

İPEK YOLU CANLANIYOR
TÜRK - ÇİN
HUKUK ZİRVESİ

土耳其中国法学前沿丝绸之路学术研讨会

REOPENING THE SILK ROAD IN THE LEGAL DIALOGUE BETWEEN TURKEY AND CHINA

International Law Conference

12-14 June 2012
Law School of Marmara University, Istanbul, Turkey

Konferans Bildiri Kitabı
Conference Proceeding Book

Editors: Assoc. Prof. Dr. A. Caner YENİDÜNYA | Assist. Prof. Dr. Mustafa ERKAN | Lecturer Rayhan ASAT

adalet

Dr. Fatih BİRTEK
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku

İPEK YOLU CANLANIYOR: TÜRK-ÇİN HUKUK ZİRVESİ

Reopening the Silk Road in the Legal Dialogue
Between Turkey and China

土耳其中国法学前沿丝绸之路学术研讨会

International Law Conference

İPEK YOLU CANLANIYOR: TÜRK-ÇİN HUKUK ZİRVESİ

Reopening the Silk Road in the Legal Dialogue Between Turkey and China

土耳其中国法学前沿丝绸之路学术研讨会

International Law Conference

12-14 Haziran (June) 2012

Law School of Marmara University, Istanbul, Turkey

Konferans Bildiri Kitabı

Conference Proceeding Book

Editors:

Assoc. Prof. Dr. A. Caner YENİDÜNYA

Assist. Prof. Dr. Mustafa ERKAN

Lecturer Rayhan ASAT

ADALET BASIM YAYIM DAĞITIM SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.

İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi
Editörler: A. Caner Yenidünya - Mustafa Erkan - Rayhan Asat

Hukuk Yayınları Dizisi – 1172

Birinci Baskı : Nisan, 2013

ISBN : 978 – 605 – 146 – 130 – 4

ADALET YAYINEVİ
Merkez : Cihan Sokak No: 16/B Sıhhiye / Ankara
Tel : (0 312) 231 17 00 – 231 17 94
Fax : (0 312) 231 77 04
Şube : Bursa Adliye Sarayı Zemin Kat Bursa
web : adalet.com.tr – adaletyayinevi.com
e-mail : adalety@adaletyayinevi.com

Sayfa Tasarımı:
Bilgin Teren

Kapak Tasarımı:
Özgül Emekci Özbudak

Baskı:
Turhan Kitabevi Ofset Tesisleri
Sertifika No: 13300
Tel: (0 312) 341 18 13 - Ankara

Editors:

- Assoc. Prof. Dr. A. Caner YENİDÜNYA
- Assist. Prof. Dr. Mustafa ERKAN
- Lecturer Rayhan ASAT

Editorial Board:

- Prof. Dr. Sibel ÖZEL
- Assoc. Prof. Dr. A. Caner YENİDÜNYA
- Assist. Prof. Dr. Mustafa ERKAN
- Assist. Prof. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM
- Lecturer Rayhan ASAT
- Research Assist. Zeynep ÖZGENÇ
- Research Assist. Vedat KILIÇ
- Research Assist. Ömer Faruk SAÇAR
- Research Assist. Yasemin PEKTOYLAN
- Research Assist. Ahmet GÜNDOĞAN

CONFERENCE CHIEF ADVISOR

- Prof. Dr. Sibel ÖZEL, Law School of Marmara University

CONFERENCE ADVISORS

- Prof. Dr. Ziya AKINCI, Law School of Galatasaray University,
- Prof. Dr. Gökhan ANTALYA, Law School of Marmara University
- Prof. Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU, Law School of Marmara University
- Prof. Dr. Bülent ÇİÇEKLİ, High Council of Judges and Prosecutors
- Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN, Law School of Marmara University
- Prof. Dr. Bahadır ERDEM, Law School of Istanbul University
- Prof. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL, Law School of Istanbul University
- Prof. Dr. Serap HELVACI, Law School of Marmara University
- Prof. Dr. Renshan LIU, Law School of Zhongnan University Economics and Law
- Prof. Dr. Yavuz KAPLAN, Law School of Istanbul Aydın University
- Prof. Dr. Janet WALKER, Osgoode Hall Law School of York University
- Prof. Dr. Sami KARAHAN, Law School of Marmara University
- Prof. Dr. Deng LIE, Law School of Zhongnan University Economics and Law
- Prof. Dr. Han LONG, Law School of Zhongnan University Economics and Law
- Prof. Dr. Umar MAHMOD, Law School of Xinjiang University
- Prof. Dr. Li Shou PING, Beijing Institute of Technology
- Prof. Dr. Zhang QINGLIN, Law School of Wuhan University
- Prof. Dr. Hasan SELÇUK, Law School of Marmara University
- Prof. Dr. Cemal ŞANLI, Law School of Istanbul University
- Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK, Law School of Ankara University
- Prof. Dr. Weigong XU, Law School of Zhongnan University Economics and Law
- Prof. Dr. Kamil YILDIRIM, Law School of Marmara University
- Prof. Dr. Lerzan YILMAZ, Law School of Maltepe University
- Prof. Dr. Yang ZEWEI, Law School of Wuhan University

CONFERENCECO-CHAIRS

- Assoc. Prof. Dr. A. Caner YENİDÜNYA
- Assist. Prof. Dr. Mustafa ERKAN
- Lecturer Rayhan ASAT

CONFERENCE ORGANIZING COMMITTEE

- Assist. Prof. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM, Law School of Marmara University
- Research Assist. Zeynep ÖZGENÇ, Law School of Uludag University
- Research Assist. Vedat KILIÇ, Law School of Yalova University
- Research Assist. Ömer Faruk SAÇAR, Justice Vocational School of Higher Education of Marmara University
- Research Assist. Ahmet GÜNDOGAN, Justice Vocational School of Higher Education of Marmara University

VOLUNTEER STUDENTS

Cemal AKGÜN, Özge ÖZKAN, Musa Armağan ADAL, Gizem GÜNDOĞDU, Sinem HANÖZÜ, Kübra EMİR, Satiye ÖZSOY, Büşra ERAY, Elis TÜRKSOYLU, Ezgi KORALAY, Elçin YILDIRIM, Caner TAŞATAN. Askan KARABAŞ, Cansu MACİT, Gülce UZUNHASAN, Elif SOLAK, Güney Haris ŞAHİN, Ayşegül KARABÜLBÜL, Tutku ANAÇ, Nükhet TAŞDELEN, Barış BIDIK, Tülay GÖKDEMİR, Canan KENGER.

İçindekiler / Contents

Preface ..... **XI**

Conference Program, CVs and Absracts ..... **XIII**

On Public Interest in International Investment Agreements **1**

Prof. Dr. Qinglin ZHANG

4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler **35**

Prof. Dr. Lerzan YILMAZ

Çin-Türk Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşması **55**

Doç. Dr. İlhan YILMAZ

Work Permits of Foreigners in Turkey and China **67**

Asst. Prof. Dr. Mustafa ERKAN

Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler **85**

Doç. Dr. A. Caner YENİDÜNYA

Legal Reforms in The Aftermath of the Financial Crisis: Opportunities and Challenges for Emerging Market Economies **97**

Dr. Nusret ÇETİN

Çin ve Türk Ticari İlişkilerinde Tahkim **119**

Prof. Dr. Ziya AKINCI

The Culture of the International Arbitration of Turkey **133**

Rayhan ASAT

Karşılaştırmalı Bir Yaklaşımla Türk Vatandaşlık Kanunu ve Çin Vatandaşlık Kanunu **141**

Doç. Dr. Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU

Milletlerarası Özel Hukuk'ta Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığı Kurumu:
Almanya'da Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığının Kurulması ve İptali **155**
Yrd. Doç. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM

Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşması'nın Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi **169**
Yrd. Doç. Dr. Zeynep Derya TARMAN LL.M.

The Significance of Modernization of Legislation on PIL in China **187**
Prof. Dr. Umar MAHMOD

Türk ve Çin Milletlerarası Özel Hukuk Sistemlerinde Sözleşmelere İlişkin Düzenlemeler **195**
Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

History and the Latest Development of Choice of Law on Contracts in China **217**
Assoc. Prof. QING-SONG Wang

Gemi Alacaklısı Hakkına Uygulanacak Hukuk Sorunu The Problem of Maritime Lien in Conflict of Law **225**
Arş. Gör. Zeynep ÖZGENÇ

China's National Security Review System for Foreign M&As Has Been Unveiled **253**
Prof. Dr. Han LONG

The Stargate of Foreign Investors: M&A Transactions in Turkey **267**
Arş. Gör. Dr. Ayşegül SEZGİN HUYSAL

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu İle CMR Konvansiyonu Hükümlerinin Karşılaştırılması **275**
Yrd. Doç. Dr. Özlem KARAMAN COŞGUN

Settling International Disputes China's Experiences and Practices **297**
Prof. Dr. Lie DENG

Çin Mahkemelerinden Verilen Hukuk Davalarına İlişkin Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi **303**
Yrd. Doç. Dr. Cemile DEMİR GÖKYAYLA

Judicial Intervention and Assistance of Court in International Arbitration in Turkey and China **313**

Yrd. Doç. Dr. Burak HUYSAL

Fast-Track Arbitration - Should it be Encouraged in International Commercial Disputes? **321**

Av. Fatih SERBEST

Akreditif İlişkisinde UTO Kurallarının (UCP 600) Bankalar Arası İlişkiye Etkisi **347**

Prof. Dr. Sibel ÖZEL

Uluslararası Ticarette Elektronik Ödeme Araçlarının Gelişimi **355**

Yrd. Doç. Dr. Oğuz CANER

Facilitating International Trade Between Turkey and China by International Payments Via Electronic Funds Transfer: Problems and Possible Solutions under the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers **365**

Burcu YÜKSEL

The Energy Charter Treaty and Dispute Settlement of Transnational Energy Pipelines A Chinese Perspective **395**

Prof. Dr. Yang ZEWEI

DTÖ Uyuşmazlık Çözüm Sisteminde Gelişmekte Olan Ülkeler: Türkiye ve Çin Örneği **409**

Yrd. Doç. Dr. Meltem SARIBEYOĞLU

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçu **421**

Dr. Yavuz ERDOĞAN

Fikri Mülkiyet Hukuku'nda Gümrüklerde El Koymadan Kaynaklanan Tazminat Talepleri **463**

Yrd. Doç. Dr. Tamer PEKDİNÇER

Marka ve Üretim Korsanlığı Suçu (Markanın İzinsiz Kullanılması) (556 Sayılı KHK 61/A,I) **485**

Dr. Fatih BİRTEK

Marka ve Üretim Korsanlığı Suçu (*) (Markanın İzinsiz Kullanılması) (556 Sayılı KHK 61/A,I)

Dr. Fatih BİRTEK (**)

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

"Cüzdanımı çalanın aldığı bir hiçtir,
ama "ünvanımı" çalan beni gerçekten fakirleştirir"
William Shakespeare

Giriş

Hukuki bir kavram olarak markanın iki yönü bulunmaktadır. Marka kavramının bir yönü, markaya sahip olan gerçek veya tüzel kişinin bilinilirliğinin sağlanması (reklam), bu kişinin ürettiği ürünün kalitesinin teyit edilmesi, bir ürünün diğerinden ayırt edilmesi bakımından marka sahibine işletme veya kişiye dönüktür. Diğer yönü ise, tüketiciye dönüktür. Bir tüketicinin bildiği, ürünlerine güvendiği bir markanın taklit edilmesi veya izinsiz kullanılması suretiyle gerçekte tüketicinin önceden kullandığı kalitede bir mala ulaşamaması ve tüketicinin kandırılması söz konusudur.

Bu anlamda marka hakkına yönelik korsan (marka ve üretim korsanlığı) nitelikteki tecavüzlerin yaptırım altına alınmasıyla hem bu iki yönlü ilişki (marka sahibinin marka üzerindeki hakkı ve tüketicinin markanın imajına olan güveni) korunmakta hem de tecavüzü gerçekleştiren failler açısından, bilinen bir markanın imajından ve müşteri potansiyelinden (good will) faydalanmak suretiyle daha düşük kalitede mal ve hizmet sunarak haksız bir çıkar sağlamasının önüne geçilmek istenmektedir.

(*) Bu çalışma, 12-14 Haziran 1012 tarihleri arasında İstanbul'da düzenlenen "*İpek Yolu Canlanıyor Türk – Çin Hukuk Zirvesi*"nde sunulan bildiri metninin gözden geçirilmiş ve genişletilmiş halidir.

(**) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı fatihbirtek@hotmail.com, fbirtek@erciyes.edu.tr

Marka ve marka üzerindeki hak, bir işletmenin mevcut müşterileri açısından güvence niteliği taşımaktadır. Ayrıca bir işletmenin güçlü bir markaya sahip olması şirketin ticari geleceği (marka değeri) ve pazardaki rekabet gücü açısından bir teminat olarak görülmektedir. Bu teminat bazen öyle bir boyuta ulaşmaktadır ki, işletmenin markası ve imajı, işletmenin bütün görünen malvarlığından çok daha değerli hale gelmektedir.

Bu noktada hem işletmenin geleceğine dönük olarak, pazardaki rekabet gücünün hem de hali hazırdaki pazar ortamında işletmenin tüketicisine sunmuş olduğu mal ve hizmetin kalitesinin korunması açısından, marka sahibinin marka üzerindeki haklarının ceza hukuku tarafından himaye edilmesi zorunludur. Bu yönüyle marka hakkına ilişkin tecavüzleri cezalandıran kanun hükümleri, bir yandan işletmenin hali hazırdaki pazar şartlarında rekabet edebilme gücünü korur iken; diğer yandan bu işletmenin markasına güvenerek alım yapan ve hizmetten faydalanan bireylerin ticari güvenini korumaktadır.

Marka hakkına tecavüz niteliğindeki, markanın taklit edilmesi (korsan marka) veya aynen kullanılması (doğrudan marka hakkına tecavüz) ya da üretilen ürünlere marka hakkı sahibinin rızası bulunmaksızın markanın konulması fiilleri 556 Sayılı KHK'nın 61/A,I hükmü ile ceza yaptırımına bağlanmıştır. Bu noktada gerek marka hakkına karşı yapılan doğrudan tecavüzler (iktibas, iltibas) ve gerekse izinsiz bir biçimde üretilen ürünlerde bir başkasına ait markanın kullanılması fiilleri ve bu fiiller sebebiyle elde edilen haksız çıkarın hem marka hakkı bağlamında hem de Türk Ceza Kanunu'nda yer alan özel hükümler yönünden irdelenmesi gerekmektedir. Marka hakkında tecavüz niteliğindeki fiillerin bu fiillerle bağlantılı olarak işlenen dolandırıcılık (TCK m. 157) ve edimin ifasına fesat karıştırma (TCK m. 236) suçları gibi malvarlığı (ve ekonomi) alanında suçlar kapsamında da ayrıca ele alınması gerekmektedir.

Bu bağlamda çalışmamız kapsamında, marka hakkına tecavüzün ceza hukuk boyutu gerek iç hukuk (556 Sayılı KHK) ve gerekse uluslararası sözleşmeler ve tavsiye kararları (WIPO) bağlamında ele alınacak, suçun kanuni unsurları ortaya konularak hangi eylemlerin markaya tecavüz suçunu oluşturacağı irdelenecektir. Ayrıca çalışmamız içerisinde, marka korsanlığı (markanın izinsiz kullanımı) suçu hem marka hukuku yönünden hem de malvarlığı (ve ekonomi) alanındaki suçlarla ilişkisi yönünden ele alınacaktır.

§.1. Marka Kavramı ve Ticari Hayat Bakımından Markanın İşlevi

Günümüz toplumlarında maddi varlıkların yanında, soyut nitelikteki fikri ürünlerin (soyut fikir)[1] de hukuk düzeni tarafından giderek artan bir biçimde hukuki korumaya kavuşturulduğu görülmektedir. Hiç şüphesiz insanlık tarihi içerisinde teşekkül eden ekonomik yapılar ve hukuksal normlar büyük ölçüde dönemin hâkim zenginleşme modeline göre yapılanmaktadır[2]. Bu iktisadi bakış açısıyla fikri mülkiyet haklarının ön plana çıkmasının en temel nedeni, günümüzün zenginleşme, servet biriktirme, ekonomik büyüme modeliyle fikri mülkiyet haklarının bağının giderek artıyor olması olarak görülebilir[3].

Fikri mülkiyet hakkı (intellectual property), yaratıcı bir faaliyetin sonucu olarak ortaya çıkan[4] ve gayri maddi nitelik taşıyan bir haktır[5]. Bu yönüyle marka hakkı diğer fikri mülkiyet hakları ve sınaî haklardan farklı olarak bir yaratmanın veya yeniliğin ürünü olarak ortaya çıkmaz[6]. Ancak marka hakkı da sahibine bir kısım inhisarı haklar sağladığı için marka hakkının da malvarlığı hakları içerisinde yer aldığı açıktır. Bu yönüyle marka maddi (cismani) bir varlığa sahip olmadığı için marka üzerindeki hak mülkiyet hakkı olarak açıklanamaz[7]. Marka gayri maddi bir varlık olduğu için marka üzerindeki hak da fikri mülkiyet hakları içerisinde değerlendirilecektir.

Marka hakkı, kişilerin buluşları ve yenilikleri uygulama, tasarımları kullanma, ürünü üretme ve satma hakkına sahip olmalarını sağlayan maddi haklar bütünü olan sınaî mülkiyet hakkının bir türüdür[8].

Her ne kadar MarKHK kapsamında tescil edilen bir markanın 10 yıllık kullanım süresi olduğu belirtilse de (MarKHK md. 40) bu süre yenilebilmekte/uzatılabilmektedir. Ancak ekonomik anlamda bir markanın ticari ömrü sonsuzdur[9].

---

1 Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, 2005, s. 5 vd.

2 Güvel Alper, "Fikri Mülkiyet Haklarının Ekonomik Analizi", Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, TOBB Yayını, Ankara, 2005, s. 88

3 Güvel, s. 88

4 Tekinalp, s. 1, 2.

5 Güvel, s. 89

6 Yasaman, Hamdi, Marka Hukuku, İstanbul, 2004, s. 173-175; Tekinalp, s. 3; Yasaman, Hamdi, "Marka Olabilecek İşaretler", 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s.135

7 Arseven, Haydar, Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul, 1951, s.31

8 Güvel, s. 89

9 Güvel, s. 90

Marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan, "çizimle görüntülenebilen ve baskı yoluyla çoğaltılabilen"[10] işaret[11] ya da işaretler bütünüdür[12]. Marka kendiliğinden ticari bir değer olup, sınaî mülkiyet haklarından birisini oluşturur[13].

Sınaî bir mülkiyet hakkı olarak marka her ne kadar ticaret unvanı veya şirket ismi ile aynı olabilir ise de, markanın asıl işlevi işletmeyi değil ürünü tanıtmaktadır[14].

Markayı patentten ayıran unsur, "diğerlerinden farklı olma/farklılık"tır[15]. Bu yönüyle marka, doğrudan doğruya ticaret unvanı veya işletmeyi değil ürünü tanıtma fonksiyonuna yönelik olduğundan, markanın ticaret şirketlerinin yanında esnaf işletmeleri tarafından da kullanılabilmesi mümkündür[16]. Nitekim Markaların Korunmasına Dair 556 Sayılı KHK'nın[17] 5. maddesinde yapılan tanımda yer verilen "teşebbüs" kavramının da marka sahibi olabilecek kişilerin çevresini genişletmek amacına yönelik olduğu ifade edilmiştir[18].

MarKHK'nın 5. maddesine göre marka: "*Bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.*"

Marka hakkı ticaret markası ve hizmet markasını kapsamaktadır. Ticaret markası, bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları, başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işarettir. Hizmet markası ise,

---

10 Noyan, Erdal, Marka Hukuku, Ankara, 2004, s. 128

11 Yasaman, s. 16; Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2004, s. 258; Cengiz, Dilek, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul, 1995, s. 1

12 Dönmez, İrfan, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara, 1997, s. 19

13 Camcı, Ömer, Marka Davaları, İstanbul, 1999, s. 127

14 Oytaç, Kutlu, Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Markalara Hukuku, İstanbul, 1999, s. 2

15 Patantte esas olan unsur "yenilik"tir. Açıklama için bkz. Yurtsever, Şaziye, Patentin Hukuki Korunması ve İlgili Mevzuat, Ankara, 1999, s. 13.

16 Arkan, 258. Tekinalp, adi ortaklıkların ve tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların marka sahibi olamayacağını ifade etmektedir. Açıklama için bkz. Tekinalp, s. 350. Nitekim MarKHK'nın, 3. Maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca, Türk Patent Enstitüsü (TPE) nezdinde marka tescil başvurusu yapabilmek için T.C. sınırları içerisinde ikametgâh şartı yeterli görülmüş ayrıca tacir olma şartı gibi bir şart aranmamıştır. Paris Anlaşması ve TRIPS hükümlerinin de bu türden bir "tacir ya da ticari işletme sahibi olma" zorunluluğu getirmediği hususunda bkz. Arslan Düzgün, Ülgen, Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat, Ankara, 2010, s. 28, 29.

17 Çalışmanın bu bölümünden sonra söz konusu KHK, MarKHK olarak kısaltılacaktır.

18 Tekinalp, s. 350

bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırmaya yarayan markadır[19].

Gerek öğretide yer verilen tanımlamalar ve gerekse MarKHK'da yer alın tanımlamadan hareketle markanın işlevlerini şu şekilde sıralayabiliriz:

- Diğer markalardan ayırt edilmeyi sağlama[20],
- Malın veya hizmetin hangi işletmeye ait olduğuna ilişkin "kökeni belirleme"[21],
- Garanti işlevi[22],
- Reklam fonksiyonu[23],
- Alıcıyı çekme-itibar fonksiyonu[24],
- İşaret, yazı sembol, renk ve resim gibi ürünün aidiyetini belirten ifadeleri koruma fonksiyonu[25].

---

19 Tanımlar için bkz. 556 Sayılı MarKHK'nın Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmeliğin (RG. 05.11.1995/22454) 8 ve 9. maddeleri.

20 Tekinalp, markanın diğer işlevlerinden "ayırt edicilik" işlevi sayesinde yararlanılabileceğini ifade etmektedir. Açıklama için bkz. Tekinalp, s. 350. Yar. 11. HD. 20.11.2000 tarih ve E. 2000/7674, K. 2000/9346 Sayılı Kararı'na göre, her ne kadar "ayırt edicilik" markanın en önemli işlevi olsa da MarKHK'ya göre, markanın tescil edilebilmesi için "ayırt edicilik" özelliğinin bulunması zorunlu değildir.

21 Bu işlev günümüzde yerini "malın hüviyeti" işlevine bırakmış ve doğrudan doğruya malları birbirinden ayırmaya yarayan bir araç haline gelmiştir. Tekinalp, s. 356

22 Garanti işlevi, alıcının güven duyduğu ve kalitesine inandığı ve işletmeyi onun markasıyla teşhis etmesidir. Bu yönüyle garanti işlevi, müşteriyi kötü maldan korumak ve piyasaya kötü mal çıkartılmasını engellemek işlevini de yerine getirmektedir. Marka, müşteriye güven duygusu aşılayan bir unsur haline gelir. Açıklamalar için bkz. Tekinalp, s. 356; Noyan, s. 128; Karaahmet, Erdoğan/Yalçıner G. Uğur, Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları, Ankara, 1999, s. 12; Arkan, Marka Hukuku, C. I, Ankara, 1997, s. 38 vd.; Poroy, Reha, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1973, s. 187

23 Yasaman'a göre, marka, malın iyi bir şekilde tanıtılması, müşteri çevresinin genişletilmesi açısından önemlidir. Zira, bir marka iyi bir şekilde tanıtıldıktan sonra, alıcılar artık söz konusu malı markası için almaya başlarlar. Yasaman, s. 20. Bu bağlamda, markanın reklam fonksiyonu ile müşteri ile marka arasında sıkı bir bağ oluştuğu hususunda bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. I, s. 39

24 Yasaman, belirli bir çevrede alıcısı bulunan bir malın taşıdığı marka sebebiyle müşteri kendisine bağladığını ve nihayet bir süre sonra müşterinin söz konusu markayı aradığını ve bu yönüyle de markanın alıcı çevresini kendisine bağladığını ifade etmektedir. Bu yönüyle alıcıyı çekme fonksiyonu ile reklam fonksiyonu birbiriyle sıkı ilişki içerisindedir. Açıklamalar için bkz. Yasaman, s. 20-21. Kanaatimizce özelikle markanın ticari işletme adı olarak kullanıldığı durumlarda, tüketici söz konusu işletmenin sadece bir malına veya hizmetine duyduğu güvenden hareketle, markaya duyulan güven işletmeye duyulan güven halini almakta ve söz konusu işletme tarafından piyasaya sürülen diğer ürünlerin de müşteri tarafından "güven duyularak" alınması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle marka ile müşteri arasındaki bağ, başlangıçta reklam veya ayırt edicilik işleviyle kendisini gösterse de, devamında işletme ile tüketici arasında "güven duygusu"na dönüşmektedir.

25 Güvel, s. 90

- Markanın kendisinden beklenen bütün bu fonksiyonları yerine getirebilmesi için kural olarak korunacağı ülkede tescil edilmesi gerekmektedir[26].

Markanın marka sahibine sağladığı haklar tescil ile oluşur[27] ve bu haklar doğduktan sonra "mutlak ve dokunulamaz (herkese karşı ileri sürülebilen)" haklar halini alır[28]. Fikri mülkiyet haklarının (ve marka hakkının) mevcudiyeti, ortaya çıkması, içeriği ve sona ermesi münhasıran fikri hak üzerindeki korumanın talep edildiği ülkenin yani "koruma ülkesinin" hukuku tarafından belirlenir[29].

Nitekim Türk Hukuku bakımından, MarKHK'nın 1. maddesi uyarınca, MarKHK'da öngörülen hukuki himayeden sadece "tescil edilen" markalar faydalanabilmektedir. Tescil marka ve markaya bağlı hakların MarKHK kapsamında korunabilmesi bakımından inşai (kurucu) bir nitelik taşımaktadır[30]. Bu bağlamda, tescil edilmemiş markalar yönünden MarKHK hükümleri değil, ancak haksız rekabete ilişkin hükümler uygulanabilecektir[31].

---

[26] Yasaman, s. 29. Ancak Angola-Amerikan Hukuk sisteminde marka üzerindeki hakların "kullanma" ile doğduğu kabul edilmektedir. Açıklama için bkz. Karan, Hakan/Kılıç, Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004, s. 28; Yasaman, s. 177. Benelux (Belçika-Hollanda- Lüxemburg) ülkelerinde de "kullanma" zorunluluğunun bulunmadığı, markanın tescil edilmesiyle birlikte kendiliğinden (ipso jure) kullanılmış kabul edildiği hususunda açıklamalar için bkz. Oytaç, Kutlu, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku Endüstriyel Tasarımlar İçerikli, Genişletilmiş İkinci Baskı, İstanbul, 2002, s.194 vd.

[27] Tekinalp, s. 358; Noyan, s. 150; Yasaman, s. 34; Aslan Düzgün, s. 24.

[28] Noyan, s.128

[29] Erdem, Bahadır, "Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk", 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 173

[30] Tekinalp, s. 359; Yasaman, s. 29. MarKHK m. 7/1,a hükmüne göre, "tanınmış markalar" marka olarak tescil edilemez ve istisnaen Türkiye'de tescil edilmemiş bile olsa, "farklı mal ve hizmetler için tescil edilemez. Tescil edilmesi halinde, MarKHK'nın 42. Maddesine göre marka sahibi tarafından hükümsüzlük davası açılabilir. Nitekim Yargıtay HGK'nun 19.11.2003tarih ve E. 2003/11-578,K. 2003/703 Sayılı Kararı'nda da (Lecce Pen Green Kararı), tanınmış markaların korunması için Türkiye'de tescilinin şart olmadığı açıkça ortaya konulmuştur. Bu yönüyle öğretide, kullanılmadan doğrudan doğruya tescil edilen marka üzerindeki hakkın tescil ile doğduğu, ancak marka üzerindeki hakkın tescilden önce "kullanma" ile birlikte doğduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, marka üzerindeki hak için değil, MarKHK'da öngörülen koruma mekanizması için tescil inşaidir. Markayı tescilden önce kullanan kimseler bakımından hak, kullanma ile birlikte doğmuş olur. Görüş hakkında bkz. Yasaman, s. 34, 35. Markalar bakımından tescil şartının istisnaları hakkında bkz. Arslan Düzgün, s. 34 vd.

[31] Donay, Suheyl/ Erman, Sahir, Sınaî Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar, İstanbul, 1973, s. 78; aynı yönde bkz. Aydın, Hüseyin, "Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008, s. 172 vd.; Noyan, s. 150; Alıca, Türkay, "Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Ceza Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar", Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, TOBB Yayını, Ankara, 2005, s. 100. Hatta bu gerekçeyle, haksız rekabet davalarının da fikri mülkiyet uyuşmazlıklarını gören ihtisas mahkemelerinin görevine alınması önerilmektedir. Öneri hakkında bkz. Alıca, s. 100;

Markaların tescili konusunda ise her ülke bakımından farklı olması ve bir ülkede tescil edilen markanın diğer ülkeler nezdinde tescil ettirilmesinin hem maddi hem de bürokratik zorluklar içermesi sebebiyle uluslararası tescil sistemi benimsenmiştir. Bu sistem (Madrid Sistemi) bağlamında, kendi ülkesinde markasının tescili için başvuruda bulunan kişi, başkaca bir başvuru yapmaksızın markasına koruma talep ettiği Madrid Anlaşması'na (ve Madrid Protokolü) taraf olan ülkeler nezdinde de hukuki korumadan faydalanabilir[32]. Uluslararası Tescil, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO, World Intellectual Property Organisation) tarafından idare edilmektedir[33].

Fikri Mülkiyetin Korunmasına ilişkin en önemli belgeler arasında yer alan Madrid Anlaşması (1891) ve Madrid Protokolü (1989) iç hukukumuz bakımından kanun hükmünde olup (Anayasa m. 90), kanunlar ile çatışan hükümler içermesi durumunda söz konusu anlaşmaların öncelikli olarak uygulanacağı hem Anayasa'nın90/son hükmünde hem de MarKHK'nın 4. maddesinde açıkça belirtilmiştir[34].

Nitekim inceleme konumuz olan markaya tecavüz ve markanın izinsiz kullanılması suçları bakımından da, MarKHK'nın 61/A hükmünde öngörülen cezai yaptırımların ancak Türkiye'de tescil olunan markalar bakımından geçerli olduğu hüküm altına alınmıştır (MarKHK 61/A-5).

Tescil olunan ve bu yönüyle sahibine tekel hakkı bahşeden ve nihayet marka hakkı sahibine iyi bir itibar ve imaj sağlayan (ve sahibinin refah düzeyi yükselten) markanın her türlü kötüye kullanıma ve tecavüze davetiye çıkarabilmesi de mümkündür[35]. Marka hakkı sahibinin bu türden kötüye kullanım ve tecavüzlere karşı tescil ettirdiği markanın kapsamındaki mal ve

---

32 Yasaman, s. 29, 30.

33 WIPO, 14 Temmuz 1967 tarihli Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Sözleşmesi'ne dayanılarak kurulmuş bir örgüttür. Türkiye sözleşmeye 1997 yılında taraf olmuştur. Daha sonra gelişmiş ekonomiye sahip ülkelerin baskısıyla 1986-1994 yılları arasında gerçekleştirilen Uruguay zirvesinin bir sonucu olarak, Dünya Ticaret Örgütü'nün Kuruluşuna Dair Sözleşme'ye ek olarak, Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS, Trade-Related Aspetcs of Intellectual Porperty Rights- Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması) imzalanmış ve Türkiye de, 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasını4067 Sayılı Kanun ile onaylayarak, TRIPS'e de taraf olmuştur. Çalışmamızın bu bölümünden sonra, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması, İngilizce TRIPS kısaltmasıyla ifade edilecektir.

34 Anayasa 90/son hükmüne göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.
MarKHK'nın 4. maddesi hükmüne göre de, "Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinden daha elverişli olması halinde, 3 üncü maddede belirtilen kişiler, *elverişli hükümlerin uygulanmasını talep etme hakkına sahiptir.*"

35 Bilgili, Fatih, Marka Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 2006, s. 29

hizmetler için (ve bizatihi sahibi olduğu marka hakkı için) MarKHK kapsamında yer alan hukuki himayeyi talep hakkı bulunmaktadır[36].

Güvel'e göre, ulusal ekonomi ölçeğinde fikri mülkiyet hakları (ve marka hakkı), ekonomik refahın ve ekonomik büyümenin temeli olduğundan, bu hakların sosyal getirisi özel getirisinden daha yüksektir. Bu yönüyle markalaşma ekonomik refah düzeyini artırmaktadır. Bu bağlamda söz konusu ekonomik fikri mülkiyet hakkı olarak marka hakkının korunmasının en etkin ve maliyetsiz yolu, yasal fikri mülkiyet haklarının güçlendirilmesidir[37]. Nitekim 1982 Anayasası'nın 35. maddesi kapsamında fikri ve sınaî mülkiyet hakkı da mülkiyet hakkı kapsamındadır ve diğer kişi hak ve hürriyetleri gibi hukuki himayeye müstahak olduğu da ifade edilmelidir.

Yasal fikri mülkiyet haklarının güçlendirilmesi ve diğer bir deyişle uluslararası hukuk metinlerinin çeviri yapılmak suretiyle iç hukuk normu (kanun hükmü) haline getirilmesi ile marka hakkı tam anlamıyla korunmuş olmaz. Sınaî mülkiyet haklarının korunması bakımından, fikri mülkiyet haklarının yasal anlamda tanınması ve korunması ilk basamağı teşkil etmektedir. Sınaî mülkiyet haklarının korunması bakımından ikinci basamak, görev tanımı iyi yapılmış bir kurumsal yapılanma (tescil sistemi) ve üçüncü basamak da, yasalarla tanınan fikri mülkiyet haklarının hızlı ve etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayacak yargı organlarını oluşturmaktır[38]. Hiç şüphesiz bu basamaklar içerisinde hayata geçirilmesi en zor olanı, sınaî mülkiyet hukukuna ilişkin yasa hükümlerinin hayata geçirilmesidir. Çünkü bu hakların hayata geçirilmesi bakımından hem kanunları uygulayacak makamların hem de bir bütün olarak toplumun fikri mülkiyet hakkının korunmasını vicdanında benimsemiş olması gerekmektedir[39].

§.2. Marka Hakkının Ceza Normuyla Korunması

Marka hakkının korunması bakımından MarKHK kapsamında hukuk ve ceza davalarına yer verilmiştir. Ancak hem hukuk hem de ceza davalarının açılabilmesi bakımından MarKHK'nın 9 ve 61. maddelerinde yer verilen türden "hukuka aykırı" bir tecavüzün/ihlalin bulunması gerekmektedir[40].

---

36 Bilgili, s. 29

37 Güvel, s. 89, 91; Alıca, s. 94

38 Alıca, s. 94; Arıkan, Serdar, "Fikri Hakların Etkin Korunması Alanındaki Mevcut Eksiklikler Çözüm Önerileri ve Türkiye'deki Durum", Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, TOBB Yayını, Ankara, 2005, s.116, 117

39 Arıkan, s. 145

40 Tekinalp, s. 455. MarKHK'nın 9 ve 61. maddelerinin Anayasa'nın 38. Maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesine aykırı olduğundan bahisle, Ankara Fikir ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi tarafından somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine başvu-

MarKHK'nın 9. maddesine göre (21/01/2009 tarih ve 5833 S.K./1.mad. ile değişik), marka hakkı sahibi marka hakkına yönelmiş şu haksız fiiller bakımından hukuki himaye talep edebilmektedir:

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

MarKHK'nın 9/1 hükmünde yer verilen bu türden hukuka aykırı/haksız tecavüzün söz konusu olduğu durumlarda marka hakkı sahibinin MarKHK kapsamında talep edebileceği hukuki korumalar (talep edebileceği yasaklamalar) şunlardır (MarKHK 9/2):

- *İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması.*
- *İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması.*
- *İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması.*
- *İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.*
- *İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet or-*

---

rulmuş ve Anayasa Mahkemesi de, 03.01.2008 tarih ve E. 2005/15, K. 2008/2 Sayılı Kararı ile, 556 Sayılı KHK'nın 9/I,b- 9/II,b bentleri ile 61/a,c ve d bentlerini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu iptal kararı üzerine, suçta ve cezada kanunilik ilkesine uyum sağlamak adına, kanun koyucu 28.01.2009 tarih ve 5833 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un1,2 ve 3. Maddelerini ihdas etmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hükümler ile, 5833 Sayılı Kanun ile getirilen hükümlerin suçta ve cezada kanunilik ilkesi bağlamında mukayesesi için bkz. Özen, Mustafa, "Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), C.9, S. 2009/2, s. 60 vd.

tamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması.

MarKHK'nın 61. maddesi (21/01/2009 tarih ve 5833 S.K./2.mad. ile değişik) kapsamında da marka hakkına tecavüz sayılan haller sayılmıştır. Bu hükme marka hakkına tecavüz sayılan filler şunlardır:

- Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 9 uncu maddede belirtilen biçimlerde kullanmak.
- Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.
- 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 sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.

MarKHK'nın 9 ve 61. maddelerinde yer verilen tecavüzler sebebiyle MarKHK'nın 62. maddesi marka hakkı sahibine, tecavüzün durdurulması ve önlenmesi, tecavüzün giderilmesi, tecavüzün tespiti ve tazminat davalarını açma hakkı verir[41].

Marka hakkına yönelik olarak, hürriyeti bağlayıcı ceza ya da adli para cezası yaptırımları ile karşılanan eylemler, markaya tecavüz,[42] marka suçları,[43] marka hakkına tecavüz suçları[44] ya da marka hakkının ihlali suçları[45] olarak tanımlanmaktadır.

Marka hakkına yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerin yaptırım altına alınması TRIPS'in[46] ceza yargılaması başlıklı 61. maddesi ile hükme bağlanmıştır. Bu madde hükmüne göre:

"Anlaşmaya taraf olan devletler, en azından, ticari ölçekte (on a commercial scale) -bilerek-[47](wilful) marka sahtekârlığı veya telif hakkı korsanlığı halinde uygu-

---

41 Noyan, s. 398 vd.; Tekinalp, s. 461 vd.
42 Tekinalp, s. 456
43 Alıca, s. 106
44 Noyan, s. 522
45 Keskin, Serap, Patent ve Markanın Ceza Normları İle Korunması, Ankara, 2003, s. 128
46 TRIPS metni için bkz. http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm4_e.htm#5 Erişim Tarihi: 04.06.2012
47 Sözleşmenin ancak "bilerek", kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde ceza yaptırımı olarak hapis ve/veya adli para cezası uygulanmasını zorunlu kıldığı, bunun dışındaki eylemlerin

lanacak cezai usul ve cezaları hükme bağlayacaktır. Başvurulacak telafi yöntemleri eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı nitelikte olan hapis ve/veya para cezalarını içerecektir. Uygun hallerde, uygulanabilecek telafi yöntemleri, ihlale neden olan malların ve suçun işlenmesinde esas olarak kullanılan malzeme ve aletlere el konmasını, bunlar üzerindeki hakkın kaybedilmesini ve bunların imha edilmesini de içerecektir. Anlaşmaya taraf olan devletler 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."

Bu bağlamda, Türkiye'nin hali hazırda taraf olduğu TRIPS anlaşmasının 61. maddesinde yer alan yükümlülüğünün bir sonucu olarak[48] MarKHK'nın 61. maddesi kapsamında marka hakkına ilişkin tecavüzler kriminal suç tipi olarak ihdas edilmiştir.

Hiç şüphesiz 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında mülkiyet hakkına ilişkin suç tipleri düzenlenmiş olmakla birlikte, marka hakkına yönelik tecavüzlerin özel bir ihtisas alanını ilgilendirmesi sebebiyle bu suç tipine Türk Ceza Kanunu kapsamında yer verilmemiş olması uygundur[49].

Mahiyeti itibariyle, toplumsal düzene aykırı fiil olarak niteleyebileceğimiz "suç" olgusunun, toplumun sosyal, ekonomik ve siyasi yapısıyla yakından ilgisi bulunmaktadır. Toplumsal düzen, sosyal hayatın varlık koşuludur ve bütün insan gruplarının birbirleri ile olan ilişkilerini düzenleyen bir kurallar bütünü olmadıkça sosyal hayat sürekliliğini koruyamaz.[50] Bu yönüyle bir eylemin suç sayılıp sayılmaması esasen, kamuoyuna, kamunun fikrine bağlıdır[51].

Yukarıda zikredildiği üzere, fikri mülkiyet hakları günümüzün servet biriktirme aracı haline gelmiştir. Bu bağlamda günümüz ekonomisi kapsamında ticari işletmelerin gayri maddi varlığı olarak gözüken marka, patent ve sair endüstriyel tasarımları neredeyse söz konusu işletmelerin bütün maddi aktiflerinden daha değerli bir hale geldiğinden, tıpkı maddi varlıkların korunduğu gibi günümüz ticari hayatının vazgeçilmez değeri olan marka ve sair sınaî mülkiyet hakları da hukuki korumaya müstahak kılınmalı-

---

cezalandırılıp cezalandırılmamasının ülkelerin takdirine bırakıldığı hususunda bkz. Özbek, Veli Özer,"Ticari Ceza Hukukuna Hâkim Olan Ceza Hukuku İlkeleri ve Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Yapılan Değişikliklerin Söz Konusu İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y. 4, S. 9, Nisan 2009, s. 26

48 Özbek, s. 25-26

49 Çiftçi, Şahin, Marka Hakkının Ceza Normları İle Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2011, s. 112

50 Dönmezer, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 2003, s. 1

51 Çiftçi, s. 112

dır. Bu yönüyle, fikri mülkiyet haklarının ticarette giderek artan önemi ile fikri mülkiyet haklarının korunması arasında sıkı bir ilişki kurulmaktadır[52].

Fikri mülkiyet haklarının korunması bakımından Türk kanun koyucusu tarafından öngörülen koruma metodu ile Kara Avrupa'sı ülkelerinin koruma metodu farklılık göstermektedir. İstatistiksel açıdan bakıldığında Türk Hukuku'nda fikri mülkiyet haklarının çoğunlukla ceza hukuku normları ile korunduğu görülmektedir[53].

Fikri mülkiyet hakkına yönelik saldırıların ceza hukuku normları ile korunmasının gerekçesi, bu fiillerin haksız eylem teşkil etmesi,[54] fikri mülkiyet haklarının tekelci karakterlerinin yenilikleri ve gelişmeleri desteklemesi[55] ve toplumsal fayda[56] olarak gösterilmektedir. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, ceza hukuku toplumsal sorunları çözecek bir sihirli değnek değildir[57]. Bu noktada, gerçekte özü itibariyle hukuki uyuşmazlık niteliğinde olan "haksız rekabet" ve "markaya tecavüz sayılan fiillerin" ceza hukukunun konusu yapılması bu eylemleri tek başına önleyecek bir hukuki argüman değildir.

Nitekim karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, dünya ölçeğinde, yalnızca fikri ve sınaî haklar alanında doğan davalara bakmak üzere kurulan ihtisas mahkemelerinin tamamı hukuk mahkemeleridir. Türkiye, fikri ve sınaî haklar alanında doğan davalar bakımından ceza yargılaması öngören ilk ülkedir[58]. İngiltere, Almanya ve Avusturya gibi ülkelerde ceza davaları en son başvurulacak müracaat yolu olup, sadece marka korsanlığı halinde bu yola başvurulabilmektedir[59]. Söz konusu hukuk sistemlerinde sınaî mülkiyet hakkını yönelik tecavüzlerin hukuk davaları kapsamında görülmesinin sebepleri, hukuk davalarında deliller toplandıktan sonra tarafların sulhe davet edilebilmesi, hukuk dava tekniğinin iş dünyasındaki ilişkilere uygun düşmesi, hukuk mahkemeleri tarafından karar verilen geçici ya da sürekli tedbirlerin veya tazminatın devletin ceza vermesine nazaran daha yararlı görülmesi gibi nedenler gösterilmektedir[60].

---

52 Güneş, İlhami, "Fikri Mülkiyet Hukukunda Cezai Korumanın Gerekçesi", Terazi Hukuk Dergisi, Y.1, S. 4, Aralık 2006, s. 45 vd.

53 Güneş, s. 48

54 Çiftçi, s. 113

55 Odman Boztosun, Ayşe, "Fikri Mülkiyet ve Küresel Rekabet", TÜSİAD-Sabancı Üniversitesi Rekabet Forumu, Kasım 2007, İstanbul, s. 5

56 Güneş, s. 49

57 Özbek, s, 26

58 Alıca, s. 97

59 Güneş, s. 50

60 Goutal, Jean Luis: "Criminal Enforcement Againist Trade Mark Infringement: French Approach", Eposcript, Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation, A

Kanaatimizce TRIPS'in 61. maddesi hükmü, marka hakkına yönelik olarak gerçekleştirilen kasti (*wilful- intentional*) eylemlerin dahi ancak "ticari ölçeğe" ulaştığında suç sayılmasını ve ceza yargılamasın tabi tutulmasını gerektirmektedir. Şu halde, kasten gerçekleştirilmiş olsa da herhangi bir *ticari ölçeğe ulaşmayan* markaya yönelik tecavüzlerin suç sayılması ve ceza yaptırımı ile karşılanması TRIPS'in 61. Maddesinin amacına (ratio legis) aykırıdır. Her ne kadar TRIPS'in sadece ticari ölçeğe ulaşan markaya tecavüz fiillerinin suç olarak ihdası bakımından taraf devletlere bir yükümlülük getirdiği; ticari ölçeğe ulaşmayan tecavüzlerin suç olarak ihdası bakımından sözleşmeye taraf devletlerin takdir yetkisine sahip olduğu düşünülübelir ise de, ticari ölçeğe ulaşmayan markaya tecavüz fillerinin suç olarak ihdası ve hürriyeti bağlayıcı ceza ile karşılanması ceza adaleti ve ölçülülük ilkeleri ile bağdaşmaz.

Ekonomik suçlar bakımından hürriyeti bağlayıcı ceza verilmemesi "ekonomik suça ekonomik ceza" ilkesi olarak adlandırılmaktaydı[61]. Ancak günümüz toplumlarında ekonomik suçların artması ve özellikle çıkar amaçlı suç örgütlerinin yoğun olarak ekonomik suçlara yönelmesi ve bu yönüyle ekonomik suçların uluslararası bir hüviyet kazanması ultima ratio (son çare) ilkesi bağlamında ekonomik suçların hapis cezası yaptırımıyla karşılanması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır[62].

"Yasamanın genelliği" ilkesi uyarınca bir eylemin suç olarak ihdas edilip edilmemesi bütünüyle yasa koyucunun takdirinde olmakla birlikte, yasa koyucunun bu konuda mutlak ve sınırsız bir hareket alanında bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Yasa koyucunun bir eylemi suç olarak ihdas etmesi bakımından gerek Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan *"ölçülülük"*[63], "amaçla orantılı olma" ve gerekse 38. maddesinde yer alan *"belirlilik"* ilkelerine uygun davranmak zorundadır. Aksi bir davranış söz konusu ceza normunu Anayasa'ya aykırı hale getirir. Kaldı ki, kanun koyucun bir eylemi suç olarak ihdas ederken yukarıda yer verilen "ölçülülük" ve "belirlilik" ilkelerinin yanında, toplumsal hayatın gerçekleri ve toplumun sosyal yapısı ile de uyumlu olmalıdır. Bu yönüyle yasa koyucunun suç ve hürriyeti bağlayıcı ceza koyma yetkisi gerek normatif ve gerekse sosyolojik anlamda mutlak ve sınırsız değildir.

Series of Publications From the European Patent Office, Vol. 6, s. 172-173; Cornush, William/ Llewelyn, David: Intellectual Property: Patents, Trade Marks and Allied Rights, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2003, s. 60-61

61 Özbek, s. 26

62 Aynı yönde bkz. Özbek, 26

63 Metin, Yüksel, Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara, 2002, s. 82

Bu açıklamalardan hareketle bizce, kasten icra edilen ve nihayet "ticari ölçeğe ulaşan" nitelikteki eylemlerin suç olarak ihdas edilmesi ve nihayet bu eylemler karşlığında hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmesi ulaşılmak istenen amaçla "orantılı" olarak kabul edilebilir. Ancak kasten icra edilse dahi "belli bir ticari ölçeğe ulaşmayan" eylemlerin suç olarak ihdas edilmesinde hem ölçülülük ilkesine uygunluktan hem de toplumsal yararın korunduğundan söz edilemez. Bununla birlikte, taksirle gerçekleştirilen markaya tecavüz niteliğindeki eylemlerin suç olarak ihdas edilmesi hem TRIPS'in 61. maddesinin amacına hem de "ölçülülük" ilkesine uygun sayılamaz.

Bu anlamda MarKHK'nın 61/A hükmü kapsamında, eylemin tekrar edilip edilmemesine ya da belirli bir yoğunlukta olup olmamasına, "ticari ölçeğe ulaşıp ulaşmadığına bakılmaksızın" bir yıldan üç yıla kadar hapis ve neredeyse uygulanması imkânsız olan "yirmibin güne kadar" adli para cezasının yaptırım olarak öngörülmesi Gerek TRIPS'in 61. maddesine ve gerekse Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "ölçülülük" ilkesine aykırıdır. Nitekim öğretide, kanunda yer alan hüküm sebebiyle, bir kırtasiyedeki birkaç kalem ucu ve pastel boya için veya bir nalburdaki tek bir matkap ucu için dahi ceza davası açıldığı ve bu türden davalar sonucunda kişelere ceza verilmesinin suç ve ceza politikası ve suç ile ceza arasındaki dengeyle açıklanamayacağı –haklı olarak- ifade olunmuştur[64].

Kanaatimizce ticari ölçeğe ulaşmayan markaya tecavüz niteliğindeki eylemlerin suç olmaktan çıkarılması ya da bu eylemlerin sadece adli para cezası yaptırımı ile karşılanması gerek TRIPS'in 61. maddesinin amacına (ratio legis) ve gerekse toplum yararının gerçekleştirilmesi amacına daha uygun olacaktır.

§.3. 556 Sayılı KHK Kapsamında Marka ve Üretim Korsanlığı Suçu (Markanın İzinsiz Kullanılması)

Marka hakkına yönelik olarak gerçekleştirilen ve ceza yaptırımı ile karşılanan eylemler MarKHK'nın 61/A maddesinde (21/01/2009-5833 S.K./3. mad ile Değişik) sayılmıştır. Anılan hükme göre:

"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.

---

[64] Albayrak, Mustafa, Marka Hakları İhlallerinin Ceza Normları İle Korunması "Mahkeme Koridorlarındaki Pazarlık", Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), S. 3, Nisan 2005, s. 243. Ayrıca yazar, şikâyete tabi olan bu davalar sürerken, marka hakkı sahiplerinin bu küçük miktarlardaki marka ihlali eylemleri için çok fahiş tutarlarda bedeller talep ettiklerini ve bu bedellerin ödenmesi halinde şikâyetten vazgeçtiklerini beyan etmektedir. Yazara göre, bu fiyat pazarlıkları bazen duruşmalara dahi yansımaktadır.

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 şikayete 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 ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz."

Bu hükümden hareketle marka suçu/korsan marka, markayı ve markanın ayırt edilemeyecek derecede benzerini, markanın kapsadığı mal ve hizmetlerin aynı mal veya hizmetlerde kullanmak eylemi olarak tanımlanmaktadır[65].

Çalışmamız kapsamında markanın izinsiz kullanılması suçu (sadece 61/A,I'de yer alan suç tipi bakımından), Türk Ceza Kanunu'nun sistematiğine uygun bir biçimde suçun unsurları ayrı başlıklar altında incelemeyi uygun bulduk. Bu bağlamda öncelikle markanın izinsiz kullanılması suçu ile korunmak istenen hukuki değer, daha sonra suçun maddi unsurları, manevi unsur ve suçun özel görüşü biçimleri ve nihayet soruşturma, kovuşturma ve yaptırım konuları hakkında bilgi verilecektir.

I. Korunan Hukuki Değer

Marka hakkının ihlali suçları bakımından korunan hukuki değer öğretide, marka hakkı sahibinin veya tekelci lisans alanın marka hakkının olduğu,[66] aynı zamanda bu suç tipleri ile ticaret alanındaki güven ve dürüstlüğün sağlanmasına dönük kamusal yararın da korunduğu ifade edilmektedir[67]. Kanaatimizce marka hakkının ihlali suçları ile korunan menfaat karma niteliktedir. Markanın izinsiz kullanılması suçu (marka korsanlığı) ile doğ-

---

65 Güneş, s. 173; aynı yönde bkz. Keskin, s. 140

66 Çiftçi, s. 138

67 Keskin, s. 117 vd.

rudan doğruya marka hakkı sahibinin marka üzerinde sahip olduğu kullanım tekeli hakkı korunmaktadır. Ancak bununla birlikte tüketicilerin markaya duyduğu güven de bu suç bakımından korunmaktadır.

II. Suçun Maddi Unsurları

A. Fail

İradi hareket yeteneği, yaşayan insana has bir özellik olduğu için ceza hukuku anlamında fail ancak bir gerçek kişi olabilir[68]. İradi hareket etme yeteneği bulunmayan ve ancak gerçek kişiler eliyle hukuki işlemlerde bulunabilen ve nihayet "toplum yararı için" kişi sayılan[69] tüzel kişilerin ceza hukuk anlamında suç sayılan fiilleri icra etme ehliyeti yoktur.

Marka hakkının ihlali eylemin gerçekleştiren kimsenin sıfatı bakımından herhangi bir özellik yoktur. Marka üzerinde tescil veya sair bir sebeple (devir, miras vs.) bir hakka sahip olan kimseler dışında herkes bu suçun faili olabilir.

Ceza kanunu kapsamında ancak gerçek kişiler fail olabileceği için tüzel kişilerin bu suç bakımından fail olarak cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Ancak TCK'nın 60. Maddesi uyarınca, ilgili kanunda açıkça belirtilmesi kaydıyla 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 tüzel kişi yararına"* kasıtlı bir suç işlenmesi halinde, tüzel kişiler bakımından, "faaliyet izninin iptali" ve "müsadere" güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir.

B. Mağdur

Marka hakkının ihlali suçlarının doğrudan doğruya mağduru marka hakkı sahibi herhangi bir kimsedir. Kanaatimizce, özellikle markanın taklit edilmesi veya iltibas suretiyle tüketicinin yanıltılması suçu bakımından marka hakkı sahibinin yanında, bu malı veya hizmeti "üzerindeki markaya güvenerek" satın alan kimse de marka hakkı sahibi ile birlikte zarar görmüştür ve bu kimsenin de "suçtan zarar gören" sıfatıyla CMK 237/1 uyarınca açılmış olan davaya katılma hakkı bulunmaktadır. Ceza Hukuku anlamında tüzel kişiler suçun mağduru olamayacakları için, tüzel kişiler "suçtan zarar gören" kavramı içerisinde değerlendirilebilecektir[70].

---

68 Artuk, M. Emin/ Gökcen Ahmet/ Yenidünya, A. Caner, Genel Hükümler, Ankara, 2009, s. 289

69 Akünal, Teoman: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1988, s. 22

70 Tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağı yönündeki görüş için bkz. Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 191

Bunun dışında her ne kadar marka hakkının ihlali niteliğindeki eylemlerin dolaylı mağduru olarak toplumun tamamı olduğu ifade edilmiş olsa da,[71] bu kimseler *"suçtan doğrudan doğruya zarar görmedikleri için"* CMK m. 237/1 uyarınca davaya katılma hakkına sahip olamazlar.

C. Suçun Konusu

Suç sayılan hareketin yöneldiği kişi ya da şey suçun konusunu oluşturmaktadır.[72] Bu yönüyle MarKHK'nın 61/A hükmünde yer alan haksızlık niteliğindeki eylemler doğrudan doğruya marka üzerinde gerçekleştirilmektedir. Bu noktadan hareketle, marka hakkının ihlali suçlarının konusu *"marka"* veya *"marka koruması olduğunu belirten işaret"*[73]tir.

MarKHK'nın 61/A hükmünde sayılan suçlar bakımından iktibas veya taklit fiillerinin ya da markanın ya da marka koruması olduğu belirtilen işaretin kaldırılması ya da marka hakkına ilişkin tasarrufta bulunma eylemlerinin (haksızlıklarının) gerçekleştiği şey markanın kendisidir.

D. Fiil ve Netice

MarKHK'nın 61/A-I hükmünde yer verilen *"iktibas"* ve *"iltibas"* kavramları marka hakkına tecavüzün değişik görünümleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta öncelikle iktibas ve iltibas kavramlarını açıklamak gerekmektedir.

İktibas, sözlük anlamı itibariyle *"taklit"* etmek demektir. Çalışmamız bakımından ise iktibas, bir markanın kısmen veya tamamen taklit edilmesidir. Markanın taklit edilmesi, çok kesin ve ağır bir tecavüz halidir ve marka korsanları genellikle bu yolu pek tercih etmezler[74]. Kısmi taklikten söz edebilmek için markanın "esaslı unsurlarından en az birinin kopya edilmesi ve markanın karakteristik özelliğinin değişmemiş olması" gerekmektedir[75].

İktibas, markanın telaffuzu, söylenişi, marka unsurlarının dizilişi, markada yer alan şekil benzerliği, kulakta ve gözde bıraktığı iz gibi benzerlikler suretiyle yapılabilir. Ancak aynı anlamı taşıyan unsurlar (kelimelerin) kullanılması bütünüyle iktibas sayılamaz[76]. Arseven'e göre ise, eş anlamlı ke-

---

71 Aynı yönde bkz. Özen, s.66

72 Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 303

73 Özen, s. 66

74 Şahin, s. 67

75 Kocasoy, Banu Aliye, Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006, s. 15-16

76 Kocasoy, s. 16

limenin iktibas sayılıp sayılamayacağı her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir[77].

Ceza Hukuku anlamında markanın iktibas edilip edilmediği bakımından bir ölçüt geliştirecek olur ise, hakim somut olay bakımından makul bir birey ilk bakışta marka konusunda hataya düşebilecek ise bu türden bir benzeşme iktibas ölçütü olarak kabul edilebilir. Ancak bu nitelemede o ürünü sürekli kullanan ve üst düzey dikkati gösteren bir tüketiciden ziyade, sıradan bir bireyin aldanıp aldanmayacağı esas alınmalıdır. İlk bakışta makul bir birey tarafından anlaşılamıyor ise iktibas değil iltibastan söz edilebilir[78].

İltibas ise, sözlük anlamı itibariyle birbirine çok benzeyen iki şeyin karıştırılması anlamına gelmektedir[79]. Bu yönüyle iltibasın gerçekleşip gerçekleşmediği, markanın kişinin zihninde bıraktığı genel izlenime göre tespit edilebilir[80]. Marka hukuku bakımından ise, bir mal veya hizmetin alıcısının, yani genel itibariyle halkın, almayı düşündüğü, bildiği veya duyduğu bir mal veya hizmeti aldığı zannı ile başka bir işletmenin aynı veya benzer malını veya hizmetini alma ihtimali ile karşı karşıya olmasıdır[81].

Markanın izinsiz kullanılması (marka korsanlığı) bakımından MarKHK'nın 61/A-I hükmüne göre, markanın iktibas veya iltibas edilmesi yeterli değildir. Her ne kadar öğretide taklit etmenin başlı başına kullanma sayılacağı ifade edilse de,[82] bize göre suçta ve cezada kanunilik ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak, MarKHK'nın 61/A-I hükmü bakımından, iktibas veya iltibas eylemleri ile birlikte ortaya çıkan *"taklit/korsan"* marka ile, "mal veya hizmet üretme, satışa arz etme veya satma" eyleminin birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir[83]. Bu yönüyle suç, bağlı hareketli suçtur. Bağlı hare-

---

77 Aynı yönde bkz. Şahin, s. 68

78 Kocasoy, s. 16

79 Yılmaz, s. 379

80 Şahin, s. 68

81 Tekinalp, s. 409

82 Özgenç, İzzet, "Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk", Ünal Tekinalp'e Armağan, C.III, İstanbul, 2003, s. 847

83 Nitekim Çağlar'a göre de, "Her seyden once bu fıkra hükmünün nesne-yüklem uyumsuzluğunun düzeltilmesi gerekir. Zira fıkranın ilk cümlesinin ilk kısmında, "baskasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üretmek" tecavüz fi ili olarak kabul edilmis, bunu müteakip ifade edilen "satısa arz etmek" veya "satmak" fiillerinin nesnesi cümlede yer almamaktadır. Her halde burada, iktibas veya iltibas suretiyle baskasına ait marka hakkına tecavüz edilerek üretilen "malın satısa arzedilmesi veya satılması" ile "hizmetin sunulması" kastedilmistir. Açıklama için bkz. Çağlar, Hayrettin, '556 Sayılı KHK'de 28.01.2009 Tarihinde Yapılan Değisiklikler" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 104

ketlerden ilki, markanın iktibas veya iltibas edilmesi iken; ikinci grup bağlı hareketler mal üretme, hizmet üretme, satışa arzetme veya satma eylemleri olmak üzere seçimliktir. Bu yönüyle, korsan ya da taklit malı, taklit olduğunu bilmeden ve müşterinin algısı bakımından "iltibas/karışıklık" oluşturmadan sadece satan veya satışa arzeden kimsenin MarKHK'nın 61/A,I hükmü uyarınca –bağlı hareketlerin tamamını gerçekleştirmediğinden- cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Ancak fail, müşterinin algısı bakımından iltibas oluşturmak suretiyle, orjinal markalı mal sattığından bahisle satışı ve satışa arzetme fiilini gerçekleştirir ise bu noktada "iltibas" suretiyle markaya tecavüz vardır.

Kanun hükmü lafzı olarak yorumlandığında nesne yüklem uyumsuzluğu sebebiyle, sanki taklit ürün satma veya satışa arzetme eylemleri suç kapsamında değilmiş gibi bir izlenim verse de gerçekte markanın iltibası suretiyle üretilen bir malı veya hizmeti satışa arzetme veya satma eylemleri suç kapsamındadır[84]. Nitekim MarKHK'nın 61/A-son hükmünde yer alan etkin pişmanlık hükmünde, "Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin" malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması halinde etkin pişmanlık hükmünden faydalanabileceği ifade olunmaktadır. Bu hükümden hareketle, taklit edilerek üretilmiş bir malı satışa arz eden veya satan kimsenin eylemi de -kastın varlığı halinde- suç kapsamındadır. Ayrıca dikkat edilmelidir ki, MarKHK 61/A-son hükmünde yer alan etkin pişmanlık hükümleri sadece bu fiiller bakımından geçerlidir.

Bu açıklamalardan hareketle, iktibas mutlak surette marka üzerinde bir taklidi, maddi bir işlemi zorunlu kılarken; iltibas açısından marka üzerinde taklit yapmaksızın da, marka hakkına tecavüz söz konusu olabilir. Nitekim görüşümüze paralel bir biçimde Çağlar, hukuk davasına vücut veren tecavüz fiillerinin sadece iktibas suretiyle islenebileceğini, buna karsılık suç sayılan ve cezaya tabi tutulan tecavüz fiilleri hem iktibas hem de iltibas suretiyle islenebileceğini ve bu durumun garip bir biçimde çelişkili olduğunu ifade etmektedir[85].

Öğretide Çağlar'a göre, suç sayılan hareketlerin sınırlı bir biçimde sayılması, marka hakkına haksız saldırı niteliğinde olan bazı hareketlerin ce-

---

[84] Markaya tecavüzün en yaygın biçimi olan iltibasın yarattığı kafa karışıklığının tüketici davranışları üzerindeki olumsuz etkisi hakkında doyurucu bir çalışma için bkz. Miaoulis, George/D'amato, Nancy, "Consumer Confusion & Tarademark Infringement", Journal of Marketing, Vol. 42. N.2, April, 1978, s. 48-55.

[85] Çağlar, s. 106

zalandırılmasının önüne geçmekte ve marka hakkının etkin bir hukuki korumaya kavuşmasına engel olmaktadır[86].

Kanun koyucu suç sayılan seçimlik eylemleri bu şekilde sınırlı bir biçimde saydığından, markanın sadece iktibas veya iltibas edilmesi eğer somut olay bakımından icra hareketlerinin doğrudan doğruya başladığı kabul edilir ise, suça teşebbüsten söz edilebilir. Örneğin, fabrikada mal üretimi için bütün eşyanın hazırlandığı bir olay bakımından eğer marka iktibas veya iltibas yoluyla çoğaltılıp hazırlanmış ise artık teşebbüs söz konusu olacaktır.

Ancak bu türden bir –doğrudan doğruya icraya başlama- hali yok ise, eylem hazırlık hareketi aşamasında kalmıştır ve cezalandırılmaz. Her ne kadar öğretide "marka"nın resmi belge olduğu öne sürülerek markanın iktibas edilmesinin resmi belgede sahtecilik olduğu fikri beyan edilse de,[87] kanaatimizce bizatihi marka resmi belge sayılamaz. Marka bakımından sadece hak sahipliğini gösteren Marka Tescil Belgesi resmi belge sayılabilir. O halde fail, markayı iktibas veya iltibas etmekle kalmayıp ayrıca marka tescil belgesini de sahte olarak imal etmiş ise ayrıca TCK 204/1 kapsamında resmi belgede sahtecilik suçundan da sorumlu tutulacaktır[88].

1. Markanın Hükümsüzlüğüne Karar Verilebilecek Hallerin Varlığı Halinde Markanın İzinsiz Kullanılması Suçu Sebebiyle Failin Cezalandırılabilirliği

MarKHK'nın 42. maddesinde markanın hükümsüzlüğünün söz konusu olduğu haller sıralanmıştır. Ayırca 44. madde hükmüne göre de, markanın hükümsüzlüğüne ilişkin kararın geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracağı ifade olunmaktadır. İnceleme konumuz açısından markanın hükümsüzlüğü hali ayrıca ele alınmalıdır. Çünkü markanın hükümsüzlüğünün söz konusu olduğu hallerde, markayı fiilen kullanan veya marka üzerinde hak sahibi gözüken kimse, hukuken korunan meşru bir zeminde bulunmadığı için bu türden bir marka sahipliğine yönelik iktibas veya ilti-

---

86 Çağlar'a göre; bu durumda artık iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilen malı stoklamak, teslim edilebileceğini teklif etmek, baskasına ait markayı izinsiz olarak reklamlarda veya is evrakında kullanmak, internet ortamında kullanmak, gümrük bolgesine sokmak veya gümrükce onaylanmıs bir islem veya kullanıma tabi tutmak gibi, marka sahibinin 556 sayılı KHK m. 9 ve 61 hükümlerine gore onleyebileceği eylemler, suc sayılmamıstır. Bu sınırlandırma kanun koyucunun bilincli bir tercihi olarak kabul edilebilir. Açıklama için bkz. Çağlar, s. 105, 106

87 Özen, s. 63, 64.

88 Türk Ceza Kanunu'nun 212. maddesi uyarınca, belgede sahtecilik suçlar her halde ayrıca cezalandırılmaktadır.

bas niteliğindeki eylemlerin ticari hayat veya rekabet ortamı bakımından bir haksızlık veya "tehlike" oluşturduğunu söyleyebilmek mümkün değildir.

42. madde bağlamında markanın hükümsüzlüğünü gerektiren hallerden MarKHK'nın 7. maddesinde sayılan haller:

"Marka olarak tescil edilemeyecek bir işaretin tescil edilmiş olması,

Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar,

Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar.

Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar,

Malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretler,

Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markalar,

Yetkili mercilerden kullanmak için izin alınmamış ve dolayısıyla Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesine göre reddedilecek markalar,

Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi, külterel değerler bakımından halka mal olmuş ve ilgili mercilerin tescil izni vermediği diğer armalar, amblemler veya nişanları içeren markalar,

Sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesine göre tanınmış markalar,

Dini değerleri ve sembolleri içeren markalar,

Kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalar hükümsüz markalardır."

Ancak 7/son hükmüne göre, Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili reddedilemez ve marka hükümsüz sayılamaz.

42. madde bağlamında markanın hükümsüzlüğünü gerektiren hallerden MarKHK'nın 8. maddesinde sayılanlar:

"Tescil edilmiş veya tescil için başvuru yapılmış bir markanın sahibi tarafından itiraz yapılması durumunda aşağıdaki hallerde marka tescil edilemez:

a) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı ise ve aynı mal veya hizmetleri kapsıyorsa,

b) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa.

Marka sahibinin ticari vekili veya temsilcisi tarafından markanın kendi adına tescili için, marka sahibinin izni olmadan ve geçerli bir gerekçe gösterilmeden yapılan başvuru, marka sahibinin itirazı üzerine red edilir.

Tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin itiraz etmesi üzerine, tescili istenilen marka, aşağıdaki hallerde tescil edilmez.

a) Markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş ise,

b)Belirtilen işaret, sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa,

Marka, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynı veya benzeri olmakla birlikte, farklı mallar veya hizmetlerde kullanılabilir. Ancak, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın, toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verebileceği veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumda, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir marka sahibinin itirazı üzerine, farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa bile, sonraki markanın tescil başvurusu red edilir.

Tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınaî mülkiyet hakkını kapsaması halinde, hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilir.

Ortak ve garanti markalarının sona ermesinden itibaren üç yıl içinde ortak marka veya garanti markası ile aynı veya benzeri olan marka tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir.

Bir markanın yenilenmeme nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonra iki yıl içerisinde aynı veya benzer markanın, aynı veya benzer mal ve hizmetler için yapılan tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir."

42. madde bağlamında markanın hükümsüzlüğünü gerektiren ve MarKHK'nın 14. maddesinde sayılan sebep:

"Markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir."[89]

MarKHK'nın 42/d,e, hükmü kapsamında sayılan hükümsüzlüğü gerektiren haller:

"Marka sahibinin davranışları nedeniyle, marka mal ve hizmetler için yaygın bir ad haline gelmiş ise,

Hak sahibi veya yetkili kıldığı kişi tarafından kullanım sonucunda tescil edildiği mal ve hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda halkta yanlış anlama ihtimali var ise" markanın hükümsüzlüğüne karar verilebilir."

42. madde bağlamında markanın hükümsüzlüğünü gerektiren ve MarKHK'nın 59. maddesinde sayılan durumda da:

"Marka sahibi, garanti markasının veya ortak markanın belirli bir sürede teknik yönetmeliğe aykırı olarak kullanmasına göz yumar ve taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece tanınacak süre içinde, söz konusu aykırı kullanım düzeltilmediği takdirde, marka, tanınan süre sonunda mahkeme tarafından iptal edilir."

Sayılan hükümsüzlük hallerinde, markanın izinsiz kullanılması iktibas veya iltibas eylemleri ceza hukuku bakımından cezalandırılabilir eylemler niteliğinde değildir. Çünkü bu hallerde, tescili hükümsüz olan ya da diğer bir deyişle tescil edilmemesi gerektiği halde tescil edilmiş olan ve bu yönüyle hukuka aykırı bir şekilde kullanılmaya devam eden "ve bazen de kamu düzenine aykırı bir şekilde kullanılan" (MarKHK 7. Maddede belirtilen hallerde) bir marka bulunmaktadır.

Bu bağlamda, kendisi meşru bir zeminde olmayan ya da hukuken korunmayan hükümsüz marka hakkı sahibinin bir başkasının "iktibas" veya "iltibas" niteliğindeki davranışlarının "haksız" olduğunu öne sürmesi kötü niyetli olacaktır. Ancak ceza hukuku bakımından eylemin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı "kötü niyet" ya da "etik olmayan davranış" gibi kavramlara dayandırılamaz. O halde, hükümsüz markaya tecavüz sayılan ey-

---

89 Kanunun 14/2 hükmüne göre: "Aşağıda belirtilen durumlar markayı kullanma kabul edilir:
a) Tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması,
b) Markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarında kullanılması,
c) Markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması,
d) Markayı taşıyan malın ithalatı."

lemlerin cezalandırılmamasını "tipik hareketin gerçekleşmemesi veya suçun maddi konusunun yokluğu" sebebinde aramak gerekmektedir.

Kanaatimizce, MarKHK'nın 61/A-V hükmü "tescilli bir marka"yı koruyan hüküm olduğundan, markanın tescili hükümsüz ise, "Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi tarafından hükümsüzlüğüne karar verilmemiş olsa dahi" Fikri ve Sınaî 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.

Bu yönüyle FSCM tarafından markanın hükümsüz olup olmadığı nazara alınmaksızın, suçun konusu irdelenmeksizin sadece tipik hareketler olan iktibas ve iltibasın bulunduğundan bahisle mahkûmiyete karar verilmesi yerinde değildir.

Kanaatimizce, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bağlamında, kanun koyucunun suç tipinde yer verdiği "suçun maddi konusu"nun da bulunup bulunmadığı araştırılmak zorundadır. Markanın izinsiz kullanılması suçu ile korunan menfaat, hukuken geçerli bir tescile dayanan marka hakkı sahibinin menfaati ve tekel hakkı olduğuna göre, hükümsüz marka hakkı sahibi bakımından bu menfaatin varlığından veya hukuken korunması gerektiğinden söz edilemez.

2. Tescil Edilmeyen Markaya Tecavüz Bakımından Failin Sorumluluğu

MarKHK'nın 61/A-V hükmüne göre, markanın izinsiz kullanılması suçu sebebiyle failin cezalandırılabilmesi için markanın Türkiye'de tescil edilmiş olması şarttır. Bu yönüyle markanın izinsiz kullanılması suçu bakımından, tescilli marka olma şartı suçun ön şartı olarak değerlendirilebilir. Ancak öğretideki baskın görüş önşartların gerçekte suçun unsurları içerisinde olduğunu kabul etmektedir[90].

Bu yönüyle markanın tescilli bir marka olma zorunluluğu markanın izinsiz kullanılması suçunun unsurudur (suçun maddi konusudur). Eğer

[90] Ön şartlar, suçun doğası gereği mantıken ve hukuken bulunması gereken şartlar olarak nitelendirilmektedir. Hakeri, Hakan, Genel Hükümler, Ankara, 2008, s. 84; Özbek, Veli Özer/ Kanbur, M. Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010, s. 419; Centel, Nur/Zafer Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Baskı, İstanbul, 2008, s. 207

marka Türkiye'de tescilli değil ise, -tanınmış marka olsa dahi- failin iktibas veya iltibas niteliğindeki eylemi suç sayılamaz. Çünkü marka Türkiye'de tescilli değil ise, suçun maddi konusu da bulunmayacaktır. Konusuz suçtan söz edilemeyeceği için, failin eylemi bakımından tipiklik gerçekleşmemiş olur ve fail cezalandırılamaz.

Tescil edilmemiş markalar bakımından iktibas ve iltibas eylemleri, ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 55 ve 62. maddeleri kapsamında, "haksız rekabet suçu" içerisinde ele alınabilecektir. Kanaatimizce bu yakın ilişki sebebiyle Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan haksız rekabet suçuna ilişkin yargılamaların da Fikri ve Sınaî Haklar Ceza Mahkemeleri'nin görevi kapsamına alınması gerekmektedir.

III. Manevi Unsur

MarKHK'nın 61/A,I hükmünde yer verilen markanın izinsiz kullanılması suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Failin saiki önemsizdir. Ancak söz konusu suç tipi, bağlı hareketli suç tipi olduğundan, failin kastı hem markanın iktibas veya iltibasını hem de bu eylemlerle birlikte mal veya hizmet üretme, satışa arzetme veya satma eylemlerini içermelidir.

Bu bağlamda başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üretme, satışa arz etme veya satma suçu kasten işlenibilen bir suç tipidir.

Failin kastı her iki harekete (bağlı hareketlere) dönük olmadıkça failin cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Örneğin, fail tarafından imal edilen taklit marka, failin bilgisi dışında veya failin taksirli hareketi sonucunda, bir başkası tarafından mal veya hizmet üretme, satışa arzetme veya satma eylemlerinde kullanılır ise failin bu eylemler yönünden -kastı bulunmadığından- cezalandırılabilmesi mümkün değildir (CMK 223/2,c).

Bir başkası tarafından marka hakkında tecavüz edilmek suretiyle üretilen mal veya hizmeti satışa arz etme veya satma suçları ancak kasten işlenebilen suç tipidir. Fail, marka hakkına tecavüz edilerek üretildiğini bilmeden satın aldığı bir malı satar veya satışa arz eder ise bu halde fiili taksirle işlediğinden cezalandırılabilmesi söz konusu olmaz. Ancak bu noktada failin, mal veya hizmetin veya markanın taklit olduğunu bilmediği yönündeki soyut beyanı dikkate alınamaz. Failin yürüttüğü meslek veya sanat, malın satış değeri gibi hususlar dikkate alınarak failin kastı araştırılmalıdır.

MarKHK 61/A,I hükmünde "bilerek", "bildiği halde" gibi bir ifade bulunmadığından, markanın izinsiz kullanılması suçu hem kasten hem de

olası kast ile işlenebilir. MarKHK'da açık hüküm bulunmadığından söz konusu suç tipleri taksirle işlenemez (TCK m. 22/1).

IV. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan, haklı savunma, kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebeplerinin markanın izinsiz kullanılması suçu bakımından uygulanabilmesi mümkün değildir.

Ancak marka hakkı sahibinin rızası ve hakkın kullanılması bu suç tipi bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olabilir. Marka hakkı sahibinin, markanın kullanım hakkını bir başkasına devretmesi halinde, marka hakkını devralan kimsenin kullanımı izinsiz kullanım olarak değerlendirilemez. Bu yönüyle, marka hakkı malikin üzerinde serbestçe tasarruf edibeleceği bir hak (TCK 26/2) olduğundan; marka hakkı sahibinin rıza göstermesi ya da bu hakkı devretmesi halinde de, bu hakkı devralan kişi bakımından da markanın kullanılması hakkın kullanılması niteliğinde (TCK 26/1) olacağından eylem hukuka uygun kabul edilecektir.

V. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

A. Teşebbüs

Markanın izinsiz kullanılması suçu, teşebbüs bakımından özellik göstermez. Failin markayı taklit veya iltibas ettikten sonra mal veya hizmet üretimine başlarken veya mal veya hizmet satarken yakalanması halinde tipik hareketlerin elverişli araçlarla doğrudan doğruya icra edildiği kabul edilecek ve fail bu suça teşebbüsten cezalandırılacaktır.

B. İştirak

Markanın izinsiz kullanılması suçu bakımından müşterek faillik (TCK 37), azmettirme (TCK 38) ve yardım etme (TCK 39) biçiminde suç katılmak mümkündür. Bu bağlamda işveren tarafından taklit veya iltibas edilmiş marka ile mal veya hizmet üreten veya satan veya satışa arzeden işçi "bu durumu biliyor ise" kastının varlığı halinde azmettirilen olarak sorumlu tutulacaktır. Ancak bu durumu bilmiyor ise, suç sadece kasten işlenebilen bir suç olduğundan işçinin cezalandırılabilmesi mümkün değildir.

Ancak bu malları satın alan kimselerin bu malların niteliğini bilerek satın almaları halinde eylem tipik olmayacağı için bu kimselerin cezalandırılabilmeleri mümkün değildir. Aralarında iştirak iradesi bulunmadıkça, taklit markalı malı satın alan kimseler "hangi amaçla satın almış olursa olsun" MarKHK'nın 61/A,I hükmü kapsamında sorumlu tutulamaz.

C. İçtima

İçtimâ bakımından değerlendirdiğimizde, markanın iktibas veya iltibas yoluyla taklit edilmesi ve mal veya hizmet üretiminde kullanılması bazı suçlar bakımından "araç suç" niteliğindedir. Bu noktada, taklit marka ile üretilen mal veya hizmetler TCK 157'de düzenlenen dolandırıcılık suçu kapsamında "hileli hareketin" özel bir görünüşü olarak karşımıza çıkabilir.

Failin, imal ettiği korsan marka ile karşısındakini aldatarak (taklidin iğfal kabiliyetini haiz olması gerekmektedir) mal veya hizmet satarak bunun karşılığında kendisine veya bir başkasına haksız çıkar elde etmesi dolandırıcılık suçunu oluşturacaktır. Bu sebeple, kanunda açık bir biçimde bileşik suç ilişkisi düzenlenmediğinden fail gerçek içtima uyarınca hem MarKHK 61/A,I hükmü kapsamında hem de TCK m. 157 kapsamında sorumlu tutulacaktır. Ayrıca, failin, hileli hareketler kapsamında, karşısındaki aldatmak için marka tescil belgesini taklit etmesi ise TCK 204/1 kapsamında resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturacak ve fail ayrıca resmi belgede sahtecilik suçundan da cezalandırılacaktır.

Marka korsanlığı suçunun araç suç olarak işlenebileceği bir diğer suç tipi ise, TCK'nın 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçudur. Fail, gerçekte ihale dokümanında belirtilen kalitede olmadığı halde, markayı (TSE markası veya ticari işletme markası vs.) taklit etmek suretiyle kamu kurumuna taklit markalı ürün teslim eder ise bu halde fail hem markanın izinsiz kullanılması hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamında (TCK 236/2,a) sorumlu tutulacak ve gerçek içtima hükümleri uygulanarak fail her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

VI. Yaptırım

Markanın izinsiz kullanılması suçu bakımından kanun koyucu yaptırım olarak, "bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası" öngörmektedir. Ayrıca tüzel kişiler bakımından da müsadere ve TCK'nın 60. maddesinde düzenlenen "faaliyet izninin iptali" güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. Hapis cezası fiil ile orantılı olmakla birlikte adli para cezası uygulanabilir bir ceza değildir. Her ne kadar somut olay adaletini gerçekleştirmek adına yirmibin günlük adli para cezasının yerinde olduğu iddia edilebilir ise de, bu türden bir sınır fiil ile orantılı bir ceza değildir ve TCK 3/1 hükmü ile çelişmektedir.

Markanın izinsiz kullanılması suçu sebebiyle mahkûmiyete karar verilmesi halinde suça konu eşyanın ve taklit markaların müsaderesi kanunen zorunludur (TCK 54/1). Yine, kast yokluğu veya şikâyetten vazgeçme sebe-

biyle veya başkaca bir sebeple mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi durumunda dahi TCK 54/4 hüküm uyarınca yine müsadereye karar verilmelidir[91]. Failin fiili bakımından bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı sebebiyle beraat kararı verilmesi halinde ise eylem hukuka uygun olacağından, kovuşturmaya konu eşyanın müsaderesine karar verilemez.

Ayrıca MarKHK 61/A,VI hükmüyle, "üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması halinde" fail bakımından cezayı kaldıran etkin pişmanlık söz konusu olacak ve fail cezalandırılmayacaktır. Ancak, dikkat edilmelidir ki, etkin pişmanlık hükmü markayı izinsiz kullanarak mal üreten kişi bakımından uygulanamaz. Kanun koyucu sadece, taklit ürünü satışa arzeden veya satan kişiler bakımından etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasını kabul etmiştir. Bu sebeple, markayı taklit ederek mal veya hizmet üreten fail bakımından etkin pişmanlık hükümleri uygulanamaz.

Kanaatimizce bir kısım failler bakımından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını öngören ve bu yönüyle de aynı haksızlığa farklı hükümler getirmek suretiyle[92] eşitlik ilkesine aykırı olan bir düzenleme yerine, MarKHK 61/A,I hükmünde yer alan bütün suçlar bakımından geçerli olabilecek bir etkin pişmanlık halinin benimsenmesi veya suça konu taklit eşyanın miktarı ve haksızlık boyutu ve nihayet ticari ölçekte olup olmadığı hususları dikkate alınarak hakimin cezayı indirebilmesi ya da tamamen ceza vermekten vazgeçebileceğine ilişkin bir hükme (örneğin, TCK 145, 150/2 vs) yer verilmesi hem orantılılık ilkesine hem de TRIPS'in 61. maddesinde yer alan hükme uygun olacaktır[93].

VII. Soruşturma ve Kovuşturma

MarKHK'nın 61/A,VI hükmü uyarınca, markanın izinsiz kullanılması (marka korsanlığı) suçu, takibi mağdurun şikâyetine bağlı bir suç tipidir. Suçun takibi şikâyete bağlı olması sebebiyle, suçun doğrudan mağduru olan marka hakkı sahibinin faili ve fiili bildiği ya da öğrendiği andan itibaren 6 ay içerisinde şikâyetçi olmaması halinde fiil hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Yine mağdurun şikâyetçi olmasından sonra hüküm

---

91 Meran, Necati, Marka Hakları ve Korunması, Ankara, 2004, s. 289 vd.

92 Kanaatimizce, taklit marka ile mal veya hizmet üretmek ile taklit olduğu bilinen bir mal veya hizmeti sunmak veya satışa arzetmek arasında haksızlık cihetiyle bir farklılık bulunmamaktadır.

93 Ticari ölçekte olmayan taklit markalı ürün satımı konusunda kanunda öngörülen cezanın ölçülüğü olmadığı hususunde benzer gerekçeler için bkz. Albayrak, s. 247

kesinleşmeden şikâyetinden vazgeçmesi halinde de failin cezalandırılabilmesi mümkün değidir.

Suçun takibi şikâyete bağlı olmasıyla, CMK 253/1,a uyarınca uzlaştırmaya tabi olabileceği düşünülse de, MarKHK'nın 61/A,VI hükmüyle bu suç bakımından etkin pişmanlık hükümlerine yer verildiğinden CMK'nın, 253/3 hüküm uyarınca, suç uzlaştırmaya tabi değildir. Yine, markanın izinsiz kullanılması suçunun dolandırıcılık veya ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında işlenmesi halinde de CMK 253/3, ikinci cümle hükmü uyarınca, yine uzlaşma hükümleri uygulanamayacaktır.

Ancak yukarıda yer verildiği üzere, MarKHK'nın 61/A,VII hükmünde yer alan etkin pişmanlık sadece taklit markalı ürünü satan veya satışa arzeden fail bakımında uygulanabileceğinden –uzlaştırmaya tabi olmayan birbaşka suç ile birlikte işlenmemiş olmak kaydıyla- markayı iktibas veya iltibas ederek mal veya hizmet üreten kimse bakımından uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesinin önünde yasal bir engel bulunmamaktadır. Çünkü, MarKHK 61/A,VII'da yer alan etkin pişmanlık hükmü, bütün suç tipi bakımından değil sadece bir kısım fiilleri işleyen failler bakımındandır. Bu yönüyle biz, taklit marka ile mal veya hizmet üreten fail bakımından uzlaştırma hükümlerinin uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Kanaatimizce, MarKHK'nın 61/A hükmünde yer alan bütün suçlar bakımından uzlaştırma hükümlerinin uygulanabileceğine ilişkin açık bir hüküm konulmalıdır. Aksi halde mevcut durum itibariyle söz konusu suç tipi şikâyete bağlı olduğundan, mağdurların çoğu faillerden çok büyük meblağlar talep etmek şartıyla şikâyetten vazgeçebileceklerini beyan ederek gizli uzlaşma yolunu tercih edecektir.

Nitekim uygulamada takibi şikâyete bağlı olan bu suçlar sebebiyle mağdurların, faillerden "işlenen fiilin ticari boyutuyla orantısız" çok yüksek meblağlarda para istemek suretiyle şikâyette vazgeçme yolunu tercih ettikleri ve nihayet bu konuda yaşanan çetin pazarlıkların bazen mahkeme salonlarına kadar yansıdığı ve hatta sıf bu nedenle duruşmalarda hükmün verilmesinin ileriye bırakılmasının talep edildiği ifade edilmektedir[94].

Bu bağlamda inceleme konumuz bakımından hukuk kurallarının amacı, bireylerin kanunların eksikliğinden veya uygulanmasından faydalanmak suretiyle haksız ve gayri meşru olarak niteleyebileceğimiz ve nihayet şikâyetten vazgeçme kurumunun özüne aykırı bir biçimde maddi çıkar elde etmesine imkân sağlamak değil, bu olumsuzluğun önüne geçmek ve hukuk eliyle cereyan eden hukuksuzluğu sona erdirmektir. Bu sebeple fiilen ve

[94] Albayrak, s. 246-247

kanunun sözüne ve ruhuna aykırı olarak gizli bir biçimde ve faili ikinci kez ve daha ağır bir "maddi tehdit" altında tutan bu fiili durumun –suç tipinde yer alan etkin pişmanlık hükmü yerine fiilin haksızlığına göre cezayı kaldıran veya azaltan bir sebep olarak ekleyerek- suçu uzlaştırmaya tabi hale getirmek olmalıdır. Aksi halde, mevcut kanun hükmünde yer alan şikâyete bağlı olma esasasının kötüye kullanıma kapı araladığı açıktır.

MarKHK'nın 71. maddesi uyarınca, ihtisas mahkemesi olarak kurulan Fikri ve Sınaî Haklar Ceza Mahkemesi markanın izinsiz kullanılması suçlarına bakmakla görevli ve yetkilidir. İhtisas Mahkemeleri'nin bulunmadığı yerlerde ise MarKHK'nın 71/1 hükmü uyarınca Asliye Ceza Mahkemeleri bu suçlara bakmakla görevlidir.

Sonuç ve Değerlendirme

Marka ve marka üzerindeki hak, marka hakkı sahibine tekel niteliğinde bir kısım hak ve ayrıcalıklar sağlamasının yanında, bir işletmenin mevcut müşterileri açısından da güvence niteliğindedir. Ayrıca bir işletmenin güçlü bir markaya sahip olması şirketin ticari geleceği (marka değeri) ve pazardaki rekabet gücü açısından önemli bir teminat niteliğindedir. Bu teminat bazen öyle bir boyuta ulaşmaktadır ki, işletmenin markası ve imajı, işletmenin bütün görünen malvarlığından çok daha değerli hale gelmektedir. Bu yönüyle marka hakkı sahibinin menfaatlerinin hukuken korunması gerekmektedir. MarKHK'nın 61/A,I hükmüyle marka hakkı sahibinin menfaatlerinin yanında, bireylerin markaya duyduğu güven ve rekabet ortamı korunmaktadır.

Türkiye'nin hali hazırda taraf olduğu TRIPS Anlaşması'nın 61. maddesinde yer alan yükümlülüğünün bir sonucu olarak MarKHK'nın 61. maddesi kapsamında marka hakkına ilişkin tecavüzler kriminal suç tipi olarak ihdas edilmiştir.

Ancak gerçekte özü itibariyle hukuki uyuşmazlık niteliğinde olan "haksız rekabet" ve "markaya tecavüz sayılan fiillerin" ceza hukukunun konusu yapılması bu eylemleri tek başına önleyecek bir hukuki argüman değildir.

Fikri mülkiyet haklarının korunması bakımından Türk kanun koyucusu tarafından öngörülen koruma metodu ile Kara Avrupa'sı ülkeleri tarafından öngörülen koruma metodu arasında farklılıklar bulunmaktadır. İstatistiksel açıdan bakıldığında Türk Hukuku'nda fikri mülkiyet haklarının çoğunlukla ceza hukuku normları ile korunduğu görülmektedir

TRIPS'in 61. maddesi marka hakkına yönelik olarak gerçekleştirilen kasti (wilful- intentional) eylemlerin dahi ancak "ticari ölçeğe" ulaştığında suç sayılmasını ve ceza yargılamasın tabi tutulmasını gerektirmektedir. Kasten

gerçekleştirilmiş olsa da herhangi bir *ticari ölçeğe ulaşmayan* markaya yönelik tecavüzlerin suç sayılması ve ceza yaptırımı ile karşılanması TRIPS'in 61. maddesinin özüne ve hükmün konuluş amacına (ratio legis) aykırıdır.

MarKHK'nın 61/A-V hükmü "tescilli bir marka"yı koruyan hüküm olduğundan, markanın tescili hükümsüz ise, "hükümsüzlüğüne mahkemece karar verilmemiş olsa dahi" Fikri ve Sınaî Haklar Ceza Mahkemesi (FSCM) 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.

Markanın, Türkiye'de tescilli bir marka olma zorunluluğu markanın izinsiz kullanılması suçunun unsurudur (suçun maddi konusudur). Eğer marka Türkiye'de tescilli değil ise, -tanınmış marka olsa dahi- failin iktibas veya iltibas niteliğindeki eylemin suç sayılamaz. Çünkü marka Türkiye'de tescilli değil ise, suçun maddi konusu da bulunmayacaktır. Konusuz suçtan söz edilemeyeceği için, failin eylemi bakımından tipiklik gerçekleşmemiş olur ve fail cezalandırılamaz. Tescil edilmemiş markalar bakımından iktibas ve iltibas eylemleri, ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 55 ve 62. maddeleri kapsamında, "haksız rekabet suçu" içerisinde ele alınabilecektir. Kanaatimizce bu yakın ilişki sebebiyle Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan haksız rekabet suçuna ilişkin yargılamaların da Fikri ve Sınaî Haklar Ceza Mahkemeleri'nin görevi kapsamına alınması gerekmektedir.

Kanun koyucu sadece, taklit ürünü satışa arzeden veya satan kişiler bakımından etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasını kabul etmiştir. Bu sebeple, markayı taklit ederek mal veya hizmet üreten fail bakımından etkin pişmanlık hükümleri uygulanamaz. Kanaatimizce bir kısım failler bakımından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını öngören ve bu yönüyle de aynı haksızlığa farklı hükümler getirmek suretiyle eşitlik ilkesine aykırı olan bir düzenleme yerine, MarKHK 61/A,I hükmünde yer alan bütün suçlar bakımından geçerli olabilecek bir etkin pişmanlık halinin benimsenmesi veya suça konu taklit eşyanın miktarı ve haksızlık boyutu ve nihayet ticari ölçekte olup olmadığı hususları dikkate alınarak hakimin cezayı indirebilmesi ya da tamamen ceza vermekten vazgeçebileceğine ilişkin bir hükme (örneğin, TCK 145, 150/2 vs) yer verilmesi hem orantılılık ilkesine hem de TRIPS'in 61. maddesinde yer alan kurala uygun olacaktır

MarKHK'nın 61/A hükmünde yer alan bütün suçlar bakımından uzlaştırma hükümlerinin uygulanabileceğine ilişkin açık bir hüküm konulmalıdır. Aksi halde mevcut durum itibariyle söz konusu suç tipi şikâyete bağlı

olduğundan, mağdurların çoğu faillerden çok büyük meblağlar talep etmek şartıyla şikâyetten vazgeçebileceklerini beyan ederek gizli uzlaşma yolunu tercih edecektir.

Uygulamada takibi şikâyete bağlı olan bu suçlar sebebiyle mağdurların, faillerden "işlenen fiilin ticari boyutuyla orantısız" çok yüksek meblağlarda para istemek suretiyle şikâyette vazgeçme yolunu tercih ettikleri ve nihayet bu konuda yaşanan çetin pazarlıkların bazen mahkeme salonlarına kadar yansıdığı ve hatta sırf bu nedenle duruşmaların ileri bir tarihe bırakılmasının dahi talep edilebildiği bir kötüye kullanım ile karşı karşıyayız. Bu sebeple fiilen ve kanunun sözüne ve ruhuna aykırı bir biçimde faili ikinci kez ve daha ağır ceza tehdidi altında tutan ve uzlaşma hükümlerinin ve şikayetten vazgeçme kurumunun etrafının dolanılmasına neden olan bu durum, kanun hükmü kapsamında, -suç tipinde yer alan etkin pişmanlık hükmü yerine fiilin haksızlığına göre cezayı kaldıran veya azaltan bir sebep olarak- ekleyerek söz konusu suçu uzlaştırmaya tabi hale getirecek bir değişiklik yapılması zorunludur.

Kaynakça

- Akünal, Teoman: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1988
- Albayrak, Mustafa, Marka Hakları İhlallerinin Ceza Normları İle Korunması "Mahkeme Koridorlarındaki Pazarlık", Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), S. 3, Nisan 2005
- Alıca, Türkay, "Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Ceza Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar", Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, TOBB Yayını, Ankara, 2005
- Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2004
- Arkan, Marka Hukuku, C. I, Ankara, 1997
- Arıkan, Serdar, "Fikri Hakların Etkin Korunması Alanındaki Mevcut Eksiklikler Çözüm Önerileri ve Türkiye'deki Durum", Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, TOBB Yayını, Ankara, 2005
- Arseven, Haydar, Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul, 1951
- Arslan Düzgün, Ülgen, Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat, Ankara, 2010
- Artuk, M. Emin/ Gökcen Ahmet/ Yenidünya, A. Caner, Genel Hükümler, Ankara, 2009
- Aydın, Hüseyin, "Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008

- Bilgili, Fatih, Marka Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 2006
- Camcı, Ömer, Marka Davaları, İstanbul, 1999
- Cengiz, Dilek, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul, 1995
- Centel, Nur/Zafer Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Baskı, İstanbul, 2008
- Çağlar, Hayrettin, "556 Sayılı KHK'de 28.01.2009 Tarihinde Yapılan Değişiklikler" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, Y. 2007
- Çiftçi, Şahin, Marka Hakkının Ceza Normları İle Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2001
- Cornush, William/ Llewelyn, David: Intellectual Property: Patents, Trade Marks and Allied Rights, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2003
- Donay, Suheyl/ Erman, Sahir, Sınaî Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar, İstanbul, 1973
- Dönmez, İrfan, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara, 1997
- Dönmezer, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 2003
- Erdem, Bahadır, "Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk", 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005
- Güneş, İlhami, "Fikri Mülkiyet Hukukunda Cezai Korumanın Gerekçesi", Terazi Hukuk Dergisi, Y.1, S. 4, Aralık 2006
- Goutal, Jean Luis: "Criminal Enforcement Againist Trade Mark Infringement: French Approach", Eposcript, Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation, A Series of Publications From the European Patent Office, Vol. 6
- Güvel Alper, "Fikri Mülkiyet Haklarının Ekonomik Analizi", Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, TOBB Yayını, Ankara, 2005
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008
- Karaahmet, Erdoğan/Yalçıner G. Uğur, Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları, Ankara, 1999
- Karan, Hakan/Kılıç, Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004
- Keskin, Serap, Patent ve Markanın Ceza Normları İle Korunması, Ankara, 2003
- Kocasoy, Banu Aliye, Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararalrın tazimni, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006

- Meran, Necati, Marka Hakları ve Korunması, Ankara, 2004
- Metin, Yüksel, Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara, 2002
- Mıaoulis, George/D'amato, Nancy, "Consumer Confusion & Tarademark Infringement", Journal of Marketing, Vol. 42. N.2, April, 1978
- Noyan, Erdal, Marka Hukuku, Ankara, 2004
- Odman Boztosun, Ayşe, "Fikri Mülkiyet ve Küresel Rekabet", TÜSİAD-Sabancı Üniversitesi Rekabet Forumu, Kasım 2007, İstanbul
- Oytaç, Kutlu, Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Markalara Hukuku, İstanbul, 1999
- Oytaç, Kutlu, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku Endüstriyel Tasarımlar İçerikli, Genişletilmiş İkinci Baskı, İstanbul, 2002
- Özen, Mustafa, "Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), C.9, S. 2009/2
- Özbek, Veli Özer,"Ticari Ceza Hukukuna Hâkim Olan Ceza Hukuku İlkeleri ve Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Yapılan Değişikliklerin Söz Konusu İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y. 4, S. 9, Nisan 2009
- Özbek, Veli Özer/ Kanbur, M. Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010
- Özgenç, İzzet, "Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk", Ünal Tekinalp'e Armağan, C.III, İstanbul, 2003
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006
- Poroy, Reha, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1973
- Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, 2005
- Yasaman, Hamdi, Marka Hukuku, İstanbul, 2004
- Yasaman, Hamdi, "Marka Olabilecek İşaretler", 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005
- Yurtsever, Şaziye, Patentin Hukuki Korunması ve İlgili Mevzuat, Ankara, 1999