODELLERI,LA_173-.... html#labels=173-...,343-...” linkine erişimin engellenmesine, ...000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir” (Y. 11. H.D., 24.04.2018, 9562/3022).

¹³⁶⁹ Erişimin engellenmesi kararının hukuk mahkemesince verilir verilemeyeceği konusunda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 28.05.2014 tarihli 7187/8832 sayılı kararında “5651 sayılı Yasa, internet ortamındaki yayınlar nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda hangi usul ve esaslara göre mücadele edileceğini düzenlemekte olup bu yönüyle 4721 Sayılı Medeni Kanun'a göre özel yasa durumundadır. Özel yasada bir düzenlemenin varlığı halinde öncelikle özel yasanın uygulanacağı hukukun genel kuralıdır. Kaldı ki özel yasa somut olaya ilişkin görev yönünden mahsus bir düzenleme de içermektedir. Şu hâlde, 5651 sayılı Yasa'daki özel düzenleme gözetildiğinde bu konuda görevli mahkemenin Sulh Ceza Mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun bulunmadığından kararın bozulması gerekmiştir” denilmektedir.

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” şeklinde düzenlenmiştir¹³⁷⁰.

Hakimler ve Savcılar Kurulu’nun 30.05.2018 tarihli ve 839 sayılı kararında, SMK’nın 156’ncı maddesine istinaden “Kurulumuzun 24.03.2005 tarihli ve 188 sayılı kararı ile devamında alınan diğer müteaddit kararları doğrultusunda, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesinin kurulu bulunduğu yerlerde belirlenen yargı çevrelerini kapsayacak şekilde fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemelerinin faaliyetlerini devam ettirdiği, (Örneğin Ankara Fikri ve Sınai Haklar Ceza (Hukuk) Mahkemesinin yargı çevresinin kurulduğu yerin mülki hudutlarını kapsayacak şekilde belirlenmesi nedeniyle, Ankara ilçelerindeki (Ankara Batı Adliyesi dâhil) bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, Ankara’nın ilçelerindeki asliye ceza (hukuk) mahkemelerinin değil, Ankara Fikri ve Sınai Haklar Ceza (Hukuk) Mahkemesinin bakacağı ve bu şekilde faaliyetini devam ettireceği),

Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesinin kurulmadığı ve yargı çevresinin bu mahkemelerin bulunduğu mahallere bağlanmadığı yerlerde ise; her ne kadar mezkûr kararlarda ihtisas mahkemesi olarak belirlenen ilgili asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinin yargı çevrelerinin adli yargı adalet komisyonlarının merkez ve mülhakatları olan ilçeleri kapsayacak şekilde belirlenmesine karar verilmişse de; 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 156 ncı maddesinin birinci fıkrasındaki, “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 işlere, o yerdeki asliye ceza mahkemesince bakılır” hükmü uyarma, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesinin kurulmadığı yerlerde o yerin yargı çevresinin başka bir yer asliye hukuk veya asliye ceza mahkemelerine bağlanmasının mümkün olmadığı, bu durumda ihtisaslaşmanın önemi dikkate alınarak, 5235 sayılı Kanun’un 5 inci maddesinin beşinci fıkrası ve 9 uncu maddesinin beşinci fıkrası gereğince o yerdeki asliye hukuk ve asliye ceza mahkemeleri bakımından ihtisas mahkemelerinin belirlenmesinin faydalı olacağı değerlendirilmiştir.

¹³⁷⁰ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Kale, Serdar**, Marka Davalarında Yargılama Usulü, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 19-21.

Bu itibarla; Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesinin kurulmadığı ve yergi çevresinin bu mahkemelerin bulunduğu mahallere bağlanmadığı yerlerde; ...

B-) Fikri ve sınai haklar ceza mahkemesinin görev alanına giren dava ve işlere;

- a) Bir asliye ceza mahkemesi olan yerlerde bu mahkemenin,*
- b) İki asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 1 numaralı asliye ceza mahkemesinin,*
- c) İki den fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde ise 3 numaralı asliye ceza mahkemesinin,*

Bakmasına, Görevlendirmenin 30.05.2018 tarihi itibariyle faaliyette bulunan asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinin sayısına göre yapılmasına, daha sonra faaliyete geçirilecek mahkemelerin dikkate alınmamasına, iş bu kararın Resmî Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren yeni açılacak davaların mezkûr mahkemelere tevzi edilmesine” karar verilmiştir¹³⁷¹. Buna göre, ihtisas mahkemelerinin kurulduğu illerde, ilin mülki hudutlarında işlenen marka suçlarından dolayı ihtisas mahkemeleri görevli olacakken, ihtisas mahkemeleri kurulmayan yerlerde suçun işlendiği yerdeki asliye ceza mahkemesi yargılamayı yapacaktır¹³⁷².

¹³⁷¹ Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun 24.03.2005 tarihli 188 sayılı kararında fikir ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulmayan yerlerde, “1-Bir asliye ceza mahkemesi olan yerlerde bu mahkemenin, 2-İki asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 1 numaralı asliye ceza mahkemesinin 3-İki den fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde ise 3 numaralı asliye ceza mahkemesinin, yetkilendirilmesine, **İlgili mahkemelerin yargı çevrelerinin ise adli yargı adalet komisyonlarının merkez ve mühlakatları olan ilçeleri kapsayacak şekilde belirlenmesine**” şeklinde karar verilmiştir.

¹³⁷² “Marka hakkına tecavüz (5833 Sayılı kanunla değişik) suçundan sanık hakkında yapılan yargılamada; Giresun 3. Asliye Ceza Mahkemesi ile Bulancak Ceza Mahkemesi arasında ortaya çıkan görev uyuşmazlığının giderilmesi ve görevli mahkemenin belirlenmesi istemiyle Dairemize gönderilen dava dosyası, heyetçe incelenerek, gereği görüşülüp düşünüldü. İncelenen dosya içeriği, sanığın üzerine atılı suçun niteliği, iddianamede olayın anlatılış biçimi, Giresun 3. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 18/07/2019 tarih, 2019/966 Esas, 2019/1185 Karar sayılı kararının gerekçesi dikkate alınarak, yerinde görülmeeyen Bulancak Asliye Ceza Mahkemesi’nin 15/03/2019 tarih, 2018/746 Esas ve 2019/272 Karar sayılı görevsizlik kararının kaldırılmasına” (Samsun B.A.M., 5. C.D., 23.09.2019, 3826/2329); “Sanık ... hakkında Başkasına Ait Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle tecavüz ederek mal üretmek veya hizmete sunmak suçundan Kumluca Cumhuriyet Başsavcılığınca Sınai Mülkiyet Kanunun 30/1-a ile TCK’nın 53. ve 54 maddesi gereğince Kumluca 1. Asliye Ceza Mahkemesine kamu davası açıldığı, mahkemece 2018/4 E. - 2018/143 K. sayılı kararı ile görevsizlik kararı verilerek dosyanın Elmalı Asliye Ceza Mahkemesine gönderildiği, Elmalı Asliye Ceza Mahkemesinin 2018/510 E. - 2018/593 K. sayılı kararı ile karşı görevsizlik kararı verildiği, oluşan olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesi için dosyanın dairemize gönderildiği görülmüştür. 10/01/2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun 191/3. maddesi ile 551 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin, 554 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin, 555 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ve 566 Sayılı

Eğer suçun işlendiği yerde bir asliye ceza mahkemesi varsa, bu mahkeme; iki asliye ceza mahkemesi varsa bir numaralı asliye ceza mahkemesi; ikiden fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde ise üç numaralı asliye ceza mahkemesi davaya bakacaktır. Asliye ceza mahkemeleri arasındaki bu ayrım iş dağılımı niteliğindedir¹³⁷³.

Tüm yurttaki SMK'da belirtilen dava ve işlere uzman hâkimler tarafından bakılmasını sağlamak amacıyla, SMK'nın 156'ncı maddesinin 1'inci fıkrası, 2020 tarihli 7251 sayılı Kanun'un 61'inci maddesi ile değiştirilmiş ve hüküm *"Bu Kanunda öngörülen davalarda görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir. Bu mahkemeler, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde Adalet Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, asliye hukuk mahkemesince; fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, asliye ceza mahkemesince bakılır. Bu dava ve işlere bakacak asliye hukuk ve asliye ceza mahkemeleri ile bu mahkemelerin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir"* şeklinde kaleme alınmıştır¹³⁷⁴.

Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlükten kaldırılmış olması, yine 6769 Sayılı Yasanın geçici 6. maddesinde belirtildiği şekli ile yürürlükten kaldırılan kanun hükmünde kararnamelerin ilgili maddelerinde belirtilen kurulmuş ihtisas mahkemelerinin 6769 Sayılı Yasanın 156/1. maddesi uyarınca kurulan mahkemeler olarak kabul edileceği ve bu mahkemelerde derdest olan davaların görülmesine devam olunacağına dair düzenleme ile anılan maddede belirtildiği üzere Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere o yerdeki asliye ceza mahkemesince bakılacağına ilişkin düzenleme karşısında suç yerinin Kumluca İlçesi olduğu da değerlendirilerek sanık hakkında 6769 Sayılı Yasaya Muhalefet suçuna bakma görevinin Kumluca 1. Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu anlaşılmakla yerinde görülmeyen Kumluca 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 26/06/2018 tarih ve 2018/4 E. - 2018/143 K. sayılı Görevsizlik Kararının CMK'nın 4/2 maddesi gereğince kaldırılmasına" (Antalya B.A.M., 3. C.D., 08.01.2019, 104/49).

¹³⁷³ **Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır**, s. 135. Özel kanunlarda ayrıca düzenleme yoksa, uzmanlaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak daireler arasındaki iş dağılımının HSK tarafından belirleneceğine ilişkin bu düzenlemenin Anayasanın 142'nci maddesinde yer alan *"mahkemelerin görevlerinin kanunla belirleneceğine"* ilişkin hükme aykırı olduğu konusunda bkz. **Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özyayın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok**, s. 169-170.

¹³⁷⁴ Değişiklikle birlikte, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun alacağı karara göre; fikrî ve sınai haklar hukuk ve ceza mahkemeleri ile bu mahkemelerin bulunmadığı yerlerde asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinin yargı çevresi, il veya ilçe sınırları ile bağlı kalımsızın belirlenebilecektir. Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından yapılacak belirleme neticesinde; il merkezlerinde

SMK'nın 7251 sayılı Kanun ile değişik 156'ncı maddesine göre, marka suçlarında görevli mahkeme kural olarak fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir. İhtisas mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ise asliye ceza mahkemeleri görevlidir. Fikri ve sınai haklar ceza mahkemelerinin veya bu işlere bakacak asliye ceza mahkemelerinin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenecektir. Ancak tespit edebildiğimiz kadarıyla, 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe müteakip 10.06.2021 tarihi itibarıyla henüz Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından konu ile ilgili alınmış bir karar bulunmamaktadır. Bu sebeple, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun yukarıda zikredilen 30.05.2018 tarihli ve 839 sayılı kararının halen geçerli olduğu kanaatindeyiz.

Marka suçlarında görevli mahkeme kural olarak fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi iken haksız rekabet suçlarında görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleridir. Ancak iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun işlendiğinden bahisle yapılan yargılama sırasında mahkeme fiili haksız rekabet olarak nitelendirebilir. Bu halde kanaatimizce fikri ve sınai haklar ceza mahkemesince sanığa CMK'nın 226'ncı maddesince ek savunma hakkı verilmeli¹³⁷⁵ ve yargılama tamamlanmalıdır¹³⁷⁶.

Marka suçlarında yer bakımından yetkili mahkeme CMK'nın 12 ve devamında yer alan maddelere göre belirlenecektir. CMK'nın 12'nci maddesine göre, davaya bakmak yetkisi,

yer alan belirtilen nitelikteki mahkemelerin yargı çevresinin, o ilin idari sınırlarını kapsayacağı, bu değişiklik ile fikrî ve sınai haklar alanına ilişkin hukuk ve ceza uyumsuzluklarına, yalnız illerdeki merkez adliyelerde yer alan mahkemelerce bakılacağı, bu uygulama ile fikrî ve sınai haklar mahkemesi olmayan yerlerde, mahkemelerin yargı çevresi genişletilmesi yoluyla fiili bir ihtisaslâşmanın sağlanacağı değerlendirilmektedir. Ayrıca bkz. **Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu**, s. 346-347.

¹³⁷⁵ Ek savunma hakkı konusunda detaylı bilgi için bkz. **Özdemir, Süleyman Emre**, Ek Savunma Hakkı (CMK m. 226), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, 2019, s. 87 vd.

¹³⁷⁶ İzmir 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi'nin, iddianamede sanığın iş yerinde müşteki şirketin markasının taklit edildiği ürünlere rastlanmadığı, suça konu olan yoğurt ambalajların orijinal olduğu, bu ambalajların içerisine ... Mandıracılık tarafından yoğurt mayalandığı ve sanığın iş yerinde satışa sunulduğu, marka hakkının ihlali suçunun oluşabilmesi için tescilli markalar iktibas veya iltibas edilerek mal veya hizmet üretilmesi gerektiği, orijinal yoğurt ambalajlarının içerisine başka bir üreticinin yoğurtlarının mayalanması marka hakkının ihlali suçunu değil olsa olsa haksız rekabet suçunu oluşturacağı, ancak şikâyet dilekçesinde haksız rekabet dolayısıyla sanığın şikâyet edildiğine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmadığı, eylem marka hakkının ihlali suçunu oluşturmadığı ve şikâyet konusu edilmeyen haksız rekabet suçuna da dönüşmeyeceği gerekçeleriyle sanığın atılı suçtan beraatine karar verdiği olayda, Yargıtay, "*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 eylemin TTK'nin 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*" şeklinde içtihatla bulunmuştur. Bkz. (Y. 19. C.D., 13.02.2020, 1038/1452).

suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir (CMK m. 12/2). CMK'nın 16'ncı maddesine göre, her biri değişik mahkemelerin yetkisi içinde bulunan bağlantılı ceza davaları, yetkili mahkemelerden herhangi birinde birleştirilerek görülebilir. Bağlantılı ceza davalarının değişik mahkemelerde bakılmasına başlanmış olursa, Cumhuriyet savcılarının istemlerine uygun olmak koşuluyla, mahkemeler arasında oluşacak uzlaşma üzerine, bu davaların hepsi veya bir kısmı bu mahkemelerin birinde birleştirilebilir (CMK m. 16/2). Özellikle zincirleme suç halinde, farklı mahkemelerde görülen davaların birleştirilmesi, daha sonra ortaya çıkabilecek sorunların aşılabilmesi adına önem arz etmektedir.

V. Muhakemeye İlişkin Bazı Meseleler

A. Hukuk Mahkemesi Kararlarının Ceza Muhakemesine Etkisi

Marka hakkına tecavüz halinde, bir taraftan şikâyet hakkının kullanılması suretiyle fiilin soruşturulması veya kovuşturulması istenebilirken (SMK m. 30) diğer taraftan hukuk mahkemelerinden başta fiilin sebep olduğu zararın tazmini olmak üzere çeşitli taleplerde bulunulabilir (SMK m. 149-162). Marka hukukunda aynı vakıanın hem ceza muhakemesine hem de hukuk muhakemesine konu olması mahkeme kararlarının birbirini üzerine etkisinin olup olmayacağı sorusunu gündeme getirmektedir.

Ceza mahkemeleri ile hukuk mahkemelerinin vermiş olduğu kararların birbirini etkileyip etkilemeyeceği veya hangi dereceye kadar etkileyeceği hususunda mevzuatımızda çeşitli hükümler bulunmaktadır.

Konuya ilişkin en kapsamlı norm, TBK'nın 74'üncü maddesinde, "*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümden hareketle, ceza mahkemesi tarafından failin temyiz kudreti, sorumsuzluk ve kusur değerlendirmesine ilişkin kararları, hukuk mahkemesini hiçbir surette bağlamayacak ve hukuk hâkimi önündeki sorun ve talebi ceza mahkemesi kararından bağımsız olarak değerlendirecektir. TBK'nın 74'üncü maddesinin mefhumu muhalifinden ise diğer konularda hukuk hâkiminin, ceza mahkemesinin verdiği ve kesinleşen hükmüyle bağlı

olduğu, buna karşılık ceza hâkiminin, hukuk mahkemesinin verdiği kararlar ile bağlı olmadığı anlaşılmaktadır¹³⁷⁷. Nitekim ceza hâkimi, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu itibarla, hukuk mahkemelerinin kararlarıyla ceza hakiminin bağlı kılınması ceza mahkemesinin doğrudan doğruyalık ve sözlülük prensipleriyle bağdaşmaz¹³⁷⁸.

Hukuk mahkemesi kararlarının ceza mahkemesini bağlamaması esas olmakla birlikte mevzuatımızda istisnai olarak aksi yönde düzenlemeler de mevcuttur. CMK'nın 311'inci maddesinde, *"ceza hükmü hukuk mahkemesinin bir hükmüne dayandırılmış olup da bu hüküm kesinleşmiş diğer bir hüküm ile ortadan kaldırılmış olması"* halinde dava, hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülebilecektir. Keza, HMK'nın 214'üncü maddesinde *"Belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası dinlenmez. Ceza mahkemesince belgeyi düzenleyen hakkında ceza verilmesine yer olmadığı ya da beraat kararı verilmiş olması, hukuk mahkemesinin belgenin sahteliğini incelemesini engellemez"* denilmek suretiyle hukuk mahkemesi kararlarının istisnai olarak ceza mahkemesini etkileyebileceği kabul edilmiştir.

Marka hakkına tecavüz halinde, ceza mahkemeleri ile hukuk mahkemelerinin vermiş olduğu kararların birbirine etkisi hususunda bir norm bulunmadığından konu genel kaidelere göre değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, hukuk mahkemesinin vermiş olduğu kararlar ceza mahkemesini bağlamayacaktır. Buna karşılık, ceza mahkemesinin olayın varlığı ve bu olayın sanık tarafından işlendiğine ilişkin maddi sebebiyet ilişkisini tespit eden kesinleşmiş hükmünün hukuk mahkemesince dikkate alınması zorunludur^{1379, 1380}.

¹³⁷⁷ Ünver / Hakeri, s. 75; Centel / Zafer, s. 702.

¹³⁷⁸ Ünver / Hakeri, s. 75; Centel / Zafer, s. 703.

¹³⁷⁹ Ünver / Hakeri, s. 75; Centel / Zafer, s. 702.

¹³⁸⁰ "818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun "Ceza Hukukuyla Medeni Hukuk Arasında Münasebet" başlıklı 53. maddesinde: "Hâkim, kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair akemiyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraat kararıyla da mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hakimini takyit etmez." hükmü yer almaktadır (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi hükmü de paralel bir düzenlemeyi içermektedir.). Bu açık hüküm karşısında, ceza mahkemesince verilen, beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, illiyet gibi esasların hukuk hakimini bağlamayacağı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, gerek öğretide ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hakiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle "fiilin hukuka aykırılığı" konusuyla hukuk hakiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, maddi olayları ve yasak

B. Marka Hakkının Sona Ermesi ve Marka Hakkından Vazgeçme

SMK'nın 28'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, “*koruma süresinin dolması ve markanın süresi içinde yenilenmemesi*” ile “*marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesi*” üzerine marka hakkının sona ereceği hüküm altına alınmıştır¹³⁸¹.

Tescilli markanın koruma süresi marka başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre, onar yıllık dönemler hâlinde yenilenebilir. Yenileme, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin tamamı için yapılabileceği gibi bir kısmı için de istenebilir (SMK m. 23/1-3). Marka koruma süresinin sona ermesiyle SMK ile elde edilen marka hakkı başkaca bir işlem yapılmadan kendiliğinden ortadan kalkar (SMK m. 28/2).

Koruma süresinin dolmasından sonra gerçekleştirilen fiiller bakımından marka suçlarının tatbik edilmeyeceği şüphesizdir. Nitekim SMK'nın 30'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında, “*Bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır*” denilmektedir.

Öte yandan marka suçu teşkil eden bir fiil işlendikten sonra marka koruma süresinin dolması mümkündür. SMK'nın 28'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre marka hakkının sona ermesi, sona erme sebebinin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren ileriye etkili bir şekilde hüküm ifade edecektir. Bu sebeple kanaatimizce, koruma süresi sona ermeden önce gerçekleştirilen fiiller bakımından marka hakkı sahibi şikâyet hakkını kullanabileceği gibi mevcut soruşturma ve kovuşturmayaya da devam edilmelidir. Nitekim marka suçlarında önem arz eden husus, suç tarihinde markanın tescilli olup olmadığıdır.

Marka hakkı sahibi, markanın tescili kapsamındaki mal veya hizmetlerin tamamından veya bir kısmından vazgeçebilir. Vazgeçme TPMK'ya yazılı olarak bildirilir ve bu sebebe dayılanarak marka hakkının sona erdiği Bülten’de yayımlanır. Vazgeçme, sicile kayıt tarihi itibarıyla hüküm doğurur (SMK m. 28/3).

Koruma süresinin sona ermesine benzer bir şekilde, vazgeçmenin sicile kaydedildiği tarihten sonra gerçekleştirilen fiiller bakımından SMK'nın 30'uncu maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca marka suçlarının tatbiki mümkün değildir. Buna karşılık, vazgeçmenin hüküm

eylemlerin varlığını saptayan ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır” (Y. H.G.K., 09.04.2014, 7-1008/490). Aynı yönde bkz. Y. H.G.K., 25.06.2019, 3188/755.

¹³⁸¹ Detaylı bilgi için bkz. Arslan, Marka Hakkının Sona Ermesi, s. 17 vd.; Uzunallı, s. 203 vd.

doğurmasından önce işlenen marka suçları bakımından, marka hakkı sahibi vazgeçmeden sonra şikâyet hakkını kullanabileceği gibi mevcut soruşturma ve kovuşturmayaya da devam edilmelidir. Nitekim marka suçlarında önem arz eden husus, suç tarihinde markanın tescilli olup olmadığıdır.

C. Markanın Hükümsüzlüğü

Markanın hükümsüzlüğü, SMK'da öngörülen koşullara sahip olmamasına rağmen tescil edilmiş bir markadan doğan hakkın mahkeme kararıyla sona erdirilmesidir¹³⁸². Marka tescilinde mutlak ret ve nispi ret sebeplerinden (SMK m. 5 ve 6) birinin mevcudiyeti halinde menfaati olanlar, Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları markanın hükümsüzlüğünü mahkemeden isteyebilir (SMK m. 25). Mahkemece markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi hâlinde marka hakkı geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve SMK ile sağlanan marka koruması hiç doğmamış sayılır (SMK m. 27/1)¹³⁸³.

Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde SMK ile sağlanan marka koruması hiç doğmamış sayılacağına göre soruşturma evresinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı (CMK m. 172/1); kovuşturma evresinde beraat kararı (CMK m. 223/2-a) verilmelidir¹³⁸⁴.

Öte yandan markanın hükümsüzlüğüne mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden veya infazdan sonra karar verilmesi de mümkündür. Konuya ilişkin olarak SMK'nın 27'nci maddesinin 3'üncü fıkrası, *"Marka sahibinin ağır ihmali veya kötü niyetli olarak hareket etmesi nedeniyle zarar görenlerin tazminat talepleri saklı kalmak üzere, hükümsüzlük ve ikinci fıkranın ikinci cümlesinde düzenlenmiş olan iptal kararının geriye dönük etkisi aşağıdaki durumları etkilemez:*

a) Karardan önce, markanın sağladığı haklara tecavüz nedeniyle açılan davada verilen kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar.

¹³⁸² Ayhan / Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 107; Uzunallı, s. 205-206.

¹³⁸³ Bahadır, s. 179-181.

¹³⁸⁴ "Markanın hükümsüzlüğüne dair mevcut kararın 02/02/2015 tarihinde kesinleştiği anlaşılmakla, unsurları bulunmayan suç nedeniyle sanıklar hakkında CMK 223/2-a maddesi gereğince beraatine karar verilmesi yerine aynı yasanın CMK'nın 223/2-e maddesi gereğince beraat kararı verilmesi isabetsiz ise de bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, hüküm fıkrasındaki "... CMK'nın 223/2-e..." ibaresi hükümden çıkarılarak yerine "... CMK 223/2-a..." ibareleri eklenmek suretiyle" (İstanbul B.A.M., 16. C.D., 22.10.2020, 2495/4431).

b) *Karardan önce kurulmuş ve uygulanmış sözleşmeler*” şeklinde düzenlenmiştir. Ancak kanaatimizce bu hüküm, marka hakkının hukuki himayesine ilişkin bir normdur¹³⁸⁵. Zira maddenin gerekçesinde, “*Bu fıkranın (a) bendinde yer alan uygulanmış kararlar ibaresiyle kastedilen, kesinleşmiş kararın rızaen veya icraen infaz edilmiş olmasıdır*” denilmektedir¹³⁸⁶. Bu itibarla, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden veya infazından sonra markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde CMK’nın 311’inci maddesi uyarınca yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmelidir¹³⁸⁷.

Görüldüğü üzere markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi, ceza muhakemesinde verilecek kararı etkilemekte ve hatta yargılamanın yenilenmesine sebep olabilmektedir. Kanaatimizce markanın hükümsüzlüğü iddiası mevcut olduğunda¹³⁸⁸ veya görülmekte olan hükümsüzlük davası bulunduğu ceza mahkemesi bu durumu bekletici mesele yapmalıdır. Nitekim ceza muhakemesinde bir uyuşmazlığın çözümü, başka bir uyuşmazlığın çözümüne bağlı kılınmışsa, bu halde öncelikle ön mesele niteliğindeki uyuşmazlığın halledilmesi gerekmektedir. Bu halde, ceza uyuşmazlığına bakan hâkim, ön mesele olarak değerlendirilen konuyu kendi davası bakımından bekletici mesele sayarak, konusunda uzman olan hâkime müracaat etmelidir¹³⁸⁹. Kural olarak ön mesele niteliğindeki uyuşmazlığın bekletici mesele sayılması ve buna göre çözümlenmesi mahkemenin takdirindedir¹³⁹⁰. Ancak marka suçlarının özelliği gereği markanın hükümsüzlüğü hususunda ceza mahkemelerinin takdirlerini bekletici mesele yapma yönünde kullanmaları daha doğru olacaktır¹³⁹¹.

SMK’nın 25’inci maddesinin 5’inci fıkrasına göre hükümsüzlük hâlleri, markanın tescil edildiği bir kısım mal veya hizmete ilişkin bulunuyorsa, sadece o mal veya hizmet yönünden kısmi hükümsüzlüğe karar verilir. Böyle bir durumda, öncelikle hükümsüzlüğün suç

¹³⁸⁵ Aynı yönde bkz. **Başbüyük**, s. 265-266.

¹³⁸⁶ **Pekdiğer / Giray / Baş**, s. 153.

¹³⁸⁷ **Başbüyük**, s. 266; **Çetintürk**, s. 1061.

¹³⁸⁸ SMK’nın 25’inci maddesinde açıkça belirtildiği üzere Cumhuriyet savcılar da re’sen hükümsüzlük iddiasında bulunabilir; markanın hükümsüzlüğünü mahkemeden isteyebilir.

¹³⁸⁹ **Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır**, s. 105; **Centel / Zafer**, s. 717.

¹³⁹⁰ **Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır**, s. 105; **Centel / Zafer**, s. 718-719.

¹³⁹¹ Doktrinde Birtek, “*MarKHK’nın 61/A-V hükmü “tescilli bir marka”yı koruyan hüküm olduğundan, markanın tescilli hükümsüz ise, “Fikri ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi tarafından hükümsüzlüğüne karar verilmemiş olsa dahi” Fikri ve Sinaî Haklar Ceza Mahkemesi (FSCM) MarKHK’nın 61/A,I hükmü kapsamında yürüteceği kovuşturma kapsamında, markanın hükümsüz olup olmadığını “ön sorun olarak değerlendirmelidir. Bu bağlamda, FSCM tarafından Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 218/1 hükmü uyarınca ön sorun yoluyla markanın MarKHK kapsamında hükümsüz olup olmadığı değerlendirilmeli, suça konu marka “hükümsüzlüğüne karar verilmesi gereken” bir marka ise failin eylemi suç olarak nitelendirilmemelidir*” görüşündedir. Bkz. **Birtek**, s. 508.

konusu ile örtüşüp örtüşmediği incelenmeli ve ona göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Eğer hükümsüzlük kararı ile suç konusu örtüşmüyorsa markanın hükümsüzlüğünün ceza muhakemesine etkisi olmayacaktır.

D. Markanın İptali

SMK'nın 26'ncı maddesine göre, 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 bulunması; marka sahibinin fiillerinin veya gerekli önlemleri almamasının sonucu olarak markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad hâline gelmesi; 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 ve garanti markası veya ortak markaların teknik şartnameye uygun kullanılmaması durumlarında ilgili kişiler TPMK'dan markanın iptalini isteyebilir¹³⁹².

Markanın iptaline karar verilmesi halinde bu karar, iptal talebinin TPMK'ya sunulduğu tarihten itibaren sonuç doğurur. Ancak iptal hâllerinin daha önceki bir tarihte doğmuş olması durumunda talep üzerine iptal kararının bu tarihten itibaren etkili olacağına karar verilebilir (SMK m. 27/2)¹³⁹³.

Görüldüğü üzere markanın iptali, başlangıçta var olmayan fakat zaman içerisinde ortaya çıkan ve ileriye dönük sonuç doğuran bir kurumdur. Bu sebeple kanaatimizce, iptalin geçerli olduğu tarihinden önce markanın suça konu olması halinde bu durumdan ceza muhakemesi etkilenmemelidir. Bu karşılık, iptalin geçerli olduğu tarihinden sonra gerçekleştirilen ve suç teşkil eden fiiller bakımından soruşturma evresinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı (CMK m. 172/1); kovuşturma evresinde beraat kararı (CMK m. 223/2-a) verilmelidir.

¹³⁹² SMK'nın 192'nci maddesinde, markanın iptalini düzenleyen normun (SMK m. 26) yayımdan itibaren yedi yıl sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır. SMK'nın 26'ncı maddesi yürürlüğe girene kadar, iptal yetkisi, anılan maddedeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından kullanılır. SMK'nın 26'ncı maddesinin yürürlüğe girdiği tarihte mahkemeler tarafından görülmekte olan iptal davaları ise mahkemeler tarafından sonuçlandırılır. Mahkemelerin bu madde hükmüne göre vermiş olduğu kararlar kesinleştikten sonra mahkeme tarafından Kuruma re'sen gönderilir (SMK Geçici Madde 4).

¹³⁹³ **Bahadır**, s. 233-236.

Öte yandan iptalin geçerli olduğu tarihten sonra işlenen bir suç sebebiyle mahkûmiyet kararı verilmesinden veya bu kararın infaz edilmesinden sonra markanın iptaline karar verilmesi durumunda CMK'nın 311'inci maddesi uyarınca yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmelidir. Ancak SMK'nın 26'ncı maddesinin 5'inci fıkrasına göre iptal hâlleri, markanın tescil edildiği bir kısım mal veya hizmete ilişkin bulunuyorsa, sadece o mal veya hizmet yönünden kısmi iptale karar verilecektir. Böyle bir durumda, öncelikle iptalin suç konusu ile örtüşüp örtüşmediği incelenmeli ve ona göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Eğer iptal kararı ile suç konusu örtüşmüyorsa yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi mümkün değildir.

E. Davaya Katılma

Suçtan zarar gören kişinin kamu davasında, CMK'nın kendisine tanıdığı hak ve yetkileri kullanmak üzere Cumhuriyet savcısının yanında bulunmak istemesine katılma; bu talebin yetkili merci tarafından kabul edilmesi halinde istemde bulunan kişiye ise katılan (müdahil) denilmektedir¹³⁹⁴.

Marka suçlarında lisans hakkı sahiplerinin davaya katılıp katılamayacağı doktrinde tartışılmış ve inhisari olsun veya olmasın lisans hakkı sahiplerinin yargılamaya müdahil olabileceği sonucuna varılmıştır¹³⁹⁵. Buna karşılık yargı kararlarında inhisari lisans ile inhisari olmayan lisans arasında ayırım yapılmakta ve inhisari olmayan lisans hakkı sahibinin davaya katılmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir¹³⁹⁶.

¹³⁹⁴ Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 249; Centel / Zafer, s. 1006; Özbek / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 580.

¹³⁹⁵ Başbüyük, s. 268; Çetintürk, s. 1046.

¹³⁹⁶ “Müşteki ... Film... L.T.D.'nin hak sahibi firma ile lisans sözleşmesi olup, sözleşmeye göre sadece telif hakkı uyarılarının sağlanması şeklinde genel ibarenin bulunup, inhisari nitelikte lisans sahibi olmayanların dava ve şikayet hakkı bulunmayacağından müşteki ... Film Yapım ve Televizyon Haber Ajansı vekilinin sanıklar ... ve ... hakkında davanın düşürülmesine yönelik karara karşı istinaf nedenleri yerinde görülmemiş olup” (İstanbul B.A.M., 16. C.D., 02.09.2020, 7473/3115); “Marka sahibi Valeo 03.01.1990 tarihli yazı ile adının ve Valeo'ya ait markaların kullanılması için belirli şartlarla Valeo Distribution isimli şirketi, alt lisans vermeye yetkili kılmıştır. Bu husus 23.08.1999 tarihli Valeo Distribution ile şikayetçi Valeo arasında yapılan sözleşmede açıkça yer almaktadır. Bu sözleşmeye ek olarak Valeo Distribution ile şikayetçi Valeo Otomotiv Dağıtım A.Ş. arasında düzenlenen 21 Mart 2000 tarihli ek sözleşmenin 4. maddesi ile lisans verenin, alt lisans sözleşmesinin 6. maddesine istinaden alt lisans alan Valeo Otomotiv Dağıtım A.Ş. 'ne dava açma hakkı tanıdığı belirtilmektedir. Alt lisans sözleşmesi inhisari nitelikte bir sözleşme olmayıp, basit ruhsatı (lisansı) içeren lisans sözleşmesi olup basit lisans sahiplerinin doğrudan dava hakkı olamayacağı 556 Sayılı KHK'nin 21 ve 73. maddelerinin amir hükmüdür. Yasanın koyduğu koşullara uygun olmayan bir sözleşme ile dava hakkı tanındığının belirtilmesi durumu değiştirmeyecektir. Marka sahibi Valeo ile Valeo Distribution arasındaki sözleşmenin niteliği de sonuca etkili olmayacaktır. Bu nedenle dava ve şikayet hakkı bulunmayan

CMK'nın 237'nci maddesinde açıkça belirtildiği üzere, katılma için “mağdur veya suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişi veya malen sorumlu” olmak gerekmektedir. Doktrinde, CMK'nın 237'nci maddesinde davaya katılma hakkı olan kişiler belirlenirken mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarının birlikte kullanıldığı; mağdurun suçtan doğrudan zarar gören olduğu; suçtan zarar gören ile de suçtan dolaylı biçimde zarar görenlerin kastedildiği ifade edilmiştir¹³⁹⁷. Ancak davaya katılmanın istisnai bir yol olması sebebiyle doktrinde ekseriyetle ve uygulamada, katılma açısından suçtan zarar gören kavramının mümkün olduğu kadar dar tutulması gerektiği belirtilmiştir^{1398, 1399}.

Şikâyet hakkını kullanabilen inhisari olmayan lisans hakkı sahibinin kanun gereği davaya katılabileceği açıklamadan münezzehdir. Buna karşılık, marka hakkı sahibinin şikâyetçi olduğu ve davaya katıldığı durumlarda ise kanaatimizce inhisari olmayan lisans hakkı sahibi davaya müdahil olamamalıdır. Marka hakkı sahibinin şikâyetçi olması halinde ayrıca inhisari olmayan lisans hakkı sahibinin davaya katılabileceğinin kabulü SMK'nın 158'inci maddesinin 2'nci fıkrası¹⁴⁰⁰ ve istisnai kurumların dar yorumlanması ve uygulanması gerektiği anlayışı ile bağdaşmamaktadır.

şikâyetçi Valeo Otomotiv Dağıtım A.Ş. vekilinin temyiz talebinin 5320 Sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince oyçokluğuyla reddine” (Y. 7. C.D., 08.12.2011, 3730/24363); “Merkezi Londra’da olan marka sahibi Oxford University Pres ile Türkiye’de bulunan Oxford Yayıncılık Limited Şirketi arasında dosyada mevcut 21.8.1995 tarihli Tek Yetkili Temsilcilik ve Distribütörlük Sözleşmesi inhisari nitelikte bir sözleşme olmayıp, basit ruhsatı (lisansı) içeren lisans sözleşmesi olup basit lisans sahiplerinin doğrudan dava hakkı olamayacağı 556 sayılı KHK'nin 21 ve 73.maddelerinin amir hükmüdür” (Y. 7. C.D., 17.03.2009, 2758/3949).

¹³⁹⁷ Centel / Zafer, s. 1008; Özbek / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 581-582.

¹³⁹⁸ Yenisey / Nuhoglu, s. 179; Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 249; Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 243-244.

¹³⁹⁹ “Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile özel dairelerin yerleşmiş içtihatlarına göre CMK'nın 237 nci maddesi uyarınca kişinin davaya katılan olarak kabul edilebilmesi için, suçtan doğrudan doğruya zarar görmesi gerekmektedir. Suçtan dolaylı zarar gören veya görebilecek kişinin davaya katılan olarak kabulüne karar verilmesi usule ve yerleşmiş Yargıtay görüşlerine aykırıdır, buna rağmen verilen davaya katılma kararı hukuken geçersiz olup, hükmü temyize hak vermemektedir” (Y. C.G.K., 22.10.2013, 11-1322/421); “Kamu davasına katılmak için aranan “suçtan zarar görme” kavramı yasada açıkça tanımlanmamış, gerek Ceza Genel Kurulu gerekse Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında bu kavram “suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş bulunma hali” olarak anlaşılıp uygulanmış, buna bağlı olarak da dolaylı veya olası zararların, davaya katılma hakkı vermeyeceği kabul edilmiştir” (Y. C.G.K., 21.02.2012, 8-279/55).

¹⁴⁰⁰ SMK'nın 158'inci maddesinin 2'nci fıkrası, “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 bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmaması hâlinde, lisans alan, yaptığı bildirim de ekleyerek, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabilir. Bu fıkra uyarınca dava açan lisans alanın, dava açtığını hak sahibine bildirmesi gerekir” hükmünü içermektedir.

F. Bilirkişi Raporlarının Suçun Tespitine Etkisi

Bilirkişi, çözümlü uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda hâkime ve mahkemeye yardımcı olan kişidir¹⁴⁰¹. CMK'nın 63'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, çözümlü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiğı hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Ayrıca CMK'nın 67'nci maddesinin son fıkrasında, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüpheli veya sanığın, müdafin veya kanunî temsilcinin, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabileceğı hüküm altına alınmıştır.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün belirlenmesinde bilirkişi incelemesine başvurulması gerektiğı doktrinde kabul edilmekte¹⁴⁰² ve uygulamada bilirkişiye başvurulmaması eksik soruşturma veya kovuşturma olarak değerlendirilmektedir¹⁴⁰³. Ancak mahkemelerin bilirkişi

¹⁴⁰¹ **Dönmez, Burcu**, Yeni CMK'da Bilirkişi Kavramı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sergisi, Yıl 2007, Cilt 9, Özel Sayı, s. 1145; **Yokuş Sevük, Handan**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXIV, Sayı 1, 2006, s. 49.

¹⁴⁰² **Öçal**, Markaların Himayesi, s. 108; **Cengiz**, s. 16; **Yenidünya / İçer**, s. 86; **Başbüyük**, s. 273.

¹⁴⁰³ “Somut olayda iddianın iltibasa ilişkin olduğu, iddia konusu şüphelilerin işyerlerinde kullandıkları ürünlerin müşteki şirketin tescilli markası ile iltibasa yol açacak şekilde kullanılıp kullanılmadığının tespitine yönelik uzman bilirkişi raporu aldırılmaksızın eksik soruşturma ile tesis edilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara yapılan itirazın kabulüne karar verilmesi yerine” (Y. 19. C.D., 08.10.2018, 3107/9922); “Suça konu Puma marka 1 çift ayakkabının satışa sunulduğu belirtilen işyeri arama, zapt etme ve yediemin tutanağının fotokopi olduğu, aslının getirtilerek tutanak mümziilerinin tanık olarak dinlenilmesi, sanığın işyerinde ele geçirilen Puma markalı ürün ile katılandan temin edilecek ürünün karşılaştırmalı olarak konusunda uzman bilirkişiye incelettirerek katılana ait markanın iktibas veya iltibas suretiyle taklit edilip edilmediğinin tespiti, sonuçlarına göre sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi” (Y. 19. C.D., 16.06.2015, 4753/2859); “Katılan firma vekilinden varsa 25. emtia sınıfında tescilli olan markalarının sorulup, Türk Patent ve Marka Kurumundan bu markalara ait tescil belgelerinin onaylı örnekleri getirtilip, katılan firmadan temin edilecek orijinal ürünler ve suça konu ürünlerin karşılaştırılması suretiyle dava konusu ürünlerde kullanıldığı iddia olunan marka ve logolar ile orijinal ürünlerde yer alan marka ve logoların karşılaştırılabilmesi için örnekleri veya resimlerinin de temyiz denetimine olanak verecek şekilde dosyaya eklenmesinin ardından yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak; sanığa ait işyerinde ele geçirilen giysiler üzerinde kullanılan markanın, katılan firmanın 25. emtia sınıfında tescilli olan marka veya markalarıyla iktibas veya iltibas oluşturacak şekilde taklit olarak kullanılıp kullanılmadığı ve kullanılmış ise katılanın hangi marka veya markalarına tecavüz edildiğı belirlenerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken eksik kovuşturma ile ve yetersiz bilirkişi raporu hükme esas alınmak suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi” (Y. 19. C.D., 25.03.2021, 31760/3679); “Dosya kapsamına göre, şüphelinin sahibi olduğu iş yerinde, müşteki Et ve Süt Kurumu Genel Müdürlüğü ile 29/03/2016

raporuna bağlı kalmadığı ve bizzat kendisinin iltibas incelemesi yaptığı da istisnaen görülmektedir¹⁴⁰⁴.

Öte yandan, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 08.06.2016 tarihli 696/778 sayılı kararında, “556 sayılı KHK’nin 8/1-b maddesi anlamında markalar arasında karıştırılma

tarihinde yapmış olduğu Franchise sözleşmesine göre faaliyette bulunduğu sırada, anılan sözleşme gereğince müşteri adına tescilli işaret, logo ve resimleri kullanmasını müteakip, sözleşmenin sona erdiği 27/08/2017 tarihinden itibaren de söz konusu Kurum adına tescilli işaret, logo ve resimlerini kullanmaya devam ettiği, bu durumun şüphelinin kollukça alınan 25/04/2018 tarihli ifadesindeki beyanında sabit olması ile birlikte, her ne kadar Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen tahkikat esnasında tutulan 18/05/2018 tarihli tutanak ve ekindeki fotoğraflara göre şüphelinin iş yerinde müşteri Et ve Süt Kurumu Genel Müdürlüğü adına tescilli işaret, logo ve resimlere rastlanılmamış ise de, şüphelinin iş yerinde kullanmış olduğu işaret, logo ve resimlerin anılan Kurum adına tescilli işaret, logo ve resimleri ile benzerlik gösterdiğinin anlaşılması karşısında, iltibasa yol açacak şekilde kullanım olup olmadığının tespitine yönelik uzman bilirkişi raporu alındıktan sonra toplanacak diğer deliller ve yapılacak inceleme sonucuna göre şüphelinin hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeden” (Y. 19. C.D., 21.01.2021, 28157/312); “Türk Patent ve Marka Kurumundan suça konu ürünler üzerinde kullanılan markanın Resmi Marka Gazetesinde yayınlanma tarihi ile suç tarihinde geçerli bulunup bulunmadığının tespiti açısından marka tescil belgesinin emtia listesi ile birlikte onaylı ve renkli örneklerinin getirtilip, katılan firmadan temin edilecek orijinal ürünler ve sanıkta ele geçirilen ürünlerin karşılaştırılması suretiyle marka hakkının ihlal edilip edilmediği konusunda uzman bilirkişi incelemesi yaptırılarak, dava konusu eşyada kullanıldığı iddia olunan marka ve logolar ile orijinal ürünlerde yer alan marka ve logoların karşılaştırılabilmesi için örnekleri veya resimlerinin de istinaf denetimine olanak verecek şekilde dosyaya eklenmesinden sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, bilirkişi raporu almadan eksik kovuşturma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi” (Antalya B.A.M., 13. C.D., 15.12.2020, 416/1029); “Yerel mahkemece, sanık hakkında yapılan yargılama neticesinde atılı suçtan mahkumiyetine karar verilmiş ise de; dosyanın konusunda uzman bilirkişiye tevdi edilerek suça konu sahte olduğu iddia edilen ürünlerin sahte olup olmadığı hususunda bilirkişi raporu alınarak tüm deliller birlikte değerlendirildikten sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması” (Sakarya B.A.M., 5. C.D., 27.11.2019, 2702/3135); “Dosyanın, marka ve patent uzmanı bilirkişiye tevdi edilerek, suça konu eşyaların 6769 sayılı yasaya aykırılık teşkil edip etmediği hususunda rapor tanziminin istenmesi için dosyanın incelenmeksizin ilk derece mahkemesine tevdiine” (Konya B.A.M., 5. C.D., 03.05.2019, 1205/1243).

¹⁴⁰⁴ “Marka birden çok unsur içerdiği takdirde markanın asıl unsurunu, bütünü itibarıyla görünüşü ve ayırt ediciliğini vurgulayan imaj oluşturur. Dosyada mevcut orijinal ve taklit olduğu iddia edilen ürünlere ait renkli fotoğrafların incelenmesinde; suça konu ürünler ile orijinal ürünler arasında renk, genel görünüm ve insan duyarlarında bıraktıkları izlenim bir bütün olarak değerlendirildiğinde; ortalama tüketiciler yönünden iltibas dahi oluşturmayacağı, aksi kabulün tüm ekose desenli kumaşların katılanın tekeline bırakılacağı sonucunu doğuracağı ve bu durumun hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleriyle bağdaşmayacağı da gözetilerek, sanığın beraati yerine, yerinde görülmeyen gerekçe ile mahkumiyetine karar verilmesi” (Y. 19. C.D., 04.07.2019, 27576/10585); “Katılan vekilinin şikayeti üzerine mahkemeden alınan karara istinaden sanığa ait iş yerinde 16.05.2012 günü yapılan aramada toplam 1020 adet terliğin ele geçirildiği, suça konu terliklerin üzerinde katılan firma adına tescilli markanın logosuna benzer işaretlerin olduğu iddiası üzerine alınan bilirkişi raporlarında, katılan adına tescilli markalardan kaynaklanan haklara iltibas suretiyle tecavüz edildiği belirtilmişse de; bu raporlarda yer alan fotoğraflar incelendiğinde; suça konu ürünlerde kullanıldığı iddia edilen logolar ile orijinal ürünlerde yer alan marka ve logolar arasında desen, şekil, biçim itibarıyla iltibasa yol açabilecek derecede benzerlik bulunmadığı ve ortalama düzeydeki tüketiciler üzerinde yanıltıcı olmadığı anlaşıldığından, marka hakkına tecavüz suçunun oluşmadığı gözetilerek, sanığın beraati yerine, dosya kapsam ve içeriğine uygun düşmeyen bilirkişi raporlarına dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulması” (Y. 19. C.D., 07.12.2017, 8442/10724).

ihimalinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi hukuki bir konu olduğundan bilirkişinin oy ve görüşüne başvurulamayacağı, aksine davranışın yukarıda açıklanan yasal mevzuata aykırılık oluşturacağı, diğer bir deyişle hâkimin yerine bilirkişinin konulması sonucunu doğuracaktır” hükmüne varılmıştır^{1405, 1406}.

G. Marka Suçlarında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, “kurulan hükmün, belirli şartlar altında, sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmaması” anlamına gelmektedir¹⁴⁰⁷.

CMK’nın 231’inci maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; “sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan cezanın iki yıl(2) veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması”, “sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması”, “mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması”, “suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” ve “sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmesi” gerekmektedir.

Marka suçlarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için “suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi (zararın giderilmesi)” şartı önem arz etmektedir. Nitekim haksız bir fiil olan marka hakkına tecavüz halinde, marka hakkı sahibinin zarara uğraması mümkündür ve marka hakkına tecavüz halinde tazmin yükümlülüğü doğmaktadır (SMK m. 150-151).

¹⁴⁰⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun aksi yöndeki kararı için bkz. **Y.H.G.K., 06.04.2011, 11-744/57**.

¹⁴⁰⁶ Doktrinde **Çolak**, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 08.06.2016 tarihli 696/778 sayılı kararı ile çok uzun yıllar yanlış süren uygulamadan dönüldüğü görüşündedir. Bununla birlikte **Çolak**, sınıfsal benzerlik konusunda istisnai olarak teknik bilirkişi görüşüne başvurulabileceğini kabul etmektedir. Bkz. **Çolak**, s. 325-328.

¹⁴⁰⁷ **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 893; **Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır**, s. 631; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 726; **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 587.

Zararların giderilmesi kapsamına ilişkin CMK’da bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde hâkim görüşe¹⁴⁰⁸ ve uygulamaya¹⁴⁰⁹ göre, zararın giderilmesi şartı, basit bir araştırma ile belirlenebilir ve ölçülebilir maddi zararlara ilişkindir. Marka hakkına tecavüz neticesinde ortaya çıkan zarar ise Yargıtay’a göre basit bir araştırma ile tespit edilebilecek nitelikte değildir ve bu sebeple “zararın giderilmemiş olması” gerekçesiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilemez^{1410, 1411}. Zira hükmün açıklanmasının geri

¹⁴⁰⁸ **Epözdemir, Rezzan**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 211-213; **Yıldırım, Akif**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 298; **Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır**, s. 635; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 730; **Centel / Zafer**, s. 876; **Özbek / Doğan / Bacaksız**, Ceza Muhakemesi, s. 723.

¹⁴⁰⁹ “Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarından birisi de suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesidir. Burada, uğranılan zararlardan kast edilen maddi zararlar olup, manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir” (Y.C.G.K., 03.02.2009, 11-250/13). Aynı yönde bkz. Y.C.G.K., 05.02.2013, 2-1264/42.

¹⁴¹⁰ “Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.02.2009 tarih ve 2008/11-250 Esas, 2009/13 sayılı kararında; “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarından biri olan zarardan kast edilen maddi zarar olup, bu zararın belirlenmesinde teknik bilgiye ihtiyaç duyulmayan hallerde hâkim, kanaat verici basit bir araştırma yaparak zararı belirlemelidir.” denilmektedir. Bu ilkeler çerçevesinde, her olaya özgü ayrı değerlendirme yapılarak, maddi zararın kanaat verici basit bir araştırma ile tespit edilebilmesi halinde zararın giderilebilmesi koşulundan bahsedilebileceği, somut olayda suçun işlenmesi ile ortaya çıkan ölçülebilir bir zarar bulunmadığı gibi, suç tarihi itibarıyla adli sicil kaydı bulunmayan sanık hakkında, “tazmin koşulu yerine getirilmediğinden” şeklindeki yerinde görülmeyen gerekçe ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi” (Y. 19. C.D., 18.03.2021, 28650/3277). Aynı yönde bkz. Y. 19. C.D., 04.02.2021, 120/1082; Y. 19. C.D., 04.02.2021, 1072/1083; Y. 19. C.D., 28.11.2019, 22945/14773; Y. 19. C.D., 12.09.2019, 27611/11150; Y. 7. C.D., 14.01.2015, 22059/10201. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu oluşturan mütecaviz işaretli malların değerinin katılanın zararı olmayacağı konusunda bkz. “Marka hakkının ihlali suçunun konusunu oluşturan eşyaların değerinin tespitinden elde edilecek miktarın katılanın zararı olamayacağı, suçla ihlal edilen bir zarar olmayıp, hak ihlali olduğu, suçun işlenmesiyle ortaya çıkan ölçülebilir ve giderilebilir bir zararın henüz bulunmadığı, bu haliyle de olayda dosyaya yansıyan somut maddi bir zararın bulunmaması” (Sakarya B.A.M., 5. C.D., 15.10.2020, 528/2493). Aynı yönde bkz. İzmir B.A.M., 11. C.D., 24.09.2019, 3627/2765.

¹⁴¹¹ Yargıtay, zararın giderilmesi şartının ancak zarar suçlarında dikkate alınması gerektiği, herhangi bir zararın doğmadığı veya zarar doğurmaya elverişli bulunmayan suçlar bakımından bu şartın aranmayacağı görüşündedir. Bkz. “Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03/02/2009 tarihli ve 2008/250-13 sayılı kararında açıklandığı üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 5271 sayılı CMK’nın 231/6-c. madde ve bendinde işaret olunan, zarar kavramının kanaat verici basit bir araştırma ile belirlenebilir, ölçülebilir maddi zararlara ilişkin olduğu, manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği, zarar koşulunun ancak zarar suçlarında dikkate alınması gereken bir unsur olduğu, defter ve belge gizleme suçunda anılan maddenin aradığı anlamda somut bir zarardan söz edilemeyeceği dikkate alındığında; engel adli sicil kaydı bulunmayan, hükmolunan cezası ertelenen ve CMK’nın 231. maddesinin uygulanmasını kabul eden sanık hakkında, “zarar karşılanmamış olduğundan” şeklindeki yasal olmayan gerekçeyle yazılı şekilde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi” (Y. 11. C.D., 19.04.2021, 8653/3788); “Sanığın atılı suçu işlediği yönündeki kabulde isabetsizlik görülmemiş ise de; hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 5271 sayılı CMK’nın 231/6-c madde ve bendinde işaret olunan zarar kavramının, kanaat verici basit bir araştırma ile belirlenebilir, ölçülebilir maddi zararlara ilişkin olduğu, manevi zararların bu kapsama dâhil edilmemesi gerektiği, zarar koşulunun ancak zarar

bırakılması kararı verilmesi, mağdur veya suçtan zarar görenin hukuk mahkemesinde şahsi hak davası açmasına ve zararının giderilmesini istemesine engel teşkil etmemektedir¹⁴¹².

H. Hızlı İmha Prosedürü (SMK m. 163)

Marka suçları ve özelinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu sebebiyle elkonulan veya muhafaza altına alınan suça konu eşyaların akıbetleri belli oluncaya kadar depolanması ve saklanması ciddi külfet oluşturabilmektedir. Zira pek çok iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda binlerce ve hatta on binlerce mütecaviz işaretli mal yakalanabilmektedir¹⁴¹³. Uygulamada ortaya çıkan zorlukların aşılabilmesi adına SMK'da hızlı imha prosedürü getirilmiştir.

SMK'nın önemli bir yeniliği olan ve marka suçları için getirilen hızlı imha prosedürü, 163'üncü maddede, *“(1) Bu Kanunda yer alan suçlar sebebiyle elkonulan veya muhafaza altına alınan suça konu eşyanın sayısı, ebadı veya niteliği gibi nedenlerle emanet bürosunda muhafaza edilemeyecek olması hâlinde, Cumhuriyet savcısının talimatı doğrultusunda numune alınması mümkün olan eşyadan yeteri kadar numune alınmasını müteakip geri kalan suç eşyası mahallin maliye teşkilatına gönderilir. Numunelerle birlikte elkonulan eşyanın miktarı, cinsi, ebadı gibi tüm bilgilerini içeren tutanak Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilir.*

(2) Birinci fıkra uyarınca numune alınmak suretiyle mahallin maliye teşkilatına teslim edilen suça konu eşyanın, zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı ya da muhafazasının ciddi külfet oluşturması hâlinde bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine hâkim, kovuşturma aşamasında hükümden önce mahkeme tarafından imhasına karar verilir. İmha işlemleri Cumhuriyet savcısının başkanlığında maliye teşkilatınca oluşturulan üç kişilik komisyon huzurunda yapılır ve buna dair tutanak tanzim edilir” şeklinde düzenlenmiştir¹⁴¹⁴.

suçlarında dikkate alınması gereken bir unsur olduğu, sahtecilik suçunun işlenmesi ile oluşmuş somut bir zarardan söz edilemeyeceği hususu da göz önünde bulundurularak” (Y. 15. C.D., 12.02.2020, 11124/1933).

¹⁴¹² Y.C.G.K., 03.02.2009, 11-250/13.

¹⁴¹³ Kaynak, Fikri Mülkiyet, s. 604.

¹⁴¹⁴ SMK'nın “suç eşyalarının imhası” başlıklı Geçici 3'üncü maddesi, *“(1) 1/1/2009 tarihinden önce işlediği suç nedeniyle mülga 551, 554, 555 veya 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin ceza hükümleri uygulanarak haklarında suça konu eşyanın müsaderesine dair verilen ve kesinleşen kararın infazı gerçekleşmemiş kişilere; eşyanın adli emanette veya müştekide bulunmasına ya da 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 132 nci maddesinin beşinci fıkrası gereğince muhafaza edilmek üzere diğer bir kişiye teslim edilmiş olmasına bakılmaksızın, kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki Cumhuriyet başsavcılığınca resen, sonuçları açıklanan usulüne uygun meşruhatlı tebligat çıkarılır. Bu kişilere bir ay içinde mahkemeye başvurarak eşyanın iadesini talep etme hakları olduğu bildirilir. Bu süre*

Hükme göre, numune alınmak suretiyle mahallin maliye teşkilatına teslim edilen suça konu eşyanın, zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı ya da muhafazasının ciddi külfet oluşturmaları hâlinde bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine hâkim, kovuşturma aşamasında hükümden önce mahkeme tarafından imhasına karar verilir.

Kanaatimizce hızlı imha prosedürü istisnai bir ceza muhakemesi usulüdür¹⁴¹⁵. Zira elkonulan veya muhafaza altına alınan suça konu eşyalar, mahkemece hüküm verilmeden önce imha edilmekte, ortadan kaldırılmaktadır.

Hukukumuzda hızlı imha prosedürünün benzer bir şekline GK'nın 57'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında rastlanmaktadır. Kolaylaştırılmış imha olarak isimlendirilen düzenleme “*Gümrük idaresince gümrük işlemleri durdurulan veya alıkonulan eşyanın mahkemece fikri ve sınai hakları ihlal ettiğinin tespitine gerek olmaksızın kolaylaştırılmış imha kapsamında gümrük kontrolü altında imhasına gümrük idaresi tarafından izin verilebilir. Kolaylaştırılmış imhaya ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir*” şeklinde kaleme alınmıştır. Özel hukuk bağlamında getirilen bir usul olan kolaylaştırılmış imhada, hızlı imha aksine mütecavizin muvafakatine ihtiyaç bulunmaktadır (Gümrük Yönetmeliği m. 105/2-b).

içinde sahipleri tarafından iade talebinde bulunulmaması veya iade talebinde bulunulmakla beraber mahkemece verilen iade kararının tebliğinden itibaren bir ay içinde eşyanın teslim alınmaması hâlinde Cumhuriyet başsavcılığının istemi üzerine kararı veren mahkeme tarafından eşyanın imhasına karar verilir. İmha kararı derhâl yerine getirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

(2) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce mülga 551, 554, 555 veya 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin ceza hükümleri uygulanarak haklarında eşyanın iadesi yönünde verilen kesinleşmiş karar bulunduğu hâlde eşyayı teslim almayan kişilere, eşyanın adli emanette veya müştekide bulunmasına ya da Ceza Muhakemesi Kanununun 132 nci maddesinin beşinci fıkrası gereğince muhafaza edilmek üzere diğer bir kişiye teslim edilmiş olmasına bakılmaksızın, kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki Cumhuriyet başsavcılığı tarafından resen, sonuçları açıklanan usulüne uygun meşruhatlı tebligat çıkarılarak iadesine karar verilen eşyayı bir ay içinde teslim almaları istenir. Bu süre içinde sahipleri tarafından teslim alınmayan eşya hakkında, Cumhuriyet başsavcılığının istemi üzerine kararı veren mahkeme tarafından imha kararı verilir. İmha kararı derhâl yerine getirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

(3) Bu madde gereğince yapılacak imha işlemleri, Cumhuriyet savcısı başkanlığında, emanet memuru ve iki zabıt kâtibinden oluşan komisyon tarafından yerine getirilir ve buna ilişkin tutanak tanzim olunur. Komisyonda hangi zabıt kâtiplerinin yer alacağı adalet komisyonlarınca belirlenir. İmha edilen eşya için hak sahibine herhangi bir ödeme yapılmaz. İmha masrafları, eşya sahibinden tahsil edilmek şartıyla yargılama gideri olarak Hazine tarafından karşılanır” hükmünü içermektedir.

¹⁴¹⁵ Doktrinde bazı yazarlar, hızlı imha prosedürünün koruma tedbiri olduğu görüşündedir. Bkz. **Çetintürk**, s. 1115; **Güneş**, Marka Hukuku, s. 577; **Bayrak**, s. 206.

§6. MARKA SUÇLARINDA YAPTIRIM

Yükümlülöklere aykırılık dolayısıyla gerçekleşen haksızlık karşısında, hukuk düzeninin idamesi amacıyla bazı yaptırımlar uygulanmaktadır. Yaptırım ile haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde belli fiili ve hukuki sonuçlar doğurması, bu kişiye belli etkilerde bulunulması amaçlanır. TCK’da suç karşılığı olarak uygulanan iki yaptırım şekli düzenlenmiştir: Ceza ve güvenlik tedbiri.

TCK’nın 45’inci maddesine göre suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır. TCK’da düzenlenen güvenlik tedbirleri ise “*belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma* (TCK m. 53)”, “*eşya müsadere* (TCK m. 54)”, “*kazanç müsadere* (TCK m. 55)”, “*çocuklara özgü güvenlik tedbirleri* (TCK m. 56)”, “*akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri* (TCK m. 57)”, “*suçta tekrür ve özel tehlikeli suçlular* (TCK m. 58)”, “*sınır dışı edilme* (TCK m. 59)” ve “*tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri* (TCK m. 60)”dır.

Aşağıda marka suçlarında öngörölen cezalar ile özellik arz eden eşya müsadere ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri hakkında açıklamalarda bulunulacaktır.

I. Cezalar

SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun cezası “*bir yıldan üç yıla kadar hapis*” ve “*yirmi bin güne kadar adli para cezası*” olarak belirlenmiştir.

SMK’nın 30’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında, marka koruması işaretinin kaldırılması suçu bakımından, “*bir yıldan üç yıla kadar hapis*” ve “*beş bin güne kadar adli para cezası*” öngörölmüştür.

SMK’nın 30’uncu maddesinin 3’üncü fıkrasında ise yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun “*iki yıldan dört yıla kadar hapis*” ve “*beş bin güne kadar adli para cezası*”nı gerektirdiği kabul edilmiştir.

Göröldüğü üzere marka suçlarında hapis cezası ile adli para cezası birlikte öngörölmüştür. Bu itibarla hâkim, fail hakkında hem hapis cezasına hem de adli para cezasına hükmedecektir.

Cezalar belirlenirken, TCK'nın 61'inci maddesinde hüküm altına alınan ilkelerden hareket edilecektir. Hâkim öncelikle somut olayda, “suçun işleniş biçimini”, “suçun işlenmesinde kullanılan araçları”, “suçun işlendiği zaman ve yeri”, “suçun konusunun önem ve değerini”, “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını”, “failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını” ve “failin güttüğü amaç ve saiki” göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyecektir (TCK m. 61/1). Ardından belirlenen temel ceza üzerinden diğer artırım veya indirim sebepleri TCK'nın 61'inci maddesinde belirlenen sıraya göre uygulanacaktır.

TCK'nın 52'nci maddesinin 1'inci fıkrası, “Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümden hareketle, adli para cezasının belirlenmesinin üç aşamada gerçekleşeceği söylenebilir.

İlk aşamada adli para cezasının uygulanacağı gün sayısının TCK'nın 61'inci maddesi dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir. Ancak marka suçlarında hükmedilebilecek adli para cezasının alt sınırı gösterilmemiştir. TCK'nın 52'nci maddesinin 1'inci fıkrası gereğince adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olamayacağından marka suçlarında adli para cezasının alt sınırı beş gündür. İkinci aşamada, her bir gün birimi için uygulanacak parasal miktarın belirlenmesi gerekmektedir. TCK'nın 52'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak mahkemece takdir edilecektir. Nihayet üçüncü aşamada, belirlenen gün sayısı ile her bir gün için öngörülen miktar çarpılarak sonuç ceza elde edilecektir.

Temel hapis cezası ile temel adli para cezası belirlenirken hükümde çelişkiye düşülmemelidir. Hâkim temel cezaları belirlerken **aynı gerekçeyle dayanarak** bir taraftan hapis cezasının alt sınırını esas alırken diğer taraftan adli para cezasının alt sınırından uzaklaşamaz¹⁴¹⁶. Bu itibarla örneğin, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz

¹⁴¹⁶ “Kabule göre de; hapis cezasının alt sınırdan tayin edilmesine rağmen, adli para cezasının belirlenmesi sırasında, yeterli ve yasal gerekçe gösterilmeksizin, aynı gerekçeyle dayanılarak tam gün sayısının asgari haddenden uzaklaştırılması suretiyle sanıklar hakkında fazla ceza tayin edilmesi,” isabetsizliklerinden bozulmasına karar verildiği” (Y. C.G.K., 18.02.2021, 221/46); “Sanık hakkında takdirenn alt sınırdan ceza tayin edildiği belirtildiği halde, adli para cezasının belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşılarak hüküm kurulması suretiyle

suçunda temel hapis cezası bir yıl (alt sınır) olarak belirlenmişse farklı bir gerekçe bulunmadığı takdirde temel adli para cezası da beş gün (alt sınır) olmalıdır. Dolayısıyla iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu için öngörülen yirmi bin gün adli para cezasının her zaman bir anlamı bulunmayabilir. Kanaatimizce marka suçları ile etkin mücadele kapsamında adli para cezasının sadece üst sınırının yüksek olması değil, alt sınırın da mücadeleye katkı sağlayacak nitelikte olması elzemdir. Öte yandan, ekonomik suçlardan olan marka suçlarında hapis cezalarının alt sınırının iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile marka koruması işaretinin kaldırılması suçu için bir yıl; yetkisiz tasarrufta bulunma suçu için iki yıl olarak öngörülmesine rağmen adli para cezalarının alt sınırının üç suç bakımından da beş gün olarak kabul edilmesi ekonomik suça ekonomik ceza ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

II. Güvenlik Tedbirleri

A. Eşya Müsaderesi

1. Genel Açıklamalar

Suç karşılığı öngörülen güvenlik tedbirlerinden biri olan ve ancak kasten işlenebilen suçlarda uygulanabilen müsadere, suçlunun malvarlığının tamamının veya bir kısmının mülkiyetinin suçludan alınarak devlete geçmesidir¹⁴¹⁷.

Müsadere, CMK'da yer alan ve koruma tedbiri niteliğini haiz elkoyma ile çoğu zaman birbirine karıştırılmaktadır. Hâlbuki bu iki kavram birbirinden çok farklıdır¹⁴¹⁸. Müsadere bir yaptırım, elkoyma ise koruma tedbiridir. Bunun tabii sonucu olarak elkoyma, yargıdan önce temel bir hakkı sınırlar, müsadere ise ancak hüküm kesinleştikten sonra uygulanabilir. Müsaderenin amaçları ile elkoymanın amaçları da farklıdır. Müsadere güvenlik tedbiri olması

hükümde çelişki oluşturulması” (Y. 7. C.D., 18.05.2021, 17894/6356); “Hükme esas alınan 5607 sayılı Kanunun 3/5. maddesinde hürriyeti bağlayıcı ceza yanındaki adli para cezasının alt sınırının 5 gün olduğu, somut olayda hapis cezası asgari haddten tayin edildiği halde farklı bir gerekçe gösterilmeden ve hapis ile adli para cezası arasında ayırım yapmadan adli para cezası yönünden teşdit uygulanarak 200 gün adli para cezasına hükmolunması suretiyle çelişki oluşturulması” (Y. 7. C.D., 18.05.2021, 17902/6163); “Temel ceza belirlenirken hapis cezası alt sınırdan tayin olduğu halde, aynı gerekçeyle adli para cezasına esas alınan birim gün sayısının alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi suretiyle hükümde çelişkiye neden olunması” (Y. 8. C.D., 25.03.2021, 29455/4608); “Uygulamaya göre 6136 sayılı kanuna muhalefet suçundan kurulan hükümde temel hapis cezası alt sınırdan tayin edildiği halde, gün adli para cezasının alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi suretiyle hükümde çelişkiye neden olunması” (Y. 8. C.D., 25.02.2021, 6964/3032).

¹⁴¹⁷ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 973-974; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 637; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 632.

¹⁴¹⁸ Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, s. 463-464; Özbek / Doğan / Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 365.

hasebiyle güvenlik tedbirlerinin amaçlarını taşır. Elkoymanın amaçları ise bilindiği gibi delillerin muhafaza altına alınmasını sağlamak ve verilen kararın yerine getirilmesini teminat altına almaktır. Nihayet müsadere neticesinde mülkiyet devlete geçerken elkoymada sadece adli organlar marifetiyle kişinin tasarruf yetkisi sınırlandırılır.

Eşya müsaderesi, TCK'nın 54'üncü maddesinde, “(1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/11 md.) Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı ayni hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir.

(3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçla nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir.

(4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.

(5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir.

(6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suçla iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur” şeklinde düzenlenmiştir¹⁴¹⁹.

Eşya müsaderesinin konusu, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya oluşturmaktadır (TCK m. 54/1). Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşyanın müsaderesi, suçun icra

¹⁴¹⁹ Kanuni düzenleme çerçevesinde eşya müsaderesinin, “bir suçun işlenmesine bağlı olan (m. 54/1-1. cümle)”, “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan (m. 54/1-2. cümle)”, “konusu suç teşkil eden (m. 54/4)” eşyanın müsaderesi ile “kaim değer müsaderesi (m. 54/2)” şeklinde ayrımlara tabi tutularak incelenmesi mümkündür.

hareketleri henüz başlamamış ise kural olarak mümkün değildir. Ancak suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşyanın niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere hükmolunacaktır (TCK m. 54/1). Bununla birlikte, bizzatı üretilmesi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyalar da müsadere edilecektir (TCK m. 54/4).

2. Mütecaviz İşaretli Malların Müsaderesi¹⁴²⁰

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda eşya müsaderesi önemli bir yere sahiptir. Zira iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun nüvesi,

¹⁴²⁰ SMK'nın "Suç eşyalarının imhası" başlıklı Geçici 3'üncü maddesi, "(1) 1/1/2009 tarihinden önce işlediği suç nedeniyle mülga 551, 554, 555 veya 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin ceza hükümleri uygulanarak haklarında suça konu eşyanın müsaderesine dair verilen ve kesinleşen kararın infazı gerçekleşmemiş kişilere; eşyanın adli emanette veya müştekide bulunmasına ya da 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 132 nci maddesinin beşinci fıkrası gereğince muhafaza edilmek üzere diğer bir kişiye teslim edilmiş olmasına bakılmaksızın, kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki Cumhuriyet başsavcılığınca resen, sonuçları açıklanan usulüne uygun meşruhatlı tebligat çıkarılır. Bu kişilere bir ay içinde mahkemeye başvurarak eşyanın iadesini talep etme hakları olduğu bildirilir. Bu süre içinde sahipleri tarafından iade talebinde bulunulmaması veya iade talebinde bulunulmakla beraber mahkemeye verilen iade kararının tebliğinden itibaren bir ay içinde eşyanın teslim alınmaması hâlinde Cumhuriyet başsavcılığının istemi üzerine kararı veren mahkeme tarafından eşyanın imhasına karar verilir. İmha kararı derhâl yerine getirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

(2) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce mülga 551, 554, 555 veya 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin ceza hükümleri uygulanarak haklarında eşyanın iadesi yönünde verilen kesinleşmiş karar bulunduğu hâlde eşyayı teslim almayan kişilere, eşyanın adli emanette veya müştekide bulunmasına ya da Ceza Muhakemesi Kanununun 132 nci maddesinin beşinci fıkrası gereğince muhafaza edilmek üzere diğer bir kişiye teslim edilmiş olmasına bakılmaksızın, kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki Cumhuriyet başsavcılığı tarafından resen, sonuçları açıklanan usulüne uygun meşruhatlı tebligat çıkarılarak iadesine karar verilen eşyayı bir ay içinde teslim almaları istenir. Bu süre içinde sahipleri tarafından teslim alınmayan eşya hakkında, Cumhuriyet başsavcılığının istemi üzerine kararı veren mahkeme tarafından imha kararı verilir. İmha kararı derhâl yerine getirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

(3) Bu madde gereğince yapılacak imha işlemleri, Cumhuriyet savcısı başkanlığında, emanet memuru ve iki zabıt kâtibinden oluşan komisyon tarafından yerine getirilir ve buna ilişkin tutanak tanzim olunur. Komisyonda hangi zabıt kâtiplerinin yer alacağı adalet komisyonlarınca belirlenir. İmha edilen eşya için hak sahibine herhangi bir ödeme yapılmaz. İmha masrafları, eşya sahibinden tahsil edilmek şartıyla yargılama gideri olarak Hazine tarafından karşılanır" hükmünü içermektedir.

mütecaviz işaretli mallardır ve bu suçun işlenmesi, mütecaviz işaretli malların müsadere edilmesini gerektirmektedir^{1421, 1422}.

Uygulamada mütecaviz işaretli malların hukuki niteliği ve dolayısıyla müsadere hangi normun esas alınacağı hususunda yeknesaklık bulunmamaktadır¹⁴²³. Bazı mahkeme kararlarında, mütecaviz işaretli malların “suçun işlenmesinde kullanılan” veya “suçtan meydana gelen” eşya olarak değerlendirildiği ve TCK’nın 54’üncü maddesinin 1’inci fıkrasına göre müsadere edildiği görülmektedir¹⁴²⁴. Buna karşılık, bazı mahkemeler mütecaviz işaretli malları “konusu suç teşkil eden eşya” olarak nitelendirmekte ve bunların müsadere edilmesine TCK’nın 54’üncü maddesinin 4’üncü fıkrasına uyarınca karar vermektedir¹⁴²⁵.

¹⁴²¹ “Antalya Tasfiye İşletme Müdürlüğü’nde 2017/190 ambar numarası ile muhafaza edildiği anlaşılan 122 çift Adidas ibareli ayakkabı ve 10 çift Adidas ibareli terliğin müsadere edilmesine karar verilmemesi” (Antalya B.A.M., 13. C.D., 01.12.2020, 55/920); “Ele geçirilen taklit olduğu belirtilen ürünler ile ilgili olarak müsadere kararı verilmemesi hukuka aykırı” (İzmir B.A.M., 16. C.D., 10.03.2020, 4298/848); “Soruşturma aşamasında sanığa yediemin olarak bırakılan eşyaların müsadere edilmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi” (Samsun B.A.M., 16. C.D., 04.03.2019, 4530/761).

¹⁴²² Hizmet markalarında, mütecaviz işaretin üzerinde bulunduğu tabela veya broşür gibi eşyalar müsadere edilir. Bkz. Çetintürk, s. 989.

¹⁴²³ 551 sayılı Markalar Kanunu’nun 53’üncü maddesi, “51 inci maddenin (b) bendi hükümlerine göre haksız olarak kullanıldığı tespit olunan markayı taşıyan emtia, etiket, zarf, muhafaza, ticari evrak gibi vasıtalarla bu markaların imal ve vaz’ında kullanılan mühür, soğuk damga, klişe gibi alet ve edevatın müsadere edilmesine karar verilir.

Beraat halinde de aynı hükümler tatbik olunur” hükmünü içermektedir. Ancak SMK’da böyle bir hüküm bulunmadığından TCK’nın 54’üncü maddesine göre bir değerlendirme yapılmalıdır.

¹⁴²⁴ “Akhisar Adli Emanetinin 2017/567 sırasında kayıtlı taklit ürünlerin TCK’nın 54/1. maddesi gereğince müsadere edilmesine” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 27.02.2020, 878/777); “5237 sayılı TCK’nın 54/1 maddesi uyarınca Amasya Cumhuriyet Başsavcılığı Emanet Memurluğu’nun 2017/967 sıra numarasına kayıtlı 4 Adet ABERCROMBİE logolu mavi renkli bayan eşofman altı, 2 Adet ABERCROMBİE logolu gri renkli bayan eşofman altı, 1 Adet ABERCROMBİE logolu bordo renkli bayan eşofman altı ile yine Adli Emanetin 2017/925 sırasında kayıtlı 1 Adet naylon poşet içerisinde Amasya giyim pazarı adlı iş yerinden alınan XXL beden HOLLISTER Co. marka siyah renkli eşofman altının müsadere edilmesine” (Samsun B.A.M., 5. C.D., 29.01.2020, 1425/191); “Kula Adli Emanetinin 2016/147 sırasında kayıtlı 7 adet taklit çakmağın TCK’nın 54/1. maddesi gereğince müsadere edilmesine” (İzmir B.A.M., 11. C.D., 10.12.2019, 4071/3594); “Sanığa yediemin sıfatıyla teslim edilen 4 adet taklit ürün ile Adli emanetin 2017/277 sırasında kayıtlı bulunan 3 adet taklit ürünün 5237 Sayılı TCK’nın 54/1. maddesi gereğince müsadere edilmesine” (Antalya B.A.M., 10. C.D., 20.02.2018, 507/695).

¹⁴²⁵ “Kabule göre de; Suça konu taklit ürünlerin müsadere edilmesine karar verilirken uygulama maddesi olarak TCK’nın 54/4. maddesi yerine 54/1. maddesinin gösterilmesi” (Y. 19. C.D., 10.07.2019, 14651/10774); “Hükmün suça konu eşyaların akıbetini düzenleyen (C.) maddesinin (2.) paragrafının tümünden hükmünden çıkarılarak yerine “Bilecik Cumhuriyet Başsavcılığı Adli Emanetinin 2015/343 ve 2015/345 sırasında kayıtlı taklit olduğu anlaşılan eşyaların 5237 sayılı TCK’nın 54/4. maddesi uyarınca müsadere edilmesine” ibarelerinin eklenilmesi sureti ile hükmün düzeltilmesine” (Bursa B.A.M., 11. C.D., 10.11.2020, 450/452); “Bodrum Cumhuriyet Başsavcılığı Adli Emanetinin 2015/1068 sırasında kayıtlı suça konu bir adet taklit ürünün TCK’nın 54/4 maddesi uyarınca müsadere edilmesine” (İzmir B.A.M., 16. C.D., 19.06.2020, 1055/1732); “Antalya Emanetinin 2017/221, 2017/1389 ve 2017/2335 sırasında kayıtlı suça konu ürünlerin ve Antalya Tasfiye İşletme Müdürlüğüne teslim edilen Dior marka 75 adet güneş gözlüğü, Beats marka 757 adet kulaklık, Beats

Mahkeme tarafından mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, mütecaviz işaretli malların TCK'nın 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına veya TCK'nın 54'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasına göre müsadere edilmesinin kural olarak pratik bir değeri bulunmamaktadır¹⁴²⁶. Ancak bu iki normun uygulanma koşulları farklı olduğundan mahkûmiyet dışında verilecek kararlar bakımından değişik sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.

Mütecaviz işaretli malların “suçun işlenmesinde kullanılan” veya “suçtan meydana gelen” eşya olarak değerlendirilmesi ve mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi halinde bunların sahibine iadesi gündeme gelebilir^{1427, 1428}. Buna karşılık, mütecaviz işaretli mallar,

marka 192 adet (S10) hoparlör, Beats marka 208 adet (HX) hoparlör, Gucci marka 133 adet güneş gözlüğünün bizatihî suça konu olmaları nedeniyle TCK 54/4 maddesi uyarınca zoralımına” (Antalya B.A.M., 10. C.D., 04.04.2020, 4691/697); “Suça konu taklit ürünlerin müsadere edilmesi sırasında uygulama maddesinin TCK'nın 54/4.maddesi yerine TCK'nın 54/1.maddesi olarak belirlenmesi” (Adana B.A.M., 11. C.D., 20.12.2019, 4827/3320).

¹⁴²⁶ Yargıtay, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu sebebiyle sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bakımından “Müsadere edilen eşya hakkında 5237 sayılı Kanun'un 54/1. maddesi uyarınca müsadere kararı verilebilmesi için müsadere konusu eşyanın bizatihî suç oluşturmayıp suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya olmasının gerekmesi, anılan fıkra uyarınca verilen müsadere hükmünü mahkûmiyet hükmüne bağlı kılacağı için mahkûmiyet hükmünün ortadan kalkması durumunda bağlı olduğu hükümle birlikte ortadan kalkacağı, bu itibarla somut olayda denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet hükmü ortadan kaldırılarak, davanın düşmesine karar verileceği ve bu durumun üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı başlı başına suç teşkil eden taklit ürünlerin de yeniden sanığa iadesi sonucunu doğuracağından, 5237 sayılı Kanun'un 54/4. maddesi uyarınca müsadere kararı verilmesi bakımından, itirazın bu yönden kabulü yerine” şeklinde içtihatla bulunmuştur. Bkz. Y. 19. C.D., 31.01.2020, 3173/3282.

¹⁴²⁷ TCK'nın 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesine göre, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. Bu halde, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyaların sahibine iadesi gerekmez. Bkz. Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 978; Özgenç, Genel Hükümler, s. 874-875.

¹⁴²⁸ “Mahkûmiyet hükmü kurulmadığı ve sanığa ait olup emanette kayıtlı bulunan eşyaların münhasıran müsadereye tabi eşya olmadığı halde müsadere kararı verilmesi hukuka aykırı olmakla ve katılan vekilinin istinaf talebi bu sebeple yerinde görülmekle birlikte bu husus yeniden yargılamayı gerektirmeyip düzeltilebilir nitelikte bir hata olduğundan, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 280/1-a ve 303. maddeleri uyarınca hükmün üçüncü fıkrasında yer alan "Adli emanetin 2016/437 sırasında kayıtlı eşyanın TCK'nın 54. maddesi gereğince müsaderesine," cümlesinin "Mahkûmiyet hükmü kurulmadığı ve sanığa ait olup emanette kayıtlı bulunan eşyaların münhasıran müsadereye tabi eşya olmadığı gözetilerek Yozgat Cumhuriyet Başsavcılığı adli emanetinin 2016/437 sırasında kayıtlı eşyanın sanığa iadesine" şeklinde değiştirilerek” (Ankara B.A.M., 9. C.D., 15.09.2020, 1218/1523); “Sanığın istinaf başvurusu yukarıda açıklanan sebeplerle yerinde görüldüğünden ve yargılamaya konu olayın daha ziyade aydınlanması gerekmeyişinden, Ceza Muhakemesi Kanununun 280/1-a ve 303. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca Konya 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 20/02/2018 tarih ve 2017/692 (E) ve 2018/215 (K). sayılı kararından, hüküm kısmı, kanun yolu ihtaratına ilişkin son paragrafı dışında tümünden kaldırılarak, yerine "1-Sanık hakkında marka hakkında tecavüz suçundan cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmış ise de; sanığın suç kastının bulunmadığı anlaşıldığından, CMK'nın 223/2-c maddesi gereğince sanığın beraatine, 2-Konya Adli

“konusu suç teşkil eden eşya” olarak nitelendirilirse, bunların müsadere edilmesine mutlak suretle karar verilecektir¹⁴²⁹. Zira konusu suç teşkil eden eşyanın müsadere edilebilmesi için ayrıca bir suçun işlenmesi aranmamaktadır¹⁴³⁰.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz şikâyet tabi suçlardandır. Şikâyet şartı gerçekleşmediği müddetçe suçun soruşturulması veya kovuşturulması mümkün değildir (CMK m. 73). Bununla birlikte, SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında mütecaviz işaretli malların kişisel amaçla bulundurulması suç olarak kabul edilmemiştir¹⁴³¹. SMK’nın 153’üncü maddesinde ise marka hakkı sahibinin, hakkına tecavüz eden tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran veya kullanan kişilere karşı yahut sebep olduğu zarardan dolayı kendisine tazminat ödeyen kişi tarafından, sınai mülkiyet hakkı sahibinin elkoymaması sebebiyle piyasaya sürülmüş ürünleri ticari amaçla kullanan kişilere karşı SMK’da yer alan hukuk davalarını açamayacağı veya ceza davası açılması için şikâyetle bulunamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla kanaatimizce, mütecaviz işaretli mallar, kural olarak **doğrudan** TCK’nın 54’üncü maddesinin 4’üncü fıkrası kapsamında değerlendirilmemelidir¹⁴³².

Öte yandan iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun istisnai bir düzenleme olduğu da kabul edilmelidir. Zira SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında mütecaviz işaretli malların üretilmesi, satılması, ticari amaçla bulundurulması, satın alınması ve nakledilmesi suç olarak kabul edilmişken; üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması,

Emaneti'nin 2015/7370 sırasında kayıtlı katılan vekili tarafından ibraz edilen ürünün katılan vekiline İADESİNE, 3-Konya Adli Emaneti'nin 2015/7469 sırasında kayıtlı sanıktan ele geçirilen ürünlerin ve Konya Adli Emaneti'nin 2016/3607 sırasında kayıtlı, sanık tarafından dosyaya sunulan ürünün sanığa iadesine” (Ankara B.A.M., 9. C.D., 21.10.2020, 1882/2171).

¹⁴²⁹ “Kaldırılmasına karar verilen İlk Derece Mahkemesi hükmünün yerine: "Sanık Nuray Çardak'ın üzerine atılı Marka Hakkına Tecavüz suçunu işlediğine ilişkin mahkumiyetine yeter, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden, sanığın atılı suçtan CMK'nın 223/2-e maddesi uyarınca beraatine, Adli emanetin 2015/182 sırasında kayıtlı suça konu taklit eşyanın TCK'nın 54/4. maddesi uyarınca müsadere edilmesine” (İzmir B.A.M., 16. C.D., 11.10.2019, 1532/2989); “Sanık ...'ın üzerine atılı Marka Hakkına Tecavüz suçunu işlediğine ilişkin mahkumiyetine yeter, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden, sanığın atılı suçtan CMK'nın 223/2-e maddesi uyarınca beraatine, Bodrum Cumhuriyet Başsavcılığı Adli Emanetinin 2015/1068 sırasında kayıtlı suça konu bir adet taklit ürünün TCK'nın 54/4 maddesi uyarınca müsadere edilmesine” (İzmir B.A.M., 16. C.D., 19.06.2020, 1055/1732).

¹⁴³⁰ **Soygüt Arslan, Mualla Buket**, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2014, s. 402; **Acar, Hüseyin**, Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 247-248.

¹⁴³¹ İhracat kaçakçılığında, suç konusu eşyanın ticari ya da kişisel kullanıma ait veya hediyeelik olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Bkz. **Ergin**, s. 138-139

¹⁴³² Krş. **Nuhoglu**, s. 440; **Başbüyük**, s. 280; **Çetintürk**, s. 991; **Bayrak**, s. 204.

alım ve satımı suç oluşturan diğer eşyalara ilişkin normların aksine iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye tabi kılınmıştır. Bu sebeple kanaatimizce, şikâyetin gerçekleşmesiyle birlikte, şartları haiz ise şikâyeteye konu fiil ile bağlantılı olan mütecaviz işaretli malların istisnaen “*konusu suç teşkil eden eşya*” statüsüne girdiği kabul edilmeli ve şikâyetten vazgeçilmediği müddetçe mütecaviz işaretli malların TCK’nın 54’üncü maddesinin 4’üncü fıkrası uyarınca müsadereye mutlak suretle karar verilmelidir^{1433, 1434}. Böylece taraflar uzlaştığında¹⁴³⁵, mahkemece beraat kararı verildiğinde yahut hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra denetim süresinin sorunsuz geçirilmesi üzerine davanın düşmesine hükmolunduğunda mütecaviz işaretli malların sahibine iadesi gerekmeyecektir.

Esasen TCK’nın 74’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında, “*Genel af, özel af ve şikâyetten vazgeçme, müsadere olunan şeylerin veya ödenen adli para cezasının geri alınmasını gerektirmez*” denilmektedir. Buna göre, hükmün kesinleşmesinden önce şikâyetten vazgeçilmesi halinde, henüz infaz edilmemiş olan müsadere kararının infazına olanak

¹⁴³³ Krş. **Nuhoğlu**, s. 440. “*Sanık hakkında müşteki Q. S. Lda firmasına ait L.. Martina markalı ürünlerle ilgili olarak açılan davaya istinaden düşme kararı verildiği halde bulundurulması bizatihi suç teşkil etmeyen adli emanetin 2012/8794 sırasında kayıtlı L... Martina markalı ürünlerin sahibine iadesine karar verilmesi gerekirken müsadereye karar verilmesi*” (Y. 19. C.D., 09.01.2015, 12122/6823); “*Atılı suçun takibi şikâyeteye tabi olduğundan, müşteki vekili 22/02/2017 havale tarihli dilekçesi ile şikâyetlerinden vazgeçtiğini bildirdiğinden kamu davasının 5237 sayılı TCK’nın 73/4 ve 5271 sayılı CMK’nun 223/8 maddesi uyarınca düşürülmesine, Emanetin 2016/5757 sırasında kayıtlı suça konu iki adet numune ürünün karar kesinleştiğinde sanığa iadesine*” (İstanbul B.A.M., 15. C.D., 11.04.2017, 345/1065); “*1-Sanık Habib Uçar hakkında, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal satmak suçundan cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmış ise de, şikâyetten vazgeçme sebebiyle ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223/8. maddesi gereğince davanın düşürülmesine, 2-Yargılama giderlerinin Hazine üzerinde bırakılmasına, 3-Münhasıran müsadereye tabi olmayan ve Ereğli (Konya) Adli Emaneti’nin 2016/625 sırasında kayıtlı eşyaların sanığa iadesine, aynı Emanet’in 2016/594 sırasında kayıtlı olan ve katılan vekilinin şahit numune olarak sunduğu eşyanın da katılan vekiline iadesine*” (Ankara B.A.M., 15. C.D., 06.11.2018, 1001/3781).

¹⁴³⁴ Doktrinde **Bayrak**, şikâyetin suçun unsurlarına değil, takip hukukunu ilgilendiren bir kurum olduğunu, şikâyet olmasa bile suçun varlığını korumaya devam edeceğini, eşyanın müsaderesinin şikâyet ile bir ilgisi olmadığı, uzman bilirkişilerin suç oluşturduğunu belirlediği suç eşyası için kamu davası açılmasa bile görevli mahkemede müsadere davası açılması veya davanın düşmesine karar verilse bile mahkemece müsadere kararı verilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. **Bayrak**, s. 204.

¹⁴³⁵ Yargıtay 19. C.D.’nin 15.04.2021 tarihli 3461/4471 sayılı kararında, “*18/02/2020 havale tarihli uzlaştırma raporuna göre sanık ile katılan vekilinin “ürünlerin müşteki vekiline imha edilmek üzere teslim edilmesi halinde davaya konu ham maddesi altın olan ürünlerin kesilerek, eritilerek yahut üzerindeki ibarelerin silinmek suretiyle yok edilerek imha edileceği ve akabinde ham maddenin sanığa iade edileceği” hususunda ve bedel karşılığında uzlaşmaları üzerine sanık hakkında açılan kamu davasının düşürülmesine ve suça konu ürünlerin müsadereye karar verilmesi karşısında; davaya konu ürünlerin müsadereye hususunda uzlaştırma raporunda sanık ile katılan vekilinin uzlaşma sağladığı şekilde karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi*” denilmek suretiyle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda uzlaştırmanın müsadereyi etkileyebileceğine hükmedilmiştir.

kalmayacaktır. Henüz karar verilmeden vazgeçme halinde ise düşme kararı verileceğinden, yargılamaya devam edip eşyanın suçta kullanıldığının, suça tahsis edildiğinin veya suçtan elde edildiğinin tespiti olanağı zaten kalmamaktadır. Hüküm kesinleşmesinden sonra gerçekleşen vazgeçme ise kural olarak müsadere edilen eşyanın geri verilmesini gerektirmeyecektir¹⁴³⁶. Buna karşılık, şikâyetten vazgeçme TCK'nın 54'üncü maddenin 4'üncü fıkrası gereğince konusu suç teşkil eden eşyanın müsaderesini engellemeyecektir¹⁴³⁷. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere kanaatimizce, şikâyetin gerçekleşmesiyle birlikte, şartları haiz ise şikâyete konu fiil ile bağlantılı olan mütecaviz işaretli malların istisnaen “*konusu suç teşkil eden eşya*” statüsüne girdiği kabul edilmeli; şikâyet yokluğu veya şikâyetten vazgeçme halinde bunların sahibine iadesine karar verilmelidir¹⁴³⁸. Fakat, mahkeme kararlarında şikâyetten vazgeçme durumunda dahi mütecaviz işaretli malların TCK'nın 54'üncü maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca^{1439, 1440} ve hatta TCK'nın 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre müsadere edildiği görülmektedir¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁶ Şikâyetten vazgeçme kural olarak ancak hüküm kesinleşinceye kadar mümkündür. Hüküm kesinleştikten sonra artık şikâyetten vazgeçilemez. Ancak kanun koyucu, bazı suçlar bakımından hüküm kesinleştikten sonra cezanın infazı aşamasında da şikâyetten vazgeçmenin mümkün olabileceğini kabul edebilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 968.

¹⁴³⁷ **Soygüt Arslan**, s. 489-490; **Acar**, s. 326.

¹⁴³⁸ Benzer bir görüş için bkz. **Güneş**, Marka Hukuku, s. 572. Aksi yönde bkz. **Nuhoğlu**, s. 440. Farklı bir görüş için bkz. **Albayrak, Mustafa**, Markaların Korunması Hakkında KHK'ye Göre Müsadere, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 2003, Sayı 2, s. 22.

¹⁴³⁹ Şikâyet şartı gerçekleşmediği halde mütecaviz işaretli malların müsaderesine istisnaen karar verilebilir. Örneğin, mütecaviz işaretli mallar silah ise bunların müsaderesine 6183 sayılı Kanun çerçevesinde TCK'nın 54'üncü maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca karar verilecektir.

¹⁴⁴⁰ “*1-İlk derece mahkemesince sanığın mahkumiyetine ilişkin olarak verilen 12/10/2018 tarih ve 2017/962 Esas 2018/1401 Karar sayılı mahkûmiyet hükmünün kaldırılmasına, 2-TCK'nun 73/4 ve CMK'nın 223/8. maddeleri gereğince sanık hakkında açılan kamu davasının düşürülmesine, 3-Aydın Adli Emanetinin 2017/1091 sırasında kayıtlı 1 adet mühürlü delil poşeti içinde galaxy yazılı 15 adet telefon kılıfı, Samsung marka 1 adet batarya, Iphone marka 2 adet kulaklık, 2 adet şarj aleti ile 2017/970 sırasında kayıtlı 1 adet mühürlü zarf içinde üzerinde galaxy s4 mini yazılı telefon kılıfının TCK'nın 54/4. maddesi uyarınca müsaderesine*” (**İzmir B.A.M., 11. C.D., 05.10.2020, 2256/2596**); “*Katılan vekilinin sanık ... hakkındaki şikayetinden vazgeçtiği anlaşılmakla 6769 Sayılı Kanunun 30/6, TCK'nın 73/4 ve CMK'nın 223/8 maddesi gereğince sanık ... hakkındaki davanın düşürülmesine, suç konusu puma markalı ayakkabıların TCK 54/4. maddesi gereğince müsaderesine*” (**İstanbul B.A.M., 15. C.D., 20.06.2019, 2344/2464**).

¹⁴⁴¹ “*1-Dairemizce sanığın mahkumiyetine ilişkin olarak verilen 11/06/2019 tarih ve 2018/586 Esas, 2019/1956 Karar sayılı mahkumiyet hükmünün kaldırılmasına, 2-TCK'nun 73/4 ve CMK'nın 223/8. maddeleri gereğince sanık hakkında açılan kamu davasının düşmesine, 3-Akhisar Adli Emanetinin 2017/567 sırasında kayıtlı taklit ürünlerin TCK'nın 54/1. maddesi gereğince müsaderesine*” (**İzmir B.A.M., 11. C.D., 27.02.2020, 878/777**); “*Sanığın mahkumiyetine dair ilk derece mahkemesi hükmünün tamamen ortadan kaldırılarak yerine "1) Her ne kadar sanık Salih Çobanoğlu hakkında 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 30/1 maddesi gereğince cezalandırılması istemi ile kamu davası açılmış ise de; aynı yasanın 30/6 maddesi gereğince soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç yönünden müşteki vekilinin dosyaya sunduğu 06/09/2018 tarihli dilekçesi ile şikayetlerinden vazgeçtiklerini beyan etmesi sebebi ile, 5237 sayılı*

Kanaatimizce mütecaviz işaretli malların müsadere konusunda uygulamada ortaya çıkan sorunlar özel bir hüküm ile çözüme kavuşturulmalı ve yeknesaklık sağlanmalıdır. Aksi halde bazı mahkemelerce mütecaviz işaretli mallar sahibine iade edilirken bazıları her durumda müsadere kararı vermeye devam edecektir.

Mütecaviz işaretli malların üretilmesinde kullanılan makine gibi eşyalar ise ancak TCK'nın 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre müsadere edilebilir. Ancak bunların iyi niyetli üçüncü kişilere (suça iştirak etmemiş, suçun işlendiğinden haberdar olmayan) ait olmaması gerekmektedir. Ayrıca müsadere kararı orantılı olmalıdır. Eğer, suçta kullanılan eşyanın müsadere, işlenen suça nazaran hakkaniyete aykırı olacak şekilde ağır sonuçlar doğuracağı düşünülüyorsa müsadereye hükmedilmeyebilir.

Nihayet belirtmek gerekir ki SMK'nın 149'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendine göre, hakkı tecavüze uğrayan marka hakkı sahibi, mahkemeden tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınmasını isteyebilir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre bu hükmün marka hakkının hukuki himayesine ilişkindir ve ceza mahkemeleri SMK'nın 149'uncu maddesinden hareketle marka hakkı sahibi lehine mülkiyet hakkı tesis edemeyecektir¹⁴⁴².

B. Tüzel Kişilere Özgü Güvenlik Tedbirleri

TCK'da tüzel kişilerin suçun faili olamayacağı ancak bir suçun tüzel kişinin yararına olarak veya tüzel kişiliğin faaliyeti çerçevesinde işlenebileceği kabul edilmektedir. Bu ihtimalde tüzel kişiler hakkında onlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır (TCK m. 20/2). Zira bu durumda suçun faili tüzel kişi değil, onun faaliyetlerini sürdüren gerçek kişilerdir¹⁴⁴³.

TCK'nın 73/4 ve CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca kamu davasının şikayetten vazgeçme sebebi ile düşürülmesine, 2)Yapılan yargılama giderlerinin CMK'nın 325/3 maddesi gereğince hazine üzerinde bırakılmasına, 3) Burhaniye Cumhuriyet Başsavcılığı Adli Emanet Memurluğunun 2017/629 sırasında kayıtlı suç eşyalarının TCK'nın 54/1 maddesi gereğince müsadere" hükmünün eklenilmesi sureti ile hükmün düzeltilmesine" (Bursa B.A.M., 11. C.D., 06.10.2020, 105/136).

¹⁴⁴² Başbüyük, s. 276-279; Çetintürk, s. 1110-1111; Kaynak, Fikri Mülkiyet, s. 658. Aksi yönde bkz. Bayrak, s. 204.

¹⁴⁴³ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 1009; Özgenç, Genel Hükümler, s. 908; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 668; Çakır, Kerim, Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 8, Aralık 2018, s. 132.

SMK'nın 30'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında marka suçlarının bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı kabul edilmiştir¹⁴⁴⁴.

Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri, faaliyet izninin iptali ve müsadere (TCK m. 60¹⁴⁴⁵).

İzin iptali kararının verilebilmesi için ilk şart, kasıtlı bir suçun işlenmiş olmasıdır. Bu kasıtlı suçun, 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 işlenmesi gerekmektedir. Bir diğer şart ise tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlarla ilgili suça iştirak eden ya da suçu işleyen organ veya temsilci hakkında mahkûmiyet kararının verilmiş olmasıdır¹⁴⁴⁶.

Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek bir diğer güvenlik tedbiri, müsadere (TCK m. 54 – 55)¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴⁴ Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine başvurulabilmesi için ilgili suç tipinde “tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanacağı” hususunda hüküm bulunması gerekmektedir (TCK m. 60/4).

¹⁴⁴⁵ TCK'nın 60'ncı maddesi, “(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” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁴⁴⁶ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 1009; Öztürk / Erdem, s. 601; Özgenç, Genel Hükümler, s. 908; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 668; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 660-661; Çakır, Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri, s. 135-136.

¹⁴⁴⁷ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 1009; Öztürk / Erdem, s. 601; Özgenç, Genel Hükümler, s. 908; Koca / Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 668; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 661; Çakır, Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri, s. 142.

Ş7. MARKA SUÇLARININ CEZA HUKUKUNA HÂKİM OLAN BAZI İLKELER BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suç ve cezanın ancak usulüne uygun olarak çıkarılmış bir kanunla ihdas edilebileceğini ifade etmektedir¹⁴⁴⁸.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7'nci maddesinde¹⁴⁴⁹, Anayasa'nın 38'inci maddesinde¹⁴⁵⁰ ve nihayet TCK'nın 2'nci maddesinde açıkça zikredilmiştir.

TCK'nın “Suçta ve cezada kanunilik ilkesi” başlıklı 2'nci maddesi, “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

¹⁴⁴⁸ Schmidt, s. 16; Gropp, s. 98.

¹⁴⁴⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7'nci maddesi, “1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.
2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir” hükmünü içermektedir.

¹⁴⁵⁰ Anayasa'nın 38'inci maddesi, “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ceza sorumluluğu şahsidir.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.) Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md; Mülga fıkra: 7/5/2004-5170/5 md.)

(Değişik onuncu fıkra: 7/5/2004-5170/5 md.) Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.

(Değişik son fıkra: 7/5/2004-5170/5 md.) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez” şeklinde düzenlenmiştir.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” şeklinde düzenlenmiştir.

Doktrinde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin çeşitli sonuçlarının bulunduğu; bunların bir kısmının kanun koyucuya, bir kısmının hâkime, bir kısmının ise hem kanun koyucuya hem de hâkime yönelik olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁵¹.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından olan belirlilik ilkesi ve kıyas yasağı bağlamında değerlendirilmeye muhtaçtır. Nitekim SMK’nın 30’uncu maddesinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzden söz edilmiş ancak bunlardan ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Özellikle iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz hususu doktrin ve uygulamada ihtilaflıdır. Zira 5833 sayılı Kanun ve devamında SMK’da iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün ne anlama geldiği ve bu fiilin kapsamının ne olduğunun açıklanmaması çeşitli sorunları ve tartışmaları beraberinde getirmiştir.

A. Belirlilik İlkesi

Belirlilik ilkesi, hangi fiillerin suç teşkil edeceğinin ve bunların hangi ölçüde cezalandırılacağına kanun koyucu tarafından mümkün olan en açık ve kesin biçimde ortaya konulması anlamına gelmektedir¹⁴⁵². Belirlilik ilkesi gereği, ceza normlarında zikredilen kavramlar açık ve anlaşılabilir olmalıdır. Farklı anlamlara gelen, belirsiz ve çok kapsamlı terimler, suçları tespit eden kanun hükümlerinde kullanılmamalıdır^{1453, 1454}. Ancak özellikle ekonomik suçlarda bu tarz terimlere sıkça rastlanmaktadır.

¹⁴⁵¹ Kindhäuser, Urs / Zimmermann, Till, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Nomos, 2019, s. 46; Schmidt, s. 17; Önder, s. 59-60; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 167-168; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 122; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 57; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 69.

¹⁴⁵² Schmidt, s. 17; Önder, s. 60; Bozbayındır, s. 26; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 155-156; Özgenç, Genel Hükümler, s. 132; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 69; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 70.

¹⁴⁵³ Önder, s. 60; Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 59.

¹⁴⁵⁴ HUDOC, Case of Liivik v. Estonia, 12157/05, 25.06.2009, Prag. 96-104, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-93250>, Erişim Tarihi: 13.12.2019.

Kanuni düzenleme yapılırken kullanılacak ifadeler belirlilik ilkesine uygun olmalıdır. Eğer suç tipinde yer alan bir mefhum yorumlanırken onun ne anlama geldiği anlaşılamıyorsa veya çok farklı yorumlara müsaitse, ceza normunun belirlilik ilkesini ihlal ettiği söylenebilir.

Arapça kökenli olan iltibas, kelime olarak “*andırıma*”¹⁴⁵⁵; “*iki veya daha çok şeyin – biri öteki sanılacak surette – birbirine benzemesi*”¹⁴⁵⁶, “*karıştırılma; karışıklık*”¹⁴⁵⁷ anlamlarına gelmektedir.

SMK’nın 30’uncu maddesinin gerekçesinde *iltibas* ile *karıştırılma ihtimalinin* (*likelihood of confusion*¹⁴⁵⁸) kastedildiği ifade edilmiştir^{1459, 1460}. Yargı kararlarında da iltibas ile karıştırılma ihtimali kavramları birbirinin yerine kullanılmaktadır¹⁴⁶¹.

İltibasın yahut karıştırılma ihtimalinin muhtevası marka hukukunun içtihatlarla dayalı bir şekilde sürekli gelişmesine bağlı olarak zamanla değişmiştir¹⁴⁶². Buna bağlı olarak doktrinde karıştırılma ihtimalinin doğrudan (klasik anlamda) karıştırılma ihtimali, dolaylı karıştırılma ihtimali ve geniş anlamda karıştırılma ihtimali olmak üzere üç türünün bulunduğu kabul edilmektedir^{1463, 1464}.

¹⁴⁵⁵ www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.12.2019.

¹⁴⁵⁶ Devellioğlu, s. 495.

¹⁴⁵⁷ sozluk.adalet.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.12.2019.

¹⁴⁵⁸ Harms, 2018, s. 29; Sumpter, s. 195; Kirkpatrick, § 1:4.5.

¹⁴⁵⁹ Pekdinçer / Giray / Baş, s. 162.

¹⁴⁶⁰ Marka hukukunda karıştırılma ihtimali, nispi ret sebepleri, marka tescilinden doğan hakların kapsamı ile marka hakkına tecavüz hükümleri bağlamında karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca bazı haksız rekabet fiillerinde de karıştırılma ihtimalinin gerçekleşmesi aranmıştır. Bkz. Kirkpatrick, § 1:1.

¹⁴⁶¹ “Bu nedenle poşetlerin katılana ait ürün ambalajı ile karıştırılma (iltibas) olasılığının da bulunmadığı anlaşılmakla, suçun unsurları oluşmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi” (Y. 19 C.D., 26.04.2016, 1185/16362); “Sanığın katılan adına tescilli “simit sarayı” ibareli markasıyla karıştırılması olasılığı ile iltibasa yol açar şekilde kullanım olduğu, sanığın katılan adına tescilli markanın başına rağbet ismini ekleyerek kullanması eyleminin tüketiciler nezdinde taraf markalarının aynı ya da bağlantılı olduğu intibainı uyandıracak nitelikte olduğu ve sanığın 556 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 61-A maddesi kapsamında belirtilen markaya tecavüz suçunu oluşturduğu” (Ankara B.A.M., 28.09.2017, 2045/2856).

¹⁴⁶² Detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, §4, II, A, 4.

¹⁴⁶³ Fezer, s. 952; Dirikkan, s. 164-166; Küçükali, s. 66 vd.

¹⁴⁶⁴ Doktrinde bazı yazarlar karıştırılma ihtimalini doğrudan karıştırılma ihtimali ve dolaylı karıştırılma ihtimali olarak ikiye ayırmaktadır. Bkz. Çolak, s. 199; Çağlar, Marka Hukuku, s. 68; Epçeli, s. 1; Fırincioğulları, s. 146. Ancak bizim dolaylı karıştırılma ihtimali olarak ifade ettiğimiz, tüketicilerin marka ile işareti ayırt etmesi ancak marka ve işaret arasındaki benzerlik sebebiyle mal veya hizmetlerin aynı işletmeden kaynaklandığı düşünmesi halini Çağlar, doğrudan karıştırılma ihtimali, Çolak ve Fırincioğulları ise geniş anlamda karıştırılma ihtimali ile eş tutmaktadır. Bkz. Çağlar, Marka Hukuku, s. 68; Çolak, s. 199; Fırincioğulları, s. 146.

Gerek 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinde gerekse SMK'nın 30'uncu maddesinde iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün nasıl vuku bulacağı, sınırlarının ne olduğu açıklanmamış, meselenin çözümü doktrin ve içtihatlarla bırakılmıştır.

Doktrinde iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz tespit edilirken SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinden (556 sayılı KHK m. 9/1-b) yararlanılabileceği¹⁴⁶⁵ ve hatta iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde (556 sayılı KHK m. 9/1-b) düzenlendiği, bu bendin aynı zamanda suçun unsurlarını belirlediği ileri sürülmüştür¹⁴⁶⁶. Buna karşılık doktrinde, SMK'nın 7 ve 29'uncu maddelerinde (556 sayılı KHK m. 9 ve 61) özel hukuk yönünden marka hakkına tecavüz fiillerinin düzenlendiği, bunların suçun oluşumu bakımından dikkate alınmasının mümkün olmadığı da belirtilmektedir¹⁴⁶⁷. Ayrıca doktrinde, SMK'da iki ana benzerlik türünün öngörüldüğü, bunların ilkinin doğrudan benzerlik (iltibas), ikincisinin ise dolaylı benzerlik (karıştırılma ihtimali) olduğu, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinden hareket edilmesi halinde hukuki ihtilaf olması gereken zayıf benzerliklerin cezalandırılması neticesinin doğacağı, bu sebeple dolaylı benzerliklerin özel hukuk tedbirleri ile çözümlenmesi gerektiği de savunulmaktadır¹⁴⁶⁸.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında¹⁴⁶⁹ ise iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde (556 sayılı KHK m. 9/1-b) düzenlendiği, SMK'nın 30'uncu maddesinde (556 sayılı KHK m. 61/A) yer alan iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun unsurları ve kapsamının belirlenmesinde zikredilen bentten yararlanılması gerektiği belirtmektedir. Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun başka bir kararında¹⁴⁷⁰, “mülga 556 sayılı KHK'nın 61 inci maddesi ile SMK'nın 29 uncu maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz sayılan fiiller, aynı KHK ve SMK'da düzenlenen hukuk davalarına konu olan haksız fiillerden olup marka hakkına tecavüz suçunun unsurlarını belirlerken doğrudan dikkate alınamazlar. Mülga 556 sayılı KHK'nın 61 inci maddesinin 9 uncu maddeye, SMK'nın 29 uncu maddesinin ise 7 nci maddeye atıfyaparak tecavüz fiillerinin düzenlendiği, 556 sayılı KHK'nın 61/A ve SMK'nın 30 uncu maddelerinin ise marka hakkına

¹⁴⁶⁵ Başbüyük, s. 116; Arslan / Özdemir, s. 1095.

¹⁴⁶⁶ Özen, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, s. 63; Özmen, s. 80; Aslan Düzgün, s. 154; Arkan, İltibas, s. 5; Kaya, s. 265-266; Poroy / Yasaman, 2006, s. 455.

¹⁴⁶⁷ Çetintürk, s. 501.

¹⁴⁶⁸ Bayrak, s. 152-154.

¹⁴⁶⁹ Y.C.G.K., 22.10.2019, 7-369/621.

¹⁴⁷⁰ Y.C.G.K., 02.06.2020, 19-67/253.

tecavüze ilişkin cezai hükümlerini düzenlerken anılan maddelere doğrudan atıfta bulunmadığı, bu nedenle marka hakkına tecavüz suçunun unsurlarını mülga 556 sayılı KHK'nın 61/A ve SMK'nın 30 uncu maddelerinin belirleyeceği, yalnızca hangi hâllerin iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz sayılacağına tespiti için cezai hükümler dışındaki belirtilen düzenlemelerden yararlanılabileceği kabul edilmelidir” denilmek suretiyle iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün doğrudan SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde *düzenlenmediği* ancak iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz belirlenirken bu hükümden faydalanılabileceği ifade edilmiştir.

Kanun koyucunun SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında kullanmayı tercih ettiği iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz kavramı çok farklı yorumlanabilir. Başka bir anlatımla, suçun kapsamı dar yorumlanabileceği gibi geniş yorumlanmaya da müsaittir. Bu sebeple iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz kavramının belirlilik ilkesine uygun olmadığı söylenebilir¹⁴⁷¹. Ancak Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında¹⁴⁷² iltibas kavramının belirsiz olmadığına ve mahkemelerin içtihatlarıyla şekillenebilecek durumda bulunduğu hükmetmiştir. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi iltibas lafzi olarak değerlendirmiş, kararda konunun maddi içeriği yani ceza hukuku bağlamında iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün unsurlarının ne olduğu, hangi hallerin iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz teşkil edeceği, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzde önemli olan sadece işaret benzerliği mi olduğu yoksa

¹⁴⁷¹ Krş. **Schulz**, s. 64-65; **Yılmaz**, İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu, s. 1184.

¹⁴⁷² “30. Öte yandan itiraz konusu kurallar incelendiğinde hangi fiillerin marka hakkına tecavüz sayılacağı, hangi fiillerin suç teşkil edeceği, hangi yaptırımın uygulanacağı hususlarının ayrıntılı olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Buna göre markanın taklit edildiğini bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak ve ticari amaçla elde bulundurmak marka hakkına tecavüz sayılan bir fiili oluşturmakta iken başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal satışa arz etmek, satmak, ticari amaçla satın almak, bulundurmak veya depolamak fiilleri suç teşkil etmekte ve bu suçu işleyenler bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmaktadır. Marka hakkına tecavüz edilen kişinin mahkemeye yöneltebileceği talepler Kanun'un 149. maddesinde, açabileceği hukuk davası ise 150. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenlerle itiraz konusu kurallarla hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal veya cezai yaptırımın ya da sonucun bağlandığı, uygulanacak yaptırım ve cezanın miktarı ve türü açıkça ortaya konulduğundan kurallarda hukuki belirsizlik söz konusu olmadığı gibi suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.

31. Marka hakkına iltibas suretiyle tecavüz ederek bir malı “...satışa arz eden veya satan,...”, “...ticari amaçla satın alan, bulunduran,...” ve “...veya depolayan...” kişinin cezalandırılmasını öngören Kanun'un 30. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “...iltibas...” kavramı, genel bir kavram olmakla birlikte belirsiz ve öngörülemez nitelikte değildir. Madde gerekçesinde “karıştırılma ihtimali” olarak tanımlanmış anılan kavramın hukuki niteliği ve objektif anlamı, mahkemelerin içtihatlarıyla belirlenebilecek durumdadır. Bu yönüyle kuralların belirsiz olduğu söylenemez” (AY. M., 28.03.2018, 172/32).

mal veya hizmet türünün de değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, eğer bunlar değerlendirilmeye alınacaksa sınırın ne olacağı hususları göz ardı edilmiştir.

Özellikle SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde **açıkça** tecavüzün unsurları belirtilmişken ve “*ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali*” denilmek suretiyle ilişkilendirilme ihtimalinin karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde dikkate alınacak bir kriter olduğu kabul edilmişken ceza normunda sadece “*iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz*” ifadesine yer verilmesi doğru olmamıştır¹⁴⁷³. Bu sebeple kanaatimizce SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının tekrar kaleme alınması ve suç politikası gereği hangi fiillerin cezaya müstahak olarak kabul edildiğinin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

B. Kıyas Yasağı

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ceza hakiminin kıyasa başvurmasını, başka bir anlatımla, kanun boşluğunu doldurmasını yasaklar. Eğer hâkim kanunun lafzıyla bağlı olmasaydı belirlilik ilkesi de anlamını yitirirdi¹⁴⁷⁴. Bu doğrultuda, TCK'nın 2'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*” denilmek suretiyle kıyas yasağı açıkça düzenlenmiştir.

Ceza hukukunda genellikle kıyasın geçerli olmayacağı kuralı, kişi özgürlüğünün müdahaleden korunması sonucunu sağlamaktadır. Nitekim ceza hukukunda kıyasın kabulü halinde, bireyler hareketlerinde kendilerini tamamen serbest sayamaz; çünkü yasada açıkça suç olduğu belirtilmeyen herhangi bir hareketin ilerde kıyas yoluyla suç sayılarak cezalandırılması olasılığından endişe eder¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷³ Alman Markalar Kanunu'nun marka suçlarını düzenlediği 143'üncü maddesi, suçun tipiklik unsurunu, Kanun'un 14'üncü maddesinde düzenlenen marka hakkının tecavüzüne bağlamaktadır. Buna göre, Alman Markalar Kanunu'nun 14'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının 2'nci bendinde ilişkilendirme ihtimali dahil karıştırılma ihtimali açıkça suç olarak kabul edilmiştir. Bkz. **Fezer**, s. 2590-2592; **Ekey / Bender / Fuchs-Wissemann**, s. 1026. Ancak Alman hukukunda karıştırılma ihtimalinin suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bkz. **Schulz**, s. 64 vd.

¹⁴⁷⁴ **Bozbayındır**, s. 31.

¹⁴⁷⁵ **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 164.

Marka hakkının hukuki yahut cezai himayesinde göz önünde tutulan önemli hususlardan biri de mal veya hizmetin türüdür¹⁴⁷⁶. Nitekim tescilde marka olabilecek işaretin yanında, markanın kullanılacağı mal veya hizmetler de belirtilmektedir. Bunun sebebi markanın belirli bir mala veya hizmete yönelik olması ve bu özelliği ile piyasadaki mal ve hizmetlerin kişiselleşmesini sağlamasıdır.

551 sayılı Markalar Kanunu'nun "*Hakkın Şümülü*" başlıklı 17'nci maddesinde, "*Markanın tescili yukarıdaki maddede yazılı himaye süresi içinde, marka sahibine, kanunun birinci maddesinde yazılı maksat ve tarzda kullanmak şartıyla ve sicilde gösterilen emtiaya müteallik olmak kaydıyla, markasından faydalanma hakkı verir*" denilmek suretiyle marka hakkının himayesinin sicilde gösterilen emtia ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir^{1477, 1478}. Bu itibarla sicilde gösterilmeyen emtia üzerinde iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün vuku bulması mümkün görülmemiştir.

Görüldüğü üzere, 556 sayılı KHK yürürlüğe girmeden önce, marka hakkına tecavüz tescile konu mallar bakımından sınırlandırılmıştır. 556 sayılı KHK ile birlikte marka hakkına tecavüz kural olarak benzer mal veya hizmetlere de teşmil edilmiştir.

556 sayılı KHK döneminde 2009 tarihli 5833 sayılı Kanun değişikliğine kadar marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller aynı zamanda suç olarak düzenlendiği için mal ve hizmet kapsamı bakımından bir sorun bulunmamaktaydı. Ancak 2009 tarihli 5833 sayılı Kanun ve devamında SMK'da "*iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz*"ün suç olarak düzenlenmesi sebebiyle mal veya hizmet kapsamı bir sorun haline gelmiştir.

Bir görüşe göre, SMK'da yasal tanımı bulunmayan iltibas kavramının mal ve hizmet bakımından bir sınırlama oluşturacak şekilde tanımlanması mümkün değildir. Dolayısıyla iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, sicilde gösterilen mal ve hizmetlerle aynı veya benzer olmayanlar açısından da oluşacaktır¹⁴⁷⁹. Başka bir anlatımla, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluşabilmesi için markanın benzerinin kullanılması yeterli olup, mal

¹⁴⁷⁶ Kaya, s. 265; Başbüyük, s. 99; Bayrak, s. 142; Nuhoğlu, s. 430; Kart, s. 130. Aksi görüş için bkz. Çetintürk, s. 581.

¹⁴⁷⁷ Karayalçın, s. 425; Öçal, s. 51; Cengiz, s. 74. Aksi görüş için bkz. Donay / Erman, s. 56.

¹⁴⁷⁸ Alâmet-i Fârika Nizamnamesi'nde de marka hakkının himayesi kural olarak aynı cins mallarla sınırlandırılmıştır. Bkz. Hirsch, s. 157. Krş. Öçal, s. 45-46.

¹⁴⁷⁹ Çetintürk, s. 581.

veya hizmet türü yönünden bir değerlendirme yapılması gerekmemektedir¹⁴⁸⁰. Aksi bir yorum ise suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlali niteliğini taşıyacaktır¹⁴⁸¹.

Doktrinde hâkim olan diğer görüşe ve uygulamaya göre ise iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde belirtildiği üzere, *“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”* şeklinde gerçekleşmektedir. Bu itibarla iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluşabilmesi için hem işaret aynılığı ya da benzerliği hem de mal veya hizmet aynılığı ya da benzerliği gerekmektedir^{1482, 1483}.

Esasında marka hakkının konusu bizatihi markanın müseccel olduğu mal veya hizmettir¹⁴⁸⁴. Bu sebeple marka hakkının himayesi de kural olarak markanın müseccel olduğu

¹⁴⁸⁰ Kanaatimizce marka hakkının cezai himayesi, hukuki himayesinden daha geniş olmamalıdır. Bkz. **Bainbridge**, s. 660.

¹⁴⁸¹ **Çetintürk**, s. 580.

¹⁴⁸² **Kaya**, s. 265; **Aydın**, s. 90; **Başbüyük**, s. 98; **Nuhoğlu**, s. 429; **Önder**, s. 142; **Özmen**, s. 74-75.

¹⁴⁸³ “556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin marka tescilinden doğan hakların kapsamı başlıklı 9/1-b maddesinde marka sahibinin önlenmesini talep edebileceği fiiller arasında “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” da sayılmış, (benzer düzenlemeye karar tarihinden sonra 10 Ocak 2017 tarih ve 29944 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 7/2-b maddesinde de yer verilmiş) 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinde ise “Markaların kullanılacağı mallar veya hizmetler, markaların tescili amaçları için malların veya hizmetlerin uluslararası sınıflandırmasına ilişkin esaslara göre sınıflandırılır. Sınıflandırma ile ilgili ilkeler yönetmelikte belirtilir.” şeklindeki düzenleme ile markaların tescilinde sınıf sistemi benimsenerek sınıflandırma yöntemine ilişkin düzenlemenin ilgili yönetmelik hükümlerine göre yapılacağı belirtilmiş ve bu mevzuat hükümleri çerçevesinde Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından Nice Anlaşması göz önünde bulundurularak sınıflandırılma tebliği çıkarılmıştır. Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından yapılan sınıflandırmanın esas itibarıyla idari fonksiyonunun bulunduğu, bu tebliğlerin zaman zaman değişiklik gösterebileceği, Türk Dil Kurumu tarafından yazılan Türkçe Sözlükte giysi kavramının “her türlü giyim eşyası” olarak; yelek kavramının ise “ceket altına giyilen kolsuz ve kısa giysi” olarak belirtilmesi karşısında, Katılan adına tescilli 2005 39631 numaralı Ferrari markasının 25. emtia sınıfında (giysiler) tescilli olduğu, emtia listesinde “yelek” emtiası açıkça yazılmamış ise de, giysiler sınıfında tescilli olan marka ile bağlantı kuracak şekilde karıştırılma ihtimali bulunduğu ve suça konu ürünlerin ortalama bir tüketici açısından katılan firma tarafından üretilip satışa arz edilmiş zannedileceği de gözetilerek, sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, yerinde görülmeyen gerekçe ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi” (Y. 19. C.D., 24.01.2019, 8221/882). Yargıtay kararına konu olayda marka, tüm giysi emtiasını kapsayacak şekilde tescil edilmemiş olup, tescile konu giysi çeşitleri yelek emtiası için aynı tür mal niteliğini haizdir. Bkz. **Paslı**, Ürün Benzerliği, s. 56-57. Bu sebeple kanaatimizce failin cezalandırılmaması gerekirdi.

¹⁴⁸⁴ **Kaya**, s. 236; **Paslı**, Ürün Benzerliği, s. 14.

mal veya hizmettir¹⁴⁸⁵. Ancak marka hakkının etkin bir şekilde himaye edilebilmesi adına korumanın kapsamının genişletildiği görülmektedir ki SMK'da da marka hakkının hukuki himayesi bakımından bu husus 29'uncu madde ve dolayısıyla 7'nci maddede açıkça kabul edilmiştir (556 sayılı KHK m. 61 ve 9).

Kanaatimizce nasıl ki SMK'nın 29'uncu maddesi ve dolayısıyla 7'nci maddede, marka hakkına tecavüzün benzer mal veya hizmetler bakımından vuku bulabileceği hüküm altına alınmışsa, bu hususun iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun düzenlendiği normda da açıkça yer alması gerekmektedir. Mevcut haliyle suç aynı mal veya hizmetlerle sınırlı bir şekilde icra edilebilir niteliktedir. Ancak uygulamada iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendine kıyasen benzer mal veya hizmetlere teşmil ettirildiği görülmektedir. Bu durumun kıyas yasağını ve dolayısıyla belirlilik ilkesini ihlal ettiği görüşündeyiz.

II. Ceza Hukukunun Son Çare Olması İlkesi

Kişî hak ve hürriyetlerinin en çok kısıtlandığı alan, ceza hukukudur. Ceza hukukunun bu yapısı sebebiyle, bozulan kamu düzeninin onarılması ve kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesi başka yollarla mümkünse, ceza hukuku enstrümanları kullanılmamalıdır. Başka bir anlatımla, ceza hukukuna son çare (ultima ratio) olarak başvurulmalıdır¹⁴⁸⁶. Örneğin toplumsal kurallara aykırı bazı ihlaller hemen ceza normuyla karşılanmamalı bu ihlaller kabahat olarak nitelendirilip karşılığında idari yaptırım öngörülünce problem çözülüyorsa bununla yetinilmelidir¹⁴⁸⁷.

Doktrinde ceza hukukunun son çare olması ilkesi dikkate alınarak marka suçlarının bir kısmının kabahat olarak düzenlenmesinin daha yerinde olacağı ileri sürülmüştür¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸⁵ Çolak, s. 431; Pash, Ürün Benzerliği, s. 14.

¹⁴⁸⁶ Esasen bu ilkenin, orantılılık ilkesiyle birlikte, hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olduğu ileri sürülmüştür. Devletin cezalandırma yetkisini kullanmasıyla, kişilerin temel hak ve özgürlükleri kısıtlanmaktadır. Bu nedenle temel hak ve özgürlükler, kamu düzeninin korunması için elzem olduğu takdirde kısıtlanmalıdır. Kısaca bir davranış suç olarak tanımlanırken, bu suça öngörülen ceza belirlenirken ve bu ceza infaz edilirken, devlet, işlenen suçla orantılı ve kamunun yararına bir tepki göstermelidir. Bkz. **Wendt, Rudolf**, The Principle of "Ultima Ratio" And/Or the Principle of Proportionality, Onati Socio-Legal Series, Volume 3, Number 1, 2013, s. 85; **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 56.

¹⁴⁸⁷ **Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır**, Genel Hükümler, s. 56; **Özbek / Doğan / Bacaksız**, Genel Hükümler, s. 42.

¹⁴⁸⁸ **Yenidünya / İçer**, s. 146; **Çetintürk**, s. 544.

Kanaatimizce uluslararası hukukta kabul edildiği üzere¹⁴⁸⁹ iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzün suç olarak düzenlenmesi zaruridir. Keza suçla mücadele bağlamında doğrudan karıştırılma ihtimalinin suç kapsamında yer almasını da doğru bulmaktayız. Buna karşılık, uygulamada dolaylı ve geniş anlamda karıştırılma ihtimallerinin SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasına dahil görülmesinin ceza hukukunun son çare olması ilkesi ile bağdaşmadığı; bunların kabahat olarak düzenlenmesi gerektiği ve mevcut uygulamadan vazgeçilmesinin doğru olacağı görüşündeyiz¹⁴⁹⁰. Zira dolaylı ve geniş anlamda karıştırılma ihtimallerinde kişilerin çok küçük benzerlikler sebebiyle cezalandırılması mümkün hale gelmektedir¹⁴⁹¹.

Öte yandan marka koruması işaretinin kaldırılmasının bir suç olarak düzenlenmesinin ceza hukukunun son çare olması ilkesine uygun düşmediği kanaatindeyiz¹⁴⁹². Zira günümüz şartlarında bir markanın tescilli olup olmadığı, üzerindeki işaretten ziyade elektronik ortamda kolayca öğrenilebilmektedir¹⁴⁹³. Ayrıca karşılaştırılmalı hukukta da marka koruması işaretinin kaldırılması bir suç olarak düzenlenmemiştir¹⁴⁹⁴.

Nihayet doktrinde yetkisiz tasarrufta bulunma fiilinin bir marka suçu olarak SMK'da yer almasının ceza hukukunun son çare olması ilkesine uygun olmadığı ve fıkra da öngörülen cezanın orantısız olduğu belirtilmektedir¹⁴⁹⁵.

Markanın ayırt edici işlevinin ekonomik etkilerinin öne çıkması ve diğer ayırt edici işaretlerden daha yaygın işlev görmeye başlamasıyla beraber marka hakkına tecavüzler de

¹⁴⁸⁹ Türkiye'nin de taraf olduğu TRIPS'in 61'inci maddesi, “Üyeler en azından, ticari ölçekte bilerek marka sahtekarlığı (trademark counterfeiting – marka taklitçiliği) veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ve cezalar hükme bağlayacaklardır. Uygulanabilecek telafi yöntemleri eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı nitelikte olan hapis ve/veya para cezalarını içerecektir. Uygun hallerde, uygulanabilecek telafi yöntemleri, ihlale neden olan malların ve suçun işlenmesinde esas olarak kullanılan malzeme ve aletlere elkonmasını, bunlar üzerindeki hakkın kaybedilmesini ve bunların imha edilmesini de içerecektir. Üyeler fikri mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu ihlal suçu kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak cezai usuller ve cezaları hükme bağlayabilirler” hükmünü içermektedir¹⁴⁸⁹. Maddede, marka hakkı ve telif haklarının ceza hukuku ile korunması hususunda taraf devletlerce düzenleme yapılması zorunlu kılınmış ve bunların asgari ölçüleri belirlenmiştir. Bkz. **Ruse-Khan**, From Trips to ACTA, s. 4; **Busche / Stoll / Wiebe**, s. 794-795.

¹⁴⁹⁰ Benzer yönde bkz. **Çetintürk**, s. 544. Aksi yönde bkz. **Başbüyük**, s. 71.

¹⁴⁹¹ Daha önce ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce, SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz ile doğrudan karıştırılma ihtimali kastedilmektedir ve dolaylı karıştırılma ihtimali ile geniş anlamda karıştırılma ihtimali suç kapsamında değildir. Bkz. İkinci Bölüm, §4, II, A, 4.

¹⁴⁹² Aynı yönde bkz. **Başbüyük**, s. 74. Aksi yönde bkz. **Topçu**, s. 89.

¹⁴⁹³ https://online.turkpatent.gov.tr/trademark-search/pub/trademark_search, Erişim Tarihi: 01.07.2020.

¹⁴⁹⁴ **Schulz**, s. 52 vd.; **Fezer**, s. 2590-2591; **Bainbridge**, s. 659-661; **Harms**, 2018, s. 143-144; **Keskin**, s. 122.

¹⁴⁹⁵ **Keskin**, s. 124; **Çetintürk**, s. 1140-1144.

artmıştır. Dolayısıyla marka sahibinin belli şartlara bağlı olarak genel hukuki korumaya kıyasla daha güçlü ve etkili hak ve yetkilerle donatılması gerekmiştir. Bu hak ve yetkilerin ileri sürülebilmesi ve marka hakkının etkin bir şekilde korunabilmesi bağlamında marka hukukunda aleniyet, açıklık ve kesinliği sağlamak üzere markanın özel bir sicile kaydedildiği tescil sistemi ortaya çıkmıştır¹⁴⁹⁶. Hukukun farklı alanlarında karşımıza çıkan “*sicil*” ve “*tescil*” kavramları, marka hukukunun da yapı taşlarını oluşturmuştur¹⁴⁹⁷. Ancak markanın konu olduğu hukuki işlemler taraflardan birinin talebi, ücretin ödenmesi ve yönetmelikle belirlenen diğer şartların yerine getirilmesi hâlinde sicile kaydedilir ve Bülten’de yayımlanır. Sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan haklar ise iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (SMK m. 148/5). Burada sicil kurucu etkiyi haiz olmayıp ancak bildirici niteliktedir¹⁴⁹⁸.

Kanaatimizce suç politikası çerçevesinde markanın konu olduğu devretmek, lisans vermek veya rehnemek hukuki işlemlerinin kural olarak sicile kaydedilmemesi sebebiyle ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilebilmesi adına SMK’nın 30’uncu maddesinin 3’üncü fıkrasında yetkisiz tasarrufta bulunma suçu ihdas edilmiştir. Böylece hem marka sahibinin hakları hem de markalarla ilgili öngörülen düzen ile kamu yararı korunmak istenmiştir.

Yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun ihdasının gerekli olup olmadığı tartışmaya açıktır. Esasında yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkını devretmek, lisans veya rehin vermek fiilleri genellikle hileli hareketlerle icra edilebilir ve kanaatimizce ancak bu halde ceza hukuku müdahalesi gereklidir. Böyle bir durumda ise zaten dolandırıcılık suçu (TCK m. 157) oluşacaktır. Dolayısıyla ayrıca şikâyeteye tabi bir suç olan yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun varlığını gereksiz bulmaktayız¹⁴⁹⁹. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da marka suçları arasında yetkisiz tasarrufta bulunma yer almamaktadır¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁶ Firth / Lea / Cornford, s. 83; Kaya, s. 46; Karan / Kılıç, s. 62.

¹⁴⁹⁷ Şehirali Çelik, s. 34. Fikri mülkiyete konu haklar, telif hakları haricinde, marka, patent ve tasarım gibi sınai haklar kural olarak marka ve patent ofislerine tescil ettirilir.

¹⁴⁹⁸ SMK’nın 148’inci maddesin 7’nci fıkrasına göre garanti markasının veya ortak markanın devri ya da ortak marka için lisans verilmesi, sicile kayıt hâlinde geçerlidir olup bu halde sicil kurucu etkiyi haizdir.

¹⁴⁹⁹ 1995 yılından beri yürürlükte olan yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun işlendiğine veya failin cezalandırıldığına ilişkin yeterli veri bulunmamaktadır. Ancak 2017 yılı istatistiklerine göre bu suç sebebiyle bir dosyada mahkûmiyet kararı verilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Çetintürk, s. 1144.

¹⁵⁰⁰ Schulz, s. 52 vd.; Fezer, s. 2590-2591; Bainbridge, s. 659-661; Harms, 2018, s. 143-144; Keskin, s. 124.

III. Orantılılık İlkesi

Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri orantılılıktır. Buna göre, ağır fiile ağır ceza; hafif fiile hafif ceza belirlenmelidir¹⁵⁰¹.

Alâmet-i Fârika Nizamnamesi'nde taklit ve tağyir fiillerinin farklı ağırlıkta olduğu kabul edilmiş ve bu fiillerin farklı cezalara müstahak olduğu kabul edilmiştir. Buna karşılık, 551 sayılı Markalar Kanunu, 556 sayılı KHK ve SMK'da iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz ile iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz arasında ayırım yapılmamış ve her ikisine aynı cezai müeyyide öngörülmüştür¹⁵⁰².

Kanaatimizce iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun haksızlık içeriği iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna göre daha azdır. Nitekim iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz tescilde mutlak ret sebebi iken, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz nisbi ret sebepleri arasında yer almaktadır. Bu sebeple, her iki fiil için aynı ceza öngörülmesinin orantılılık ilkesi ile bağdaşmadığı; iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun cezasının düşürülmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Öte yandan marka koruması işaretinin kaldırılması suçunda öngörülen hapis cezası ile iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu için belirlenen hapis cezasının aynı olmasına anlam verememekteyiz¹⁵⁰³. Zira iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun haksızlık içeriğinin marka koruması işaretinin kaldırılması suçundan fazla olduğu açıklamadan münezzehdir¹⁵⁰⁴.

Kanun koyucu marka suçları arasında en ağır cezayı, *“iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası”* olmak üzere yetkisiz tasarrufta bulunma suçu bakımından öngörmüştür. Kanaatimizce, yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun hapis cezasının iki yıldan başlaması fiilin ağırlığı ile orantılı değildir¹⁵⁰⁵.

¹⁵⁰¹ Hakeri, s. 33; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, s. 80-81.

¹⁵⁰² SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasına göre iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu işleyen kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

¹⁵⁰³ SMK'nın 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre marka koruması işaretinin kaldırılması suçunu işleyen kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

¹⁵⁰⁴ Başbüyük, s. 74.

¹⁵⁰⁵ Krş. Çetintürk, s. 1143-1144.

SONUÇ

1. Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini, başka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan her türlü işarettir. Gayri maddi mal niteliği bulunan, inhisari kullanıma müsait olan ve ekonomik bir değer taşıyan marka, sahibine mutlak bir hak bahşetmektedir. Marka üzerindeki mutlak hak, başka bir anlatımla marka hakkı, malvarlığı haklarından olup sahibine marka üzerindeki en geniş yetkileri vermektedir.

2. Ticari hayatın rekabet ortamında, suiistimallerin kendini markalarda da göstermesi, marka hakkının özel olarak korunması ihtiyacını doğurmuştur. Esasen marka, ticari hayatla, serbest piyasa ile ilgili ve özel hukuk uhdesinde yer alan bir konudur. Marka hakkının korunması da haksız fiile ve özelinde haksız rekabete dayanmakta, haksız rekabetin hususi bir alanını teşkil etmektedir. Öte yandan, tarihi süreçte marka hakkına sağlanan kamu hukuku nitelikli koruma, haksız rekabetin önlenmesinde devletin rolü ve hukuki himayenin bazı durumlarda yetersiz kalması, marka hakkının himayesinde ceza hukuku müdahalesini gerekli kılmıştır. Zira marka hakkına tecavüz ve özellikle marka taklitçiliği, marka sahiplerinin yanı sıra dünya genelinde üreticiler, devletler ve tüketiciler için büyük bir tehdit arz etmektedir. Dolayısıyla ceza hukukunun genel önleme etkisinin marka hakkına tecavüzler bakımından da işlev görmesi zaruridir.

3. Marka hakkı ve bu hakkın korunmasına dair kurallar başta olmak üzere markalarla ilgili olarak öngörülen düzenden kaynaklanan suçlara marka suçları denilmektedir. Marka suçları esasında bireysel menfaati ilgilendiren ancak ekonomik düzenin normal işleyebilmesi için gerekli olan ve kamusal değerleri de koruyan suçlardır. Bu sebeple marka suçları ekonomik suçlardan sayılmaktadır. Ayrıca marka, ticari ve sınai faaliyetlerle ilgili bir kavramdır. Dolayısıyla marka suçları ekonomik suçlar başlığı altında ticari suçlar kapsamında değerlendirilmelidir.

4. Marka hakkına tecavüz fiillerinden hangisinin suç olarak kabul edileceği ve bunların ceza hukuku ile uyumlaştırılması bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Şüphesiz ceza hukukunun son çare olma (ultima ratio) ilkesi gözetilerek marka hakkına tecavüz fiillerinden marka hakkı sahibi ve kamu açısından en zararlı ve tehlikeli olanlarının belirlenmesi ve bunların suç olarak ihdas edilmesi gerekmektedir.

5. Ülkemizin de taraf olduğu TRIPS'in 61'inci maddesinde, imzacı devletlere marka hakkına cezai himaye sağlanması hususunda yükümlülük getirilmiş ve cezai himayenin asgari

ölçütleri belirlenmiştir. Bu itibarla, hukukumuzda en azından TRIPS'in 61'inci maddesinde yasaklanan fiillerin suç olarak düzenlenmesi bir zorunluluktur. Ancak taraf devletlerin asgari ölçütler ötesinde marka hakkına cezai himaye sağlamasında bir engel bulunmamaktadır.

6. Hukukumuzda marka suçları SMK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Maddede, “*iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz*”; “*marka koruması işaretinin kaldırılması*” ve “*yetkisiz tasarrufta bulunma*” olmak üzere üç ayrı suç tipine ve bunlara ilişkin çeşitli hükümlere yer verilmiştir.

7. Marka suçlarıyla öncelikle SMK'nın marka sahibine tanıdığı marka hakkı; dolaylı olarak da ekonomi, kamu sağlığı, tüketiciler, kamu güvenliği ve düzeni korunmaktadır.

8. SMK kapsamında marka hakkı ve marka sahibine sağlanan koruma kural olarak tescil ile elde edilir. Bununla birlikte SMK'da tescil sistemini yumuşatacak çeşitli hükümlere de yer verilmiştir. Dolayısıyla SMK'da genel olarak tescil sisteminin esas alındığını ve fakat marka hakkının ihdas ve kullanma ile oluşacağı da gözetilerek karma bir sistemin benimsendiği söylenebilir. Ancak marka hakkının cezai himayesi bakımından tescil kurucu etkiye sahiptir. Zira SMK'nın 30'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında marka suçlarından dolayı cezaya hükmedilebilmesi için markanın Türkiye'de tescilli olması aranmıştır. Zikredilen kural, tescilin marka suçları açısından olmazsa olmaz bir şart (*conditio sine qua non*) niteliği taşıdığı ve tescilsiz markaların hiçbir surette SMK bağlamında cezai himayeye sahip olmadığı anlamına gelmektedir. Bu sebeple, markanın Türkiye'de tescilli olması şartı, marka suçlarının haksızlık içeriğine dâhildir ve suçun konusu kapsamında mütalaa edilmelidir. Tescilsiz markalar ise ancak genel hükümler kapsamında, unsurları oluşmuş ise TTK'da düzenlenen haksız rekabet suçlarına konu olabilir.

9. Kanun koyucu marka hakkının himayesini kural olarak tescilin Bültende ilanına bağlamış ancak istisnai olarak başvurunun Bültende yayımlanmasıyla da marka hakkı sahibine birtakım yetkiler vermiştir. Ancak marka hakkının cezai himayesi markanın tescil edildiğinin Bültende ilanı ile başlayacaktır. Zira markanın tescil edildiğinin Bültende ilanından önce henüz marka tescili söz konusu olmadığından marka suçları bağlamında cezai himayeye layık hukuki bir değer bulunmamaktadır.

10. SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, uygulamada en çok karşılaşılan marka suçudur. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas

suretiyle tecavüz ederek “mal üretmek” veya “hizmet sunmak”, “satışa arz etmek” veya “satmak”, “ithal etmek”, “ihraç etmek”, ticari amaçla “satın almak”, “bulundurmak”, “nakletmek” veya “depolamak” fiilleri yaptırım altına alınmıştır. Suçun hareket şeklinin tipte belirtilmesi sebebiyle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz bağlı hareketli bir suçtur. Ayrıca kanun koyucu suçun tamamlanması için herhangi bir netice aramamıştır. Dolayısıyla hareketin gerçekleşmesiyle tamamlanan iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, sırf hareket suçlarındandır. Fıkarda birden fazla hareket, birbirinden bağımsız olarak gösterildiğinden iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz seçimlik hareketli bir suçtur.

11. Marka hakkı kapsamında yer alan, doğrudan ihlal niteliği taşıyan veya marka sahibinin men edebileceği bir fiilin, üçüncü kişi tarafından geçerli bir hakka dayanmaksızın, yetkisiz ve izinsiz olarak işlenmesi marka hakkına tecavüzü oluşturur. Marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için öncelikle marka sahibinin izninin bulunmaması, tecavüz sayılan kullanımın ticari nitelikte ve markasal olması gerekmektedir.

12. SMK’da; marka hakkına tecavüz kavramı, markanın hem hukuki hem de cezai himayesini kapsayacak şekilde kullanılmıştır. SMK’da hukuki sorumluluk gerektiren marka hakkına tecavüz fiilleri (SMK m. 29 ve 7) oldukça kapsamlı düzenlenmişken, suç politikası gereğince marka hakkına tecavüz fiillerinden sadece bazıları suç olarak ihdas edilmiştir.

13. Marka tescilinde iki önemli unsur bulunmaktadır. Bunların ilki marka olabilecek işaret; ikincisi ise mal veya hizmetlerdir. Zira markanın işaret anlamında belirliliği ne kadar önemli ise bu işaretin yöneldiği mal veya hizmetlerin de aynı kesinlikte olması zaruridir. Bu itibarla marka hakkına tecavüz, marka ve markanın ilişkili olduğu mal veya hizmet üzerinden tespit edilmektedir.

14. SMK’nın 30’uncu maddesinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz yasaklanmış ancak bunların kapsamının sınırı açıklanmamıştır. Ancak doktrinde marka hukuku bağlamında iktibas, başkasının hak sahibi olduğu bir markanın taklit edilmesi; iltibas ise en genel ifade ile başkasının hak sahibi olduğu bir markanın tüketicilerin karıştırmalarına sebep olacak surette benzerinin kullanılması şeklinde tanımlanmaktadır.

15. İktibas, markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması şeklinde gerçekleşebilir. Markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması, markanın aynının kullanılması ile örtüşmemekle birlikte, markanın benzerinin kullanılması sayılacak

kadar da farklı değildir. Bu hal pratikte müşterilerin genellikle ya zihni ya da fiili bir tereddüt geçirmesi veya aynı olmadığını hiç fark edememesi şeklinde gerçekleşmektedir.

16. SMK'nın 30'uncu maddesinin gerekçesinde iltibas ile karıştırılma ihtimalinin kastedildiği ifade edilmiştir. İltibasın yahut karıştırılma ihtimalinin muhtevası marka hukukunun içtihatlarla dayalı bir şekilde sürekli gelişmesine bağlı olarak zamanla değişmiştir. Buna bağlı olarak doktrinde karıştırılma ihtimalinin doğrudan (klasik anlamda) karıştırılma ihtimali, dolaylı karıştırılma ihtimali ve geniş anlamda karıştırılma ihtimali olmak üzere üç türünün bulunduğu kabul edilmektedir. Karıştırılma ihtimalinin farklı türleri olmasına rağmen marka suçları açısından hangisinin benimsendiği madde metninden yahut gerekçesinden anlaşılamamaktadır. Burada iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun kapsamı daraltıcı yorumla, suçta ve cezada kanunilik ile ceza hukukunun son çare olması ilkelerinden hareketle belirlenmeli ve SMK'nın 30'uncu maddesinde doğrudan karıştırılma ihtimalinin benimsendiği kabul edilerek iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, tüketicilerin marka ile işaret benzerliği sebebiyle marka ve işareti karıştırabilmesi ve malların veya hizmetlerin aynı işletmeden kaynaklandığı yanılgısına düşmesi olarak anlaşılmalıdır.

17. SMK'nın 29'uncu maddesi ve dolayısıyla 7'nci maddesinde marka hakkının hukuki himayesi bağlamında mal veya hizmetin kapsamı açıkça belirlenmişken, marka hakkının cezai himayesinde suçun mal veya hizmet açısından kapsamının düzenlenmemesi konuyu tartışmalı hale getirmiştir. Zira SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde, 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 hukuki sorumluluk gerektiren marka hakkına tecavüz olarak düzenlenmiştir. Ancak marka hakkının konusunun bizatihi markanın müseccel olduğu mal veya hizmet olması sebebiyle marka hakkına sağlanan koruma da kural olarak markanın müseccel olduğu mal veya hizmettedir. Bu itibarla, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun mal veya hizmet yönünden kapsamı genel kurala göre belirlenmeli markanın müseccel olduğu mal veya hizmet ile sınırlı olduğu kabul edilmelidir.

18. Marka suçları bağlamında iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz, aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretin aynı mal veya hizmetlerde; iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz doğrudan karıştırılma ihtimaline sebebiyet verecek şekilde benzer işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılmasıdır.

19. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, fıkra yazılı diğer hareketlerin icrası ile ortaya çıkan bir özelliktir. Başka bir anlatımla, suçun oluşabilmesi için seçimlik hareketler dışında ayrıca “*iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz*” şeklinde bir fiil gerçekleşmemektedir. Zira marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretin aynı mal veya hizmetlerde *kullanılması* iktibas; benzer işaretin aynı mal veya hizmetlerde *kullanılması* iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz oluşturur. Burada zikredilen kullanma, mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek, satmak, ithal etmek, ihraç etmek, satın almak, bulundurmak, nakletmek ve depolamak fiillerini kapsamaktadır.

20. SMK’da marka hakkının hukuki himayesi bağlamında tanınmış markalara ayrıcalık öngörülmüş ve kanunda belirtilen şartlar altında tanınmış markaların farklı mal veya hizmetlerde kullanılması, marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir. Ancak SMK’nın 30’uncu maddesinde ayrıca ve açıkça bir hükme yer verilmediğinden tanınmış olsun veya olmasın tüm markalar sadece tescilli olduğu mal veya hizmet bakımından cezai himayeye sahiptir.

21. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun mağduru kural olarak marka hakkı sahibidir. Marka hakkı sahibi gerçek bir kişi olabileceği gibi tüzel bir kişi de olabilir. Eğer marka hakkı sahibi tüzel kişi ise hakkına tecavüz edilen tüzel kişi, suçtan zarar görendir ve bu halde suçun mağduru tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişilerdir. Ayrıca lisans sahipleri ile tüketiciler iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçundan geniş anlamda zarar gören olarak değerlendirilebilir.

22. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun konusu, Türkiye’de tescilli işaret, yani markadır. Ayrıca marka ile markanın müseccel olduğu mal veya hizmet arasında zorunlu bir birliktelik mevcut olduğundan mütecaviz işaretin kullanıldığı mal veya hizmet de suçun konusuna dahildir. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu soyut tehlike suçudur. Zira kanun koyucu SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan fiillerin işlenmesiyle tehlikenin ortaya çıkacağını kabul etmiş; herhangi bir zararın veya somut tehlikenin gerçekleşmesini aramamıştır.

23. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, ancak kasten işlenebilir; kanunda açıkça öngörülmediğinden bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Ayrıca SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında satın alma, bulundurma, nakletme ve depolama fiilleri bakımından failin ticari amaçla hareket etmesi aranmıştır. Suç tipinde amaç

unsuruna yer verilen hallerde fail ancak doğrudan kast ile hareket edebileceğinden iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun mal üretme, hizmet sunma, satışa arz etme, satma, ithal veya ihraç etme seçimlik hareketlerinin hem doğrudan hem de olası kastla; ticari amaçla gerçekleştirilmesi gereken satın alma, bulundurma, nakletme ve depolama fiillerinin ise sadece doğrudan kastla işlenebileceği kabul edilmelidir.

24. SMK’da ticari amaç kavramı açıklanmamıştır. Ticaret, kazanç amacıyla yürütülen alım satım etkinliğidir. Bu itibarla ticari amaç ifadesinden “*kazanç elde etme maksadı*” anlaşılmalıdır.

25. Marka hakkına tecavüzün koşullarından biri kullanımın ticari nitelikte (ticaret sırasında – ticaretle) olmasıdır. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda bu hususu kanun koyucu, satın alma, bulundurma, nakletme ve depolama fiilleri bakımından “*ticari amaç*” şeklinde formüle ederek açıkça zikretmiştir. Ancak madde metninde böyle bir koşula yer verilmeyen mal üretme, hizmet sunma, satışa arz etme, satma ve ithal veya ihraç etme seçimlik hareketleri bakımından da marka hakkına tecavüzün bir koşulu olan ticari nitelik aranmalıdır.

26. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda kastın tespiti önem arz etmektedir. Uygulamada kastın tespitinde ağırlıklı olarak failin mesleğine, yaptığı işe ve tacir olmasına önem atfedildiği görülmektedir. Özellikle basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunan tacirin yaptığı işten edindiği tecrübelerle göre sattığı malların mütecaviz işaretli olduğunu bildiği ve bu sebeple kasten hareket ettiği kabul edilmektedir. Bir suçun işlendiğinden bahsedilebilmesi için failin kural olarak bilerek ve isteyerek hareket etmesi veya suçun kanuni tanımındaki unsurlarının gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen bunu kabullenmesi gerekmektedir. Tacir olmak, yapılan iş yahut sahip olunan meslek tek başına failin kasten hareket ettiğini göstermez. Ancak tacirlik, yapılan iş yahut meslek; malların olağan dağıtım kanalları dışından veya daha ucuza ya da faturasız alınması ve olması gerektiğinden daha düşük bedelle satılması, malların niteliği (kalitesiz mal ve işçilik) gibi farklı argümanlarla desteklendiği takdirde failin kasten hareket ettiği ileri sürülebilir. Öte yandan bazı mahkeme kararlarında, mal veya hizmetin mütecaviz işaretli olduğunun bilinmesi gerektiğinden bahisle failin kasten hareket ettiğinin kabul edildiği görülmektedir. Kastın tespitinde SMK’nın 29’uncu maddesinde yer alan “*bilmesi gerektiği hal*” kavramının ceza hukukuna dahil edilmesini ve mahkeme kararlarında bu kavrama yer verilmesini doğru bulmamaktayız. Zira SMK’nın

29'uncu maddesinde yer alan ve hukuki sorumluluk gerektiren haksız fiiller iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketleri arasında kabul edilemez.

27. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilecek durumlar hem TCK'da hem de SMK'da bulunmaktadır. Özellikle SMK'da marka hakkını sınırlayıcı çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Özel hukuk mantığı ile kaleme alınan sınırlayıcı hallerin ceza hukukunda karşılığı bazen tipiklik bazen hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmiştir. Bunlara örnek olarak markanın sözlük veya başvuru eserinde yer alması, dürüst kullanım, gerçek hak sahipliği ve eskiye dayalı kullanım, sessiz kalma suretiyle hak kaybı, marka hakkının tüketilmesi gösterilebilir. Kanaatimizce iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluştuğundan söz edilebilmesi için SMK'da yer alan marka hakkını sınırlayıcı hükümler dikkate alınmalı ve özel hukuk anlamında marka hakkına tecavüzün gerçekleşmediği durumlarda suçun varlığından bahsedilmemelidir.

28. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olduğu doktrinde ekseriyetle kabul edilmektedir. Nitekim SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında tipiklikte ilgilinin rızasına yer verilmemiştir. Ancak SMK'nın 7'nci ve 29'uncu maddesinde, marka hakkına tecavüzden bahsedilebilmesi için marka sahibinin izninin bulunmaması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca marka hakkı sahibinin izninin bulunmaması doktrinde marka hakkına tecavüzün bir koşulu olarak kabul edilmektedir. Her ne kadar SMK'nın 30'uncu maddesinde tipiklikte ilgilinin rızasına yer verilmemiş olsa da marka hakkına tecavüzün yapısı ve SMK'nın 7'nci ve 29'uncu maddesi dikkate alındığında, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun kanuni tanımında zımnen rıza unsuruna yer verildiği söylenebilir. Bu itibarla iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda ilgilinin rızasının tipikliği kaldırdığı kabul edilmelidir.

29. SMK'nın 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında marka koruması işaretinin kaldırılması suçu düzenlenmiştir. 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin 2'nci fıkrasında da yer alan bu suç tipi, sadeleştirilecek SMK'ya alınmıştır. Marka koruması işaretinin kaldırılması suçu ile kanun koyucu markanın tescilli olduğunu belirten işaretin mal veya ambalaj üzerinden kaldırılmasını suç olarak kabul etmiştir. Bu sebeple suçun hizmet markaları bakımından işlenmesi mümkün değildir. Esasında marka koruması işaretinin kaldırılması marka hakkına tecavüz teşkil eden bir fiil olmamakla birlikte bu suçun ihdası markalarla ilgili öngörülen düzenden kaynaklanmaktadır. Ancak marka koruması işaretinin kullanılması zorunlu olmayıp

bu hususu tüketiciler de dikkate almamaktadır. Bununla birlikte günümüz teknolojisinde bir markanın tescilli olup olmadığı yani özel olarak korunup korunmadığı da çok kolay bir şekilde öğrenilebilmektedir. Bu sebeple marka koruması işaretinin kaldırılması fiili cezaya müstahak bir haksızlık değildir ve suç olmaktan çıkarılmalıdır.

30. Kanun koyucu marka hakkını korumak amacıyla önemine binaen bazı hukuki işlemlerin yetkili kişilerce yapılmamasını cezaya müstahak görerek SMK'nın 30'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında yetkisiz kişilerce marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunulması suç olarak kabul edilmiştir. Suç politikası çerçevesinde markanın konu olduğu devretmek, lisans vermek veya rehin vermek hukuki işlemlerinin kural olarak sicile kaydedilmemesi sebebiyle ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilebilmesi adına SMK'nın 30'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında yetkisiz tasarrufta bulunma suçu ihdas edilmiştir. Böylece hem marka sahibinin hakları hem de markalarla ilgili öngörülen düzen ile kamu yararı korunmak istenmiştir. Ancak esasında yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkını devretmek, lisans veya rehin vermek fiilleri genellikle hileli hareketlerle icra edilebilir ve ancak bu halde ceza hukuku müdahalesi gereklidir. Böyle bir durumda ise zaten dolandırıcılık suçu (TCK m. 157) oluşacaktır. Dolayısıyla ayrıca yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun ihdas edilmesini gereksiz bulmaktayız.

31. Marka suçlarında ve özellikle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda, suçun maddi unsurlarında hata büyük önem arz etmektedir. Nitekim uygulamada genellikle mütecaviz işaretin veya mütecaviz işaretli mal veya hizmetin bu özelliğinin bilinmediği savunmasının yapıldığı görülmektedir. Failin yapmış olduğu bu savunma, gerçekten hataya düşmesinden kaynaklanabileceği gibi sorumluluktan kurtulmaya matuf da olabilir. Burada failin gerçekten hataya düşüp düşmediği hususunun tespiti, önemli bir ispat sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay, böyle durumlarda hatanın hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği veya dış olgulara göre böyle bir hataya düşmenin mümkün olup olmadığı ölçütlerini kullanarak ispat sorununu çözmeye çalışmaktadır.

32. SMK'nın 30'uncu maddesinde, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, marka koruması işaretinin kaldırılması ve yetkisiz tasarrufta bulunma suçları düzenlenmiştir. Tamamlanmaları bakımından neticenin gerçekleşmesi aranmayan marka suçları, sırf hareket suçlarındandır. Bu nevi suçlarda icra hareketleri kısımlara ayrılabiliriyorsa suça teşebbüs mümkündür.

33. SMK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek, satmak, ithal veya ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek ve depolamak fiilleri iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketleri olarak gösterilmiştir. Kanuni tarifte yer alan seçimlik hareketleri gerçekleştirmek üzere elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamayan fail, kural olarak iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır. Ancak 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinde, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketleri daha dar kapsamlı olarak ele alındığından suçun teşebbüste kalma durumuyla uygulamada daha sık karşılaşılmıştır. Bu dönemde hazırlık hareketi sayılan fiillerin ki özellikle bulundurmanın, SMK'da iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketlerine dahil edilmesi, suçun teşebbüs aşamasında kalma ihtimalini oldukça düşürmüştür. Ayrıca iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun hizmet sunma, satışa arz etme, bulundurma, nakletme ve depolama seçimlik hareketleri doğal olarak belirli bir süre devam etmekte, mütemadi suç özelliği göstermektedir. Mütemadi suçlarda teşebbüs hükümleri ancak suç tamamlanıncaya kadar uygulanabilir.

34. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu işlenirken kanunun muhtelif ahkamı ihlal edilebilir. Özellikle mütecaviz işaretli malların gıda ürünü veya ilaç olması halinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile kamu sağlığına karşı suçlar (TCK m. 185 – 187) arasında farklı neviden fikri içtimain uygulanmasını gerektirecek bir durumun olabileceği dikkate alınmalıdır. Keza iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, dolandırıcılık suçu ile bir arada bulunabilir; dolandırıcılık suçu, mütecaviz işaretli mal veya hizmet üzerinden gerçekleşebilir. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu ile dolandırıcılık suçu arasında gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır. Zira burada iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz araç; dolandırıcılık amaç suç niteliği arz etmektedir. Böyle durumlarda ise tek fiil ile birden fazla suçun oluşumu söz konusu olmayıp iki ayrı fiil ve iki ayrı suç bulunmaktadır. Öte yandan yetkisiz tasarrufta bulunma suçu ile dolandırıcılık suçu bir arada bulunabilir. Fail, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunur ve onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlarsa aynı zamanda dolandırıcılık suçunu işlemiş olmaktadır. Bu halde, TCK'nın 44'üncü maddesi uyarınca fail en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmalıdır. Marka hakkına tecavüz fiilleri, hukuki niteliği bakımından birer haksız

fiildir ve daha özelinde haksız rekabet niteliğini taşımaktadır. Bu sebeple doktrinde ağırlıklı olarak haksız rekabet suçları ile marka suçları arasında görünüşte içtima teşkil edecek genel – özel norm ilişkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca haksız rekabet suçlarının düzenlendiği TTK’nın 62’nci maddesinde, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde failin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu yönüyle haksız rekabet suçları, tamamlayıcı ve tali bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla haksız rekabet suçları ile iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu arasında, ister genel – özel norm ister asli – tali norm ilişkisi denilsin, görünüşte içtima olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

35. SMK’nın 30’uncu maddesinin 7’nci fıkrasında cezayı ortadan kaldıran şahsi bir sebep olarak etkin pişmanlık hükmü öngörülmüştür. Madde metni incelendiğinde, düzenlemenin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna yönelik ve bu suçun seçimlik hareketlerine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bakımından kabul edilen etkin pişmanlık hükmü doğrudan 556 sayılı KHK’nın 61/A maddesinin 7’nci fıkrasından alınmıştır. Ancak SMK’da iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun kapsamı genişletilmişken, etkin pişmanlığın 556 sayılı KHK’da olduğu gibi sadece satışa arz etme veya satma fiilleri bakımından öngörülmesi, düzenlemenin dikkatli bir şekilde kaleme alınmadığını, fıkralar arası koordinasyonun sağlanmadığını göstermektedir. Öte yandan etkin pişmanlık hükmü, marka taklit edilerek üretilmiş mallar bağlamında öngörülmüştür. Taklitçilik markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılmasını kapsamaktadır ve bu durum iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz olarak ifade edilmektedir. Ancak SMK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzün yanı sıra iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz de cezai yaptırım altına alınmıştır. İltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün haksızlık içeriği iktibas suretiyle marka hakkına tecavüze göre daha azdır. Buna rağmen, haksızlık içeriği daha az olan bir fiilin etkin pişmanlığa dahil edilmemesi anlamlı gözükmemektedir.

36. SMK’nın 30’uncu maddesinin 6’ncı fıkrasına göre marka suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlıdır. Buna göre, şikâyet şartı gerçekleşmediği müddetçe marka suçlarından dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılamayacaktır. Ancak suçun etkileri ve suçla etkin mücadele bağlamında, özellikle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun re’sen soruşturulması ve kovuşturulması gerekmektedir.

37. Şikâyetle bağı soruşturma ve kovuşturma istisnayı oluşturduğundan, burada suçtan zarar görme kavramı dar anlaşılmalıdır. Marka suçlarından doğrudan doğruya zarar gören marka hakkı sahibidir ve şikâyet hakkı kural olarak ona aittir. Ancak SMK'nın 158'inci maddesinde marka suçlarında geniş anlamda suçtan zarar gören olan lisans hakkı sahiplerine bazı şartlar altında istisnaen şikâyet hakkı tanınmıştır.

38. Marka suçlarında ve özellikle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda eşya müsaderesi önemli bir yere sahiptir. Zira iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun nüvesi mütecaviz işaretli mallardır ve bu suçun işlenmesi, mütecaviz işaretli malların müsaderesini gerektirmektedir. Ayrıca SMK'nın 30'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında marka suçlarının bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı kabul edilmiştir.

39. Nihayet belirtmek isteriz ki marka suçlarının özellikle ceza hukukuna hâkim olan ilkeler gözetilerek tekrar düzenlenmesi yerinde olacaktır. Zira marka hakkının cezai himayesine ilişkin normların ve uygulamaların ceza hukukundan ziyade özel hukuk mantığı çerçevesinde ele alınmasının getirdiği pek çok mesele ancak bu şekilde çözüme ulaştırılabilir.

KAYNAKÇA

Abalos, Robert J., Commercial Trademark Counterfeiting in the United States, the Third World and Beyond: American and International Attempts to Stem the Tide, Boston College Third World Law Journal, Volume 5, Issue 2, 1985.

Acar, Hüseyin, Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Achenbach, Hans / Ransiek, Andreas / Rönnau, Thomas, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2019.

AIPPI (International Association for the Protection of Intellectual Property), Standing Committee on Piracy and Counterfeiting, Law Review, Criminal Protection on IP.

Akay, Tolga, Osmanlı Devleti'nde Arma-i Osmânî ve Tuğrâ-yi Hümâyûn'un Alâmet-i Farika Olarak Kullanımı, Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 9, 2012.

Akay, Tolga, Osmanlı Devleti'nde Marka Hukukunun Gelişimi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 126, Yıl: 2016.

Akbulut, Berrin / Aksan, Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Akipek Öcal, Şebnem, Taşınır Rehni Sözleşmeleri ve Sözleşmelerde Şekil, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2017.

Aksoy, Mehmet Ali, Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2011.

Albayrak, Mustafa, Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılanmasında Sorunlar ve Çözüm Yolları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 57, 2005.

Albayrak, Mustafa, Markaların Korunması Hakkında KHK'ye Göre Müsadere, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 2003, Sayı 2.

Amendolara, Lauren D., Knocking Out Knock-Offs: Effectuating the Criminalization of Trafficking in Counterfeit Goods, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Volume 15, Number 3, 2005.

Ammar, Jamil, Think Consumer: The Enforcement of the Trade Mark Quality Guarantee Revisited, A Legal and Economic Analysis, First Published, Cambridge Scholars Publishing, 2011.

Antalya, Gökhan / Topuz, Murat, Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Cilt: I, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Arıkan, Ayşe Saadet, Fikri ve Sınai Haklar Kapsamındaki Taklit ve Korsan Malların Gümrüklerde Geçici Olarak Durdurulması, Marmara Üniversitesi, Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2, 1995/1996.

Arıkan, Özgür, Trade Mark Rights and Parallel Importation in the European Union, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Arkan, Sabih, İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, 1999.

Arkan, Sabih, Marka Hakkına Tecavüz Halleri – Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 Tarihli Kararı, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt I, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2004.

Arkan, Sabih, Marka Hukuku, Cilt: I, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997.

Arkan, Sabih, Marka Hukuku, Cilt: II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998.

Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 25. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2019.

Arkan, Sabih, Yabancı Markaların Türkiye’de Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 20, Sayı 1, 1999.

Arseven, Haydar, Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, 1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1951.

Arslan, Çetin / Özdemir, Didar, Türk Hukukunda Marka Suçları -Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme-, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Yıl: 2016.

Arslan, İbrahim, Tescilsiz Markaların Korunması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 1.

Arslan, Özge, Marka Hakkının Sona Ermesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Artuç, Mustafa, Malvarlığına Karşı Suçlar, Dördüncü Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Artuk, Mehmet Emin / Alşahin, Mehmet Emin, Objektif Cezalandırılabilirlik Şartı ve Zamanaşımı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013.

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Aslan Düzgün, Ülgen, İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 9, Sayı 36, Ekim 2018.

Aslanoğlu, Suphi, Türkiye’de Kayıtdışı Ekonomi ve Kayıtdışı Ekonomiyi Azaltmaya Yönelik Çözüm Önerileri, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Sayı: 39, Temmuz 2008.

Attaran, Amir / Bate, Roger / Kendall, Megan, Why and How to Make an International Crime of Medicine Counterfeiting, Journal of International Criminal Justice, Volume 9, Issue 2, 2011.

Aydın, Hüseyin, Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Aydın, Hüseyin, Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Aygörmez, Gülsün Ayhan, Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş I, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 14, Aralık 2010.

Aygörmez, Gülsün Ayhan, Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş III, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 22, Ağustos 2013.

Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin / Yıldız, Burçak / İmirlioğlu, Dilek, Sınai Mülkiyet Hukuku, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Ayoğlu, Tolga, Anayasa Mahkemesi'nin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9 ve 61. Maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 3.1.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 2008, Cilt 8, Sayı 4.

Aytekin İnceoğlu, Asuman, Ekonomik Suçlar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2020, Sayı: 1.

Bacaksız, Pınar, TCK'da Yer Alan İflas Suçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2011.

Bahadır, Zeynep, Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, 1. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2018.

Bahtiyar, Mehmet / Biçer, Levent, Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016.

Bainbridge, David I., Intellectual Property, Tenth Edition, Pearson, 2018.

Balcı, Murat, Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları (TCK. m. 188), Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

Balık, İfakat / Bektaş, İbrahim, Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu -Mcdonald's Kararları Yönünden Bir İnceleme-, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, 2019.

Barrett, Margreth, Intellectual Property, Second Edition, Wolters Kluwer, 2008.

Bartow, Ann, Likelihood of Confusion, San Diego Law Review, Volume 41, Issue 2, 2004.

Başbüyük, İsa, Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Battal, Ahmet, Marka Üzerinde “Yargı Kararı” İle Ortaklık Tesisi Mümkün müdür? Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXIV, 10- 11 Aralık 2010, Ankara 2012.

Bayındır, Sinan, Sınai Mülkiyet Aleyhine Cürümler, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2005.

Bayındır, Sinan, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.

Bayrak, Önder, Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Baytaz, Abdullah Batuhan, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Bekar, Elif, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Bently, Lionel / Sherman, Brad, Intellectual Property Law, Second Edition, Oxford University Press, 2004.

Birtek, Fatih, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m. 132), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2012.

Birtek, Fatih, Marka ve Üretim Korsanlığı Suçu (Markanın İzinsiz Kullanılması), İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Bitton, Mariam, Rethinking The Anti-Counterfeiting Trade Agreement's Criminal Copyright Enforcement Measures, The Journal of Criminal Law and Criminology, Volume 102, Issue 1, 2012.

Blackett, Tom, Trademarks, 1st Edition, Macmillan Press, 1998.

Blakeney, Michael, Intellectual Property Enforcement, A Commentary on Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), Edward Elgar, 2012.

Blakeney, Michael, Proposals for International Criminal Enforcement of Intellectual Property Rights, The Enforcement of Intellectual Property Rights, Comparative Perspectives from the Asia-Pacific Region, Edited by Christoph Antons, Wolters Kluwer, 2011.

Bock, Dennis, Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer, 2018.

Bozbayındır, Ali Emrah, Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Bozgeyik, Hayri, Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Böxler, Bernhard, Markenstrafrecht, Geschichte – Akzessorietät – Legitimation – Perspektiven, Mohr Siebeck, 2013.

Busche, Jan / Stoll, Peter-Tobias / Wiebe, Andreas, TRIPs Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums Kommentar, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2013.

Caddick, Nicholas / Longstaff, Ben / Duly, Charlotte, A User's Guide to Trade Marks and Passing Off, Fourth Edition, Bloomsbury Professional, 2015.

Cardwell, Ryan / Ghazalian, Pascal L., The Effects of the TRIPS Agreement on International Protection of Intellectual Property Rights, The International Trade Journal, Volume 26, Issue 1, 2012.

Carrington, Ann, Trademark Protection and Prosecution, First Edition, Aauvi House Publishing, 2012.

Cengiz, Dilek, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1995.

Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.

Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.

Centel, Nur, Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001.

Ceylan, Çiğdem, Marka Lisans Sözleşmesi, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl: 18, Cilt: 19.

Chaudhry, Peggy / Zimmerman, Alan, The Economics of Counterfeit Trade, Governments, Consumers, Pirates and Intellectual Property Rights, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2009.

Coblenz, Michael, Intellectual Property Crimes, Albany Law Journal of Science and Technology, Volume 9, 1999.

Cohan, Jon, Zildjian: A History of the Legendary Cymbal Makers, Hal-Leonard Publishing, 1999.

Colston, Catherine / Galloway, Jonathan, Modern Intellectual Property Law, Third Edition, Routledge, 2010.

Cornish, William / Llewelyn, David / Aplin, Tanya, Intellectual Property Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Seventh Edition, Sweet & Maxwell, 2010.

Correa, Carlos M., Anti-counterfeiting: A Trojan Horse for Expanding Intellectual Property Protection in Developing Countries?, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012.

Covarrubia, Patrica, Geographical Indications of Traditional Handicrafts: A Cultural Element in a Predominantly Economic Activity, ICC, Volume 50, Issue 4, 2019.

Çağlar, Hayrettin, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de 28.01.2009 Tarihinde Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XI, Sayı 1-2, 2007.

Çağlar, Hayrettin, Marka Hukuku Temel Esaslar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Çağlar, Hayrettin, Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanına Getirdiği Önemli Yenilikler, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, 2017.

Çakıcı, Latif, İşletmelerde Ambalaj Sorunları ve Ambalajlama Alanındaki Gelişmeler, İkinci Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1987.

Çakır, Kerim, Uzlaştırmanın Kapsamı ve Şartları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, 2018.

Çamlıbel Taylan, Esin, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.

Çetintürk, Ekrem, Marka Taklitçiliği Suçu, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Çınar, Ali Rıza, Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019.

Çolak, Uğur, Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Davis, Jennifer / Padfield, Nicola, Intellectual Property Law, Third Edition, Oxford University Press, 2008.

Davis, Richard / Quintin, Thomas ST / Tritton, Guy, Tritton on Intellectual Property in Europe, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, 2014.

Değirmenci, Olgun, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 110, 2014.

Demiral Bakırman, Büşra, İntihal Suçları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, Ocak 2015.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Demirbaş, Timur, Kriminoloji, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Demirel, Muhammed, Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (3), 2020.

Demirel, Muhammed, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXIV, Sayı 4, 2020.

Demirtaş, Soner, Alman İctima Öğretisinde Doğal Hareket Tekliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 7, Sayı 28, 2016.

Dericioğlu, Hayri, Marka Tescilinde Aranan Hususlar (Müşahabetin Tespiti), Türkiye İktisat Gazetesi, Sayı 235, Ankara 1957.

Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 34. Baskı, Aydın Kitapevi, Ankara 2020.

Diamond, Sidney A., The Historical Development of Trademarks, TMR, Volume 65, 1975.

Dilmaç, Şule, Uluslararası Metinlerde Tanınmış Marka ve Markanın Sulandırılması, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Dirikkan, Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Dobrin, Samuel / Chochia, Archil, The Concepts of Trademark Exhaustion and Parallel Imports: A Comparative Analysis between the EU and the USA, TalTech Journal of European Studies, Volume 6, Issue 2, 2016.

Donay, Süheyl / Erman, Hasan, Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1973.

Dornis, Tim W., Trademark and Unfair Competition Conflicts, Historical-Comparative, Doctrinal, and Economic Perspectives, First Published, Cambridge University Press, 2017.

Dönmez, Burcu, Yeni CMK’da Bilirkişi Kavramı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sergisi, Yıl 2007, Cilt 9, Özel Sayı.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Beta Yayıncılık, Cilt I, 14. Baskı, İstanbul 1997.

Dönmezer, Sulhi, Ekonomik Suçlar, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı 7, Ocak 1985.

Dönmezer, Sulhi, Öntasarı Hakkında Genel Bilgi, Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, 17-18 Nisan 1987, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 1987.

DuBose, Michael M., Criminal Enforcement of Intellectual Property Laws in the Twenty-First Century, Columbia Journal Of Law & The Arts, Volume 29, Number 4, 2006.

Dursun, Gizem, “Ekonomik Suça Ekonomik Ceza İlkesi” ve Bu Kapsamda 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Bilgi Suiistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları İçin Öngörülen Cezaların Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 175-176, Yıl: 2019.

Dursun, Selman, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Üye Ülkelere Ekonomik Suç Hakkındaki Tavsiyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019.

Dursun, Selman, Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı Suçlar, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Dursun, Selman, Marka Haklarında Ceza Hukuku Alanındaki Gelişmeler, Fikri ve Sınai Haklarda Problemler ve Çözüm Yolları, İstanbul Barosu Yayınları, 2016.

Economides, Nicholas S., The Economics of Trademarks, TMR, Volume 78, 1988.

Eğilmez, Mahfi, Mikroekonomi, 6. Basım, Remzi Kitapevi, İstanbul 2018.

Ekey, Friedrich L. / Bender, Achim / Fuchs-Wissemann, Georg, Markenrecht, Band 1, Markengesetz und Markenrecht ausgewählter ausländischer Staaten, 3. Auflage, C. F. Müller, 2014.

Ekici Şahin, Meral / Yemenici, Kürşat, 6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. XIII, Sayı 1, 2018.

Eminoğlu, Cafer, Marka Sahibinin Tekliği İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi (Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK'nın M. 16/5 Hükmünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme), Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2016/1.

Ensari, Dilan, Türk Hukukunda Marka Hakkı ve Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020.

Epçeli, Sevgi, Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.

Epözdemir, Rezzan, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Ercan, Tayfun / Teke Akbulut, Nebile, Tanınmış Marka Kavramı, Hukuken Korunması ve Uluslararası Ticaretteki İşlevi, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997.

Erem, Faruk, Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı:1, Ankara 1968.

Ergin, Yusuf, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Kaçakçılık Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Ergün, Mevci, Fikri Mülkiyet Hukuku, 1. Cilt, 1. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2020.

Erkan, Vehbi Umut / Özden Merhacı, Selin, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Markada Paydaşların Önalım Hakkı (SMK md. 148/3), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 35, Sayı 1, Mart 2019.

Ermann, Sahir, Kaçakçılık Suçları, Ticari Ceza Hukuku – IV, İsmail Akgün Vakfı Matbaası, İstanbul 1981.

Erman, Sahir, Sahtekârlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku – III, 5. Bası, İstanbul 1987.

Erman, Sahir, Ticari Ceza Hukuku, I – Genel Kısım, 3. Baskı, İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul 1992.

Esen, Egemen, Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkının Yetkisiz Tasarrufu Suçu, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 2, 2017.

Feiler, Harald, Subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht, Universitätsverlag Göttingen, 2011.

Fezer, Karl-Heinz, Markenrecht, Vierte neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, München 2009.

Fırmınoğulları, Feray, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Karıştırılma İhtimali, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 13, Sayı 145, Eylül 2018.

Firth, Alison / Lea, Gary / Cornford, Peter, Trade Marks: Law and Practise, Fourth Edition, Jordan Publishing, 2016.

Fisher, William, Theories of Intellectual Property, New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Edited by Stephen R. Munzer, Cambridge University Presss, 2001.

Foster, Louise / Paronavitane, Varuni, Anti-Counterfeiting 2020, A Global Guide, United Kingdom, World Trademark Review.

Garner, Bryan A., Black’s Law Dictionary, 10. Edition, Thomson Reuters, USA 2014.

Geiger, Christophe, The Anti-Counterfeiting Trade Agreement and Criminal Enforcement of Intellectual Property: What Consequences for the European Union?, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-04.

Gervais, Daniel, Criminal Enforcement in the US and Canada, Criminal Enforcement of Intellectual Property, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012.

Ghidini, Gustavo / Cavani, Giovanni, On the Scope of Protection of Renowned Trade Marks, Queen Mary Journal of Intellectual Property, Volume 8, No. 4, 2018.

Gibson, Johanna, The Directive Proposal on Criminal Sanctions, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012.

Giray, R. Eda, Markanın Miras Yoluyla İntikali, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 10, Sayı 20, Güz 2011.

Glandien, Julian, Fehlvorstellungen im Markenstrafrecht, 1. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, 2018.

Godart, Benoit, IP Crime: The New Face of Organized Crime From IP Theft to IP Crime, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Volume 5, No. 5, 2010.

Goldstone, David J. / Toren, Peter J., The Criminalization of Trademark Counterfeiting, Connecticut Law Review, Volume 31, Number 1, Fall 1998.

Gottschalk, Peter / Gunnesdal, Lars, White-Collar Crime in the Shadow Economy, Palgrave Macmillian, 2018.

Gökçen Ahmet, Belgede Sahtecilik Suçları (m. 204-212), 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Gökçen, Ahmet / Balcı, Murat / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020.

Gökçen, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), 1. Basım, Ankara 1994.

Gökçen, Ahmet, Sınai Haklarda Karşılaşılan Güncel Sorunlar, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Temmuz 2007.

Gökçen, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideleri, İstanbul 1989.

Göktürk, Neslihan, Fikri İhtima (Suçların İhtimai), 1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Göktürk, Neslihan, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Göktürk, Neslihan, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt 9, Sayı 26, 2014.

Göktürk, Neslihan, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2016.

Grgić, Aida / Mataga, Zvonimir / Longar, Matija / Vilfan, Ana, The Right to Property under the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Human Rights Handbooks, No: 10.

Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4., ergänzte und terminologisch überarbeitete Auflage, Springer, 2015.

Guidelines For Examination of European Union Trade Marks, European Union Intellectual Property Office (EUIPO), Edition 2020.

Gulliksson, Jonas, Trademark Counterfeiting, World Trademark Symposium, The Trademark Reporter, Vol. 82, Issue 5A, September-October 1992.

Güneş, İlhami, Fikri Mülkiyet Hukukunda Cezai Korumanın Gerekçesi, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:1 Sayı:4, Aralık 2006.

Güneş, İlhami, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Güneş, İlhami, Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları 3. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara 2017.

Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2015.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Halpern, Sheldon W. / Port, Kennerth L. / Seymore, Sean B., Fundamentals of United States Intellectual Property Law, Fifth Edition, Wolters Kluwer, 2015.

Halsbury’s Laws of England, Trade Marks and Trade Names, Consultant Editor: Richard Arnold, Fifth Edition, LexisNexis, 2014.

Harms, L.T.C., A Casebook on the Enforcement of Intellectual Property Rights, 4th Edition, WIPO (World Intellectual Property Organization), Switzerland 2018.

Harms, L.T.C., The Enforcement of Intellectual Property Rights: A Case Book, 3rd Edition, WIPO (World Intellectual Property Organization), 2012.

Hart, Tina / Fazzani, Linda, Intellectual Property Law, Macmillan Press, 1997.

Heath, Christopher, Parallel Imports and International Trade, International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property (ATRIP) Annual Meeting, 07-09.07.1999, ATRIP/GVA/99/6.

Hellmann, Uwe, Wirtschaftsstrafrecht, 5., neu bearbeitete Auflage, W. Kohlhammer, 2018.

Herring, Jonathan, Criminal Law, Text, Cases, and Materials, Seventh Edition, Oxford University Press, 2016.

Hetzer, Wolfgang, Godfathers and Pirates: Counterfeiting and Organized Crime, European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice, Volume 10/4, 2002.

Heymann, Laura A., Naming, Identity, and Trademark Law, Indiana Law Journal, Volume 86, Issue 2, 2011.

Hilty, Reto M., Economic, Legal and Social Impacts of Counterfeiting, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012.

Hirsch, Ernst E., Fikri ve Sınai Haklar, Ar Basımevi, Ankara 1948.

Hirsch, Ernst E., Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Basım, İstanbul 1948.

Ingerl, Reinhard / Rohnke, Christian, Markengesetz, Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 3. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, München 2010.

International Classification of Goods and Services, For the Purposes of the Registration of Marks, WIPO, Sixth Edition, 1992.

İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.

İçel, Kayıhan, Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 7, Sayı 14, 2008.

İçer, Zafer, Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

İçer, Zafer, Türk Ceza Hukukunda Tüzel Kişiler, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.

İmirlioğlu, Dilek, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Jacobs, Georg, Internet-Specific Collisions of Trademarks in the Domain-Name System – An Economic Analysis Based on U.S. Law, ICC, Volume 37, Issue 2, 2006.

Jarrett, H. Marshall / Chandler, Cameron G., Prosecuting Intellectual Property Crimes, Fourth Edition, Published by Office of Legal Education Executive Office for United States Attorneys, 2015.

Jennings, Jonathan S., Trademark Counterfeiting: An Unpunished Crime, Journal of Criminal Law and Criminology, Volume 80, Issue 3, Fall 1989.

Johnson, David / Leo, Richard, The Yale White Collar Crime Project: A Review and Critique, Law & Social Inquiry, Volume 18, Issue 1.

Kahveci, Vehbi, Fikri ve Sınai Haklar Sempozyumu, Editör: Ayşe Kübra Altıparmak, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Kale, Serdar, Marka Davalarında Yargılama Usulü, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Kaminski, Margot E., An Overview and the Evolution of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Albany Law Journal of Science and Technology, Volume 21, Issue 3, 2011.

Kaplan Dönmez, Nergis Feride, Transfer Fiyatlandırması Kavramı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında İlişkili Kişi, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Cilt 12, Sayı: 23, Temmuz 2020.

Karadaş, Muhammet İkbāl, Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Karan, Hakan / Kılıç, Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2004.

Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1968.

Kart, Aslıhan, Marka Hakkına Tecavüz Suçları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Kaya, Arslan, Marka Hukuku, 1. Baskı, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006.

Kaya, Mustafa İsmail / Küçükaydın, Halil Doğan, Türk Ticaret Kanunu, Gerekçeli – Karşılaştırmalı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Kayihan, Şaban, Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Kaynak, Ali Osman, İctihatlı Uygulamalı Örnekleriyle Fikri Mülkiyet Suçları ve Soruşturma Usulü, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Kaynak, Ali Osman, İctihatlı Uygulamalı Örnekleriyle Haksız Rekabet Suçu ve Soruşturma Usulü, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Kervankıran, Emrullah, Markaların Miras Yoluyla İntikali ve Miras Kalan Markalardan Türetilen Yeni Markalar Üzerindeki Mülkiyet Hakkının Hukuki Niteliği, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, 2017.

Kervankıran, Emrullah, Markanın Müşterek (Paylı) Mülkiyete Konu Olması Ve Bu Bağlamda Ortaya Çıkabilecek Sorunlar, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Keskin Kızıroğlu, Serap, Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013.

Keskin, Serap, Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Kindhäuser, Urs / Schumann, Kay H., Strafprozessrecht, 5. Grundlegend überarbeitete Auflage, Nomos, 2019.

Kindhäuser, Urs / Zimmermann, Till, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Nomos, 2019.

Kirkpatrick, Richard L., Likelihood of Confusion in Trademark Law, Second Edition, Practising Law Institute, 2016.

Klett, Alexander R. / Sonntag, Matthias / Wilske, Stephan, Intellectual Property Law in Germany, Protection, Enforcement and Dispute Resolution, C. H. Beck, München 2008.

Knaak, Roland, Geographical Indications and Their Relationship with Trade Marks in EU Law, ICC, Volume 46, Issue 7, 2015.

Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019.

Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Koca, Mahmut, Temyiz Yolunda Davaya Katılma, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 5, Sayı 18, 2014.

Kohler, Josef, Das Recht des Markenschutzes mit Berücksichtigung Ausländischer Gesetzgebungen und mit Besonderer Rücksicht auf die Englische, Angloamerikanische, Französische, Belgische und Italienische Jurisprudenz, Stahel'sche Univs. Buchhanflung, Würzburg 1884.

Köhler, Michael, Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer, 1997.

Kur, Anette / Senftleben, Martin, European Trade Mark Law, First Published, Oxford University Press, 2017.

Küçükali, Canan, Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

Lackert, Clark W., International Efforts Against Trademark Counterfeiting, 1988 Columbia Business Law Review, 161, 1988.

LaFrance, Mary, Understanding Trademark Law, Third Edition, Carolina Academic Press, 2016.

Lange, Paul, International Trade Mark and Signs Protection, C.H. Beck oGH, München 2010.

Lefranc, David, Historical Perspective on Criminal Enforcement, Criminal Enforcement of Intellectual Property, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012.

Levin, Marianne, What is the Meaning of Counterfeiting?, International Review of Intellectual Property and Competition Law , Volume 18, Issue 4.

Llewelyn, David / Aplin, Tanya, Intellectual Property Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Ninth Edition, Sweet & Maxwell, 2019.

Lott, Leslie J., Trademark Infringement Remedies, Editor in Chief Steve Meleen, Third Edition, Bloomberg BNA, 2017.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Making a Mark, An Introduction to Trademarks for Small and Medium-sized Enterprises, WIPO, Intellectual Property for Business Series, Number 1, 2017.

Manta, Irina D., Explaining Criminal Sanctions in Intellectual Property Law, Hofstra University Maurice A. Deane School of Law, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 2019-10.

Manta, Irina D., The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement, Harvard Journal of Law & Technology, Volume 24, Number 2, Spring 2011.

Marka İnceleme Kılavuzu, Türk Patent ve Marka Kurumu, 2015.

Marka İnceleme Kılavuzu, Türk Patent ve Marka Kurumu, 2019.

Matthews, Duncan / Zikovska, Petra, The Rise and Fall of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA): Lessons for the European Union, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Volume 44, Issue 6, 2013.

Matthews, Duncan, Counterfeiting and Public Health, Criminal Enforcement of Intellectual Property, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012.

McJohn, Stephen M., Intellectual Property, Sixth Edition, Wolters Kluwer, 2019.

McKenna, Mark P., Criminal Trademark Enforcement and the Problem of Inevitable Creep, Akron Law Journals, Volume 51, Issue 4, 2017.

McKenna, Mark P., The Normative Foundations of Trademark Law, Notre Dame Law Review, Volume 82, Issue 5, 2007.

Mellor, James / Llewelyn, David / Moody-Stuart, Thomas / Keeling, David / Berkeley, Iona / Chantrielle, Ashton / Duncan, William, Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names, Sixteenth Edition, Sweet and Maxwell, London 2018.

Memiş, Tekin, Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı – Yargıtay Kararları İncelemeleri, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, Editör: Tekin Memiş, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

Memişoğlu, Sami Özgür, Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Meraklı, Serkan, Ceza Hukukunda Kusur, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Michaels, Amanda / Norris, Andres, A Practical Guide to Trade Mark Law, Fifth Edition, Oxford University Press 2014.

Miller, Arthur R. / Davis, Michael H., Intellectual Property Patents, Trademarks and Copyright in a Nutshell, Sixth Edition, West Academic Publishing, 2018.

Mintaş, Hazal, Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Moohr, Geraldine Szott / Lipton, Jacqueline D. / Manta, Irina D., The Criminal Law of Intellectual Property and Information, Cases and Materials, Second Edition, West Academic Publishing, 2015.

Moore, Karl / Reid, Susan, The Birth of Brand: 4000 Yeras of Branding, Business History, Volume 50, No. 4, July 2008.

Nomer, Füsün, İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğacak Hukuki Sorunlar, Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001.

Nomer, Haluk Nami / Engin, Baki İlkay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt I, Satış Sözleşmesi, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Norman, Helen E., Intellectual Property Law, First Edition, Oxford University Press, 2011.

Nuhoğlu, Ayşe, Marka Hakkına Tecavüz Suçu, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

O'Connor, Paul W., Counterfeit Trademarks or Service Marks - Civil Actions - Other Penalties, Seton Hall Legislative Journal, Volume 13.

Ocak, Nazmi, Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998.

Oğuz, Sefer, İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Ohly, Ansgar, Counterfeiting and Consumer Protection, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012.

Oktay Özdemir, Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002.

Onaran, İsmail, Sınai Haklarda Arama – Elkoyma Uygulamasına İlişkin Örnekler, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Temmuz 2007.

Oytaç, Kutlu, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku Endüstriyel Tasarımlar İçerikli, 2. Baskı, Nobel Kitapevi, İstanbul 2002.

Öcal, Göktürk, Marka Hakkının Yetkisiz Tasarrufu Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt 11, Sayı 32, 2016.

Öçal, Akar, Markaları Himaye Etme Amacı, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Cilt: 2, Sayı:1, 1966.

Öçal, Akar, Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), 1. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1967.

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992.

Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Özbek, Veli Özer, Ekonomi Ceza Hukuku, Birinci Kitap – Genel hükümler, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Özbek, Veli Özer, Müstehcenlik Suçu (RCK m. 226), Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara 2009.

Özcan, Hüseyin, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 1. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara 1980.

Özdemir, Süleyman Emre, Ek Savunma Hakkı (CMK m. 226), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, 2019.

Özek, Çetin, Organize Suç, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Beta Basım Yayım, İstanbul 1998.

Özen, Mustafa, Kamu Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 185, 186, 187), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXVI, Sayı 2, 2008.

Özen, Mustafa, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 2009, Sayı 2.

Özen, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Özer, Fatma, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Genel Bir Değerlendirmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 12, Sayı 128, Nisan 2017.

Özeroğlu, Ömer Faruk, Marka Korsanlığı (Markaya Tecavüzün Hukuki Sonuçları ve Marka Korsanlığı ile Mücadele Tedbirleri), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2007.

Özgenç, İzzet, Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003.

Özgenç, İzzet, Suç Örgütleri, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Özmen, Özkan Burak, İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Öztek, Selçuk, 556 sayılı KHK Çerçevesinde Benzer Mal ve Hizmet Kavramı, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Özel Sayı 4, Temmuz 2007.

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sırma Gezer, Özge / Saygılar Kırıt, Yasemin F. / Alan Akcan, Esra / Özaydın, Özdem / Erden Tütüncü, Efser, Altınok Villemin, Derya / Tok, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Paradise, Paul R., Trademark Counterfeiting, Product Piracy, and the Billion Dollar Threat to the U.S. Economy, First Published, Quorum Books, London 1999.

Pash, Ali, Marka Hukukunda Tescil – Kullanma İlişkisi, Fikri ve Sınai Haklar Sempozyumu, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Pash, Ali, Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

Pash, Ali, Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

Pekdiğer, Remzi Tamer, Marka Hakkı ve Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2001.

Pekdiğer, Tamer / Giray, R. Eda / Baş, Kadir, Gerekçeli – Notlu -İçtihatlı 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat (Ulusal – Uluslararası), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Pekdiğer, Tamer / Tüzün, Işıl, Taklit Marka ve Gümrüklerde El Koyma, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, Editör: Tekin Memiş, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

Pekdiğer, Tamer, Fikri Mülkiyet Hukuku'nda Gümrüklerde El Koymadan Kaynaklanan Tazminat Talepleri, İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Peterson, Debra D. Criminal Counterfeiting and Component Parts: Closing the Perceived “Label Loophole”, Aipla Quarterly Journal, Volume 30, Number 4, Fall 2002.

Pila, Justine / Torremans, Paul L. C., European Intellectual Property Law, 2nd Edition, Oxford University Press, 2019.

Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

Quinn, David M., A Critical Look at the Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Richmond Journal of Law and Technology, Volume XVII, Issue 4, 2011.

Rahmatian, Andreas, Trade Mark Infringement as a Criminal Offence, The Modern Law Review, Volume 76, Number 4, Jul. 2004.

Rogers, Edward S., Some Historical Matter Concerning Trade-Marks, TMR, Volume 62, 1972.

Roncaglia, Pier Luigi / Sironi, Giulio Enrico, Trademark Functions and Protected Interests in the Decisions of the European Court of Justice, TMR, Volume 101, 2011.

Roudaut, M.R., From Sweatshops to Organized Crime: The New Face of Counterfeiting, Criminal Enforcement of Intellectual Property, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012.

Roughton, Ashley, R v C in the UK Supreme Court – should parallel importation be criminalized?, Queen Mary Journal of Intellectual Property, Volume 8, Number 2, 2018.

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage 2006.

Roxin, Claus, Yasağa İlişkin Yanılma, (Çev. Osman İsfen), Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Rösler, Hannes, Anti-Counterfeiting in Online Auctions from the Perspective of Consumers' Interests, International Review of Intellectual Property and Competition Law , Volume 37, Issue 7, 2006.

Ruse-Khan, Henning Grosse, Criminal Enforcement and International IP Law, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012.

Ruse-Khan, Henning Grosse, From Trips to ACTA: Towards a new ‘Gold Standard’ in Criminal IP Enforcement?, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 10-06.

Sabih, Arkan, Marka Hakkına Tecavüz – İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 20, Sayı 3, Haziran 2000.

Saraç, Tahir, Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur Mu?, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2007.

Sayar, Gökhan, Türk Hukukunda Marka Suçları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.

Schechter, Frank I., The Historical Foundations of The Law Relating to Trade-Marks, Columbia University Press, New York 1925.

Schmidt, Rolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundlagen der Strafbarkeit Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens, 21. Auflage, 2019.

Schneider, Marius, Counterfeiting and Terrorism, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Volume 11, Number 4, 2016.

Sirmen, A. Lale, Eşya Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013.

Soyak, Alkan, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları: Tanımı, Tarihsel Gelişimi ve GOÜ'ler Açısından Önemi, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, 2005.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Soygüt Arslan, Mualla Buket, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2014.

Sözüer, Adem, Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele ile İlgili Gelişmeler, Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1995.

Spink, John, Product Fraud and Product Counterfeiting as a Source of Terrorist Financing, Security Journal, Volume 30, Issue 2, May 2017.

Sprack, John / Sprack, Michael, A Practical Approach to Criminal Procedure, Fifteenth Edition, Oxford University Press, 2015.

Stim, Richard, Patent, Copyright and Trademark, 15th Edition, Nolo Law, 2018.

Stolte, Keith M., How Early Did Anglo-American Trademark Law Begin? An Answer to Schechter's Conundrum, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Volume 8, Number 2, 1997.

Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Sumpter, Paul, Intellectual Property Law, Principles in Practice, Edition 3, Wolters Kluwer, 2017.

Sutherland, Edwin H., White-Collar Criminality, American Sociological Review, Volume 5, Number 1, February 1940.

Şahin, Cumhur / Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku – I, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Şahin, Zeynep, Türkiye’de Dahilde İşleme Rejimi, Etkileri: Ambalaj Sektörü Örneği, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2019.

Şahinler Baykara, Yasemin / Yabuz, Levent / Alıca, Türkay, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (Gerekçeli – Karşılaştırmalı – İçtihatlı), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Şehirali Çelik, Feyzan Hayal, Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine - SMK m. 155 Vesilesiyle Bir İnceleme- Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:34, Sayı:2, Haziran 2018.

Şen, Ersan / Eryıldız, H. Sefa, Elkoyma, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Şenocak, Kemal, Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 25, Sayı:3, Eylül 2009.

Şensoy Cin, Şehnaz, Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2004.

Taşkın, Ozan Ercan, Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Haziran 2016.

Tekin, Abdulkadir / Tekin, Ümit Engin, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'na Göre Gümrük İşlemleri, Mevzuat – Teori, Uygulama – Vergilendirme, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Tekinalp, Ünal, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Öne Çıkan Yenilikleri, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Editör: Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Ankara 2017.

Tesal, Reşat D., İktisadi, Ticari, Mali Suçlar, 4. Bası, Dilek Matbaası, İstanbul 1977.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

The Criminology of White-Collar Crime, Editor: **Simpson, Sally S. / Weisburd, David**, Springer, 2009.

The Enforcement of Intellectual Property Rights by Means of Criminal Sanctions: An Assessment, WIPO Advisory Committee on Enforcement, Fourth Session Geneva, November 1 and 2, 2007, WIPO/ACE/4/3.

Tiedemann, Klaus, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, 4. aktualisierte und erweiterte Auflage, Franz Vahlen, München 2014.

Topçu, Deniz, Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

Toroslu, Nevzat / Toroslu, Haluk, Ceza hukuku Genel Kısım, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

Toroslu, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Tıpkı Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

Tosun, Öztekin, Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 42, Sayı 1, Ocak 1962.

Trade in Counterfeit and Pirated Goods, Mapping the Economic Impact, OECD/EUIPO, OECD Publishing, Paris 2016.

Tunç, Kübra, Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Tüzün, Işıl, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Çerçevesinde Marka, Taklit Marka ve Taklit Mal Kavramları, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi Cilt 3, No 1, 2011.

UK Intellectual Property Office, IP Crime and Enforcement Report 19/20.

Uruşak, Uğur, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması, 1. Baskı, İstanbul 2010.

Uzunallı, Sevilay, Marka Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Uzunallı, Sevilay, Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Tespiti Sorunu, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Uzunallı, Sevilay, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

Ünsal, Önder Erol, IPR Gezgini Seçme Yazılar-1, 1. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018.

Ünsal, Önder Erol, Markaların Tescili Konusunda Uluslararası Nis ve Viyana Sınıflandırmaları: Amaç, İşleyiş ve Uygulamaya İlişkin Değerlendirmeler, Türk Patent Enstitüsü (Türk Patent ve Marka Kurumu), Uzmanlık Tezi, 2001.

Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2003.

Üstün, Süleyman / Çalış, Hande Sena, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Doğrudan Temin Usulü, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 27, Sayı 1, 2019.

Vermadele, Xavier, Topic 5 – Trademark Counterfeiting, Copyright Piracy, Commercial Scale, WIPO, National Workshop – Enforcement of IPRs for Law Enforcement Agencies, 2016.

Vermeulen, Gert / De Bondt, Wendy / Ryckman, Charlotte, Liability of legal persons for offences in the EU, IRCP-series Volume 44, Maklu Publishers, 2012.

Wechsler, Andrea, Criminal Enforcement of Intellectual Property Law: An Economic Approach, A Handbook of Contemporary Research, Edited by Christophe Geiger, Edward Elgar, 2012.

Wehrle-Briffa, Ralph, Anti_counterfeiting: Practice and Procedure, First Edition, The Chartered Institute of Trade Mark Attorneys (CITMA), 2017.

Weitekamp, Elmar, Reparative justice; Towards a victim oriented system, European Journal on Criminal Policy and Research, Volume 1, Number 1, 1993.

Wendt, Rudolf, The Principle of “Ultima Ratio” And/Or the Principle of Proportionality, Onati Socio-Legal Series, Volume 3, Number 1, 2013.

What is Intellectual Property, WIPO, <https://www.wipo.int.rma>

Wilson, Jeremy W. / Sullivan, Brandon A. / Johnson, Travis / Fenoff, Roy / Kammel, Kari, Product Counterfeiting Legislation In The United States: A Review And Assessment Of Characteristics, Remedies, And Penalties, The Journal Of Criminal Law & Criminology, Volume 106, No. 3, 2016.

Wilson, Lee, The Trademark Guide, Third Edition, Allworth Press, New York, 2018.

WTO, China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights, Report of the Panel, WT/DS362/R 26, January 2009.

Yarar, İbrahim, Marka Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Yasaman, Hamdi / Altay, Sıtkı Anlam / Ayoğlu, Tolga / Yusufoglu, Fülürya / Yüksek, Sinan, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

Yasaman, Hamdi / Altay, Sıtkı Anlam / Ayoğlu, Tolga / Yusufoglu, Fülürya / Yüksek, Sinan, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

Yasaman, Hamdi, Tanınmış Markalar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978.

Yasaman, Zeynep, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Yaşar, Yusuf, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları (TCK m. 188, m. 192), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki Suçlar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.

Yenidünya, Caner / İçer, Zafer, Marka Hakkına Tecavüz Suçları (556 Sayılı KHK m. 61/A), 2. Baskı, Digesta Yayınevi, İstanbul 2014.

Yenisey, Feridun / Nuhoglu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013.

Yıldırım, Akif, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010.

Yılmaz, Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, 2. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul 2017.

Yılmaz, Zahit, Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 16, Sayı 178, Haziran 2021.

Yokuş Sevük, Handan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXIV, Sayı 1, 2006.

Yu, Peter K, TRIPS Enforcement and Developing Countries, American University International Law Review, Volume 26, Issue 3, 2011.

Yurdakul, Funda, Türkiye’de Kayıtdışı Ekonomi: Bir Model Denemesi, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 63, Sayı:4.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.

<http://hudoc.echr.coe.int>.

<https://sozluk.gov.tr>.

<https://zildjian.com/about-page>.

www.oxfordlearnersdictionaries.com.