

**DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI  
KAMU HUKUKU PROGRAMI  
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**MARKA HAKKININ İHLALİNDEN DOĞAN CEZAI  
SORUMLULUK**

**İsa BAŞBÜYÜK**

**Danışman  
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK**

**2011**

**YÜKSEK LİSANS**  
**TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI**

2009800256

**Üniversite** : Dokuz Eylül Üniversitesi  
**Enstitü** : Sosyal Bilimler Enstitüsü  
**Adı ve Soyadı** : İsa BAŞBÜYÜK  
**Tez Başlığı** : Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk

**Savunma Tarihi** : 28.07.2011  
**Danışmanı** : Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK

**JÜRİ ÜYELERİ**

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Yrd.Doç.Dr.Behiye EKER KAZANCI	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Sevilay UZUNALLI	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği

Oy Çokluğu

İsa BAŞBÜYÜK tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk" başlıklı Tezi ( ) / Projesi ( ) kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU  
Enstitü Müdürü

## YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Marka Hakkının İhlalinden Dođan Cezai Sorumluluk**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı dűşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden olduğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

21/07/2011

İsa BAŞBÜYÜK

**ÖZET**  
**Yüksek Lisans Tezi**  
**MARKA HAKKININ İHLALİNDEN DOĞAN CEZAI SORUMLULUK**  
**İsa BAŞBÜYÜK**

**Dokuz Eylül Üniversitesi**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü**  
**Kamu Hukuku Anabilim Dalı**  
**Kamu Hukuku Programı**

Ticari hayatın vazgeçilmez bir unsuru haline gelen markanın, gerek hukuki gerekse de cezai açıdan korunması her geçen gün önem arz etmeye devam etmektedir. Bizde çalışmamızda, marka hakkına sağlanan ceza hukuku korumasını, diğer bir ifadeyle marka suçlarını ele almaya çalıştık.

İncelemiş olduğumuz marka suçları 5833 sayılı Kanunla değişik Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.61/A'da üç ayrı şekilde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında marka hakkına tecavüz suçu düzenlenmiştir. Marka hakkına tecavüz suçunda, taklit veya bezer markalı malların üretimi, satışa arzı ve satılması cezai yaptırıma bağlanmıştır. İkinci fıkrada ise marka koruması işaretini kaldırma suçu düzenlenmiştir. Buna göre, bir markanın tescilli olduğunu gösteren ® işaretinin, eşya veya ambalaj üzerinde kaldırılması suç haline getirilmiştir. Nihayet aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu düzenlenmiştir. Bu suçta da, başkasına ait bir marka hakkı üzerinde, satmak, devretmek, lisans vermek ve rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kimsenin fiili cezalandırılmıştır.

Marka suçlarına yönelik mevcut düzenlemeler, bir takım ceza hukuku problemlerini de bünyesinde barındırmaktadır. Çalışmamızda, bu problemlere de deyinmeye çalıştık. Nihayet yeri geldikçe, henüz tasarı halinde olan Markalar Kanunu Tasarısındaki suçlara da belli ölçüde yer verdik.

**Anahtar Kelimeler:** Marka, Marka Suçları, Taklit Marka

**ABSTRACT**  
**Master Thesis**  
**CRIMINAL LIABILITY FOR TRADEMARK RIGHTS INFRINGEMENT**  
**İsa BAŞBÜYÜK**

**Dokuz Eylül University**  
**Graduate School of Social Sciences**  
**Department of Public Law**  
**Public Law Program**

Protection of trademark, which is an indispensable element of economic life, by means of criminal and civil law is increasing its importance. The purpose of this work is to introduce the criminal law regulations on protection of trademark by criminal law in other words trademark crimes.

Trademark crimes are regulated under three titles in Decree Law on Protection of Trademark art. 61/A which was amended by law no. 5833. First paragraph of the article regulates the crime violation of trademark right. Under the crime violation of trademark right production and exposition of fake branded goods are punished. Under article two unauthorized withdrawal of trademark protection sign is regulated as crime. According to this the withdrawal of the sign ® which demonstrates that the trademark is registered is punishable. Finally the third crime is the unauthorized disposition on trademark right which punishes illegal transactions on trademark right. Under this crime selling, assigning, licensing and pledging a trademark which belongs to another person is punishable.

Trademark crimes include also some problems related to criminal law. In this work these problems are also discussed. Finally the regulations in Draft Code on Trademark are also mentioned.

**Key Words:** Trademark, Trademark Crime, Trademark Counterfeit

## İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI .....	ii
YEMİN METNİ .....	iii
ÖZET .....	iv
ABSTRACT .....	v
İÇİNDEKİLER .....	vi
KISALTMALAR .....	xii
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### MARKA ve MARKA SUÇLARI HAKKINDA

#### GENEL BİLGİLER

§ 1. MARKAYA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER .....	4
I-MARKANIN TANIMI, UNSURLARI VE BENZER İŞARETLERDEN FARKI .....	4
A- Markanın Tanımı .....	4
B- Markanın Unsurları .....	6
1. Genel Açıklamalar .....	6
2. İşaretin Varlığı .....	7
a. Genel Açıklamalar.....	7
b. Marka Olarak Kullanılabilecek İşaretler .....	8
c. Marka Olarak Kullanılmayacak İşaretler .....	12
3. İşaretin Ayırt Edici Olması .....	14
C- Diğer Ayırt Edici İşaretlerden Farkı .....	16
1. Genel Açıklamalar .....	16
2. Coğrafi İşaretler .....	17
3. Ticaret Unvanı.....	18

4. İşletme Adı .....	18
II- MARKA TÜRLERİ .....	19
III- MARKANIN İŞLEVLERİ .....	21
A- Genel Açıklamalar .....	21
B- Ayırt Etme İşlevi .....	22
C- Kaynak Gösterme İşlevi .....	22
D- Reklam İşlevi .....	23
E- Garanti İşlevi .....	24
IV- MARKAYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER .....	24
A- Türk Hukukunda Marka Düzenlemeleri .....	24
B- Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Düzenlemeler .....	26
V- MARKA ÜZERİNDEKİ HAKKIN HUKUKİ NİTELİĞİ .....	27
VI- MARKA HAKKININ KAZANILMASI .....	30
VII- MARKANIN TESCİLİ ve TESCİLİN SONUÇLARI .....	31
VIII- MARKA HAKKININ KORUNMASI .....	33
IX- MARKA HAKKININ SONA ERMESİ .....	36
§ 2. MARKA SUÇLARINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER .....	36
I- GENEL AÇIKLAMALAR .....	36
II- MARKA SUÇU KAVRAMI ve MARKA SUÇLARININ NİTELİĞİ .....	38
III- MARKA SUÇLARININ DÜZENLENME ŞEKLİ .....	39
VI- MARKA SUÇLARINA YÖNELİK DÜZENLEMELER .....	40
A- 556 Sayılı KHK'dan Önceki Döneme İlişkin Düzenlemeler .....	40
B- 556 Sayılı KHK Dönemine İlişkin Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Uğradığı Değişiklikler .....	41
1. 4128 sayılı Kanunla Düzenleme .....	41
2. 5194 sayılı Kanunla Düzenleme .....	42
3. 5388 Sayılı Kanunla Düzenleme .....	45
C. Markalar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemeler .....	47
V- MARKA SUÇLARINA YÖNELİK MEVCUT DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	52
A- Genel Açıklamalar .....	52
B- Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu Karşısında Marka Suçları .....	53

C- Anayasa'nın 38. Maddesi İle Ceza Hukukunda Son Çare İlkesi Karşısında Marka Suçları .....	57
D- Ticari Ceza Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Karşısında Marka Suçları .....	59
1. Genel Açıklamalar .....	59
2. Ekonomik Cezalara Yer Verilmeli ve Yaptırımlar Seçimlik Olarak Düzenlenmelidir .....	60
3. Suçlar Tehlike Suçu Şeklinde Düzenlenmelidir .....	61
4. Geçici Normlarla Düzenleme Yapılmalıdır .....	63
5. Tüzel Kişiler İçin Güvenlik Tedbirine Başvurulmalıdır .....	63
6. Yalnızca Kasıtlı Davranışlar Cezalandırılmalıdır .....	64
7. Şikâyet Şartı Aranmalıdır .....	64
8. TCK'nın Genel Kanun Olma Özelliği Korunmalıdır .....	65

## İKİNCİ BÖLÜM

### 556 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMEDE DÜZENLENEN MARKA SUÇLARI

§1- HUKUKİ DÜZENLEME .....	66
§ 2- MARKA SUÇLARIYLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER .....	67
§3- MARKA SUÇLARINDA TİPİKLİK .....	69
I- GENEL AÇIKLAMALAR .....	69
II- TİPİKLİĞİN OBJEKTİF NİTELİKTEKİ (MADDİ) UNSURLARI .....	70
A- Fail .....	70
B- Mağdur .....	72
C- Konu .....	74
D- Fiil .....	79
1. Marka Hakkına Tecavüz Suçu (KHK m.61/A, f.1) .....	79
a. Genel Açıklamalar .....	79
c. İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz .....	80
aa. Genel Açıklamalar .....	80
bb. İktibas Suretiyle Tecavüz .....	82
aaa. İktibas Kavramı .....	82



bbb. İktibasın Kapsamı .....	83
ccc. İktibasın Tespiti .....	86
cc. İltibas Suretiyle Tecavüz .....	89
aaa. İltibas Kavramı .....	89
bbb. İltibasın Kapsamı .....	90
aaaa. Genel Açıklamalar .....	90
bbbb. Doktrindeki Görüşler .....	92
cccc. Yargıtay'ın Görüşü .....	93
dddd. Görüşümüz .....	94
ddd. İltibasın Tespiti.....	96
cc. Aynı ve Benzer Nitelikteki Mal veya Hizmet Kavramları.....	101
aaa. Genel Açıklamalar .....	101
bbb. Hukuki Düzenleme .....	102
ccc. Doktrindeki Görüşler .....	104
ddd. Yargıtay'ın Görüşü .....	105
eee. Görüşümüz.....	106
dd. Haksız Kullanım Şekilleri.....	108
d. Mal veya Hizmet Üretmek, Satışa Arz Etmek veya Satmak .....	111
aa. Genel Açıklamalar .....	111
bb. Üretmek.....	111
cc. Satışa Arz Etmek .....	112
dd. Satmak.....	113
2. Marka Koruması İşaretini Kaldırma Suçu (KHK m.61/A, f.2).....	116
a. Genel Açıklamalar.....	116
b. Marka Koruması İşareti.....	117
c. İşaretin Eşya veya Ambalaj Üzerinde Kullanılması.....	120
d. İşaretin Kaldırılması.....	122
3. Marka Hakkı Üzerinde Yetkisiz Tasarruf Suçu (KHK m.61/A, f.3) .....	123
a. Genel Açıklamalar.....	123
b. Marka Hakkının Başkasına Ait Olması.....	125
d. Marka Hakkı Üzerinde Tasarrufta Bulunmak.....	126
aa. Genel Açıklamalar .....	126

bb. Satmak.....	127
cc. Devretmek .....	129
dd. Kiralamak.....	132
ee. Rehnetmek.....	137
III- TİPİKLİĞİN SUBJEKTİF NİTELİKTEKİ (MANEVİ) UNSURLARI .....	138
A- Genel Açıklamalar .....	138
B- Kast .....	139
C- Taksir .....	144
§ 4- MARKA SUÇLARINDA HUKUKA AYKIRILIK UNSURU .....	148
I- GENEL AÇIKLAMALAR .....	148
II- TCK'DAKİ HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNİN MARKA SUÇLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	150
A. Genel Açıklamalar.....	150
B. İlgilinin Rızası .....	151
C. Kanun Hükmünü İcra .....	153
D. Hakkın Kullanılması .....	153
III- KHK'DA KORUMANIN SINIRINI OLUŞTURAN HALLERİN MARKA SUÇLARINDA HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	154
A. Genel Açıklamalar.....	154
B. Marka Hakkı Korumasının Sınırlıları Kapsamında Marka Suçlarında Hukuka Aykırılığı Kaldıran Bir Hal Olarak: Markanın Dürüst Kullanımı .....	155
1. Anlamı.....	155
2. Markanın Dürüst Kullanılmasının Marka Suçları Bakımından Değerlendirilmesi.....	156
3. Marka Hakkına Tecavüz Suçunda Markanın Dürüst Kullanımı.....	157
C. Marka Hakkı Korumasının Sınırını Oluşturmakla Birlikte Marka Suçlarında Hukuka Aykırılığı Kaldırmayan Haller .....	160
1. Marka Hakkının Tükenmesi.....	160
a. Anlamı .....	160
b. Marka Suçları Bakımından Değerlendirilmesi.....	162
2. Markanın Başvuru Eserinde Yer Alması .....	163

a. Anlamı .....	163
b. Marka Suçları Bakımından Değerlendirilmesi.....	164
3. Kullanma İle Ayırt Edicilik Kazanma.....	165
a. Anlamı .....	165
b. Marka Suçları Bakımından Değerlendirilmesi.....	166
§5- MARKA SUÇLARINDA KUSURLULUK UNSURU .....	167
I- GENEL AÇIKLAMALAR .....	167
II- EMRİN İFASI.....	169
III- HAKSIZ TAHRİK.....	169
IV- HATA .....	170
§ 6- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ .....	172
I- TEŞEBBÜS .....	172
II- İŞTİRAK .....	177
III- İÇTİMA .....	179
A. Genel Açıklamalar.....	179
B. Gerçek İçtima .....	180
C. Zincirleme Suç .....	181
D. Fikri İçtima.....	182
E. Görünüşte İçtima .....	184
§ 7- ETKİN PİŞMANLIK.....	185
§ 8- MUHAKEME .....	189
I- ŞİKÂYET .....	189
II- UZLAŞMA .....	193
III- KORUMA TEDBİRLERİ .....	194
IV- KAMU DAVASININ AÇILMASI .....	197
V- GÖREVLİ MAHKEME .....	197
§ 9- YAPTIRIM .....	198
SONUÇ .....	201
KAYNAKÇA.....	209

## KISALTMALAR

<b>AB</b>	:Avrupa Birliği
<b>AÜHFD</b>	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>BATİDER</b>	:Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>bkz</b>	:Bakınız
<b>C</b>	:Cilt
<b>CD</b>	:Ceza Dairesi
<b>CGK</b>	:Ceza Genel Kurulu
<b>CHD</b>	:Ceza Hukuku Dergisi
<b>CMK</b>	:Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>DEÜHFD</b>	:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>dn</b>	:Dipnot
<b>E</b>	:Esas
<b>f</b>	:Fıkra
<b>FMR</b>	:Fikri Mülkiyet Ve Rekabet Hukuku Dergisi
<b>HD</b>	:Hukuk Dairesi
<b>in</b>	:İçinde
<b>K</b>	:Karar
<b>KHK</b>	:Kanun Hükmünde Kararname
<b>m</b>	:Madde
<b>RG</b>	:Resmi Gazete
<b>S</b>	:Sayı
<b>SÜHFD</b>	:Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>TBMM</b>	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>TCK</b>	:Türk Ceza Kanunu
<b>TD</b>	:Ticaret Dairesi
<b>TPE</b>	:Türk Patent Enstitüsü
<b>TRIPS</b>	:Trade Related Intellectual Property
<b>vd</b>	:Ve Devamı
<b>Y</b>	:Yıl

## GİRİŞ

Günümüzde ticari yaşama egemen olan şey, rekabettir. Rekabetin önemli araçlarından biri de markadır. Şöyle ki, işletmelerin mal ve hizmetlerini, diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan markanın yerine getirdiği bir takım işlevler, rekabette ekin bir rol oynamakta; bu nedenle de, işletmeler rekabet yarışı içinde kendi mal veya hizmetlerini tanıtmak ve alıcıların gözünde belli bir yer kazanmak için marka seçmek zorunda kalmaktadır.

Elbette ki, ekonomik kaygılar rekabetin normal bir şekilde işlemesine mani olmakta, suiistimaller ortaya çıkmaktadır. İşte haksız rekabet olarak adlandırılan bu durumun, rekabetin bir ayağını oluşturan markalarda da görülmesi, markanın sağladığı hakların korunmasını gündeme getirmektedir. Aksi halde ayırt edicilik ve buna bağlı diğer işlevlerini yitiren markanın varlık sebebinin ortadan kalkması ve marka bir rekabet aracı olmaktan çıkması tehlikesiyle karşılaşılabılır. O halde, rekabet esasına dayanan ticari yaşamda, mal ve hizmetlerin ayırt edilmesinde önemli bir rol üstlenen markanın, haksız kullanımlara karşı, hem hukuki hem de cezai açıdan korunması şarttır. İşte çalışmanın temel amacı da, marka korumasının ceza hukuku boyutunun ele alınmasıdır.

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde marka ve marka suçları hakkında genel bilgilere yer verilecektir. İkinci bölümde ise, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 5833 sayılı Kanunla değişik 61/A maddesinde düzenlenen marka suçları incelenecektir.

Çalışmanın ilk bölümünde marka suçlarının konusunu oluşturan “marka” ile ilgili temel kavramlar ele alınacaktır. Bu çerçevede markanın tanımı, unsurları ve benzer işaretlerden farkı, marka üzerindeki hakkın hukuki niteliği, marka korumasının dayanağını oluşturan markanın işlevlerine ilişkin genel açıklamalara yer verilecektir. Nitekim, marka suçlarının anlaşılabilmesi için, marka hukuku ile ilgili temel kavramların bilinmesi gerekmektedir.

Yine ilk bölümde, marka suçlarına ilişkin olarak, marka suçu kavramı, marka suçlarının niteliği ve düzenlenme şekli üzerinde durulduktan sonra, marka suçlarını yönelik düzenlemeler, ceza hukuku ve ticari ceza hukukuna hâkim olan ilkeler çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu nokta da marka suçları bakımından önem arz etmektedir. Çünkü marka suçlarının niteliği, bu suçlara yönelik düzenlemeler yapılırken, hangi ilke ve yöntemlerim benimsenmesi gerektiği noktasında kendisini göstermektedir.

İkinci bölümde ise, marka suçları ele alınacaktır. Bilindiği üzere, hukukumuzda, marka üzerindeki hakka karşı işlenen fiiller, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin, 5833 sayılı Kanunla değiştirilen 61/A maddesi ile ceza hukuku koruması altına alınmıştır. KHK m.61/A'da üç ayrı suç tipine yer verilmiştir. Bunlar, marka hakkına tecavüz suçu, marka koruması işaretini kaldırma suçu ve marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçudur. KHK m.61/A'da yer verilen suçları, fiil unsuru dışında, diğer unsurlar bakımından farklılık göstermemektedir. Bu nedenle tekrar düşmemek için, çalışmamızda marka suçlarını, ortak başlık altında incelemeyi tercih ettik.

Suçun unsurlarının sınıflandırılması konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Biz, kusurluluğun, davranışın kınanabilirliği noktasında önem arz ettiğini belirten ve bu noktadan hareketle, haksızlığın işleniş şekillerinden olan kast ve taksirin ise, suçun tipiklik unsurunun sübjektif (manevi) yönünü oluşturduğunu açıklayan görüşe göre sistematiğimizi belirlemeyi uygun gördük. Buna göre, marka suçları, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklinde ayrıma tabi tutarak incelenecektir. Marka suçları, unsurları yönünden incelendikten sonra, suçun özel görünüş şekilleri de çalışmada ele alınacaktır. Nihayet sonrasında da, marka suçlarının muhakemesine yer verilecektir.

Son olarak şunu belirtmek isteriz: Bilindiği üzere KHK'nın yerine çıkarılmak üzere, Markalar Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır. Bu tasarıda da, marka hakkına yönelik hukuki ve cezai koruma öngörülmektedir. Çalışmamız da tasarıya da yer verilmiştir. İlk bölümde tasarıdaki marka suçlarına yönelik düzenlemelerin, kabaca

ne olduğu ortaya konulmuş, ikinci bölümde de yeri geldiği ölçüde Tasarıdaki düzenlemelerin özellik gösterdiği durumlar ele alınmıştır.

**BİRİNCİ BÖLÜM**  
**MARKA ve MARKA SUÇLARI HAKKINDA**  
**GENEL BİLGİLER**

**§ 1. MARKAYA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER**

**I-MARKANIN TANIMI, UNSURLARI VE BENZER İŞARETLERDEN FARKI**

**A- Markanın Tanımı**

Türk Hukukunda, markaların korunmasına ilişkin temel düzenleme olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de, markanın açık bir tanımına yer verilmeyerek, “Markanın İçereceği İşaretler” başlığı altında, KHK m.5’te markanın dolaylı yoldan tanımlanması yoluna gidilmiştir. Hükme 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.”* Görüldüğü üzere, KHK m.5, marka oluşturabilecek işaretleri düzenlerken, diğer taraftan da dolaylı yoldan markanın tanımını yapmaktadır. Bu düzenleme ile markanın sınırlayıcı bir şekilde tanımının yapılmasından kaçınılarak, genel itibariyle markanın kapsayacağı işaretlerin çerçevesi geniş tutulmuş ve bu şekilde de yeni marka türleri oluşturulması olanağının KHK kapsamı dışında kalmasının önüne geçilmiştir.

Her ne kadar KHK’da markanın açık bir tanımına yer verilmemiş olsa da, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin<sup>1</sup> “Tanımlar” başlığını taşıyan 4. maddesinde marka, *“Bir işletmenin imalâtını ve/veya ticaretini yaptığı malları ve/veya sunduğu*

---

<sup>1</sup> RG. 09.04.2005, S.25781



*hizmetleri, başka işletmelerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ticaret ve/veya hizmet markası olarak da nitelendirilebilen işaret.*” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, 1/681 esas numaralı Markalar Kanunu Tasarısının “Tanımlar” başlığını taşıyan 2. maddesinde “*Bir teşebbüsün üretimini ya da ticaretini yaptığı malları ya da sunduğu hizmetleri, bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretler.*” şeklinde markanın doğrudan tanımlanması yoluna gidilmiştir<sup>2</sup>.

551 sayılı Markalar Kanunu’nun birinci maddesinde markanın tanımına ilişkin olarak “*Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda imal izhar istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi emtiayı başkalarınınkinden ayırt etmek için bu emtia ve ambalajı üzerine konulan, emtia üzerine konulmadığı takdirde ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler marka sayılır.*” düzenlemesine yer verilmekteydi. Şu halde, 556 sayılı KHK’da yer verilen düzenlemeler dikkate alındığında, marka konusunda iki önemli yeniliğe gidildiği söylenebilir. Öncelikle KHK’ya göre, bir işletmenin hizmetlerini başka bir işletmenin hizmetlerinden ayıran işaretler de marka kapsamına alınmıştır. Bunun dışındaki bir diğer yenilik ise, markaların kullanılacağı yer konusunda koşul öngörmekten vazgeçilmiştir. Nitekim 551 sayılı Markalar Kanunu’nda “*emtia ve ambalajı üzerine konulan, emtia üzerine konulmadığı takdirde ambalajlarına konan*” ibaresine yer verilmekteydi. 556 sayılı KHK’da ise artık markanın kullanım yerine ilişkin bir sınırlama öngörülmeyerek, markanın iş evrakı ve reklamlarda kullanılabilir olması da yeterli görülmüştür<sup>3</sup>.

Tüm bu açıklamalardan sonra, markanın tanımı şu şekilde yapılabilir: Marka, bir işletmenin mal veya hizmetlerini, bir başka işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmek için kullanılan işaretlerin tümünü ifade eder<sup>4</sup>. Tanımdaki temel nokta,

---

<sup>2</sup> Tasarı için bkz., [www2.tbmm.gov.tr](http://www2.tbmm.gov.tr).

<sup>3</sup> **Arkan**, Marka Hukuku, C:I, Ankara 1997, s.36.

<sup>4</sup> Markanın çeşitli tanımları için bkz. **Yasaman**, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, C:I, İstanbul 2004, s.6; **Karahan**, Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, Ankara 2007, s.159; **Tekinalp**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004, s.339; **Kaya**, Arslan, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s.13; **Arkan**, Marka Hukuku, C:I, s.35; **Arkan**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2005, s.263; **Tekil**, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997, s.251; **Hirsch**, Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri, 3.

marka olarak seçilen işaretin, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edici fonksiyon üstlenmesidir. İşte bir işareti marka kılan husus da bu noktada kendini göstermektedir.

Doktrinde *Arkan*, markanın KHK m.5'te belirtildiğinin aksine “teşebbüs”lerin değil, yönetmelikte belirtildiği gibi “işletme”lerin mal veya hizmetlerini ayırt etmeye yarayan işaretler olduğu belirtmektedir<sup>5</sup>. Buna karşılık, “teşebbüs” kavramının markanın tanımında belirleyici unsur olmaması ve bu kavramın “işletme” kavramını da içine alan daha geniş anlama sahip olması nedeniyle teşebbüs kavramının kullanılmasının daha uygun olacağı da karşı görüş olarak ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Biz markayı açıklarken, “işletme” kavramını kullanmayı yerinde buluyoruz.

## **B- Markanın Unsurları**

### **1. Genel Açıklamalar**

Bir işletmenin mal veya hizmetlerini bir başka işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmek için kullanılan işareti ifade eden marka, tanımından da anlaşılacağı üzere, bünyesinde iki temel unsuru barındırmaktadır: Bunlardan ilki, görüntülenmek veya başka şekilde ifade edilmek suretiyle markanın algılanabilmesini sağlayacak bir işaretin varlığı; ikincisi ise bu işaretin ayırt edici niteliğe sahip olmasıdır.

---

Bası, İstanbul 1948, s. 153; **Öçal**, Akar, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara 1967, s.7; **Uzunallı**, Sevilay, Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu, Çağa Hukuk Ödülü, 2007, İstanbul 2008, s. 78.

<sup>5</sup> **Arkan**, Marka Hukuku, C:I, s.35.

<sup>6</sup> **Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Hukuku, Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968, s.156; **Kaya**, s.15; Ayrıca, KHK'da marka tescili için bir işletmenin varlığının şart koşulmadığı, bu sebeple markanın tanımında bir işletmenin mevcudiyetinin tanım unsuru niteliğini haiz olmadığı, “teşebbüs”ten tanım ögesi olarak değil, ayırt etme unsuru ile ilgili bir tarzda söz edildiği, kanun koyucunun marka sahibi olabilecek kişilerin çevresini genişletmek için teşebbüs sözcüğünü bilerek kullandığı hususunda bkz. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 346.

## 2. İşaretin Varlığı

### a. Genel Açıklamalar

İşaret kelime anlamıyla “*anlam yükletilen şey, anlamlı iz, im*”, “*belirti, gösterge, alamet*” olarak ifade edilmektedir<sup>7</sup>. Şu halde işaret kelimesi yalnızca bir simgeyi, bir şekli ifade etmekten ziyade<sup>8</sup>; yazı, şekil, sayı, ses, koku, resim vb. niteliğindeki her türlü belirtiyi ifade eder.

KHK m.5’te “*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 işaret*”ten söz edilerek, marka olarak kullanılacak işaretlerin kapsamını oldukça geniş tutulmuştur. Buna göre grafikler, tasarımlar, kişi adları, sözcükler, harfler, logolar, sayılar, malların ve ambalajların biçimi, sloganlar, sözcük şekil bileşimler işaret olabileceği gibi; her ne kadar kanunda açıkça ifade edilmemiş olsa da, ilerleyen bölümlerde de ele alınacağı üzere, sesler, melodiler, kokular, üç boyutlu biçimler ve renkler de marka olabilecek işaretlerdendir.

Görüldüğü üzere, marka olabilecek işaretler yalnızca görme duyusuna hitap eden şekiller, yazılar veya sayılardan oluşmamakta<sup>9</sup>, ayrıca koklama veya işitme gibi diğer duyularla algılanabilecek her türlü işaretler de marka olarak seçilebilmektedir. Fakat marka olarak kullanılacak her işaret için aranan zorunlu koşul, bunların çizimle görüntülenebilir veya benzer biçimde ifade edilebilir olmasıdır. Nitekim KHK m.5/1’de “*çizilme görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme*” ifadesine yer vermiştir<sup>10</sup>. Buradaki benzer biçimde ifade edilebilme, markanın görsel olarak ifade edilebilmesinin dışında, başka bir şekilde ifade edilebileceği şeklinde

---

<sup>7</sup> www.tdk.gov.tr.

<sup>8</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.21.

<sup>9</sup> **Kaya**, 17.

<sup>10</sup> 556 sayılı KHK Uygulama Yönetmeliğinin 8. maddesinde, başvuru dilekçesine eklenmesi gereken belgeler arasında tescili istenen markanın yayına ve baskı yoluyla çoğaltmaya elverişli en az beş adet örneği de sayılmıştır. Bu da bize, markanın görsel olarak ifade edilebilen bir işareten oluşması gerektiği fikrini benimsetmektedir.

yorumlanmamalıdır. Benzer biçimde ifade edilebilme, çizim dışında markanın nota, formül gibi araçlarla ifade edilebilmesini kapsamaktadır<sup>11</sup>.

## b. Marka Olarak Kullanılabilecek İşaretler

Marka olarak kullanılabilecek işaretlerin başında *kişi adları* gelmektedir. Kişi adlarının kapsamına hem ad hem de soyadı girmektedir<sup>12</sup>. Nitekim ayırt edici özelliğe sahip olmak koşuluyla, adın veya soyadın tek başına yahut birlikte kullanılmasına bir engel bulunmamaktadır. Marka olarak kullanılacak ad veya soyadın, mutlaka markanın sahibine ait olması yönünde bir sınırlama yoktur. “Napoleon konyakları” ve “Mozart likörleri” örneklerinde olduğu gibi<sup>13</sup>, başkasına ait adın da marka olarak kullanılması mümkündür. Fakat bu durumun adı kullanılan kişinin Medeni Kanun çerçevesinde korunan kişilik haklarına, yani isim üzerindeki hakka saldırı niteliği taşımaması gerekmektedir<sup>14</sup>.

Marka seçiminde en fazla tercih edilen işaret gurubunu *sözcükler* oluşturmaktadır. Nitekim ayırt ediciliği sağlamak bakımından sözcükler hem görsel hem de lâfzî olarak ifade edilebildiği için diğer işaretlere nazaran daha çok önem taşımaktadır. Yerli yabancı bütün sözcükler marka olarak kullanılabilir. Bunların günlük hayatta kullan yahut bilimsel veya teknik sözcükler olabileceği gibi, herhangi bir anlamı olmayan, farazi, türetilmiş sözcüklerde olabilir<sup>15</sup>. Aynı şekilde, sloganlar da marka olarak kullanılabilir<sup>16</sup>. Marka birden fazla sözcükten de oluşabilir<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> Uzunallı, s.84.

<sup>12</sup> Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004, s.366; Buradaki adın, öfad, soyad, takma ad, lakap, ticaret unvanı ve işletme adını kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiği konusunda bkz. Tekinalp, Ünal, Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması, Prof. Dr. Oğuz İMREGÜN’e Armağan İstanbul 1998, s.638; Karahan, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002, s. 23; Özdal, Şule, Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2007, s.88.

<sup>13</sup> Örnekler için bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s.341.

<sup>14</sup> Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s.341; Yasaman, C:I, s.64; Karahan, Ticari İşletme, s.161; Kaya, s.21-22.

<sup>15</sup> Yasaman, s.58-59.

<sup>16</sup> Tekinalp, s.341; Yasaman, s.70; Karahan, s.161.

<sup>17</sup> Yasaman, C:I, s.69; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s.341; Karahan, Hükümsüzlük Davaları, s.22; Arkan, C.I, s.40;

Nitekim Yargıtay bir kararında “*Become What You Are*” sözcükler topluluğunun marka olarak tescil edilebileceğine karar vermiştir<sup>18</sup>.

Ayırt edicilik taşıdığı müddetçe, marka *harf* veya *harflerden* oluşabileceği gibi, *sayı* ve *sayılardan* da oluşabilir. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demir Yolları’nın “TCDD”si, Migros’un “M”si, Boeing’in “727”si marka olarak kullanılabilir<sup>19</sup>. Bunun yanında “3M” örneğinde olduğu gibi, harf ve sayıların bir arada kullanılmaları da mümkündür<sup>20</sup>. Tek başına harf ve sayı ayırt edici nitelik taşımadığı için marka olarak tescil edilemez. Nitekim hiç kimsenin harf ve sayılar üzerinde inhisari yetkiler taşıması söz konusu değildir. Buna karşılık tek başına harf veya sayının özel bir biçim kullanılarak yazılması halinde, bunların marka olarak tescil edilmesi mümkün hale gelebilir<sup>21</sup>. TOFAŞ firmasının marka olarak kullandığı “T” harfi buna örnek gösterilebilir.

Resimler, logolar, fotoğraflar, grafikler, mühürler, armalar gibi çizimle ifade edilebilen her türlü *şekiller* marka olarak kullanılabilir<sup>22</sup>. Sony firmasının taşınabilir müzik çalarlarında kullandığı walkman simgesi, Puma firmasının ürünlerinin üzerinde kullandığı hayvan figürü bunlara örnek gösterilebilir. Üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilip edilemeyeceği hususu ise değerlendirilmelidir. KHK m.5/1’de malların biçimi veya ambalajlarından söz edilmesine karşın, üç boyutlu biçimlerin marka olarak tescil edilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda bir açıklık yoktur. Doktrinde, gerek KHK m.5’deki sayılım örnekseyici olmasından,

---

<sup>18</sup> “Türkçe karşılığı “neysen o ol” şeklinde olan ve İngilizce sözcüklerden oluşan “become what you are” ibaresi, marka olarak bir anlam taşımakta olup bu anlam, marka olarak kullanılacak mal veya hizmet için yabancı olsa da, ayırt edicilik niteliğinin varlığı kabul edilmelidir. Öte yandan marka olarak kullanılacak işaretin, tescilden önce ayırdedicilik vasfını kazanıp kazanmadığı da tescil açısından önemli değildir. Ayırt edicilik vasfı, tescille birlikte de oluşabilir.” (11.HD., 20.11.2000, E:2000/7674, K:2000/9346, www.kazanci.com).

<sup>19</sup> **Kaya**, s.23; **Karahan**, Ticari İşletme, s.162.

<sup>20</sup> **Yasaman**, s.74.

<sup>21</sup> **Arkan**, C:I, s.72; **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.128; **Pekdiñer**, Remzi Taner, Marka Hakkı ve Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2001, s.96, (in: **Özdal**, s.97, dn.127); **Ülgen**, Hüseyin/ **Teoman**, Ömer/ **Helvacı**, Mehmet/ **Kendigelen**, İ, Abuzer/ **Kaya**, Arslan/ **Nomer-Ertan**, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, s.351.

<sup>22</sup> **Yasaman**, C:I, s.71vd.; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.341; **Poroy/Yasaman**, s.367-368.

gerekse de malların veya ambalajlarının biçimi kavramına bunların üç boyutlu görüntülenmesinin de dahil olmasından hareketle, üç boyutlu işaretlerin marka olarak tescil ettirilebileceği ifade edilmektedir<sup>23</sup>. Buna göre, malın kendisini göstermeyen bağımsız üç boyutlu şekiller (Coca Cola şişesinin şekli) ile ambalaj şekilleri marka olabileceği gibi; malın üzerine konulabilen bağımsız üç boyutlu şekiller de (Mercedes markasını temsil eden yıldız işareti) marka olarak kullanılabilir<sup>24</sup>.

Her ne kadar açıkça belirtilmese de, “çizimle görüntülenebilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret” düzenlemesinden hareketle **renklerin** de marka olarak kullanılabilen işaretler arasında olduğunu söyleyebiliriz<sup>25</sup>. Şekiller, marka olabilecek işaretler kapsamında olduğu için, rengin herhangi bir şekille somutlaştığı durumlarda bir sorun yoktur. Buna karşılık rengin şekil oluşturmaması halinde, soyut renklerin tek başına marka olarak kullanılıp kullanılamayacağı tartışmalıdır. Soyut renklerin marka olarak kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin farklı görüşler mevcuttur<sup>26</sup>. Bir görüşe göre soyut renkler marka olarak tescil edilebilir ve bunlara marka koruması sağlanabilir<sup>27</sup>. Buna karşılık diğer görüşe göre ise, renklerin sayısının sınırlı olması, renklerin kullanımının sınırlandırılarak rekabet özgürlüğüne zarar vermesi, diğer taraftan soyut renklerin tek başına ayırt edici nitelik taşıması nedeniyle bunların marka olarak tescil edilmesi düşünülemez<sup>28</sup>. Yargıtay’ın vermiş

<sup>23</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.339; **Eroğlu**, Sevilay, Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, DEÜHFD, C.V, S.1, 2003, s.114; **Uzunallı**, s.100-101; **Poroy/Yasaman**, s.369; **Karasu**, Rauf, Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları, BATİDER, C:XXIV, S:3, HAZİRAN 2008, s.333; **Özdal**, s.95; **Ünal**, Mücahit, Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, SÜHFD, C:13, S.2005/2, s.36.

<sup>24</sup> **Kaya**, s.25. “Ünlü bir yabancı sigara mamulünün ambalajında kullanılan, dikdörtgen biçiminde üst yaridan sonra kapaklı, kızıl-kahverengi karışımı olan bu şekil ve özel rengin, bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırdetmeyi sağlayan niteliği taşıdığı için, kabulü gerekir.” (11. HD., 12.112.1999, E.199/6866, K.1999/9075, www.kazanci.com).

<sup>25</sup> **Yasaman**, C:I, s.79; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.343; **Kaya**, s.30; **Poroy/Yasaman**, s.371; **Ünal**, İşaretler, s.38; Nitekim TRİPS m.15’te de renk ve renk kombinasyonlarının marka olarak tescil edilebileceği açıkça belirtilmiş ve üye devletlerin, işaretlerin sadece mal veya hizmetler bakımından ayırt edici özellikleri olmaması halinde, tescil edilebilirliği, kullanma ile kazanılan ayırt edicilik şartına bağlayabilecekleri öngörülmüştür.

<sup>26</sup> Bu konuda karşılaştırmalı hukuktaki görüşler için bkz. **Aslaner**, Nuran, Almanya Uygulamasında “Renk” Markalar, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2007, s.46.

<sup>27</sup> **Eroğlu**, s.112; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.343; **Poroy/Yasaman**, s.373; **Epçeli**, s.64; **Şenocak**, Kemal, Soyut Renk Markaları, Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ’e Armağan, Ankara 2003, s.88 vd.

<sup>28</sup> **Arkan**, C:I, s.73; **Karahan**, Hükümsüzlük, s.27-28; **Taylan**, Esin Çamlıbel, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001, s.33.

olduğu bir karara göre, gökkuşağında yedi ana renk bulunduğu için, renkler üzerinde tekel hakkının tanınması halinde bir kısım firmaların renk kalmadığından faaliyet yapamamaları gibi garip bir sonuçla karşılaşılacaktır. Bu nedenle renklerin bağımsız olarak marka konusu yapılmaması gerekir<sup>29</sup>. Bizce sınırlı sayıda olmayan soyut renklerin, ayırt edici nitelik taşıması ve çizimle görüntülenebilmesi veya benzer şekilde ifade edilebilmesi halinde marka olarak tescil edilebilmesinin önünde herhangi bir neden yoktur.

KHK m.5'teki “çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen” düzenlemesi, *seslerin* de marka olarak kullanılmasına imkân sağlamaktadır<sup>30</sup>. Ses müzikal nitelikli olabileceği gibi, doğada var olan canlı ve nesnelere gelen sesler ile doğada varolmayıp bilgisayar ortamında oluşturulan sesler de olabilir<sup>31</sup>. Nokia'nın açılış melodisi, Aygaz firmasının tanıtım melodisi, Harley Davidson motosiklet markasının motor sesi bunlara örnek gösterilebilir. Fakat seslerin ve melodilerin tescil edilebilmesi bakımından bunların notaya dökülmesi veya sesin anlaşılabilmesi ve tekrarı için kaydının yapılması gereklidir<sup>32</sup>. Bunun içinde, marka olarak tescil ettirilecek ses veya melodinin bir işletmenin mal veya hizmetlerini ayırt etme fonksiyonu bulunmalı ve grafik olarak ifade edilebilmelidir. Nota dizeleri gibi, anlaşılabilir, net, kalıcı ve objektif nitelikte grafiksel olarak ifade edilemeyen ses veya melodiler marka olarak tescil edilemez<sup>33</sup>.

Görsel olarak algılanamayan, koklama duyusuna hitap eden *kokuların* da marka olarak kullanılabilmesi kabul edilmektedir<sup>34</sup>. “Markanın yayına ve

---

<sup>29</sup> 11. HD., 07.07.1997, E.1997/3559, K.1997/5453.

<sup>30</sup> **Arkan**, C:I, s.41; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.343; **Poroy/Yasaman**, s.373; **Eroğlu**, s.112; **Özdemir**, s.100; **TAYLAN**, s.31; **Epçeli**, Sevgi, Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, İstanbul 2006, s.58; **Ünal**, İşaretler, s.41.

<sup>31</sup> **Eroğlu**, s.113.

<sup>32</sup> **Yasaman**, s.86; **Kaya**, s.26; **Karahan**, Sami/**Suluk**, Cahit/ **Saraç**, Tahir/ **NAL**, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukununun Esasları, 2. Bası, Ankara 2009, s.145; **Karahan**, Ticari İşletme, s.163; **Poroy/Yasaman**, s.373.

<sup>33</sup> **Yasaman**, C:I, s.87.

<sup>34</sup> **Yasaman**, C:I, s.88; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 145; **Kaya**, s. 27; **Poroy/Yasaman**, s.373; **Ünal**, Tescil Edilebilecek İşaretler, s.41.



*çoğaltmaya elverişli örneği*” ni arayan KHK’nın 23. maddesi çerçevesinde, kimyasal bir formülle ifade edilebildiği ölçüde, parfüm, deodorant gibi kokular marka olarak tescil edilebilir<sup>35</sup>. Bunun dışında herhangi bir eşyanın ayırt edici niteliğe sahip özel bir koku ile satışa sunulması ve bu kokunun da marka olarak tescili mümkündür. Ancak bu durumda da, tescil edilecek kokunun yayına ve çoğaltmaya elverişli olarak formülle ifade edilebilir olması gerekir<sup>36</sup>.

**Tatların** marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir. Nitekim tatlar kimyasal formülle ifade edilemez ve kişiye göre değişkenlik gösterir<sup>37</sup>. Bu da markaya konu olacak işaretin objektif nitelikte, belirli ve anlaşılabilir olmasının önüne geçmekte; bunların “yayına ve çoğaltmaya” elverişli olması mümkün olamamaktadır. Örneğin, bir gıda şirketinin üretmiş olduğu şekerlemenin tadını marka olarak yayması ve çoğaltması mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle günümüz koşulları göz önünde bulundurulduğunda, yayına ve çoğaltmaya; yani baskı yolu ile ifade edilmeye müsait olmayan ve ayırt edici niteliği bulunmayan tatların marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir<sup>38</sup>.

### **c. Marka Olarak Kullanılmayacak İşaretler**

Şüphesiz ki, KHK m.5, hak sahiplerine marka olabilecek işaretleri seçme konusunda sınırsız bir hak vermemektedir. Nitekim KHK m.7’de düzenlenen marka tescilinde mutlak red nedenleri, somut mal ve hizmetler bakımından marka olarak kullanılabilir işaretlerin de sınırını oluşturmaktadır.

Öncelikle, KHK m.’5 göre ayırt edici niteliği bulunmayan ve çizim, yazı, grafik, formül vs. şekilde ifade edilmesi mümkün olmayan, belirsiz, objektif olarak algılanamayan işaretler marka olarak tescil edilemez (m.7/1-a). Diğer taraftan, aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil

---

<sup>35</sup> Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.145; Arkan, C:I, s.41; Poroy/Yasaman, s.374.

<sup>36</sup> Yasaman, C:I, s.88.

<sup>37</sup> Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 145; Aksi yönde Epçeli, s.59.

<sup>38</sup> Ünal, Tescil Edilebilecek İşaretler, s.44.



için başvurusu yapılmış markalara konu işaretler (m.7/1-b); markada münhasıran ya da esas unsur olarak kullanılmak kaydıyla 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 adlandırmalar (m.7/1-c); markada münhasıran ya da esas unsur olarak kullanılmak kaydıyla Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adlar (m.7/1-d); 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 (m.7/1-e); mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markaların içerdiği işaretler (m.7/1-f) de KHK m.5 kapsamı dışındadır.

Paris sözleşmesinin ikinci mükerrer m.6/1'e göre, Birlik ülkelerine ait arma, bayrak ve hükümlerlik belirtilerinin; devlet tarafından kabul edilmiş resmi kontrol ve teminat işaretleri ile damgalarının, ayrıca damgacılık sanatı açısından her çeşit taklitlerinin yetkili makamlarca izni olmadan asıl unsur veya markayı düzenleyen unsurlardan biri olarak tescili mümkün değildir (m.7/1-g). Yine Paris Sözleşmesinin ikinci mükerrer 6. maddesi kapsamı dışında kalan ancak Galatasaray ibaresi<sup>39</sup>, Atatürk Orman Çiftliği'nin adı ve amblemi<sup>40</sup> ya da Süleymaniye Camii'nin resmi<sup>41</sup> gibi kamuyu ilgilendiren, tarihi, kültürel değerler bakımından halka mal olmuş ve ilgili mercilerin tescil izni vermediği diğer armalar, amblemler veya nişanlar da marka olarak kullanılabilecek işaretler arasında gösterilemez (m.7/1-h). Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesiyle koruma altına alınan herkesçe bilinen, tanınmış marka ile aynı işaretler de marka olarak tescil edilemez (m.7/1-ı)<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> 11. HD., 28.02.2000, E.2000/550, K.2000/1543, (**Karan**, Hakan/**Kılıç**, Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s.113)

<sup>40</sup> **Arkan**, C:I, s.91.

<sup>41</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.382.

<sup>42</sup> Tekinalp ve Yasaman'a göre, bu yasak yalnızca tanınmış markalarla aynı ve benzer nitelikteki mal veya hizmetler için tescil istenen markaları kapsar. (**Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.384; **Yasaman**, s.274) Karşı görüş için bkz. **Kaya**, s.119.

Kutsal kitapların adları, Peygamberlerin temsili resimleri ve adları, haç işareti<sup>43</sup> vb. gibi dini değerleri ve sembolleri ifade eden işaretler marka olarak tescil edilemezler (m.7/1-j). Ayrıca, insanlarda tiksinti uyandıran, onları suça teşvike eden, bölücülük yapan, malın konulduğu ürün ve hizmet aşağılayan vb. şekildeki kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı işaretler de marka olarak tescil edilemeyecek işaretlerdendir (m.7/1-k)<sup>44</sup>.

Belirtmiş olduğumuz mutlak red nedenleri haricinde, KHK m.8'de nisbi red nedenlerine de yer verilmiştir. Nisbi red nedenleri, üzerinde bir başkasının sahip olduğu haklar dolayısıyla, marka olarak kullanılacak işaretin tescilinin mümkün olmadığı halleri içerir. Nitekim KHK m.7/1-b hariç olmak üzere, nisbi red nedenleri, mutlak red nedenlerinin aksine işaretin nitelik ve özelliğinden değil, üçüncü kişilerin söz konusu işaret üzerinde sahip olduğu haklardan kaynaklanır<sup>45</sup>. Bu nedenle nisbi red nedenlerinin, KHK m.5 kapsamında markanın içeriğini oluşturan işaretlerin taşıyacağı nitelik ve özelliklerine ilişkin bir sınır oluşturduğunu söyleyemeyiz.

### 3. İşaretin Ayırt Edici Olması

Tanımından da anlaşılacağı üzere, bir işareti marka yapan temel özellik, söz konusu işaretin ayırt edici nitelik taşımasıdır. Buradaki ayırt edici nitelik, marka olarak tescil edilecek işaretin, diğerlerine nazaran sahip olduğu farklı özellik ve öğeleri taşıması nedeniyle<sup>46</sup>, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmesini ifade eder<sup>47</sup>.

Marka olarak tescil edilecek işaretin ayırt edici niteliğe sahip olması KHK m.5'te belirtildiği üzere, yasal bir zorunluluktur. Daha öncede de bahsettiğimiz

---

<sup>43</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.384.

<sup>44</sup> **Yasaman**, s.274.

<sup>45</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.389.

<sup>46</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.344.

<sup>47</sup> **Eroğlu**, s.98; **Arkan**, C.I, s.36; **Hirsch**, Ticaret Hukuku, s.154.

üzere, marka olarak tescil edilecek işaretin ayırt edici nitelik taşıması, KHK m. 7/1-a'ya göre resen gözetilmesi gereken mutlak red nedenidir.

Marka, biçimsel açılarından kural olarak iki unsurdan oluşur<sup>48</sup>. Bunlar esas unsur ve yardımcı unsurdur. Esas unsur markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsurdur. Buna karşılık yardımcı unsur, esas unsura bağlı ve onunla ilişkili olan, kamuya ait olmaları nedeniyle herkes tarafından kullanılabilen unsurları ifade eder. Peki markanın her iki unsurunun da ayırt edici nitelik taşıması gerekir mi? Bu soruya iki türlü yanıt verilebilir. Eğer marka tamamen kelimelerden oluşuyor ise, ayırt edicilik yalnızca esas unsurdan aranır. Örneğin “Coca Cola” markasında “Coca” esas unsur, “Cola” ise yardımcı unsurdur. Söz konusu örneğe göre, yalnızca “Coca” kelimesinin ayırt edici nitelikte olması aranır. Markanın sadece kelimelerden değil de, sayıların, harflerin, şekillerin vb. yer aldığı bir kompozisyondan oluştuğu durumlarda, markayı oluşturan unsurların bir bütün olarak ayırt edici nitelikte olması aranır. Nitekim burada önemli olan, markanın bir bütün olarak bıraktığı intibadır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda, markanın içerisinde yer alan unsurlardan sadece birisine bakılarak ve diğer unsurlar ihmal edilerek ayırt ediciliğin varlığı ya da yokluğu değerlendirme konusu yapılamaz<sup>49</sup>.

KHK m.5 ayırt edicilik konusunda her hangi bir açıklama getirmemiştir. Bu nedenle, ayırt edici nitelik konusunda elimizdeki tek kıstas, marka olarak tescil edilecek işaretin bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edebilme yeteneğine sahip olmasıdır. O halde ayırt edicilik yeteneği kendini iki noktada gösterir: Birincisi, marka olarak tescil edilecek işaret sahip olduğu özellik ve öğelerle kendini diğer işaretlerden farklı kılmalıdır. İkincisi ise, işaret, işletmelerin mal veya hizmetlerini ayırt etmelidir. Bu bakımdan, işaretin

---

<sup>48</sup> Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.141; Ünal, Mücahit, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara 2007, s.19.

<sup>49</sup> Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.141; Karahan, Ticari İşletme Hukuku, s.160.

özgün veya estetik olması aranmadığı gibi<sup>50</sup>; herhangi bir anlam taşıması da gerekmez<sup>51</sup>.

Belirtmek gerekir ki, ayırt ediciliğin tespitinde mal veya hizmetin kapsamı da göz önünde bulundurularak bir sonuca varılmalıdır. Marka olarak kullanılacak işaret mal veya hizmetin niteliğine yaklaştığı ölçüde, ayırt edici olmaktan uzaklaşacaktır<sup>52</sup>. Örneğin müzik çalar için CD veya kaset şeklinin marka olarak kullanılmasında olduğu gibi.

Ayırt edicilik yalnızca, bir işaretin marka olarak tescil edilmesiyle kazanılmaz. Bununla birlikte, marka olarak tescil edilmeden önce de, bir işaretin, kullanıldığı mal veya hizmetler bakımından ayırt edicilik kazanması mümkündür<sup>53</sup>. Bir markanın kullanıldığı mal veya hizmetler bakımından tescil tarihinden önce ayırt edici nitelik kazanması, o marka için tescili istenen işaretin KHK'nın 7. maddesinin birinci fıkrasının (a), (c) ve (d) bentlerinde düzenlenen mutlak red nedenleriyle tescili önleyici işleve sahiptir.

## C- Diğer Ayırt Edici İşaretlerden Farkı

### 1. Genel Açıklamalar

Ticarette farklı amaçlara hizmet eden, coğrafi işaret, ticaret unvanı, işletme adı gibi birden fazla ayırt edici nitelikte işaret kullanılmaktadır. Bir işletmenin mal veya hizmetlerini, bir diğer işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etme amacına hizmet eden markanın, ticari yaşamda kullanılan diğer ayırt edici işaretlerden farkının ortaya konulması gerekmektedir.

---

<sup>50</sup> **Kaya**, s.33; **Yasaman**, C:I, s.62. Markanın esas unsurunun ayırt edici nitelikte, özgün ve karakteristik olması gerektiği konusundaki aksi görüş için bkz. **Karahan**, Hükümsüzlük, s.17, dn.2.

<sup>51</sup> **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.141.

<sup>52</sup> **Özdal**, s.84.

<sup>53</sup> **Özdal**, s.86.

## 2. Coğrafi İşaretler

555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. maddesinde coğrafi işaret, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibariyle kökenin bulunduğu bir yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş bir ürünü gösteren işaretler olarak tanımlanmıştır. Daha geniş ifadeyle, bir ürünün coğrafi kökenini göstermek veya üretiminde kullanılan bir madde, motif, malzeme ya da usul sebebiyle belirli bir bölgeye yollamada bulunmak suretiyle, bu ürüne istek ve güven duyulmasını sağlayan işaretler, coğrafi işaret belirtilmektedir<sup>54</sup>. Coğrafi işaretler menşe adı ve mahreç işareti olmak üzere iki kısma ayrılır (CİKHKHK m.3/2):

Bir işaretin *menşe adı* olabilmesi için, işaretin kullanıldığı ürünün Coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, alan, bölge veya çok özel durumlarda ülkeden çıkması, bu ürünün bütün veya esaslı unsurlarının söz konusu coğrafi kesime özgü doğal ve beşer unsurlardan kaynaklanması, ürünün üretilmesi, işlenmesi ve diğer işlemlerin tamamıyla bu yörede yapılması gerekmektedir. (KHK m.3/3). Örneğin Anzer Balı ibaresinde geçen “Anzer” işareti, balın Anzer yaylasında elde edildiğini, bu suretle nadir bulunduğunu ve sağlığa yönelik önemli yararları olduğunu öne çıkartan bir menşe adıdır<sup>55</sup>. Yine “Amasya Elması”ndaki “Amasya” işareti, “Çerkez Peyniri”ndeki “Çerkez” işareti menşe adı olan bir coğrafi işaret olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>56</sup>.

*Mahreç işareti* ise, ürünün tamamen veya esaslı unsurlarıyla belli bir coğrafi bölgeden kaynaklanmadığını, yalnızca malın belirgin bir niteliğinin veya diğer özelliklerinin belli bir coğrafyaya özgü olduğu, o coğrafyayla özdeşleştiği konusunda yollamada bulunan işaretlerdir (KHK m.3/4). Örneğin Erzincan işi tulum peynirinde, “Erzincan işi” peynirinin Erzincan’da kullanılan yöntemle üretildiğini ön plana çıkaran bir mahreç işaretidir. Yine Elazığ yöresinde yetişen üzümünden üretilmiş

<sup>54</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.22.; **Aslan**, Adem, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, İstanbul 2004, s.28.

<sup>55</sup> **Karahan**, Ticari İşletme Hukuku, s.165.

<sup>56</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.22.; **Tekil**, s.252.

şarapta da, Elazığ üzümü ibaresi, şarabın yapımında hangi üzümün kullanıldığını gösteren bir mahreç işaretidir<sup>57</sup>.

Marka, kullanıldığı ürünü üreten yahut pazarlayan işletmeyi gösterirken, coğrafi işaretlerde menşe ya da mahreç unsuru rol oynamaktadır<sup>58</sup>. Marka işletme sahibinin menfaatlerine hizmet eden bireysel bir tanıtım aracı vazifesi görürken, coğrafi işaretler ilgili bölgede bulunanlar menfaatine hizmet eden kolektif bir tanıtım aracıdır. Yine marka hakkının devredilmesi, lisans verilmesi mümkünken, coğrafi işaretler bu çeşit tasarruflara konu olamaz. Nitekim coğrafi işaretler için ancak kullanma hakkı söz konusu olabilir<sup>59</sup>.

### 3. Ticaret Unvanı

Ticaret unvanı, gerçek veya tüzel kişi tacirin ticari işletmesine ilişkin işlemlerini yaparken kullandığı, taciri tanıtan ve bu yönüyle onu diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan addır<sup>60</sup>. Fakat ticaret unvanı yalnızca tacirleri bir birinden ayırt etmeye yaramaz, aynı zamanda dolaylı olarak bir ticari işletmeyi diğer ticari işletmeden de ayırma işlevi yüklenir<sup>61</sup>. Marka ise, bu işletmelerin ürettikleri mal veya hizmetleri, başka işletmelerinkinden ayırt etmeye yarayan işarettir.

### 4. İşletme Adı

İşletme adı, TTK m.55'e göre, işletme sahibini göstermeyi amaçlamadan, yalnızca bir işletmeyi tanıtarak, onu diğer işletmelerden ayırt etmeye yarayan işaret olarak tanımlanabilir. Şu halde, bir ticari işletmenin tanıtılması amacına hizmet eden

---

<sup>57</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.22.

<sup>58</sup> **Tekil**, s.253.

<sup>59</sup> Karşılaştırma için bkz. **Karahan**, Ticari İşletme, s.165-166.

<sup>60</sup> **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, s.251; **Poroy/Yasaman**, s.321.

<sup>61</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.22.

işletme adı<sup>62</sup>, işletmelerin mal veya hizmetlerini ayırt etme amacına hizmet eden markadan ayrılmaktadır.

## II- MARKA TÜRLERİ

Marka türleri, kullanım amaçlarına göre, sahiplerine göre, tanındığı çevreye göre ve tescilli olup olmamasına göre sınıflandırmaya tabi tutularak incelenebilir<sup>63</sup>. Elbette ki sınıflandırma bunlarla sınırlı değildir. Nitekim markaları çok çeşitli sınıflandırmalara tabi tutarak incelemek mümkündür<sup>64</sup>. Fakat çalışmamızın kapsamı itibariyle marka türlerinden temel olanlarını incelemek yeterli olacaktır.

Kullanım amaçlarına göre markalar, ticaret markaları ve hizmet markaları olmak üzere iki türdür. Ticaret markaları, KHK'nın uygulanmasına dair yönetmeliğin 8. Maddesinde bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları, başka mallardan ayırt etmeye yarayan işaret olarak tanımlanmıştır. Şu halde ticaret markası, malları birbirinden ayırt etme amacıyla mal veya ambalajın üzerine konulan markadır. Hizmet markaları ise, yine aynı yönetmeliğin 9. Maddesine göre, bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmenin hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretler olarak açıklayabiliriz. Hizmet markaları, mal üretmeyip yalnızca hizmet sunan işletmelerin söz konusu hizmetlerini diğer işletmelerin sunduğu hizmetlerden ayırt edilmesi amacına hizmet eder. Ulaşım, bankacılık, eğitim hizmetleri buna örnek gösterilebilir<sup>65</sup>.

Sahiplerine göre marka türleri ise, ferdi markalar, ortak markalar ve vekil markaları gösterilebilir. Ferdi markalar sadece adına tescilli olduğu kişilere hak sağlayan, münferiden, müşterek ya da iştirak halinde kullanılabilen markalardır<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> **Poroy/Yasaman**, s.322; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.22; **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, s.263.

<sup>63</sup> **Yasaman**, C:I, s. 21 vd.; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.346 vd.; **Kaya**, s.50 vd.; **Arkan**, C:II, s. 40 vd.

<sup>64</sup> **Öçal**, s. 7.

<sup>65</sup> **Yasaman**, C:I, s.21. **Kaya**, s.50.

<sup>66</sup> **Yasaman**, C.I, s.23; **Kaya**, s.54.

Ferdi markada ayırt edici unsur, hak sahibinin (veya sahiplerinin) marka üzerinden mutlak hak sahibi olmalarıdır<sup>67</sup>. Ortak marka KHK m.55/1 ve KHK'nın uygulanmasına dair yönetmeliğin 6. maddesinde mal veya hizmet üreten işletmelerden oluşan bir gurubun mal veya hizmetlerini bir başka işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretler olarak tanımlanabilir. Ortak markada, birden fazla işletme sözleşme çerçevesinde bir araya gelmekte ve bu birliğe dahil olan işletmeler aynı markayı ayrı ayrı kullanmaktadırlar<sup>68</sup>. Koç Gurubuna giren işletmelerin ürettikleri mal veya hizmetlerde kullandıkları "Koç" markası, ortak markaya örnek olarak gösterilebilir<sup>69</sup>. Garanti markası ise KHK m.55/1 ve KHK'nın uygulanmasına dair yönetmeliğin 7. maddesine göre, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından kullanılan ve o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işaret olarak tanımlanabilir. Garanti markasındaki temel nokta, söz konusu markanın, marka sahibi tarafından belirlenen belli bir kaliteyi garanti etmiş işletmelerce kullanılabilmesidir<sup>70</sup>. Garanti markasına örnek olarak TSE (Türk Standartları Enstitüsü) gösterilebilir.

Tanıdığı çevreye göre marka türleri, alelade markalar ve tanınmış markalar olmak üzere ikiye ayrılır. Alelade markalar KHK hükümlere uygun olarak, tescil edilmiş markayı ifade etmektedir. Bu çerçevede markanın tanınmış olup olmamasının önemi yoktur. KHK'ya uygun olarak seçilen işaretin tescil edilerek ilgili mal veya hizmetlerle sınırlı olarak kullanılabilir olması markanın alelade marka olarak adlandırılması için yeterlidir. Tanınmış marka ise, KHK'da belirtilen tanıma ve unsurlarına uygun olan, bununla şekliyle markaya yüklenen asgari işlevleri yerine getiren marka olarak tanımlanabilir<sup>71</sup>. Burada henüz tescil edilmemiş fakat bir işletmenin ürettiği mal veya hizmetleri, diğer işletmelerin ürettiği mal veya hizmetlerden ayırt etme işlevini yerine getiren bir işaretin varlığı söz konusudur.

---

<sup>67</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.348.

<sup>68</sup> **Arkan**, C:I, s.45.

<sup>69</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.349.

<sup>70</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.348.

<sup>71</sup> **Kaya**, s.56; **Poroy/Yasaman**, s.388; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.383.



Kullanılarak ayırt edicilik kazanan marka, gerek bölgesel, gerek ülkesel gerekse de ülkelerarası tanınmışlık düzeyine ulaşarak tanınmış marka haline gelmektedir. O halde bir markanın tanınmış marka sayılabilmesi için markanın üzerine konulduğu malın ve hizmetin yöneldiği tüketici çevresinde veya ilgili sektörde tanınması yeterlidir<sup>72</sup>.

Markalar tescilli olup olmamasına göre de ikiye ayrılmaktadır: Bunlardan ilki tescilli markalar, ikincisi tescilsiz markalar. KHK hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaya tescilli marka denir. Buna karşılık tescil edilmeyen markalara tescilsiz markalar denir. Marka üzerindeki hak markanın kullanılmasıyla doğar. Fakat KHK yalnızca tescilli markalara yönelik bir koruma öngörmektedir. Tescilsiz markalar ise haksız rekabet hükümleri çerçevesinde koruma altına alınabilecektir.

### **III- MARKANIN İŞLEVLERİ**

#### **A- Genel Açıklamalar**

Markanın ticari hayat için vazgeçilmez bir öneme sahip olmasının nedeni, esas itibariyle markanın kullanıldığı mal veya hizmetler bakımından yüklendiği işlevlerle yakından ilişkilidir. Diğer bir ifadeyle markayı bu denli önemli konuma taşıyan ve bununla bağlantılı olarak markanın gerek hukuki gerekse de cezai bakımdan korunmasını zorunlu kılan şey, markanın ticari düzende çok yönlü işlevsel bir konuma sahip olmasıdır. Şu halde, kanun koyucuları, marka hakkına yönelik bir takım fiilleri suç olarak düzenlemeye iten şey, markanın fonksiyonları ile doğrudan alakalıdır. Bu nedenle, markanın işlevlerinin neler olduğunun ortaya konulmasında fayda vardır.

Aslında markanın ayırt edicilik unsuruyla bağlantılı olan işlevler, söz konusu unsurun uzantıları olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bir markanın işlevlerini yerine getirebilmesi için ayırt edicilik unsuru öncelikle önem taşır. Markanın yüklendiği bu işlevleri, ticari ve sosyal yaşamdaki gelişmeleri de dikkate

---

<sup>72</sup> Yasaman, C:II, s.24-25.

aldığımızda, kaynak gösterme işlevi, ayırt etme işlevi, reklam işlevi ve garanti işlevi olarak sayılabiliriz<sup>73</sup>.

### **B- Ayırt Etme İşlevi**

Ayırt etme işlevi, markanın olmazsa olmaz en temel işlevidir<sup>74</sup>. Nitekim unsurlarında da belirttiğimiz üzere, markanın amacı bir işletmenin mal veya hizmetlerini bir başka işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmektir. Dolayısıyla marka olabilecek işaretin ayırt edici niteliği sahip olması ile markanın ayırt etme işlevini yerine getirmesi iç içe geçmiştir. Ayırt edici işlevi yerine getiremeyen bir işaret marka olarak tescil edilemez. Bu işlev marka kurumunun varlık sebebidir.

### **C- Kaynak Gösterme İşlevi**

Marka, kullanıldığı mal veya hizmetler ile bunları üreten işletmeler arasındaki bağlantıyı kurarak ticari yaşamda önemli bir işlev üstlenmiştir. Bu markanın kaynak gösterme işlevini ortaya koymaktadır. Burada ifade edilmek istenen husus, alıcıların satın aldıkları bir mal veya hizmetin markaya bakarak kime ait olduğunu, menşeyini öğrenmesidir<sup>75</sup>. Böylece marka bir işletmenin mal veya hizmetinin, diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesi yanında, malın veya hizmetin kökeninin somutlaştırılmasını da sağlamaktadır<sup>76</sup>.

Günümüzde markanın kaynak gösterme işlevinin önemini yitirdiği, söylenebilir.<sup>77</sup> Nitekim marka ile işletmeler arasındaki sıkı bağıllığının ortadan kalkması, markanın her zaman işletme kökenini garanti etmesini sağlamayacaktır<sup>78</sup>. Daha geniş ifadeyle, markanın işletmeden bağımsız olarak devredilebilmesi ve

---

<sup>73</sup> Bkz. **Dirikkan**, s.11;

<sup>74</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 347; **Yasaman**, C:I, s.18; **Kaya**, s.60.

<sup>75</sup> **Öçal**, s.16; **Arseven**, s.7; **Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Hukuku, Ankara 1968, s.315.

<sup>76</sup> **Dirikkan**, s.13.

<sup>77</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.347; **Dirikkan**, s.13, Aksi yönde, **Kaya**, s.59.

<sup>78</sup> **Vanzetti**, A., Die Funktion der Marke in einem System der freien Übertragbarkeit, GRUR Int. 1999, s.210, (in: **Uzunallı**, s.76).

marka üzerinde başkasına lisans hakkı tanınabilmesi gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, markanın, mal veya hizmetin kökenini belirtme işlevini sağlıklı bir şekilde yerine getirebileceği söylenemez. Doktrinde de bir yazarında belirttiği üzere *“işletmeden ayrı devrin mümkün olduğu marka sistemimizde, marka, ürünün belirli bir işletmeden geldiğini değil, farklı herhangi bir işletmeden geldiğini gösterir.”*<sup>79</sup>

Netice itibariyle, KHK m. 5 bakımından da, bir markanın temel işlevi, farklı işletmelerin mal veya hizmetlerini ayırt etmektir<sup>80</sup>. Önemli olan alıcının işletmeyi tanınması ya da bilmesi değil, mal veya hizmetin farklı işletmelerden geldiğini bilmesidir.

#### **D- Reklam İşlevi**

Tanıtım ekonomik yaşamda mal veya hizmetlerin pazarlanmasında büyük rol oynamaktadır. Bu açıdan malın veya hizmetin müşteri çevresine iyi bir şekilde tanıtılması gerekmektedir. Mal veya hizmetlerin etkin bir şekilde tanıtılmasında da rol oynayan marka, burada da reklam işlevi ile karşımıza çıkmaktadır. Bir marka alıcılar bakımından dikkat çekici ve hafızada kalıcı olduğu ölçüde o markanın tanınmışlık düzeyi yükselir. Nitekim alıcıları etkileyici güce sahip olan markalar, reklam işlevini oldukça iyi bir şekilde yerine getirerek, mal veya hizmetlerin pazarlanmasına, yüksek oranda tanınıp satılmasına katkıda bulunmaktadır.

Her markanın reklam fonksiyonunu yerine getirmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Fakat aynı kalitedeki mallar bakımından, garanti fonksiyonu tek başına alıcı kitlesinin ilginin çekmeye yetmeyebilir. Bu nedenle söz konusu mal veya hizmetlerin, diğer mal veya hizmetlerden ayrılması için başka işlevlere ihtiyaç vardır ki, bu işlev günümüzde reklam şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin “sportmen”, “genç”, “dinamik” gibi kavramlarla markanın özdeşleştirilmesi, alıcının ilgili mal

---

<sup>79</sup> Uzunallı, s.76, dn.187

<sup>80</sup> Uzunallı, s.78.

veya hizmete yönelmesinde rol oynayabilmektedir. Bu açıdan reklam işlevi, belli bir kaliteyi garanti eden markalar için dahi önem taşımaktadır<sup>81</sup>.

### **E- Garanti İşlevi**

Markanın garanti işlevi, markanın alıcılardaki güven duygusunun inşasında oynadığı rolü ifade eder. Nitekim marka yalnızca bir işletmenin mal veya hizmetlerini ayırt etmeye yaramaz, aynı zamanda kullanıldığı mal veya hizmetin de katile sembolü haline gelerek, alıcıların bu markalı mal veya hizmetlerden olan beklentilerin sınırını çizer<sup>82</sup>. Örneğin Sony markasının alıcılarda ortalama veya ortalamanın üstündeki kaliteyi sunmayı garanti eden bir marka halini alması, bu markanın garanti işlevi ile ilgilidir. Alıcıda Sony markasını taşıyan ürünlerin kalitesine yönelik belirli bir standardın korunduğu fikrinin yerleşmesinde, marka etkin rol üstlenir. Belirtmek gerekir ki, markanın garanti işlevini yerine getirdiğinden bahsedilebilmesi için, markanın kullanıldığı mal veya hizmetin kalitesinin yüksek olması şart değildir<sup>83</sup>.

## **IV- MARKAYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER**

### **A- Türk Hukukunda Marka Düzenlemeleri**

Hukukumuzda markalar ilk olarak *1288 tarihli Nizamname* ile koruma altına alınmıştır. Bu Nizamname *1304 tarihli Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname* ile yürürlükten kaldırılmıştır. Her iki düzenleme de kaynağını 1857 tarihli Fransız Kanunu'ndan almıştır<sup>84</sup>.

1304 tarihli Nizamname, ekonomisi gelişmekte olan ve Paris Konvansiyonu ile Madrid İtilafnamesi gibi uluslararası adlaşmalara katılmayı taahhüt eden

---

<sup>81</sup> **Dirikkan**, s.18-19.

<sup>82</sup> **Yasaman**, C:I, s.19.

<sup>83</sup> **Aslan**, s.14.

<sup>84</sup> **Arkan**, C:I, s.12; **Keskin**, Serap, Fikri Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları İle Korunması, 2003, s.29 vd.

Türkiye'nin ihtiyaçlarını karşılayamaz konuma gelmişti<sup>85</sup>. Bunun üzerine 03.03.1965 tarihinde **551 sayılı Markalar Kanunu** TBMM'nde kabul edilerek, 1304 tarihli Nizamnamenin yürürlüğüne son verildi.

Önceki düzenlemelere nazaran çağdaş bir düzenleme olan 551 sayılı Markalar Kanunu, birçok bakımdan da eleştirilmiştir. Bir markayı ilk kullananın hakkının, markayı ilk tescil ettirenin hakkından üstün olması, tescilden önce üçüncü kişilerin tescile itiraz imkânlarının olmaması, hizmet markalarının tesciline imkân tanınmaması en başta gelen eleştirilerdendir. Bunun dışında, markanın korunması hususunda mal sınıf sisteminin kabul edilmiş olması da eleştiri konusu yapılmıştır. 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 17. maddesi, marka sahibine yalnızca sicilde gösterilen emtiaya ilişkin olmak kaydıyla markadan yararlanma hakkı tanıdığı; bu haliyle de deterjan için tescil edilmiş markanın, başka bir kişi tarafından çamaşırsuyu için marka olarak kullanılmasının ve bu yolla tüketicilerin yanılgıya uğratılabilmesinin mümkün olduğu yönündedir. Bir diğeri eleştiri ise, Markalar Kanunu'nda öngörülen suç ve cezaların, uygulamada karşılaşılan tecavüz hallerini tam olarak karşılamadığı için, etkin korumayı sağlayamamış olmasıdır<sup>86</sup>.

Türkiye ile Avrupa Birliği ilişkileri çerçevesinde alınan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile fikri mülkiyet hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna uyumlu olması konusunda Türkiye yükümlülük altına girmiştir. Bunun üzerine, gerek ekonomik gelişmeler, gerekse de yapısındaki eksiklikler nedeniyle ihtiyaçları karşılayamaz bir hal alan 551 sayılı Markalar Kanunu yerine, Bakanlar Kurulu tarafından, TBMM'nce verilen 4113 Yetki Kanununa dayalı olarak **556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname** çıkarılmıştır. Yetki Kanunu m.2/c'ye göre, Bakanlar Kurulu'nun yetkisi markaların ve coğrafi işaretlerin korunmasına ilişkin esas, ilke ve yöntemlerin belirlenerek, 551 sayılı Markalar Kanunu'nda düzenleme ve değişiklik yapılmasıyla sınırlıdır. Bu çerçevede Bakanlar Kurulu, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hazırlayarak, markanın korunmasına ilişkin cezai yaptırımlar getiren 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 51, 52 ve 53. maddeleri dışındaki tüm hükümlerin

---

<sup>85</sup> Poroy/Yasaman, s.359.

<sup>86</sup> Eleştiriler konusunda bkz. Arkan, C:I, s.15 vd.

yürürlüğüne son vermiştir. Daha sonra 03.11.1995 tarihinde kabul edilen 4128 sayılı Kanunla, 556 sayılı KHK'ya 61/A maddesi eklenerek, 551 sayılı Kanun 51, 52 ve 53. maddeleri de yürürlükten kaldırılmış ve markalar kanununun mevcudiyetine tamamen son verilmiştir.

556 sayılı KHK ile bazı eksiklikler giderilmeye çalışılmıştır. Örneğin hizmet markalarına da tescil imkânı sağlayarak, bu markaların KHK kapsamına alınması, markaların tescili ve korunması hususunda mal ve hizmet sınıfı esasına geçilmesi, marka uyuşmazlılarının görülmesi için ihtisas mahkemelerin kurulmasının öngörülmesi gibi yenilikler getirmiştir. Buna karşılık 556 sayılı KHK'nın, dilinin karışık ve bozuk olması, terim birliğinin olmaması gibi eleştirilen yönleri de bulunmaktadır<sup>87</sup>.

## **B- Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Düzenlemeler**

Fikri ve sınai ürünlere sağlanan ulusal ya da bölgesel korumalar, uluslararası ticaretin üst seviyeye vardığı günümüz dünyasında yetersiz kalmıştır. Bu durum, ülkeleri uluslararası düzenlemeler yapmak suretiyle ortak hareket etme zorunluluğuna itmiştir.

Türkiye markaların tescil ve korunması hususunda birçok uluslararası düzenlemeye taraf olmuştur. Bunların bazıları doğrudan marka ile ilgili olmakla birlikte, bazıları ise kısmen markalarla ilgilidir. Doğrudan marka ile ilgili olanlar 1891 yılında Madrid'te imzalanan Markaların Milletlerarası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması, yine 1989'da Madrid'de kabul edilen Madrid protokolü, 1957 tarihli Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması ve nihayet 1994 tarihinde Cenevre'de kabul edilen Marka Kanunu Anlaşması'dır.

Markaları kısmen ilgilendiren ve Türkiye'nin de taraf olduğu birçok uluslararası anlaşma mevcuttur. Bunlardan bazılarını belirtmek gerekirse, 1883

---

<sup>87</sup> Eleştiri için bkz. **Taylan**, s.25.

tarihinde akdedilen Paris Mukavelenamesi, 1947 yılında kabul edilen Milletlerarası Beratlar Bürosu Kurulmasına Dair La Haye Anlaşması, 1967 tarihinde imzalanan Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatını (WIPO) Kuran Sözleşme ve 1994 yılında yapılan Ticaretle Bağlantılı Düşünsel Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPS)<sup>88</sup>.

Malların ticareti yanında fikri mülkiyet haklarının da korunması rolünü üstlenen Dünya Ticaret Örgütü (WTO) sisteminin bir ayağını oluşturan TRIPS, fikri ve sınai hakların mevcudiyeti, kapsamı ve kullanımının taraf ülkelerce belli bir standarda kavuşturulması amacına hizmet etmektedir<sup>89</sup>. Şu halde, fikri ve sınai hakları uluslararası düzeyde en geniş kapsamlı düzenleyen sözleşme olan TRIPS'in, gelişmiş ülkelerin fikri ve sınai haklarının gelişmekte olan ülkelerde de belirli bir düzeyde korunmasını amaçladığı söylenebilir<sup>90</sup>. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ek no.8 uyarınca TRIPS anlaşmasını uygulamayı taahhüt eden Türkiye, 4047 sayılı Kanunla Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasını da kabul ederek, TRIPS'e taraf ülke olmuştur<sup>91</sup>.

## V- MARKA ÜZERİNDEKİ HAKKIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hak, hukuken korunan ve sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi veren, her türlü yetkidir<sup>92</sup>. Bu şekliyle hak kavramı ile yetki kavramı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır<sup>93</sup>. O halde bir hakkın varlığından söz edebilmek için, öncelikle kişilere hukuk düzeni tarafından tanınmış bir takım yetkilerin mevcut olması gerekmektedir.

---

<sup>88</sup> Türk Marka Hukuku'nun uluslararası kaynakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Uzunallı**, s.23 vd.

<sup>89</sup> **Uzunallı**, s.26.

<sup>90</sup> **Taylan**, s.27-28.

<sup>91</sup> R.G. 21.01.1995, S. 22186.

<sup>92</sup> **Umar**, Bilge, Hukuk Başlangıcı, İzmir 1997, s.147; **Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat, Türk Özel Hukuku C:I, İstanbul 2005, s.120; **Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, Beşir/**Gökyayla**, K. Emre, Medeni Hukuk, Ankara 1999, s.120; **Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Mustafa, Medeni Hukuk, 16. Baskı, İstanbul, 2010, s.129.

<sup>93</sup> **Gözler**, Kemal, Hukuka Giriş, 2. Bası, Bursa 2003, s. 269.

Hukukun marka sabine tanıdığı yetkiler başkalarına kullanılabilir, devredilebilir, değiştirilebilir hatta terk edilebilir. Yani marka üzerindeki yetkileri kazanmak da, bu yetkileri devretmek, değiştirmek veya kullanırmak da marka sahibinin isteğine bağlıdır. Hukuk düzeni marka sahibine bu yetkileri vermekle kalmamış, aynı zamanda söz konusu yetkileri korumaya yönelik bir takım önlemleri talep etme yetkisi de getirmiştir. İşte sözünü etmiş olduğumuz yetkilerin tümünü ifade eden hakka **marka hakkı** denmektedir. Marka sahibinin marka üzerinde sahip olduğu hakkı ortaya koyduktan sonra, bu hakkın niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere haklar kamu hakları ve özel haklar olmak üzere iki kısımda ele alınır. En basit şekliyle ifade etmek gerekirse, kamu hakları, kamu hukukundan doğan hakları ifade etmekteyken; özel haklar, özel hukuktan doğan hakları ifade eder. Diğer kimselere, sahibine karşı saygı duyma yükümlüğü getiren marka hakkının özel hukuktan doğan bir hak olduğuna şüphe yoktur.

Özel haklar da kendi içinde mutlak haklar ve nisbi haklar olarak ayrılır. Mutlak haklar, hak sahibinin maddi veya maddi olmayan bir mal varlığı üzerinde doğrudan doğruya sahip olduğu ve herkese karşı ileri sürebildiği yetkilerin tümünü ifade eder. Nisbi haklar ise, genellikle bir borç ilişkisinden doğan ve sahibine karşısındaki kişiden belli bir davranış biçiminde bulunmasını, diğer bir ifadeyle bir şey vermesini ya da bir şey yapmasını isteme yetkilerini ifade eder<sup>94</sup>. Marka sahibinin marka üzerinde tekel hakkına ve üçüncü kişilerin markayı izinsiz kullanmalarını önleyebilme yetkisine sahip olması, diğer taraftan bu hakkı herkese karşı ileri sürebilmesi ve herkes tarafından ihlal edilebilmesi, marka hakkının mutlak haklardan biri olduğunu açıkça ortaya koymaktadır<sup>95</sup>.

Konu bakımından bir ayrıma gidildiğinde, mutlak hakların konusunu şahıs varlığı hakları ile mal varlığı hakları oluşturmaktadır. Şahıs varlığı hakları, kişinin

---

<sup>94</sup> Gözler, s.277; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.123; Oğuzman/Barlas, s.147.

<sup>95</sup> Kaya, s.39; Arkan, C.II, s.175; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s.21; Yasaman, s. 176; Ünal, s.21; Taylan, s.51.



kendi varlığı ve kişiliği üzerindeki şeref, haysiyet, vücut bütünlüğü, özel hayatı ya da diğer kimseler üzerindeki velayet, vesayet gibi para ile ölçülemeyen, manevi bir değere sahip haklardan oluşmaktadır<sup>96</sup>. Malvarlığı hakları ise para ile ölçülebilir bir ekonomik değeri olan haklardır<sup>97</sup>. Parasal değeri olan bu haklar kişinin malvarlığında yer alarak, malvarlığının bir kısmını oluşturur.

Malvarlığı unsurları maddi mallar ve maddi olmayan mallar olmak üzere iki kısma ayrılır. Nitekim malvarlığı haklarını belirlerken ekonomik değer taşıma kıstasını benimsediğimiz için, söz konusu hakların konusunun maddi bir varlığının olup olmaması önem taşımaz. O halde malvarlığı hakları içerisinde yer alan haklar, konusunu maddi malların oluşturduğu *alacak hakları*, *ayni haklar*, maddi değeri olan *yenilik doğuran haklar* ile konusunu maddi olmayan malların oluşturduğu *fikri mülkiyet haklarıdır*<sup>98</sup>.

Fikri mülkiyet hakları, bir kimsenin zeka ve becerisi sonucu ortaya çıkardığı ticarete konu olabilme özelliği taşıyan yeni, durumun hukuk düzenince korunması sonucunda ortaya çıkan ve sahibine bir takım inhisari haklar tanıyan gayri maddi mülkiyet hakkı çeşididir<sup>99</sup>. Belirtmek gerekir ki, sözünü ettiğimiz fikri mülkiyet hakları geniş anlamda fikri ve sınaî haklarını işaret etmektedir<sup>100</sup>. Nitekim fikri mülkiyetin konusunu oluşturan fikri ürünler yalnızca kişinin yaratıcı düşünce, zekâ ve hislerinin bir görünümünü oluşturmamakta; aynı zamanda hem ihtira ve patentler gibi üretim veya hizmet araçlarının icat edilmesinde ve geliştirilmesinde hem de kişilerin ticari hayatta ürettikleri malların veya sundukları hizmetlerin benzerlerinden

---

<sup>96</sup> Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.122.; Oğuzman/Barlas, s.147.

<sup>97</sup> Dural/Sarı, s.123; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.122; Oğuzman/Barlas, s.133.

<sup>98</sup> Yasaman, C.I, s.175; Dural/Sarı, s.123.

<sup>99</sup> Ayiter, Nurşin, İhtira Hukuku, Ankara 1968, s.1-2;

<sup>100</sup> Hirsch, Ernest, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, 1948; s.6; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s.4; Yasaman, C:I, s.175; Kılıçoğlu, Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, s.5 vd.; Aslan, Adem, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, İstanbul 2004, s.11 vd.; Fikri Mülkiyet hukuku terimine geniş anlam verilmesinin, bu terimin kapsadığı hukukların kendi içlerinde sınıflandırılmasına engel teşkil etmediği, buna göre fikri mülkiyet hukukunun eser, buluş, patent gibi fikri ürünler ile marka, ticaret ünvanı, coğrafi işaretler gibi ayırt edici ad ve işaretler olmaz üzere iki alt grupta incelenebileceği konusunda bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 4.

ayrılmasını sağlamak amacıyla kullanılan marka gibi işaretlerde de kendini göstermektedir<sup>101</sup>.

Fikri mülkiyet hakları maddi varlığının bulunmaması, somutlaştığı eşyadan bağımsız olması gibi özellikleriyle maddi varlıklar üzerinde kurulabilen haklardan ayrılmaktadır<sup>102</sup>. Nitekim fikri mülkiyete konu olan ürünler maddi bir varlığa sahip olmayan soyut ürünler olduğundan, üzerinde maddi mallar gibi mülkiyet vb. haklar kurulamaz<sup>103</sup>. Gayri maddi nitelikteki bu fikri ürünler sahibine yalnızca, üçüncü kişilerin bu mallardan yararlanmalarına engel olabilme gibi, inhisari yetkiler verir<sup>104</sup>.

Netice itibariyle, fikri mülkiyet hukuku başlığı kapsamında incelenen marka hakkı, ekonomik değer taşıması ve para ile ölçülebilir olması sebebiyle maddi varlığı olmayan bir malvarlığı değerini ifade eder<sup>105</sup>. Bu çerçevede hak sahibine, herkesin uymaya mecbur tutulduğu inhisari yetkiler tanıyan marka hakkı, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebildiğinden mutlak bir malvarlığı hakkıdır<sup>106</sup>.

## VI- MARKA HAKKININ KAZANILMASI

Marka hakkının iktisap edildiği zamanın belirlenmesine ilişkin iki sistem mevcuttur: Bunlardan ilki tescil sistemi, ikincisi ise kullanma sistemidir. Tescil sisteminde marka üzerindeki hak, bir işaretin marka olarak seçilip tescil edilmesi ve tescil edilen bu işaretin marka hukuku çerçevesinde kullanılması ile kazanılır<sup>107</sup>.

---

<sup>101</sup> **Dural/Sarı**, s.137; **Oğuzman/Barlas**, s.146; Sınai haklardan bir kısmı yaratıcı bir ürün değildir. Örneğin markanın özgün bir fikri eser olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu çerçevede hakkı tanımlayan fikir ibaresi aslından tam anlatılmak istenen ifade etmemektedir. Nitekim hakkın konusu mutlaka fikri ürün olması gerekmez. Dolayısıyla fikri mülkiyet hukuku kavramı ile bu kavram kapsamında incelenen sınai hak ve fikri hak kavramları eleştiriye açık kavramlar olduğunu belirtmek gerekir. (Bu hususta bakınız **Kaya**, s. 36).

<sup>102</sup> **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.4.

<sup>103</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.5.

<sup>104</sup> **Yasaman**, s. 176; **Kaya**, s.37.

<sup>105</sup> **Kaya**, s.39; **Öçal**, Akar, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara 1967, s. 36.

<sup>106</sup> **Arkan**, C.I, s.126; **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal, Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Haluk Tandoğan Anısına Armağan, Ankara 1990, s.336, **Yasaman**, C.I, s.488; **Kaya**, s.38; **Tekinap**, Fikri Mülkiyet, s.349; **Aslan**, s.12.

<sup>107</sup> **Yasaman**, C:I, s.181; **Kaya**, s..47.

Buna karşılık kullanma sisteminde, bir markayı tescil ettirmeden önce kullanarak, buna ayırt edicilik kazandıran kimse marka üzerinde hak sahibi olur<sup>108</sup>.

Bazı hukuk sistemleri marka hakkının kazanılmasını kullanma koşuluna bağlamıştır. Bazı sistemler ise marka hakkının kazanılmasını hem kullanma hem tescil veya yalnızca tescil koşuluna bağlamıştır. Örneğin Amerikan hukukunda markanın tescil edilebilmesi için, markanın tescil tarihinden önce kullanılmış olması aranmaktadır. Kullanımın ardından yapılan tescil ise yalnızca açıklayıcı mahiyettedir. İngiliz hukukunda ise bir markayı daha önce kullanmış veya daha önce kullanmamış olsa bile bir markayı kullanmak niyetinde olan herkes markayı tescil ettirebilir. Buna karşılık Fransız hukukunda ise marka hakkının doğumu tescile bağlıdır ve tescilden önceki kullanım kural olarak bir hak doğurmaz<sup>109</sup>.

KHK'nın 6. maddesinde “*Bu Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.*” ve 9. maddenin 3. fıkrasında “*Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder.*” düzenlemeleri yer almaktadır. KHK'daki bu düzenlemeler markanın sağladığı hakları üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği zamanı gösterirken, dolaylı yoldan da marka hakkının tescil ile oluştuğuna da işaret etmektedir<sup>110</sup>. Fakat tescil edilmemiş markalara da sınırlı koruma imkânı tanıyan KHK'nın benimsemiş olduğu düzenlemeler, marka hakkının tescille kazanıldığı kuralına da istisna oluşturmaktadır. Bu konuya bir alt başlıkta değineceğiz.

## VII- MARKANIN TESCİLİ ve TESCİLİN SONUÇLARI

KHK'nın 6. maddesine göre, bir işaretin marka korumasından yararlanabilmesi için tescilli olması şarttır. Bu düzenleme, marka hakkının korunmasında kural olarak tescil ilkesinin benimsendiğini göstermektedir.

---

<sup>108</sup> **Yasaman**, C:I, s.181.

<sup>109</sup> Marka üzerinde hakkın doğumu ile ilgili sistemler hakkında bkz. **Yasaman**, C:I, s.176 vd.

<sup>110</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.355; **Yasaman**, C:I, s.181; **Kaya**, s.49; KHK'da ilk kullanma sistemi ile yumuşatılmış tescil sisteminden oluşan karma bir sistemin benimsendiği yönündeki aksi görüş için bkz. **Arkan**, C:I, s.129.

Tescil başvurusu, TPE'ye yapılır. Başvuru şartları eksiksiz olarak yerine getirilmiş ve mutlak red nedenlerinden biri görülmemişse, tescil başvurusu “Resmi Marka Bülteni” nde yayımlanır. Marka tescil başvurusunun yayımlanması, marka tescil başvurusunun bültende yayınlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi halinde yasaklanması söz konusu olan fiiller nedeniyle başvuru sahibine, tazminat davası açma yetkisi verir. Fakat mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez (KHK m.9/3). KHK ve yönetmeliğe göre başvurusu eksiksiz bir şekilde yapılmış, eksiklikleri süresinde giderilmiş, başvuru süresinde tesciline itiraz edilmemiş ya da yapılan itirazlar kesin olarak reddedilmişse işaret marka siciline tescil edilerek, başvuru sahibine “Marka Tescil Belgesi” verilir (KHK m.39/1). İşaretin tescili kurucu etkiye sahiptir. Kurucu etkinin sonuçları olarak<sup>111</sup>:

- Marka üzerinde hak, başvuru sahibince iktisap edilerek, hak sahibi belirlenir.
- KHK ile sağlanan marka koruması elde edilir.
- Tescil yapılan mal veya hizmet sınıfına bağlı olarak, korumanın sınırları belirlenir (Bu sınırlama benzer mal veya hizmetler bakımından belirsizdir. Nitekim ikinci bölümde de ele alacağımız üzere, marka hakkının korunmasında benzer mal veya hizmetler belirlenirken somut olay esas alınarak bir değerlendirme yapılacaktır).

Sicil kaydı yapılan marka ile ilgili bilgiler yönetmelikte şekil ve şartları belirtildiği biçimde ve ikinci fıkrada yer alan unsurları da kapsamak üzere yayınlanır (KHK m.39/4). Tescilin ilanı bildirici etkiye sahip olup, yalnızca üçüncü kişiler açısından önem taşır<sup>112</sup>. Nitekim KHK m.9/3'e göre, markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder.

---

<sup>111</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.370; **Kaya**, s.183 vd., **Arkan**, C:I, s.126 vd.; **Tekil**, s.281.

<sup>112</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.370; **Arkan**, C:I, s.124.

Fakat tescil ilkesinin bir takım istisnalarına yer verilen KHK'da, tescil edilmemiş işaretlerin de bazı durumlarda himaye görmesi mümkündür. Bu istisnalardan ilki tanınmış markalara ilişkindir. Tanınmış markalar, tescilli olmasalar bile istisnai olarak sınırlı bir şekilde korunurlar. Nitekim tescilsiz tanınmış bir marka, sahibinin izni olmadan aynı mal veya hizmetler için başkasının adına tescil olunamaz. Yine tanınmış markanın başkası adına tescili, bu markanın toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi dolayısıyla haksız bir yarar sağlanmasına sebep olacaksa veya markanın itibarına zarar verecekse farklı mal veya hizmetler için de tescil talebi reddedilir<sup>113</sup>. İkinci istisna ise tescil edilmemiş bir işaretin, sahibine mutlak ve nisbi red nedenlerine dayanarak itirazda bulunabilmesidir. Bunlar tanınmış markalar, ayırt edici nitelik kazanan işaretler, rüçhan hakları, önce elde edilen haklar, yasaklama hakları ve yenilenmemiş markalardır<sup>114</sup>.

## VIII- MARKA HAKKININ KORUNMASI

Daha önce de belirttiğimiz üzere, marka hakkı, sahibine herkese karşı ileri sürebileceği inhisari yetkiler tanıyan mutlak bir haktır. Markaya bağlı hakların biri olumlu, diğeri olumsuz olmak üzere iki yönü bulunur. Markaya bağlı hakların olumlu yönüne göre, hak sahibi markayı tekel olarak kullanarak ve/veya markadan doğan hakkını devir, lisans gibi sağlararası işlemlere konu ederek, ekonomik anlamda markasını değerlendirebilir. Bu hakların olumsuz yönüne göre ise, marka sahibi kendisinden izin alınmaksızın markasının kullanılmasını engelleme yetkisine sahiptir. Bu yetki KHK çerçevesinde ya mahkemede dava açmak suretiyle ya da mahkeme harici talep veya itiraz suretiyle kullanılabilir. Şu halde tekeli kullanma hakkı ve ekonomik olarak değerlendirebilme imkânı markaya bağlı hakların olumlu yönünü, üçüncü kişilerin usulüne aykırı ve haksız kullanımını engelleme yetkisi ise olumsuz yönünü oluşturmaktadır<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.355.

<sup>114</sup> Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.356.

<sup>115</sup> Kaya, s.236.

Görüldüğü üzere, marka üzerindeki hak aynı zamanda, sahibine itiraz etme ve dava açma gibi yollarla koruma talep etme hakkı da tanımaktadır. Buna göre marka hakkı sahibi, markanın aynısını veya benzerini, aynı veya benzer mal veya hizmetlerde izinsiz olarak kullanan üçüncü kişilere karşı korumadan yararlanabileceği gibi, markasına zarar verici ve ayırt edici niteliğini zedeleyici sair kullanım şekillerine karşı da koruma talep edebilir<sup>116</sup>.

556 sayılı KHK çerçevesinde markanın korunması, hukuki koruma ve cezai koruma olmak üzere iki alt başlık halinde incelenir:

*Hukuki koruma* da iki yönlü olarak karşımıza çıkar. İlk yönünü itiraz hakkı oluşturur. İtiraz hakkına göre, tescil başvurusu yapılmış markalara karşı, başvurunun KHK' nin 7. ve 8. maddeleri aykırı veya kötü niyetle yapıldığı yönünde TPE'ye üç ay içerisinde itiraz edebilir (KHK m.35/1). Hukuki korumanın ikinci yönü, dava yolu ile hakkın korunmasıdır. Buna göre, KHK m.61'de yer verilen marka hakkına tecavüz teşkil eden durumlardan birinin varlığı halinde, marka sahibi yetkili mahkemeden tecavüzün durdurulması, zararın tazmini gibi KHK m.62'de yazılı olan taleplerde bulunabilmektedir<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> **Kaya**, s.229,230.

<sup>117</sup> **Madde 62** - Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, mahkemeden, aşağıdaki taleplerde bulunabilir:

- a) Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması,
- b) Tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararın tazmini,
- c) (Değişik bent: 03/11/1995 - 4128/5 md.) Marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el koyulması talebi.
- d) (c) bendi uyarınca el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması, (Bu durumda, söz konusu ürünlerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer, kabul edilen tazminatı aştığı zaman, marka sahibinin fazlayı karşı tarafa ödemesi gerekir.).
- e) (Değişik bent: 03/11/1995 - 4128/5 md.) Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle bu maddenin (c) bendine göre el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası talebi.
- f) Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulması.

*Cezai koruma* ise, KHK m.61/A 'da ayrıca düzenleme yapılmak suretiyle sağlanmıştır. Bu düzenlemeyle, ileriki bölümlerde ele alınacağı üzere, marka hakkına yönelik bir takım fiiller cezai yaptırıma bağlanmıştır. Cezai koruma, hukuki korumada olduğunun aksine, hakkı zedelenen kimsenin uğramış olduğu zararı telafi etmeye yönelik bir talebi içermemektedir. Nitekim cezai korumanın amacı, caydırıcılık fonksiyonu altında kanun koyucunun toplum açısından tehlikeli gördüğü fiillerin önlenmesini sağlamaktır. Bu nedenle cezai koruma, hukuki korumada olduğu gibi marka hakkı sahibine çeşitli taleplerde bulunma hakkı tanımaz. Cezai korumanın söz konusu olduğu durumlarda, hakkı zedelenen kimsenin talep edebileceği tek şey, maddede tanımlanmış fiillerin cezalandırılması yönünde, kendisine tanınan şikâyet hakkını kullanmasıdır.

Her ne kadar, hukuki korumanın marka sahibinin bireysel hak ve menfaatlerinin teminine yönelik olduğu; cezai korumanın ise marka hakkı sahibinin menfaatleriyle birlikte iktisadi düzenin de korunması amacına hizmet ettiği belirtilse de, bizce her iki korumanın amacı da aynıdır. Şöyle ki, hem hukuki koruma hem cezai koruma marka sahibinin hakları ile iktisadi düzenin muhafazasını sağlamaya yöneliktir. Zaten hukuk sisteminin öncelikli amacı kamu düzeninin inşası ve muhafazasıdır. Hukuki koruma ile cezai korumanın hizmet ettiği amaç aynı olmakla birlikte, koruma altına aldıkları fiillerin ortaya çıkardığı "tehlike" bakımından aralarında derece farkı bulunmaktadır. Nitekim cezai koruma, hakların korunması ve kamu düzeninin sağlanmasında hukuki korumanın yetersiz kaldığı noktada öngörülen ağır ihlalleri yaptırıma bağlama amacına hizmet ederek, bu farkı ortaya koyar. Bu derece farkı da kendisini, cezai yaptırıma bağlanan fiillerin işleniş şekillerinin, bazı noktalarda hukuki yaptırıma tabi tutulan fiillerin işleniş şekillerinden farklı olmasında kendisini gösterir.

Konumuz bakımından özellik arz eden kısım, marka korumasının ceza hukuku boyutunu ilgilendiren kısmı, yani marka suçlarıdır. Fakat inceleme konumuzun sınırını her ne kadar cezai koruma oluştursa da, hukuki korumaya kaynaklık eden fiiller birçok noktada cezai korumaya da kaynaklık edecektir. Bu nedenle sonuçları bakımından farklılıklar taşısa da, korumaya aldıkları fiiller

bakımından hukuki koruma ve cezai koruma benzerlikler taşımaktadır. O halde, marka hakkının korunmasına ilişkin öngörülen genel koşullar, cezai korumaya ilişkin açıklamalara da kaynaklık edecektir.

## **IX- MARKA HAKKININ SONA ERMESİ**

Marka siciline tescil ile kazanılan marka hakkı, iradi veya iradi olmayan sebeplerle sona erebilir. KHK m.40'a göre, tescilli markalar için öngörülen on yıllık koruma süresinin dolması ve m. 41/3'e göre yenileme talebinde bulunulmayan markalar üzerindeki hak sona erer (KHK m.45/1-a). Sürenin dolması dışında, marka sahibinin hakkından vazgeçmesi, diğer bir ifadeyle feragat etmesi halinde de marka üzerindeki hak sona erer (KHK m.45/1-b). Bunların dışında marka hakkı iradi olmayan sebeplerle de sona erebilir. İradi olmayan sona erme sebepleri, KHK m.42'de düzenlenen hükümsüzlük sebepleridir. Bu hükümsüzlük nedenlerinin bir kısmı başlangıçta var olan sebeplere dayanmakla birlikte, bir kısmı sonradan meydana gelen sebeplere dayanmaktadır. Fakat netice bakımından bir farklılık bulunmamakta, markanın hükümsüzlüğüne hükmedilmesiyle birlikte, KHK m.44/2-a,b'de belirtilen durumlar haricinde, bu karar geçmişe yürüyerek marka hakkını tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırır.

## **§ 2. MARKA SUÇLARINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER**

### **I- GENEL AÇIKLAMALAR**

Markaların ticari yaşamda rol aldığı görev, bunların gerek ulusal gerekse de uluslararası düzeyde korunmasını zorunlu kılmıştır. Bir sınai hak olan markanın ticari yaşamdaki bu önemi, hakkın ihlaline yönelik alınacak tedbirlerin arttırılması ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Hatta bu ihtiyaç öyle bir hal almıştır ki, hukuki ve idari koruma tek başına yeterli gelmemiş, caydırıcılığın sağlanması için cezai korumanın da devreye sokulmasını gerektirmiştir<sup>118</sup>. Nitekim artık açıkça kabul

---

<sup>118</sup> **Yüksel**, Mehmet, Küreselleşme Sürecinde Fikri Mülkiyet Haklarına Sosyolojik ve Felsefi Açından Genel Bir Bakış, Hukuk ve Adalet, S:4, Ekim-Aralık 2004, s.12.



edilmektedir ki, marka hakkı yalnızca hak sahipleri açısından değil, ekonomik sistemin ve bu sistemin içerisinde var olan toplum açısından da önem arz eden, kamusal yönü ağır basan bir haktır. Şu halde, bireyin yararının, toplumsal düzeni doğrudan ilgilendiren iktisadi düzenin yararı ile örtüştüğü noktada, bu düzenin korunması amacıyla ceza hukukunun müdahalesi kabul edilebilir niteliktedir.

Ekonominin küreselleşmesi sonucunda, markanın konumu uluslararası toplum ve uluslararası iktisadi düzen bakımından da büyük bir önem arz etmektedir. Bu nedenle bir araya gelen devletler, uluslararası düzenlemeler aracılığıyla, marka hakkının belli bir çerçevede cezai yönden korunması konusunda taraf devletleri düzenleme yapma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Bu çerçevede yapılan TRIP'in 61. Maddesinde *“Üyeler en azından, ticari ölçekte bilerek marka sahtekarlığı veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ve cezaları hükme bağlayacaklardır. Uygulanabilecek telafi yöntemleri eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı nitelikte olan hapis ve/veya para cezalarını içerecektir. Uygun hallerde, uygulanabilecek telafi yöntemleri, ihlale neden olan malların ve suçun işlenmesinde esas olarak kullanılan malzeme ve aletlere el konmasını, bunlar üzerindeki hakkın kaybedilmesini ve bunların imha edilmesini de içerecektir. Üyeler fikri mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu ihlal suçu kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak cezai usuller ve cezaları hükme bağlayabilirler.”* düzenlemesine yer verilerek, taraf devletlerce bu konuda gereken ulusal düzenlemenin yapılması zorunlu kılınmıştır.

Netice itibariyle, hukukumuz bakımından marka hakkına yönelik cezai korumanın öngörülmesi hem toplumsal düzenin merkezine oturan iktisadi düzene yönelik tehlikeli davranışları yaptırım altına almanın, hem de bu amaca hizmet eden uluslararası düzenlemelere taraf olmanın getirdiği bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

## II- MARKA SUÇU KAVRAMI ve MARKA SUÇLARININ NİTELİĞİ

Suç, kanuni tipte yer alan unsurları ihlal etmeye yönelmiş, hukuka aykırı ve kusurlu insan davranışı olarak tanımlandığına göre<sup>119</sup>, marka suçları da bu çerçevede bir tanıma kavuşturulabilir. Şu halde marka suçları, marka hakkına yönelik bir takım haksız fiillere cezai yaptırım öngören normları ihlal eden, hukuka aykırı ve kusurlu insan davranışlarıdır. Marka suçlarını tanımladıktan sonra, bu suçların ceza hukukunda diğer suçlar içerisindeki konumu belirlenmelidir.

Suçlar şiddet suçları, cinsel suçlar, mal aleyhine işlenen suçlar, trafik suçları, ekonomik suçlar, çevre suçları ve bilgisayar suçları gibi çeşitli tasniflere tabi tutularak incelenmektedir<sup>120</sup>. Bunlardan ekonomik suçlar, ulusal ekonomideki üretim, tüketim, değişim, bölüşüm ilişkilerini düzenleyen, yani bir bütün olarak ekonomik düzeni koruyan düzenlemeleri ihlal eden fiiller olarak tanımlanmaktadır<sup>121</sup>. Bizce de, ekonomik düzenin tesisi için kurulmuş, iktisadi yaşamın şekillendirilmesine dair kurallara aykırı olan ve bu aykırılık dolayısıyla toplumun ve bireylerin menfaatlerini ihlal etmek suretiyle kamu düzenini sarsma tehlikesini bünyesinde barındıran fiiller, ekonomik suçlar olarak nitelendirilmelidir.

Ekonomik suçların kapsamının çizilmesi, gelişen ekonomik ilişki ve ekonomik yaşam karşısında bir hayli güçtür. Bireyin ve toplumun ekonomik menfaatlerini ihlal ederek, ekonomik düzene etki eden birçok fiil ekonomik suçlar kapsamında değerlendirilebilir. Dolayısıyla, ekonomik suç belirli bir suç tipini oluşturan fiillere yönelik olmayıp, meydana çıkardıkları etki bakımından ortak özellikler taşıyan birden fazla suç tipinin yer aldığı kategoriye ifade etmek için

---

<sup>119</sup> **Özbek**, Veli Özer/**Kanbur Nihat/ Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2011, s.192.

<sup>120</sup> **Demirbaş**, Timur, Kriminoloji, Ankara 2005, s.214 vd.

<sup>121</sup> **Mahmutoğlu**, Fatih Selami, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara 2003, s.37; **Demirbaş** ise, kayıt altına alınamayan, kamu otoritesinin kontrolü dışında olan ve kamu düzenini korumak için çıkarılmış kanunlara aykırı olarak cereyan eden fiilleri ekonomik suç olarak tanımlamaktadır. (bkz. **Demirbaş**, Kriminoloji, s.248).

kullanılan bir terimdir<sup>122</sup>. Bu çerçevede, ticari suçların da ekonomik suçlar üst başlığı altında ele alınan fiillerden oluştuğu söylenebilir.

Ticari suç, ticari yaşamın süjeleri olan gerçek veya tüzel kişilerin ticari işlerini düzenleyen kurallara aykırılık teşkil eden ve yine bu kurallara göre suç olarak tanımlanmış fiillerdir<sup>123</sup>. Buna göre, ticaretin araçlarından biri haline gelmiş markanın, sahibine tanıdığı hakka yönelik işlenen fiilleri de ekonomik suçlar başlığı altında bir ticari suç olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

### III- MARKA SUÇLARININ DÜZENLENME ŞEKLİ

Marka hakkı kişinin malvarlığına dâhil bir unsur olduğuna göre, bu hakka yönelik işlenen fiiller de aslında malvarlığına karşı işlenmiş olacaktır. Malvarlığına karşı suçlar temel ceza kanunları çerçevesinde (hırsızlık, dolandırıcılık, yağma, mala zarar verme vs. suçları) düzenleme alanı bulmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda mal varlığı haklarına ilişkin çeşitli düzenlemelerle cezai koruma öngörülmüşken, acaba neden marka hakkı ayrı bir yasa ile koruma altına alınmıştır?

Cezai yönden korunan markanın hak kavramı içerisindeki konumunun belirlenmesi, aslında onun ayrı bir yasa ile korunma gerekçesini de açıkça ortaya koymaya yardımcı olacaktır. Marka hakkının niteliğini ortaya koyarken, bunun maddi varlığı olmayan bir malvarlığı hakkı olduğunu belirtmiştik. Marka hakkı eğer maddi varlığı bulunan bir eşyaya bağlı olsaydı, söz konusu eşyaya yönelik fiiller marka hakkına saldırı oluşturacak ve bu fiillerin malvarlığına karşı suçlar kapsamında cezalandırılması mümkün olabilecekti. Fakat marka hakkı, hukukun varsaydığı bir değer ifadesi olarak karşımıza çıktığı için, bu hakkın somut bir eşyaya yönelik fiille saldırıya uğraması söz konusu olamaz.

---

<sup>122</sup> **Tiryaki**, Tercan/ **Gürsoy**, Türker, Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi, S:55, Ekim- Aralık 2004, s.54.

<sup>123</sup> Farklı şekilde yapılan tanımlar için bkz. **Erman**, Sahir, Ticari Ceza Hukuku, Genel Kısım, 3. Bası, İstanbul 1992, s.4; **Mahmutoğlu**, s.36.

Marka hakkına saldırı teşkil eden fiiller, markanın ayırt etme ve buna bağlı ortaya çıkan diğer işlevlerin yarattığı ekonomik etkiden yararlanmaya yöneliktir ve ancak marka hukukunun marka hakkına ilişkin çizmiş olduğu çerçevenin dâhilinde işlenebilir. Dolayısıyla marka hakkına yönelik işlenen fiillerin cezalandırılabilmesi için, yine bu hakkın niteliğine özgü özel düzenlemeler yapılması bir zorunluluktur. Aşağıda da ele alınacağı üzere, hukukumuzda marka suçlarının öncelerden beri özel normlarla cezai yaptırıma bağlanması, bu zorunluluğun bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

## **VI- MARKA SUÇLARINA YÖNELİK DÜZENLEMELER**

### **A- 556 Sayılı KHK'dan Önceki Döneme İlişkin Düzenlemeler**

1857 tarihli Fransız Markalar Kanunu'na dayalı olarak çıkarılan 28 Nisan 1304 tarihli Fabrika Mamulatiyle Eşyai Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamnamenin 14 ve 20. maddelerinde yer verilen düzenlemelerle, marka hakkı ceza hukuku koruması altına alınmıştı. Genel çerçeveyi çizmek gerekirse, Nizamnamenin 14. maddesinde marka taklitçiliği, 15. maddesinde ise karışıklık yaratma fiilleri cezai yaptırıma bağlanmıştı. Nizamnamenin 16. maddesinde ise, Nizamname m.2 uyarınca kabulü zorunlu tutulan işaretleri kullanmadan satma veya satışa arz etme fiilleri cezalandırılmaktaydı.

1965 tarihli 551 sayılı Markalar Kanunu döneminde ise, marka hakkına yönelik işlenen fiiller 51, 52 ve 53. maddelerle cezai yaptırıma bağlanmıştı. Söz konusu düzenlemelere göre, *“tescil edilmiş marka kullanılmasının zorunlu olduğu durumlarda buna aykırı hareket edenler ile bir markayı tescil edilmiş olduğu şekilden gayri şekilde kötü niyetle kullananlar”*; *“başkası adına tescil edilmiş bir markanın aynını veya benzerlerini kullananlar veya hak sahibinden gayri kimse tarafından haksız olarak kullanılan markaları taşıyan emtiayı bilerek satışa arzedenler, satanlar, dağıtanlar, memlekette sokanlar veya memleketten çıkaranlar ve bu fiillere iştirak edenler”* cezalandırılmaktaydı. Görüldüğü gibi, Markalar Kanunu döneminde, ilki usule aykırılığa, ikincisi markanın aynısının veya benzerinin

kullanılması ile haksız markayı taşıyan ürünlerin ticaretine yönelik fiillere ilişkin olmak üzere marka iki temel suç şekli yer almaktaydı.

## **B- 556 Sayılı KHK Dönemine İlişkin Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Uğradığı Değişiklikler**

### **1. 4128 sayılı Kanunla Düzenleme**

551 sayılı Markalar Kanununun yürürlüğüne 556 sayılı KHK ile son verilirken, suçta ve cezada kanunilik kuralı gereğince 03.11.1995 tarih ve 4128 sayılı Kanunla, 556 sayılı KHK'ya marka hakkına yönelik işlenen fiilleri cezai yaptırıma bağlayan 61/A maddesi eklenmiştir. Bu değişiklikle, aşağıdaki fiiller suç olarak düzenlenmiştir:

- Gerçeğe aykırı kimlik bildiriminde bulunmak, (KHK m.61/A, bent (a))
- Marka koruması olduğunu belirten işareti kaldırmak, (KHK m.61/A, bent (a) )
- Kendini marka başvurusu yapmış veya marka hakkı sahibi gibi göstermek (KHK m.61/A, bent (a) ),
- Marka üzerinde hukuka aykırı tasarrufta bulunmak(KHK m.61/A, bent (b) ),
- Korunan bir marka hakkı olmadığı halde, marka hakkı sahibi olduğu izlenimi uyandıracak şekilde markayı kullanmak (KHK m.61/A, bent (b) ),
- Marka hakkına tecavüz sayılan fiillerde bulunmak (KHK m.61/A, bent (c) göndermesi ile KHK m.61 )

4128 sayılı Kanunla değişik KHK'nın 61/A maddesinde, ceza hukukunun genel hükümlerinden ayrılarak bazı özel düzenlemelere de yer verilmişti. Nitekim marka suçlarında şikayet hakkı sahiplerinin daha geniş tutulması, 6 aylık şikayet

süresi kuralından ayrılarak 2 yıl gibi daha uzun şikayet süresinin kabul edilmesi bunu açıkça göstermekteydi<sup>124</sup>.

## 2. 5194 sayılı Kanunla Düzenleme

4128 sayılı Kanunla değişik KHK m.61/A'nın (c) bendinde tecavüz eylemleri, marka hakkına tecavüz fiillerinin düzenlendiği KHK m.61'e atıf yapılmak suretiyle cezai yaptırıma bağlanmaktaydı. Cezai sorumluluk öngören 4128 sayılı Kanunla değişik KHK m.61/A'nın, KHK'nın diğer maddelerine atıfta bulunması, hangi tür fiillerin marka hakkına tecavüz suçunu oluşturacağı konusundaki belirlemenin kanun ile değil, KHK ile yapıldığı sonucundan hareketle kanunilik ilkesini zedelediği belirtilmişti<sup>125</sup>. KHK m.61/A'nın gönderme yaptığı KHK m.61'in (d) bendinin "*Anayasanın 33. maddesinde öngörülen suçların kanunla konulacağı ve 64. maddesindeki kanun yapmak yetkisinin TBMM'ne tanıdığı ve 91. madde KHK ile suç ihdas edilemeyeceği*" yönündeki Anayasaya aykırılığı iddiasıyla yapılan bir başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, "*KHK ile suç yaratılamayacağı*" gerekçesiyle itiraza konu olan (d) bendinin iptaline karar vermiştir<sup>126</sup>.

<sup>124</sup> Söz konusu düzenlemeye göre, "*Marka korumasından doğan hakları tecavüze uğrayandan başka, 61 inci maddede sayılanlar dışında kalan suçlarda **Enstitü**; marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapılması ile korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresi bittiği veya herhangi bir sebeple marka hakkının hükümsüzlüğü veya marka korumasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında; kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticari evrakına veya ilanlarına hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyma veya bu amaçla yazılı ve görsel basındaki ilan ve reklamlarda bu tarzda yazı, işaret veya ifadelerin kullanılması durumlarında **5590 veya 507 Sayılı kanunlara tabi kuruluşlar ve Tüketici Demekleri** de şikâyet hakkına sahiptir. Şikâyetin fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren iki yıl içinde yapılması gerekir.*"

<sup>125</sup> **Özgenç**, İzzet, Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, Ünal **Tekinalp**'e Armağan, C:III, İstanbul 2003, s.836.

<sup>126</sup> "*Anayasa'nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasayla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnemelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür. İtiraz konusu 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinde, 61/A maddesinde ceza öngörülen eylemler düzenlenmektedir. **Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir.** Bu nedenle, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesinin (d) bendi Anayasa'nın 91. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.*" AYM, 02.03.2004, E.2002/92, K.2004/25, (anayasa.gov.tr).

Anayasa mahkemesinin 2004 tarihli iptal kararının ardından, 22.06.2004 tarih ve 5194 sayılı Kanunla, KHK m.61/A'da bir takım değişiklikler yapılarak yürürlüğe konulmuş, fakat cezai sorumluluk öngören bu maddenin (c) bendiyle KHK m.61'e yaptığı gönderme muhafaza edilmişti. Bu nedenle "5194 sayılı Yasa ile değişik 4128 sayılı Yasa ile 556 sayılı KHK'ye ek 61/A-c madde ve bendi ile bu bent hükmündeki atf dolayısıyla aynı KHK'nin 61. maddesinin (a) ve yine bu bent atfıyla 9. maddesinin 1 ve 2. fıkralarının (b) bentlerinin hukuk devleti ve suçların yasallığı ilkelerine" ters düştüğünden bahisle, KHK m.61/A'nın (c) bendi 2008 yılında tekrardan Anayasa Mahkemesine itiraz konusu oldu. Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede, kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, dava konusu olan KHK hükümlerinin iptaline karar verdi<sup>127</sup>.

Doktrinde kimi yazarlarca, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yerinde olmadığı belirtilmiştir. **Ayoğlu**'na göre, Anayasa Mahkemesi, aslında cezai norm niteliği taşımayan m.9 ve m.61 hükümlerinin bazı bentlerini, ceza normlarına özgü

---

<sup>127</sup> "556 sayılı KHK'nin itiraz konusu 9. ve 61. maddelerinde belirtilen eylemlere, 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 61/A maddesinde ceza yaptırımı öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlemesi de bu sonucu değiştirmez. Bu nedenle, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bentleriyle 61. maddesinin anılan bentler yönünden incelenen (a) bendiyle (c) bendi Anayasa'nın 38. ve 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir. **KARŞI OY:** Bu maddenin içeriğinde ise doğrudan KHK 61. maddesine "madde de yazılı fiillerden biri" demek suretiyle herhangi bir sınırlama getirmeyip hepsini aynı nitelikte gördüğünden önceki Anayasa Mahkemesi Kararının 61/A-c maddesini o davaya konu 61/d yönünden incelenmesi ile davanın konusu eylemin 61/A-c'nin atfettiği 61. maddenin (c) bendi yönünden görülmesi arasında hiçbir fark yoktur. Suçu tasnif eden, kapsamını belirleyen, niteleyen madde 61/A-c'dir ve bu madde 2003 yılında suç ve cezaların kanuniliği ilkesi yönünden Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. 9. ve 61. maddelerin ilgili bentleri, 61/A-c nedeniyle incelendiğinden aykırı bulunmayan bu madde nedeniyle suç sayılan fiillerin yer aldığı maddelerin Anayasa'ya aykırılığının değerlendirilmesine gerek duyulmamıştır. Anayasa'ya uygun nitelenen 61/A-c'nin uygunluğunun sadece Anayasa'nın 38. ve 91. maddeleri yönünden yapıldığı, davayı getiren Mahkemenin getirdiği suçla ceza oranı dengesini ifade eden ölçülülük ilkesi yönünden bir değerlendirmenin yapılmamış olduğu, maddenin 4128 sayılı denetlenmiş halinin 5194 sayılı Yasa ile yeniden düzenlendiği, bu nedenle on yıllık yasak kapsamında olmadığı söylenebilir ise de, maddede yapılan değişikliğin suçun kapsamını belirleyen nitelikleri yönünden olmayıp, sadece yasakoyucunun takdirindeki para cezası miktarının tayini yönünden olmakla, kanun hükmünün suçu niteleyen öz'e ilişkin olmaması, aksi halde hapis cezası yanında ferri'si sayılacak para cezasında miktar değişikliği ile her zaman Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası yönünden yasağın kolayca by-pas edilmesine olanak sağlanmış olacağı düşünceleri ile iptali istenen kural yönünden Anayasa'nın 152. maddesi kapsamında kaldığı gerekçesi ile çoğunluk görüşüne karşıyım. " AYM, 03.01.2008, E.2005/15, K.2008/2, (anayasa.gov.tr).



olan ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin kanun ile öngörülmesi yönündeki gerekçeyle iptal etmesi yanlıştır. Nitekim bunlar ceza normu olmamasına karşın suç tipini düzenleyen normlar olarak kabul edilmiş, bu yanlış algı marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin deforme edilmesine sebep olmuştur<sup>128</sup>.

Ayoğlu'nun görüşüne katılmamaktayız. Kanunilik ilkesinin ceza hukukunda iki türlü görünüş biçimi bulunmaktadır: Birincisi suçta kanunilik, ikincisi ise cezada kanunilik. Suçta kanunilik, suç teşkil eden fiillerin önceden kanunda açıkça gösterilmesidir. Buna göre kanunun koyucu suç teşkil eden fiilleri bütün unsurlarıyla birlikte belirgin yani açık bir şekilde tanımlayarak ceza normlarını kaleme almalıdır. Cezada kanunilik ise bir kimseye yasalarda suç olarak tanımlanan bir fiilden ötürü nasıl ve ne kadar cezai yaptırım uygulanacağını kanunda gösterilmesidir. Bu ilkeye göre, suç teşkil eden bir fiilden ötürü kanunda gösterilmeyen bir cezaya hükmedilemeyeceği gibi, kanunda belirlenen cezanın miktar ve cinsinden başka bir cezaya da hükmedilemeyecektir. O halde, kanunilik ilkesi yalnızca ceza ve ceza yerine geçen tedbirlerin kanunla düzenlenmesini emreden bir ilke değildir. Kanunilik ilkesi uyarınca hem **suçlar** hem de **cezalar** kanunla belirlenmeli; tipikliği oluşturan unsurlarla birlikte, tipik hareketin ihlal edilmesi halinde uygulanacak ceza da kanunda açıkça gösterilmelidir. Dolayısıyla, bir ceza normunun yalnızca uygulanacak cezayı belirleyerek, bu cezanın uygulanacağı fiiller bakımından kanun dışındaki düzenlemelere atıfta bulunması yani, tipikliğin çerçevesini kanunla belirlememesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine ters düşer. Bu nedenle, bir ceza normu olan KHK m.61/A'nın (c) bendinin, suç tipinin unsurunu oluşturan fiillerin belirlenmesi bakımından KHK hükümlerine atıfta bulunması Anayasaya aykırılık oluşturur.

---

<sup>128</sup> **Ayoğlu**, Tolga, Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9 ve 61. Maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 3.3.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, FMR, C:8, S:2008/4, s.37.



### 3. 5388 Sayılı Kanunla Düzenleme

Anayasa mahkemesinin en son vermiş olduğu iptal kararından sonra, marka hakkına tecavüz teşkil eden fiilleri cezai yaptırıma bağlayarak, bu konuda doğan boşluğu doldurmak amacıyla 556 sayılı KHK'da 21.01.2009 tarih ve 5833 sayılı Kanunla değişiklik yapılması yoluna gidilmiştir<sup>129</sup>.

<sup>129</sup> MARKALARIN KORUNMASI HAKKINDA KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMEDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN, Kanun Numarası: 5833, Kanun Kabul Tarihi: 21/01/2009, Resmi Gazete Tarihi: 27/01/2009, Resmi Gazete Sayısı: 27124

**Madde 1** - 24/6/1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"**Madde 9** - Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibi, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep edebilir:

- a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması.
- b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.
- c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye'de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.

Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir:

- a) İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması.
- b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması.
- c) İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması.
- d) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.
- e) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması.

Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Marka tescil başvurusunun bülte yayınlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi halinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez."

**Madde 2** - 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"**Madde 61** - Aşağıda sayılan fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:

- a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 9 uncu maddede belirtilen biçimlerde kullanmak.
- b) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.

5833 sayılı Kanunla birlikte KHK'nın marka hakkına tecavüz fiillerini düzenlediği 61. maddesi ile bu maddenin göndermede bulunduğu KHK'nın 9. maddesi aynen; Anayasa Mahkemesinin iptal kararına konu olan KHK'nın 61/A maddesi ise yeni baştan kaleme alınarak yasal bir zemine kavuşturulmuştur. Böylelikle daha önce Anayasa mahkemesine itiraz konusu olan hususlardaki eksiklikler giderilmiş oldu. Netice itibariyle, 5833 sayılı Kanunla, marka hakkına yönelik fiiller üç ayrı suç tipiyle cezai yaptırıma bağlanmıştır. İkinci bölümde de detaylı olarak ele alınacağı üzere, bunlar:

- Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek, mal veya hizmet üretmeye, satışa arz etmeye veya satmaya,
- Marka koruması işaretini kaldırmaya,

---

c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmaktır.

d) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek."

"Ceza hükümleri

**Madde 61/A** - Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

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

Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

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

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

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların soruşturulması ve kovuşturulması 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."

**Madde 4** - Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

**Madde 5** - Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

- Başkasına ait marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunmaya yönelik fiillerdir.

Marka suçlarına yönelik yürürlükteki düzenleme, önceki düzenlemeye nazaran farklılıklar içermektedir. Öncelikle 5833 sayılı Kanunla değişik KHK m.61/A ile suç sayısı azaltılmıştır. Nitekim değişiklikten önce mevcut olan gerçeğe aykırı kimlik bildiriminde bulunmak, kendini marka başvurusu yapmış veya marka hakkı sahibi gibi göstermek ve korunan bir marka hakkı olmadığı halde, marka hakkı sahibi olduğu izlenimi uyandıracak şekilde markayı kullanmak suçlarına yeni düzenlemede yer verilmemiştir. Buna karşılık marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf ve tescilli marka koruması işaretini kaldırma suçları muhafaza edilmiştir. Yine marka hakkına tecavüz suçunun düzenlendiği birinci fıkrada, 5194 sayılı Kanunla değişik KHK m.61/A'nın (c) bendinde olduğu gibi marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri düzenleyen KHK m.61'e doğrudan atıfta bulunma usulüne son verilmiş ve detaylı olarak görüleceği üzere, marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerden yalnızca iltibas ve iktibas teşkil edenler suç kapsamına alınmıştır.

### **C. Markalar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemeler**

Marka hakkına yönelik fiiller, Marka Kanunu Tasarısının 74. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir<sup>130</sup>. Tasarının 74. maddesinin birinci fıkrasında marka hakkına tecavüz suçu, ikinci fıkrasında taklit markalı malların ticareti suçu, üçüncü fıkrasında marka koruması işaretini kaldırma suçu, dördüncü fıkrasında marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu ve nihayet beşinci fıkrasında ise kendisini marka hakkı sahibi olarak gösterme suçu düzenlenmiştir.

*(i) Marka hakkına tecavüz suçu (m.74/1): "Markanın sağladığı haklara tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."*

<sup>130</sup> Tasarının Dönemi ve Yılı: 23/3, Esas: 1/681,(<http://www.tbmm.gov.tr>, erişim: 06.07.2011).

Tasarının 74. maddesinde yer verilen marka hakkına tecavüz suçunda, **“markanın sağladığı haklara tecavüz”** ifadesine yer verilerek, söz konusu tecavüz hallerinin düzenlendiği Tasarının 57. maddesine gönderme yapılmıştır. Markanın sağladığı haklara tecavüz teşkil eden haller, Tasarının 57. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir:

a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 9 uncu maddede belirtilen biçimlerde kullanmak, *-bu kullanım biçimleri-*:

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

b. *Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dâhil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.*

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

b) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek,

c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek,

gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak,

- d) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek,
- e) 73 maddenin birinci fıkrası uyarınca mahkemece talep edilen bilgiyi vermekten kaçınmak

Marka hakkına tecavüz oluşturan fiillere ilişkin olarak, Tasarının 57. maddesi ile KHK m.61 benzerlik göstermektedir. Buna karşılık tasarının getirmiş olduğu farklılık, Tasarının 57. maddesinin (e) bendinin göndermesiyle, Tasarının 73. maddesi çerçevesinde talep edilen bilgiyi mahkemeye sunulmamasının da, marka hakkına tecavüz kapsamında değerlendirilmesidir<sup>131</sup>.

Belirtmek gerekir ki, KHK m.61'deki yanlışlık, aynen Tasarının 57. maddesine de taşınmıştır. Şöyle ki, marka hakkına tecavüz fiilleri bakımından KHK m.9'a atıf yapıldıktan sonra, KHK m.61/(c)'ye gerek kalmamaktadır. Nitekim KHK m.61/(c)'deki marka hakkına tecavüz fiilleri, KHK m.9 ile karşılanmaktadır. Dolayısıyla KHK m.61/(c) düzenlemesi gereksizdir<sup>132</sup>. Aynı durum Tasarının 57. maddesi bakımından da geçerlidir. Zaten Tasarının 57. maddesi, Tasarının 9. maddesine yollama yaparak, 57. maddenin (c) bendindeki halleri tecavüz kapsamına

---

<sup>131</sup> **Marka Kanunu Tasarısı m.73:** "Marka hakkı sahibinin haklı ve makul talebi üzerine mahkeme;

- a) Markanın sağladığı haklara tecavüz eden kişilerin,
- b) Markanın sağladığı haklara tecavüz teşkil eden ürünleri ticari amaçla elinde bulunduran kişilerin,
- c) Markanın sağladığı haklara tecavüz teşkil eden fiilleri gerçekleştirmek suretiyle ticari amaçlı hizmet sunan kişilerin,
- d) (b) ve (c) bentlerinde belirtilen kişiler tarafından, ürünlerin üretimi veya dağıtımını ya da hizmetlerin sunumuna katıldıkları ifade edilen kişilerin,

Marka hakkına tecavüz teşkil eden ürünlerin kaynağı, dağıtım ağları, ürünleri tedarik edenlerin, üreticilerin, dağıtıcıların, toptan veya perakende satıcılarının isim ve adresleri, üretilen, dağıtılan alınan ya da sipariş edilen miktarlar, bunların fiyatları veya benzeri konularda bilgi vermelerine karar verir."

<sup>132</sup> Aynı yönde, **Arkan**, Sabih, Marka Hakkına Tecavüz Halleri, GSÜHFD, Prof. Dr. Erden KUNTALP'e Armağan, C:I, S:1/2004, s.6

almıştır. Buna rağmen yine de 57. maddenin (c) bendi düzenlemesine yer verilmesinde fayda yoktur.

**(ii) Taklit markalı malların ticareti suçu (m.74/2):** “Markanın taklit edilmesi suretiyle üretilen malı satan, satışa sunan, gümrük gölgesine yerleştiren, gümrükçe onaylanmış bir işlem ya da kullanıma tabi tutan veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elinde bulunduran kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis veya beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Markanın taklidi, marka hakkına tecavüz teşkil eden bir durum olduğu için, Tasarının 74. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen bu suç, aslında birinci fıkrada düzenlenen marka hakkına tecavüz suçunun farklı bir şeklini oluşturmaktadır.

**(iii) Marka koruması işaretini kaldırma suçu (m.74/3):** “Eşya veya ambalaj üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti, yetkisi olmadan kaldıran kişi bir yıla üç yıla kadar hapis veya beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Bu suç, KHK m.61/A'nın ikinci fıkrasında düzenlenen marka koruması işaretini kaldırma suçunun aynısı olup, aralarında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

**(iv) Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu (m.74/4):** “Yetkisi olmadığı halde, başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans vermek veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Bu düzenleme de, KHK m.61/A'nın üçüncü fıkrasında düzenlenen marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçuyla paralel bir düzenlemedir.

**(v) Kendisini marka hakkı sahibi olarak gösterme suçu (m.74/5)** “Tescilli bir marka sahibi olmadığı halde, tescilli bir marka sahibi olduğu kanaatini

*uyandıran yazı, işaret veya ifadeleri kullanan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”*

5833 sayılı Kanunla değişik KHK m.61/A’da kendisini marka sahibi olarak gösterme suçuna yer verilmemiştir. Buna karşılık 5833 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, KHK m.61/A’nın (a) bendinde “...kendisini marka başvurusu veya marka hakkı sahibi olarak göstermek” suç olarak tanımlanmıştı. Şu halde, 5833 sayılı kanunla suç olmaktan çıkarılan bir fiil, kapsamı daraltılarak Tasarıyla tekrardan suç olarak düzenlenmektedir.

Tasarıdaki düzenlemeye göre, markası tescilli olmadığı halde, markasının tescilli olduğu izlenimi uyandıran yazı, işaret veya ifadeleri kullanan kişilerin fiili suç teşkil edecektir. Örneğin, henüz tescil ettirmemiş olmamasına rağmen markasıyla birlikte ® işaretini kullanan veya “Müsecel Marka” ya da “Tescilli bir markadır.” şeklindeki açıklamalara yer veren kimsenin fiili, kendisini marka hakkı sahibi olarak gösterme suçunu oluşturacaktır. Bu ifadelerin kullanılma yerine ilişkin maddede herhangi bir sınırlama öngörülmüş değildir. Dolayısıyla suçun oluşması bakımından, markanın tescilli olduğu izlenimi uyandıracak yazı, işaret ifadeler, eşya veya ambalajın üzerinde kullanılabilmesi gibi; iş evrakı, reklam araçları gibi vs. yerlerde de kullanılabilir.

Görüldüğü üzere, Tasarıda marka hakkı aleyhine işlenen suç sayısı, 5833 sayılı Kanunla değişik KHK’da düzenlenenlerin aksine arttırılmıştır. Diğer taraftan, marka hakkına yönelik bütün tecavüz fiilleri de suç kapsamına alındığı için, Tasarıdaki marka suçları, KHK’daki marka suçlarından kapsam itibariyle de geniş tutulmuştur.

## V- MARKA SUÇLARINA YÖNELİK MEVCUT DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A- Genel Açıklamalar

5833 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte, marka hakkına tecavüz suçu bakımından, tipte yer alan fiillerin tespiti noktasında önem arz eden KHK m.61 ile bu maddenin gönderme yaptığı KHK m.9 yasal zemine kavuşturularak, değişiklikten önceki KHK m.61/A'ya ilişkin, Anayasa Mahkemesine itiraz konusu olan hususlar ortadan kaldırılmış oldu. Fakat yeni düzenlemeye ilişkin farklı eleştiriler de gündeme gelmektedir.

Marka hakkına tecavüz suçu bakımından, KHK m.61'e yapılan göndermeye son verilmesine karşılık, KHK m.61/A'nın birinci fıkrasında iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzden söz edilmiş, fakat bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Daha önce KHK'nın herhangi bir yerinde kullanılmayan bu kavramlara, suç tipinde yer verilmesi eleştirilmelidir. Ceza hukukunun güvence fonksiyonu açısından, suç tipinde kullanılan kavramların belirliliği büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle söz konusu kavramların, özellikle iltibas kavramının kanunilik ilkesi ile uyumunun ve bu uyum çerçevesinde nasıl bir tanımlama yapılabileceğinin ortaya konulması gerekmektedir.

Diğer bir husus, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçuna ilişkindir. 5833 sayılı Kanun değişikliğinden önce de mevcut olan bu suç tipi, Anayasa m.38'de düzenlenen sözleşmeden doğan yükümlülük nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülemediği kuralı ve ceza hukukuna hâkim olan *ultima ratio* (son çare olma) ilkesi bakımından eleştirilmekteydi. Aynı şekilde tescilli marka koruması işaretini yetkisiz kaldırma suçunun da *ultima ratio* ilkesi ile ters düştüğü ifade edilmekteydi. Bu eleştirilerin, aynı suç tiplerine yer veren 5833 sayılı Kanun bakımından da değerlendirilmesi gerekir.



## B- Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu Karşısında Marka Suçları

Kanunilik ilkesi hangi davranışların suç olarak düzenlendiğinin ve bu suçu işleyenlerin karşılaştıkları cezai yaptırımların önceden kanun tarafından belirlenmesidir<sup>133</sup>. Bu sayede cezalandırma yetkisinin sınırları önceden çizilmiş ve böylece birey devletin keyfi ve ölçsüz müdahalesine karşı korunmuş olacaktır. Dolayısıyla kişi hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturan yaptırımların şekli ve hangi fiiller dolayısıyla uygulanacağı kanunda açık bir şekilde düzenlenmelidir. O halde, ceza hukukunda bireyin hak ve özgürlüklerinin korunmasının güvencesini oluşturan<sup>134</sup> ve bu yönüyle de hukuk devleti ilkesini ceza hukukunda somutlaştıran bir ilke olan kanunilik ilkesinin, birey ile devlet arasındaki güç dengesizliğinin birey aleyhine sonuç doğurmasına engel olmayı, yani bireyi devlete karşı korumayı amaçladığı söylenebilir<sup>135</sup>.

Suç ve cezalara ilişkin esasların belirlendiği Anayasamızın 38. Maddesinin birinci fıkrasında *“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”* hükmüne yer verilmiştir. Bununla uzantılı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinin birinci fıkrasında ise *“Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.”* hükmü getirilmiştir. Şu halde suçta ve ceza kanunilik ilkesi gerek anayasal gerekse de yasal düzeyde koruma altına alınan, hukuk devleti ilkesini benimseyen devletlerin ceza hukuku sistemlerinin vazgeçilmez bir ilkesidir<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> **Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2009, s.102.

<sup>134</sup> **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2010, s.42.

<sup>135</sup> **İçel**, Kayıhan/**Donay**, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Türk Ceza Hukuku, Birinci Kitap, 3. Bası, İstanbul 1999, s.71; **Koca/Üzülmez**, s.42.

<sup>136</sup> Görüldüğü üzere, kanunilik ilkesi yalnızca ceza kanununa özgü bir kural olmayıp, temel hak ve özgürlükleri üst düzeyde koruma altına alan anayasa hukukunun en temel ilkelerinden biridir. Bununla birlikte, söz konusu ilke temel hak ve özgürlükleri koruma fonksiyonu üstlenmiş İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi gibi birçok uluslararası sözleşmede yer verilen bir ilkedir.

Kanunilik ilkesi beraberinde birtakım ilkeler de getirmektedir. Bunlar örf ve adet ile suç ve ceza yaratılamaması, kıyas yasağı, ceza kanunlarının belirli olması, geçmişe yürüme yasağı ve idarenin düzenleyici işlemi ile suç ve ceza yaratılamamasıdır<sup>137</sup>. Belirlilik ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılamaması ilkeleri doğrudan kanun koyucuya, kıyas yasağı ile örf ve adet ile suç yaratılamayacağı ilkeleri hâkime, ceza kanunlarının geçmişe yürümemesi ilkesi ise hem kanun koyucuya hem de yargıca yönelik sonuçlar doğurmaktadır<sup>138</sup>. İnceleme konumuz olan marka suçları bakımından sorun arz eden nokta, KHK m.61/A'nın birinci fıkrasındaki suçun unsurlarının kanun koyucuya yönelik sonuç doğuran BELİRLİLİK İLKESİ ile uygunluğuna ilişkindir.

Gerçekten, KHK m.61/A'nın birinci fıkrasında iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz unsuruna yer verilmesi ve bu unsurlardan anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda bir açıklık getirilmemesi, ceza hukuku bakımından eleştirilmesi gereken bir durumdur. Nitekim bireyin en temel haklarına doğrudan müdahalede bulunan ceza normlarının açık ve belirgin olması gerekmektedir.

Konuyu açmak gerekirse, bir taraftan KHK m.61'de marka hakkına tecavüz oluşturan fiiller teker teker belirtilmiş, diğer taraftan KHK m.61/A'nın birinci fıkrasında iktibas ve iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzden söz edilmiş; fakat KHK'nın herhangi bir açıklama getirmediği iktibas ve iltibas kavramlarıyla neyin ifade edilmek istendiği, iltibas veya iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz fiillerinin KHK m.61'de sayılan fiillerden hangilerini kapsadığı konusunda kafalarda soru işareti kalmıştır.

Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden ötürü kimseye ceza verilemeyeceği muhakkaktır. Kanunilik ilkesi bir suçun bütün unsurlarıyla bilinebilmesi amacına hizmet eder ve bu amacın gerçekleşmeye müsait olmaması yasada suç olarak

---

<sup>137</sup> **Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.59, 60; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2011, s.67 vd.; **Demirbaş**, s.109 vd.; **Koca/Üzülmez**, s.44.

<sup>138</sup> **Koca/Üzülmez**, s.44.

düzenlenen fiillerin kanunilik ilkesi ile uyumsuzluğu sonucunu doğurur. O halde, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince bir takım fiillerin kanunda suç olarak gösterilmesi tek başına yeterli değildir. Kanunilik ilkesinin bir uzantısı olan belirlilik ilkesi gereğince, kanunda suç olarak düzenlenen fiiller açıkça tanımlanmış olmalıdır. Buradaki maksat, kanun koyucunun belirlenmesi zor veya mümkün olmayan, birçok anlama gelebilecek belirsiz kavramları kullanmamaya dikkat ederek, bunun gibi sınırları belirlenemeyen, açık ve kati olmayan, genişletmeye elverişli kavramlara yer vermemesidir<sup>139</sup>. O halde kanun koyucu bir suçu yasada düzenlerken, suçun bütün unsurlarını açık bir şekilde ortaya koymalı, tanıma muhtaç olan kavramları açıklamalı ve farklı biçimlerde anlaşılmaya müsait kavramlara mümkün olduğunca yer verilmemelidir.

Belirlilik ilkesi her ne kadar kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıksa da, bunun mutlak anlaşılması her zaman bizi doğru sonuca götürmeyebilir. Kanun koyucu “*mümkün olduğu ölçüde*” suç tipinde yer alan kavram ve terimlerin belirliliğine dikkat etmelidir. Nitekim günümüzde toplumsal yaşamın birçok alanına ilişkin düzenlemeler getiren ceza hukukunda, kavram ve terimlerin belirliliğini sağlamak, kanun koyucu açısından her zaman mümkün olmayabilir. Aynı zamanda, düzenlemelerin kazuistik bir yapıda olmasının önüne geçmek için bazı durumlarda farklı anlamlara gelebilen, yoruma gereksinim duyan kavram ve terimlerin kullanılması mümkün olabilmektedir. Zaten son zamanlarda, “ceza kanunlarının belirli ve açık olması” kuralının katı bir şekilde uygulanmasını önlemek amacıyla, kanun koyucu tarafından ceza normlarında esnek ve yoruma muhtaç kavramlara yer verildiği görülmektedir<sup>140</sup>. Dolayısıyla, belirlilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanması ve bu nedenle bir ceza normunun kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı kanaatine varmak, her zaman sağlıklı sonuçlar doğurmayabilecektir.

Bir kanun hükmünün gerçek anlamını ve kanun koyucunun kastetmek istediği asıl durumu, yani kanun koyucunun gerçek iradesini ortaya çıkarmak için

---

<sup>139</sup> Önder, s.60; Koca/Üzülmez, s.45.

<sup>140</sup> TCK m.96'daki eziyet suçu buna örnek gösterilebilir. (Bu hususta bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.69).

başvurulacak metot yorum tekniğidir<sup>141</sup>. Her hukuk normu gibi ceza normları da yoruma muhtaç olabilir. Nitekim kanun hükmünün belirsiz ya da birden fazla anlama geldiği durumlarda yorum önem kazanmaktadır<sup>142</sup>. Yorum yaparken, hükmün lafzına başvurulabilir, yorumlanacak olan hüküm veya unsurun anlam bakımından bağlı olduğu diğer hükümler dikkate alınabilir. Bunun dışında kanunun hazırlık çalışmalarından, sistematüğinden, tarihçeden, mukayeseli hukuktan ve hukukun genel ilkelerinden faydalanılabilir<sup>143</sup>. Fakat dikkat edilmesi gereken husus, kanunilik ilkesinin bir diğer uzantısının da kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum yasağıdır. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yol açacak derecede geniş yorumlanamaz.*” düzenlemesine yer verilmiştir. O halde cezai yaptırım öngören hükümler yorumlanırken kıyasa sebebiyet verecek derecede geniş yorum yapılmamalı, hatta ceza hukukunun güvence fonksiyonu gereğince mümkün olduğu ölçüde dar yorum tekniği benimsenmelidir.

KHK m.61/A'nın birinci fıkrasında yer alan iktibas ve iltibas kavramları, tanımlanmaya muhtaç kavramlardır. İktibas kavramının içeriği konusunda doktrinde görüş ayrılığı olmamakla birlikte, iltibas kavramı, ilgili suç tipinin incelenmesi sırasında da görüleceği üzere, çeşitli şekillerde anlamlandırılmaya, kapsamı farklı şekillerde belirlenmeye müsait bir kavramdır. Bu nedenle iltibas kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğunu tespit ederken, ceza hukukuna hâkim olan ilkeler çerçevesinde, yorum tekniğine başvurulması gerekecektir.

Bu çerçevede gerek KHK'nın yapısı, gerek doktrinin yaklaşımı gerekse de yargı kararları çerçevesinde bir değerlendirme yaparak, KHK m.61/A'nın birinci fıkrasındaki suçun unsurları belirlenmelidir. Bu yapılırken de, özel hukuk çerçevesinde ne anlaşılması gerektiğinden ziyade, söz konusu kavramlardan ceza hukuku ve hukuki güvence fonksiyonu çerçevesinde ne anlaşılması gerektiğine dikkat edilmeli, kavramlar dar yorumlanmalıdır.

---

<sup>141</sup> **Özgenç**, İzzet/ **Şahin**, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2001, s.26.

<sup>142</sup> **Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.112.

<sup>143</sup> **Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2010, s.118; **Koca/Üzülmez**, s. 51.

### C- Anayasa'nın 38. Maddesi İle Ceza Hukukunda Son Çare İlkesi Karşısında Marka Suçları

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu ile KHK'nın 15-22. maddelerinde düzenlenmiş devir, lisans, rehin gibi hakların konusunu oluşturan hukuka aykırı özel hukuk sözleşmelerinin ceza hukuku kapsamına alınması, doktrinde **Keskin** tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre, hukuka aykırı sözleşmelerin son çare olan ceza hukukunun kapsamı içerisine dâhil edilerek hapis ve para cezası ile yaptırıma bağlanması abartılı ve orantısız olmuştur. Yine, devir lisans gibi haklar sözleşmeyle elde edildiğinden, bu hakların sahibinin sözleşmeye aykırılık yapıp, yetkisi olmadığı halde suç tipindeki eylemlerden birini gerçekleştirmesi halinde ceza tehdidi ile karşılaşacak olması, Anayasanın 38. Maddesinde düzenlenen sözleşmeden dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza verilememesi kuralına da aykırılık oluşturacağı yazar tarafından dile getirilmiştir<sup>144</sup>. Ayrıca Keskin, tescilli marka koruması işareti kaldırma suçu bakımından da, ceza hukukunun son çare olması karşısında eleştirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır<sup>145</sup>.

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufa ilişkin bir suç tipine yer verilmesinin abartılı ve orantısız olduğu yönündeki eleştiriye katılan **Yasaman** ise, Anayasa'nın 38. Maddesinde yer verilen hükmün amacının, herhangi bir kimsenin, akdi bir ilişkiden kaynaklanan edimini yerine getirmeye zorlanmak amacıyla cezai yaptırım tehdidi altında bırakılmasını önlemek olduğunu; bazı akde aykırı fiillerin hem haksız fiil hem de suç teşkil edebilmesinin mümkün olduğunu, bu nedenle akde aykırı olan bir fiilin suç olarak kabul edilmesinin, sözleşmeden doğan yükümlülüğün ceza tehdidi altında bırakılmasıyla bir ilgisi bulunmadığı belirterek, **Keskin**'in düşüncesine kısmen karşı çıkmıştır<sup>146</sup>.

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçu, Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen "*hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü*

<sup>144</sup> **Keskin**, s.124; **Keskin**, Serap, Marka Patent Suçları, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2007, s. 408.

<sup>145</sup> **Keskin**, s.121.

<sup>146</sup> **Yasaman**, C:II, s.1070; Aynı yönde **Topçu**, s. 103-104.

*yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonamaz” kuralına aykırılık oluşturmamaktadır. Nitekim Yasaman’ın da belirttiği gibi, sözleşmeye aykırılık teşkil eden bir davranışın aynı zamanda suç oluşturması kadar doğal bir şey yoktur.*

Ceza hukukunun son çare olması nedeniyle marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçuna yönelik eleştiriler, aslında diğer marka suçları için de geçerlidir. Marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerden iktibas veya iltibasa meydan veren fiillerin cezalandırılması konusunda bugün için uluslararası bir mutabakatın varlığı noktasında şüphe yoktur. Buna karşılık tescilli marka koruması işaretini kaldırma ve marka hakkı üzerinde tasarruf suçları bakımından, bu suçlara konu olan fiillerin toplum yaşamında oluşturduğu tehlikenin boyutunun, ceza hukukunun müdahalesini haklı kılacak düzeye ulaşip ulaşmadığının araştırılması gerekmektedir.

Kanun koyucunun tescilli marka koruması işaretini kaldırma ile marka hakkı üzerinde hukuka aykırı tasarrufları suç olarak kabul etmesi, söz konusu fiillerin işlenmesini önlemek için tercih ettiği suç politikasıyla ilgili bir durumdur. Fakat bu suç politikasının doğruluğu tartışılmalıdır. Yalnızca ekonomi alanına ilişkin olmayıp, suç olarak düzenlenmesi düşünülen bütün fiiller bakımından göz önünde bulundurulması gereken ceza hukukunun son çare olması ilkesi, oranlılık ilkesi olarak da ifade edilmektedir. Bu ilkenin ekonomik suçlardaki görünümü, ekonomik nitelik arz eden fiillerle mücadelede elverişli araçların kullanılması, bu araçların mücadelede yetersiz kalması durumunda ceza hukukunun devreye sokulmasıdır<sup>147</sup>. Diğer bir ifadeyle, oranlılık ilkesine göre ceza hukuku en son düşünülecek bir mücadele aracı olmalıdır. Nitekim bir fiilin ceza hukuku yaptırımına bağlanması, o fiilin işlenmesi dolayısıyla toplumsal açıdan verdiği zarardan daha fazlasına neden olacaksa, ceza hukuku koruması getiriliş amacının dışına taşmış olur<sup>148</sup>.

Netice itibariyle, taklit veya benzer işareti kullanmak gibi marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin önlenmesinde ceza hukukunun müdahalesinin gerekliliği,

---

<sup>147</sup> **Mahmutoğlu**, s.39.

<sup>148</sup> **Özbek**, Veli Özer, Ticari Ceza Hukukuna Hakim Olan Ceza Hukuku İlkeleri ve Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Yapılan Değişikliklerin Söz Konusu İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:4, Sayı:9, Nisan 2009, s.25.

TRİPS Anlaşmasıyla uluslararası toplum tarafından da teyit edilmiştir. O nedenle, markanın taklidinin veya benzerinin kullanılmasına yönelik hukuka aykırı fiillerin önüne geçilmesinde ceza hukukundan istifade edilmesinin gerekliliği konusunda şüphe yoktur. Buna karşılık tescilli marka koruması işaretini kaldırma suçu ile başkasına ait marka hakkı üzerinde tasarruf fiillerinin suç olarak düzenlenmesinin gerekliliği ise ülkesel koşullar göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken de, söz konusu fiillerin hangi oranda işlendiği, eğer önemli oranda işleniyorsa bu fiillerle ceza hukuku dışındaki araçlarla mücadelenin yeterli olup olmadığı sorularına yanıt alınmalı; daha sonra bu fiillerin cezalandırılmasının gerekli olup olmadığına karar verilmelidir. Örneğin karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, Alman Markalar Kanunu § 143'te, yalnızca markanın taklidi, karıştırılması, tanınmışlığına tecavüz ve bazı marka hakkını zedeleyici hazırlık hareketleri cezai yaptırıma bağlanmıştır<sup>149</sup>. Buna karşılık tescilli marka koruması işaretini kaldırmak haksız rekabet hükümleri çerçevesinde özel hukuk uyumsuzluğu olarak ele alınmıştır<sup>150</sup>.

Bizce marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunmaya ve kullanımı serbest olan tescilli marka koruması işaretini kaldırmaya yönelik fiiller, “henüz” kamu düzeni bakımından, cezai yaptırıma bağlanmayı haklı kılacak derecede tehlike oluşturmamaktadır. Bu nedenle söz konusu fiillerle özel hukuk kuralları veya idari cezalarla mücadele edilmesi; diğer taraftan bu fiillerin işlenmesi sırasında gerçekleşen suçlardan ayrıca cezaya hükmolunması, kanaatimizce yeterli korumayı sağlayacaktır.

## **D- Ticari Ceza Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Karşısında Marka Suçları**

### **1. Genel Açıklamalar**

Toplumun genelinin ticari düzenin muhatabı olduğu günümüzde, ticari ilişkilerin toplumsal ilişkiler içerisinde en büyük paya sahip olduğunu ve bu yönüyle

---

<sup>149</sup> Alman Hukukunda marka suçları için bkz. **Keskin**, s.160 vd.

<sup>150</sup> Bkz. **Keskin**, s.122.

de ticari ilişkilerin toplumsal düzenin önemli bir ayağını oluşturduğunu göz önünde bulundurmak gerekir. Bu nedenle ticari ilişkiler ceza hukuku koruması altına alınırken, genel anlamda bütün suçlar bakımından dikkate alınması gereken ilkelerin dışında, ticari ceza hukukuna hâkim olan bir takım özel ilkeler de dikkate alınmalıdır. Ancak bu durumda ticari düzene müdahalede bulunan **ceza hukukunun toplumu durağan hale getirmesinin**<sup>151</sup> önüne geçilebilir.

Ticari ceza hukukunu düzenlerken benimsenmesi gereken ilkeleri şu şekilde sayabiliriz<sup>152</sup>:

- *Ekonomik suçun yaptırımı da ekonomik bir ceza olmalıdır ve ekonomik cezalarla hürriyeti bağlayıcı cezalar seçimlik yaptırımlar şeklinde düzenlenmelidir.*
- *Suçlar, tehlike suçu olarak düzenlenmelidir.*
- *Bazı durumlarda geçici kanunlarla düzenleme yapılmalıdır.*
- *Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu öngörülmalıdır.*
- *Suçlar kasten işlenen suçlar olarak düzenlenmelidir.*
- *Takibi şikâyete bağlanmalıdır.*
- *TCK'nın genel kanun olma özelliği korunmalıdır.*

## **2. Ekonomik Cezalara Yer Verilmeli ve Yaptırımlar Seçimlik Olarak Düzenlenmelidir**

Ekonomik suçların bir türünü teşkil eden ticari suçlarda, yaptırımın da ekonomik olmasına yönelik ilkenin, oranlılık ilkesi karşısında önemini yitirdiğinden bahisle, para cezalarının yanında hürriyeti bağlayıcı cezalara seçimlik yaptırım olarak yer verilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>153</sup>. Bu yaklaşım yerindedir, çünkü

---

<sup>151</sup> **Özbek**, İlkeler, s.25.

<sup>152</sup> Söz konusu ilkeler için bkz. **Mahmutoğlu**, s.40 vd.; **Özbek**, İlkeler, s.25vd., Bu ilkelerin dışında oranlılık ilkesi, şüpheden sanık yaralanır ilkesi ve TCK'nın genel kanun olma özelliğinin sağlanması da ele alınmaktadır. Fakat bizce bu sayılanlar suç olarak düzenlenecek bütün fiiller bakımından geçerli olan genel ilkeler olduğu için, ticari ceza hukukuna hakim olan ilkeler başlığı altında bunlara yer vermeyi tercih etmiyoruz.

<sup>153</sup> **Mahmutoğlu**, s.40.



bir takım fiillerin önlenmesi için yapılan mücadelede, son çare olan ceza hukuku vasıtalarına ihtiyaç duyulmuşsa, artık ceza hukukunun caydırıcılık fonksiyonunu yerine getirebilmesi için hürriyeti bağlayıcı cezaların en azından seçimlik yaptırım olarak yer alması gerekir. Aksi halde, söz konusu fiillerin işlenmesi sonucunda elde edilen haksız gelirin, tipte yer alan ekonomik cezayı finanse etme olasılığını da düşündüğümüzde, tek başına ekonomik yaptırımın caydırıcı olabileceğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. KHK m.61/A'da yer verilen marka suçlarına baktığımızda, yaptırımların hürriyet bağlayıcı cezalarla birlikte ekonomik cezalardan oluştuğunu görmekteyiz. Bizce bu cezaların seçimlik olarak düzenlenmesi daha yerinde olurdu<sup>154</sup>.

### 3. Suçlar Tehlike Suçu Şeklinde Düzenlenmelidir

Ekonomik suçlarda işlemlerin çabukluğu, değişkenliği, toplumunun önemli bir kısmını etkileyerek kamu düzenini ilgilendirmesi ve bu yönüyle de ekonomiye doğrudan etkisi, ekonomik suçların önemini bir derece daha arttırmaktadır<sup>155</sup>. Bu nedenle bazı fiillerin yapılmış olması bile ekonomik düzene zarar verme riskini bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu fiillerin suç oluşturabilmesi için ayrıca somut bir zararın meydana gelmesini aramak istenilen sonucu vermeyebilir. Buna uygun olarak KHK' daki marka suçları da birer tehlike suçu olarak ele alınmış, suçun oluşması bakımından somut bir zararın meydana gelmesi aranmamıştır. Nitekim, marka hakkına tecavüz bakımından iktibas veya iltibasın söz konusu olması; marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu bakımından tasarruf işleminin yapılmış bulunması; tescilli marka koruması işaretini kaldırma suçu bakımından ise tescil işaretinin kaldırılması tek başına yeterlidir. Bu fiiller dolayısıyla ayrıca bir zararın meydana gelip gelmediği, temel cezanın belirlenmesi hariç<sup>156</sup>, önem taşımaz.

---

<sup>154</sup> Nitekim Markalar Kanunu Tasarısının 74. maddesinde yer verilen taklit markalı malların ticareti (m.74/2) ile marka koruması işaretini kaldırma (m.74/3) suçlarında hürriyeti bağlayıcı ceza ile adli para cezası seçimlik yaptırım olarak belirlenmiştir.

<sup>155</sup> **Mahmutoğlu**, s.41; **Özbek**, İlkeler, s.25.

<sup>156</sup> TCK'nın 61/1. maddesinde, “ (1) Hâkim, somut olayda; a) Suçun işleniş biçimini, b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları, c) Suçun işlendiği zaman ve yeri, d) Suçun konusunun önem ve değerini, e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, f) Failin kast veya taksire dayalı

Konumuz bakımından su noktayı tartışmaya açmakta fayda vardır: Ceza hukukunda, zarara uğrama tehlikesinin dahi ciddi sonuçlar doğuracağı düşünülen ve bu yönüyle toplum açısından önem arz eden bazı hukuki değerlerin daha etkin bir şekilde korunması için, tehlike suç tiplerini benimsediği haklı olarak ifade edilmektedir<sup>157</sup>. Fakat marka suçlarının tehlike suçu şeklinde düzenlenmesinin nedeninin, marka hakkının zarara uğrama tehlikesinin ciddi sonuçlara yol açacağından ileri geldiğini düşünmüyoruz<sup>158</sup>. Şöyle ki, bir mal varlığı değeri olan marka hakkı, somut bir eşya üzerinde vücut bulmadığı için, bu hakka yönelik fiillerin bir zarar yol açıp açmadığının tespiti güçtür. Diğer ifadeyle, marka suçlarının zarar suçu şeklinde düzenlenmesi halinde, marka hakkına yönelik fiillerin bir zarara meydan verip vermediği her zaman sağlıklı bir şekilde ortaya konulamayacağı için, etkin bir koruma da sağlanamayacaktır. Dolayısıyla, marka suçları, marka ve markaya yönelik fiillerin niteliği gereği, tehlike suç tipleri şeklinde düzenlenmek zorundadır. Aksi halde, suçun gerçekleşmesi bakımından zarar koşulunu da aramak, marka hakkına yönelik fiillerle mücadele etmeyi zorlaştırır. Diğer taraftan, tehlike suçlarının cezalandırılabilirliğinin çerçevesini genişletmesinin, hukuk devleti ve ceza hukukun son çare olması ilkesine aykırılık teşkil edeceği görüşü haklı olmakla birlikte<sup>159</sup>, bu sakınca, suç oluşturan fiillerin kapsamının dar tutulması ve yaptırımların orantılı bir şekilde belirlenmesi suretiyle giderilebilir.

---

*kusurunun ağırlığını, g) Failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, tipte yer alan fiillerin gerçekleştirilmesi bir zarar yol açmamışsa hâkim alt sınırdan ceza tayini yoluna gidebilir. Eğer söz konusu fiillerin ortaya çıkardığı zarar büyük boyutta ise, hâkim bu sefer meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığını göz önünde bulundurarak, üst sınırdan ceza tayini yoluna gidebilir.*

<sup>157</sup> **Daragenli**, Vesile Sonay, Tehlike Suçları, Sahir ERMAN’a Armağan, İstanbul 1999, s.183; **Özbek/Kanbur/Doğan/ Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.212; **Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner, 4. Bası, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s.306; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.195.

<sup>158</sup> Nitekim, marka suçlarının takibinin şikayet koşuluna bağlanması da bu düşüncüyü desteklemektedir.

<sup>159</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.212.

#### 4. Geçici Normlarla Düzenleme Yapılmalıdır

Olası haksızlıkların önüne geçilebilmesi için derhal uygulama kuralına bir takım istisnaların getirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle ekonomik suçların bazılarının geçici kanunla düzenlenmesi tercih edilebilmektedir<sup>160</sup>. Geçici kanunlar, yürürlükte olmalarına dayanak teşkil eden olayın devamı süresince işlenen fiillere uygulanan kanunlardır. Geçici kanunlar yürürlükten kalktıktan sonra dahi, yürürlükte olduğu zaman dilimi içerisinde işlenmiş fiiller bakımından uygulanmaya devam eden, ileriye dönük düzenlemelerdir. Çünkü geçici kanunla yapılan düzenlemeler, suç politikasının değişmesinin aksine, fiili durumun değişmesi nedeniyle yürürlükten kaldırılmaktadır<sup>161</sup>. Dolayısıyla, doğması muhtemel haksızlığın önlenmesi için, geçici kanunun yürürlükte olduğu dönem içerisindeki işlenmiş fiiller bakımından, kanunun uygulanmaya devam etmesi gereklidir. Marka suçlarına ilişkin düzenlemeler geçici kanun niteliğinde değildir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeler bakımından derhal uygulama ilkesi geçerli olacaktır. Bu durumun bir haksızlığa meydan verip vermeyeceğini tartışırsak, bizce marka ticari yaşamın önemli unsurlarından biri olmaya başladığı zamanlardan, günümüz dâhil, bu önemi taşımaya devam edeceği uzunca bir zamana kadar ceza hukuku koruması altında olmaya devam edecektir. Eğer bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılması gerekirse (örneğin marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma veya tescilli marka koruması işaretini kaldırma gibi), bunun değişen fiili durumdan değil de, değişen suç politikasından ileri gelme olasılığının yüksek olacağından bahisle, derhal uygulama ilkesinin daha lehe sonuçlar yaratacağı düşüncesindeyiz.

#### 5. Tüzel Kişiler İçin Güvenlik Tedbirine Başvurulmalıdır

Ekonomik suçların tüzel kişiler bünyesinde organize bir şekilde işlenmesinin daha kolay olması, tüzel kişilere yönelik bir takım yaptırımların da özel olarak

---

<sup>160</sup> Mahmutoglu, s.42-43; Özbek, İlkeler, s.27.

<sup>161</sup> Önder, s.80; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, İstanbul 2006, s.108; Koca/Üzülmez, s.68

öngörülmesi zorunluluğunu doğurmaktadır<sup>162</sup>. Fakat her ne kadar bu yöndeki bir yaklaşım destek görse de, TCK m.20/2 ile tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamayacağı, ancak güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanabileceği hükme bağlanmıştır. O halde, ekonomik suçların, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamayacaktır. Zaten KHK m.61/A'nın dördüncü fıkrasında marka suçlarının bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmektedir. Buna göre marka suçlarında tüzel kişiler için uygulanabilecek yaptırımlar, iznin iptali ve müsadere olacaktır (TCK m.60).

## **6. Yalnızca Kasıtlı Davranışlar Cezalandırılmalıdır**

Ekonomik suçlar yalnızca kasten işlenebilen haksızlıklar olarak tanımlanmalı ve taksirli sorumluluk halleri cezai yaptırıma bağlanmamalıdır<sup>163</sup>. Nitekim ekonomik yaşamda tedbirsizlik veya dikkatsizlik göstermek çevresel faktörlerin de etkisiyle çokça karşılaşılabilecek bir durum olduğu için, birçok davranışın cezalandırılma tehlikesiyle karşı karşıya kalması sorunu baş gösterecektir. Buna uygun olarak, önceki düzenlemelerin aksine, 5833 sayılı kanunla değişiklik yapılan KHK'daki suçlar kasten işlenebilen suçlar olarak tanımlanmıştır.

## **7. Şikâyet Şartı Aranmalıdır**

Toplumda çok fazla kişiyi ilgilendirmeği, bu nedenle de bireyin menfaatinin önde olduğundan bahisle, ekonomik suçların kural olarak şikâyete tabi olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>164</sup>. Marka suçlarında da, öncelikli olarak koruma altında bulunan şey, hak sahibi olan bireyin menfaatidir. Dolayısıyla, menfaati zedelendiği düşünülen bireyin, durumdan rahatsızlık duymadığı müddetçe, suça konu fiillerin resen soruşturulmasında bir yarar bulunmamaktadır. Bu düşünceye uygun olarak,

---

<sup>162</sup> **Mahmutoğlu**, s.43; **Özbek**, İlkeler, s.27.

<sup>163</sup> **Özbek**, İlkeler, s.31.

<sup>164</sup> **Özbek**, İlkeler, s.32.

KHK'da yer verilen marka suçları da, takibi şikâyete bağlı suçlar olarak düzenlenmiştir.

### **8. TCK'nın Genel Kanun Olma Özelliği Korunmalıdır**

TCK m.5'te yer verilen düzenlemeye göre *“Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır”*. Hüküm TCK ile özel ceza kanunları arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Buna göre, özel ceza kanunları veya ceza içeren kanunlar yalnızca suç tipi ve yaptırım bakımından uygulama alanı bulacak, buna karşılık teşebbüs, iştirak, içtima, erteleme vs. gibi konularda ise TCK'nın genel hükümleri uygulanacaktır.

KHK'da değişiklik yapan 5833 sayılı Kanun, ceza içeren bir kanundur. Bu kanunda, yalnızca marka suçu oluşturan fiiller ve bu fiillere verilecek cezalar düzenlenmiştir. Şu halde, 5833 sayılı Kanun, TCK m.5'e uygun olarak kaleme alınarak, TCK'nın genel kanun olma özelliğinin korunduğunu; buna göre marka suçları bakımından, suçun unsurları ve yaptırımlar haricinde, teşebbüs, iştirak vs. gibi hususlarda TCK'nın genel hükümlerinin uygulama alanı bulacağını söyleyebiliriz.

## İKİNCİ BÖLÜM

### 556 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMEDE DÜZENLENEN MARKA SUÇLARI

#### §1- HUKUKİ DÜZENLEME

Marka suçları 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede değişiklik yapan 5833 sayılı Kanunla getirilen 61/A maddesi ile düzenleme altına alınmıştır. 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.*

*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 beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”*

Maddenin birinci fıkrasında markaya tecavüz fiilleri, ikinci fıkrasında marka koruması olan işaretin yetkisiz bir kimse tarafından kaldırılması, nihayet üçüncü fıkrada ise başkasına ait marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf cezai yaptırıma bağlanmıştır. Şu halde, KHK m.61/A’da marka hakkına tecavüz suçu, marka koruma işaretini kaldırma suçu ve marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu olmak üzere üç ayrı suçun düzenlendiğini söyleyebiliriz.

KHK m.61/A’da her ne kadar üç ayrı suç tipine yer verilmiş olsa da, söz konusu suçlar eylem unsuru haricinde, suçun diğer yapısal unsurları bakımından

benzer özellikler taşımaktadır. Bu nedenle tekrara düşmemek için, KHK’da yer verilen marka suçlarının unsurlarına ilişkin açıklamayı ortak başlıklar altında incelemeyi uygun bulmaktayız.

## § 2- MARKA SUÇLARIYLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Gayri maddi nitelikteki markanın mal veya hizmetler için kullanması ve bu kullanımın ticari yaşamda çeşitli işlevler yüklenmesi marka hakkı sahibi açısından bir yarar ortaya çıkarmıştır. Bu yarar öncelikle marka sahibi olmak üzere, ticari yaşamın düzeni ve bu düzenin süjeleri bakımından büyük bir önem arz etmiştir. Söz konusu yararın arz ettiği bu önem ise hukuki anlamda düzenleme alanı bularak, “*marka hakkı*” adında bir hukuksal değer oluşumuna sebebiyet vermiştir. Diğer bir ifadeyle, gerek birey gerekse de toplum için marka üzerindeki yararın “*hak*” biçimindeki görüntüsü, hakkın sahipleri ve bu haktan etkilenenler açısından bir hukuksal değer meydana getirmiştir<sup>165</sup>.

İlk bölümde de ifade ettiğimiz üzere, marka hakkı sahibine markayı kullanma, devretme, lisans verme gibi inhisari yetkiler tanımaktadır. Bu yetkilerin tanınması tek başına yeterli olmamakta, ayrıca korunması ihtiyacı duyulmaktadır. Bizde de bir hukuksal değer olarak marka hakkı, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile koruma altında bulunmaktadır. Bu koruma ile marka hakkının doğması, kullanılması ve bu haktan doğan diğer haklar hem hukuki hem de cezai açıdan güvence altına alınmaktadır.

Cezai korumanın bir sonucu olarak karşımıza çıkan marka suçları ile korunan hukuki değer ortaya konulabilmesi için iki husus üzerinde değerlendirme yapılmalıdır:

*İlk olarak*, işlenmesi marka hakkına yönelik suç teşkil eden KHK m.61/A’daki fiillerin niteliğinin değerlendirilmesi gerekir. Detaylı olarak ele

---

<sup>165</sup> Hukuksal yarar ve değer kavramları için bkz. Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s.110 vd.

alınacağı üzere, söz konusu fiillere bakıldığında, bunların marka üzerindeki haktan doğan bir takım yetkiler ile bir markaya sahip olmanın hak sahibine ticari yaşamda sağladığı avantajları korumaya yönelik olduğu açıkça görülmektedir. Diğer taraftan markayı, gayri maddi mal üzerinde kurulan ve sahibine bir takım inhisari yetkiler tanıyan bir mülkiyet hakkı şeklinde ifade ettiğimize göre, malvarlığına karışı işlenen suçlar ile marka aleyhine işlenen suçlar arasında korunan hukuki değerler bakımından bir benzerliğin bulunduğunu da söyleyebiliriz. Nitekim mal varlığına karşı suçların benzer bir yönünü oluşturan marka suçları da, Anayasa'nın 35. maddesi çerçevesinde mülkiyet hakkını ve bu haktan doğan yetkileri korumayı amaçlamaktadır. O halde marka suçları ile korunan hukuki değer öncelikle bir kimsenin marka üzerinde sahip olduğu hak, yani **marka hakkı** olduğunu söyleyebiliriz<sup>166</sup>.

*İkinci olarak*, markanın işlevsel açıdan ticari düzende üstlendiği rol dikkate alınmalıdır. Marka, mal ve hizmetlerin pazarlanmasında çok güçlü bir araç haline gelmiştir. Markanın ayırt edici işlevi ile bu işleve bağlı olarak garanti ve reklam işlevinin müşteri çevresinin algısının şekillenmesinde önemli bir rol oynaması, markayı ticari düzenin vazgeçilmez bir parçası haline getirmiştir. O halde marka suçları ile yalnızca marka hakkının korunmadığını, aynı zamanda **kamu güveninin** de korunduğunu söyleyebiliriz<sup>167</sup>.

Özetlemek gerekirse, mal ve hizmetlerin ticaretinde markanın göstermiş olduğu işlevler önemli bir ekonomik etkinlik yaratmaktadır. Bu ekonomik etkinliktен fayda sağlayanların bir kısmını marka hakkı sahipleri, bir diğer kısmını ise ticari düzen içerisinde yer alan kişiler oluşturmaktadır. Bu nedenle, marka suçlarıyla korunan hukuki değer hem marka hakkı hem de kamu güveni olduğu belirtilmelidir.

---

<sup>166</sup> Aynı yönde **Donay**, Süheyl/**Erman**, Sahir, Sınai Suçlar, s.46; **Aydın**, s.68; **Özen**, s.66; **Topçu**, s.109.

<sup>167</sup> Aynı yönde **Donay/Erman**, s.46; **Özen**, s.66.



### §3- MARKA SUÇLARINDA TİPİKLİK

#### I- GENEL AÇIKLAMALAR

Tipiklik, suçun yapısal unsurlarından ilkinin oluşturmaktadır. Nitekim bir suçun varlığından söz edebilmek için, gerçekleştirilen fiillerin öncelikle kanuni tipe uygun olması gerekmektedir. Şu halde, tipiklik veya tipe uygunluk, bir fiilin cezalandırılabilmesi için bulunması gereken bütün özellikleri ifade etmektedir<sup>168</sup>.

Tip, kanuni tanımdaki haksızlığın ifadesidir<sup>169</sup>. Dolayısıyla tipe uygunluğun, *biçimsel anlamda tipe uygunluk* ve *içeriksel anlamda tipe uygunluk* olmak üzere iki yönü bulunur<sup>170</sup>. Biçimsel anlamda tipe uygunluk, dışa yansıyan davranışın kanundaki suç tanımıyla uyumunu ifade etmektedir. İçeriksel anlamda tipe uygunluk ise, kanundaki suç tanımına uygun olan bu davranışın haksız olmasını ifade eder. Buna göre, bir davranışın tipe uygun olarak kabul edilebilmesi için, bunun hem biçimsel anlamda hem de içeriksel anlamda kanuni tanıma uygun olması gerekmektedir.

Tipikliğin biçimsel unsurlarını fail, mağdur, konu ve fiil oluşturmaktadır. Bunlar fiilin dış dünyadaki görünüş biçimini oluşturan tipikliğin objektif nitelikteki (maddi) unsurlarıdır. Tipikliğin içeriksel koşullarını ise haksızlığın işleniş şekilleri olan kast ve taksir oluşturmaktadır. Bunlar da failin psişik manevi alanına ve tasavvur dünyasına ait olan tipikliğin subjektif nitelikteki (manevi) unsurlarıdır<sup>171</sup>.

Şu halde, tipikliğin unsurları kendi içerisinde objektif (maddi) ve subjektif (manevi) unsurlar olmak üzere iki alt başlık altında incelenmelidir. Bu nedenle marka suçlarında tipiklik unsuru incelenirken, öncelikle tipikliğin objektif nitelikteki unsurları, sonrasında ise tipikliğin subjektif nitelikteki unsurları ele alınmalıdır.

---

<sup>168</sup> Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, s.196.

<sup>169</sup> Koca/Üzülmez, s.143.

<sup>170</sup> Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, s.196.

<sup>171</sup> Koca/Üzülmez, s.148-149.

## II- TİPİKLİĞİN OBJEKTİF NİTELİKTEKİ (MADDİ) UNSURLARI

### A- Fail

Suç, hukuka aykırı olarak tipte yer alan hareketi gerçekleştiren insan davranışı olarak tanımlandığına göre, her suçun bir faili bulunmak zorundadır. Failin de iradi davranma yeteneğine sahip gerçek bir kimse olması gerekir. Nitekim ceza hukuku yalnızca insan tarafından gerçekleştirilen davranışları konu edinir. Şu halde, hareket yeteneği bulunmayan tüzel kişilerin, suçun faili olabilmesi mümkün değildir.<sup>172</sup>

Bazı suçların işlenebilmesi için, insan davranışının varlığı yetmez, ayrıca söz konusu davranışı gerçekleştiren kişinin kanunun aradığı özel niteliğe sahip olması gerekir. Bunlara özgü suçlar denir. Örneğin, zimmet suçunu işleyebilmesi için failin kamu görevlisi olması gerekmesi, ihmali davranışla adam öldürme suçunda failin garantör konumunda, yani neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunması gibi. Bazı suçlar ise herkes tarafından işlenebilmekle birlikte, bu suçların kanunun aradığı özelliklere sahip kimselerce işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bunlara da gerçek olmayan özgü suçlar denir. Örneğin herkes tarafından işlenebilen resmi belgede sahtecilik suçunda, failin kamu görevlisi olmasının, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli bir hal olması gibi<sup>173</sup>.

KHK m.61/A'nın birinci fıkrasında düzenlenen suçlar, kanunda özel bir nitelik aranmadığı için herkes tarafından işlenebilir. Bu çerçevede failin tacir, esnaf,

---

<sup>172</sup> **Koca/Üzülmez**, s.150; **Artuk./Gökçen/Yenidünya**, Genel Hükümler, s.289; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.179; **Toroslu**, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008, s.91; Karşı görüşte olan **Soyaslan**'a göre, günümüzde hükmi şahıslarında suçun faili olarak kabul edildiğini; nitekim para cezası, müsadere, faaliyetten alıkoyma gibi cezaların verilmesi, hükmi şahısların da fail olarak kabul edildiğinin gerekçesini oluşturmaktadır. Bkz. **Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2006, s.223.

<sup>173</sup> **Dönmezer/Erman**, C:I, s.424-426; **İçel**, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsün/ **Özgenç**, İzzet/ **Sözüer**, Adem/ **Mahmutoğlu**, Fatih Selami/ **Ünver**, Yener, Suç Genel Teorisi, İstanbul 2000, 90-91; **Öztürk**, Bahri/ **Erdem**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 9. Bası, Ankara 2006, s.166; **Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 202; **Koca/Üzülmez**, s.151.

işletme sahibi vb. sıfatlara sahip olması suçun oluşumu bakımından önem arz etmeyecek, tipte yer alan unsurları gerçekleştiren herkes suçun faili olabilecektir.

KHK m.61/A'nın 5833 sayılı Kanun değişikliğinden önceki şeklinde, marka suçlarının işletmenin çalışanları tarafından doğrudan doğruya veya emir üzerine işlenmişse, çalışanlar ve suçun işlenmesine mani olmayan işletme sahibi, müdür veya temsilcisi ve hangi unvana sahip olursa olsun işletmeyi fiilen yöneten kişinin de cezalandırılacağı hükme bağlanmıştı<sup>174</sup>. Suça iştirake ilişkin genel hükümler varken, kişilerin işlenen suçtan ne surette sorumlu tutulacağı hususunda ayrıca çözüm getirilmesi, doktrinde eleştirilmekteydi<sup>175</sup>. Ayrıca söz konusu düzenlemenin objektif sorumluluk öngördüğü için ceza hukukun genel ilkelerine aykırılık oluşturduğu da ileri sürülmekteydi<sup>176</sup>. Bizce bu düzenle objektif sorumluluk esasına meydan verecek şekilde yorumlanmamalıdır. Nitekim “suçun işlenmesine mani olmayan” ifadesiyle, işletmenin faaliyeti çerçevesinde işlenen marka suçlarından **haberdar olan**, fakat bu duruma **engel olmayan** işletme yöneticilerinin ihmali davranışları, işlenen suçlar kapsamında cezalandırılmak istenmiştir. Şu halde, söz konusu düzenlemenin, işletme yöneticisini, bilgisi dâhilinde işlenen marka suçlarını önlemekle yükümlü tuttuğu söylenebilir<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> KHK m.61/A'daki düzenleme aynen: “Yukarıda yazılı suçlar hizmetlerini yaptıkları sırada bir işletmenin çalışanları tarafından doğrudan doğruya veya emir üzerine işlenmişse çalışanlar ve suçun işlenmesine mani olmayan işletme sahibi, müdür veya temsilcisi ve hangi unvan ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen kişi de cezalandırılır.”

<sup>175</sup> **Özgenç**, Marka Hakkına Tecavüz, s. 850.

<sup>176</sup> **Topçu**, söz konusu düzenlemenin ceza hukukuna hâkim olan suçta ve cezada kanunilik ilkesini bertaraf ederek, işletme çalışanlarının fiillerinden tüm işletmenin sorumlu tutulduğunu; işletme çalışanlarının doğrudan suç işlemeleri halinde işletme yöneticilerinin de fail olarak cezalandırılacağını belirterek ve bunun objektif sorumluluk hali olduğunu belirten görüşe atıfta bulunarak söz konusu düzenlemeye eleştiri yöneltmiştir. (Eleştiri için bkz. **Topçu**, s.128). Yine, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 5728 sayılı Kanunla mülga 74. Maddesinde yer alan benzer ifadeyi” başkasının fiilinden sorumlu olmak anlamında objektif sorumluluk esasına yer veren” bir düzenleme olarak yorumlayan **Hafizoğulları**'nın görüşü için bkz. **Hafizoğulları**, Zeki, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezaî Himayesi, AÜHFD, C.48, S. 1-4, Ankara 1999, s.4.

<sup>177</sup> Eğer bir işletmenin faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan işletme yöneticisi de sorumlu tutuluyor olsaydı, bu durumda objektif sorumluluğun benimsendiği söylenebilirdi. Buna karşılık, söz konusu düzenleme hem işletme yöneticisini, bilgisi dâhilinde işlenen marka suçlarının işlenmesini önlemekle yükümlü kılmakta, hem de bu yükümlülüğe aykırı davranışların cezalandırılmasını öngörmektedir. Şu halde, bu düzenlemenin, işletme sahibinin ihmali davranışlarını cezalandırmak için getirilmiş olduğunu söyleyebiliriz.

KHK m.61/A'nın yeni halinde, ihmali hareketlerin cezalandırılmasına yönelik benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. O halde çalışanların işlediği marka suçlarına iştirak iradesi göstermemiş olan yönetici kişilerin, ihmali davranışlarından dolayı KHK m.61/A çerçevesinde sorumlu tutulması söz konusu değildir. Fakat, suçun işlenmesine mani olmayan işletme yöneticilerinin şartların varlığı halinde, TCK m.278'da yer verilen suçu bildirmeme suçu çerçevesinde sorumlu tutulmaları mümkündür<sup>178</sup>.

## B- Mağdur

Faili bulunmayan bir suç olmadığı gibi, mağduru bulunmayan bir suç da yoktur. Her suçun bir mağduru bulunur. Ceza hukukunda mağdur, suçla korunan hukuki yararın sahibi olan kişi veya kişileri ifade etmektedir<sup>179</sup>.

Suçun mağdurunun tüzel kişileri de kapsayıp kapsamadığı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, tüzel kişi gibi insan dışındaki kurum ve organlar suçtan zarar gören olabilir de, suçun mağduru olamazlar<sup>180</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerinde suçun mağduru olması mümkündür<sup>181</sup>. Bizce, Medeni Kanununun hak ve fiil ehliyeti tanımak suretiyle kişilik bahsettiği tüzel kişilerin, söz konusu haklara yönelik fiillerin mağduru olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

---

<sup>178</sup> **TCK m. 278** : “(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.”

<sup>179</sup> **Dönmezer/Erman**, C:III, s.26; **Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 198; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Genel Hükümler, s. 307; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.197; **Soyasalan**, Genel Hükümler, s.224; **Koca/Üzülmez**, s.152; **Hafızoğulları**, Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010, s.233; **Toroslu**, Ceza Genel, s.95; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s.463.

<sup>180</sup> **Koca/Üzülmez**, s. 153; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 209; **Artuk/Gökçen/ Yenidünya**, Genel Hükümler, s. 307

<sup>181</sup> **Dönmezer/Erman**, C.III, s.427; **Soyasalan**, Genel Hükümler, s.224; **Toroslu**, Genel Kısım, s. 96; **Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 198.

Marka suçlarında, suçun mağdurunu belirlerken, bu suçlarla korunan hukuki değerlerden hareket edilmelidir. Buna göre, marka suçları bakımından mağdur mutlak nitelikteki hakkı saldırıya uğrayan marka hakkı sahibidir. Örneğin taklit markalı giyim ürünlerinin üretilmesi, piyasaya sunulması halinde, taklide konu markanın sahibi gerçek ya da tüzel kişi (anonim şirket gibi) suçun mağduru kabul edilecektir. Doktrinde suçtan doğrudan doğruya etkilenen lisans sahipleri ile aldatılan tüketicilerin de mağdur kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden yazarlar bulunmaktadır<sup>182</sup>. Kanaatimizce, lisans sahibini suçun mağduru olarak değil, suçtan zarar gören olarak değerlendirmek mümkündür<sup>183</sup>. Diğer taraftan tüketicilerin de birer birey şeklinde suçun mağduru olarak ele alınmasının doğru olmadığını düşünüyoruz. Şöyle ki, eğer tüketici aldığı malın taklit markalı ürün olduğunu biliyorsa, zaten sorun yoktur. Tüketici aldığı malın taklit markalı ürün olduğunu bilmeden alıyorsa, malı satan bakımından duruma göre dolandırıcılık hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Buna karşılık, suçla korunan diğer bir hukuki değer kamusal güveni olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ticari düzenin bir parçasını oluşturan tüketici, üretici, esnaf ve tacirlerden oluşan kesimlerin de, toplumsal olarak suçun mağduru kabul edilebilir.

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu bakımından da, suçun mağduru marka hakkı sahibidir. Fakat marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun işlenmesi sırasında bir başka suç da meydana gelmişse, örneğin dolandırıcılık gibi, bu durumda gerçekleşen diğer suçun mağduru ise tasarruf işleminin karşı tarafını oluşturan şahıs olacaktır. Örneğin, yetkisi olmadığı halde bir tacirin sahip olduğu markayı, hileli davranışlarla bir başkasına para karşılığı devreden ticari mümessilin fiili, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun yanında, dolandırıcılık suçuna da meydan vermektedir. Buradaki marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun mağduru marka hakkı sahibiyken, dolandırıcılık suçunun mağduru ise geçersiz devir

---

<sup>182</sup> *Aydın*, sınai mülkiyet suçlarında, hak sahipleri ile lisans alanların dışında, birde kitlesel mağdurların olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, bu kitlesel mağdurların başında tüketiciler gelmektedir. Nitekim tüketiciler, orijinal ürünleri satın aldıklarını düşünerek, taklit markalı malları satın almaktadır. Ayrıca yazar, üreticiler, esnaf ve sanatkârların da sınai mülkiyet suçlarının diğer kitlesel mağdurlarını oluşturduğunu belirtmektedir. Bkz. *Aydın*, Hüseyin, Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2003, s.46.

<sup>183</sup> Nitekim lisans sahipleri, suçla korunan hukuki değer sahibi olmamakla birlikte, suçla korunan hukuki değerden yararlanan kimselerdir.

işleminin karşı tarafını oluşturan kimsedir. Bu suçlar arasındaki içtima ilişkisine ise, fikri içtima başlığı altında değinilecektir.

### C- Konu

Her suçun bir konusu vardır. Konusu olmayan bir suçun varlığından söz edilemez. Suçun konusu doktrine üzerinde suçun meydana geldiği, suçun cismini teşkil eden, failin hareketinin yöneldiği yahut eylemin üzerinde icra edildiği insan veya şey olarak benzer şekillerde ifade edilmektedir<sup>184</sup>. Buna göre, suçun konusunu, kanuni tipte yer alan hareketin üzerinde gerçekleştiği insan veya şey olarak tanımlayabiliriz.

Doktrinde kimi yazarlarca, suçun konusu “*hukuki konu*” ve “*maddi konu*” olmak üzere ikili ayrıma tabi tutularak incelenmektedir. Bu yazarlara göre, suçun maddi konusu, fiilin yöneldiği yahut üzerinde gerçekleştiği insan veya cismani yapısı olan şeyken; suçun hukuki konusu ise suçun doğrudan doğruya ihlal ettiği hukuki varlık veya menfaat, yani suçla korunan hukuki değerdir<sup>185</sup>. Buna karşılık diğer yazarlara göre, suçun konusunu bu şekilde bir tasnife tabi tutmayıp, suçun konusu ile suçla korunan hukuki değeri ayrı ayrı ele almaktadır<sup>186</sup>.

Suçun konusuna ilişkin aktarmış olduğumuz görüşler sonrasında, iki noktada eleştiri getirilmelidir: İlk olarak, suçun yapısal unsurlarına dâhil olmayan hukuki değer kavramına, suçun unsurlarına dâhil olan konu kavramı içerisine yer verilmesini yerinde bulmamaktayız. İkinci olarak, suçun konusunun yalnızca cismani yapısı

---

<sup>184</sup> **Dönmezer/Erman**, C:I, s.333; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Genel Hükümler, s. 303; **ÜNVER**, Hukuksal Değer, s.130 vd.; **Koca/Üzülmez**, s.153; **Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.198; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.193; **Hafizoğulları/ Özen**, s.225; **Toroslu**, Genel Hükümler, s.93; **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, s.166.

<sup>185</sup> **Toroslu**, s.94; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Genel Hükümler, s.305; **Zafer**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s.109,114. Doğrudan belirtmese de, “*Konu (suçun maddi konusu) suç tipinde bir unsur olduğu halde, suç tipinin koruduğu hukuksal yararın böyle bir niteliği yoktur.*” şeklinde “maddi konu” değıimine yer veren açıklamasından, Öztürk/Erdem’in de maddi konu, hukuki konu ayrımını benimsediğı anlaşılmaktadır. Bkz. **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, s.167.

<sup>186</sup> **Özgenç/Şahin**, s.112; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 194; **Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.198; **Koca/Üzülmez**, s.154; **Ünver**, s.131 vd.

bulunan şeylerden oluşabileceği düşüncesine katılmıyoruz. Şöyle ki, artık günümüzde cismani varlığa sahip olmayan varlıkların mevcudiyeti tartışılmamaktadır. Nitekim, gayri maddi bir mal varlığı olarak hukukun kabul ve himaye ettiği marka da bunlardan biridir. Bu çerçevede marka hakkının kendisi soyuttur, hukuken korunan bir değerdir. Buna karşılık bir işaret olarak karşımıza çıkan, tescil edilebilen, baskı yoluyla ifade edilebilen marka ise somuttur ve marka hakkını çiğnemeye yönelik fiillerin konusunu teşkil eder. Şu halde marka suçlarında suçun konusunu öncelikle, hukuki bir varlık olan bir marka oluşturmaktadır.

556 sayılı KHK'nın birinci maddesinde *“Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasını sağlamaktır.”* düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, KHK m. 61/A da yer verilen marka suçlarının konusunu, yalnızca bu KHK'ya göre tescil edilmiş markalar oluşturmaktadır. Tescil edilmemiş markaların, marka suçlarına konu olması mümkün değildir. Örneğin tanınmış bir markanın taklit edilmesi marka hakkına tecavüz suçunu oluşturmayacaktır. Nitekim marka hakkına tecavüz suçundan bahsedilebilmesi için tescilli bir markaya iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilmiş olması gerekmektedir. Fakat, tescilsiz markaya tecavüz halinde TTK m.64'te düzenlenen haksız rekabet suçlarının gündeme gelmesi mümkündür<sup>187</sup>. Örneğin, TTK m.64/1'in TTK m.57'ye göndermesiyle, başkasına ait tescilsiz markanın iltibasa yol açacak şekilde kullanılması cezai yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre, tescilli olmayan bir markaya iltibas suretiyle tecavüz edilmesi halinde, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde hukuki ve cezai koruma talep edilebilecektir.

KHK m.61/A'nın beşinci fıkrasında *“Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı cezaya hükmedilebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır.”* hükmüne yer verilmiştir. Düzenlemenin lafzından *markanın Türkiye’de*

---

<sup>187</sup> Tescilsiz markaya tecavüz halinde, TTK m.56 vd. da düzenlenen haksız rekabete ilişkin hukuki ve cezai koruma söz konusu olabileceği hususundan bkz. **Arslan**, İbrahim, Tescilsiz Markaların Korunması, SÜHFD, C:16, S:1, 2008, s.43.



*tescilli olması* her ne kadar cezalandırılabilme şartı<sup>188</sup> olarak algılanabilir ise de, bizce bu suçun öngördüğü korumanın kapsamına ilişkin bir kural olup, failin bilgisi dâhilinde değerlendirilmesi gereken unsurlardandır. Diğer bir ifadeyle, işlenen suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için markanın, Türkiye’de tescilli olması gerektiği sonucuna götüren KHK m.61/A’nın beşinci fıkrası, aslında suçun konusunu teşkil eden markanın niteliğini ortaya koyan bir düzenlemeden başka bir şey değildir. Buna göre, markanın Türkiye de tescilli olması da suçun oluşumuna etki eden bir özellik olarak ele alınması gerekecektir. Örneğin, Almanya’da tescilli olan fakat Türkiye’de tescili olmayan bir markanın KHK m.61/A anlamında tecavüz teşkil eden fiiller konu edilmesi suç oluşturmayacaktır.

KHK’ya uygun olarak tescil edilmiş markaların koruma kapsamında olduğunu belirten KHK’nın birinci maddesinin, aslında cezai korumadan faydalanacak markaların sınırını da çizdiğinden bahisle; KHK m.1’in karşısında, KHK m.61/A’nın beşinci fıkrasına gerek olmadığı akla gelebilir. Fakat, tescilli olma suçun konusuna ait bir özellik şeklinde karşımıza çıktığı için, bunun suçta ve ceza kanunilik ilkesi gereğince kanunla düzenlenmiş olması gerekir. Bu nedenle KHK m.61/A’nın yerinde bir düzenleme olduğu kabul edilmelidir.

Tescilli markanın korumadan yararlanabileceğini belirttikten sonra, KHK’ya uygun bir şekilde tescil ettirilmeyen, bir diğer ifadeyle tescili yolsuz temele dayanan markanın KHK kapsamında korumadan yararlanıp yararlanamayacağını tartışmak gerekir. Markanın özel hukuk korumasına ilişkin olarak, Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda, *tescilin temelinin yolsuz olması* halinde dahi, korumanın sağlanacağı belirtilmektedir. Karara göre:

*“Mahkemece, davacı markaların ayırt edici özelliğinin bulunmadığı, yabancı dilde eğitim yapan davalı tarafın öğrencilerinin faaliyetlerinin davacı markasına tecavüz teşkil etmediği gerekçesiyle*

---

<sup>188</sup> Cezalandırılabilme şartları, suçun tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş olmasına rağmen, failin cezalandırılması için kanunun ayrıca aradığı ve gerçekleşmedikçe faile karşı yaptırımın uygulanmadığı objektif şartlardır. Bu hususta bkz. **Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.419-420.



*davanın reddine karar verilmiştir. Ancak davacı markasının terkin edildiği, hükümsüzlüğe yönelik bir dava açıldığı ileri sürülüp, kanıtlanmış değildir. O halde, mahkemece, davacı markasının tescilli olduğu, henüz sicilden silinmediği, ayırt edici özelliği bulunmadığı konusunun dava konusu olmadığı ve bu davada dinlenemeyeceği dikkate alınarak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.”<sup>189</sup>*

Kanımızca bu karar, hukuk yargılamasına egemen olan kendiliğinden hazırlama ve taleple bağıllık ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki, dava konusu olayda davalının, markanın hükümsüzlüğünü ayrı bir dava ile talep etmesi ve aldığı hükümsüzlük kararına göre davacının marka hakkına tecavüze ilişkin iddiasını çürütmesi gerekir. Buna karşılık ceza yargılaması hukukunda maddi gerçeğin araştırılması esastır. Bu durumda, ceza yargılaması sırasında tecavüze konu markanın hükümsüzlüğü konusunda savunma getirilmemiş olsa da, ya KHK m.41’de ilgili kimse olarak sayılan Cumhuriyet savcısı maddi gerçeğin ortaya konulabilmesi için hukuk mahkemelerinde hükümsüzlük davası açarak, bu davadan çıkacak sonuca göre mahkûmiyet hükmü verilmesini sağlamalıdır. Fakat yargılamanın sürüncemede kalmaması için ceza mahkemesi de bizzat markanın hükümsüzlüğüne ilişkin bir inceleme yapıp, ona göre mahkûmiyet hükmü verebilir.

Özel hukuk korumasında benimsendiğinin aksine, markanın bir şekilde tescil edilmiş olması, terkin edilmediği sürece, bu tescilli markanın marka suçlarına konu olabilmesi için yeterli değildir. Markanın KHK hükümlerine göre uygun tescil edilmiş olması gerekir. Suça konu markanın KHK hükümlerine göre usulüne uygun tescil ettirilmediği yönündeki iddia, ceza hukukunda maddi gerçeğin ortaya konması bakımından araştırılmalı ve varılan sonuca göre karar verilmedir. Buna göre, mutlak bir red sebebinin varlığına rağmen tescil edilmiş bir markaya tecavüz teşkil eden fiilleri KHK m.61/A’nın birinci fıkrası kapsamında değerlendirmek mümkün

---

<sup>189</sup> 11. HD., 07.02.2005, E.2004/4216, K.2005/836, (Karar için bkz. **Güneş**, İlhami, Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2009, s.149).

değildir. Örneğin giyim ürünleri için tescil edilmiş haç işaretini konu alan bir marka ile benzer işaretin iltibas yaratmak suretiyle kullanılması halinde, marka hakkına tecavüz suçundan bahsedilemeyecektir. Peki, nisbi red sebebini bünyesinde barındıran tescilli markaya tecavüz eylemleri cezalandırabilecek midir? Bilindiği üzere, nisbi red sebeplerinden birinin varlığı halinde, ilgilinin itirazı bulunmadığı sürece, söz konusu marka tescilli markanın doğurduğu bütün hüküm ve sonuçları doğuracaktır. Şu halde, ilgili kimse tarafından yapılmış bir itiraz söz konusu olmadığı müddetçe, nisbi red sebeplerinden bir veya birkaçını bünyesinde barındıran markanın, KHK m.61/A çerçevesinde yapılan tecavüz fiillerine konu olması mümkündür.

Netice itibariyle marka hakkına tecavüz, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf ve tescilli marka koruması işaretini kaldırma suçlarının söz konusu olabilmesi için markanın tescilli olması ve bu tescilin KHK hükümlerine uygun bir şekilde Türkiye’de yapılmış olması şarttır. Burada “tescilli olmak” kuralıyla, markanın tescil korumasından faydalanabilme imkânına sahip olması kastedildiğinden, daha önce tescil edilmiş olsa bile, hükümsüzlük sebepleriyle koruma kapsamı dışında kalan markalar da bu süre zarfında marka suçlarına konu olamaz.

Tescilli marka koruması işaretini kaldırma suçu bakımından, suça konu markanın tescilli olması gerektiği suçun düzenleniş şeklinden açıkça anlaşılmaktadır. Aşağıda da ele alınacağı üzere, tescilli marka koruması işareti yalnızca tescilli markalarla kullanılabilir. Buna göre, markanın tescilli olması, marka ile kullanılacak tescilli koruma işaretinin kullanılmasının da dayanağını oluşturacak; markanın tescilsiz olması halinde marka koruması işaretinin de kullanımı haksız olacağından, haksız bir şekilde kullanılan bu işaretin kaldırılması suç teşkil etmeyecektir.

## D- Fiil

### 1. Marka Hakkına Tecavüz Suçu (KHK m.61/A, f.1)

#### a. Genel Açıklamalar

Marka hakkına yönelik tecavüz eylemlerini cezai yaptırıma bağlayan, 5833 sayılı kanunla değişik KHK m.61/A'nın birinci fıkrasında, *iktibas ve iltibas suretiyle başkasının marka hakkına tecavüz ederek mal veya hizmet üretmek, satışa arz etmek veya satmak* suç olarak düzenlenmiştir.

Suç tipine bakıldığında “veya” bağlacıyla birden fazla harekete yer verildiği görülmektedir. Bunun gibi, suçun oluşması bakımından, birbirinden bağımsız olarak gösterilen birden fazla hareketten sadece birisinin gerçekleşmesinin yeterli olduğu suçlara, seçimlik hareketli suçlar denir<sup>190</sup>. Dolayısıyla, marka hakkına tecavüz suçu, seçimlik hareketli bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca kanun koyucu suç tipinde, herhangi bir neticeye de yer vermiş değildir. O halde marka hakkına tecavüz suçu, neticesi harekete bitişik, salt hareket suçu şeklinde nitelendirilebilir.

Marka hakkına tecavüz suçunda, tipte yer alan hareketlerin gerçekleştirilmesi, suçun oluşması bakımından yeterlidir. Bunun için ayrıca bir zararın, hatta zarar tehlikesinin meydana gelmesine gerek yoktur. Şöyle ki, aşağıda da ele alınacağı üzere, gerek iktibas gerekse de iltibas olsun, her iki tecavüz halinde de tescilli markanın ayırt ediciliğini zedelemeye yönelik davranışlar cezalandırılmaktadır. Bu davranışların gerçekten tescilli markanın ayırt ediciliğine olumsuz bir etki yapıp yapmadığı ayrıca araştırılmaz. Buna göre, kanun koyucu marka hakkına tecavüz suçu

---

<sup>190</sup> Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Genel Hükümler, s.208. Aynı şekilde bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.162; Koca/Üzülmez, s.156; Demirbaş, s. 216; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.258; Özgenç, Marka Hakkına Tecavüz, s.845; Özgenç/Şahin, s.130; Donay/Erman, s.57.

bakımından, ne bir zararın ne de bir zarar tehlikesinin doğmasını aramadığı için, bu suç soyut tehlike suçu olarak ifade edilmelidir<sup>191</sup>.

Şu halde, marka hakkına tecavüz suçunun varlığından söz edilebilmesi için:

- a- Marka hakkına *iktibas veya iltibas* suretiyle tecavüz oluşturan bir fiilin varlığı;
- b- Tecavüze konu mal veya hizmetin, *üretilmesi, satışa arz edilmesi* veya *satılması* gereklidir.

## **b. İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz**

### **aa. Marka Hakkına Tecavüz Kavramı**

KHK m.61/A'da yalnızca iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz fiilleri suç kapsamına alınmıştır. O halde marka hakkına tecavüz suçunun fiil unsurunu ortaya koyabilmemiz için, öncelikle iktibas ve iltibastan bağımsız olarak, marka hakkına tecavüzden ne anlaşılması gerektiğini ifade etmek gerekir.

Marka hakkına tecavüz, başkasına ait bir marka hakkının, sahibinin izni olmaksızın KHK'da öngörülen biçimde kullanılması şeklinde açıklanabilir<sup>192</sup>. Marka hakkına tecavüz oluşturan fiiller, KHK m.61'de sınırlayıcı olarak sayılmıştır<sup>193</sup>. Dolayısıyla, bir fiilin marka hakkına tecavüz teşkil edebilmesi için, KHK m.61'deki sayılan durumlardan birine girmesi gerekmektedir. Bu fiiller şu şekilde belirtilebilir:

- Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 9 uncu maddede belirtilen biçimlerde kullanmak (KHK m.61/a):

---

<sup>191</sup> Zarar suçu- tehlike suçu ayrımı konusunda bkz. **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.211 vd; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.195 vd; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Genel Hükümler, s.305-306.

<sup>192</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.452; **Kaya**, s.260; **Yasaman**, C::II, s.1010; **Arkan**, C:II, s.209.

<sup>193</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.452; **Yasaman**, C:II, s.1010.

- Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması (KHK m.9/1-a),
- 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 (KHK m.9/1-b),
- 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 (KHK m.9/1-c),
- Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek (KHK m.61/b),
- 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 (KHK m.61/c)<sup>194</sup>,
- Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek (KHK m.61/d), marka hakkına tecavüz sayılmaktadır.

---

<sup>194</sup> Belirtmek gerekir ki, KHK m.9'da belirtilen durumlar karşısında, ayrıca KHK m.61/(c)'ye ihtiyaç bulunmamaktadır. Nitekim bu fıkrada belirtilen tecavüz fiilleri, zaten KHK m.9/1 ve m.9/2'in kapsamına girmektedir.

Görüldüğü üzere, KHK m.61/A'nın birinci fıkrasında marka hakkına tecavüz sayılan bütün fiiller değil, yalnızca iktibas veya iltibas suretiyle yapılan tecavüz fiilleri cezai yaptırım altına alınmıştır. O halde öncelikli olarak yapılması gereken, iktibas ve iltibas kavramlarını açıklığa kavuşturarak, KHK m.61'de sayılan marka hakkına tecavüz niteliğindeki fiillerden hangilerinin iltibas ve iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz oluşturduğunu tespit etmektir<sup>195</sup>.

## **bb. İktibas Suretiyle Tecavüz**

### **aaa. İktibas Kavramı**

İktibas sözlük anlamıyla ödünç alınan şey, alıntı olarak ifade edilmektedir<sup>196</sup>.

Marka hukuku öğretisinde ise tescilli bir marka ile *ayniyet* gösteren işaretlerin kullanılması, markanın iktibası olarak açıklanmaktadır. Ayniyet, tescilli marka ile aynı olan işareti kapsadığı gibi, çok ufak değişiklikler yapılmak suretiyle benzerinden ayırt edilemeyecek derecede farklı işaretleri de kapsamaktadır. Buna göre başkasına ait tescilli bir markaya konu olan işaretin aynısının veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin izinsiz olarak tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak kullanılmasının, marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz fiilini oluşturduğunu söyleyebiliriz<sup>197</sup>.

Şu halde iktibasın varlığından söz edilebilmesi için, aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli bir marka ile **(1) aynı işaretin** veya **(2) ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretin** kullanılmış olması gerekmektedir.

---

<sup>195</sup> Tasarımın 74. maddesinin birinci fıkrasında, iktibas ve iltibas kavramlarına yer verilmemiş, Tasarımın 57. maddesindeki marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerin tamamı suçun kapsamına alınmıştır. Yine, aynı maddenin ikinci fıkrasındaki, marka hakkına tecavüz kapsamında mütalaa edilebilecek olan taklit markalı malların ticareti suçunda ise yalnızca taklit, yani iktibas oluşturan tecavüz fiilleri cezai yaptırıma bağlanmıştır.

<sup>196</sup> www.tdk.gov.tr.

<sup>197</sup> **Kaya**, s. 265; **Cengiz**, Dilek, Türk Hukukunda İltibas veya İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995, s. 6.

### bbb. İktibasın Kapsamı

İktibas suretiyle marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin, KHK m.61’de sayılan marka hakkına tecavüz fillerden hangilerine karşılık geldiğini ortaya koyabilmek için, öncelikle iktibas fiilinin unsurunu oluşturan aynen kullanma ile ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanma durumlarının açıklanması gerekmektedir.

551 sayılı Markalar Kanunu m.47’de, aynen kullanmadan ne anlaşılması gerektiği “Başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibarıyla eşini veya ebat yahut renk itibarıyla veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılamayacak kadar cüz’i surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse, bu markayı aynen kullanmış sayılır.” şeklinde açıkça ifade edilmişti. Düzenlemeye göre, 551 sayılı Markalar Kanunu uygulamasında ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanma, aynen kullanma kapsamında değerlendirilmekteydi. Buna karşılık aynen kullanma deyiminden ne anlaşılması gerektiği konusunda KHK’da böyle bir açık ifade yer almamaktadır. Fakat m.9/1-(a) ile m.61/(b) karşılaştırıldığında, KHK’nın, ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmayı aynen kullanma olarak ele almadığını söyleyebiliriz. Şöyle ki, m.61/(b) markanın kendisinin veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmadan bahsetmişken, m.9/1-(a) ise yalnızca aynen kullanmadan söz etmiştir. Aynı şekilde, mutlak red nedenlerinin düzenlendiği m.7/1-b’de de aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzeri kavramlarına ayrı ayrı yer verilmiştir. O halde, düzenlemeye paralel olarak bu kavramları ayrı ayrı ele almak gerekmektedir.

**Aynen kullanma**, bir markaya ait işaretin aynısının, yine aynı nitelikteki mal veya hizmet için kullanılmasıdır. O halde aynen kullanma için ilk olarak haksız olarak kullanılan işaret ile başkasına ait marka aynı olmalı, ikincisi haksız olarak kullanılan işaretin ilgili olduğu mal veya hizmetler ile başkasına ait olan markanın ilgili olduğu mal veya hizmetler aynı olmalıdır. Burada haksız olarak kullanılan işaret ile tescile konu marka her açıdan aynı olması gerektiğinden, herhangi bir

ekleme çıkarma söz konusu olmamalıdır<sup>198</sup>. Diğer bir deyişle, tescilli markanın aynısı demek, iki işaretin birbirinin tıpa tıp aynısı olması, iki işaret arasında küçük de olsa bir fark bulunmaması demektir<sup>199</sup>. Fakat bir markanın aynı nitelikte sayılacak kısmi farklılıkla kullanılması halinde de aynen kullanma koşulunun sağlanmış olacağı fikrinden hareketle, aynen kullanmanın tam veya kısmi olabileceğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır<sup>200</sup>.

*Ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanma* ise, dikkatli bir inceleme yapmaksızın anlaşılamayacak derecede üzerinde ufak değişiklikler yapılan tescilli bir markanın kullanılmasıdır. Tekinalp’inde belirttiği gibi, benzer olmakla ayırt edilemeyecek derecede benzer olma farklı şeylerdir. Ayırt edilemeyecek derecede benzerlik durumunda, tecavüz oluşturan marka ile tescilli marka arasındaki benzerlik en güçlü seviyededir. Nitekim ayırt edilemeyecek derecede benzer marka, tecavüze uğrayan tescilli markanın tıpkısıymışçasına bir benzerlik taşır. Bu aynen kullanım ile benzer kullanım arasındaki dereceyi ifade eder. Fakat benzerliğin tespiti sübjektif bir değerlendirme gerektirdiğinden, hangi durumda ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmanın gerçekleştiğini tespit edecek objektif kriterler getirmek güçtür<sup>201</sup>.

İktibasa ilişkin markanın aynen ve ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanma koşullarını açıkladıktan sonra, m.61’de belirtilen marka hakkına tecavüz fiillerden ikisinin iktibas suretiyle tecavüz kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Öncelikle KHK m.61-a’nın atfı dolayısıyla KHK m.9/1-(a)’ya göre sahibinin izni olmaksızın, “Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması.” marka hakkına tecavüz sayılmıştır. Bu hüküm markanın aynen kullanılması suretiyle iktibas düzenlemektedir. Diğer taraftan m.61/1-(b)’de,

---

<sup>198</sup> **Çiçekçi**, Çiğdem, Markaya Özgü Kullanım Kavramı ve Markaya Tecavüz Fiilleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, DEÜSBE, 2007, s.186.

<sup>199</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 408.

<sup>200</sup> **Cengiz**, s. 6; **Kaya**, s.266; **Aydın**, s.91.

<sup>201</sup> **Cengiz**, s.11; **Bağcı**, Gamze, Marka Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GSÜSBE, 2007, s.70.



*“Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.”* de marka hakkına tecavüz sayılmıştır. Bu hüküm ise markanın hem aynen kullanılmasını hem de ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılması suretiyle iktibasını düzenlemektedir.

Doktrindeki bir görüşe göre, KHK m.9/1-a’daki düzenleme karşısında KHK m.61/b’deki düzenleme gereksizdir; çünkü tescilli markanın aynısının ya da benzerinin kullanılması KHK m.61/a’nın yollama yaptığı KHK m.9/1-a,b dolayısıyla zaten marka hakkına tecavüz oluşturan bir fiil olarak değerlendirilebilecektir<sup>202</sup>. Bir başka görüşe göre ise, KHK m. 9’da markanın aynısının veya benzerinin kullanılmasından bahsedilmekte, buna karşılık “ayırt edilemeyecek derece benzeri” terimine ise KHK m.61/b de yer verilmektedir. Bu da göstermektedir ki, KHK bakımından benzer ile ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramları aynı şey değildir. Benzerlik iltibasa, ayırt edilemeyecek derecede benzerlik ise taklide yol açmaktadır<sup>203</sup>. Bizce KHK m.61’de kısmi bir tekrar söz konusudur. Nitekim KHK m.61/b’de hem aynen hem de ayırt edilemeyecek derecede bezer kullanım taklit olgusu içerisinde değerlendirilmekteyken, KHK m.9/1-a’da ise yalnızca aynen kullanımdan söz edilmiştir. Dolayısıyla, KHK m.61/b’nin şu hali, KHK m.9/1-a’daki tecavüz şeklini de kapsamaktadır. Buna göre, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzü açıklarken, KHK m.61/b’den yararlanmak yeterlidir.

Netice itibariyle, aynen kullanma (KHK m.9/1-a, KHK m.61/b) ile ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanma (KHK m.61/b) ayrı durumları ifade etse de, cezai koruma öngören KHK m. 61/A’nın birinci fıkrası her iki durumu da kapsayan iktibas kavramına yer vererek, bu kullanım şekillerine aynı sonuç bağlanmıştır. Şu halde, KHK m.61/A’nın birinci fıkrasında düzenlenen suç bakımından, marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz etmek seçimlik hareketinin varlığından söz edilebilmesi için, aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretin, aynı mal veya hizmetlerde kullanılması gerekmektedir (KHK m.9/1-a, KHK.61/b).

---

<sup>202</sup> Arkan, C:II, s.216.

<sup>203</sup> Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 408.

### ccc. İktibasın Tespiti

Tescilli marka ile tecavüze konu işaret arasında iktibasın mevcudiyetini ortaya koymak, iltibasa göre çok daha kolaydır. İktibasın varlığına hükmederken tespit edilmesi gereken husus, yalnızca aynı mal veya hizmetler için, tescilli marka ile işaretin aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olup olmadığıdır. Bunun haricinde alıcı kitlesinin bunları karıştırıp karıştırmadığı araştırılmaz. Zaten aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretin kullanılmasının amacı, karıştırma ihtimalinin de ötesinde, alıcıya söz konusu mal veya hizmeti bizzat tescilli markanın kullanıldığı orijinal mal veya hizmet olarak algılatmaktır.

Tescilli marka ile aynı işaretin kullanılması basit bir inceleme ile belirlenebilecek bir durumdur. Örneğin, tescilli SONY markasını herhangi bir lisans sözleşmesi yapmadan kendi işletmesinde ürettiği taşınabilir müzik çalarlarında kullanan kimsenin fiili iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir. Buna karşılık tescilli marka ile aynı işaret yerine, ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretin kullanılması da söz konusu olabilir. Ayırt edilemeyecek derecede benzer kullanımda, işaret üzerinde normal bir dikkat ölçüsünde fark edilemeyecek ufak değişiklikler yapılmaktadır. Bu değişiklikler işaret ile tescilli markanın tıpkıymış gibi bir algı yaratır. Bu ufak değişiklikler kimi zaman markada yer alan bir harfte oynama yapmak suretiyle olabileceği gibi, çizimden oluşan markalarda bir çizginin uzatılması, kısaltılması ve sair suretle de gerçekleştirilebilir. Örneğin SONY yerine SQNY işaretinin, *Coca Cola* yerine *Coca Cola* işaretinin kullanılması bu kapsamda değerlendirilebilir.

Yine Türkiye’de tescilli D&R markasının aynısını (KHK m.9/1-a, m.61/b) veya D&R şeklinde ayırt edilemeyecek derecede benzerini (KHK m.61/b) kitap, cd, dvd vs. gibi ürünlerin satışını yaptığı dükkânında kullanan kimsenin fiili, marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz oluşturacaktır. Tescilli bir PRIL bulaşık deterjanı markası varken, aynı markayı yahut PRİL şeklinde ayırt edilemeyecek derece benzerini başka bulaşık deterjanları için kullanan kimsenin fiili de iktibas suretiyle

marka hakkına tecavüz oluşturacaktır. Buna karşılık tecavüze konu markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin oda parfümleri için kullanılması, aynı mal veya hizmetlerde kullanma koşulunu sağlamayacağından iktibas oluşturmayacaktır. Bu durumda, aşağıda da ele alınacağı üzere iltibasın varlığından söz edilebilir.

551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47. maddesinde, tescilli bir markanın anlam bakımından eşinin kullanılması iktibas kapsamında değerlendirilmekteydi. Oysa, anlam bakımından eş bir işaretin kullanılmasının doğrudan karışıklığa yol açacağını söylemek güç olduğundan, bunun iltibas kapsamında ele alınması gerekir.

Tescilli markanın boyutlarının değiştirilerek kullanılması da iktibas oluşturur. Bu çerçevede tescilli bir markanın aynı mal veya hizmetlerde, aynı ölçüde yahut büyütülerek veya küçültülerek kullanılması arasında fark yoktur. Tescilli markanın renk bakımından değiştirilerek kullanılması halinde ise, duruma göre bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Eğer, renk tescilli markanın bir unsurunu oluşturuyorsa, bu markanın başka bir renkte kullanılması iltibas çerçevesinde değerlendirilebilir. Örneğin üç dalga halinde sarı, mavi ve yeşil renklere sahip üç dalgalı şekil markasının başka renklerde kullanılması halinde benzerlikten söz edilebilir. Tabi ki, tescilli marka ile yakın tonda renklerin kullanılması halinde ise ayırt edilemeyecek derecede benzerlik söz konusu olabilir. Buna karşılık, renk tescilli marka bakımından önem arz etmiyor, markanın herhangi bir unsurunu oluşturumuyorsa, tescilli marka ile farklı renkte olan işaretin kullanılması iktibas kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin belirli renkler için tescil ettirilmemiş Nike markası ile birlikte kullanılan işaretin farklı renklerde kullanılması halinde de aynen kullanım söz konusu olacaktır.

Kullanılmış orijinal markalı ürünlerin toplanarak tekrardan piyasaya sürülmesi, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz oluşturmaz. Çünkü iktibasın varlığından bahsedilebilmesi için taklit markalı ürünün kullanılmış olması gerekmektedir. Örneğin topladığı traş bıçaklarını temizleyip tekrar satan kimsenin fiili, marka hakkına tecavüz suçunu oluşturmasa da, TTK m.57 ve m.64'te yer

verilen haksız rekabet suçunun gündeme gelmesi mümkündür. Yine, üzerinde tescilli marka bulunan boş damacana şişelerini toplayıp satan kimsenin fiili de haksız rekabet kapsamında değerlendirilecek, marka hakkına tecavüz oluşturmayacaktır. Buna karşılık bayisi olmadığı X firmasına ait boş tüpleri piyasadan toplayarak, kalitesi düşük gazla doldurup tekrar satan kimsenin fiili bakımından ise aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Nitekim son durumda, X firmasının markasını taşıyan boş tüplerle, başka bir firmanın doldurduğu gazın satışı yapılmaktadır. Burada içerisinde başka firmaya ait kalitesi düşük gaz doldurulan tüplerin orijinal markalı ürün olduğunu söyleyemeyeceğimiz için, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzün varlığını kabul etmek gerekecektir. O halde, tescilli markanın bulunduğu orijinal ambalaj, kutu vs. kullanılarak da iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz söz konusu olabilir.

Belirtmek gerekir ki, ayırt edilemeyecek derecede benzerlik ile bu dereceye varmayan benzerliğin tespitinde belirli ölçütler getirilemediği için, bu hususta titiz davranılmalıdır. İşaretin benzer mi yoksa ayırt edilemeyecek derecede benzer mi olduğu noktasında kuşku oluşuyorsa, işaretin benzer olduğundan bahisle iltibas değerlendirmesi yapılmalıdır<sup>204</sup>. Bu konu şu bakımdan önem arz etmektedir: Eğer ki kullanılan işaretin ayırt edilemeyecek derecede benzer olduğu sonucuna varılırsa, bu işaretin ayrıca karıştırma ihtimali yaratıp yaratmamasına bakılmayacaktır. Buna karşılık, işaretin benzer nitelikte olduğu sonucuna varılırsa, iltibas akla gelecek ve bunun için ayrıca işaretin alıcı çevresinde bir karışıklık yaratma ihtimali doğurup doğurmadığı araştırılacaktır<sup>205</sup>. Bu konuyu iltibas başlığı altında ele alacağız.

---

<sup>204</sup> Cengiz, s.11.

<sup>205</sup> Böylece, işaretin ayırt edilemeyecek derece benzer olduğundan bahisle karıştırma ihtimalinin varlığı kabul edilmeyip; şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince, benzer olduğu sonucuna varılan tecavüze konu işaretin, aynı zamanda karıştırma ihtimaline de meydan verip vermediği hususu araştırılacaktır.

## cc. İltibas Suretiyle Tecavüz

### aaa. İltibas Kavramı

İltibas sözlük anlamıyla birbirine çok benzeyen şeylerin karışması olarak ifade edilmektedir<sup>206</sup>.

KHK'da iltibastan ne anlaşılması gerektiği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık yürürlükten kalkan 551 sayılı Markalar Kanunu m.47/a-3'te iltibastan söz edilmekteydi. Şöyle ki, "*Başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibariyle ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu suretle iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanan kimse, o markanın benzerini kullanmış sayılır.*" Düzenlemeye göre, markanın benzerinin kullanılması, iltibas suretiyle kullanma ile açıklanmış; iltibas ise dikkatli ve ayrıntılı bir inceleme yapmaksızın yüzeysel bir incelemeyle ayırt edilemeyecek derecede benzer olan işaretin kullanılması olarak ifade edilmişti. Oysa cezai yaptırım ön gören KHK m.61/A'nın birinci fıkrasında "*iltibas suretiyle tecavüz*" den bahsedilmekle yetinilerek, iltibasla neyin ifade edilmek istendiği konusunda soru işareti bırakılmıştır.

Marka hukukunda iltibas, bir markaya konu işaretin benzerini kullanmak suretiyle alıcılar nazarında markaların karıştırılmasına yol açmak olarak ifade edilebilir<sup>207</sup>. İltibas halinde, marka ile işareti kullanan işletmelerin aynı olduğu yanılgısına düşürülen alıcı, kafasında tasarladığı işletmenin malını aldığını zannederken, başka işletmeye ait mal veya hizmeti almaktadır<sup>208</sup>. Fakat, iltibasın bu şekildeki tanımı, marka hakkına tecavüz suçunun çerçevesini çizmek bakımından tek başına yeterli değildir. Markaların karıştırılması olarak ifade edilen iltibasın, hangi tür karıştırmaları kapsadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

---

<sup>206</sup> <http://www.tdk.gov.tr>.

<sup>207</sup> Cengiz, s.7; Poroy/Yasaman, s.455; Aydın, s.94.

<sup>208</sup> Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s.405; Arkan, C:I, s.98; Öçal, s.119.

### bbb. İltibasın Kapsamı

#### aaaa. Genel Açıklamalar

Doktrinde de ifade edildiği üzere, her ne kadar KHK 'da iktibastan söz edilmemiş olsa da, bu kavram varlığını karıştırma ihtimali şeklinde devam ettirmektedir<sup>209</sup>. Yargı kararlarına bakıldığında da, karıştırma ihtimali ile iltibasın eş kavramlar olarak kullanıldığına, diğer bir fadeyle iltibasla karıştırma ihtimalinin, benzer kavramlar olarak algılanması gerektiğine işaret edilmektedir<sup>210</sup>. O halde, iltibasın kapsamını belirleyebilmek için öncelikle karıştırma ihtimali kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır.

Karıştırma ihtimali, klasik anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde ifade edilmektedir<sup>211</sup>: Klasik anlamda karıştırma ihtimali, bir mal veya hizmetin alıcısının bildiği veya duyduğu bir mal veya hizmeti aldığı zannı ile başka bir işletmenin aynı ya da benzer mal veya hizmetini alma ihtimali ile karşı karşıya olmasıdır. Burada alıcılar, markalar arasında benzerlik dolayısıyla almayı düşündükleri mal veya hizmet yerine başka bir işletmeye ait mal veya hizmeti almaktadırlar. Geniş anlamda karıştırma ihtimali ise, klasik anlamda karıştırma ihtimalinin yanında, ayrıca iki marka arasındaki benzerliğin söz konusu işaretleri taşıyan mal veya hizmetlerin alıcıların bildiği ve güvendiği bir işletmenin ürünü olduğu yönünde alıcıların zihninde karışıklığa meydan vermesini de kapsamaktadır.

<sup>209</sup> **Tekinap**, Fikri Mülkiyet, s. 402; **Yasaman**, C:I, s.399; **Kaya**, s.137; **Keskin**, s. 133

<sup>210</sup> “556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9'uncu maddesi uyarınca marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için davalının ürün ambalajında kullandığı kompozisyonun; ürünün nihai tüketicileri nezdinde davacı markası ile **iltibasa** neden olacak şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bu bakımdan, marka ve ambalajın kullanıldığı ürünlerin tüketici tarafından algılanış biçimi ve bu algılama sonucunda **karışıklığa sebebiyet verilerek** tüketicinin davacının ürünü aldığını konusunda yanılgıya düşürülerek davalı ürünlerini satın almasına yol açılmış olmalıdır” (11. HD., 21.12.2006, E: 2005/9995, K:2006/13737, www.kazanci.com); “... ticaret ve hizmet markalarının içerdikleri mal ve hizmetler birbirlerinden ayrılmayacak derecede iç içe geçmiş ise ticaret ve hizmet markaları arasındaki **iltibastan** da söz edilebilir ve tanınmış olmayan markalar bakımından da iltibas değerlendirilmesi yapılabilir. Burada temel ölçüt, halkın **karıştırma ihtimali** bulunup bulunmadığıdır.” (11. HD., 27.03.2008, E:2008/649, K:2008/3957, www.kazanci.com).

<sup>211</sup> Açıklamalar için bkz. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.405 vd.

Şu halde geniş anlamda karıştırma ihtimali, bağlantı kurma ihtimalini de kapsamaktadır<sup>212</sup>.

Marka hakkına tecavüz şekli olarak karıştırma ihtimaline, KHK m. 9/1'in (b) bendinde yer verilmiştir. Düzenlemeye göre, “*Tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında **bağlantı olduğu ihtimali de dahil**, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması*” marka hakkına tecavüz teşkil edecektir. Düzenlemedeki “...*bağlantı olduğu ihtimali de dahil...*” ifadesi, KHK m.9/1-b’de yer verilen karıştırma ihtimalinin, bağlantı ihtimalini de kapsayacak şekilde geniş ele alındığını göstermektedir<sup>213</sup>.

İltibas kavramının varlığını karıştırma ihtimali şeklinde sürdürdüğünü belirttikten sonra, KHK’da karıştırma ihtimalinin bağlantı ihtimalini de kapsayacak şekilde geniş düzenlenmesi, acaba iltibas kavramını da aynı ölçüde genişletecek midir? Diğer bir ifadeyle, bağlantı ihtimali, iltibas kavramı içerisinde mi değerlendirilecek, yoksa 551 sayılı Markalar Kanunu’nda olduğu gibi iltibas kavramından ayrı olarak mı ele alınacaktır? Bu soruya verilecek yanıt, bağlantı ihtimali yaratmak suretiyle marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin, iltibas kavramına yer veren marka hakkına tecavüz suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında önem arz etmektedir.

---

<sup>212</sup> Bağlantı ihtimali, tecavüze konu işaret ile tescilli markanın göstermiş olduğu benzerlik nedeniyle, alıcıların işletmeler arasında ticari/ekonomik bir bağın bulunduğu hususunda yanılgıya düşmeleridir. Görüldüğü üzere, buradaki karışıklık, alınan mal veya hizmet ile aynı veya benzer nitelikteki mal veya hizmeti sunan işletmelerin aralarında herhangi bir bağlantı olduğu konusunda meydana gelmektedir. (Bkz. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 406; **Kaya**, s.266).

<sup>213</sup> **Poroy/Yasaman**, s.403; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 406; **Arkan**, C.I, s.98; **Uzunalli**, s.161; **Kaya**, s.266.

#### bbbb. Doktrindeki Görüşler

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, iltibasın kapsamı konusunda iki farklı görüş ileri sürülmektedir<sup>214</sup>: Bir görüşe göre, bağlantı ihtimali malların menşei konusunda iltibas yaratma tehlikesinden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Nitekim markalar arasında zihnen bağlantı kurulması ihtimali, örneğin markanın itibarından yararlanılmasında olduğu gibi, iltibas tehlikesine yol açmadan da ortaya çıkabilmektedir. Şu halde karıştırma ihtimali hem iltibas ve hem de bağlantı kurma ihtimalini kapsamaktadır. Bir diğer görüşe göre ise, markalar arasında zihnen bağlılık kurulması da iltibas kavramı içerisinde değerlendirilir. Şu halde ilk görüşten çıkan sonuca göre, karıştırma ihtimali içine iltibas da alan daha geniş bir kavramdır. Nitekim birbirlerinden farklı olan bağlantı kurma ihtimali ile iltibas kavramları karıştırma ihtimali üst başlığında birleşmektedir. İkinci görüşten çıkan sonuca göre ise, iltibas bağlantı kurma ihtimalini de kapsayacak şekilde geniş düşünüldüğü için, karıştırma ihtimali ile anlatılmak istenen şey aslında iltibastan başka bir şey değildir. Bu durumda bağlantı kurma ihtimali de iltibas kavramı içerisinde ele alınmalıdır<sup>215</sup>.

Bizim hukukumuzda ise, KHK daki karıştırma ihtimali kavramının, “*bağlantı ihtimali*” ile 551 sayılı Markalar Kanunu’nda geçen “*iltibas tehlikesini*” de içine alan geniş bir kavram olduğunu, dolayısıyla iltibas teşkil etmemekle beraber, işareti taşıyan mal veya hizmetlerle ile tescilli marka arasında herhangi bir bağlantı kurulması halinde dahi tecavüz söz konusu olduğunu ifade eden yazarlar bulunmaktadır<sup>216</sup>. Bu ifadeden çıkan sonuca göre, bağlantı ihtimali, iltibastan ayrılmaktadır. Buna karşılık bazı yazarlar ise, iltibas, karıştırma ihtimalinin

---

<sup>214</sup> Bu husustaki görüşler için bkz. **Arkan**, Sabih, İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi, BATİDER, C:XX, S:2, 1999, s. 6 vd.

<sup>215</sup> Örneğin Alman hukukunda iltibas geniş anlamda ele alınmaktadır. Şöyle ki, 1) alıcıların markalar arasındaki benzerlik dolayısıyla almayı düşündükleri mal veya hizmet yerine başka bir işletmenin mal veya hizmetini alma durumunda bırakılmalarının yanında; 2) ortada farklı markaların olduğu anlaşılabilirse bile markalarda yer alan ortak unsur nedeniyle mal veya hizmetlerin aynı işletme tarafından üretildiği ya da marka sahibi kişiler arasında ticari bir bağlılık bulunduğu hususunda yanlış kanıya varmaları da iltibas kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. (Karşılaştırmalı hukuk için bkz. **Arkan**, İltibas Tehlikesi, s. 6).

<sup>216</sup> **Aydın**, s.93.



KHK'daki düzenleniş şeklini esas alarak, bağlantı ihtimalini de iltibasa dahil etmektedirler<sup>217</sup>.

#### cccc. Yargıtay'ın Görüşü

KHK'da karıştırma ihtimali bağlantı kurma ihtimalini de kapsayacak şekilde düzenlendiği için, buna paralel olarak, Yargı kararlarında iltibas bağlantı ihtimalini kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır. Nitekim bir kararda, *“ortalama alıcıların aynı sınıf emtialara ilişkin olarak farklı iki marka karşısında olduklarını anlamalarına rağmen bu markaların aynı işletmeye ait olduğunu sanmaları ya da bu malları üreten işletmeler arasında idari/ekonomik anlamda bir bağlantı bulunduğu düşüncesine kapılmalarının da 556 sayılı KHK'nin 8/1-b maddesi anlamında iltibas tehlikesi oluşturduğu”* ndan söz edilerek, bağlantı ihtimalinin de bir tür iltibas hali olduğu gösterilmiştir<sup>218</sup>.

Yine başka bir Yargıtay kararında, *“ortalama alıcıların aynı sınıf emtialara ilişkin olarak farklı iki marka karşısında olduklarını anlamalarına rağmen bu markaların aynı işletmeye ait olduğunu sanmaları ya da bu malları üreten işletmeler arasında idari/ekonomik anlamda bir bağlantı bulunduğu düşüncesine kapılmalarının da iltibas tehlikesi oluşturduğu”* belirtilerek, iltibasın, bağlantı ihtimalini de kapsadığı vurgulanmaktadır<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> Arkan, C:II, s.98; KHK'da bağlantı ihtimali kavramına yer verilerek, iltibasın uygulama alanının genişletildiği konusunda bkz. Kaya, s.146, 266.

<sup>218</sup> 11. HD., 09.10.2006, E:2005/9098, K:2006/9958, (www.kazanci.com).

<sup>219</sup> 11. HD., 09.10.2006, E.2005/9098, K. 2006/9958, (www.kazanci.com); Buna karşılık başka bir Yargıtay karardan, karıştırma ihtimali ve bağlantı ihtimalinin farklı kavramlar olduğu sonucuna varılmaktadır. Kararda: ” Aynı isimle yapılan tescil başvurusunun reddedilebilmesi için marka konusunda uzman bilirkişilerden oluşacak bir kurulca, davaya konu her üç sınıf gıda için davalı şirketin marka başvurusunu eklediği emtia listesinin, davacının daha önce tescil ettirdiği markaya ait ürünlerle orta düzeydeki tüketiciler tarafından *“karıştırılma ihtimali”* veya daha önce tescil edilmiş marka ile *“ilişkili olduğu ihtimalini kapsayıp kapsamadığı”* hususlarının araştırılması ve oluşacak sonuca göre hüküm kurulması gerekir.“ (11. HD, 12.10.2004, E.2003/13267, K.2004/9768, kazanci.com).

#### dddd. Görüşümüz

Netice itibariyle, KHK'nın düzenlenme şekli de dikkate alınarak, *Marka Hukukumuzda* 556 sayılı KHK m.61/1-a'nın atfi dolayısıyla KHK m.9/1-b çerçevesinde, tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle de bağlantılı olduğu ihtimali de dâhil, karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin kullanılmasının, *iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz* kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılabilir<sup>220</sup>. Fakat her ne kadar marka hukuku bakımından iltibas kavramının bağlantı kurma ihtimalini de kapsayan bir tecavüz şeklini ifade ettiği sonucuna varsak da, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün KHK m.61/A'nın birinci fıkrasındaki suç tipinin hareket unsurunu oluşturduğunu göz önünde bulundurduğumuzda, ceza hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde yeniden bir değerlendirme yaparak, buna göre sonuca varmak gerekecektir.

İlk bölümde de bahsettiğimiz üzere, ceza normlarında farklı anlamlara gelen, çeşitli şekillerde yorumlanmaya müsait kavramlara ya yer vermekten mümkün olduğu ölçüde uzak durulmalı ya da yer verilen bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği konusunda ayrıca bir düzenleme yapılmalıdır. Görüldüğü üzere, iltibasın bağlantı kurma ihtimalini de kapsayıp kapsamadığı konusunda, iki farklı anlayış bulunmaktadır ki, bu farklı anlayışlar tipikliğin çerçevesini belirlemek bakımından önem arz etmektedir. Soruna şu örnek üzerinden dikkat çekmek istiyoruz: Ürünlerin üzerinde Abdi İbrahim ilaç firmasının logosunu kullanarak bitki çayı ticareti yapan bir kimsenin, çayı üreten firmanın Abdi İbrahim şirketi ile ticari bir bağı olduğu konusunda alıcılar nezdinde karışıklık yaratması halinde iltibaslı kullanımdan dolayı marka hakkına tecavüz suçunu işlediği söylenebilecek midir? Eğer iltibası 551 sayılı KHK'da tanımlandığı gibi klasik anlamda ele alırsak, işaretler konusunda bir karışıklık yaratmamakla birlikte, müşteride bağlantı kurma ihtimaline yol açan bu tür

---

<sup>220</sup> Ticaret hizmet markaları bakımından 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararıyla Türkiye'nin üstlenmeyi taahhüt ettiği, Avrupa Topluluğu'nun 89/104 sayılı Yönergesinin onuncu gerekçesinde, fikirsel bağlantı kurulması da, karıştırma ihtimalinin tespitinde kullanılacak kıstaslar arasında sayılmıştır. (bkz. **Uzunalli**, s.154).

davranışları marka hakkına tecavüz suçu kapsamında değerlendirmek mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, iltibasın bağlantı kurma ihtimalini de içine alacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğini kabul edersek, o halde örnekte yer verilen fiil marka hakkına tecavüz suçuna konu olabilecektir.

Bu konuda iki farklı çözüm üretilebilir. Birincisi ceza hukukunda genişletici yorum yapılması mümkündür. TCK m.2/2’de yer verilen “suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yok açacak şekilde geniş yorumlanamaz” hükmü, kıyasa yol açmadığı müddetçe genişletici yorumun yapılabileceğini ortaya koymaktadır. Bu noktadan hareketle, bağlantı kurma ihtimalinin de karışıklığa yol açtığı için iltibas kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. İkinci ise, ceza hukukunun güvence fonksiyonu gereğince farklı anlamlara gelebilecek kavramların mümkün olduğunca dar yorumlanması gerektiği yönünde çözüm getirilebilir. Nitekim, iltibasın, bağlantı kurma ihtimalini de kapsayan karıştırma ihtimaline karşılık geldiği konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Bazı görüşlere göre, iltibas, karıştırma ihtimaline yol açan hallerden biri olarak da zikredilmektedir. Bu nedenle, söz konusu kavramın ceza hukukunun genel ilkeleri karşısında dar yorumlanması, bağlantı kurma ihtimalinin iltibas kavramı içerisinde değerlendirilmemesi gerektiği söylenebilir.

Genişletici yorumla kıyas yasağı arasındaki sınırı tespit etmek güç olduğu için, belirsizliğin söz konusu olduğu durumlarda cezalandırılabilirliğin alanını oldukça dar tutmak gerekir<sup>221</sup>. Bu nedenle, eleştiriye açık olmakla birlikte, kanaatimizce marka hakkına tecavüz suç tipi açısından “aynı veya benzer işaretin, aynı veya benzer nitelikteki mal veya hizmetlerde kullanılması” noktasından hareket edilmeli ve benzerlik bağlantı kurma ihtimalini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmamalıdır. Bağlantı kurma ihtimalinin karıştırma ihtimali içerisinde yer aldığı konusunda fikir birliği olmakla birlikte, iltibasla karıştırma ihtimalinin bire bir örtüştüğü konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Buna göre haksız kullanılan işaret alıcılar nezdinde ürünü üreten işletmenin kimliğinde karışıklığa meydan vermemekle birlikte, bunları üreten işletmenin başka bir işletmeyle bağlantısı olduğu

---

<sup>221</sup> Özgenç/Şahin, s.34.

konusunda karışıklığa neden oluyorsa, iltibas olarak nitelendirilmemelidir. Fakat, buradaki en sağlıklı çözüm, suç tipinde “iltibas suretiyle” kavramına yer vermeyerek, önceki düzenlemede olduğu gibi marka hakkına tecavüz sayılan fiillere gönderme yapılması ya da iltibas değimiyle hangi durumların kastedildiğinin açıklanması suretiyle giderilebilir<sup>222</sup>. Ancak bu durumda, kişiler hakkında cezai müeyyide uygulanmasına neden olan fiiller için “*şu olmalıdır*” şeklinde açıklama yapmaktan ziyade, “*şudur*” diyebiliriz.

### **ddd. İltibasın Tespiti**

Benzer nitelikteki mal veya hizmetler bakımından, tescilli marka ile haksız kullanılan işaretin aynı olması halinde, iltibasın varlığını ortaya koymak için karıştırma ihtimalinin bulunup bulunmadığı araştırılmaz<sup>223</sup>. Buna karşılık benzer işaretin kullanılması durumunda ise, bu işaretin karışıklığa yol açıp açmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Şu halde, tescilli bir markaya iltibas suretiyle tecavüzden söz edebilmek için, iki noktada inceleme yapmak gerekecektir. Bunlardan birincisi tescilli bir marka ile benzer olan işaretin kullanılması; ikincisi ise benzer işaretin kullanılmasının karışıklığa meydan vermesidir. İltibas suretiyle tecavüz KHK m.9/1-b çerçevesinde marka hakkına tecavüz teşkil eden bir hal olduğu için, bu konuda verilmiş hukuk dairesi kararları da, marka hakkına tecavüz suçunda iltibasın tespitine dair açıklamalara kaynaklık edecektir.

**(i) Benzer işaretin kullanılması:** İltibas için önemli olan, öncelikle benzer bir işaretin kullanılmasıdır. Benzerlikten kasıt, tescilli marka ile tecavüze konu işaretin üstün körü bir bakışta anlaşılamayacak derecede farklılıklar içermesidir. Yargıtay bir kararında “*Bir işaret, görsel, fonetik veya diğer bir açıdan farklı olsa bile, "bütünsel" bir açıdan yaklaşıldığında herhangi bir sebeple müşteri gözündeki başka bir marka ile bağlantısı varmış intibai yaratarak onu çağrıştırıyorsa ve bu yüzden müşterinin mal veya hizmet tercihinde etkili oluyorsa, marka olarak tescili*

---

<sup>222</sup> Tasarının 74. maddesinin birinci fıkrasında da, iltibas kavramına yer verilmeyerek, markanın sağladığı haklara tecavüz oluşturan fiillerin tümü, suç kapsamına alınmıştır.

<sup>223</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.408.

engellenebilir. Bir diğer ifade ile, müşterilerin ihtiyaçları olan mal veya hizmetlerini bunları ayırt etmek maksadıyla kullanılan işaretlerin birbirine yakınlığı dolayısıyla karıştırılmaları ihtimal dahilindeyse bir marka ile diğer işaret arasında "benzerlik" vardır." demek suretiyle benzerlikten anlaşılması gerekeni ortaya koymuştur<sup>224</sup>.

Benzerlik, tescilli marka ile işaretle yer alan bir veya birkaç unsurlardan kaynaklanabileceği gibi, bütün unsurlardan da kaynaklanabilir. İşaretin benzer olup olmadığını tespit ederken markadaki unsurlar bağımsız olarak teker teker değerlendirilmemeli, markanın bir bütün halinde bıraktığı izlenim dikkate alınmalıdır<sup>225</sup>. Nitekim alıcılar, markadaki unsurları birbirlerinden bağımsız olarak değil, bir bütün halinde algıladığı için, karıştırma tehlikesinde markanın bir bütün olarak tüketici hafızasında bıraktığı iz önem taşır<sup>226</sup>. Bu çerçevede markada kullanılan yazılar, şekiller, renkler bütün halde değerlendirilir ve tecavüze konu işaretle benzer olup olmadığı tespit edilir. Örneğin Yargıtay PORT ile INTERPORT'u benzer olarak kabul etmiştir<sup>227</sup>. Buna karşılık PLAYBAK ile PLAYBOY ibarelerinde yer alan "PLAY" arasındaki benzerlikten ötürü iltibasın varlığına hükmeden yerel mahkemenin kararını bozarak, söz konusu ibarelerin benzer olmadığı sonucuna varmıştır<sup>228</sup>.

---

<sup>224</sup> 11 HD, 03.02.2009, E. 2007/6317, K. 2009/1165, (kazanci.com). Avrupa Toplulukları Adalet Divanı "Sabel-Puma" kararında, benzerliğin tespitinde, olayın koşullarına ilişkin faktörlerin tümüne yönelik bir inceleme yapılması gerektiğini ve ilgili markaların görsel, işitsel ve anlamsal benzerliklerinin bunların ayırt edici ve baskın unsurları ile birlikte dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. EuGH-SABEL BV/Puma AG, Rudolf Dassler Spot, 11.11.1997, c-251/95, (karar için bkz. **Uzunallı**, s.155).

<sup>225</sup> **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.176; **Öçal**, s.116; **Cengiz**, s.11 vd.; **Donay/Erman**, s. 54-55; **Dirikkan**, s.177; **Epeçeli**, s.121; **Kaya**, s.138

<sup>226</sup> **Küçükali**, Canan, Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, 139.

<sup>227</sup> Davacının markası "PORT" olup tescil edilmiştir. Davalının markası ise "İTERPORT" olup yine tescil edilmiştir. Markalardaki kök kelime "PORT" ibaresi olup, her iki markada da "PORT" ibaresi müşterektir. Bu sözcüğün ise, davacının önceden tescilli markası ile yazılış, okunuş, görsel ve fonetik yönlerden orta seviyedeki insanlar bakımından iltibasa meydan verecek derecede benzer olduğu, davalının, sırf davacının markasından istifadeye yönelik olarak bu sözcüğü tercih ettiği anlaşılmaktadır. Davalının markasındaki mevcut eklentinin başlı başına ayırdecilik vasfının da olmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, yukarıda anlatılanlar karşısında mahkemece davanın kabulüne karar verilmek gerekirken, reddi doğru görülmüştür." (11. HD., 05.05.2003, E.2002/12018, K. 2003/4432, kazanci.com).

<sup>228</sup>“Davaya, konu markalar arasında semantik ve fonetik bakımlardan kesin bir farklılık bulunduğu kabulü zorunludur. Daha çok bir magazin dergisi ile özdeşleşmiş bulunan davacıya ait "Playboy" markasının sözlük anlamı "değişik hazları kovalayan ve yaşamının temel uğraşı edinin varlıklı genç erkek" tir. Davalı şirkete ait "Playback" sözcüğü ise önceden kayda alınmış ses dizisine uygun ağız

Markanın bir bütün olarak bıraktığı izlenim dikkatte alınırken, işaretin kullanılma amacı, kullanılma yeri gibi sair hususlarda göz önünde bulundurulabilir. Nitekim Yargıtay bir kararında, tescilli marka ile davaya konu işaret benzer şekil ve renkler taşısa da, işaretin ambalaj içinde satılan ürünün niteliklerinin ön plana çıkartılması amacıyla kullanıldığıının belirgin olduğundan bahisle iltibas tehlikesinin bulunmadığı sonucuna varmıştır<sup>229</sup>. Bu fiil, hukuka özel uygunluk nedenleri başlığı altında da ele alınacağı üzere, dürüst kullanım kapsamında da değerlendirilebilir.

Benzerliğin tespitinde en büyük rol oynayacak olan esas unsurlardır<sup>230</sup>. Buna göre yardımcı unsurların benzer olması tek başına iltibasa meydan vermez. Nitekim, markada ayırt edici niteliğe sahip olması zorunlu olan unsur yardımcı unsur değil, esas unsurdur. Bu nedenle yardımcı unsurlardaki benzerlik, tescilli markanın ayırt ediciliğini zedelemeyeceği için, yardımcı unsurların aynı veya benzer olması marka hakkına tecavüz sayılan fiiller bakımından önem taşımaz. Örneğin doğal kaynak

---

hareketlerinin görse olarak yapılması eylemini ifade eder. Bu sözcükler birden fazla kelime unsurunun kaynaştırılması ile türetilmiş tamlamalar olup kendi içlerinde bir bütün olarak ele alınıp değerlendirilmeleri gerekir. Oysa, mahkemece, her bir marka ayrıştırılmış ve ( Play ) ibaresi esaslı unsur kabul edilerek davalı şirket markasındaki aynı ibarenin davacı markası ile iltibas doğuracağına sonucuna varılmıştır. Ortalama kavrayışı dikkat ve zekaya sahip bir tüketicinin bu markaları karıştırıp davalı markasını, davacı markasının bir türevi imiş gibi algılayabileceği görüşü isabetli bulunmamıştır. Öte yandan, davalı şirkete ait markanın tescilli logosunda ( P ) harfi aşağıya dönük bir şapka biçiminde dizayn edilmiş "Authentic Wear" sözcük grubu ile farklı bir grafik kompozisyonu oluşturulmuştur. Anlamsal, görsel ve işitsel bu farklılıkların yanında söz konusu markaların içerdiği emtialar da büyük ölçüde farklılık taşımaktadır. Bütün bu olgular gözetilerek, 556 sayılı KHK.'nın 9/b maddesinde öngörülen halleri içermeyen davacı itirazının reddi kararı yerinde olduğu halde, aksine düşüncelerle davanın kabulü doğru bulunmamış kararın bozulması gerekmiştir." (11. HD., 02.11.1999, E. 1999/4005, K. 1999/8651, www.kazanci.com).

<sup>229</sup> "Bu bakımdan, marka ve ambalaj ın kullanıldığı ürünlerin tüketici tarafından algılanış biçimi ve bu algulama sonucunda karışıklığa sebebiyet verilerek tüketicinin davacının ürünü aldığını konusunda yanılğıya düşürülerek davalı ürünlerini satın almasına yol açılmış olmalıdır. O halde, davacı markalarını oluşturan işaretler ile davalı ürünlerine ait ambalaj kompozisyonlar karşılaştırılır iken, bu amaç gözetilerek işaretlerin bir bütün olarak bıraktıkları izlenim değerlendirilmelidir. **Davacıya ait "süt kremalı çikolata", "süt kremalı çikolata gofret" ve " ... " ibarelerini taşıyan ürün ambalajlarında mevcut gofret ve çikolata şekli, dökülmüş süt görüntüsü, renk ve yazıdan oluşan kompozisyon ile tüketicie verilen mesaj, ambalaj içinde satılan ürünün içeriğinin kolayca algılanıp satın almalarını sağlamaya yöneliktir. Davacıya ait şekil markasında benzer şekil ve renkler mevcut ise de; az önce açıklandığı üzere herhangi bir iltibas tehlikesi yaratılmayacak şekilde ambalaj içinde satılan ürünün niteliklerinin ön plana çıkartılmasının amaçlandığı kuşkuya yer vermeyecek bir şekilde açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda sırf dalgalı renk karışımından oluşan davacı markasının varlığından bahisle marka hakkına tecavüzden söz edilmesi mümkün olmadığından davanın reddine karar verilmek gerekir iken yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.**" (11. HD., 21.12.2006, E. 2005/9995, K. 2006/13737, www.kazanci.com).

<sup>230</sup> Öçal, s.116.

suyu ticareti yapan bir firmanın marka olarak GÜNEŞ SU + sıradan bir dağ şeklini kullanırken, başka bir kişinin ENGİN SU + sıradan bir dağ şeklini kullanarak su satışı yapması, iltibasa yol açmayacağı için<sup>231</sup>, marka hakkına tecavüz suçunu oluşturmayacaktır.

Bazen gerek işitsel gerekse de görsel olarak iki işaret arasında benzerlik söz konusu olmasa da, işaretin tescilli markayı çağrıştıracak şekilde seçilmesi de karışıklığı yol açabilir. “Siyah” ile “arap”, “bacı” ile “teyze” çağrışım suretiyle karışıklık yaratmaya örnek olarak gösterilebilir<sup>232</sup>. Fakat yasada “aynı veya benzer işaretler” den söz edilerek çağrışıma açıkça yer verilmemiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesini göz önünde bulundurduğumuzda, çağrışım yoluyla tescilli marka ile karışıklık ihtimaline meydan veren işaretin kullanılmasının, KHK m.61/A’nın birinci fıkrasındaki suçun tipiklik unsurunu oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

Belirtmek gerekir ki, işaretlerin farklı olması fakat ambalajların aynı veya benzer olması halinde iltibas söz konusu olmamalıdır<sup>233</sup>. Buna karşılık tescilli markanın, tescil edildiği yazılış biçiminin aynısıyla farklı bir ibarenin yazılması ve bu ibarenin tescilli marka ile aynı veya benzer bir ambalajda kullanılması dikkate alındığında, söz konusu kullanım karıştırma ihtimaline yol açıyorsa benzerlikten söz edilebilir. Nitekim bu gibi durumlarda görsel açıdan benzerlik bulunmaktadır. Örneğin *Coca Cola* markası ile aynı yazı karakterinde, aynı renkte olan ve aynı veya benzer bir ambalajda kullanılan *Cemal Cola* ibaresinin, benzer nitelikte olduğundan hareketle, marka hakkına tecavüz suçunun varlığından söz edilebilir.

**(ii) İşaretin karıştırma ihtimali yaratması:** Tescilli bir marka ile benzer işaretin kullanılması tek başına yeterli değildir. Benzer işaretin kullanımının alıcılar

---

<sup>231</sup> DOMESTOS+ eğiş başlı şişe şekli ile MARC markasındaki şişe şeklinin iltibas oluşturmadığı, nitekim tanınmış olan her iki markada da hakim unsur olan kelimelerin ön plana çıktığı, şişe şeklinin tüketicinin tercihini yaparken etkili olmayacağı, yani şişe şekillerinin davacının emeğinden ve tanınmışlığından yararlanmaya yönelik olmadığı yönündeki mütalaa için bkz. **Yasaman**, Hamdi, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, İstanbul 2003, s.174 vd.

<sup>232</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 411;

<sup>233</sup> **Öçal**, s.124.



nezdinde karışıklığa meydan verecek derecede olması gerekmektedir<sup>234</sup>. Nitekim iltibastaki temel nokta, işaretlerin benzer olup olmamasından ziyade, benzer işaretlerin alıcıları gerçekte almak istemedikleri bir başka işletmeye ait mal veya hizmetleri almaya yöneltme konusunda bir karışıklığa meydan verme ihtimalidir.

KHK m.9/1-b’de “*halk tarafından...karıştırılma ihtimali*” ibaresine yer verilmiştir. Buna göre bir işaretin tescilli marka ile karışıklık yaratıp yaratmadığı, ilgili mal veya hizmet çeşidine yönelik ortalama bilgide ve makul tüketici çevresi dikkate alınacaktır<sup>235</sup>. Nitekim bir Yargıtay kararından, karışıklık ihtimalinin tespitinde kullanılacak ölçütün ortalama kavrayış, dikkat ve zekâyâ sahip bir tüketici çevresi olduğu sonucu çıkarılmaktadır<sup>236</sup>. Burada ilgili mal veya hizmet çeşidine yönelik müşteri çevresinin tespiti önem arz etmektedir. Nitekim, halk değimiyle toplumun bütünü değil, karıştırma tehlikesi ile muhatap kalan ilgili alıcı kitlesi ifade edilmek istenmektedir<sup>237</sup>. Buna göre, karıştırma ihtimali tespit edilirken, söz konusu mal veya hizmetle ilgili alıcı kitlesindeki ortalama bilgisi, makul ve dikkatli kişiler ele alınmalıdır. Örneğin müşteri kitlesini bilgisayar mühendislerinin oluşturduğu bir mal çeşidine ilişkin olarak, karışıklık ihtimalinin varlığı yine bu özelliğe sahip müşteri kitlesinin nitelikleri dikkate alınarak belirlenecektir. Zaten söz konusu korumanın bir amacı da ilgili tüketici çevresinin, yani söz konusu mal veya hizmet çeşidine yönelik talepte bulunan kitlenin korunmasıdır<sup>238</sup>.

---

<sup>234</sup> **Öçal**, s.119; **Cengiz**, s.16; “İki marka arasında iltibasın mevcut olup olmadığının kabulü için, bilirkişinin estetik ve grafik bakımından verdiği rapor yeterli addedilemez, ayrıca her çeşit içtimai sınıfa mensup alıcılar bakımından iltibasın ve haksız rekabetin bulunup bulunmadığı da incelenmelidir.” TD., 18.11.1958, 2175/2765, (BATİDER, C.I, S.2, 1961, s.243).

<sup>235</sup> **Donay/Erman**, s. 55; **Dirikkan**, Hanife, Tanınmış Markaların Korunması, Ankara 2003, s.189; **Cengiz**, s.29; **Küçükali**, s.119; **Epçeli**, s.45.

<sup>236</sup> 11. HD., 02.11.1999, E:1999/4005, K:1999/8651, (kazanci.com); “Mahkemece hükme dayanak alınan bilirkişi raporu ve mahkeme kararında da işaret edildiği üzere, karıştırma ihtimalinde asıl olan ortalama tüketicinin algılamasıdır. Tüketicinin her iki markayı aynı zamanda görüp detaylarını karıştırabileceğini düşünmek hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi markada yer alan yardımcı unsurlar ile ayırım gücü az olan ifadeleri her zaman hatırında tutabileceği düşünülemez. Daha önce gördüğü, yararlandığı, satın aldığı denediği bir malın yahut hizmetin markasının, göz ve kulağında kalan izine, hatırlayabildiği kadarıyla hafızasında kalan özelliklerine dayanarak, sonraki aynı veya benzer mal veya hizmetlere ilişkin alışverişlerinde de aynı veya benzer markayı taşıyan ürünü satın almak yahut hizmetten yararlanmak istemek tüketicinin genel yaklaşımıdır.” (HGK, 07.06.2006, E.2006/11-338, K.2006/338, www.kazanci.com).

<sup>237</sup> **Kaya**, s.140; **Donay/Erman**, s. 55; **Dirikkan**, s.189; **Cengiz**, s.29; **Küçükali**, s.119; **Epçeli**, s.45.

<sup>238</sup> **Çiçekçi**, s.194.



Benzer işaretin karıştırma ihtimali yaratıp yaratmadığının tespitinde tescilli marka ile işaret yan yana konularak bir değerlendirme yapmak bizi her zaman doğru sonuca götürmeyebilir. Şöyle ki, piyasada tescilli marka ile benzeri işareti taşıyan ürünler bir arada bulunmazlar. Bunlar bir arada bulunmadığı gibi alıcılar da markaları her zaman tüm detayıyla zihinlerinde tutamazlar. Bu nedenle tescilli markanın alıcının kafasında bırakmış olduğu iz, tescilli marka ile benzer olan işaretin karıştırılmasında en büyük rolü oynar. O halde karıştırma ihtimalinin tespitinde önem arz eden nokta, tescilli markanın alıcılarda bıraktığı intibah ile tecavüze konu benzer işaretin bir birini tamamlayarak, bir işletmeye ait mal veya hizmetin başka bir işletmeye ait olduğu zannıyla satın alınmasını ne derecede mümkün kıldığıdır.

Belirtmek gerekir ki, benzer işaretin ortalama alıcı çevresinin tamamında karıştırma ihtimaline yol açması gerekmemekle birlikte, önemli bir kısmında karıştırma ihtimaline yol açabilecek nitelikte olması aranmalıdır. Buna karşılık alıcı kesiminin çok az bir kısmı bakımından karıştırma ihtimali yaratması muhtemel olan benzer işaretin ise, iltibasa konu olmayacağını kabul etmek gerekir.

### **cc. Aynı ve Benzer Nitelikteki Mal veya Hizmet Kavramları**

#### **aaa. Genel Açıklamalar**

Marka hakkına tecavüz suçundan söz edilebilmesi için, suça konu işaretin aynı veya benzer nitelikteki mal veya hizmetlerde kullanılması gerekmektedir. Nitekim, yukarıda da açıkça ifade ettiğimiz üzere, iktibas suretiyle tecavüzde, aynı işaretin aynı mal ya da hizmetlerde; iltibas suretiyle tecavüzde ise, benzer işaretin aynı veya benzer mal ya da hizmetlerde kullanılması gerekmektedir. Buna göre, farklı mal veya hizmetlerde, tescilli marka ile aynı veya benzer işaretin kullanılması, marka hakkına tecavüz suçu kapsamında değerlendirilmeyecektir. Buna karşılık **Güneş**, farklı mal veya hizmetlerde kullanılmış olsa da, markanın tanınmışlığına tecavüz oluşturan fiillerin de suç oluşturduğunu belirtmektedir<sup>239</sup>.

---

<sup>239</sup> **Güneş**, s.182

**Güneş**'in görüşüne katılmamaktayız. Kanun koyucu burada, mal veya hizmetlerin hangi işletmeye ait olduğu konusunda karışıklığa sebebiyet verecek fiilleri cezalandırmaktadır. Buna karşılık markanın tanınmışlığına tecavüz ise, tanınmış markanın yüksek seviyeye ulaşan ayırt etme işlevine zarar vermeye yönelik fiilleri kapsamaktadır. Şu halde, KHK m.9/1-c çerçevesinde, bir markanın tanınmışlığına zarar verse de, tescilli marka ile karışıklığa yol açmayan fiiller marka hakkına tecavüz suçu kapsamında değerlendirilemez.

Netice itibariyle, marka hakkına tecavüz suçu kapsamında ele alınması gereken hususlardan biri de aynı ve benzer nitelikteki mal veya hizmet kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Gerçi aynı nitelikteki mal veya hizmet kavramı açıklanmaya muhtaç olmamakla birlikte<sup>240</sup>, benzer nitelikteki mal veya hizmet kavramının içeriğinin belirlenmesi zorunludur.

Marka hukukumuzda benzer nitelikte mal veya hizmetlerin neler olduğu ya da bunların tespitinde hangi ölçütlerin esas alınacağı konusunda herhangi bir açıklık söz konusu değildir. O halde, benzer mal veya hizmet kavramından anlaşılması gerekeni ortaya koymak için, mevcut düzenlemeler ışığında doktrin ve yargı kararlarına başvurarak ortaya koymak ve çıkan sonucu ceza hukuku penceresinden değerlendirmek gerekecektir.

### **bbb. Hukuki Düzenleme**

12/7/1995 tarihli 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Türkiye'nin taraf olduğu **"Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırmasına İlişkin Nis Anlaşması"** nın 2. maddesine göre: "... sınıflandırmanın etkisi Özel Birlik ülkelerinin her biri tarafından belirlenecektir. Sınıflandırma, tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınırlarının

---

<sup>240</sup> Örneğin, tescilli marka şampuanlar için tescil edilmişse, işaretin de şampuanlar için kullanılması gerekir. (bkz. **Aydın**, s.93).

*değerlendirilmesi veya hizmet markalarının tanınması konusunda özellikle bağlayıcı olmayacaktır.”*

Nis Anlaşması çerçevesinde, markaların sınıflandırılması konusunda Türk Patent Enstitüsü tarafından en son 2007/2 sayılı Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ yayınlamıştır<sup>241</sup>. Tebliğin 5. maddesinde “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 7 nci maddesinin (b) bendinde belirtilen aynı tür malın veya hizmetin tespitinde, işbu Tebliğ Ek’inde yer verilen gruplar esas alınacaktır. Ancak, Enstitü marka tescil başvurularının veya itirazların incelenmesi aşamalarında aynı tür malı veya hizmeti farklı mal veya hizmet gruplarını da içerecek şekilde daha geniş kapsamda değerlendirebilir.” hükmüne yer verilmiştir. Çalışmamızın ilk bölümünde değindiğimiz üzere, KHK’nın 7. maddesinin (b) bendinde aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olan markaların tescilinin mutlak red nedeni olduğu düzenlenmiştir. O halde, Tebliğin ekinde yer verilen herhangi bir sınıfa ait alt grup içerisinde herhangi bir mal veya hizmet belirtilmiş ise, bu mal veya hizmet aynı alt grup içerisindeki diğer mal veya hizmetlerle aynı türden kabul edilecektir. Örneğin Tebliğ ek listesinde verilen 29. Sınıfın birinci alt grubunda yer alan sucuk ile yine bu sınıfın birinci alt grubunda yer alan pastırma mamulleri aynı türden kabul edilecek ve aynı veya benzer nitelikteki işaret söz konusu mallar için mutlak tescil engeli oluşturacaktır.

KHK m. 7/1-b’de aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerden bahsedilmişken, nisbi red hallerinin düzenlendiği KHK m.8/1-b’de aynı veya benzer nitelikteki mal veya hizmetlerden bahsedilmiştir. Yine, marka hakkına tecavüz oluşturan KHK m.9/1-b’de da aynı ve benzer nitelikteki mal veya hizmetlerden söz edilmiştir. O halde, KHK bakımından “benzer” kavramı ile “aynı tür” kavramları aynı şey değildir<sup>242,243</sup>. Benzer mal veya hizmet kavramının aynı tür mal veya hizmet kavramına göre daha geniş anlaşılması gerekmektedir.

---

<sup>241</sup> RG. 08.01.2007 tarih, 26397 sayılı.

<sup>242</sup> Benzerlik ile aynı tür kavramlarına KHK ‘nın farklı anlamlar yüklediğini kabul etsek dahi, bir taraftan Nice Anlaşması gereğince Türk Patent Enstitüsü tarafından yapılan sınıflandırmanın bağlayıcı olmaması, diğer taraftan 2007/2 sayılı Tebliğin 5. Maddesinin son cümlesinde aynı tür kavramın farklı

### ccc. Doktrindeki Görüşler

*Arkan*'a göre<sup>244</sup>, mal veya hizmetlerin bezer olup olmadıklarının tayininde, bunların benzer alıcı çevresine hitap edip etmediklerine bakılmalı ve benzer ihtiyaçları gidermede kullanılıp kullanılmadıklarına göre karar verilmelidir. Bu çerçevede, turistlere konaklama hizmeti ile yazlık evlerin kiralanması ve idaresi arasında benzerlik olduğu söylenebilir. Mal ve hizmetler arasındaki benzerliğin tayininde Tebliğden yararlanabilir. Fakat, farklı sınıf ve gruplara dahil olmalarına rağmen birbirleri ile iltibas yaratacak nitelikte ve halkı yanıltarak kamu düzenini bozacak şekilde ilişkili olan mal veya hizmetler de aynı tür mal veya hizmetler olarak değerlendirilebilecektir. Örnek olarak 3. Sınıfta yer alan sabunlar ile, 5. Sınıfta yer alan deterjanlar benzer mal kavramı içinde değerlendirilebilir.

*Tekinalp*'e göre<sup>245</sup>, benzer mal veya hizmetin tespitinde piyasanın anlayışı ile halkın karıştırma ihtimali esas alınmalıdır. Nitekim ne ulusal ne de uluslararası hukukta bu konuda bağlayıcı bir düzenleme mevcut değildir.

*Öztek*'e göre, mal veya hizmetin nitelikleri ve kullanılış amaçları gibi, mal veya hizmetleri belirten markalar da dikkate alınarak söz konusu mal veya hizmetlerin benzer olduğu konusunda değerlendirme yapılabilir. Nitekim mal veya hizmetler, bizatihi bu mal veya hizmetlerin kullanılış amacı bakımından değil de, onları belirten markaya göre dikkate alınır, müşteri kitlesi tarafından, tescilli markayı taşıyan mal veya hizmetler gibi aynı kaynağa atfedilen mal veya hizmetler, bezer mal veya hizmet oluştururlar<sup>246</sup>.

---

mal veya hizmetleri de kapsayacak şekilde genişletilebilmesinin ifade edilmesi, zaten benzer yahut aynı tür mal veya hizmetlerin tespitinde söz konusu Tebliğde verilen sınıflandırmayla bağlı olmadığını göstermektedir. Bu nedenle benzer ile aynı tür kavramlarına yönelik tartışma konumuz bakımından önem arz etmemektedir.

<sup>243</sup> Söz konusu kavramların kanun koyucunun dikkatinden kaçtığı yönündeki görüş için bkz **Ocak**, Nazmi, Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı, Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s.280.

<sup>244</sup> **Arkan**, C:II, s.103.

<sup>245</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.409.

<sup>246</sup> **Öztek**, Selçuk, 556 Sayılı KHK'da Benzer Mal veya Hizmetler, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2007, s.209-208.

*Ocak* ise, her ne kadar tescilde belirlenen malın benzerlerini tespitinde belli başlı kıstaslar oluşturulmuşsa da, bu konuda mahkemelerin değişik kararlar vermesinin önüne geçemediğini; bu sakıncaları önlemek ve meselenin yargıya intikal etmeden çözümlenmesini sağlamak için markaların sınıflandırılması yoluna gidilerek, genellikle bir birine benzer mal veya hizmetler aynı sınıfa dahil edildiğini ifade etmiştir. O halde *Ocak*'a göre, aynı sınıfta olan mal veya hizmetlerin benzer mal veya hizmet olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır<sup>247</sup>.

### **ddd. Yargıtay'ın Görüşü**

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, mal veya hizmetlerin benzer olup olmadıklarının tespitinde öncelikle TPE Başkanlığınca yayınlanan sınıflandırmaya ilişkin tebliğlerin uygulanacağını belirttikten sonra; Nice Anlaşmasının 2/1. maddesine göre yapılan sınıflandırmanın, tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınırlarının belirlenmesinde bağlayıcı olmayacağını, sınıflandırmanın esas sistem olarak kabulü halinde dahi tescilli markanın koruma sınırının somut uyumsuzluğun özelliğine göre belirleneceğini ifade ederek, karıştırma ihtimali çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulamıştır<sup>248</sup>.

Yargıtay 2007 yılında vermiş olduğu bir başka kararında da, Nice Anlaşmasının ve Türk Patent Enstitüsünün yapmış olduğu sınıflandırmanın bağlayıcı olmadığını vurguladıktan sonra, benzer mal veya hizmetin tespitinde hangi ölçütlerin kullanılması gerektiğini şu şekilde belirtmiştir:

*“Mal ve hizmet sınıf ve alt gruplarında benzerlik araştırmasında gözönüne alınması gereken kriterler ise; piyasanın anlayışı, benzer alıcı çevresine hitap edip etmediği, benzer ihtiyaçları giderip gidermediği, mal veya hizmetlerin birbiri yerine ikame edilebilme ve rekabet etme olanaklarının olup olmadığı, birinin diğerini tamamlama imkanı olup*

---

<sup>247</sup> *Ocak*, s.275.

<sup>248</sup> 11. HD., 05.02.2007, E. 2005/13645, K. 2007/1319, (kazanci.com).

*olmadığı, mal veya hizmetlerin dağıtım kanallarının ortak olması, kullanım yöntemleri, -amaçları- hedeflenen halk kesiminin aynı olup olmadığı hususları olup, her somut olay için bu hususların araştırılması gerekmektedir.”<sup>249</sup>*

### **eee. Görüşümüz**

Mevcut düzenleme, doktrin ve yargı kararlarından anlaşıldığı kadarıyla “benzer nitelikteki mal veya hizmetlerin” neler olduğu konusunda bağlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle tecavüze konu mal veya hizmetler arasındaki benzerlik, kullanım yeri, kullanım amacı, birbirlerinin yerine kullanılabilmeleri, tüketicide uyandırdığı düşünce, hedeflenen alıcı kitlesi ve bu alıcı kitlesinin benzerliği vs. gibi hususlar göz önünde bulundurulmak suretiyle saptanmaktadır.

Hakkın korunmasının sınırlarını belirlemek bakımından, benzer mal veya hizmetlerin neler olduğu konusunda açık bir düzenleme getirmemek, bir zorunluluktan kaynaklanıyor olabilir. Nitekim, ürün yelpazesinin onca genişliği dikkate alındığında, benzerliğin tespitinin somut olay çerçevesinde hâkime bırakılmasının, korumanın amacına daha uygun olduğu düşünülebilir. Bu, markanın hukuki himayesi bakımından kabul görebilir bir durumdur. Buna karşılık, marka hakkına tecavüz suçunun tipiklik unsuru bakımından önem arz eden mal veya hizmetler arasındaki benzerlik halinin, somut olayın koşulları çerçevesinde belirlenmesi, ceza hukuku bakımından bir takım problemlere yol açabilir.

Benzer nitelikteki mal ve hizmetlerin neler olduğu konusundaki belirsizlik, ceza hukukunun temel prensipleriyle bağdaşmamaktadır. İlk bölümde de ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere, ceza hukukunun güvence fonksiyonu gereğince, ceza

---

<sup>249</sup> “556 sayılı KHK’da sınıflandırma konusunda uluslararası anlaşmalara atıf yapılmış olduğundan ve Türkiye’nin de taraf olduğu Nice Anlaşması’nda Birlik Ülkeleri tarafından sınıflandırmanın esas sistem olarak kabul edilmesi zorunluluğu getirilmediğine göre, TPE’nin yönetmelik ile sınıflandırmayı esas sistem olarak kabul etmesi bağlayıcı değil, ancak yardım fonksiyonlu olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Zira, tescilli marka sahibinin markanın açıkça farklı ürünler için tescil edilmesine karşı çıkması mümkün değildir.” (11. HD., 02.10.2007, E.2006/4087, K.2007/12269, www.kazanci.com)

normları yeterince açık ve anlaşılabilir olmalı; hangi eylemlerin cezai yaptırıma bağlandığı kanun koyucu tarafından anlaşılır bir şekilde düzenlenmelidir. Hele ki bu ticari ceza hukuku alanında daha büyük önem arz etmektedir. Madem ki tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan bir işaretin, benzer nitelikteki mal veya hizmetler için kullanılması suç olarak düzenlenmiş, o halde kanuni düzenlemeyle bir mal veya hizmetin hangi durumda benzer kabul edilebileceğinin, en azından, çerçevesi çizilmelidir.

Elbette ki, tüm ayrıntıların kanunun içinde yer alması zorunlu değildir, hata bu durum bazen zorunluluktan öte mümkün de değildir. Zaten, hükümdeki belirsizliklerin içtihat yoluyla aydınlatılmış veya bir hukukçu yardımıyla anlaşılabilir olması, AİHM tarafından belirlilik ilkesine aykırı görülmemektedir<sup>250</sup>. Fakat, bir belirsizliğin içtihat yoluyla aydınlatılabildiği olması için, konunun yeterince tartışılması ve bunun neticesinde yerleşmiş bir uygulamanın olması gereklidir<sup>251</sup>. Mal ve hizmetlerin benzerliği konusunda belirli kıstasların esas alınması, *Ocak*'ın da ifade ettiği gibi, mahkemelerin farklı kararlar vermesinin önüne geçememektedir<sup>252</sup>. Hukuk yargılaması için dahi eleştiri konusu olan bu nokta, ceza yargılaması için evleviyetle eleştiri konusu olmalıdır.

Benzer işaretin, aynı mal veya hizmet bakımından kullanması halinde bir problem yoktur. Buna karşılık, aynı veya benzer işaretin, benzer nitelikteki mal veya hizmet bakımından kullanılması halinde ise, mal veya hizmetin benzerliğinin tespitinde 2007/2 sayılı tebliğde yer verilen sınıflandırmadan yararlanılmalıdır. Aynı sınıfta olmayan mal veya hizmetler bakımından ise, ilgili mal veya hizmetin benzerliğini konusunda en azından yüzde bir şüphenin varlığı kabul edilerek, bu şüpheden sanık yararlandırılmalıdır. Fakat bu konudaki en sağlıklı çözüm, ya benzer nitelikteki mal veya hizmetler bakımından cezai korumaya son verilmesi ya da hangi

---

<sup>250</sup> **Gölcüklü**, Feyyaz/ **Gözübüyük**, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4. Baskı, Ankara 2003, s.325.

<sup>251</sup> **Alca**, Tülay, Marka, Tasarım ve Patent Hakkına Tecavüz Suçlarına İlişkin Hükümlerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, S:2, 2007, s.153.

<sup>252</sup> **Ocak**, Nazmi, Marka Tescilinin Sağladığı Korumanın Kapsamı, Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s.275.

mal veya hizmetlerin benzer olduğu konusunda açıklık getirilmesi suretiyle yapılabilir.

#### **dd. Haksız Kullanım Şekilleri**

KHK m.61'deki iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz sayılan hallerde, tecavüze konu işaretin "*kullanılması*"ndan söz edilmiştir. O halde, marka hakkına tecavüz suçunda, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzden bahsedilebilmesi için, suça konu işaretin kullanılmış olması gerekmektedir. Buna göre tescilli bir marka ile ayniyet yahut benzerlik taşıyan bir işaret, kullanma koşulunu yerine getirmediği müddetçe marka hakkına tecavüz oluşturmayacağı için, KHK m.61/A'da düzenlenen suça da konu olamayacaktır.

KHK'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasında, marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin gerçekleştirilme şekillerine, diğer bir ifadeyle haksız kullanım biçimlerine yer verilmiştir. Maddeye göre :

- 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 ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması,



marka hakkı tecavüze uğrayan kimsenin yasaklayabileceği kullanım şekilleridir. Buna göre, tescilli bir marka ile aynı veya benzer nitelikteki işareti taşıyan ürünleri depolayan, piyasaya süren kimsenin fiili de marka hakkına iltibas suretiyle tecavüz teşkil edecektir. Yine tescilli bir hizmet markasına benzer bir ibarenin reklamlarda ya da internette alan adı olarak kullanılması da aynı şekilde marka hakkına tecavüz teşkil edecektir.

Doktrinde ağırlıklı olan görüşe göre, KHK m.9/2’de sayılan bu kullanım şekilleri sınırlayıcı değil, uygulamada sık rastlanan durumları göstermek amacıyla örnekseyici olarak belirtilmiştir<sup>253</sup>. Haksız kullanımın söz konusu şekillerden farklı biçimde ortaya çıkması da mümkündür. Nitekim, KHK ile markanın aynı veya benzerinin marka sahibi dışında diğer kimseler tarafından ticari yaşamda kullanılması yasaklanmıştır. Şu halde, tecavüze konu markanın ticaret unvanı veya işletme adında kullanılması halinde de, tecavüzün varlığından bahsedilebilecektir<sup>254</sup>. Buna karşılık karşı görüşe ise, hükmün lafzı dikkate alındığında, KHK m.9/2’de sayılan kullanım şekilleri sınırlayıcı olarak belirtilmiştir<sup>255</sup>.

Marka hakkına tecavüz suçu bakımından, KHK m.9/2’deki sayımın örnekseyici olup olmadığını belirlemek için, marka hakkına tecavüz suçuyla korunan hukuki değerden hareket etmek gerekir. Daha öncede ifade ettiğimiz üzere, burada korunan hukuki değer, marka sahibinin, marka üzerindeki hakkıdır. Hak sahibi olan kimse markayı KHK’ya uygun olan her türlü şekilde kullanabilir. Önemli olan bu kullanımın şekillerinin, alıcının gözünde, marka ile mal veya hizmet arasında bir

---

<sup>253</sup> **Arkan**, C:II, s.211; **Arkan**,Sabih, Marka Hakkına Tecavüz – İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu, BATİDER, C:XX, S:3, 2000, s.12; **Yasaman**, C:I, s.491; **Kaya**, s. 90; **Güneş**, s.160; **Topçu**, s.116;

<sup>254</sup> **Arkan**, C.II, s.216; Yargıtay 11. HD.’nin yayımlanmamış 12.04.2001 tarih ve 2189/3079 sayılı kararında da, tescilli markanın üçüncü kişiler tarafından işletme adı olarak kullanımının marka sahibi tarafından önlenebileceği sonucuna varılmıştır. (Karar için bkz. **Yasaman**, C:I, s.492, dn.14).

<sup>255</sup> 40/40 sayılı Topluluk Marka Tüzüğünde, “...*diğerleriyle birlikte, aşağıdakiler de yasaklanabilir.*” (m.9/2) ve Alman Markalar Kanununda “...*özellikle şu davranışlar da yasaklanabilir.*” (m.14/3) şeklinde yer verilen ifadelerden hareketle, haksız kullanım biçiminin örnekseyici olduğunun kabulü gerekmele birlikte, “*özellikle*” ve “*diğerleriyle birlikte*” ifadelerine yer vermeyerek yalnızca “...*yasaklanabilir*” demekle yetinen KHK m.9/2’nin lafzının, söz konusu sayımın örnekseyici olarak ele alınması için yeterli gerekçe oluşturmadığını ifade etmektedir. **Saraç**, Tahir, Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur Mu?, BATİDER, C:XXIV, S:2, Aralık 2007, s.452.

bağlılık yaratmasıdır<sup>256</sup>. Diğer bir ifadeyle, mal veya hizmet ile ilişkilendirildiği ve müşteri çevresine bu şekilde ulaştığı müddetçe, markanın ne şekilde kullanıldığının bir önemi bulunmamaktadır<sup>257</sup>. Aynı yorum haksız kullanım biçimleri bakımından da benimsenmelidir. Şöyle ki, tescilli bir marka ile ayniyet veya benzerlik taşıyan bir işaretin, marka hakkına tecavüz suçu kapsamında üretilen, satışı arz edilen veya satılan mal ya da hizmetlerle “*ilişkilendirilmesine*” ve “*müşteri çevresine bu şekilde ulaştırılmasına*” meydan veren kullanımlar, haksız kullanım biçimi olarak marka hakkına tecavüz suçuna konu olabilir.

Marka üzerinde hakkı korunmaya değer kılan şey, markanın göstermiş olduğu işlevler ve bu işlevlerin ticari düzende yarattığı ekonomik etkinliktir. Dolayısıyla, hak sahibi dışında markanın bu işlevlerinden yararlanma amacı güden her türlü kullanım biçiminin, KHK m.9/2 ile sınırlı kalmaksızın, marka hakkına tecavüz suçu kapsamında “haksız kullanım” olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmeyi yaparken de somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Örneğin tescilli bir marka ile benzer olan işaretin, taklit malların üzerinde konulması bariz bir şekilde haksız kullanım sayılacaktır. Buna karşılık işaretin alan adı, yönlendirici kod veya anahtar sözcük biçimde kullanılması durumda somut olayın özelliklerine bakmak gerekir. Eğer bu kullanım, tescilli marka ile aynı veya benzer olan işaretin, suça konu ürünlerle ilişkilendirilmesine, yani marka olarak algılanmasına müsaitse haksız kullanım teşkil eder ve ürünlerin bu şekilde satılması yahut satışı arz edilmesi marka hakkına tecavüz suçuna meydan verir. Örneğin, sitesinin arama motorlarına takılması için “sony” markasını yönlendirici kod olarak kullanan, fakat internet sitesinde başka markalı ürünleri satan kimsenin fiili, bizce marka hakkına tecavüz suçuna meydan vermez, vermemelidir. Çünkü burada haksız olarak kullanılan sony işareti, işletmelerin mal veya hizmetlerini ayırt etme amacına uygun bir şekilde kullanılmamaktadır. Buna karşılık tescilli “kosmodisk” markasını, “[www.kosmodisk.satis.com](http://www.kosmodisk.satis.com)” ya da “[www.kosmodisk.sparis.com](http://www.kosmodisk.sparis.com)” şeklinde alan adında kullanmak suretiyle taklit markalı ürün satışı arz eden ya da satan kimsenin fiili marka hakkına tecavüz suçunu oluşturacaktır.

---

<sup>256</sup> Yasaman, C:I, s.633; Arkan, C:II, s.146.

<sup>257</sup> Yasaman, C:I, s.634.

## c. Mal veya Hizmet Üretmek, Satışa Arz Etmek veya Satmak

### aa. Genel Açıklamalar

Markaların iktibas ve iltibasına yol açan fiiller her ne kadar marka hakkına tecavüz sayılsa da, bu tecavüzler tek başına cezai sorumluluğu doğurmaz. Nitekim, KHK m.61/A'nın birinci fıkrasında düzenlenen suçun oluşabilmesi için, üretmek, satışa arz etmek veya satmak seçimlik hareketlerinden birinin gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Şu halde iktibas veya iltibas yaratmak suretiyle kullanılan işaretin kullanıldığı mal veya hizmetin:

- *üretilmesi,*
- *satışa arz edilmesi veya*
- *satılması zorunludur*<sup>258</sup>.

### bb. Üretmek

Marka hakkına tecavüz suçunun ilk seçimlik hareketi olan *üretmek* fiilinden, mal veya hizmet şeklinde ürün elde etmeye yönelik faaliyetlerin anlaşılması gerekir. İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz fiiline konu bir mal yahut bir hizmet meydana getirilmesi, elde edilmesini mümkün kılan bütün işlemler söz konusu seçimlik hareketin gerçekleşmesi için gerekli ve yeterlidir. Daha geniş

---

<sup>258</sup> Tasarının 74. maddesinde, markanın sağladığı haklara tecavüz kapsamında, yalnızca **mal üretmek** veya **hizmet sunmak** cezai yaptırıma bağlanarak, KHK m.61/A'nın birinci fıkrasındaki **üretmek, satışa arz etmek veya satmak** seçimlik hareketlerine yer verilmemiştir. Buna göre, satış ve satışa arz suç kapsamından çıkarıldığından; yalnızca marka hakkına tecavüz etmek suretiyle **mal üretenler** ve **hizmet sunanlar** cezalandırılacaktır. Örneğin Tasarının 73. maddesi kapsamında bilgi vermekten kaçınarak marka hakkına tecavüz fiilini gerçekleştiren, 9. madde çerçevesinde tescilli markanın itibarına zarar verecek işareti kullanıldığı malları bulunduran, satan, satışa arz eden, gümrük bölgesine yerleştiren kişiler suçun kapsamı dışında kalacaktır. Buna karşılık, tescilli marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olan işareti kullanıldığı (iktibas suretiyle tecavüz) malların üretilmesi, satışa arz edilmesi veya satılması, (hatta bunların dışında **ticari amaçla bulundurulması, gümrük bölgesine yerleştirilmesi, gümrük işlemlerine tabi tutulması** dahi) aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen taklit markalı malların ticareti suçu kapsamında cezalandırılabilir. Nitekim, 74. maddenin ikinci fıkrasında taklit markalı malların üretilmesi, satılması, satışa arz edilmesinin yanında, bunların ticari amaçla bulundurulması Buradan çıkan sonuca göre, tescilli marka ile benzer olan işaretin kullanıldığı malların üretilmesi, birinci fıkrada suç oluşturacak; bu malların satışa arz edilmesi veya satılması, taklit markalı malların ticareti kapsamında kalmadığı için, suç teşkil etmeyecektir.

ifadeyle, üretmek seçimlik hareketinin tamamlanması için, üretimin sona ermiş ve malın meydana gelmiş olması şart değildir. Nitekim, malın üretimine başlanmış olmasıyla hareket tamamlanır, üretimin bitmesiyle hareket sona erer. Taklit markalı ayakkabı üretmek için gerekli hammaddenin alınarak fabrikada işlenmesi, taklit markalı kıyafet üretmek için alınan kumaşların kesilip dikilmeye başlanması, tescilli bir marka ile benzer işareti taşıyan sucuk ve benzeri ürünlerin üretilmesi için etlerin gerekli işlemlerden geçirilmeye başlanması “üretmek” seçimlik hareketinin gerçekleşmesine örnek olarak gösterilebilir.

Üretme eyleminin tescilli bir markaya iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz eden kimse, yani fail tarafından gerçekleştirilmiş olması zorunlu değildir. Söz konusu mal veya hizmetlerin üçüncü bir kişiye ürettirilmiş olması, fail bakımından suçun oluşumuna etki etmez. Üretim yapan üçüncü kişinin durumu ise, iştirak kuralları çerçevesinde ortaya koyulabilir. Konuya ilgili bölümde değinilecektir.

### **cc. Satışa Arz Etmek**

Marka hakkına tecavüz suçu bakımından düzenlenen bir diğer seçimlik hareket de satışa arz etmektir. Sözlük anlamı olarak satışa arz etmek, satışa sunmayı, satmak için ortaya koymayı ifade etmektedir<sup>259</sup>. O halde, satışa arz etmek, bir şeyi satma iradesini yansıtmaya yönelik davranışların tümü olarak anlaşılabilir. Daha geniş ifadeyle, bir kimsenin elinde bulundurduğu mal veya bünyesinde barındırdığı bir hizmeti satmaya yönelik iradesini ortaya koyan davranışlar satışa arz etme kapsamında değerlendirilecektir<sup>260</sup>. Bu yönüyle satışa arzın, satmak fiilinin hazırlık hareketlerini teşkil ettiğini söyleyebiliriz<sup>261</sup>.

Failin tecavüze konu ürünleri satmak için pazarlık yapması, müşteri araması, anlaşmaya çalışması, kaparo alması satışa arz etmeye yönelik hareketler olarak

---

<sup>259</sup> [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

<sup>260</sup> **Özbek**, Veli Özer, Müstehcenlik Suçu, Ankara 2009, s.68.

<sup>261</sup> **Donay/Erman**, s.57.

değerlendirilebilecektir<sup>262</sup>. Yine tecavüze konu ürünleri internet alışveriş sitesine koyma, internet kullanıcılarına ürünleri tanıtmaya yönelik elektronik postalar gönderme, ürünlerin reklamını yapma, deneyip görmeleri için müşterilere ürünleri verme satışa arz etmek kapsamında suçun unsurunu oluşturabilecek hareketlerdendir.

Satışa arz etmekle anlatılmak istenen, failin tecavüze konu mal veya hizmetleri satmayı ortaya koyan iradesinin, kendi hâkimiyeti alanında bulunan mal veya hizmetlere dayanmasıdır. Buna göre bir kimsenin yakında temin edeceği mal veya hizmetleri satışa arz edeceğine ilişkin irade beyanı ve bu beyanı göstermeye yönelik hareketleri satışa arz olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim bu satışa arzdan önceki aşamayı ifade etmektedir<sup>263</sup>. Örneğin “*Nisan ayından itibaren ALLSTARS marka ayakkabıların satışına başlanacağı*” yönünde vitrine yazı koyan işletme sahibi, KHK m.61/A’nın birinci fıkrasında düzenlenen marka hakkına tecavüz suçunu işlemiş sayılmayacaktır.

Satışa arzın gerçekleşebilme için, failin suça konu ürünleri satmaya yönelik iradesini ortaya koymaya yönelik davranışlarda bulunmalıdır. Bunun en temel örneğini taklit markalı malları dükkânda sergileyen failin davranışları oluşturmaktadır. Yine tescilli bir marka ile aynı veya benzer bir işaretin alan adı olarak kullanıldığı alış-veriş sitesinde ürünleri satışa çıkarmak da, bu seçimlik hareket kapsamında değerlendirilmelidir.

#### **dd. Satmak**

Nihayet, marka hakkına tecavüz suçu kapsamında düzenlenen sonuncu seçimlik hareket, iltibas ve iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz etmek suretiyle mal veya hizmetlerin satılmasıdır.

---

<sup>262</sup> Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:IV, Ankara 2010, s.5169.

<sup>263</sup> Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s.752.

Satımın iki aşamadan oluştuğu söylenebilir. İlk aşaması sözleşme aşamasıdır ki, bunun adı satım sözleşmesidir. İkinci aşaması ise satım sözleşmesine konu malın mülkiyetinin devri aşamasıdır.

Satım sözleşmesi, alıcının vermeyi yükümlendiği belli bir para karşılığında, satıcının satıma konu olan malı alıcıya teslim ederek mülkiyeti ona geçirmeyi yükümlendiği sözleşmedir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, satım sözleşmesinin yapılmasıyla satım konusu malın mülkiyeti alıcıya geçmemektedir. Satıcı yalnızca malın mülkiyetini alıcıya geçirme borcu altına girmektedir. Bu borcun doğum anı, yani satım sözleşmesinin varlık kazandığı an, alıcı ile satıcının sözleşmeye konu malın mülkiyetini geçirme konusunda iradelerinin uyuştugu andır. Görüldüğü üzere satım sözleşmesi malın mülkiyetini devir borcu doğuran yalnızca bir taahhüt (borçlandırıcı) işlemidir<sup>264</sup>. Bu aşama, suç tipinde yer alan satmak fiilinin dayanak noktasını oluşturmaktadır.

Suç tipindeki “satmak” seçimlik hareketi, satım sözleşmesinin yapılmasıyla tamamlanmaz. Satım sözleşmesi, kısaca tanımladığımız üzere, kararlaştırılan bir malı satacağı konusunda satıcının alıcıya vermiş olduğu bir taahhüttür. Bir sonraki aşamada edimlerin ifası yani, satıma konu malın devri gerekmektedir. Bu aşama tasarruf aşamasıdır. Tasarruf işleminin yapılmasıyla, yani satıcının sözleşmeye konu malın mülkiyetini alıcıya geçirmesiyle satım sona erer. Taşınırlarda mülkiyetin devri zilyetliğin devri ile gerçekleştiğine göre, satım sözleşmesine konu malların teslimi, tasarrufun tamamlanmış olması için yeterlidir. İşte KHK'nın “satmak” unsuruyla kastettiği aşama bu tasarruf aşamasıdır. Şu halde marka hakkına tecavüz suçunda “satmak” değimi, belli bir bedel karşılığında bir şeyin alıcıya verilmesi olarak basitçe tanımlanabilir.

Tarafların suça konu ürünlerin satımına ilişkin anlaşmaları, yani satım sözleşmesi kurmaya yönelik iradelerin uyuşması aşaması, her ne kadar satışa arz olarak nitelendirilebilir ise de, tecavüze konu ürünleri satmak şeklinde

---

<sup>264</sup> **Zevkliler**, Aydın/**Havutçu**, Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2007, s.47; **Serozan**, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2006, s.91 vd.

nitelendirilemez. Nitekim, tanımdan da anlaşılacağı üzere, satmak seçimlik hareketinin tamamlanması için, suça konu ürünlerin alıcının fiili hâkimiyeti altına sokulması, yani zilyetliğinin devredilmesi gerekmektedir<sup>265</sup>. Örneğin, taklit markalı yazıcı kartuşlarının satımı konusunda fail ile alıcının anlaşmış olması bu seçimlik hareketin oluşması bakımından yeterli değildir. Failin ayrıca taklit markalı kartuşları alıcının fiili hâkimiyetine sokmuş olması gerekmektedir. Yine failin telefonda on koli taklit markalı ayakkabının bedel karşılığı teslimi için anlaşması, satmak koşulunu yerine getirmez; satışa arz olarak nitelendirilir. Satışın tamamlanabilmesi için, taklit markalı ürünlerin alıcının fiili hâkimiyeti altına sokulması şarttır.

Esas itibariyle, satışa arz da suç tipinde seçimlik bir hareket olarak sayıldığı için, suça konu malın karşı tarafa devredilmeyerek satımın gerçekleşmemiş olması, sonuç bakımından bir etki doğurmayacaktır. Nitekim failin, alıcıyla malın teslimi konusunda anlaşmış olması, satım konusu malın tesliminden önceki aşama olan satışa arz kapsamında değerlendirileceğinden, yine marka hakkına tecavüz suçu oluşacaktır. Buradan çıkan sonuca göre, satılmış olan mallar aynı zamanda satışa da arz edilmiş demektir<sup>266</sup>.

Belirtmek gerekir ki, maddedeki satma koşulu, özel hukuktaki satım sözleşmesinin kurulması ve geçerliliğine ilişkin tüm şartlar dâhilinde değerlendirilmemelidir<sup>267</sup>. Satmak unsurunun temelinde yatan özel hukuk sözleşmesinin geçerli olup olmamasının, suçun oluşmasına bir etkisi yoktur. Ceza hukuku, suç olarak tanımladığı bir fiilin dayanak noktasını oluşturan hukuki işlemlerin geçerliliği ile ilgilenmez. Zaten özel hukuk anlamında bir satımın geçersizliği, söz konusu işlemin satım olarak nitelendirilmesi üzerinde değil, bu

---

<sup>265</sup> **Erman, Sahir/Özek, Çetin**, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, 1995, s. 272-273; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s.5167.

<sup>266</sup> Bu yönüyle öngelen hareketi cezalandırmak suretiyle, satışa yönelik fiillerin cezalandırılmasını sağlamak bakımından, bir açıklık bırakmamak için kanun koyucunun *satışa arz* ile *satmak* seçimlik hareketlerini bir arada kullandığı hususunda bkz. **Özbek**, Müstehcenlik, s.69.

<sup>267</sup> Satmak fiilinin gerçekleşebilmesi için borçlar kanununa uygun bir şekilde satın sözleşmesinin gerçekleşmesi gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. **Donay/Erman**, s.57. Yazarların belirtmiş olduğu bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Burada hak ve borç doğurmaya yönelik bir takım fiiller yaptırım altına alınmıştır. Söz konusu fiillerin özel hukuk anlamında geçerlilik koşullarını taşıyıp, geçekten hak ve borç doğurmuş olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

satımın hukuk âleminde doğurduğu sonuçlar üzerinde etki doğurmaktadır. . Dolayısıyla, geçerli bir işleme dayansın yahut dayanmasın, fiil ceza hukuku bakımından satım niteliğini korumaya devam edecektir. Önemli olan tipte yer alan haksız fiilin hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Nitekim kanun koyucunun marka hakkına yönelik tecavüzleri suç olarak düzenlemesindeki amacı, failin tecavüze konu ürünleri bedel karşılığı bir başkasına vermeye yönelik iradesini cezai yaptırım altına alarak, ürünlerin piyasada dolaşmasını engellemektir. Buna göre iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkı tecavüz fiiline konu mal veya hizmetlerin, belli bir bedel karşılığında alıcı kimselere devredilmesine yönelik her türlü hareket satmak seçimlik hareketi içerisinde değerlendirilmelidir<sup>268</sup>. Bu durumda, tam ehliyetsiz olan bir kimseye taklit markalı saat satılması örneğinde, alıcının tasarruf ehliyetinin olmaması özel hukuk bakımından satım sözleşmesinin geçerliliğini etkilese de, marka hakkına tecavüz suçu kapsamında satım koşulunun gerçekleşmesine etkisi bulunmamaktadır. Yine hata, hile, tehdit veya butlan sebeplerle bir satım sözleşmesini geçersiz hale gelse de, bu geçersizlik marka hakkına tecavüz suçu kapsamında satma unsurunun gerçekleşmiş sayılmasını engellemez.

## **2. Marka Koruması İşaretini Kaldırma Suçu (KHK m.61/A, f.2)**

### **a. Genel Açıklamalar**

5833 sayılı Kanunla değişik KHK m61/A'nın ikinci fıkrasında, yetkisi olmadığı halde marka koruması olan bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş, marka koruması olduğunu bildiren işareti kaldırarak kimsenin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Mülga 5194 sayılı Kanunla değişik KHK m.61/A'nın (a) bendinde de yer alan bu hüküm<sup>269</sup>, değişiklik yapılmadan aynen yeni düzenlemeye alınmıştır<sup>270</sup>.

<sup>268</sup> Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.751.

<sup>269</sup> 5194 sayılı Kanunla değişik KHK m.61/A,(a): "...marka koruması olan bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıranlar,...."

<sup>270</sup> Marka koruması işaretini kaldırma suçuna ilişkin düzenleme, Markalar Kanunu Tasarısının 74. maddesinin üçüncü fıkrasına da aynen aktarılmıştır.



Marka koruması işaretinin kaldırılması suçuyla, markanın tescilli olarak korunduğunu gösteren bir takım işaretlerin bertaraf edilmesine yönelik, markaya zarar verdiği düşünülen bir takım fiillerin cezalandırılması amacıyla düzenlenmiştir. Bu suçun meydana gelebilmesi için özellik arz eden temel nokta, marka koruma işaretinin varlığıdır. Suçun konusunu oluşturan *markanın tescilli olması*, aynı zamanda marka koruması işaretinin de varlık sebebinin teşkil etmektedir. Maddeden de anlaşılacağı üzere, marka koruması işaretinin eşya veya ambalaj üzerinde kullanılan marka koruması işaretleri suç tipiyle cezai koruma altına alınmıştır. Şu halde marka koruması işaretini kaldırma suçunun varlığından söz edilebilmesi için eşya veya ambalaj üzerinde kullanılan marka koruması işaretinin kaldırılmış olması yeterlidir.

Marka koruması işaretinin kaldırılmasının, suçun oluşması bakımından yeterli görülmesi, ayrıca bir zararın aranmaması nedeniyle, bu suçun tehlike neticesi hareketine bitişik bir tehlike suçu olduğunu söyleyebiliriz.

### **b. Marka Koruması İşareti**

Markalarla birlikte ® ve ™ işaretleri kullanılmaktadır. Bu işaretlerden ™ olanının açılımı, İngilizce olarak “Trade Mark” olarak okunur ve tescil başvurusu yapılmakla birlikte henüz tescil belgesi alınmamış markalar için “Ticari Marka” anlamında kullanılmaktadır<sup>271</sup>. Diğer ® işareti ise, İngilizcede karşılığını “Registered” olarak bulmakta ve tescilli markalar için kullanılmaktadır. Marka koruması işareti, beraberinde kullanıldığı markanın tescilli bir marka olarak koruma altında bulunduğunu bildirme fonksiyonu üstlenmektedir. ® işareti bakımından vurgulanması gereken husus, ™ işaretinde olduğu gibi tescil başvurusu yapıldıktan sonra değil, markanın tescili gerçekleşikten sonra kullanılabilmesidir. Nitekim “Tescilli Marka” anlamına gelen ® işareti, birlikte kullanıldığı markanın tescilli olduğunu ifade etmek üzere kullanılır.

---

<sup>271</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Trademark\\_symbol](http://en.wikipedia.org/wiki/Trademark_symbol)

Bizim hukukumuzda ® işaretinin kullanımına yönelik herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle marka hakkı sahipleri, söz konusu işaretleri kullanma konusunda serbestîye sahiptir. Markasının tescilli olarak koruma altında bulunduğu uyarısında bulunmak isteyen marka hakkı sahipleri ® işaretini kullanabilir. Örneğin taklitçileri oldukça fazla olan Adidas®, Coca Cola® markaları gibi. Buna karşılık herkesçe bilinen, özellikle dünya toplumlarınca tanınmış markaların sahipleri, bir takım işaretlerle, markalarının tescilli olarak koruma altında olduğu uyarısında bulunma ihtiyacı duymayabilirler. Örneğin SONY, TOSHIBA gibi markalar ® işareti kullanmamaktadır<sup>272</sup>. Elbette ki, marka sahipleri söz konusu işareti estetik bulmadıkları için de kullanmaktan kaçınabilirler.

Marka koruması işaretinin kaldırılması suçuna konu olan işaretin illaki ® işareti olması zorunda değildir. Dolayısıyla bu suç, tescilli marka koruması mesajını veren, ulusal veya uluslararası kabul görmüş başkaca işaretlerin olması halinde onları da kapsamaktadır.

Düzenlemede bir “**işaretin**” kaldırılmasından söz edilmiştir. Bu işaretler, harflerden oluşabileceği gibi, sayılardan da oluşabilir. O halde, eşya veya ambalaj üzerindeki ürünün tescilli olduğunu ve tescilli marka korumasından yararlandığını belirten “**ifade**”lerin kaldırılması bu suçu oluşturmayacaktır. Örneğin kola şişesinin üzerinde yazan “Tescilli müseccel bir markadır.” ifadesinin kaldırılması marka koruması işaretin kaldırılması suçu kapsamında değerlendirilmez<sup>273</sup>.

Doktrinde bazı yazarlar, eşya veya ambalajın üzerlerinde yer alan “Tescilli markadır” gibi ifadelerin kaldırılması ile ® gibi tescilli marka koruması işaretlerinin kaldırılmasının hukuk âleminde aynı sonucu yarattığını; bu nedenle KHK’da “işaret” değimi yerine “ifade” değimi kullanılmasının daha yerinde olacağını, böylelikle cümlelerin, kelimelerin, sayıların vb. de suçun maddi unsuruna dâhil edilmiş

---

<sup>272</sup>Üretimi ileri teknolojiyi gerektiren bu ve benzer markalı malların niteliği dikkate alındığında, söz konusu malların taklidinin dahi ileri teknoloji gerektireceği düşünülürse, yapılması zor olan bu gibi taklit eylemlere karşı markanın korunduğunu belirten işaretlerin kullanılması marka sahiplerince önemsenmeyebilir.

<sup>273</sup> Aynı yönde Aydın, s.79,80.

olacağını belirtmektedir. Aynı yazar devamında, KHK'nın 5. maddesinde *“kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretler”* den söz edildiği, dolayısıyla 556 sayılı KHK'nın “işaret” kavramıyla sözcüklerin, sayıların vb. de kastedildiği ve KHK m.61/A'nın ikinci fıkrasındaki suç tipinde belirtilen işaret kavramıyla tüm bu sayılanların da kapsama dâhil olduğunu ifade ederek, markaların tescilli olduğu gösteren ifadelerin kaldırılmasının da, marka koruması işaretinin kaldırılması suçu çerçevesinde ele alınabileceği sonucuna varmıştır<sup>274</sup>.

Öncelikle “ifade” kavramı yerine “işaret” kavramının seçilmesi bir tercih meselesidir. KHK markanın tescilli olduğunu belirten ifadelerin ya da cümlelerin kaldırılmasını marka koruması işaretini kaldırma suçu çerçevesinde cezalandırmak istememiştir. Bu doğru bulunabilir yahut eleştirilebilir. Bizce marka koruması işaretinin kaldırılmasının tümünden suç olmaktan çıkarılarak idari yaptırıma bağlanması; söz konusu fiillerin diğer suçları (mal varlığına zarar verme suçu, sahtecilik suçları, haksız rekabet suçu gibi) oluşturması halinde ise ayrıca o suçlardan ceza verilmesi yeterlidir. Bu farklı şekillerde düşünmeye müsait bir konudur. Buna karşılık, KHK m.5'deki düzenlemeye göre sözcüklerin de işaret kapsamında kabulü gerektiğinden bahisle, suç tipinde “ifade” kavramına yer verilmese dahi, “Tescilli markadır.” şeklindeki ifade yahut açıklamaların marka koruması işaretinin kaldırılması suçuna konu olabileceği yönündeki görüşü eleştirmek gerekecektir.

Şüphesiz ki, KHK m.5 çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, sözcüklerin işaret kapsamında düzenlendiği sonucuna varılabilmektedir. Fakat sözcükler de olsa, burada esas olan bunların bir işaret fonksiyonu görmesidir. İşaret ile ifade birbirinden şu noktada ayrılır: İşaret görsel ögesi öne çıkan ve herhangi bir durumu, nesneyi, olguyu vs. anlatan bir belirti, bir simge olmasına karşılık; ifade ise daha çok içerik ögesi öne çıkan, herhangi bir durumu, olguyu doğrudan izah eden bir anlatımdır. O halde, kelimeler, harfler, sayılar bir “ifade”, bir “açıklama”dan ziyade, “işaret” olarak kullanıldığı müddetçe marka koruması işaretini kaldırma suçu

---

<sup>274</sup> Topçu, s.86.

çerçevesinde ele alınabilir<sup>275</sup>. Herhangi bir işaret fonksiyonu olmayan, markanın tescilli olduğu yönündeki açıklamayı içeren ifadeleri kaldırmayı bu suç tipi içerisinde değerlendirmemek gerekir. Bu nedenle, markaların tescilli olduğunu belirten “Bu marka tescillidir.”, “Registered Trade Mark”, “Marka tescil korumasından yararlanmaktadır.” gibi ifade veya cümlelerin kaldırılmasının tek başına bu suçu oluşturmayacağını belirtmek durumundayız. Zaten eşya veya ambalaj üzerindeki, tescilli marka işareti haricindeki işaret ve açıklamaları, bu suç bakımından kapsam dışı bırakan kanun koyucunun da amacı bu yöndedir.

### **c. İşaretin Eşya veya Ambalaj Üzerinde Kullanılması**

Maddede açıkça belirtildiği üzere, marka koruması işaretinin ilgili eşya veya ambalaj üzerinde kullanılması gerekmektedir. İşaret yalnız ürünün ambalajında veya yalnız eşya üzerinde olabileceği gibi, hem ürünün ambalajında hem de eşyanın üzerinde olabilir. Zaten buradaki amaç, işaretin eşya veya ambalaj üzerinde konularak görünür kılınması suretiyle, ürünü alan kimselere markanın tescilli bir marka olarak koruma altında bulunduğu mesajının verilmesini sağlamaktır.

Marka koruması işaretinin kaldırılması suçu, yalnızca eşya veya ambalaj üzerine konan koruma işaretlerin kaldırılmasını kapsamaktadır. Fiyat kataloglarında yer alan marka koruma işaretinin kaldırılması, marka koruması işaretinin kaldırılması suçu olarak nitelendirilemez. Yine bir işletmeye ait internet sitesine dıştan müdahale etmek suretiyle, sitede yer alan marka ile birlikte kullanılan koruma işaretinin kaldırılması da bu suçu oluşturmayacaktır. Burada TCK m.244’te düzenlenen bilişim sistemlerine müdahale suçu akla gelebilir. Bir başka örnekte, X markalı ürünün reklamının yapıldığı yol kenarlarında bulunan panolarda yahut marka sahibince dağıtılan reklam broşürlerinde yer alan marka koruması işaretinin kaldırılması KHK m.61/A’nın ikinci fıkrasındaki suç çerçevesinde değerlendirilemez. Eşya veya

---

<sup>275</sup> Burada bahsetmek istediğimiz husus, işaretin, ek bir zahmete girmeksizin, alıcıların bilinçaltına yerleşerek, ilk bakışta markanın tescilli olarak korunan bir marka olduğu izlenimi yaratma gücüne sahip olduğudur. Oysaki markanın tescilli olduğunu belirten açıklama veya ifadelerin bu yönleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu ifadelerin kaldırılmasıyla, ® işaretinin kaldırılmasının aynı etkiyi yarattığını düşünmüyoruz.

ambalajın üzeri haricinde, başka yerlerde kullanılan marka koruması işaretlerinin kaldırılması haksız rekabet suçu çerçevesinde değerlendirilebilir.

İnternet üzerinden alışveriş yapılabilen sitelerde, ürünlerin temsili resimlerini üzerlerinde marka koruması işareti olmadan sunan kimsenin fiili, acaba KHK m.61/A'nın ikinci fıkrasındaki suç kapsamına girer mi? Örneğin, alışveriş sitesine Adidas marka spor ayakkabısının üzerine ve kutusuna marka koruması işareti kaldırılmış resimler koyan kimsenin fiili söz konusu suçu oluşturacak mıdır? Bu, bir önceki paragrafta verilen örneklerin farklı değildir. Kanunda eşya veya ambalaj üzerinde yer alan marka koruması işaretinin kaldırılmasından söz edilerek, esastan eşya veya ambalaj üzerinde gerçekleştirilen gerçek, somut bir değişiklikler kastedilmektedir.

Diğer bir soru ise, tescilli marka işaretinin, ürünün görünmeyecek bir yere konulması durumunda, bu işaretin kaldırılması marka koruması işaretinin kaldırılması suçuna vücut verir mi? Tescilli marka işaretinin varlık sebebi, ilgili markanın korunan, tescilli bir marka olduğunu ifade etmektir. Bu noktadan hareket edecek olursak, söz konusu fonksiyonu yerine getirmekten aciz bir kullanım yeri seçilmesi halinde, bu işaretin yetkisiz kimseler tarafından kaldırılmasının, KHK m.61/A'nın ikinci fıkrası anlamında suç oluşturmayacağı kanaatindeyiz. Örneğin, bir elektronik eşyanın görünmeyen, yalnızca tamir gibi durumlarda açılan iç kısmına yerleştirilmiş ® işaretinin kaldırılması marka koruması işaretini yetkisiz kaldırma suçu bakımından koruma görmeyecektir. Buna göre, "eşya veya ambalaj üzeri" ifadesi, eşyanın veya ambalajın ek bir çaba gösterilmeksizin görülebilen dış yüzeyi olarak anlaşılmalıdır.

Belirtmek gerekir ki, marka koruması işaretinin eşya veya ambalaj üzerinde kullanılmış olması, bu işareti kaldırmaya yönelik fiillerin suç teşkil edebilmesi için yeterli değildir. Bunun için, tescilli marka koruması işaretin kullanılmasının hukuka uygun olması gerekir<sup>276</sup>. Burada suçun konusu olan tescilli markanın varlığı, aynı zamanda marka koruması işaretinin haklı kullanımının dayanağını da

---

<sup>276</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.479; **Keskin**, s.120; **Aydın**, s. 80; **Topçu**, s.87.

oluşturmaktadır. Örneğin tescil başvurusunda bulunmuş fakat henüz tescilini yaptırmamış olan marka sahiplerinin marka koruma işaretini kullanması haksız olduğu için, bu işaretin kaldırılmasına yönelik fiiller hukuken himaye görmeyecektir<sup>277</sup>. Yine taklit markalı ürünler üzerinde kullanılan marka koruması işaretinin kaldırılması da bu suç kapsamından değerlendirilemeyecektir.

#### **d. İşaretin Kaldırılması**

Kaldırmak birçok anlama gelmektedir. Marka koruması işaretini kaldırma suçu bakımından “**kaldırmak**” ifadesiyle, tescilli marka işaretinin kullanıldığı yerdeki varlığına ve varlık amacına son vermeye yönelik fiiller anlaşılmalıdır. Bu çerçevede işaretin kazınması, silinmesi, üzerinin boyanması, işaretin yer aldığı kısmın kesilmesi gibi çeşitli fiiller marka koruması işaretini kaldırma suçu kapsamında değerlendirilebilecektir.

Eşya veya ambalajların üretimini üstlenmiş olan bir kimsenin, eşya veya ambalajları üretirken marka sahibi istemiş olmasına rağmen, tescilli marka koruması işaretini basmaması “kaldırma” kapsamında değerlendirilemez. Nitekim kaldırmak fiilinin gerçekleşebilmesi için, öncelikle eşya veya ambalaj üzerine konulmuş bir tescilli marka koruması işaretinin varlığı gereklidir.

Markayla birlikte, marka koruması işaretinin de yer aldığı ambalajların tamamen sökülüp atılması halinde, acaba marka koruması işaretini kaldırma suçu oluşacak mıdır? Bizce bu durumda, haksız rekabette ilişkin cezai hükümler akla gelebilir ise de, marka koruması işaretini yetkisiz kaldırma suçu oluşmaz. Nitekim hükmün amacı, tescil koruması işaretinin kaldırılarak, markanın korunan bir marka olarak algılanmasının engellenmesine yönelik bir takım fiillerin cezalandırılmasıdır. Vermiş olduğumuz örnekte ise, markanın yer aldığı ambalajın çıkarılması, markanın

---

<sup>277</sup> Çünkü bu şekilde kullanılan işaretlerin kaldırılması KHK anlamından suç teşkil etmediği gibi, haksız rekabette teşkil etmeyecektir. Şöyle ki, işaretin haklı olarak kullanılmamasının kendisi zaten haksız rekabet oluşturan bir davranıştır. Dolayısıyla haksız bir davranışın ne ceza hukuku ne de özel hukuk tarafından himaye görmesi beklenemez. Oysaki marka hakkına tecavüz suçunda, markanın tescilsiz olması, tecavüz eylemlerinin haksızlığını etkilemeyeceğinden, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde hukuki ve cezai koruma talep edilmesi mümkündür.

ayırt edicilik özelliğinin zayıflatılması veya tamamen ortadan kaldırılmasına yönelik bir fiildir.

### 3. Marka Hakkı Üzerinde Yetkisiz Tasarruf Suçu (KHK m.61/A, f.3)

#### a. Genel Açıklamalar

Malvarlığı değeri olarak hukuki himaye gören tescilli markalar üzerinde, marka sahipleri gerek tasarruf gerekse de taahhüt işlemlerinde bulunabilirler. Bu, marka hakkının mutlak bir hak olmasından ileri gelmektedir.

Çeşitli hukuki işlemlere konu olabilen markanın sahibine sağladığı münhasır hak, ona marka üzerinde tasarruf yapmasına da imkân sağlar. Nitekim KHK m.15'te *“Tescilli bir marka, başkasına devir edilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, kullanma hakkı lisans konusu olabilir, rehin edilebilir.”* düzenlemesine yer verilerek, tescilli bir markanın devredilebileceği, rehnedilebileceği, miras yoluyla intikal edebileceği veya lisansa konu olabileceği gösterilmiştir. Fakat marka hakkıyla ilgili yapılabilecek hukuki işlemler bununla sınırlı olmayıp, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde bu hakkın başka işlemlere de konu olması mümkündür. Örneğin marka hakkının ya da marka hakkının da dâhil olduğu ticari işletmenin hâsılat kirasına verilmesi, marka hakkı üzerinde intifa hakkı kurulması gibi<sup>278</sup>.

Marka üzerindeki tasarruf işlemlerini marka sahibi ya da marka sahibinin bu konuda yetki verdiği bir kimse yapabilmektedir. Bunların dışında yer alan kimselerin bir başkasının marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunması, ceza hukuku bakımından korunmaya değer görülerek, KHK m.61/A'nın ikinci fıkrasında suç olarak düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, *“Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası*

---

<sup>278</sup> Arkan, C:II, s. 175; Kaya, s.206; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s.426.

ile cezalandırılır.”<sup>279</sup> Şu halde marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun gerçekleşebilmesi için;

- a) Başkasına ait marka hakkı üzerinde,
- b) Satmak, devretmek, kiralamak ve rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunulmalıdır.

Marka hakkına tecavüz suçunda olduğu gibi, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu da seçimlik hareketli bir suçtur. Bu çerçevede suçun oluşması için satmak, devretmek, kiralamak ve rehnetmek seçimlik hareketlerinden birisinin yapılması yeterlidir. Söz konusu hareketlerinden birinin yapılmasıyla neticede gerçekleşeceği için, bu suç neticesi hareketine bitişik bir suçtur.

Yine, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunda, tasarruf işlemlerini yapmaya yönelik davranışların ortaya konulması yeterlidir. Bu tasarruflar dolayısıyla ayrıca bir zararın hatta bir zarar tehlikesi aranmadığından, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçu da soyut tehlike suçu olarak karşımızda çıkmaktadır.

5833 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önce, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf KHK m.61/A'nın (b) bendinde suç olarak düzenlenmişti. Maddeye göre, “*Mevcut olmadığını veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu Kanun Hükmünde Kararnamenin devir, intikal, rehin ve haciz ile ilgili maddelerinde yazılı haklardan birini veya bu hakla ilgili lisansı başkasına devreden, veren, rehnedeni, bu haklarla ilgili herhangi bir tasarrufta bulunanlar.... hakkında, iki yıldan üç yıla kadar hapis cezasına veya yirmi yedi milyar liradan kırk altı milyar liraya kadar ağır hapis cezasına veya her ikisine... karar verilir.*”

---

<sup>279</sup> Markalar Kanunu Tasarısının 74. maddesinin dördüncü fıkrasında da aynı düzenleye yer verilmiştir. Suç tipinin oluşması bakımından iki düzenleme arasında bir fark bulunmamaktadır.



Görüldüğü üzere, önceki düzenleme ile yeni düzenleme arasına önemli farklılıklar bulunmaktadır. Önceki düzenlemede, failin tasarruf yetkisi olmadığını bilmesi veya bilmesi gerekmesi aranmıştır. Tipikliğin sübjektif nitelikteki unsurlarını incelerken ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, kast, failin tasarruf yetkisinin olmadığını bilmesine; taksir ise failin tasarruf yetkisinin olmadığını bilmesinin gerekmesine denk gelmektedir. O halde, önceki düzenlemeyi mevcut düzenlemeden ayıran ilk fark, önceki düzenlemede marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun taksirle işlenebilir olmasıdır.

Diğer fark ise, suçun hareket unsuruna ilişkindir. Maddeden de anlaşılacağı üzere, önceki düzenlemede “*herhangi bir tasarrufta bulunanlar*” değimine yer vererek tasarrufi işlemler bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Oysa yeni düzenlemede yetkisiz kimse tarafından yapılan cezai yaptırıma tabi tasarruf işlemleri “*satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek*” şeklinde seçimlik olarak tek tek sayılmıştır.

Nihayet üçüncü fark ise, yeni düzenlemede yetkisiz olarak tasarrufta bulunan marka hakkının başkasına ait olmasının aranmasıdır. Konu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

#### **b. Marka Hakkının Başkasına Ait Olması**

KHK m.61/A'nın 5833 sayılı kanun değişikliğinden önceki halinde, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçu bakımından, tasarrufta bulunan kimsenin bu suçun faili olabilmesi için tasarruf yetkisinin olmaması yeterliydi. Bu çerçevede, tasarruf yetkisi olmamasına rağmen, ister kendisine ait isterse de başkasına ait bir marka hakkı üzerinde devretmek, rehnetmek vs. gibi tasarrufi işlemlerde bulunan kimse, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun faili olabilmekteydi.

KHK m.61/A'nın yeni şeklinde ise açıkça başkasına ait marka hakkından bahsedilmektedir. Buna göre, marka hakkına sahip olmakla birlikte, tasarruf

yetkisine sahip olmayan kimselerin, kendi marka hakkı üzerinde yapmış olduğu tasarrufi işlemler marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçuna konu olmayacaktır. Örneğin hakkında iflas kararı verilmiş bir kimsenin, markasını bu iflas kararından haberdar olmayan bir başkasına devretmesi halinde de marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu oluşmayacaktır. Nitekim iflas kararıyla birlikte tasarruf yetkileri kaldırılmış olan müflis, marka hakkı üzerinde her ne kadar tasarrufi işlemlerde bulunma yetkisini kaybetmiş olsa da, söz konusu marka hakkı başkasına ait olmadığı için suç oluşmayacaktır.

Marka hakkı üzerinde paylı ya da el birliği halinde mülkiyet söz konusu olabilir. Ortağı olduğu bir marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunan kişiler, kendi payına düşmeyen kısmı için marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçundan sorumlu olacaklardır.

#### **d. Marka Hakkı Üzerinde Tasarrufta Bulunmak**

##### **aa. Genel Açıklamalar**

KHK m.61/A'nın üçüncü fıkrasında başkasına ait marka hakkı üzerinde, yetkisi olmaksızın yapılması suç teşkil eden tasarruflar seçimsel olarak belirtilmiştir. Maddeye göre bir başkasının marka hakkı üzerinde yetkisiz olmaksızın;

- i. *satmak*,
- ii. *devretmek*,
- iii. *kiralamak* veya
- iv. *rehnetmek* suretiyle tasarrufta bulunan kimse cezalandırılacaktır.

KHK'da tasarrufta bulunmaktan bahsedilmiştir. Peki, tasarrufta bulunma kavramından, özel hukuk anlamında geçerliliğe sahip bir hukuki işlem mi anlaşılması gerekecektir? Şüphesiz ki, hayır. Bir kimsenin başkasına ait bir hak üzerinde yetkisi olmadan tasarruf işlemi yapması, hukukun geçerli saydığı bir durum değildir. Nitekim, Roma hukukundan beri geçerli olan "*nemo plus iuris ad alium transferre*

*potest quam ipse habet*” kuralı gereğince, kimse sahip olduğu bir haktan fazlasını devredemez. Buna göre, madde kapsamında kalan işlemler hukuken geçerliliği olmayan tasarruf işlemlerini ifade etmektedir.

Salt hareket suçu olarak düzenlenen marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunda, tipte yer alan tasarruflarda bulunmaya yönelik işlemlerin şeklen yapılması yeterli olup, bu işlemlerin hukuken geçerli olması, haliyle, aranmaz. Nitekim, bu suçta cezalandırmaya konu olan hareketler, yetkisi olmadığı halde, başkasının marka hakkı üzerinde tasarruf işleminin şekilsel prosedürlerini yerine getirmeye yönelik fiillerdir. Bir diğer ifadeyle, suçun hareket unsurunu, markanın satımı, devri, kiralanması veya rehni konusunda üçüncü bir kişiyle tasarruf işlemi yapıldığı görüntüsü veren fiiller oluşturmaktadır. Bu yönüyle suçun oluşması için, ilgili tasarruf işlemin yapılabilmesi için kanunda ön görülen prosedürün yerine getirilmiş olması yeterlidir.

#### **bb. Satmak**

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun ilk seçimlik hareketi, başkasının marka hakkı üzerinde satmak suretiyle tasarrufta bulunmaktır.

Marka hakkına tecavüz suçunda, satmak fiilinin gerçekleşmiş olması için, bir şeyin satımı konusunda tarafların anlaşmalarının, yani teknik anlamda satım sözleşmesi yapmalarının yeterli olmadığını; satımı konusunda anlaşmaya varılan şeyin alıcının fiili hâkimiyet alanına sokulması, diğer bir ifadeyle teslim edilmesi gerektiğini belirtmiştik<sup>280</sup>. Fakat burada marka hakkının satılması söz konusu olduğu için, bu hakkı konu alan haksız satımlarda, satmak fiilinin ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı hususu ayrıca irdelenmelidir.

Maddi varlığı olan mallarda, malın zilyetliğinin teslimi ile satım koşulunun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Oysa gayri maddi mallar üzerinde zilyetlik

---

<sup>280</sup> Bu konudaki diğer açıklamalar için, ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz.

kurulması mümkün olmamaktadır<sup>281</sup>. Buna göre, maddi bir mal varlığı olmadığı için, marka üzerindeki zilyetliğinin teslimi suretiyle devredilmesi söz konusu değildir. Şu halde, marka hakkının satılması konusunda tarafların anlaşması bir borçlandırııcı (taahhüt) işlem olarak madde kapsamı dışında kalacağından, bu hakkın ayrıca KHK m.15'e uygun bir şekilde karşı tarafa teslim edilmesi, yani devir işleminin yapılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun satmak suretiyle gerçekleşebilmesi için, hak sahibi olmayan yetkisiz kimsenin belli bir bedel karşılığında hakkın devrine yönelik yazılı bir devir sözleşmesi yapması şarttır.

Görüldüğü üzere satmak, maddedeki diğer seçimlik hareket olan devretmenin bir şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçundaki satma unsurunun gerçekleşebilmesi için hakkın devrine yönelik icra hareketlerinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla satımın gerçekleşebilmesi için hakkın devrinin de gerçekleştirilmesi aranır. Devretmek ise zaten ayrıca madde de sayıldığına göre, satmak unsuruna yer verilmesi kanımızda gereksizdir. KHK'nın satımdan kastının satım sözleşmesi olduğu, bu nedenle markaya ilişkin hakkın devrinin gerekmediği, nitekim düzenlemede marka hakkının satımına yönelik sözleşme yapılmasının cezalandırılmak istendiği anti tez olarak ileri sürülebilir ise de; ceza hukukunun taahhüt işlemlerini yaptırıma bağlaması düşünülemez. Nitekim taahhüt işlemi yapabilmek için hak sahibi olmaya gerek yoktur. Bir kimse marka hakkına sahip olmasa bile, satım sözleşmesi yapabilir, fakat ifa aşamasında söz konusu hakka sahip değilse ve hakkın devrini gerçekleştiremezse özel hukuk çerçevesinde sorumluluğu doğar. Oysa KHK'nın burada kastettiği şey, yetkisi olmadığı halde bir kimsenin başkasına ait marka üzerinde yaptığı TASARRUF işlemleridir. Buradan çıkan sonuca göre, sahibi olmadığı bir marka hakkı için satım sözleşmesi (borçlandırııcı işlem) yapan kimsenin fiili marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunu oluşturmayacaktır.

---

<sup>281</sup> Akipek, G. Jale/Akıntürk, Turgut, s. 126; Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/ Özdemir-Oktay, Saibe, s.54 vd.

Netice itibariyle, marka hakkının satımına yönelik bir satım sözleşmesi yapılması satmak hareket unsurunu karşılamayacaktır. Suçun oluşabilmesi için, sözleşmeye konu hakkın taraflarca imzalı yazılı bir sözleşme ile (sözde) devri, yani tasarruf işlemin varlığı şarttır. Bu da tipik bir devir işlemidir. Düzenlemede “devretmek” unsuruna da ayrıca yer verilmiş olduğuna göre, “satmak” unsurunun da seçimlik hareketler içerisinde sayılması kanımızca gereksizdir<sup>282</sup>.

### cc. Devretmek

Devir, bir hakkın sahibinin o hak üzerindeki mutlak hakkını devralana geçirmesini konu edinir. Bu yönüyle, sahibine mutlak bir hak tanıyan marka üzerinde yapılacak hukuki işlemler arasında kapsamı en geniş olanı devirdir. Nitekim marka sahibi, marka üzerindeki mutlak hakkını devrederek, marka hakkı üzerindeki inhisari tasarruf yetkisini kaybetmektedir<sup>283</sup>.

KHK m.16/1 gereğince, marka temsil ettiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebilir. Kısmi devri halinde, marka sahibi markanın temsil ettiği mal veya hizmetlerin bazıları üzerinde marka hakkını muhafaza etmekte, diğer kısmı üzerindeki marka hakkını ise bir başkasına devretmektedir. Örneğin markasını hem soğutucular hem de su arıtma cihazları için tescil ettirmişse, su arıtma işinden çekilerek, bu ürün gurubu için marka hakkını bir başkasına devredebilir.

Markanın devri satım sözleşmesi, bağışlama veya trampa marifetiyle gerçekleştirilebilir. Bu sözleşmeler markanın devri amacını güder. Devir sözleşmesinin KHK m.15/2’de belirtildiği üzere yazılı şekilde yapılması gerekir. Geçerli bir devir sözleşmesinin varlığı halinde, marka hakkı devreden malvarlığından çıkarak, devralanın malvarlığına dâhil olur. Bu yönüyle devir sözleşmesi tek başına tasarruf işlemidir<sup>284</sup>.

---

<sup>282</sup> Nitekim, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun düzenlendiği, Markalar Kanunu Tasarısının 74. maddesinin dördüncü fıkrasında, “*satmak*” fiiline yer verilmemiş, bu fiil “*devretmek*” kapsamında ele alınmıştır.

<sup>283</sup> **Yasaman**, C:II, s.680.

<sup>284</sup> **Yasaman**, C:II, s.684.

Gayri maddi mallar içerisinde ele alınan ve fiilen teslimi mümkün olmayan markanın devri, KHK m.16/3 gereğince yazılı olarak yapılan devir sözleşmesinin taraflarca imzalanmasıyla gerçekleşir. Devrin tescili ise bildirici fonksiyon gösterir<sup>285</sup>. Buna göre marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun “devretmek” suretiyle oluşabilmesi için, failin marka hakkının devri konusunda bir başkasıyla devir sözleşmesi yapması ve bu sözleşmeyi imza etmesi yeterlidir. O halde, markasını daha önce devreden fakat durumu sicile kaydettirmeyen kimsenin, durumdan haberdar olmayan bir başka kişiyle devir sözleşmesi yapması halinde, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu oluşacaktır. Nitekim ilk devir sözleşmesinin yapılmasıyla zaten marka hakkının devri gerçekleşmiştir. İkinci devir sözleşmesinin yapılması sırasında ise devreden sıfatıyla sözleşme yapan kimse artık marka hakkı sahibi olmadığı için, bu kimsenin fiili başkasına ait marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf kapsamında ele alınacaktır.

Devrin ivaz karşılığı olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Nitekim düzenlemede de bu yönde bir sınırlama söz konusu değildir. Yetkisiz kimse bir başkasının malını belli bir ivaz karşılığında devredebileceği gibi, ivazsız olarak da devredebilir. Her iki durumda da devretmek seçimlik hareketi gerçekleşir.

KHK m. 16/2 gereğince, aksi sözleşmede belirtilmediği takdirde bir ticari işletmenin devri, markanın devrini de kapsar. Buna göre, ticari işletmeyle birlikte, marka hakkı da ticari işletmeyi devralanın malvarlığına geçer. O halde ticari işletmenin devri, kural olarak marka hakkının devrini de kapsar. Burada marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu bakımından özellik gösteren nokta, marka üzerinde hak sahibi olmayan ticari işletme sahibinin, sözleşmede aksini belirtmeyerek, ticari işletmeyi bir başkasına devretmesi halinde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin (A)’nın markasını daha önce (B)’ye devrettiğini kabul edelim. (A) daha sonra, aksi kararlaştırılmadığı için ticari işletmeyle birlikte marka hakkını da devralacağını düşünen (C) ile ticari işletmenin devri sözleşmesi yapsa, acaba (A) “başkasına ait marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta” bulunmuş sayılacak mıdır?

---

<sup>285</sup> Arkan, C:II, s.185; Yasaman, C:II, s.689; Ünal, s.61.

Markasını daha önce başkasına devretmiş olan ticari işleme sahibi, buna rağmen ticari işletmenin devriyle birlikte hak sahibi olmadığı markayı da devredeceği yönünde hareket ediyorsa, yani ticari işlemeyi devredenin kastı hak sahibi olmadığı markayı da devretmeye yönelik ise<sup>286</sup>, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçundan bahsedilebilecektir. Nitekim ticari işletmenin devri aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, markanın da devri sonucunu doğuracaktır<sup>287</sup>. Buna göre, yukarıdaki örnekte A halen marka sahibiymiş gibi davranıp, durumdan haberdar olmayan C ile ticari işletme devri sözleşmesi yaparsa, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunu işlemiş olacaktır.

Markanın, her ne kadar bölünmek suretiyle devri mümkünse de, ülke içinde coğrafi olarak ayrıştırılmasına imkân bulunmamaktadır. Mülklik ilkesi ve tescilin ülkesel etkisi buna izin vermemektedir<sup>288</sup>. Bu durum, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunda tipikliğin oluşmasına da engel teşkil etmektedir. Örneğin, yetkisiz kimsenin, başkasına ait marka hakkını Ege Bölgesiyle sınırlı olarak devretmek için sözleşme yapması, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunu oluşturmayacaktır. Nitekim KHK'da marka hakkı üzerinde böyle bir devir şekli tanınmamaktadır.

Garanti ve ortak markaların devri için yazılı sözleşmenin yanında ayrıca devrin tescili de gerekir. Tescil burada kurucu fonksiyon gösterir. Buna göre, garanti ve ortak markalar üzerinde devretmek suretiyle tasarrufta bulunabilmek için hem yazılı sözleşmenin yapılması hem de devrin tescili gerekmektedir. O halde, garanti ve ortak markası üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunan kimsenin, hakkın devri konusundan yazılı sözleşme yapması suçun tamamlanması için yeterli değildir. Bu durumda başkasına ait marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunabilmesi için, failin hak sahibi olduğunu gösteren sahte belge yahut yetki belgesi ile tescil işlemini

---

<sup>286</sup> Ki burada kastın belirlenmesi, somut olayın koşulları çerçevesinde oldukça güç olacaktır. Bu hususta bir belirlemenin yapılamadığı durumda, suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir.

<sup>287</sup> **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, s.284; **Poroy/Yasaman**, s.440; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.428.

<sup>288</sup> **Kaya**, s.209.

yaptırması gerekmektedir. Nitekim garanti ve ortak markaların devrinde yazılı sözleşme tek başına tasarruf işlemini yerine getirmemektedir.

#### **dd. Kiralamak**

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu çerçevesinde düzenlenen bir diğer seçimlik hareket “*kiralamak*” olarak belirtilmiştir. En basit şekliyle kiralamak, kira sözleşmesi çerçevesinde sözleşmenin diğer tarafına bir mal üzerinde kullanım hakkının tanınması şeklinde ifade edilebilir.

Kiralamak eyleminin temelinde yatan bir hukuki işlem olan kira sözleşmesi bu çerçevede ele alınmalıdır. Bilindiği üzere, kira sözleşmesi kiralayanın bir malını ücret karşılığında kiracıya kira süresince kullandırma ve yararlandırma amacıyla bırakma borcu altına bir sözleşme türüdür<sup>289</sup>. Kira sözleşmesi gereğince kiralanan malın mülkiyeti kiralayanda kalmaya devam etmekte, buna karşılık kiralanan malın kullanma hakkı kiralayana devredilmektedir.

Konumuz bakımından özellik gösteren nokta, gayri maddi malların kira sözleşmesine konu olup olamayacağının tespitidir. Kira sözleşmesinin konusunu taşınır ve taşınmaz mallar oluşturmaktadır<sup>290</sup>. O halde, kira sözleşmenin konusunu oluşturacak malın maddi bir mal olmasını aramak gerekir. Oysa gayri maddi bir mal varlığı unsuru teşkil eden markanın, bu şekliyle kira sözleşmesine konu olması beklenemeyeceğinden, marka hakkı üzerinde kiralamak suretiyle tasarrufta bulunulması da beklenemez.

Fikri mülkiyet hukuku alanında, gayri maddi bir varlık üzerinde tekel hakkına sahip olan kimsenin, bu hakkını bir başkasına kullandırması ancak lisans sözleşmeleriyle mümkün olabilir. Nitekim fikri mülkiyet hukuku anlamında lisans, hak sahibinin mutlak bir hakkına konu olan bir gayri maddi hakkı, diğer kimselere

---

<sup>289</sup> Zevkliler, s.163; Gümüş, M. Alper, s.312.

<sup>290</sup> M. Alper, s.313.



kullandırmasını ifade etmektedir<sup>291</sup>. Buna göre, markanın kullanım hakkının bir sözleşme çerçevesinde bir başka kimselere verilmesi de, lisans sözleşmelerinin alt kategorisini oluşturan marka lisans sözleşmeleri ile mümkün olabilir. O halde, KHK'nın “*kiralamak suretiyle tasarrufta bulunma*” değiminden “*lisans vermek suretiyle*” tasarrufta bulunmayı anlamak gerekecektir. Zaten, 5833 sayılı yasa değişikliğinden önceki düzenlemede “*kiralamak*” seçimlik hareketinden bahsedilmeyerek, “*lisansın devri*”nden söz edilmekteydi<sup>292</sup>.

Lisans sözleşmesi, marka sahibinin markayı kullanma hakkının lisans alana verdiği bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile marka sahibi markasının başkası tarafından kullanılmasını yasaklama konusundaki hakkını lisans alana karşı kullanmamayı, bunun karşılığında da lisans alan, lisans verene belli bir bedel ödemeyi üstlenir<sup>293</sup>.

Lisans sözleşmesi ile marka hakkının kullanımı inhisari lisans veya basit lisans olmak üzere iki şekilde verilebilir<sup>294</sup>. İnhisari lisans verilmesi durumunda bunun sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekmektedir. KHK m.21/2'de, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, lisansın basit lisans olarak kabul edileceği belirtilmektedir. Basit lisans ile inhisari lisans şu noktada önem arz etmektedir: Basit lisansta, lisans alan markanın kullanılması bakımından tekel hakkına sahip olmadığı için, lisans alanın yanında, lisans veren markasını kullanmaya devam edebileceği gibi veya başka kimselere de lisans verebilir. İnhisari lisansta ise lisans alanın, markanın kullanılması konusunda tekel hakkı bulunmaktadır. Bu tekel hakkına göre, lisans veren söz konusu markaya ilişkin başkasına lisans veremeyeceği gibi, sözleşmede açıkça saklı tutmamışsa kendisi dahi lisan verdiği markayı kullanamaz.

---

<sup>291</sup> **Yasaman**, C:II, s.735; **Özdemir**, Saibe Oktay, Sınai Haklara İlişkin Rekabet Hukuku Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002; s.9; **Tekil**, s.286; **Ünal**, Hukuki İşlemler, s.143.

<sup>292</sup> Aynı şekilde, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçuna ilişkin olarak, Tasarıda da “kiralamak” yerine, “lisans vermek” ifadesi kullanılmıştır.

<sup>293</sup> Lisans sözleşmesinde tarafların borcu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özdemir**, s.141 vd; **Ünal**, Hukuki İşlemler, s. 175 vd.

<sup>294</sup> **Yasaman**, C:II, s. 740; **Arkan**, C:II, s.194; **Poroy/Yasaman**, s.441; **Karahan**, Ticari İşletme, s.182; **Özdemir**, s. 12 vd; **Ünal**, Hukuki İşlemler, s.164.

Lisans, marka hakkına malik olmanın sağladığı tüm hakları sağlamaz. Nitekim lisans, markanın malikinde değişiklik meydana getirmeyen, yalnızca markanın kullanımını konu edinen bir sözleşmedir. Lisans alan, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça marka sahibi tarafından verilen hakları genişletemez, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremez<sup>295</sup>.

Markanın lisans verilmesine ilişkin belirtmiş olduğumuz kurallar, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunda tipikliğin çerçevesini çizebilmek bakımından kıstas olacaktır. Buna göre, hak sahibi olmadığı halde, başkasına ait marka üzerinde lisans vermek için yazılı sözleşme yapmak suretiyle tasarrufta bulunan kimse tipik hareketi gerçekleştirmiş olacaktır. Örneğin yönetim kurulu üyelerinden birinin, tek başına yetkisi olmamasına rağmen, şirkete ait marka hakkı üzerinde bir kimseye lisans vermek suretiyle tasarruf işlemi yapması, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçuna vücut verecektir. Yetkisiz olarak yapılan lisans sözleşmesinin kapsamı ve bu çerçevede lisansın basit-inhisari olması suçun oluşumu bakımından önem taşımamaktadır.

Burada sorulması gereken soru, hak sahibi olmayan kimse kavramına, suça konu markayla alakası olmayan kimselerin dışında, aynı zamanda söz konusu marka üzerinde lisans hakkına sahip olan kimselerin de dahil olup olmadığıdır. Diğer bir deyişle, aksi sözleşmede kararlaştırılmamış olmasına rağmen, inhisari lisans hakkına sahip olduğu marka üzerinde bir başkasıyla lisan sözleşmesi yapan kimse, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunu işlemiş olacak mıdır?

Lisans hakkına sahip olup da, aynı marka için bir başkası ile lisans sözleşmesi yapan kimsenin fiilini ikiye ayırarak incelemek gerekir: Öncelikle kişinin üzerinde bulunduğu hak başkasına ait marka hakkı mı, yoksa başkasına ait marka hakkı üzerinde sahip olduğu lisans hakkı mı, bunu tespit etmek gerekecektir. *İlk durumda;* lisans sahibi, sözleşmede aksine hüküm olmadığı halde, sahip olduğu lisans hakkını bir başkasına devrediyorsa, kendi lisans hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunduğu için başkasının marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçunu işlemiş

---

<sup>295</sup> Kaya, s.226.

olmayacaktır. Örneğin, ülke çapında X markası üzerinde lisans hakkına sahip olan kimse, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı halde, ticaret yaşamından çekileceğinden bahisle bu lisans hakkını bir başkasına devrederse suç oluşmayacaktır. Şüphesiz ki, lisanstan doğan hakların sözleşmede aksi belirtilmediği sürece başkasına devri, KHK m.21/4 gereğince mümkün değildir. Fakat bu kuralın ihlali başkasına ait marka üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunmayı karşılamamaktadır. Nitekim lisans verenin burada tasarrufta bulunduğu hak, başkasına ait marka hakkından kaynaklanan bir hak değildir; bilakis başkasına ait bir marka üzerinde sahip olduğu lisans hakkından doğan haktır. Diğer bir deyişle buradaki ihlal başkasına ait bir marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunmaya ilişkin olmayıp, bir kimsenin kendine ait lisans hakkı üzerinde tasarrufta bulunmaya ilişkindir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmamasına rağmen, lisans alan, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişiye devrederse, sözleşmeye aykırılık teşkil eden bu durum yalnızca hukuki sorumluluğu gerektirir. *İkinci durumda*; Ege Bölgesi çapında lisans hakkına sahip olan kimse, bir başkasına Akdeniz bölgesi için de lisans hakkı tanırorsa marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunu işlemiş sayılacaktır. Nitekim Ege Bölgesi çapında lisans hakkına sahip olan kimse, söz konusu lisanstan doğan haklarını üçüncü kişiye devretmemekte; bir başka bölge için lisans vermek gibi marka hakkı sahibinin yetkisi alanında olan bir tasarruf işlemini, kendisi marka hakkı sahibiymiş gibi yapmaktadır.

Netice itibariyle başkasının marka hakkı üzerinde sahip olunan lisans hakkının, marka sahibiyle yapılan lisans sözleşmesine aykırı olarak üçüncü bir şahsa devredilmesi halinde, başkasına ait marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçu oluşmayacaktır. 5833 sayılı kanun değişikliğinden önceki düzenlemede, KHK m.61/d'ye göre, sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla devredilmiş hakları izinsizce genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek KHK m.61/A'nın birinci fıkrasının (c) bendinin yaptığı yollama nedeniyle suç teşkil etmekteydi. Fakat bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişti<sup>296</sup>. Buna karşılık, yetkisi olmadığı halde lisans haklarını başkasına devreden kimsenin fiili 61/A'nın (b) bendi kapsamında cezalandırılabilmekteydi. Nitekim bir kimsenin marka hakkıyla ilgili lisansı hukuka aykırı olarak bir başka kimseye devretmesi de,

<sup>296</sup> AYM, 02.03.2004, E:2002/92, K:2004/25. (anayasa.gov.tr).

5194 sayılı Kanunla değişik m.61/A'nın c bendi kapsamında suç teşkil etmekteydi. 5833 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle gelinen noktada ise, sözleşmeyle yetki tanınmadığı halde, lisans sözleşmesinden doğan hakların genişletilmesinin veya devredilmesinin suç olarak tanımlanmasından vaz geçilmiştir. Şu halde, sözleşme ile tanınan lisans hakkının izinsiz genişletilmesi ve devredilmesi teşkil eden fiiller, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçuna girdiği ölçüde KHK m.61/A çerçevesinde cezalandırılacaktır.

Markası üzerinde bir kimseye inhisari lisans hakkı veren hak sahibi, aynı markaya ilişkin olarak bir başkasına da lisans hakkı verirse, bu fiili marka hakkı üzerinde lisans vermek suretiyle yetkisiz tasarruf suçunu oluşturmayacaktır. Nitekim bu suç, yukarıda da bahsettiğimiz gibi, başkasına ait bir marka hakkı üzerinde işlenebilir. Her ne kadar bir başkasına inhisari lisans hakkı tanıyan marka sahibi, marka üzerindeki kullanma ve kullanmayı devretme hakkını yitirse de, yetkisiz tasarrufta bulunduğu markanın maliki olmaya devam etmektedir. Doktrinde, yasanın açıkça tarafların marka hukukuna dair yaptıkları bir sözleşmenin içeriğindeki yetkilerin aşılmasını ve sözleşme sınırları dışında tasarrufta bulunulmasını suç olarak düzenlediği, dolayısıyla tekerci (inhisari) lisansta, lisans verenin markayı bir başkasına daha lisans vermesi durumunda 5833 sayılı yasayla değişik 61/A'nın üçüncü fıkrası gereğince cezai bakımdan sorumlu olacağı belirtilmektedir<sup>297</sup>. Bu sonuç, mülga 5194 sayılı Kanunla değişik KHK m.61/A'nın (b) bendindeki düzenleme bakımından doğru olsa da<sup>298</sup>, 5833 sayılı Kanunla değişikliğe uğratılan mevcut düzenleme bakımından eleştirilmesi gerekir. Nitekim daha önce de vurguladığımız üzere, önceki düzenlemede hakkın başkasına ait olması önem taşımadığı için, tasarruf yetkisinin bulunmadığını bilen yahut bilmesi gereken kimsenin lisans hakkını başkasına devretmesi, 5194 sayılı Kanunla değişik KHK m.61/A'nın (b) bendindeki suçun oluşması bakımından yeterliydi. Buna karşılık yeni düzenlemede, yetkisiz tasarrufun başkasına ait marka hakkı üzerinde gerçekleştirilmiş olması aranmaktadır. Başkasına ait marka, tipik hareketin

---

<sup>297</sup> Güneş, s.192.

<sup>298</sup> 5194 sayılı kanunla değişik KHK m.61/A'nın yürürlükte olduğu dönemde, haklı olarak, aynı görüşü paylaşan yazarlar için bkz. Topçu, s.100-101; Aydın, s.84.

gerçekleşmesi bakımından varlığı zorunlu bir unsurdur. Buna göre, sözleşmeyle bir kimseye inhisari lisans hakkı tanıyan kimsenin, bir başka kişiye de lisans hakkı tanınması halinde kendi markası üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunmuş olacaktır. Sözleşmeye aykırılık teşkil eden bu durum, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçu bakımından tipik değildir.

Marka hakkının devrinde olduğunun tersine, ülkenin tümü için lisans verilebileceği gibi, belirli bölgelerle sınırlı kalmak kaydıyla da lisans verilebilir. Örneğin marka sahibi bütün ülkeyi kapsayacak şekilde lisans ya da yalnızca Ege Bölgesiyle sınırlı olmak üzere lisans verebilir. O halde, başkasına ait marka hakkı üzerinde, belirli bir bölge için lisans vermek suretiyle tasarrufta bulunan kimsenin fiili de suç oluşturacaktır.

Ortak markalar üzerindeki lisans verilmesinde tescil kurucu özellik göstermektedir. Buna göre, ortak marka üzerinde lisans hakkı tanımak suretiyle yetkisiz tasarrufta bulunan kimsenin, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunu işleyebilmesi için yazılı lisans sözleşmesi yapması yeterli değildir. Ayrıca sözleşmeye konu olan lisansın bir şekilde tescil edilmiş olması da gerekmektedir.

#### **ee. Rehnetmek**

KHK m.18/1'de "*Tescilli bir marka, işletmeden bağımsız olarak, teminat olarak gösterilebilir.*" düzenlemesine yer yer verilmiştir. Buna göre, bir mal varlığı değeri olan marka, tek başına teminat olarak gösterilebilir, bir diğer ifadeyle rehnedilebilir.

Markanın rehni, mutlak bir hak üzerinde tesis edilen ve rehin alan lehine teminat sağlama amacı güden hukuki işlemdir. Geçerli bir rehnin varlığı için, hukuken korunan bir marka hakkının varlığı şarttır. Marka üzerinde rehin hakkı kurulabilmesi için, KHK m.15/2 gereğince yazılı sözleşme yapılmalıdır. Yazılı sözleşme tasarruf işleminin gerçekleşmesi bakımından yeterlidir. Rehnin tescili ise,

suçun oluşumu bakımından özellik arz etmez. Nitekim rehlin tescili üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırmaya yönelik bildirici fonksiyon taşır.

Marka üzerinde hak sahibi olmadığı halde, bir başkasıyla rehin sözleşmesi yapan kimsenin fiili marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunu oluşturacaktır. Yine kendisine verilmiş olan yetkinin sınırlarını aşarak, temsilcisi olduğu kimseye ait marka hakkı üzerinde başkası yararına yazılı rehin sözleşmesi yapan kimsenin fiili de marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunu oluşturur. Örneğin, marka hakkına ilişkin hukuki işlem yapması konusunda yetkisi kısıtlanan bir ticari mümessilin, ticari işletmeye ait bir markayı banka lehine teminat göstermek üzere sözleşme yaptığı takdirde, suç tipini gerçekleştirmiş olacaktır. Yine, diğer mirasçılardan muvafakati olmaksızın, mirasçılardan birinin alacağı krediye karşılık olarak muristen kalan marka hakkının tamamını teminat göstermesi de bu suç oluşturacaktır.

### **III- TİPİKLİĞİN SUBJEKTİF NİTELİKTEKİ (MANEVİ) UNSURLARI**

#### **A- Genel Açıklamalar**

Bir suçun tipikliğinin gerçekleşebilmesi için, objektif unsurların yanında subjektif unsurların da gerçekleşmiş olması gerekmektedir<sup>299</sup>. Subjektif unsurun yokluğu halinde, davranış tipiklik anlamında fiil niteliği taşımaz ve suçun varlığından söz edilmez<sup>300</sup>.

Tipikliğin subjektif nitelikteki maddi unsurlarından anlaşılması gereken, fiil ile fiili işleyen arasındaki manevi bağıdır. Bu manevi bağ, tipikliğin haksızlık unsurları olan kast ve taksir şeklinde karşımıza çıkar<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> Koca/Üzülmez, s.178.; Zafer, s.167.

<sup>300</sup> Özgenç, Genel Hükümler, 213.

<sup>301</sup> Bu hususta bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.234 vd.; Koca/Üzmez, s.179 vd.; Zafer, s.174 vd.

TCK m.21’de “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu maddeye göre, kast haksızlığın temel işleniş şeklidir ve bir fiilin suç teşkil edebilmesi için, failin kasten hareket etmiş olması şarttır. Bunun istisnasını ise, TCK m.22’de yer verilen “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır.*” düzenlemesiyle, taksirle işlenen fiiller oluşturmaktadır. Şu halde, ceza hukuku sistemimizde bir suç tipi bakımından, kast ve taksir olmak üzere haksızlığın iki türlü işleniş şeklinin mevcut olduğunu belirtmek gerekir.

## **B- Kast**

Kast, TCK ‘nın 21. maddesinin ikinci cümlesinde “*suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu öğretide de kabul edilen tanımdır<sup>302</sup>.

Tanımından da anlaşılacağı üzere, kast, bilmek ve istemek olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır<sup>303</sup>. O halde, failin suç teşkil eden bir fiil bakımından kasten hareket ettiğinin kabulü için, kanuni tanımda yer alan tüm unsurları bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekmektedir. Aksi halde, failin hareketinin kasıtlı olduğundan söz edilemeyecektir. Örneğin marka hakkına tecavüz suçunda, iltibas tehlikesine maruz kalan markanın başkasına ait tescilli bir markanın varlığından haberdar olmayan, yine tescilli marka koruması işaretini kaldırma suçunda, kaldırdığı işaretin tescilli marka koruma işareti olduğunu bilmeyen failin kasten hareket ettiğinden söz edilmez.

TCK, suçun varlığını kastın varlığına bağladığına göre, yasalarda tanımlı her suç bakımından haksızlığın temel işleniş biçimi olan kastın bulunması gerekir. Marka suçları bakımından da, kanuni tanımda yer alan hareketleri gerçekleştiren failin kasten

---

<sup>302</sup> Dönmezer/Erman, C:II, s. 216; Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, s.235; Koca/Üzülmez, s.186; Demirbaş, s.341; Zafer, s.177; Centel/Zafer/Çakmut, s.383; Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, s.247.

<sup>303</sup> Doktrinde bazı yazarlara, tipikliğin maddi unsurlarının bilinmesinin kastın varlığı bakımından yeterli olduğu, istemenin ise kastın bir unsuru olmadığı; nitekim kişi işlediği fiilin sonuçlarını öngörmüş ise, bunların gerçekleşmesini istemese bile kasten hareket etmiş sayılacağını belirtmektedir. Buna göre, örneğin cebir altındaki bir kimsenin işlediği fiilin sonuçlarını istemese dahi, bu kimsenin kasten hareket etmiş olduğunun kabulü gerekmektedir. (Bkz. Özgenc, Genel Hükümler, s.223-224).

hareket etmesi, marka suçlarında tipikliğin sübjektif unsurunun gerçekleşmiş olması için şarttır. Tipikliğin oluşabilmesi için failin, bilme ve isteme unsurları yanın da ayrıca özel bir maksat veya saikle hareket etmesi aranmaz.

Marka hakkına tecavüz suçu bakımından, mal veya hizmeti satan, satışa arz eden veya üreten failin, söz konusu mal veya hizmet için kullanılan işaretin tescilli marka ile iktibas yahut iltibas yarattığını bilmesi gerekir. Bilmek kastın olmazsa olmaz unsurudur. Ürünlerin taklit yahut karıştırma ihtimaline neden olduğunu bilmeksizin, bunları üreten, satan, satışa arz eden kimse kasten hareket etmiş sayılmaz. Burada ortaya çıkan sorun, failin suça konu ürünlerin taklit olduğunu bilmediği yönündeki savunmasının, her durumda onun kasten hareket etmediği sonucuna varmamız için yeterli olup olmayacağıdır.

Belirtmek gerekir ki, kast kişinin manevi dünyasına ait bir olgudur. Bu nedenle kastın varlığını tayin edebilmek için failin dışa yansıyan hareketleri ve suç bakımından önem arz eden başkaca koşulları dikkate almak gerekir. Dolayısıyla failin “bilmiyordum” demek suretiyle kasten hareket etmediği sonucuna peşinen varmak doğru olmayacaktır. Örneğin, yıllardır esnaflık yapan bir satıcının, orijinal markalı t-shirtleri yetkili toptancıdan almayıp, oldukça düşük fiyata faturasız şekilde başka bir kişiden taklit markalı ürünleri alarak, bu ürünlerin dükkânında satması durumunda bunların taklit markalı ürün olduğunu bilmediğini söylemesi, bu kimsenin kasten hareket etmediğini göstermez. Bu gibi durumlarda, fail tarafından bilme unsurunun gerçekleştiğinin tespiti için dış faktörler dikkate alınmalıdır. Failin uzun süredir aynı işle uğraşması, piyasayı tanınması, ürünlerin oldukça kalitesiz olması, gerekli belge ve faturaların bulunmaması, oldukça düşük fiyata sunulması, satılma şeklinin (kutusuz, ambalajsız vs.) orijinal üründen beklenen gibi olmaması, ürünü piyasaya sürenlerin konumu, kullanılan işaretin aynı veya benzer mal veya hizmetler için tescilli bir marka ile benzerliği gibi etkenler göz önünde bulundurulduğunda, suça konu ürünleri satan veya satışa arz eden failerin kastının bulunup bulunmadığı somut olaya göre tayin edilebilecektir. Bu gibi durumlarda, failin, suça konu ürünlerin tipe uygun olduğunu bildiğini kabulden hareketle kastının varlığı sonucuna ulaşmak mümkündür. O halde, failin kasten hareket edip



etmediğinin ortaya konulabilmesi için bazı kıstaslardan yararlanılabilir. Örnek verecek olursak:

- a) Satıcının mesleği, bilgi ve tecrübesi,
- b) Ürünlerin fiyatı,
- c) Ürünlerin kalitesi (malzeme kalitesi, işçiliği vs.),
- d) Ürünlerin fatura, garanti vs. gerekli belgelerinin bulunup bulunmadığı,
- e) Ürünlerin tedarik edildiği yer, kişi veya kurum (yetkili kimse olmadığının açıkça belli olması, taklit markalı ürünleri satıldığını akla getirebilecek bir yer olması, irtibat bilgilerinin bulunmaması, yalnızca telefonla ulaşılabilen hal ve davranışları şüpheli bir kimseden ürün alınması vs.),
- f) Ürünün sunuluş şekli (ürünlerin açıkta, kutusuz veya ambalajsız olması, bir çoğunun hasarlı olması, üzerlerinde ilgili etiketlerin bulunmaması vs.)

gibi hususlar göz önünde bulundurularak, failin üretimini, satışa arzını veya satışını yaptığı mal veya hizmetlerin taklit veya iltibaslı olduğunu bilip bilmediği, diğer bir ifadeyle kasten hareket edip etmediği tespit edilebilir<sup>304</sup>.

Kastın varlığını, failin taklit olgusunu “*bilebilecek durumda*” olmasına bağlayan yazarlar da bulunmaktadır<sup>305</sup>. Bu yazarlara göre, ürünlerin taklit markalı

---

<sup>304</sup> “...sanığın yaptığı iş gereği bu tip markalı ürünlerin taklit olup olmadığını bilebilecek durumda bulunduğu da gözetilerek...” (7. CD.,22.12.2005, E.2003/10409, K.2005/21870, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)). “Sanığın tezgahlar olarak çalıştığı dükkana çanta getiren şahıstan suç konusu çantaları mal sahibinin haberi olmadan çeşit olsun diye alıp vitrine koyduğunu hatta birkaç tanede sattığını öne sürdüğüne göre bu işle iştigal eden sanığın dava konusu malların orijinal L... J... M... markasının taklidi olduğunu bilebilecek durumda olduğu.” (7. CD., 20.10.2000, E. 2000/10157, K.2000/13353, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)). Yargıtay kararlarına bakıldığında, “*mesleği gereği bilebilecek durumda olması*”nın, kastın tayini bakımından temel bir kıstas olarak benimsendiği görülmektedir. Fakat bu her zaman tek başına yeterli değildir. Failin mesleği dışında, ürünlerin niteliği, faturasının olup olmaması, ambalaj biçimleri vs. gibi hususlarda değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Bu kararın gerekçeli olarak verilmesi bakımından da önem arz etmektedir. Aksi halde bu durum, tek başına failin mesleğinden hareket eden matbu bir gerekçeyle dönüşerek, kastın tayini konusunda hatalı sonuçlara meydan verebilir.

<sup>305</sup> Güneş, s.184. 5833 sayılı Kanun değişikliğinden önce, KHK m.61/A'nın (c) bendinin KHK m.61'e yaptığı atıfla, marka hakkına tecavüz sayılan fiiller arasında *düzenlenen “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*

olduğunu bilen veya bilebilecek durumda olan fail kasten hareket etmiş olacaktır. Suç genel teorisi çerçevesinde “bilebilecek durumda olmak” ifadesinden anlaşılması gereken, taklit olgusunun objektif olarak bilmesinin failden beklenebilir olmasına karşılık, failin taklit olgusunu bilmemesidir. Bilmek kastın bir unsuru olduğuna göre, KHK m.61/A’nın birinci fıkrası bakımından bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. 5833 sayılı kanun değişikliğinden önceki döneme ilişkin olarak, bilebilecek durumda olmak ile kanun koyucunun *kast karinesini* kabul ettiği, bu karineye göre failin bilip bilmemesinin önem taşımadığı, iş ve meslek durumu itibariyle failin bilmesi gerektiği anlaşıldığı takdirde kusurlu (kasten) hareket etmiş sayılacağı ifade edilmiştir<sup>306</sup>.

Belirtmek gerekir ki bu düşünce ne 765 sayılı TCK ne de 5237 sayılı TCK ile bağdaşır nitelikte değildir. Şöyle ki, her iki TCK bakımından da “bilmek” kastın temel unsurudur. Taksirli sorumluluğa yer verilmediği müddetçe, kasten hareket etmeyen bir kimse, her iki ceza kanunu bakımından da suç işlemiş sayılmaz. Dışa yansıyan hareketlerin “bilme” unsurunun gerçekleştiğinin kabulünü zaruri kılmasından hareketle, failin kastının varlığını kabul etmek başka bir şey; bilmesi gerektiği durumu bilmediği için bilme unsurunu aramaksızın failin kasten hareket ettiğini kabul etmek başka bir şeydir. İlk durumda görme yetisi olduğu halde fail işine geldiği için adeta bir “kör” gibi davranmaktadır. İkinci durumda ise, failden bilmesi beklenen bir husus, beceriksizlik, dikkatsizlik, piyasayı bilmeme gibi sebeplerden ötürü gerçekten bilinmemektedir. Dolayısıyla ikinci durumda, tipte yer alan maddi unsurları bilmeden hareket eden faili, kast karinesi çerçevesinde cezalandırmak ceza hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmayacaktır. Failin özensiz davranıp, bilmesi gerektiği halde, suça konu ürünlerin iktibas veya iltibaslı olduğunu gerçekten bilmeden bunları üretmesi, satışa arz etmesi veya satması durumunda kasten hareket etmiş olmayacaktır. Bu hususa, haksızlığın bir diğer işleniş şekli olan “taksir” başlığı altında değineceğiz.

---

*onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmamak(m.61/(c)).” fiilleri de cezai yaptırma tabi tutulmuştu. Bu tecavüz halinde, taklit markaların **bilinmesi** veya **bilinmesinin gerekmesinden** söz edilmekteydi. Fakat değişiklikten son bu tecavüz şekline yapılan atf kaldırılarak, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzden söz edildiği ve bilme gerekliliğine kanunda açıkça yer verilmediği için yazarın görüşüne katılmıyoruz.*

<sup>306</sup> Aydın, s.37; Topçu, s.101.

Marka suçlarında, suçun tipiklik unsurunu oluşturan konu ve hareketler, anlamını ticaret hukuku ve bu hukukun temel prensiplerinde bulmaktadır. Fakat marka suçlarında tipikliğin çerçevesini çizerken, ceza hukukunun temel prensiplerini ticaret hukuku uygulamalarına uydurmaya çalışmaktansa, ticaret hukuku uygulamalarını ceza hukukunun prensiplerine uydurmak “ceza hukukunda güvence fonksiyonunun” sağlanabilmesi bakımından yerinde olacaktır. Az önce ifade edilen “*kast karinesi*” ceza hukukunda karşılığı olmayan bir karinedir. Bir kimsenin maddi unsurunu bilmediği bir fiilden ötürü kasten sorumlu tutulması, kast kurumunun doğasına aykırıdır. Pek tabi ki, özel hukuk çerçevesinde tecavüze konu ürünlerin niteliğini bilmeyen fakat bilmesi gereken bir kimsenin (tacirin) sorumlu tutulması mümkündür. Çünkü bir fiilin marka hakkına tecavüz teşkil edebilmesi için, failin tecavüze konu unsurların bilincinde olması gerekmez. Fail sattığı ürünlerin taklit olduğunu bilmesede, fiil marka hakkına tecavüz teşkil edecek ve tescilli marka sahibi ise hukuki koruma talep edebilecektir. Buna karşılık, söz konusu fiillerin cezai yaptırıma bağlanması halinde ise, suç genel teorisine hakim olan kuralların tümü (TCK m.5) doğrudan devreye girecektir. Marka hakkına tecavüz suçunda tipikliğin gerçekleştiğinden bahsedebilmemiz için, failin tecavüze konu unsurları bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekir. Bu haksızlığın temel işleniş şekli olan kastın şartıdır. Bir tacirin alım ve satımını yaptığı malların niteliğini bilmesi gerektiğinden bahisle peşinen o tacirin kasten hareket ettiğini söyleyemeyiz. Fakat yukarıda da sözünü ettiğimiz gibi, dışa yansıyan bir takım olgulardan hareketle, failin kastını tayin edebiliriz.

Tescilli marka koruması işaretini kaldırma suçu bakımından, failin eşya veya ambalaj üzerine konulmuş işaretin, tescil koruma işareti olduğunu ve bu işareti kaldırma konusunda yetkisinin bulunmadığını bilmesi, suçun kasten işlenmiş sayılması bakımından yeterlidir. Bu suç bakımından, eşya veya ambalaj üzerindeki işaretin mahiyetini bilmeden hareket eden failin kastı olmadığı için, cezai sorumluluğu da doğmayacaktır.

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu bakımından ise, failin tipte yer alan tasarruf işlemlerine konu ettiği marka hakkının başkasına ait olduğunu ve söz konusu işlemleri yapmaya yetkili olmadığını bilmesi gerekmektedir. Nitekim başkasına ait marka hakkı konusunda devir yetkisine sahip olduğunu zanneden fail tarafından bilme ve isteme unsurlarının yerine getirilmiş olduğu söylenemez.

Kastın iki türü bulunur. Birincisi doğrudan kast, ikincisi ise olası (dolaylı) kasttır. Fail neticeyi öngörüyor ve öngördüğü neticenin gerçekleşmesini istiyorsa, doğrudan kast vardır. Buna karşılık fail gerçekleşme ihtimali bulunan neticeyi öngörüyor ve bu neticeye karşı duyarsız kalarak, neticenin gerçekleşmesini göze alıyorsa olası kastın varlığından söz edilir. Doğrudan kastı olası kasttan ayıran önemli nokta, olası kastta failin netice bakımından “*olursa olsun*” kastıyla hareket etmesidir. Kasten işlenebilen marka suçlarının olası kastla da işlenebilmesi mümkündür. Örneğin toptancıdan ucuza aldığı malların taklit olabileceği konusunda içinde şüphe oluşan fakat buna aldırış etmeyen, diğer bir ifadeyle “*olursa olsun*” şeklinde hareket eden fail, olası kastla marka hakkına tecavüz suçunu işlemiş sayılacaktır<sup>307</sup>.

### C- Taksir

Suçun tipe uygunluk unsuru içerisinde ele alınan bir diğer sübjektif nitelikteki unsur taksirdir. Taksir, sözlük anlamıyla bir işi eksik yapma, bir şeyi yapabilirken çekinip yapmama, kusur etme şeklinde ifade edilmektedir<sup>308</sup>.

Taksirli suç objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle işlenen suçlar olarak açıklanmaktadır<sup>309</sup>. Daha geniş ifadeyle, kişinin istememekle beraber

---

<sup>307</sup> Bu noktada yine kastın ortaya konulmasına yönelik somut olaya özgü bir takım özelliklerin dikkate alınması gerekecektir. Eğer somut olayın gerçekleşme biçimi failin doğrudan bir kastla hareket ettiğini ortaya koyma konusunda yetersiz kalıyorsa, bu durumda bir alt aşamada, malları taklit olduğu hususunda failin en azından şüphelenmesini gerektirecek bir takım unsurların bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir.

<sup>308</sup> İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, s.22.

<sup>309</sup> Koca/Üzülmez, s.211; Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, s.452; Özgenç, Genel Hükümler, s.237; Centel/Zafer/Çakmut, s.400; Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, s.258; Özgenç/Şahin, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.170.

kendisinden beklenen ve göstermek zorunda olduğu özeni göstermemek suretiyle suç tipinde belirtilen neticenin gerçekleşmesi haline meydana gelen suçlara taksirli suçlar denir.

Kasten işlenen suçlardan sonraki sırayı taksirle işlenen suçlar oluşturmaktadır. Fakat, TCK'nın 21. maddesiyle ceza hukukunda kural olarak haksızlığın işleniş biçimi kast olduğu için, taksirli suçlar bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Nitekim TCK'nın 22. maddesinin birinci fıkrasında "*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*" düzenlemesine yer verilmek suretiyle, bu husus açıkça belirtilmiştir. O halde haksızlığın istisnai bir gerçekleştiriliş şekli olan taksirli sorumluluğun cezai yaptırıma tabi tutulabilmesi, suça ilişkin kanuni tanımda açık düzenleme getirilmiş olmasına bağlıdır<sup>310</sup>.

5833 sayılı Kanun değişikliğinden önce, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun düzenlendiği KHK m.61/A'nın (b) bendinde "*hak ve alacaklısı olmadığını veya tasarruf yetkisi bulunmadığını bilmesi gerektiği halde*" ve KHK m.61/A'nın göndermede bulunduğu KHK m.61'in (c) bendinde "*markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde*" ifadelerine yer verilerek, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu ile marka hakkına tecavüz suçu bakımından taksirli sorumluluk cezai yaptırım altına alınmıştı<sup>311</sup>. Burada *bilmesi gerektiği* kavramından anlaşılması gereken, objektif olarak öngörülebilir olmasına karşısın, özen yükümlülüğüne aykırı davranan yahut mesleğinde acemilik gösterip, tedbirsiz ve dikkatsiz hareket eden failin sattığı malların suça konu nitelikte olduğunu öngörememesi, dolayısıyla bilmemesi halidir. Buna karşılık 5833 sayılı kanun değişikliğinin ardından, KHK m.61/A'da düzenlenen bütün marka suçlarında taksirli sorumluluk haline yer verilmediği için, tipte yer alan seçimlik hareketleri gerçekleştiren failin, ürünlerin

<sup>310</sup> İçel, Taksir, s.138; İçel/Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/Ünver, s.244; Özgenç, Genel Hükümler, s.235; Centel/Zafer/ Çakmut, s.400.

<sup>311</sup> "Bilmesi gerektiği" değimiyle taksirli sorumluluğun öngörölmeyip, kast karanesi çerçevesinde bilme unsurunun aranmadığı bir kastın varlığından söz edildiği konusunda, KAST başlığı altında marka hakkına tecavüz suçu konusuna belirtmiş olduğumuz karşı görüşler ile söz konusu görüşlere karşı eleştirilerimiz burada da geçerlidir.

taklit veya karıştırma ihtimaline meydan verecek nitelikte olduğunu bilmemesi durumunda cezai sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Her ne kadar bilmesi gerektiği kavramına yeni düzenlemede yer verilmemiş olsa da, uygulamada “*bilmek*” ile eş tutulan “*bilmesi gerekmek*” ifadesi kastın varlığının tespitinde kullanıldığı için, bugün de “*bilmesi gerektiğinin kabulü*” suretiyle marka hakkına tecavüz suçundan hüküm kurulması muhtemeldir. Yargıtay uygulamalarında, ticaretle uğraşanların alımını, satımını yaptığı malların gerçek niteliklerini bilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Nitekim bir kararda belirtildiği üzere “*Yapılan iş ve meslek gereği, taklit eşyayı taklit olmayandan ayırabilecek konumda olmak, taklit eşyayı piyasa fiyatından ucuza almak veya faturasız almak gibi durumlar “bilmek veya bilmesi gerekmek” şeklinde algılanmaktadır.*<sup>312</sup> Bu ve benzer kararlardan, failin elindeki malın niteliklerini gerçekte bilmesi dahi, kendisinden bilmesi beklendiği için marka hakkına tecavüz suçundan sorumlu tutulabileceği akla gelmemelidir. Karar sonuç itibarıyla doğrudur. Fakat, kararda suçun sübjektif unsurunun belirlenmesi bakımından “*bilmesi gerekmek*” kavramının kullanılması doğru değildir. Nitekim, yukarıda da açıkladığımız gibi, bilmesi gerekmek, tipikliğin maddi unsurlarının bilinmesinin failden beklenebilir olmasına karşılık, failin dikkatsizlik, özensizlik, kurallara riayetsizlik vs. sonucunda tipte yer alan objektif nitelikte unsurları bilmemesi durumudur. Oysa olayda, suça konu malların niteliklerini bilmediğini iddia eden failin, faturasız malları oldukça ucuza alması, malların niteliklerini *bilmesi gerektiği* şeklinde değil, *bildiğinin kabulü* gerektiği şeklinde ifade edilir. Çünkü karara konu olayda, ürünleri taklit olduğunu gerçekte bilmemesine rağmen, BİLMESİ GEREKTİĞİ için sorumlu tutulan bir kimseden ziyade; failin ve olayın nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda, ürünlerin taklit olduğunu BİLEN bir kimsenin varlığı söz konusudur. Peki, iki kavram arasında ne fark vardır ve bu fark ne gibi yanlış uygulamaya yol açabilir? “*Bilmesi gerekmek*” ifadesinin çerçevesi, ceza hukukunda taksirin tanımını da içine alacak derecede geniştir. Bu nedenle, “*bilmesinin gerekmesi*”nin suçun oluşumu bakımından yeterli görülmesi, failin tipte yer alan objektif nitelikteki unsurları bilmeden işlediği fiillerden de kasıtlı bir suç işlemiş gibi cezalandırılması sonucuna

---

<sup>312</sup> CGK, 27.12.2005, E.2005/7-143, K.2005/169.

yol açabilir. Örneğin, basiretli bir tacir gibi davranmakla yükümlü olan bir kimsenin taksirli hareket ederek, ihracat işleriyle uğraşan güvenilir bir arkadaşından mal alıp piyasa sürmesi ve malların taklit olduğunun anlaşılması halinde, malların niteliğini “bilmesi gerektiğinden” hareketle kasten işlenebilen bir suçtan cezai sorumluluğuna gidilebilir. Bu sonuç ceza hukukunun genel prensiplerine ters düşmektedir. Tedbirsizlik, dikkatsizlik sonucu işlenen fiillerin bilmesi gerekme kavramı içerisinde değerlendirilebilme imkânının varlığı dahi, yanlışlığı ortaya koymak için yeterlidir<sup>313</sup>.

Kanunda açıkça düzenlenmediği müddetçe, taksirli sorumluluğun cezalandırılması TCK m.22’ye aykırılık teşkil eder. Buna karşılık, failin gerçekten bilip bilmediğine dair bir araştırma yapmak suretiyle sonuca varırsak, kastın bilme ve isteme unsurları dışına taşmamış oluruz. Somut olayın koşulları ve failin durumu değerlendirildiğinde, suça konu mallarının niteliklerinin fail tarafından bilmemesinin imkânsız olması halinde, kastın bilme unsurunun gerçekleşmiş olduğu kabul edilir ve failin marka hakkına tecavüz suçun bakımından en azından olası kastla hareket ettiği sonucuna varılır.

Sonuç itibarıyla, tedbirsizlik dikkatsizlik veya acemilik göstermek suretiyle, KHK m.61/A’da yer alan suçların gerçekleştirilmesi halinde, failin cezai sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. Nitekim, TCK m.22 uyarınca, taksirli sorumluluk hali bu suçlar bakımından uygulama alanı bulmamaktadır.

---

<sup>313</sup> Nitekim, Yargıtay kararlarında kullanılan benzer ifadeler, marka hakkına tecavüz suçunun taksirli şeklinin dahi cezalandırılabilmesinin mümkün olduğu algısına yol açmaktadır. Örneğin, “*Sarığın işyerinde bijuteri ve hediyelik eşya satılmaktadır. Yüksek Yargıtay Yedinci Ceza Dairesinin yerleşmiş uygulamalarına göre, ticaretle uğraşanların alımını, dağıtımını ve satımını yaptıkları malların gerçek durumlarını bildikleri kabul edilmektedir.*” (CGK, 27.12.2005, E.2005/7-143, K.2005/169, www.kazanci.com)



## § 4- MARKA SUÇLARINDA HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

### I- GENEL AÇIKLAMALAR

Bir suçun varlığından söz edebilmek için, tipe uygunluktan sonra bulunması gereken bir diğer unsur, fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Eğer fiil hukuka aykırı değilse, daha geniş anlatımla fiili hukuka uygun kılan bir sebep mevcutsa suçun oluştuğundan söz edilemez.

Suçun bir unsuru olan hukuka aykırılık, işlenen fiile hukuk düzeninin cevaz vermemesi, fiilin hukuk düzeni ile çelişkili ve çatışma halinde bulunması şeklinde ifade edilebilir<sup>314</sup>. Bu çerçevede bir fiilin yasadaki bir düzenleme ile çelişki halinde olması, her zaman fiilin hukuka aykırı olduğu sonucunu doğurmaz. Nitekim yasadaki bir düzenleme ile çelişki halinde olan fiile hukuk düzenince cevaz verilip verilmediğinin de değerlendirilmesi gerekir. O halde bir fiilin hukuka aykırılığından bahsedilebilmesi için şu iki koşulun gerçekleşmesi gerekir: a) Fiil ceza hukuku kuralları ile çelişki halinde olmalıdır. b) Bu fiilin yapılmasının hukuk düzenince kabul görmemesi, yani hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması gerekir<sup>315</sup>.

Hukuka aykırılığı fiil ile hukuk düzeni arasında bir çelişki biçiminde açıkladıktan sonra, bu çelişkinin bütün hukuk düzeni bakımından mı yoksa yalnızca ceza hukuku bakımından mı gerçekleşmesi gerektiği sorunu ele alınmalıdır. Diğer bir ifadeyle ceza normları dışındaki düzenlemelerde yer alan hukuka uygunluk sebepleri, ceza hukuku bakımında da uygulama alanı bulabilecek midir? Bu soruya verilecek yanıt, TCK ile birlikte marka hakkının korunmasının sınırını teşkil eden KHK'daki

---

<sup>314</sup> **Koca/Üzülmez**, s.262; **Dönmezer/Erman**, C:II, s.1-2; **İçel/Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver**, s.93; **Demirbaş**, s.247; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.282; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.255; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 263; **Katoğlu**, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s.19.

<sup>315</sup> Şu halde, somut olayda fiilin suç tipine uyuyor olması, o fiilin hukuka aykırılığı bakımından karine teşkil etmekten öteye gidemez. Daha geniş ifadeyle, tipe uygun fiilin gerçekleştirilmiş olması halinde, bu fiilin hukuka aykırılığının araştırılmasına gerek yoktur. Araştırılması gereken şey, tipe uygun olan bu fiilin hukuka uygun kabul edilmesini gerektiren bir halin bulunup bulunmadığıdır. Bkz **Özgenç/Şahin**, s.203; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.255; **Zafer**, s.209.



düzenlemelerin de, marka suçlarında hukuka uygunluk sebebi olarak ele alıp alınamayacağı noktasında önem arz etmektedir.

Hukuka aykırılığın kapsamı konusunda iki görüş bulunmaktadır<sup>316</sup>: Hukuka aykırılığı dar yorumlayan görüşe göre, hukuka aykırılık yalnızca ceza hukuku kurallarına aykırılıktır. Dolayısıyla, ceza hukuku dışındaki kurallara uygun olması, fiilin ceza hukuku bakımından hukuka aykırı olduğu sonucunu değiştirmez. Buna karşılık hukuka aykırılığı geniş yorumlayan görüşlere göre ise, bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde bütün hukuk düzeni bakımından bir değerlendirme yapılmalıdır. Nitekim bir fiil ya hukuka aykırıdır, ya da değildir. Şu halde, ceza hukuku düzenine aykırı olan bir fiil, hukuk düzeninin bütünü çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında hukuka uygun kabul edilebiliyorsa, bu sonuç ceza hukuku bakımından da etki doğuracak, söz konusu fiil hukuka uygun kabul edilecektir.

Doktrinde de kabul edildiği üzere, hukuka aykırılık tipe uygun eylemin, hukuk düzeninin “bütünü” bakımından çelişki yaratması halidir<sup>317</sup>. Buna göre hukuka aykırılık bir bütündür ve bu hukuk düzeni içinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal varsa bütün hukuk düzeni için fiil hukuka uygun sayılır<sup>318</sup>. Nitekim *Alcakaptan*’ın belirttiği gibi “*Eylemi hukuka uygun hale getiren nedenlere ceza hukuku dışında kalan hukuk dallarında da rastlamakta oluşumuz gerçeği bunu haklı kılar.*”<sup>319</sup>.

Netice itibariyle, ceza normları yalnızca fiilin tipe uygunluğunun değerlendirilmesinde esas alınacak, söz konusu fiilin hukuka aykırılığının

---

<sup>316</sup> Görüşler için bkz. **Dönmezer/Erman**, C:II, s.7 vd.; **Katoğlu**, s.21 vd.

<sup>317</sup> **Kunter**, Nurullah Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, n.71; **Dönmezer/Erman**, C.II, s.10; **Alcakaptan**, Uğur, Suçun Kanuni Unsurları, Ankara 1973, s.95; **Demirbaş**, s.251; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.282; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.255; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.266; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Genel Hükümler, s.396; **Katoğlu**, s.35-36; **Koca/Üzülmez**, s.263.

<sup>318</sup> **İçel/Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver**, s.103.

<sup>319</sup> **Alcakaptan**, s.95.

değerlendirilmesinde ise *hukuk düzeninin teklifi ilkesi*<sup>320</sup> gereğince hukuk düzeninin bütünü dikkate alınacaktır.<sup>321</sup> Şu halde, marka suçlarında, suça konu fiillerin hukuka aykırılığının tespitinde, TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinin yanında, tipte yer alan fiillerin işlenmesine cevaz veren KHK'daki marka korumasının istisnasını oluşturan düzenlemeler de değerlendirilecektir.

Açıklamış olduğumuz nedenle, marka suçları bakımından önce TCK'da düzenlenen genel hukuka uygunluk sebepleri ele alınmalıdır. Sonrasında ise, bu suçlar bakımından KHK'da yer alan marka hakkının korunmasının sınırlarına ilişkin düzenlemeler değerlendirilmeli ve bunlardan hangilerinin marka suçlarında hukuka uygunluk sebebi teşkil edebileceği ortaya konulmalıdır.

## II- TCK'DAKİ HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNİN MARKA SUÇLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Genel Açıklamalar

Türk Ceza Kanunu'nda, hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu azaltan veya ortadan kaldıran sebepler, '*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebepler*' şeklinde tek başlık altında toplanmıştır<sup>322</sup>. Bu hallerden hangilerinin hukuka uygunluk sebebi olduğu 5271 sayılı CMK m.223'te ki düzenlemeden çıkartılabilir<sup>323</sup>. Buna göre, kanun hükmünü yerine getirme (TCK m.24/1), meşru

<sup>320</sup> **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, kn. 209.

<sup>321</sup> **Koca/Üzülmez**, s.263; Özel hukuk veya kamu hukukundan elde edilen yazılı veya yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri, doğrudan ceza hukuku alanına uygulanacağı gibi, tamamen ceza hukuku alanından kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni de bütün hukuk dalları açısından hukuka uygunluk etkisini göstereceği konusunda bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s.269.

<sup>322</sup> Hukuka uygunluk sebeplerinin, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebepler başlığı altında düzenlenmesine yönelik eleştiri için bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.259 vd.

<sup>323</sup> Hangi hallerin hukuka uygunluk sebebi olduğu sonucuna, bir muhakeme kuralından hareketle varılıyor olmasının eleştirilmesi gerektiği; nitekim TCK m.25/2'de yer verilen zorunluluk halinin düzenlenişi itibarıyla hem hukuka uygunluk sebebi hem de mazeret sebebi olarak değerlendirilebileceği konusunda bkz. **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray, Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Sayı 2, 2007, s.218 vd.

savunma (TCK m.25/1), hakkın kullanılması (TCK m.26/1) ve ilgilinin rızası (TCK m.26/2) hallerinin hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlendiğini söyleyebiliriz<sup>324</sup>.

TCK da yer alan hukuka uygunluk sebepleri marka suçları bakımından da geçerlidir. Fakat meşru savunmanın niteliği itibariyle KHK m.61/A'da düzenlenen suçlar bakımından uygulanması mümkün gözükmemektedir. Buna karşılık ilgilinin rızası, kanun hükmünü icra ve hakkın kullanılması halleri ise bu suçlar bakımından uygulama imkânı bulabilir.

## B. İlgilinin Rızası

Suçla korunan hukuki yararı ihlal edilenin, söz konusu ihlale rıza göstererek fiili hukuka uygun hale getirmesi durumunda ilgilinin rızasından bahsedilir<sup>325</sup>. Fakat bunun için, bireyin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabildiği bir hakkın varlığı şarttır<sup>326</sup>. Gayri maddi mal varlığı hakkı olan marka hakkı, hak sahibinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir haktır. Buna göre, marka hakkına iltibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçu bakımından, hak sahibinin, suçun tipiklik unsurunu oluşturan bu fiillere rıza göstermesi halinde, hukuka aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Örneğin tipte yer alan fiilleri gerçekleştirmeden önce, piyasaya süreceği ürünlerde kullanacağı işareti, aynı sektördeki benzer işareti kullanan marka sahibine gösteren ve onay alan kimsenin fiili marka hakkına tecavüz suçunu oluşturmayacaktır.

Rızanın geçerli olabilmesi için, hile, tehdit gibi benzeri sebeplerle sakatlanmamış olması gerekir. Rızanın geçersizliği, fiilin hukuka uygunluğunu ortadan kaldırır. Nitekim hukuka aykırı olarak alınan rıza geçerli bir rıza olmayacağı için, bu rızaya dayalı yapılan fiil de hukuka aykırı olacaktır<sup>327</sup>. Örneğin, şantaj yapmak yahut tehdit etmek suretiyle taklit markalı ürünlerin üretim ve satışına ses

<sup>324</sup> Koca/Üzülmez, s.269; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.261.

<sup>325</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.309.

<sup>326</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.310; Özgenç, Genel Hükümler, s.314; Koca/Üzülmez, s.284; Zafer, s.237.

<sup>327</sup> Dönmezer/Erman, C:II, s.72-73; Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, s.226.

çıkarmaması konusunda ikna edilen hak sahibinin rızası geçersiz olduğu için, suça konu fiil de hukuka aykırı sayılacaktır.

Rıza göstermeye yetkili kimseler, marka hakkı sahipleridir. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı bir hak olan rıza, yasal veya iradi temsilci tarafından açıklanamaz. Örneğin anne veya babanın, çocuğun malvarlığında bulunan marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillere ilişkin gösterdikleri rıza geçerli değildir. Markanın birden fazla sahibi varsa, bu durumda hepsinin rıza göstermesi gerekir. Aksi halde suç tipini oluşturan fiil, rıza göstermeyen kimseye karşı hukuka aykırı olmaya devam eder.

Marka hakkına tecavüz suçu bakımından, hak sahibinin rıza göstermiş olması halinde, suça konu fiillerin cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Örneğin, tescilli marka ile benzer işareti taşıyan ürünleri üretip satışa arz etmek üzere, marka sahibinden onay alınmışsa, söz konusu malların üretilip satılması halinde marka hakkına tecavüz suçu oluşmayacaktır. Buna karşılık suça konu fiillerin işlenmesinin ardından hak sahibinin buna rıza göstermesi, yapılan tecavüzü hukuka uygun hale getirmez. Bu durumda hak sahibi, şikâyet hakkını kullanmayarak faillerin cezalandırılmasının önüne geçebilir.

İlgilinin rızası çerçevesinde temsil ilişkisinin de ele alınması gerekmektedir. Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunda temsil yetkisinin varlığı, fiili hukuka uygun halde getirecektir. Buradaki temsil yetkisi kanundan doğabileceği gibi, hak sahibinin iradesinden de doğabilir. Bu çerçevede bir tacir, ticari mümessiline marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunması konusunda yetki vermişse, mümessilin bu yetkiye dayanarak yapmış olduğu işlemler hukuka uygun sayılacaktır.

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunda yetkisiz kimse karşımıza üç şekilde çıkabilir: Birincisi hak sahibi olmadığı halde, hak sahibiymiş gibi marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunan kimseler; ikincisi hiç temsil yetkisi olmamasına rağmen hak sahibi tarafından yetkilendirilmiş gibi marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunan kimseler; nihayet üçüncüsü hak sahibi tarafından verilen temsil yetkisini aşarak işlem yapan kimseler. Buna göre temsil yetkisi kaldırıldığı halde, üçüncü

kişilerle önceden kendisini temsile yetkili olduğu tacire ait marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunan ticari mümessilin fiili marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunu oluşturacaktır. Yine markanın rehni konusunda kendisine temsil yetkisi verilmiş temsilci, söz konusu markayı bir başkasına devrederse, KHK m.61/A'nın üçüncü fıkrası çerçevesinde başkasına ait marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunmuş sayılacaktır.

### **C. Kanun Hükmünü İcra**

Başkasına ait marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin kanun tarafından verilmiş olduğu durumlarda, TCK m.24/1'de düzenlenen kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebi akla gelebilir. Örneğin, Medeni Kanunun 352/1. maddesinde yer verilen “*Ana ve baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler.*” şeklindeki düzenlemeyle, anne ve babanın çocuğun kanuni temsilcisi olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre, anne ve babanın çocuğa ait marka hakkı üzerinde kanuni temsil yetkilerine dayanarak tasarrufta bulunabileceğini söyleyebiliriz. Aynı şekilde iflas idaresinin, müflisin iflas masasına giren marka hakkını paraya çevirmesi de, kanun hükmünün yerine getirilmesi kapsamında marka hakkı üzerinde yetkisiz temsil suçunu oluşturmayacaktır.

### **D. Hakkın Kullanılması**

Hukuk düzeninin tanıdığı hakkın sınırları içerisinde hareket eden kimsenin fiilleri hukuka aykırılık teşkil etmez. Bu hakkın kaynağını kamu hukuku, özel hukuk, idari işlemler, özel hukuka tabi işlemler, örf ve adet hukuku oluşturabilir<sup>328</sup>. Örneğin bir eşyaya malik olan kimseler, o şey üzerinde dileği gibi tasarruf edebilir, onu bozabilir, kırabilir, şeklini değiştirebilir vs. davranışlarda bulunabilir.

Marka koruması işaretini kaldırma suçu bakımından hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi özellik gösterebilir. Bu çerçevede, bir tüketicinin almış

---

<sup>328</sup> Koca/Üzülmez, s.278.

olduğu ürünü boyayarak marka koruması işaretini kaldırması, KHK m.61/A'nın ikinci fıkrası kapsamında suç teşkil etmeyecektir. Nitekim malı iktisap eden tüketici, mülkiyet hakkına dayanarak mal üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabilir<sup>329</sup>.

### III- KHK'DA KORUMANIN SINIRINI OLUŞTURAN HALLERİN MARKA SUÇLARINDA HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Genel Açıklamalar

KHK marka hakkına sınırsız bir koruma öngörmemektedir. Bazı haller, istisnai olarak, marka hakkı korumasının kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu istisnalar, ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, KHK m.10'da düzenlenen markanın başvuru eserinde yer alması, KHK m.12'de düzenlenen markanın dürüst kullanımı, KHK m.13'de düzenlenen marka hakkının tüketilmesi ve son olarak KHK m.7/2'de düzenlenen kullanma ile ayırt edici nitelik kazanmış işaretler olarak gösterilebilir.

Marka hakkı korunmasının kapsamı dışında kalan hallerinden hangilerinin, marka suçlarında hukuka aykırılığa etki edeceği hususu çeşitli şekillerde ele alınmaktadır. *Keskin*<sup>330</sup> ve *Topçu*<sup>331</sup>, markanın başvuru eserinde yer almasını, markanın dürüst kullanımını, marka hakkının tüketilmesini ve son olarak kullanma ile ayırt edici nitelik kazanmış işareti marka suçlarında hukuka uygunluk sebepleri başlığı altında incelemektedir. Buna karşılık *Aydın*<sup>332</sup> ve *Güneş*<sup>333</sup> ise, marka suçlarında özel hukuka uygunluk sebepleri olarak marka hakkının tüketilmesini ve markanın dürüstçe kullanılmasını ele almaktadır.

---

<sup>329</sup> Aydın, s.80.

<sup>330</sup> Keskin, s.144 vd.

<sup>331</sup> Topçu, s.130.

<sup>332</sup> Aydın, s.72 vd.

<sup>333</sup> Güneş, s.193 vd.

Belirtmek gerekir ki, bir durumun hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilmesi için, bunun suç teşkil eden fiilleri kapsamaması gereklidir. Marka hakkı korumasının kapsamı dışında kalan fiiller ile marka suçlarına meydan veren fiiller birbiriyle örtüşmediği müddetçe, marka suçları bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir halin varlığından söz edilemez. Bu nedenle, *markanın dürüst kullanılması dışında*, marka hakkı korunmasının sınırı teşkil eden hallerden *marka hakkının tükenmesi, kullanma ile ayırt edicilik kazanmış işaret ve markanın başvuru eserinde yer almasının*, marka suçları bakımından uygulama alanı bulacağını düşünmüyoruz. Bu düşüncenin daha iyi ortaya konulabilmesi için, söz konusu hallerin neyi ifade ettiklerinin açıklanması gerekmektedir.

## **B. Marka Hakkı Korumasının Sınırları Kapsamında Marka Suçlarında Hukuka Aykırılığı Kaldıran Bir Hal Olarak: Markanın Dürüst Kullanımı**

### **1. Anlamı**

Tescilli bir markanın aynısı veya benzeri olduğundan bahisle, markasal işlev göstermeyen bazı işaret ve açıklamaların üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına engel olunması, ticari düzende bir takım mağduriyetlere sebep olabilir. İşte bu olumsuz neticeyi önleme amacını güden *markanın dürüst kullanımı*, tescilli bir marka ile aynı veya benzer olsa bile, üçüncü kişilerin kendi ad, adres ya da tasviri nitelikteki işaret ve açıklamalarını, amacına uygun bir şekilde serbestçe kullanabilmesini ifade eder<sup>334</sup>.

Markanın dürüst kullanımı KHK m.12’de düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “*Dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez.*”

---

<sup>334</sup> Arkan, C:II, s.131.

KHK m.12'ye göre, üçüncü kişiler, dürüstçe ve kendi ticari ve sınai konularıyla ilgili olduğu müddetçe, ad, adres, mal veya hizmetlerle ilgili kalite, miktar vs. gibi niteliklere ilişkin işaret ve açıklamaları serbestçe kullanabileceklerdir. Nitekim, mutlak bir hak olan marka korunmasının sınırını oluşturan markanın dürüst kullanımı, marka olarak tescil edilmiş isim, slogan vs. işaretlerin, maddede belirtilen durumlar çerçevesinde, üçüncü kişilerin kullanımına kapatılmasını engellemektedir<sup>335</sup>. Şu halde, tescilli bir marka ile aynı olsa da, bir ticaret unvanı yahut satılan malın niteliğini belirten açıklama, üçüncü kişiler tarafından kullanılabilir.

## **2. Markanın Dürüst Kullanılmasının Marka Suçları Bakımından Değerlendirilmesi**

Yapmış olduğumuz açıklamalardan anlaşıldığı üzere, marka hakkının dürüst kullanımı marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerle doğrudan ilgilidir. Şöyle ki, tescilli bir marka ile aynı yahut benzer olan bir işaretin, aynı veya benzer mal ya da hizmetler bakımından kullanılması, marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir. Buna karşılık, suça konu işaret, KHK m.12'de belirtilen kurala uygun bir biçimde kullanılmış ise, marka hakkına tecavüz oluşturan söz konusu fiil hukuka uygun hale gelecektir.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, hukuk düzeninin tekliği esası gereğince, hukuk düzeni içerisinde bir fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir hal varsa, bu fiil bütün hukuk düzeni için hukuka uygun sayılır. Şu halde, markanın dürüst kullanımı, KHK m.61'de yer verilen, tescilli marka ile taklit ve benzer işaretin kullanılması kapsamında marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri hukuka uygun hale getiriyorsa, aynı kural, söz konusu tecavüz fiillerini cezai yaptırıma bağlayan marka hakkına tecavüz suçu bakımından da bir hukuka uygunluk sebebi oluşturacaktır. Bu nedenle, marka hakkının dürüst kullanılmasına ilişkin olarak, kaynağını özel hukuk

---

<sup>335</sup> Nomer, Füsün, "Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW-AUDI Örneği", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Engin NOMER 'e Armağan, Yıl: 22, Sayı: 2002/2, s. 1126.



doktrin ve yargı kararlarından alan ilkeler, marka hakkına tecavüz suçu bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Markanın dürüst kullanımı, marka hakkına tecavüz fiilleriyle bağlantısı olmayan marka koruması işaretini kaldırma suçu ile tescilli marka koruması işaretini kaldırma suçu bakımından ise bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmemektedir.

### 3. Marka Hakkına Tecavüz Suçunda Markanın Dürüst Kullanımı

Markanın dürüst kullanımına göre, bir kişinin, tescilli marka ile aynı ya da benzer olan kendi adını, adresini, mal veya hizmetinin niteliğini belirten açıklamaları kullanması, dürüstlük kuralı çerçevesinde hukuka uygun sayılacağından, bu kullanım şekli dolayısıyla marka hakkına tecavüz suçunun oluşmasına engel olacaktır. Bu hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilmesi, iki koşulun varlığına bağlıdır: Birincisi kullanım dürüstlük kuralına uygun olmalıdır. İkincisi kullanım üçüncü kişinin ticari ve sınaî faaliyet alanı içinde olmalıdır<sup>336</sup>.

Örneğin, sabundaki “Lüx” markasının, üçüncü bir kimse tarafından şampuanlarda kalite vurgusu yapmak için “Lüx Şampuan” şeklinde sıfat olarak kullanılması<sup>337</sup> ya da “Can Kuruyemiş” markası varken, kuruyemiş işiyle uğraşan CANLI soyadında üçüncü bir kişinin “Canlı Kuruyemiş” işletme adını kullanarak piyasada faaliyet göstermesi durumunda, dürüstlük kuralına uygun davranılmışsa, bu kullanım hukuka uygun kabul edilecektir. Yine, tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan, ticaret siciline tescilli bir ticaret unvanının kullanılması da, dürüst kullanım çerçevesinde, marka hakkına tecavüz oluşturmayacaktır.

Marka hakkına tecavüz suçunda, markanın dürüst kullanımının hukuka uygunluk sebebi oluşturacağını belirttiikten sonra, dürüst kullanımın neye göre

<sup>336</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.418; **Tekinalp**, Markanın Kullanılması, s. 643-644; Düzenlemenin üçüncü kişiler tarafından markasal kullanımının dürüstlük kuralınca haklı göstereceği diğer halleri karşılamadığı yönündeki eleştiri için bkz. **Yasaman**, C:I, s.522; **Arkan**, C:II, s.132; Aslında bizce, ikinci koşul olarak belirtilen, kullanımın kişinin ticari ve sınaî faaliyet alanı içinde olması, dürüst kullanımın varlığını ortaya koymaya yarayan unsurlardan biridir.

<sup>337</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.417, dn.22.

belirlenebileceğini ortaya koymak gerekir. Dürüst kullanımın mevcut olup olmadığı, somut olayın koşulları çerçevesinde, işaret veya açıklamaların bulunduğu yer, kullanılış biçimi, vurgusu ve buna bağlı alıcı kitlesinde yarattığı etki gibi durumlar göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. KHK m.12 de belirtilen kullanım şekilleri, bir markanın sahip olduğu fonksiyonlarını yerine getirmeye elverişli bir kullanım haline gelmişse, örneğin lüx kelimesi malın niteliğini ortaya koymak için kullanılmamışsa, bu durumda dürüst kullanım ilkesinin söz konusu fiili hukuka uygun hale getirmesi beklenemez. Nitekim Yargıtay bir kararında, sunulan fotoğraf ve tanıtma araçları incelendiğinde, işaretin hakim unsur teşkil edecek şekilde kullanıldığından bahisle, dürüst kullanımın mevcut olmadığı sonucuna varmıştır. Karara göre:

” ...davacı taraf arada herhangi bir akdi ilişki bulunmadığı halde **davalının işyerinde kendi marka ve logosunu kullandığını** ve bu eylemin haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek işbu davayı açmış, davalı taraf ise, işyerinin **özel servis olduğunun açıkça anlaşıldığını ve belirtilen markalı araçların tamir ve bakımının yapıldığını göstermek amacıyla** ve anılan Kanun Hükmünde Kararname'nin 12 nci maddesine uygun olarak marka ve logoya yer verildiğini savunmuştur. Şu halde uyuşmazlığın çözümü davalı kullanımının 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 12 nci maddesi kapsamında bir kullanım olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Kararlık gösteren Dairemiz'in emsal kararlarında kabul edildiği ( 2000/2039 Esas, 2000/3243 Karar, 20.04.2000 Tarih - 2001/11086 Esas, 2002/3591 Karar, 16.04.2002 Tarih ) üzere belirtilen şekilde servis hizmeti veren bir işletmenin kendi işletme adını hakim unsur şekilde yazmak koşuluyla işyerinde belirtilen markalı araçlara hizmet verildiğini göstermek bakımından marka sahibinin **iznine gerek olmadan Kanun Hükmünde Kararname'nin 12 nci maddesinde tarif edildiği koşullarda tescilli markayı tali unsur olarak kullanabileceği, ancak dosya içeriği ve sunulan fotoğraf ve tanıtma vasıtalarının incelenmesinden davalının tali unsur olarak değil, hakim unsur teşkil edecek şekilde davacı marka ve logosunu**

*kullandığı anlaşılma, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına karar vermek gerekmiştir.*”<sup>338</sup>

Yine Yargıtay bu konuda vermiş olduğu bir kararda, 1993 yılında ticaret sicile tescil edilmiş bir ticaret unvanı ile 2000 yılında TPE’ne tescil edilmiş benzer bir markanın iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanılmasının mümkün olduğunu, davalı ticaret unvanı sahibinin davaya konu ibareyi kartvizite basması dışında, kötü niyetini ortaya koyacak başkaca bir delilin olmadığını da vurgulayarak yerel mahkemenin kararını bozmuştur<sup>339</sup>. Buna karşılık başka bir kararında, Yargıtay tescilli bir marka ile aynı olan ticaret unvanının, tacirin ticari işletmeyle ilgili olan işler dışında da markasal olarak kullanılmasının, marka hakkına tecavüz teşkil edeceği sonucuna varmıştır<sup>340</sup>. Yargıtay’ın vermiş olduğu bu kararlar, aynı tecavüz fiillerini konu olan marka hakkına tecavüz suçu bakımından da yol gösterici olacaktır.

<sup>338</sup> 11. HD., 03.10.2003, E. 2003/2346, K. 2003/8743, (kazanci.com).

<sup>339</sup> 556 sayılı KHK’nın 8/5 nci fıkraya hükmüne göre, önce tescilli unvan sahibinin itirazı üzerine marka tescil başvurusu reddedilir. Davacı şirketin marka tescil başvurusunun ilanı üzerine davalı taraf itiraz etmemiş ve sonradan da hükümsüzlük davası açtığını temyiz dilekçesinde ileri sürmemiş ise de, önce tescilli unvan ile sonra tescilli marka kullanımının birbirine üstünlüğü ve önceliği bulunmadığının, diğer anlatımla davalının ve mutlaka davacı aleyhine marka iptal davası açmak zorunda olmadığı kabulü gerekir. Aksi halde, davalı unvanını yasal olarak koruması başka bir yasa hükmü ile engellenmiş olacaktır. Davacı markasının korunması aynı Kanun Hükmünde Kararname’nin 6 nci maddesi hükmü uyarınca, tescil ile elde edilmesine karşın, davalı unvanının korunması da TTK .nun 52 nci maddesi hükmü uyarınca tescil ile başlar. Her iki madde hükmü ile başlayan korumanın, her iki taraf için de iyiniyet hükümleri çerçevesinde devam etmesi gerektiğinin kabulü gerekir. .. Davalının aynı puntolarla “SUER” ibaresini kartvizite basması dışında bir eylemi saptanmadığına göre, davalının kötüniyetli davrandığının kabulü için yeterli delil bulunmadığının kanıtı gerekir.” (11. HD., 09.02.2004, e.2003/6408, k.2004/1022, www.kazanci.com). Sonuç itibariyle doğru olan bu kararda, her ne kadar iyiniyet-kötüniyet kavramlarına yer verilmiş olsa da, karardaki olaya söz konusu olan durum KHK m.12 çerçevesinde marka hakkının dürüst kullanılmasından ibarettir. Nitekim iyiniyet kuralı hakların kazanılmasında, dürüstlük kuralı ise hakların kullanılmasında kendini gösterir. Olayda bir hakkın kullanılması söz konusudur. Dolayısıyla bu hakkın kullanılmasının hukuka uygunluğu değerlendirilirken, dürüst kullanım çerçevesinde de bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir.

<sup>340</sup> Söz konusu kararda, davalının 14.12.1998 tarihinde ticaret unvanı olarak tescil ettirdiği “Atılım” ismini, hem ticari işletme ile ilgili her türlü işlem yaparken ve işletmeyle ilgili her türlü senetleri imza ederken hem de somut olayda aynı ticaret unvanını tescil ettirdiği şeklin dışında ve yasal amacından ayrılarak hizmet markası olarak kullanması, davacı Atılım Üniversitesinin 25.05.2001 tarihinde eğitim ve öğretim hizmetlerini kapsamak üzere tescil ettirdiği “Atılım” markasına tecavüz oluşturduğu belirtilmiştir. (11. HD., 06.04.2006, E.2005/3737, K.2006/3614, BATİDER, C:XXIII, S.4, 2006, 457-459; Karar incelemesi için bkz. **Korkut**, Ömer, Ticaret Unvanı Kullanımıyla Marka Hakkına Tecavüz Hakkında Bir İnceleme, BATİDER, C:XXIV, S:3, 2008, s. 389-398).

Netice itibariyle, tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan bir ad, adres, unvan vs. işaret ve açıklamaların kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığı, bu işaret ve açıklamaların marka olarak algılanmasına yol açacak biçimde kullanılıp kullanılmadığına göre belirlenmelidir. KHK m.12 çerçevesinde ele alınan işaret ve açıklamalar, amacını aşacak şekilde, bir markaymış gibi kullanıldığı takdirde, dürüst kullanımın varlığından söz edilemez.

### **C. Marka Hakkı Korumasının Sınırını Oluşturmakla Birlikte Marka Suçlarında Hukuka Aykırılığı Kaldırmayan Haller**

#### **1. Marka Hakkının Tükenmesi**

##### **a. Anlamı**

KHK m.13/1’de marka hakkının tükenmesine ilişkin olarak “*Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak, marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, marka hakkının tükenmesi, marka sahibi ya da onun rızası dâhilinde üçüncü kişiler tarafından belli bir coğrafi bölgede piyasaya sunulan malların tedavülüne, marka sahibi tarafından marka hakkına dayanılarak engel olunamamasını ifade etmektedir. Buna marka hakkının tükenmesi ilkesi de de denmektedir<sup>341</sup>.

Tükenme ilkesinin kabul edildiği sistemlerde, marka sahibi markalı malları piyasaya sürdükten sonra, söz konusu markalı malların ticareti konusunda söz sahibi olma tekeline yitirmektedir. Örneğin, X markalı dizüstü bilgisayarları piyasaya süren marka sahibi, bunları piyasaya sürdükten sonra marka hakkına dayanarak, bu malların bir işletme tarafından öğrencilere ücretsiz olarak dağıtmasına yahut yurt dışına ihraç etmesine engel olamaz. Nitekim artık markalı mallar piyasaya sunulduğu

---

<sup>341</sup> **Yasaman**, C:I, s.539; **Poroy/Yasaman**, s.427; **Arkan**, Sabih, Marka Hakkının Tüketilmesi, Pof. Ali BOZER’e Armağan, Ankara 1998, s.202 vd.; **Kaya**, s.251; **Taylan**, s.92.

için, marka hakkı sahibi markalı mallar üzerindeki tekel hakkını yitirir ve söz konusu mallar piyasada serbestçe dolaşabilir.

KHK m.13/1 çerçevesinde marka hakkının tükenmesi için iki koşul gereklidir: Tescilli markayı taşıyan malların, *birincisi*, marka sahibi tarafından veya onun izni dâhilinde üçüncü kişiler tarafından; *ikincisi*, Türkiye’de piyasaya sunulmasıdır<sup>342</sup>. Markayı taşıyan malların Türkiye dışında piyasaya sunulmuş olması, marka hakkının Türkiye bakımından tükenmesine yol açmaz. Buna göre, markalı malları yurt dışında satışa sunmuş olan marka sahibi, bu ürünlerin Türkiye’ye ithalatına “marka hakkına” dayanarak engel olabilir. Diğer taraftan Türkiye’de piyasa sunma, marka sahibi veya onun izni dâhilindeki herhangi bir kimse tarafından gerçekleştirilmezse, marka hakkının tükenmesinden söz edilemez. Örneğin malların yurt dışına ihracı konusunda yetkilendirilmiş bir kimsenin, marka sahibinin izni olmaksızın malları yurt içinde de piyasaya sunması halinde, marka sahibinin marka hakkı tükenmiş olmayacağı için, söz konusu malların yurt içinde dolaşımını engelleyebilecektir. Marka hakkı tükenmiş olsa bile, marka sahibi, malın piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçla kullanılmasını önleme yetkisi vardır. Nitekim KHK m.13/2’de “*Marka sahibinin, birinci fıkra hükmüne girmesine rağmen, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanmalarını önleme yetkisi vardır.*” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Örneğin, Monroe marka amortisörleri üzerinde marka sahibinin hakkı tükenmiş olsa bile, bu amortisörlerin ikinci el olanlarını tamir edip, sıfır kutusunda tekrardan satışa sunan kimselerin fiilleri marka sahibi tarafından önlenemez.

Önemle belirtmek gerekir ki, marka hakkının tükenmesini, markanın, marka sahibine tanımış olduğu tüm hakların tükenmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim KHK m.13 çerçevesinde tükenen hak, markalı malların üçüncü kişilerce yeniden ticaretine ve piyasada tedavülünün önlenmesine ilişkin haklardır. Mutlak bir

---

<sup>342</sup> **Arkan**, Marka Hakkının Tüketilmesi, s.203-204; Detaylı bilgi için bkz. **Pınar**, Hamdi, Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, 2000 İstanbul, s.861 vd.; **Taylan**, s.94 vd.

malvarlığı hakkı olan marka hakkının sahibine sağladığı münhasır hakların (lisans verme, devretme, markasının başkaları tarafından kullanılmasını engelleme, marka hakkına tecavüz halinde korumadan yararlanma vs.) tükenmesi söz konusu değildir<sup>343</sup>.

### **b. Marka Suçları Bakımından Değerlendirilmesi**

Marka hakkının tükenmesi marka sahibinin, marka üzerinde sahip olduğu inhisari yetkiler bakımından bir kısıtlama getirmemektedir. Tükenme ilkesinin amacı, markalı malların piyasaya sunulmasının ardından, marka hakkı sahibinin markalı malların ticareti hakkında söz sahibi olmasını engellemeye yöneliktir. Markalı malların piyasaya sunumu yapıldıktan sonra, malların el değiştirmelerini ve dağıtımını marka hakkı sahibinin kontrolüne vermek suretiyle, markalı malların ticaretini marka sahibinin tekeline bırakmak, marka korumasının hak sahibi lehine oldukça genişletilmesine neden olur<sup>344</sup>. *Yasaman*'ın değimiyle; “*Markalı malların tedavülünün piyasaya sunumundan sonraki aşamalarda da marka sahibinin kontrolü altında bırakılması, yaptıkları mal alım satımı olan bağımsız tacirlerin bu faaliyetlerinin engellenmesi sonucunu doğuracaktır. Şu halde marka sahibinin menfaatleri ile piyasa ajanlarının markalı malların tedavül edebilmesi yönündeki çıkarlarını dengeleyecek bir hukuk formülünün ortaya çıkarılması kaçınılmazdır. Bu formül tükenme ilkesi olarak alınır.*”<sup>345</sup>

Açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, marka hakkının tükenmesi, marka sahibinin menfaatleri ile piyasa aktörlerinin markalı malların ticaretine ilişkin çıkarlarını dengelemeye yönelik bir ilkedir. Yoksa marka sahibinin, marka hakkından doğan mutlak haklarına yönelik tecavüzleri hukuka uygun kılan bir ilke değildir. Marka hakkının tükenmesinin, marka suçları bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmediğini ortaya koyarken, bu nokta üzerinden hareket edilmelidir.

---

<sup>343</sup> *Yasaman*, C:I, s.540.

<sup>344</sup> *Arkan*, Marka Hakkının Tükenmesi, s.198; *Yasaman*, C:I, s.539.

<sup>345</sup> *Yasaman*, C:I, s.539.

Öncelikle, marka hakkına tecavüz suçu ile marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu, markanın hak sahibine sağladığı inhisari haklara (kullanma, devretme, lisans verme vs.) yönelik haksız fiillerden, marka sahibini korumayı amaçlar. Marka hakkının tükenmesi ise söz konusu haklara yönelik fiillerden ziyade, markalı malların piyasaya sunulmasından sonra tedavülüne ilişkin haklarla ilgilidir. Şu durumda marka hakkının tükenmesi, marka hakkına tecavüz ile marka hakkına yetkisiz tasarruf suçları bakımından bir özellik göstermez. Aksi düşünce, marka hakkı tükenmiş bir kimsenin tipte yer alan fiillere karşı korumasız kalması sonucunu doğurur ki, bu durum marka suçlarında cezai korumanın amacıyla bağdaşmaz.

Marka hakkının tükenmesi, marka korumasını yetkisiz kaldırma suçu bakımından da söz konusu olamaz. Piyasa aktörlerinin, markalı malların üzerlerinde yer alan marka koruma işaretlerini, marka hakkının tükendiği gerekçesiyle kaldırmaları mümkündür değildir. Nitekim tükenme ilkesinin, marka sahibi bakımından markalı mallar üzerindeki tükettiği hak da bu değildir. Kaldı ki, tescilli koruma işaretlerini kaldırmak suretiyle tescilli markanın kullanıldığı ürünleri piyasaya sürmek, KHK m.13/2 anlamında “*değiştirme veya kötüleştirme*” kapsamından değerlendirilebileceği için, suç teşkil etmeye devam edecektir.

## **2. Markanın Başvuru Eserinde Yer Alması**

### **a. Anlamı**

KHK m.10’da markanın ansiklopedi ve sözlük gibi başvuru eserlerinde kullanılması hali düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; “*Tescilli bir markanın, tescilli olduğu belirtilmeden bir sözlük, ansiklopedi veya bir başka başvuru eserinde, jenerik ad izlenimi verecek şekilde, yayımlanması durumunda, marka sahibinin talebi üzerine yayımcı, yayımın sonraki ilk sayısında yanlışlığı düzeltir.*”

Hükmün amacı, tescilli bir markanın, başvuru eserlerinde kullanılması suretiyle, mal veya hizmetlerin cinsini belirten bir cins ismi haline gelmesini<sup>346</sup>, diğer bir ifadeyle ayırt ediciliğinin zarar görmesini önlemektir. Bunun için yayımcı, başkasına ait tescilli markaya, jenerik ad izlenimi bırakacak biçimde yer vermemelidir. Aksi halde marka sahibi yanlışlığın düzeltilmesini isteyebilir. Şu halde, hükmün tersi anlamından “*tescilli olduğu ifade edildiği müddetçe, tescilli bir markanın başvuru eserlerinde yer almasının, hukuka aykırılık oluşturmayacağı*”<sup>347</sup> sonucu çıkmaktadır.

## **b. Marka Suçları Bakımından Değerlendirilmesi**

Görüldüğü üzere, markanın başvuru eserlerinde yer alması, marka hakkına tecavüz oluşturan fiiller bakımından bir özellik göstermemektedir<sup>348</sup>. Diğer bir ifadeyle, tescilli bir marka ile aynı veya benzer nitelikteki bir işaretin başvuru eserlerinde kullanılması, KHK m.9/2’de belirtilen haksız kullanım şekillerinden birini oluşturmadığı için<sup>349</sup>, bu kullanım şekli KHK m.61 çerçevesinde marka hakkına tecavüz teşkil eden bir fiil olarak değerlendirilemez. Marka hakkına tecavüz teşkil etmeyen bir fiil de, KHK m.61/A’nın birinci fıkrasındaki suça vücut vermez. O halde, markanın başvuru eserinde yer alması marka hakkına tecavüz suçunda hukuka aykırılığa ilişkin bir unsur olmayıp, tipikliğe ilişkin bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

*Topçu*, KHK m.10’da belirtilen uyarının yapılmasına rağmen buna uyulmaması halinde suç oluşacağını, uyarının yapılmadığı önceki süreç bakımından KHK m.10’un bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceğini belirtmektedir<sup>350</sup>. Bir

---

<sup>346</sup> **Kırca**, s.7.

<sup>347</sup> **Keskin**, s. 145.

<sup>348</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.416; **Yasaman**, C:I, s.517; **Kırca**, s.13.

<sup>349</sup> KHK m.10 ile marka sahibine markayı tekel şeklinde kullanma imkanı tanıyan KHK m.9’u da aşan bir koruma getirdiği, nitekim tescilli olduğu belirtilmeksizin markaya başvuru eserinde yer verilmesinin ticari amaca yönelik bir kullanım olmadığı ve KHK m.9’un kapsamına girmediği konusunda bkz. **Kırca**, İsmail, Tescilli Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması, BATİDER, C.XXII, S.2, s.7-8.

<sup>350</sup> **Topçu**, s.130-131.



önceki paragrafta yapmış olduğumuz açıklamayı gerekçe göstererek bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Nitekim tescilli bir marka başvuru eserlerinde her ne şekilde kullanılırsa kullanılsın, bu KHK çerçevesinde haksız bir kullanım şekli değildir kaldı ki, marka hakkına tecavüz teşkil edebilsin. Böyle bir durumda cezai korumaları bir kenara koyduğumuzda, KHK da öngörülen hukuki korumalar bile talep edilemez. Buna karşılık, uyarıya rağmen buna aldırış etmeyen yayımcıdan, BK m.41'e göre tazminat talebinde bulunulabilir<sup>351</sup> ya da TTK m.57 vd. düzenlenen haksız rekabet hükümleri çerçevesinde koruma talep edebilir.

### 3. Kullanma İle Ayırt Edicilik Kazanma

#### a. Anlamı

KHK m.7/2'de “*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.*” düzenlemesi yer almaktadır. Şu halde bir işaret (a), (c) ve (d) bentlerine göre mutlak ret nedeni teşkil etse de, ayırt edici niteliğe sahip olduğu takdirde tescilli engellenemeyecektir<sup>352</sup>.

5194 sayılı Kanun değişikliğinden önce, aynı veya aynı türden mal veya hizmetler için tescil edilmiş ya da başvurusu yapılmış markalar ile başkalarının kullanımını sonucunda ayırt edici nitelik kazanmış işaretlerin de marka olarak

<sup>351</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.416; **Yasaman**, C:I, s.517; KHK m.10'un ihlali halinde, teknik olarak KHK m.61 anlamında marka hakkına tecavüz durumu söz konusu olmasa da, marka sahibine, marka hakkına tecavüzden kaynaklanan talep haklarından yararlanması imkânının tanınması gerektiği konusunda bkz. **Kırca**, s.13.

<sup>352</sup> **KHK m. 7** – “*Aşağıda yazılı işaretler marka olarak tescil edilemez:*

a) 5 inci madde kapsamına girmeyen işaretler,

....

c) 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.

d) 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,...

kullanılması mümkündür<sup>353</sup>. Bu durumda, tescil tarihinden önce kullanımına başlanmış olmak kaydıyla, tescilli marka ile ayırt edici niteliğe sahip aynı veya benzer işaretin, aynı veya benzer nitelikteki mal veya hizmetler bakımından kullanılması hukuka aykırılık teşkil etmiyordu. Yani en kısa ifadeyle, ayırt edicilik kazanmış olma, tescilli bir marka ile aynı veya benzer bir işaretin kullanılmasını hukuka uygun kılıyordu. Nitekim işaretin sahip olduğu ayırt edici niteliğin birden ziyade aynı veya benzer marka arasındaki karıştırma ihtimalini ortadan kaldıracığı kabul edilmekteydi<sup>354</sup>. Fakat mükerrer tescilin önüne geçilebilmesi için yapılan 5194 sayılı Kanun değişikliğinden sonra, ayırt edici nitelik kazanmış olsa bile, tescilli bir marka ile aynı (KHK m.9/1-a) veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan (KHK m.61/1-a) bir işaretin aynı türdeki mal veya hizmetler bakımından tescil edilmesi imkânı ortadan kaldırılmıştır.

#### **b. Marka Suçları Bakımından Değerlendirilmesi**

Açıklamış olduğumuz üzere, 5194 sayılı Kanun değişikliğinden sonra işaretin *önceden kullanılmaya başlanması* ve *ayırt edici nitelik taşıması* halinde, KHK m.7/1-b'deki kullanımı hukuka uygun kılan KHK m.7/2'deki atıf kaldırıldığına göre; söz konu hüküm bakımından marka hakkına tecavüz suçunu hukuka uygun kılan bir sebep kalmamış demektir. O halde, KHK m.7/2'deki koşullar mevcut olsa bile, tescilli bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer bir işareti, aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetler için tescil ettiren kimsenin fiili, tipte yer alan diğer unsurların da varlığı halinde, marka hakkına tecavüz suçunu oluşturacaktır.

---

<sup>353</sup> KHK m.7/2'nin (b) bendine atfı dolayısıyla, ayırt edici hale gelmiş işaretlerin, tescilli yahut tescil başvurusu yapılmış aynı veya benzer işaretin marka olarak tesciline imkan tanımaktaydı. Fakat 22.06.2004 tarih ve 5194 sayılı Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla (RG. 26.06.2004, 25504), 7. maddenin (b) bendi "*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*" şeklinde değiştirilerek, ikinci fıkranın (b) bendine yaptığı atfa son verilmiştir.

<sup>354</sup> **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 388.

## §5- MARKA SUÇLARINDA KUSURLULUK UNSURU

### I- GENEL AÇIKLAMALAR

Haksızlığı ve kusurluluğu birbirinden ayrı olarak ele alan ceza kanunu sistemimizde, suçun genel unsurları içerisinde, tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarından sonra incelenen üçüncü aşamayı, suçun kusurluluk unsuru oluşturmaktadır.

KHK'nın 5833 sayılı Kanunla değişik 61/A maddesinde yer alan suçlar bakımından failin cezai sorumluluğu doğabilmesi için, kusurlu hareket etmiş olması, yani haksızlık bilinci ve kusurluluğu kaldıran hallerden birinin bulunmaması gerekmektedir<sup>355</sup>.<sup>356</sup>. Şu halde, hukuka aykırı bir şekilde KHK m.61/A'daki suç tiplerinin ihlal edilmiş olması, failin cezai sorumluluğunun doğması bakımından yeterli değildir. Nitekim Anayasanın 38. maddesinde yer verilen *kusursuz suç ve ceza olmaz* ilkesine göre, cezai sorumluluğun söz konusu olabilmesi için failin davranışının kınanabilir olması gerekmektedir<sup>357</sup>.

Kusur yeteneği bulunmakla birlikte, failin kusur yeteneğini etkileyen hallerin bulunması durumunda, fail işlemiş olduğu fiilden ötürü sorumlu olacak, fakat cezasında indirimine gidilecektir. Nitekim kusurun tamamıyla ortadan kalkmayıp azaldığı hallerde, kusurla orantılı olarak faile daha az ceza verilecektir. Buna göre

---

<sup>355</sup> Koca/Üzülmez, s.301.

<sup>356</sup> Özgenc/Şahin, s.219."Kusur haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren şahsın, bu fiili gerçekleştirmesi nedeniyle muhaeze edilmesi gerektiği konusundaki yargıyı ifade etmektedir." (Bkz. Özgenc, Genel Hükümler, s.331).

<sup>357</sup> Kusurluluğun, failin hukuka aykırı tipik hareketi gerçekleştirdiğini bilmesi, yani fail ile fiil arasındaki sübjektif bağla bir ilgisi bulunmamaktadır. Haksızlık, hukuk düzeninde tanımlanan ve tipin oluşumunu sağlayan davranış normlarının ihlalidir. Tipte yer alan fiilin işlenmesinin haksızlık içeriğinin bulunması başka bir şey, failin işlemiş olduğu haksız fiilden ötürü kınanabilmesi başka bir şeydir. Kusur yargısından önce, kanundaki belirli suç tarifine uygun bir haksızlığın gerçekleşmesi gerekir ki, fiil faile sübjektif olarak isnat edilebilsin. Nitekim kusurluluk sübjektif isnadiyetin koşullarından birisi olarak fail hakkında ceza hükmü verilip verilemeyeceğini hususunda önem arz eder. Şu halde, kusurluluğun, haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olan kast ve taksirden ayrı olarak ele alınması gerekir.(Bkz. Özgenc/Şahin, s.229; Özgenc, Genel Hükümler, s. 333; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.327; Zafer, s.247; Koca/Üzülmez, s.296).

kusurluluğu etkileyen haller a) kusurluluğu kaldıran ve b) kusurluluğu azaltan haller olmak üzere iki kısımda incelenebilmektedir.

Kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebepler, TCK'da ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebepler başlığı altında düzenlenmiştir. Bunlar; yaş küçüklüğü (m.31/1-2), tam akıl hastalığı (m. 32/1), sağır ve dilsizlik (m.33), irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (m.34/1), geçici nedenler (m.34), emrin ifası (m.24/2), hukuka uygunluk sebebi olmayan zorunluluk hali (m.25/2), cebir-şiddet-tehdit (m.28), meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması (m.25/2), haksız tahrik (m.29), hata (m.30) şeklinde ifade edilmektedir.

Kusurluluğu etkileyen hallerden, yaş küçüklüğü (m.31/1-2), tam akıl hastalığı (m. 32/1), sağır ve dilsizlik (m.33), irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (m.34/1), geçici nedenler (m.34), cebir-şiddet-tehdit (m.28) kurumlarının marka suçları bakımından uygulanmasında, açıklanmaya muhtaç özel bir durum bulunmamaktadır. Nitekim marka suçlarında tipte yer alan hareketleri gerçekleştiren fail bakımından söz konusu hallerden birinin mevcudiyeti halinde, ilgili hükme göre failin cezai sorumluluğu doğmayacak veya failin cezası indirimine tabi tutulacaktır. Örneğin, marka hakkına tecavüz suçunda taklit markalı ürünleri satan kimsenin henüz 11 yaşında olması halinde hakkına cezaya hükmedilemeyecektir. Yine tek başına yetkisi olmadığı halde, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinden birinin, şahıs varlığına yönelik ciddi zarar verileceği tehdidi altında şirkete ait marka hakkının devri konusunda işlem yapması durumunda, bu kimsenin marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunu işlediğinden söz edilemez. Belirleyici olan, tehdidin boyutunun, bu tehdide maruz kalan kişiyi kendisinden gerçekleştirilmesi istenilen haksızlığı işlemeye mecbur edebilecek boyutta olmasıdır<sup>358</sup>.

---

<sup>358</sup> Koca/Üzülmez, s.315.

## II- EMRİN İFASI

Emrin ifasının, marka suçları bakımından uygulama alanı bulması mümkün değildir. Nitekim TCK'nın 24. maddesinin üçüncü fıkrasında, konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği, aksi takdirde yerine getiren ile emri verenin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Buna göre, bir devlet görevlisinin yurt dışından taklit markalı saatler getirtip, bunları emri altında bulunan kişilere sattırması halinde, hem sattıran hem de satan marka hakkına tecavüz suçundan dolayı sorumlu olacaktır.

## III- HAKSIZ TAHRİK

Kusurluluğu azaltan bir hal olan haksız tahrikin, marka suçları bakımından uygulama alanı bulması mümkündür. TCK m. 29'da yer verilen haksız tahrik düzenlemesine göre, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimsenin cezası indirilir. Hükmün uygulama alanı bulabilmesi için, haksız fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle bir suçun, haksız fiili meydana getiren kimseye karşı işlenmiş olması gerekmektedir<sup>359</sup>. Örneğin, bir kimsenin, haksız rekabet nedeniyle daha önce kendisini büyük maddi zararlara uğratan bir işletme sahibinin tescilli markasıyla aynı işareti taşıyan taklit markalı ürünleri piyasaya sürmesi durumunda, haksız tahrikin etkisi altında hareket ettiği kabul edilebilir. Yine aylık ücretleri kendisinde ödenmediği gibi geçerli bir neden olmaksızın işten çıkarılan bir çalışanın, eski çalıştığı işletmeye karşı taklit markalı mal veya hizmet üreten kimselerin eylemine katılması durumunda, haksız tahrikin verdiği öfkeyle hareket ettiği ve cezasında indirim yapılması gerektiği söylenebilir.

---

<sup>359</sup> İçel/Evik, s.226; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.398; Demirbaş, s.409; Koca/Üzülmez, s.320

#### IV- HATA

Marka suçlarında hata halinin bulunması da söz konusu olabilir. Hata halinin varlığından, hatanın konusuna göre bir sonuca varmak gerekecektir. Bir kanun hükmünün veya suç tipine ilişkin maddi unsurların yanlış veya eksik bilinmesi ya da hiç bilinmemesini ifade eden hata, TCK'nın 30. maddesinde dört fıkra halinde düzenlenerek, hatanın gerçekleşme şekline göre farklı sonuçlar bağlanmıştır<sup>360</sup>.

Maddenin birinci fıkrasına göre, fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî (objektif nitelikteki) unsurları bilmeyen bir kimsenin, taksirli sorumluluk hali saklı kalmak üzere, kasten hareket etmiş olmayacağı kabul edilmektedir. Buna göre, KHK m.61/A'da düzenlenen suçlar bakımından, kastın varlığından söz edilebilmesi için, failin tipte yer alan objektif nitelikteki unsurları bilerek hareket etmiş olması gerekmektedir. Aksi halde, Söz konusu suçların taksirli şekli düzenlenmediğinden, failin fiilinden ötürü cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Buna çerçevede, marka hakkına tecavüz suçunda, fail iktibas veya iltibasın koşullarını oluşturan somut olaydaki özelliklerin bilincinde olmalıdır. Diğer bir deyişle, fail üretimini, satışa arzını veya satışını yaptığı ürünlerde kullanılan işaretlerin tescilli bir marka ile taklit veya benzer nitelikte olduğunu bilmesi gerekir. Aksi halde, bu konuda hataya düşen fail, hatasından yararlanır. Örneğin, işletme sahibi bir kimse, elindeki ürünlerin taklit markalı ürünler olmadığını düşünerek satış yapıyorsa, marka hakkına tecavüz suçu bakımından kasten hareket etmiş sayılmayacaktır<sup>361</sup>. Suçun taksirli hali de cezalandırılmadığı için, işletme sahibi bu fiilinden ötürü sorumlu olmayacaktır. Yine, marka tescil koruması işaretini kaldırma

---

<sup>360</sup> **Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.400-401.

<sup>361</sup> **Özen**'e göre, tescilli veya daha önce tescil başvurusu yapılan marka ile aynı veya benzer şekilde taklit edilmiş işareti kullanan kişi, söz konusu işaretin, tescilli veya daha önce tescil başvurusu yapılan marka ile aynı veya benzer olduğunu bilmiyorsa ve bu bilmemesinde kendisine kusur yüklenemiyorsa hatasından yararlanacak ve ceza uygulanmayacaktır. Anca, bunun için mutlaka hataya düşmesi kaçınılmaz olması gerekmektedir. (Bunun için bkz. **Özen**, Mustafa, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları, Ankara Barosu, FMR, Y:9, C:9, 2009/2, s.67) Yazarın bu görüşünü eleştirmek gerekecektir. Şöyle ki, failin kullandığı işaretin tescilli bir markanın taklidi olduğunu bilmemesi tipikliğin objektif (maddi) unsurlarına ilişkin bir hata halidir ve TCK m.30/1 çerçevesinde değerlendirilir. Taksirli şekli tanımlanmamış, yalnızca kasten işlenebilen suçlar bakımından, tipikliğin objektif nitelikteki unsurlarına ilişkin hatada, failin hataya düşmede kusurunun olup olmadığı önem taşımaz. Bu nedenle kaçınılmazlık kriteri TCK m.30/3 ve m.30/4 çerçevesinde ele alınması gereken bir kriterdir.

suçunda, failin, kaldırdığı işaretin tescilli marka koruması işareti olduğunu bilmesi gerekir. İşaretin tescilli marka koruması işareti olduğunu bilmeden hareket eden fail, fiili kasten işlemiş sayılmaz. Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu bakımında da, fail markanın başkasına ait olduğu hususunda hataya düşerse, bu hatasından yararlanacaktır. Örneğin, miras hükümleri gereğince marka hakkının yalnızca kendisine kaldığını düşünen bir kimsenin, başka mirasçılardan da varlığından haberdar olmaksızın, söz konusu marka hakkının devri konusunda üçüncü bir şahısla sözleşme yapması durumunda tipikliğin objektif nitelikteki unsurlarında hataya düşmüş kabul edilecektir. KHK m.61/A'daki üç suç tipi bakımından ortak olan tipiklik unsuru, tescilli bir markanın varlığı olduğu için, suç tiplerinde yer alan fiilleri gerçekleştiren kimsenin bunun bilincinde olması gerekir ki, bu suçlardan biriyle sorumlu tutulabilsin. Aksi halde, tipte yer alan fiilleri tescilli olduğunu bilmediği bir marka üzerinde gerçekleştiren kimsenin fiili suç oluşturmayacaktır.

TCK m.30/2'de suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren hallerin gerçekleştiği hususunda hata hali düzenlenmiştir. Marka suçlarının düzenlendiği KHK m.61/A'da nitelikli hale yer verilmediği için, söz konusu fıkra konumuz bakımından özellik göstermemektedir.

TCK m. 30/3'de, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin, bu hatasından yararlanacağı hükme bağlanmıştır. Bu fıkra kapsamında, hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu azaltan veya kaldıran sebeplerin koşullarının gerçekleştiği konusunda hata hali düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartları kastın bilme unsuruna dâhildir<sup>362</sup>. Fakat kanun koyucu kaçınılmaz hatadan söz ettiği için, birinci fıkrada olduğu gibi hatanın bulunması yeterli görülmeyecek, ayrıca bu hatanın kaçınılmaz olması aranacaktır<sup>363</sup>. Kusurluluğu azaltan veya kaldıran sebeplere ait koşulların varlığında da hata da kaçınılmazlık çerçevesinde ele alınacaktır. Üçüncü fıkra kapsamında kaçınılmaz hataya düşen

---

<sup>362</sup> Koca/Üzülmez, s.288; Özgenç, Genel Hükümler, s. 399.

<sup>363</sup> Kaçınılmaz kavramından ne anlaşılması gerektiğinin belirtilmemiş olmasına yönelik eleştiri için bkz. Özbek/Kambur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.409.

kimse kusurlu sayılmadığı için suç oluşmayacak; fakat hatası kaçınılabılır ise kusurluluk unsuru gerçekleşmiş sayılacak ve fail işlemiş olduğu fiilden ötürü haksızlığın işleniş şekline göre cezalandırılacaktır. Örneğin marka hakkına tecavüz suçunda, tescilli marka ile benzer işareti aynı nitelikteki mal veya hizmet gurubunda kullanacak olan kimsenin, tescilli marka sahibinin rıza gösterdiği noktasında hataya düşerek, söz konusu ürünleri satması durumunda, hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hataya düştüğü söylenebilir. Yine, gerçekte öyle olmadığı halde kendisiyle haksız rekabet ettiğini düşündüğü bir kimseye zarar vermek için, ona ait markanın kullanıldığı taklit ürünleri satan failin hatasının kaçınılmaz olması halinde, kusurluluğu azaltan sebep olan haksız tahrik hükümlerinden yararlanması mümkündür.

TCK m.30'da ise, haksızlık yanılığı düzenlenmiştir. Buna göre işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz. Burada özellik arz eden husus, failin, kendi davranışının kınanabilir, haksız bir davranış olduğunu bilmeden hareket etmesidir. Marka suçları bakımından failin haksızlık bilinci ile hareket etmediği konusunda hataya düşmesi ve bu hatasının kaçınılmaz olması durumunda, fail işlediği fiil bakımından kusursuz sayılacağı için cezalandırılmayacaktır<sup>364</sup>. Sınırlı bir alanda uygulama bulan marka suçlarının, haksızlık yanılığı çerçevesinde işlenmesi akla birkaç örnekten fazlasını getirmemektedir. Taklit markaları ürünleri satarken, başkasına ait olduğu marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunan veya marka tescil koruması işaretini kaldıran kimsenin, fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmeden hareket ettiğini söyleyebildiğimiz durumlarda, söz konu fikra uygulanabilecektir.

## **§ 6- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ**

### **I- TEŞEBBÜS**

Her suç gibi, marka suçlarının işlenmesinde dört aşama mevcuttur. İlk aşamada suç işleme fikrinin uyanması, ikinci aşamada işlenmesi düşünülen suçta

<sup>364</sup> Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 415; Koca/Üzülmez, s.323;



yönelik hazırlık hareketleri, üçüncü aşamada suçu gerçekleştirmek için yapılan icra hareketleri ve nihayet son aşamada suçun tamamlanması söz konusudur<sup>365</sup>. Suç fikrinin ortaya çıkması, ceza hukukunun müdahale alanına girmemektedir. Hazırlık hareketleri de, TCK m.220’de olduğu gibi kanunda aksine hüküm bulunmadığı müddetçe cezalandırılmaz. Buna karşılık icra hareketleri neticeyi gerçekleştirmeye yönelen ve bu yönüyle ceza hukuku bakımından tehlike arz eden davranışlar olduğu için cezalandırılmaktadır. Teşebbüs aşaması, icra hareketlerinin yer aldığı üçüncü aşamayı ifade etmektedir. Nitekim üçüncü aşamada, icra hareketlerine başlanmakta, fakat suç henüz tamamlanmamaktadır. Suçun tamamlanması aşamasında ise, zaten ortada işlenmiş bir suç bulunduğu için, bu suçtan doyalı sorumluluk doğacaktır.

TCK’nın 38. maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*” TCK’daki bu düzenlemeye göre, suça teşebbüsü, işlenmesi kararlaştırılan bir suçun icrasına elverişli hareketlerle başladıktan sonra, failin elinde olmayan sebepler yüzünden icra hareketlerini tamamlayamamış veya tamamlasa da netice elde edememiş olması şeklinde tanımlayabiliriz<sup>366</sup>.

İktibas veya iltibaslı ürünlerin üretilmesi, satışa arz edilmesi veya satılması ile tamamlanan marka hakkına tecavüz suçuna teşebbüs mümkündür. Tipte yer alan neticeyi gerçekleştirmeye yönelik icra hareketlerine başlayan failin, elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamaması halinde, fail marka hakkına tecavüz suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır. Örneğin, sabaha karşı raflara dizdiği taklit markalı malları, dükkânında satışa arz etmek üzereyken yakalan failin fiilinin, teşebbüs aşamasında kaldığını söyleyebiliriz. Buna karşılık ürettiği taklit markalı ürünleri satışa arz etmek üzere yakalanan kimsenin fiili artık tamamlanmış bir suç oluşturduğu için teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır. Nitekim, seçimlik

---

<sup>365</sup> Dönmezer/Erman, C:I, s.423; Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.435 vd.

<sup>366</sup> Alacakaptan, s.37,64; Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 437 vd.; Koca/Üzülmez, s. 387 vd.; Özgenç, Genel Hükümler, 410 vd; Demirbaş, s.415; Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, s.228; Centel/ Zafer/Çakmut, s.448 vd.

hareketlere yer verilen suçlarda, seçimlik hareketlerden birinin tamamlanmış, diğerinin ise teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde, tamamlanmış olan hareketten dolayı hüküm kurmak gerekecektir<sup>367</sup>. Burada meydana gelen tehlikenin ağırlığı da dikkate alınarak TCK m.61 gereğince cezanın üst sınırdan belirlenmesi yoluna gidilebilir<sup>368</sup>.

Yargıtay, taklit markanın yer aldığı etiketlerin henüz ürün üzerine dikilmeden yakalanan sanığa “*kullanma koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle*” beraat veren ilk derece mahkemesinin kararını, hazırlık hareketlerinin tamamlanarak, icra hareketlerine başlanmış olduğu gerekçesiyle bozmuştur<sup>369</sup>. Marka suçları bakımından, hazırlık hareketleri ile suçun icrasına başlama aşaması arasındaki sınırın somut olay çerçevesinde iyi tespit edilebilmesi, fiilin cezalandırılabilir olup olmadığına kanaat getirilmesi noktasında önem arz etmektedir. Bu bakımdan, somut olayda taklit yahut benzer markaların yer aldığı etiketlerin üretilmesi veya bulundurulması tek başına bizi kesin bir kanaate ulaştırmayabilir. Buna karşılık, söz konusu etiketlerin bulundurulduğu yerin tekstil atölyesi olması, atölyede marka etiketi dikilmeyi bekleyen tekstil ürünlerinin bulunması, etiket sayısı ile etiketin dikileceği tekstil ürünlerinin sayısının birbirine yakınlığı gibi hususlar değerlendirilerek, icra hareketlerine başlanmış olup olmadığı saptanabilir.

Tecavüze konu ürünlerin bulundurulması fiilinin de teşebbüs hükümleri bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere, 5833 sayılı Kanun değişikliğinden önce taklit markalı ürünleri ticari amaçla elde “*bulundurmak*” da KHK m.61/A’nın (c) bendi gereğince marka hakkına tecavüz suçu kapsamında yer

---

<sup>367</sup> Özgenç/Şahin, s.130.

<sup>368</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.446.

<sup>369</sup> Şikâyet üzerine sanığın işlettiği fason olarak tekstil ürünleri imalatı yapılan atölyesinde müdahil firma adına tescilli markanın kullanıldığı giyim eşyasına dikilmek üzere hazırlanmış “paul-shark” yazılı etiketler ele geçirilmiş bulunmasına göre, hazırlık hareketleri tamamlanarak icrai hareketlere başlanmış olup, sanığın eylemi eksik teşebbüs aşamasında kaldığından 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A-c maddesi gereğince verilecek cezadan TCK'nun 61. maddesi gereğince indirim yapılmak suretiyle cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, etiketlerin tekstil ürününde kullanılmadığından bahisle beraatine karar verilmesi... bozmayı icab ettirmiş olup...” 7. CD., 14.07.2004, E.2003/7065, K.2004/9438, (diaport.com)

almaktaydı<sup>370</sup>. Yeni düzenlemede ise üretmek, satışa arz etmek ve satmak seçimlik hareketlerine yer verildiği için, marka hakkına tecavüz suçu kapsamında kalan ürünleri bulundurmamak suç oluşturmamaktadır<sup>371</sup>. Fakat somut olayın özellikleri dikkate alındığında, bulundurmamak eylemi suçun icrasına doğrudan doğruya başlandığı konusunda kesin bir kanaat oluşturuyorsa, yani failin tipte yer alan neticeyi gerçekleştirmeye yönelik iradesini açıkça belli ediyorsa, bu durumda tecavüze konu malları bulundurmamak teşebbüs hükümleri çerçevesinde cezalandırılabilir. Örneğin dükkânına onlarca koli taklit markalı mal indiren ve bunları satışa arz etmeye uygun hale getiren failin, henüz bunları satışa arz etmeden baskına uğrayarak yakalanması halinde, suça teşebbüsün varlığı kabul edilebilir. Buna karşılık tecavüze konu malları deposundan veya kapalı koli vb. şeylerin içerisinde muhafaza eden failin fiilini, her zaman teşebbüsten ötürü cezalandırmak mümkün olmaz. Nitekim tek başına bulundurmamak fiili, failin suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirmeye yönelik kastını ortaya koymaya yetmez. Örneğin, evinin dükkânının bir odasında veya dükkânının deposunda yüzlerce de olsa, taklit markalı ürün bulunduran kişinin fiili, teşebbüs hükümlerinin uygulanması bakımından yeterli değildir. Failin suç yoluna girdiği konusunda, şüpheye yer bırakmayacak şekilde yüzde yüz emin olmak gerekir. Bu nedenle, olayda failin “bunları satmayacaktım, geri gönderecektim vs.” gibi savunmasını bertaraf edecek unsurlar bulunmalıdır. Aksi halde şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince, failin söz konusu ürünleri satışa arz edeceğinden yahut satacağından bahisle suça teşebbüsten sorumlu tutulması mümkün değildir.

Üretilen, satışa arz edilen veya satılan ürünlerde tescilli marka ile benzer işaretin kullanılması halinde, bu işaretin iltibas ihtimali yaratması yeterli olup, gerçekten bir karışıklığa meydan verip vermediği araştırılmaz<sup>372</sup>. Dolayısıyla iltibas

---

<sup>370</sup> 5194 sayılı Kanunla değişik KHK m.61/A (c) bendinin göndermesiyle KHK m.61/c: “Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmamak”

<sup>371</sup> Buna karşılık, tecavüze konu ürünlerin bulundurulması başka kanuna göre suç oluşturabilir. Örneğin, sahte markalı sigara bulundurmamak, 4733 sayılı Tütün Ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun’un 8. Maddesine göre tek başına suç teşkil etmektedir.

<sup>372</sup> Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.176.

ihtimaline yol açabilecek benzer işaretin kullanılması, alıcı nezdinde gerçekten bir karışıklığa meydan vermemiş olsa da, fiilin teşebbüs aşamasında kaldığı söylenemez.

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu da, tipte yer alan satmak, devretmek, kiralamak ve rehnemek işlemlerinden birinin, yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılmasıyla tamamlanır. Bu suça da teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu salt hareket suçu olduğu için, bu suça teşebbüs mümkün gözükmemektedir. Nitekim lisans, devir gibi eylemler bölünebilir nitelikte değildir. Her ne kadar bu gibi eylemler tarafların anlaşmasını, sözleşme yapmayı gerektiriyorsa da, bunlar hazırlık hareketi çerçevesinde değerlendirilmelidir<sup>373</sup>. Bir diğer görüşe göre ise, lisans verme, rehin gibi eylemler açısından hareketlerin bölünebilmesi mümkün olduğundan suçun teşebbüse müsait olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin marka üzerinde devir işlemi yapmak için devir belgelerini hazırlayarak imzalayan kişinin karşı taraf sözleşmeyi imzalamadan yetkili olmadığına anlaşılması halinde, icra hareketlerine başlanmış, fakat netice yani tasarruf gerçekleşmemiş olacaktır<sup>374</sup>. Bizce de tasarruf işlemlerini yapmaya yönelik tarafların önceden anlaşmaları, borçlandırıcı (taahhüt) işlem yapmaları hazırlık hareketi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Nitekim borçlandırıcı işlem yapabilmek için hak sahibi olmaya gerek yoktur. Tasarruf işlemi bakımından ise, hareketin parçalara bölünebilir olduğunun söylenebildiği durumlarda teşebbüsün varlığını kabul etmek gerekecektir. Nitekim sırf hareket suçlarında, icra hareketi kısımlara ayrılabiliriyorsa, bu suçlara da teşebbüs mümkündür<sup>375</sup>. Örneğin kendisini markanın devri konusunda yetkili temsilci olarak tanıtan bir şirket çalışanı ile sözleşme yapmak üzere olan üçüncü şahsın, durumdan şüphelenerek sözleşmeyi imzalamaktan kaçınması halinde teşebbüsün varlığı gündeme gelebilir. Sonuç itibarıyla, her ne kadar gerçekleşmesi güç görünse de, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçuna teorik olarak teşebbüs mümkündür.

---

<sup>373</sup> Aydın, s.85

<sup>374</sup> Topçu, s.103.

<sup>375</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.81.

Tescilli marka koruması işaretini kaldırma suçu, işaretin eşya veya ambalaj üzerinden kaldırılmasıyla tamamlanır. Bir görüşe göre,765 sayılı TCK dönemine ilişkin olarak, tescilli marka koruması işaretini kaldırma suçu, salt hareket suçu olduğu için, bu suça tam teşebbüs mümkün değildir. Ancak hareketin parçalara bölünebildiği bazı durumlarda eksik teşebbüs mümkün olabilir<sup>376</sup>. Bizce, tescilli marka koruması işaretini kaldırma suçu bakımında da teorik olarak teşebbüsün mümkün olduğunu söylemek gerekir. Somut olayda hareketin parçalara bölünmesinin mümkün olduğu durumlarda teşebbüs hükümleri uygulanabilir<sup>377</sup>.

## II- İŞTİRAK

Kural olarak suçlar bir kişi tarafından işlenebilecek fiiller şeklinde tanımlanır. Bir kısmı ise birden fazla kişi tarafından işlenebilecek fiiller olarak tanımlanır ki, bunlara çok failli suçlar denir. Çok failli suçlarda, suçun oluşabilmesi için fail olarak gösterilen birden fazla kişinin hareketi gereklidir<sup>378</sup>. Bu yönüyle çok failli suçlar, zorunlu iştirak halinde işlenen suç türleri olarak da ifade edilmektedir<sup>379</sup>. TCK m.220’de düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma, m.255’te düzenlenen rüşvet suçu çok failli suçlara örnek olarak gösterilebilir.

Tek bir kişi tarafından işlenebilen suçların, doğrudan veya dolaylı şekilde birden fazla kimse tarafından değişik şekillerde işlenmesi mümkündür. Suça iştirak olarak adlandırılan bu durumda, suçun işlenişine katılan herkes iştirak kuralları çerçevesinde sorumlu olur<sup>380</sup>.

TCK’da suça iştirak başlığı altında faillik (m37), azmettirme (m.38), yardım etme (m.39) kurumlarına yer verilmiştir. Buna göre, suçun kanunî tanımında yer alan

---

<sup>376</sup> Aydın, s.86.

<sup>377</sup> Aynı yönde Topçu, s. 88.

<sup>378</sup> Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 487; Özgenç/Şahin, s.324; Özgenç, Genel Hükümler, s.434.

<sup>379</sup> Dönmezer/Erman, C:III, s.437.

<sup>380</sup> Koca/Üzülmez, s.410; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.487; Artuk/Gökçen/ Yenidünya, Genel Hükümler, s.630.

fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri **fail** olarak; başkasını suç işlemeye azmettiren, diğer ifadeyle başkasında suç işleme kararı uyandıran kişi **azmettiren** olarak; başkasını suç işlemeye teşvik eden, suç işleme kararını kuvvetlendiren, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat eden, suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösteren, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayan, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak kişi ise **yardım eden** olarak işlenen suçtan ötürü sorumlu olacaktır.

TCK m.40/1’de yer verilen düzenlemeye göre, *“Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.”* Bu hüküm iştirakte bağlılık kuralını düzenlemektedir. İştirakte bağlılık kuralı gereğince, bir failin işlenen bir suçtan dolayı iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için, suçun tamamlanma aşamasından önce iştirak kastıyla hareket etmesi gerekmektedir.

KHK m.61/A’ da yer verilen suçlar, tek kişi tarafından gerçekleştirilebilen suçlar olarak tanımlanmıştır. Fakat az önce de belirttiğimiz gibi, bu suçların birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesine bir engel bulunmamaktadır.

Marka hakkına tecavüz suçu bakımından, taklit markalı ürünlerin üretilmesi için hammadde veya bu ürünlerin satılması için mekân sağlayan kimsenin yardım eden, duruma göre birlikte fail olarak sorumlu tutulması mümkündür. Yine, ekonomik sıkıntı içerisinde olan bir esnafa, orijinal olmayan ürünlerin ticaretini yaparak durumu kısa sürede düzeltebileceğini öğütleyip, esnafın sahte ürünleri satmasında rol oynayan kimsenin de marka hakkına tecavüz suçu bakımından azmettiren olarak sorumlu tutulması gerekir. Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu bakımından, söz konusu tasarruf işlemlerinin yapılabilmesi için aracılık yapan üçüncü kişinin de iştirak kuralları çerçevesinde fail veya yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulması mümkündür.

Taklit markalı ürünleri, işyerinde çalışan kişilere sattıran kimsenin durumunu da ikiye ayırarak incelemek gerekir. Eğer ki, çalışan, kendisine işveren tarafından satılması için verilen malların taklit ürün olduğunu bilmeden satış yapıyorsa, işveren TCK m.37/2 çerçevesinde, *dolaylı fail* olarak sorumlu olacaktır. Nitekim, örnekte çalışan, marka hakkına tecavüz suçunun işlenmesinde, işveren tarafından araç olarak kullanılmaktadır. Buna karşılık, çalışan, söz konusu malların taklit ürün olduğunu bilerek satış yaparsa, marka hakkına tecavüz suçu bakımından işveren *azmettiren*, çalışan ise *fail* olarak sorumlu olacaktır.

### III- İÇTİMA

#### A. Genel Açıklamalar

Kural olarak, ceza hukukunda fiil sayısı kadar suç, suç sayısı kadar da ceza vardır<sup>381</sup>. Nitekim kanun koyucu korumak istediği her hukuki yararı ayrı bir suç olarak kaleme alır<sup>382</sup>. Durum her ne kadar böyle olsa da, bazı hallerde tek bir fiille birden fazla suçun veya birden fazla fiille aynı suçun işlenmesi mümkün olmaktadır. İşte, birden fazla suçun bulunduğu hallerde suçların içtimaidan bahsedilebilir. Bu çerçevede ortada birden fazla suçun bulunması halinde, failin ceza sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği sorunu doğrudan suçların içtimainı ilgilendiren bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>383</sup>.

TCK'da suçların içtimai hallerine ilişkin olarak TCK m.42'de bileşik suç<sup>384</sup>, TCK m.43/1'de zincirleme suç ve nihayet TCK m.44 ile 43/2'de fikri içtima düzenlenmiştir. zincirleme suç ve fikri içtimaya yer verilmiştir<sup>385</sup>.

---

<sup>381</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.515; **Koca/Üzülmez**, s.449; **Özgenç**, Genel Hükümler, 486.

<sup>382</sup> **Demirbaş**, s.484.

<sup>383</sup> **İçel**, Kayıhan, Suçların İçtimai, İstanbul, 1972, s.449.

<sup>384</sup> Bileşik suç, doktrinde suçların içtimai şekli olarak kabul etmeyen yazarlar bulunmaktadır. (Bkz **İçel**, İçtima, s.204; **Koca/Üzülmez**, s.450; **Demirbaş**, s.487; Aksi yönde, **Zafer**, s.333).

<sup>385</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.516 vd.; **Koca/Üzülmez**, s.458 vd.; **Demirbaş**, s.484; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.486.

Marka suçları, zincirleme suç bakımından özellik göstermemektedir. Buna karşılık, marka suçları gerçek içtima, zincirle suç ve fikri içtima çerçevesinde incelenebilir.

## B. Gerçek İçtima

Marka hakkına tecavüz ve marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu seçimlik hareketli suçlardır. Söz konusu seçimlik hareketlerden birinin veya bir kaçının işlenmiş olması halinde de tek suç vardır<sup>386</sup>. Örneğin, taklit markalı malları üreten kimsenin, aynı zamanda bu malların satışını da yapması halinde aynı suçun birden fazla kez işlenmesi söz konusu olmayacak, tek bir marka hakkına tecavüz suçunun varlığından söz edilecektir.

Aynı şekilde başkasına ait marka hakkı üzerinde yetkisi olmadığı halde üçüncü bir kişiye lisans hakkı tanıyan kimsenin, bir süre sonra söz konusu marka hakkını aynı kişiye devretmesi halinde de, tek bir marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu oluşacaktır. Bu gibi durumlarda hâkim, birden fazla seçimlik hareketin gerçekleştirilmiş olması nedeniyle, TCK m.61'e göre temel cezanın belirlenmesinde üst sınırdan ceza verme yoluna gidebilir. Fakat seçimlik hareketlerden birini işleyen failin ayrı bir suç işleme kastıyla hareket ederek diğer seçimlik hareketi ihlal etmesi halinde, birden fazla suçun oluştuğunu söylemek gerekecektir. Nitekim bu durumda fail suç işleme kastını yenileyerek hareket etmektedir. Örneğin başkasına ait marka hakkı üzerinde üçüncü kişiyle lisans sözleşmesi yapan failin, bir süre sonra aynı marka üzerinde farklı bir kişiyle de devir sözleşmesi yapması halinde, iki ayrı marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu oluşacaktır. Eğer koşulları oluşmuşsa bu iki suç bakımından zincirleme suç, yoksa gerçek içtima gereğince cezai sorumluluğun tayini yoluna gidilecektir.

---

<sup>386</sup> **Koca**, Mahmut, Fikri İçtima, CHD, Y:2, S:4, 2007, s.156; **Demirbaş**, s. 216; **Özgenç**, Marka Hakkına Tecavüz, s.845; **Özgenç/Şahin**, s.130; **Donay/Erman**, s.57.



### C. Zincirleme Suç

Taklit markalı ürünlerin satışını yapan kimsenin, bu ürünleri birden fazla kimseye satması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için, birden fazla satış fiilinin, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında olması gerekmektedir. Bu çerçevede, aldığı 100 koli taklit markalı ürünleri dükkânında çeşitli müşterilere satan failin, aynı suçu birden fazla kez ihlal ettiği, fakat bu fiilleri aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlediği kabul edilmeli ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmalıdır. Buna karşılık 100 koli ürünün tükenmesinden sonra tekrardan mal alıp bunları da satan failin, artık ikinci posta ürünün satılması bakımından aynı suç işleme kararının icrası kapsamında hareket ettiğini kabul etmek doğru olmaz<sup>387</sup>. Nitekim son durumda, zincirleme suç şeklinde gerçekleşmiş iki marka hakkına tecavüz suçu bulunmaktadır.

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçu bakımından, başkasına ait marka hakkı üzerinde birden fazla kişiyle lisans sözleşmesi yapan failin, aynı suçu aynı marka sahibine karşı birden fazla kez işlemiş olacaktır. Bu suçlar aynı suç işleme kararı çerçevesinde işlendiği söylenebilirse, zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Fakat, marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunda, suçun kısımlara bölünerek aynı suç işleme kararı çerçevesinde işlenmesi muhtemel gözükmemektedir.

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun sahte özel veya resmi belgenin kullanılması suretiyle işlenmesi halinde, içtima hükümlerine TCK m.212'de getirilen istisna gereğince, gerçek içtima kuralları uygulanacak; fail hem marka hakkı

---

<sup>387</sup> Failin aynı suç işleme kararıyla hareket edip etmediği somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak belirlenebilecek bir husustur. Bu belirlemeyi yaparken eylemlerin işleniş biçimlerindeki benzerlik ya da tekdüzelik, benzer fırsatları değerlendirme, eylemlerin aynı hukuki değere yönelik olması, suçlar arasındaki zaman aralığı gibi kıstaslar göz önünde bulundurulabilir. (Bu hususta bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler s. 524-525) "...**eylemlerin gerçekleştiriliş biçimi ve zaman aralığı da** dikkate alındığında sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında hareket ettiği ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması" hukuka aykırıdır." 9.CD., 1.6.2010, E. 2008/10402, K. 2010/6653, (kazanci.com).

üzerinde yetkisiz tasarruf suçundan, hem de belgede sahtecilik suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

#### **D. Fikri İçtima**

Birden fazla kimsenin elbirliği (veya paylı) mülkiyet şeklinde birlikte sahip olduğu tescilli marka hakkına tecavüz eden kimse, tek bir fiille aynı suç birden fazla kişiye karşı işlemiş olacağı için aynı neviden fikri içtima gereğince, tek bir suçtan dolayı sorumlu olacak, fakat cezası ağırlaştırılacaktır (TCK m.43/2). Yine, birden fazla kişiye ait çeşitli markaların taklidi olan malların üretim, satışa arz veya satışının yapılması halinde, söz konusu fiilleri tek hareket kapsamında değerlendirebiliyorsak, aynı neviden fikri içtimanın varlığından söz edilecektir. Örneğin dükkânında Adidas, puma, converse gibi çeşitli markaların işaretlerini taşıyan taklit markalı ürünleri satışa arz eden failin fiili, tek fiil olarak kabul edilmeli ve aynı suç birden fazla kişiye karşı tek hareketle işlendiği için aynı neviden fikri içtima kuralı uygulama alanı bulmalıdır.

Marka hakkına tecavüz suçu ile *dolandırıcılık suçu* bir arada bulunabilir. Dolandırıcılık suçu, failin hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamasını ifade eder. Dolandırıcılık suçunun mağduru, hileli hareketlerle mal varlığı zarara uğratan kimsedir. Marka hakkına tecavüz suçunda ise mağdur marka hakkı sahibidir ve bu suçun işlenebilmesi için alıcıların “ürünün gerçek olduğu” hususunda kandırılmış olması aranmamaktadır. Buna göre, taklit markalı ürünleri satan bir kimse, hileli davranışlarla malın orijinal olduğu konusunda alıcıyı aldatması ve bu suretle bir yarar elde etmesi halinde alıcıya karşı dolandırıcılık suçunu; marka hakkı sahibine karşı ise marka hakkına tecavüz suçunu işlemiş olacaktır. Farklı neviden fikri içtimanın söz konusu olduğu bu olayda, fail en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır (TCK m.44). Buna karşılık taklit markalı ürünleri üreten ve daha sonra söz konusu ürünlerin orijinal olduğundan bahisle satarak alıcının mal varlığını hileli davranışlarla zarara uğratan fail taklit markalı ürünleri üretmek bakımından marka hakkına tecavüz, daha sonra bunları satarken hileli davranışlara başvurarak

yarar elde etmesi ise dolandırıcılık suçuna meydan verecektir. Nitekim burada iki seçimlik hareket gerçekleştirilmiş, ikinci seçimlik hareket ise dolandırıcılık suçu ile fikri içtima ilişkisi içerisinde işlenmiştir. Bu nedenle, taklit markalı ürünleri üretip, hileli davranışlarla satan kimsenin fiili gerçek içtima kuralları çerçevesinde hem dolandırıcılık hem de marka hakkına tecavüz suçunu oluşturacaktır.

Yine marka hakkına tecavüz suçu ile birlikte, 4733 sayılı Kanunda düzenlenen *taklit tütün veya alkol ürünlerinin ticaretini yapma suçunun işlenmesi* de söz konusu olabilir. Örneğin, piyasadan orijinal markalı boş rakı şişelerini toplayan ve bu şişeleri ürettiği sahte rakı ile doldurup satan fail hem tescilli marka hakkına iktibas suretiyle tecavüzde suçunu ihlal etmekte, hem de sahte rakı ticareti yaparak 4733 sayılı Kanunun 8. Maddesinin dördüncü fıkrasını ihlal etmektedir<sup>388</sup>. Fakat bu olayda fikri içtimanın mı, yoksa özel norm genel norm ilişkisi çerçevesinde görünüşte içtimanın mı olduğunu tartışmak gerekir. Bilindiği üzere, özel norm genel norm ilişkisinde, genel normda yer alan bütün unsurlar özel normda da bulunmalı ve her iki norm da aynı hukuki değeri korumalıdır<sup>389</sup>. Düzenleniş amacı da dikkate alındığında, 4733 sayılı Kanunun 8. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen suçla korunmaya alınan öncelikli hukuki değer kamu sağlığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık marka hakkına tecavüz suçunda ise korunan hukuki değer marka hakkı ve ticari düzendir. Şu halde, 4733 sayılı Kanundaki düzenleme ile marka hakkına tecavüz suçu arasında özel norm - genel norm ilişkisinin bulunduğundan söz edilemeyeceğine göre, tek bir fiille her iki düzenlemenin de ihlal edilmesi halinde, iki ayrı suçun varlığından bahsedilecektir. İki ayrı suç tek hareketle gerçekleştirildiği için de, fikri içtima kuralı gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezaya hükümlenacaktır.

---

<sup>388</sup> 4733 sayılı Kanun madde 8: “Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ürünleri ya da *taklit (...)\* işaretleri taşıyan ürünleri ticari amaçla bulunduran, nakleden, satışa arz eden veya satanlar* ile ambalajları üzerinde bulunan ürün bilgileri ile bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretlerin içerdiği bilgilerin farklı olması halinde, bu ürünleri üreten veya ithal edenlere iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

<sup>389</sup> Erman, Sahir, Askeri Ceza Hukuku, s.128; İçel/Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver, s.464; Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 539 vd.; İçel/Evik, s.320; Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, s.320.

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun sahte özel veya resmi belgenin kullanılması suretiyle işlenmesi halinde, içtima hükümlerine TCK m.212'de getirilen istisna gereğince, gerçek içtima kuralları uygulanacak; fail hem marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçundan, hem de belgede sahtecilik suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Kendisini marka sahibi göstermek için sahte resmi veya özel belge kullanmak suretiyle hileli davranışlara başvurup, marka hakkının satımı konusunda sözleşme yapan fail ise, belgede sahtecilik suçundan ayrıca ceza alacak, buna karşılık dolandırıcılık ve marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçları bakımından hangisi daha ağır cezayı gerektiriyorsa ondan cezalandırılacaktır.

Tescilli marka koruması işaretini yetkisi kaldırma suçu mal varlığına zarar verme suçu ile bir arada işlenebilir. Mal varlığına zarar verme suçunun oluşabilmesi için, suça konu olan kısmen veya tamamen yıkılması, tahrip edilmesi, yok edilmesi, bozulması, kullanılamaz hâle getirilmesi veya kirletilmesi gerekmektedir. Eşya veya ambalaj üzerindeki tescilli marka koruması işaretinin kaldırılması, aynı zamanda mala zarar verme suçundaki bu seçimlik hareketlere uyuyorsa, farklı neviden fikri içtima kuralları uygulanabilecektir.

### **E. Görünüşte İçtima**

Bir fiile ilişkin olarak birden fazla ceza normundan birinin uygulanması, diğer ceza normlarının uygulanmasını gereksiz kılıyorsa görünüşte içtimadan bahsedilir<sup>390</sup>. Buna göre görünüşte içtima halinde birden fazla suçun varlığından söz edilmez. Görünüşte içtımaları hallerine, normlar arasındaki ilişkinin yorumu suretiyle ulaşılır. Bu haller, özel-genel norm, asli-tali norm ve tüketen-tüketilen norm ilişkisi olarak gösterilmektedir<sup>391</sup>.

TTK m.57'nin beşinci bendinde, "*Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait*

<sup>390</sup> İçel, İçtima, s.165 vd., Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.539.

<sup>391</sup>Bu hususta bkz. İçel/Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver, s.464; Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 539 vd.; İçel/Evik, s.320; Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, s.320

*bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek satışı arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak*” şeklinde düzenlenen haksız rekabet hali, TTK m.64 gereğince cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, TTK m.64’te, tescili olup olmadığına bakılmazsınız, başkasına ait marka ile iltibasa meydan verecek kullanımlar haksız rekabet suçu kapsamında düzenlenmiştir. Buna karşılık KHK’da ise yalnızca tescilli markaya yönelik tecavüz fiilleri, marka hakkına tecavüz suçunun kapsamına alınmıştır. Diğer taraftan KHK’daki marka hakkına tecavüz suçu kapsamında düzenlenen satmak, satışı arz etmek ve satma fiilleriyle birlikte, ayrıca “*bulundurmak*” fiili de TTK m.64 kapsamında yer almaktadır. Şu halde, TTK m.64’ün göndermesiyle TTK m.57’deki haksız rekabet fiiline ilişkin haksız rekabet suçunun, KHK m.61/A’daki marka hakkına tecavüz suçu karşısında genel bir düzenleme teşkil ettiğini, diğer bir ifadeyle her iki düzenleme arasından genel norm-özel norm ilişkisi bulunduğunu söyleyebiliriz. Buna göre, tecavüze konu markanın tescilsiz olması durumunda, haksız rekabet suçları uygulama alanı bulacaktır. Yine tescilli olsa da, tecavüze konu markayı taşıyan malların “*bulundurulması*”, marka hakkına tecavüz suçu kapsamında cezalandırılmadığı için, haksız rekabet suçu kapsamında cezalandırılabilecektir.

## **§ 7- ETKİN PİŞMANLIK**

Etkin pişmanlık, suçun işlenme anında bulunmayan fakat suç işlendikten sonra ortaya çıkan ve cezada indirim yapılması veya cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>392</sup>.

---

<sup>392</sup> Zafer, s.276, Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, s.450; İcel/Evik, s.260; Soyaslan, Genel Hükümler, s.298; Özgenç, s.545.

Cezayı azaltan veya kaldıran şahsi sebep olan etkin pişmanlık, özellik gösteren her suç tipi bakımından, özel hükümler içerisinde ayrı ayrı düzenlenmektedir. Buna göre, bir suç tipinde etkin pişmanlığın söz konusu olabilmesi için, ilgili suç tipi bakımından kanun koyucunun ayrıca bir düzenleme yapmış olması gerekmektedir<sup>393</sup>. Aksi halde, her suç tipi bakımından etkin pişmanlığın uygulanması söz konusu olamaz.

KHK m.61/A'nın beşinci fıkrasında, taklit markalı ürünleri satan veya satışa arz eden bakımından şahsi bir cezasızlık sebebi, yani etkin pişmanlık öngörülmüştür. Düzenlemeye göre, *“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.”*

Düzenlemede taklit markalı ürünlerin satışa arzını veya satışını yapan kimselerin etkin pişmanlıktan yararlanacağı anlaşılmaktadır. Marka hakkına tecavüz suçu başlığı altında da belirttiğimiz üzere, aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretin aynı nitelikteki mal veya hizmetler için kullanılmasının markanın taklit edilmesi olduğunu, yani iktibas oluşturduğunu; benzer işaretin kullanılmasının ise taklit oluşturmadığını, yalnızca iltibasa meydan verebileceğini belirtmiştik. Şu halde, **“taklit markalı”** ifadesinden hareketle, söz konusu etkin pişmanlık halinden, yalnızca iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerini gerçekleştiren kimselerin yararlanabileceğini belirtmek yanlış olmayacaktır. Buna karşılık iltibas taklit kavramı içerisinde yer almadığı için, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu işleyen bir kimsenin etkin pişmanlık hükmünden yararlanması söz konusu değildir<sup>394</sup>.

---

<sup>393</sup> Etkin pişmanlığın, gönüllü vaz geçme kurumu gibi genel hükümler içerisinde düzenlenmesinin daha yerinde olacağı yönündeki eleştiri için bkz **Soyaslan**, Genel Hükümler, s.298.

<sup>394</sup> Bizce burada bir hata söz konusudur. Nitekim, “taklit edilerek üretilmiş mal” ifadesiyle, Kanun koyucunun, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz şeklinde işlenen fiilleri bilinçli olarak kapsam dışı bırakmak istediğini düşünmüyoruz.

Etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için, failin taklit markalı malı satışı arz eden veya satan kimse olması gerekir. Taklit markalı mal üreten kimsenin etkin pişmanlık hükmünden yararlanması söz konusu değildir. Zaten düzenleme biçiminden de anlaşıldığı üzere, etkin pişmanlık hükmü, bir yönüyle taklit markalı malları ürünleri üreten kişilerin ortaya çıkarılması amacına hizmet etmektedir<sup>395</sup>.

Diğer taraftan, etkin pişmanlık şahsi bir cezasızlık sebebi olduğu için<sup>396</sup>, iştirak halinde işlenen suçlarda yalnızca pişmanlık gösteren kişi bundan yararlanabilir. Diğer şeriklerin de bundan yararlanabilmesi için, onlarında ayrıca pişmanlık göstermesi şarttır.

Etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen failin iki koşulu yerine getirmesi gerekir:

*i. Malı nereden temin ettiğini bildirmesi:* Failin, taklit markalı malları aldığı yeri mekânsal anlamda adli makamlara bildirmesi gerekmektedir.

*ii. Üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması:* Failin malı nereden aldığını bildirmesi tek başına yeterli değildir. Failin vermiş olduğu bu bilgi, üretenlerin de ortaya çıkarılmasını sağlamalıdır. Hatta üretenlerin ortaya çıkarılmış olması dahi yetmemekte, üretilmiş mallara elkonulmasının da sağlanması gerekmektedir. Şu halde, maddeden anlaşıldığı kadarıyla, failin malları nereden temin ettiğini bildirmesi yalnızca üretenlerin ortaya çıkarılmasını sağlamışsa ve mallara el konulamamışsa, etkin pişmanlık halinin uygulanması mümkün olmayacaktır.

Zaman bakımından herhangi bir sınırlama getirilmediği için, fail, KHK m.61/A'da yer verilen etkin pişmanlıktan soruşturma veya kovuşturma aşamasında

---

<sup>395</sup> Tasarıda, etkin pişmanlıktan yararlanabilecek kimseler için, “*satan*” veya “*satışa arz eden*” gibi bir sınırlama getirmemiştir. Fakat, Tasarıya göre, KHK m.61/A'da olduğu gibi, etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için, üretenlerin ortaya çıkarılmış olması gerekeceğinden, taklit markalı malları üreten kişiler yine etkin pişmanlık hükmünden yararlanamayacaktır.

<sup>396</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.450; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.547; **Koca/Üzülmez**, s.410.

yararlanabilir<sup>397</sup>. Buna karşılık en geç hüküm verilinceye kadar etkin pişmanlığın uygulanması söz konusu olabilir. Hüküm verildikten sonra failin taklit markalı malları nereden aldığı bildirerek bu malları üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması, hakkına verilen cezaya etkisi olmayacaktır. Nitekim düzenlemedeki “*hükmolunmaz*” deyiminden, etkin pişmanlıktan yararlanma süresinin en geç hüküm verilmeden önceki aşamaya kadar olduğunu anlamak gerekecektir.

Bizce, KHK m.61/A’da yer verilen etkin pişmanlık hali şu şekliyle yerinde değildir: *Birincisi*, sahtecilik yönü ağır basan iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzün haksızlık içeriği daha yoğun olmasına rağmen, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz eden kimsenin, etkin pişmanlıktan yararlanamaması adil değildir. Bu nedenle, “*başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı*” ifadesi yerine, birinci fıkrada düzenlenen suç tipine doğrudan atıf yapılmak suretiyle, marka hakkına tecavüz suçu kapsamında işlenen bütün fiiller bakımından etkin pişmanlık hükmünün uygulanması sağlanmalıdır. *İkincisi* ise, etkin pişmanlıktan yararlanma şartlarına ilişkindir. Şöyle ki, failin taklit markalı malları nerden temin ettiğini bildirmesi hem bu malları üretenleri hem de üretilmiş mallara ek konulmasını sağlamalıdır. Etkin pişmanlığın gerçekleşebilmesi için, failin verdiği bilginin üretilmiş mallara da el konulmasını sağlaması, bu hükmün uygulanmasını biraz şansa bırakmaktadır. Üretilmiş malların nerede bulunduğu her zaman failin bilgisi dahilinde olmayabilir. Failin malı nereden ve kimden aldığını söyleyerek, söz konusu malları üreten şahısların yakalanmasını sağlaması etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için yeterli görülmelidir. Üretilmiş malların buldukları yer, suça konu malları üreten kişilerden edinilen bilgi çerçevesinde tespit edilmeye çalışılmalı, hatta taklit markalı malları üretmek suretiyle suç işleyen bu kimselerin de “*üretilen malların buldukları yerleri söylemesi*” cezayı azaltan bir etkin pişmanlık hali olarak düzenlenmelidir.

---

<sup>397</sup> Tasarının 74. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen etkin pişmanlık düzenlemesinde, “*kovuşturmaya başlamadan önce*” etkin pişmanlık halinden yararlanılabileceği hükme bağlanmıştır.



## § 8- MUHAKEME

### I- ŞİKÂYET

Ceza muhakemesinde kural olarak kamu davasının açılması zorunluluğu vardır. Buna karşılık bazı suçlar *önemli görülmedikleri ve/veya toplumda çok kişiyi ilgilendirmedikleri* için, bu suçların muhakemesi şikâyet şartına bağlanmıştır<sup>398</sup>. Örneğin basit yaralama, konut dokunulmazlığını ihlal suçlarında olduğu gibi. Bunun dışında, bazı suçların resen kovuşturulmasının suçtan zarar göreni daha fazla zarara uğratacağı düşüncesiyle, kanun koyucunun suçtan zarar görenin menfaatini üstün tutmak istemesi de, bir suçun şikâyete tabi tutulmasına dair gerekçeler arasında sayılmaktadır<sup>399</sup>. TCK m.102/2'deki, eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçunun takibinin şikâyet koşuluna bağlanması, buna örnek gösterilebilir.

Şikâyet, işlenen bir fiil dolayısıyla zarar gören kimsenin, bu fiilin soruşturulması ve kovuşturulmasını istemeye yönelik irade beyanı olarak açıklanabilir<sup>400</sup>. TCK m. 73'te düzenlenen şikâyet kurumuna göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda, suçtan zarar gören, fiili ve faili öğrendiği tarihten itibaren 6 aylık süre içerisinde suçun soruşturulması ve kovuşturulması için yetkili makamlara şikâyette bulunabilecektir<sup>401</sup>.

Şikâyetin söz konusu olabilmesi için öncelikle, ortada *soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı bir suç bulunması* gerekir. Marka suçlarının yer aldığı

---

<sup>398</sup> **Tosun**, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul, 1981, s.182-183. *Centel/Zafer* bu suçları hafif suçlar olarak nitelendirmektedir. (bkz. **Centel**, Nur/ **Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2008, s.88; **İçel/Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver**, s.24.

<sup>399</sup> **Toroslu**, Genel Hükümler, s.422.

<sup>400</sup> **Özbek**, Veli Özer/ **Kanbur**, M. Nihat/ **Doğan**, Koray/ **Bacaksız**, Pınar/ **Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011, s.120; **Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/ **Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008, s.95; **Centel/ Zafer**, s.88.

<sup>401</sup> Bu noktada şikâyeti ihbardan ayırt etmek gerekmektedir. Şikâyet koşullarının oluşmadığı durumlarda, suçun yetkili makamlara bildirilmesi ihbar olarak nitelendirilir. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s.96; **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008, s. 81.

KHK m.61/A'nın altıncı fıkrasında “*Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, marka suçları da kanun koyucu tarafından, toplumun genelinden önce marka hakkı sahibini ilgilendiren ve bu yönüyle de hak sahibini rahatsız etmediği müddetçe işlenmesi diğer suçlara nazaran toplum çıkarlarını ciddi oranda zedelemeyen suç tipleri olarak gördüğü suçlar olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>402</sup>.

Şikâyete tabi suçlarda, şikâyet hakkı yalnızca **suçtan zarar gören** tarafından kullanılır. Belirtmek gerekir ki, suçtan zarar gören ile suçun mağduru aynı şeyi ifade etmez. Mağdur kavramına göre daha geniş olan suçtan zarar gören, suçun koruduğu hak ve menfaati doğrudan ya da dolaylı olarak zedelene kişi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>403</sup>. Ancak, doktrinde yalnızca doğrudan zarar gören kişilerin şikâyet hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>404</sup>.

Suçun mağduru, suçun koruduğu hak ve menfaati etkilenen kişi olduğu için, aynı zamanda da suçtan zarar görendir. Bu çerçevede, marka suçlarında şikâyet hakkı öncelikli olarak marka hakkı sahibi tarafından kullanılabilir. Bunun yanında, madde de şikâyet hakkını kullanabileceği açıkça belirtilmeyen lisans sahiplerinin durumunu ise iki kısımda incelemek gerekir<sup>405</sup>. KHK m.73'te “*Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından*

---

<sup>402</sup> Buna karşılık, marka suçları bakımından öngörülen cezaların, *önemli görülmedikleri veya toplumda çok kişiyi ilgilendirmedikleri* için takibi şikâyete bağlanan diğer suçlara nazaran daha ağır olması çelişki yaratmaktadır.

<sup>403</sup> Centel/Zafer, s. 90; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.308.

<sup>404</sup> Centel/Zafer, s. 90; Koca/Üzülmez, s.356; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.581; Toroslu, Genel Hükümler, s.422-423.

<sup>405</sup> Tasarıda, marka hakkına tecavüz (m.74/1), taklit markalı malların ticareti (m.74/2), marka koruması işaretini kaldırma (m.74/3) ile marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf (m.74/4) suçlarında şikâyet hakkı marka sahibi ile açıkça, *Tasarının 66. maddesindeki koşulları taşımak kaydıyla*, lisans sahiplerine tanınmıştır<sup>405</sup>. Kendisini marka hakkı olarak gösterme suçu bakımından ise Enstitü, ilgili resmi makamlar, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununa veya Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşlarına tabi kuruluşlar, ana işgal konusu taklitle mücadele olan dernekler, tüketici dernekleri şikâyet hakkına sahiptir. Şu halde, Tasarı şikâyet hakkına ilişkin olarak iki noktada farklılık göstermektedir: **İlki** Tasarının 66. maddesi çerçevesinde dava açma yetkisi olan lisans sahiplerinin de şikâyette bulunabilecekleri açıkça hükme bağlanmıştır. **İkinci farklılık ise**, kendisini marka hakkı sahibi olarak gösterme suçu bakımından birden fazla kuruluşa şikâyet hakkının verilmesidir. KHK m.61/A'da söz konusu suça yer verilmediği için, bu hususta bir düzenleme yapılmamış olması normaldir.

*marka sahibinin marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda, marka sahibinin bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabilir. İnhisari olmayan lisans sahibi olanların, dava açma hakları yoktur.”* düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeden, lisans sahibinin marka suçlarında şikâyet hakkının varlığının tespitinde yararlanılabilir<sup>406</sup>. Buna göre, lisans sahibi, eğer inhisari lisans hakkına sahipse ve sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, şikâyet hakkı doğrudan inhisari lisans sahibi tarafından kullanılabilir. Buna karşılık sözleşmede dava hakkı marka sahibine tanınan inhisari lisansta ve inhisari olmayan basit lisansta, lisans hakkı sahibinin doğrudan şikâyet kurumunu işletmesi mümkün değildir. Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlar da bu yöndedir<sup>407</sup>.

Şikâyet hakkına sahip olmayan lisans alan, noter vasıtasıyla yapacağı bir bildirimle, gereken davayı açmasını marka sahibinden isteyebilir (KHK m.73/2). Marka sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirim alınıldığı tarihten itibaren üç ay içinde gerekli korumanın işletilmemesi halinde, lisans alan yaptığı bildirim de ekleyerek, kendi adına şikâyetle bulunabilir (KHK m.73/3). Belirtmek gerekir ki, lisans sahibi marka suçlarının tümünde şikâyet hakkına sahip değildir. Lisans sahibinin şikâyet hakkını kullanması için, lisans sözleşmesiyle elde ettiği hak ve menfaatin zedelendiği bir suç tipi olması gerekir. Bu çerçevede, marka hakkına tecavüzde lisans sahibi şikâyetle bulunabilir. Buna karşılık marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunda, yetkisi olmayan üçüncü bir kişinin lisans sözleşmesine konu marka hakkını bir başkasına devretmesi halinde ise, zedelenen bir hak ve menfaati bulunmayan lisans sahibinin, bu fiilin soruşturulması ve kovuşturulması için şikâyet yoluna başvurması mümkün değildir.

---

<sup>406</sup> Aydın, s.50; Topçu, s.132;

<sup>407</sup> Anılan firma ile müşteki arasında suç tarihinden sonra düzenlenen sözleşmenin (yetki belgesinin) sadece marka kullanma hakkını tanıdığı, 556 sayılı KHK. Nin 21. maddesi anlamında şikâyet ve dava açma hakkı tanıyan inhisari nitelikte bir lisans sözleşmesi olmadığı, müdehale dilekçesinin de müşteki şirket adına verildiği gözetilerek suç tarihi itibarıyla dava ve şikâyet hakkı tanındığına dair müdahil şirkete yetki belgesi verilip verilmediği araştırılıp sonuca göre şikâyet hakkının değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırı..” 7. CD., 13.07.2010, E..2008/17369, K.2010/12816, (kazanci.com); “Müşteki Doğu Otomotiv ile Volkswagen arasındaki sözleşmenin şikâyet ve dava açma hakkı tanıyan inhisari nitelikte bir lisans sözleşmesi olmadığı ve TPE’nin cevabi yazısında da Volkswagen markasının kullanım hakkının Türkiye’de kimseye verilmediği belirtildiğine göre, 556 sayılı KHK’nin 21. maddesindeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmadan yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırı..” 7. CD., 14.04.2005, E.2003/15449, K.2005/31269, (Güneş, s.448-449).

Lisans sözleşmesinin kapsamı dışında kalan hususlarda, lisans alanın her halde şikâyet hakkı bulunmamaktadır. Örneğin, yalnızca Ege Bölgesi için lisans hakkına sahip olan bir kimse, Ege Bölgesi dışında gerçekleşen marka hakkına tecavüz suçunda şikâyet hakkına sahip olmayacaktır. Bu kimsenin lisans hakkının inhisari olup olmasının, Ege Bölgesi dışında gerçekleşen suçlarda şikâyet hakkını kullanmasına bir etkisi bulunmamaktadır.

5833 sayılı Kanun değişikliğinden önce, TPE'ye ve tüketici derneklerine de şikâyet hakkı tanınmaktaydı. Oysa 5833 sayılı Kanunla değişik KHK m.61/A'da şikâyet hakkına sahip olanlar bakımından ayrıca özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna göre TPE ve tüketici dernekleri, yeni düzenleme karşısında şikâyet hakkına sahip değildir.

Suçtan zarar gören birden fazla kişi ise, her birinin ayrı ayrı şikâyet hakkı bulunmaktadır. Birden fazla kişinin şikâyet hakkının bulunduğu durumlarda, bu kişilerden birinin şikâyetinde bulunması, *şikâyetin yayılma etkisi* gereğince<sup>408</sup>, suçun soruşturulması ve kovuşturması için yeterlidir<sup>409</sup>.

Şikâyet belirli bir süre içerisinde yapılmalıdır. TCK m.73/1'e göre şikâyet süresi 6 aydır. Hak düşürücü olan bu süre, şikâyet hakkına sahip olan kişinin fiili ve faili öğrendiği tarihten itibaren başlar. Buna göre, marka suçlarında, suçtan zarar görenler fiili ve faili öğrendikleri zamandan itibaren 6 aylık süre içerisinde ilgili makamlara şikâyetinde bulunmamaları gerekir. Bu sürenin geçirilmesi halinde, söz konusu suçun soruşturulması ve kovuşturması mümkün değildir.

Doğrudan şikâyet hakkı bulunmayan lisans hakkı sahiplerinin süresi ise fiili ve faili öğrendiği tarihten itibaren değil, şikâyet hakkını kullanma imkânına

---

<sup>408</sup> Öztürk/Erdem, Muhakeme, s.92; Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.424.

<sup>409</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver, s.39; Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s.101; Öztürk/Erdem, Muhakeme, s.92; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.424.

kavuştuğu tarihten itibaren başlamalıdır. Buna göre, lisans alan marka sahibine noter vasıtasıyla bildirim yaptıktan sonra, marka sahibi bunu reddederse reddin yapıldığı tarihten; marka sahibi bu bildirim karşısı sessiz kalırsa bildirim yapıldığı tarihten sonraki üç ayın dolduğu tarihten itibaren 6 ay içerisinde şikâyet hakkını kullanmalıdır.

CMK m.158/5 gereğince şikâyet yazılı olarak veya tutanağa geçirilmek kaydıyla yazılı olarak yapılabilir. Şikâyet Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir (CMK m.158/1,2).

Soruşturma aşamasında suçun şikâyet şartının gerçekleşmediği anlaşılırsa, CMK m.172 gereğince kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi gerekir. Buna karşılık kovuşturma aşamasında suçun şikâyete tabi olduğu anlaşılırsa, şikâyetten açıkça vazgeçilmedikçe yargılamaya devam olunur (CMK m.158/6).

## II- UZLAŞMA

Uzlaşma, yasanın izin verdiği suçlarda tarafların olayla ilgisi olmayan üçüncü bir kişinin önünde anlaşma yaparak suça konu uyuşmazlığı gidermeleridir<sup>410</sup>. CMK m.253'te yer verilen uzlaşma hükümlerine göre, uzlaşma kapsamında yer alan suç guruplarından biri de, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlardır.

556 sayılı KHK m.61/A'da yer verilen marka suçları kovuşturulması ve soruşturulması şikâyet koşuluna bağlanmıştır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçun genel veya özel ceza kanunlarında yer almasının herhangi bir önemi bulunmadığı için, Türk Ceza Kanununda dışında özel kanunlarda yer verilen şikâyete tabi suçlarda da uzlaşma yoluna gidilebilmesi mümkündür<sup>411</sup>. Buna göre, 556 sayılı KHK m.61/A'nın altıncı fıkrasıyla, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet koşuluna bağlanmış marka suçlarında uzlaşma yoluna gidilebilir.

---

<sup>410</sup> Centel/Zafer, s.472.

<sup>411</sup> Centel/Zafer, s.475.

CMK m.253/3'e göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği gibi, uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz. O halde taklit markalı ürünü satan veya satışa arz eden kimse KHK m.61/A'nın son fıkrasında yer verilen etkin pişmanlık hükmünden yararlanabileceği için, uzlaşma yoluna gidemeyecektir. Yine marka suçlarıyla birlikte, dolandırıcılık, belgede sahtecilik gibi suçları işleyen kimseler de uzlaşma hükümlerinden faydalanamayacaktır.

Marka suçlarında şikâyet koşulu gerçekleştikten sonra, soruşturma aşamasında savcılık tarafından uzlaşma usulü uygulanmalıdır. Aksi halde, uzlaşma usulü uygulanmadan hazırlanan iddianame mahkemece iade edilir (CMK m.174/1-c). İddianamenin kabul edilmesinden sonra suçun uzlaşmaya tabi olduğu anlaşılırsa, aynı usuller mahkeme tarafından uygulanır (CMK m.254).

### **III- KORUMA TEDBİRLERİ**

Ceza muhakemesinde yargılamanın sağlıklı yapılabilmesi için birtakım önlemlere başvurulması mümkündür. Bu önlemler, CMK 90 vd. düzenlenen koruma tedbirleri şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Şikâyet koşulunun gerçekleşmesi halinde, marka suçlarında CMK'da yer verilen koruma tedbirlerine başvurulabilir. Özellikle arama ve el koyma tedbirleri marka hakkına tecavüz suçu bakımından önem arz etmektedir. Nitekim, suça konu ürünleri bulunduğu yerlerin aranması ve arama neticesinde ele geçirilen mallara delil elde etme amaçlı el konulması, marka hakkına tecavüz suçunda yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için gereklidir.

Arama, suç şüphesi altında bulunan kişilerin, delillerin ve müsadereye tabi şeylerin ele geçirilmesi amacıyla, kapalı veya açık mekânlarda, kişilerin üzerlerinde,

araçlarında yapılan araştırmadır<sup>412</sup>. CMK m.116'ya göre, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda *makul şüphe* varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir. Burada şikâyetçinin makul şüpheyi ortaya koyacak kanıtları sunması, arama kararının alınmasını hızlandıracaktır. Şikâyet edilenden satın alınmış ürün, fatura veya satış fişi, çekilmiş bir fotoğraf bu konuda kanıt olarak ileri sürülebilir<sup>413</sup>.

Kural olarak arama gündüz yapılmalıdır. Buna karşılık, suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller de aramalar gece de yapılabilir. Marka suçlarına ilişkin soruşturmada arama yapılacak yerler genellikle ticari faaliyette bulunan meskenler olduğu için, suça konu malların anlık el değiştirmesi mümkündür (CMK m.118/2). Bu nedenle, taklit markalı ürünlerin satıldığı ihbarını alan soruşturma makamları, durumun gereklerine göre gece de arama yapabilir.

Arama kararında, aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak konut veya diğer yerlerin adresi ve arama emrinin geçerli olacağı süre açıkça belirtilmelidir (CMK m.119/2). Buna göre, taklit markalı ürün sattığı şüphesiyle hakkında arama kararı verilen kişinin, aynı sokak üzerinde karşılıklı iki dükkânı bulursa dahi, her iki dükkân için de arama emrinin verildiği arama kararından anlaşılmalıdır. Aksi durumda, arama kararında dükkânlardan yalnızca birinin adresine yer verilirse, diğer dükkânın da şüpheliye ait olduğundan hareketle, söz konusu yerde de arama yapılamaz.

Arama sonucunda ispat aracı olarak yararlı görülen şeyler muhafaza altına alınır (CMK m.123/1)<sup>414</sup>. Muhafaza altına alma, soruşturma veya kovuşturma

---

<sup>412</sup> **Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe**, Muhakeme, s. 303; **Öztürk/Erdem**, Muhakeme, s.589; **Yurtcan**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2005, s.337; **Toroslu**, Nevzat, **Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.237; **Ünver/Hakeri**, s.376; **Soyaslan**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007, s.294.

<sup>413</sup> **Güneş**, s.345.

<sup>414</sup> Tasarının 74. maddesinin sekizinci fıkrasının devamında, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının arama sırasında bulunmak üzere bilirkişi görevlendirebileceği ve bilirkişi raporuna dayanak oluşturma üzere, olayın niteliğine göre görüntü ve fotoğraf çekimi yapılabileceği belirtilmiştir. Bu işlem CMK m.83'te yer verilen keşif kapsamında değerlendirilebileceği için, Tasarıdaki düzenleme olmasa dahi, görüntü ve fotoğraf alınması mümkündür.



bakımından önemli görülen şeylerin adli makamlarca, zilyedinin rızasıyla elde edilmesidir<sup>415</sup>. Fakat bunları yanında bulunduran kişi, muhafazaya rıza göstermezse, elkoyma koruma tedbirine başvurulabilir (CMK m.123/2).

Elkoyma, ispat aracı olarak yararlı görülen veya müsadere edilebilecek şeylerin üzerinde sahibinin tasarruf yetkisini kaldırılması ve suretle zorla elde edilmesidir<sup>416</sup>. CMK m.127'ye göre, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir. Buna göre arama sırasında ele geçirilen taklit markalı malları ürün sattığı şüphesi üzerine arama yapılan dükkanda, taklit markalı ürünlere rastlandıysa önce bu malların zilyetten istenmesi gerekir. İstem üzerine zilyet elinde bulundurduğu bu malları göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür. Zilyet bu malları teslim ederse, muhafaza altına alma işlemi yapılır. Buna karşılık zilyet arama sonucu ele geçirilen bu malları teslim etmezse, elkoyma işlemi yapılır<sup>417</sup>.

Belirtmek gerekir ki, marka hakkına tecavüz suçunun şikâyete tabi olması, yapılacak elkoyma işlemi bakımından önem arz etmektedir. Nitekim, birden fazla markaya ait taklit ürünlerin satıldığı yerde yapılan arama sonucunda yalnızca şikâyette bulunan kişiye ait markanın taklitlerinin kullanıldığı mallara elkonulabilir. Örneğin, Converse markasının sahibi tarafından yapılan şikâyet üzerinde başlatılan soruşturmada, Converse ve Adidas taklit markalı ayakkabıların satışının yapıldığı bir dükkanda yapılan arama sonucunda, Adidas taklit markalı ayakkabılar için elkoyma işlemi yapılamaz. Nitekim yetkili kişinin şikâyette bulunmadığı bu gibi durumlarda, marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin hiçbir soruşturma işlemi yapılamaz.

---

<sup>415</sup> Yurtcan, s.342; Soyaslan, Muhakeme, s.278; Öztürk/Erdem, Muhakeme, s.601.

<sup>416</sup> Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007, s.248; Yurtcan, 341, Toroslu/Feyzioğlu, s.242; Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, s.370; Ünver/Hakeri, s.398; Öztürk/Erdem, Muhakeme, s.601.

<sup>417</sup> CMK m.124'e göre, talebe rağmen şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinebilecek konumda olmayan zilyet eşyayı göstermekten ve teslim etmekten kaçınırsa, üç ayı geçmemek üzere, eşyanın teslimine kadar disiplin hapsine çarptırılır. Fakat bu ceza yalnızca aramayı yapan görevlilerin, zilyedin bilgisine başvurmaksızın elkoyma işlemi yapamadığı durumlar için verilebilir. Eşya zaten ortadaysa ve zilyet bu eşyayı teslim etmekte rıza göstermiyorsa, görevliler doğrudan elkoyma işlemi yapabilir. Bu son durumda disiplin hapsine gerek yoktur. (bkz. Şahin, s.253; Aksi yönde Centel/Zafer, s.345-348).



#### IV- KAMU DAVASININ AÇILMASI

Soruşturma aşamasında elde edilen deliller suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı kamu davası açmak zorundadır. Kamu davasının açılabilmesi için delillerin yeterli şüphe oluşturması yanında, fiilin ve failin belli olması, dava şartlarının da gerçekleşmiş olması gerekmektedir<sup>418</sup>.

Ceza muhakemesi hukukumuzda kovuşturma mecburiyeti ilkesi geçerli olsa da, istisnai durumlarda cumhuriyet savcılarında kamu davası açıp açmama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Bu istisna ancak iki durumda uygulama alanı bulabilir (CMK m.171):

- Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı
- Kamu davasının açılmasının ertelenmesi şartlarının varlığı

Taklit markalı ürünlerin satışa arz eden yahut satan kişiler bakımından “*cezayı kaldıran*” etkin pişmanlık hali düzenlendiği için, soruşturma evresinde taklit markalı malların bu malı nereden temin ettiğini bildiren fail, bu malları üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlarsa, Cumhuriyet savcısı kamu davası açma konusundaki takdir yetkisini kullanabilecektir.

#### V- GÖREVLİ MAHKEME

5194 sayılı Kanunla değişik KHK m.71’e, “*Bu Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen davalarda, görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir. Bu mahkemeler tek hakimli olarak görev yaparlar. Asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve*

---

<sup>418</sup> Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Muhakeme, s.471.

*Savcılar Yüksek Kurulu belirler.*” düzenlemesi getirilmiştir. Buna göre marka suçlarında görevli mahkeme ihtisas mahkemeleri olarak Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesidir<sup>419</sup>. İhtisas mahkemelerinin bulunmadığı yerde ise Asliye Ceza Mahkemeleri görevli olacaktır.

## § 9- YAPTIRIM

KHK m.61/A'nın birinci fıkrasında yer verilen marka hakkına tecavüz suçunun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası şeklinde belirlenmiştir. İkinci fıkrada yer verilen tescilli marka koruması işareti kaldırma suçu bakımından ise bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Nihayet marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunda da iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası getirilmiştir<sup>420</sup>.

Öncelikle bireysel yararı koruma aldığı ve bu yönüyle toplumun genelini ilgilendirmediği için, takibi şikâyet şartına bağlanan marka suçları bakımından, üst sınırı dört yıla kadar çıkan hürriyeti bağlayıcı cezaların öngörülmesi, oranlılığı esas

---

<sup>419</sup> “... Marka hakkının ihlali iddiasıyla açılan davada yargılama yapma ve hüküm verme yetkisi 556 sayılı KHK'nin 5194 sayılı yasayla değişik 71. maddesinde ve 24.03.2005 gün ve 188 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararına göre İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilmeden yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır.” 7. CD., 03.07.2008, E.2006/7953, K.2008/16252, (Güneş, s.365).

<sup>420</sup> Markalar Kanunu Tasarısında düzenlenen suçlara bakıldığında, cezalarda bir indirim olmamıştır. Şöyle ki:

- Marka hakkın tecavüz suçunda iki yıldan dört yıla kadar hapis **ve** yirmi bin güne kadar adli para cezası,
- Taklit markalı malların ticareti suçunda ise, bir yıldan üç yıla kadar hapis **veya** beşbin güne kadar adli para cezası,
- Marka koruması işareti kaldırma suçunda bir yıldan üç yıla kadar hapis **veya** beşbin güne kadar adli para cezası,
- Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunda iki yıldan dört yıla kadar hapis **ve** beşbin güne kadar adli para cezası,
- Kendisini marka hakkı sahibi olarak gösterme suçunda ise bir yıldan üç yıla kadar hapis **ve** beşbin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür.

Buna karşılık, taklit markalı malların ticareti ile marka koruması işareti kaldırma suçları bakımından ise “**veya**” bağlacına yer verilerek hapis cezası yanın adli para cezası seçenek yaptırım olarak belirlenmiştir

alan adalet ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Gerçekten, TCK m.3/1'deki “*Suçtu işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*” düzenlemesiyle açıkça ifade edilen adalet ilkesi, yaptırımın fiille orantılı olması ile sağlanabilir<sup>421</sup>. Hele ki marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunda alt sınırın iki yıl hürriyeti bağlayıcı hapis cezası ile belirlenmesi, TCK m.3 ile uygulayıcıların, TCK m.3'e uygun olarak hareket etmelerini zorlaştırmaktadır.

Hareket yeteneği olmayan tüzel kişilerin fail olarak cezalandırılması mümkün olmadığı için, TCK m.60/4 uyarınca kanunda ayrıca belirtildiği hallerde, tüzel kişiler hakkında yaptırım olarak tüzel kişilere güvenlik tedbirleri uygulanır<sup>422</sup>. Şu halde, KHK m. 61/A'nın dördüncü fıkrasında yer verilen düzenlemeye göre, marka suçları bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenirse, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine başvurulacaktır.

Bunların dışında, marka hakkına tecavüz suçunda müsadere de bir yaptırım şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim TCK m.54'te düzenlenen müsadere kurumuna göre, “*kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.*” Şu halde, marka hakkına tecavüz suçundan mahkûmiyet hükmü kurulursa, taklit markalı ürünlerin müsaderesi gerekir. Diğer taraftan, suça konu ürünlerin üretilmesinde, satışa arz edilmesinde veya satılmasında kullanılan araç ve gereçler kamu güvenliği, kamu

---

<sup>421</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.80.

<sup>422</sup> **Madde 60** –“ (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir. (2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.” Görüldüğü üzere TCK m. 60'ın birinci ve ikinci fıkralarında tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri *iznin iptali* ve *müsadere olarak* belirtilmiştir. İznin iptali tedbirinin uygulanabilmesi sıkı koşullara tabi tutulmaktadır. Bunun için öncelikle, kamu kurumları tarafından verilmiş olan izinle faaliyet yürüten bir özel hukuk tüzel kişinin varlığı şarttır. Diğer taraftan, suç kasten, tüzel kişileri temsile yetkili kişilerin katılımıyla, iznin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle tüzel kişi yararına işlenmiş olmalıdır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.611-612; Dolayısıyla, bir ticaret şirketini dış ilişkide temsile yetkili olmayan çalışanlar tarafından marka hakkına tecavüz suçunun işlenmiş olması, çalıştıkları şirket bakımından iznin iptali güvenlik tedbirine başvurulmasını gerektirmez.

sağlığı ve genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilebilecektir.

Müsadere ile koruma tedbiri olan el koymayı birbirinden ayırt etmek gerekir<sup>423</sup>. Elkoyma ceza muhakemesinde delil elde etmeye yarayan bir koruma tedbiridir. Müsadere ise suçta kullanılan veya suçtan elde edilen şeylerin mülkiyetinin devlete geçirilmesi amacıyla hizmet eden bir güvenlik tedbiridir. Buna göre bir koruma tedbiri olarak karşımıza çıkan elkoyma, mahkûmiyet kararı verilmesi gerektirmez. Suç şüphesinin varlığı, el koyma tedbirine başvurulabilmesi için yeterlidir. Oysa müsadere de mahkûmiyet kararının olması şarttır. Şu halde, marka hakkına tecavüz suçu kapsamında soruşturma ve kovuşturma aşamasında taklit markalı malların adli makamlarca elde edilmesi elkoyma, buna karşılık kovuşturma sonunda alınan mahkûmiyet kararı gereğince suça konu bu malların devlet mülkiyetine geçirilmesi ise müsadere dir.

KHK m.62’de marka sahibinin talepleri düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin (c) bendinde, “*Marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el koyulması talebi.*”; (d) bendinde ise “*(c) bendi uyarınca el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması*” yer almaktadır. Buna göre, marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, taklit markaları ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilecektir. Bize marka sahibinin bu talebi ancak, hukuki korumayı işletmesi halinde yerine getirilebilir. Buna karşılık marka sahibi tecavüz fiilleri dolayısıyla aynı zamanda cezai korumayı da işletmişse, artık el konulan mallar hakkında TCK m.54 vd. düzenlenen müsadere hükümleri çerçevesinde karar verileceği için, suça konu mallar üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını isteyemez.

---

<sup>423</sup> Müsaderenin benzer kavramlarla mukayesesi için bkz. **Özbek/Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.589; **Öztürk/Erdem**, Muhakeme, s.603.

## SONUÇ

1. Ticari yaşamın bir unsuru olarak marka, bir işletmenin mal veya hizmetlerini, diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan bir işaret olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat marka işletmelerin mal veya hizmetlerini ayırt etmekle kalmamakta, aynı zamanda bu mal veya hizmetlerin pazarlanmasında reklam ve garanti işlevlerini de yerine getirmektedir. İşte markayı gayri maddi bir ekonomik değer haline getiren şey, söz konusu işlevlerin bizzat kendisidir.

2. Günümüzde marka, mal ve hizmetlerin pazarlanması konusunda yadsınamayacak derecede büyük bir öneme sahiptir. Hatta tüketim toplumunun tavan yaptığı küresel dünyada, markalar, bazen mal veya hizmetlerin de önüne geçmekte; halkın tabiriyle, bizzat kendisini pazarlamaktadır. Şu halde gerek hak sahibi gerekse de ticari düzenin işleyişi bakımından önem arz eden markanın, ceza hukuku koruması altına alınması konusunda şüphe bulunmamaktadır.

3. Hukukumuzda markaların ceza hukuku koruması altına alınması eskilere dayanmaktadır. Bugün ise marka hakkına yönelik bir takım ihlaller, 5833 sayılı Kanunla değiştirilen 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 61/A maddesi ile suç olarak düzenlenmiştir. Maddede, “*marka hakkına tecavüz*”, “*tescilli marka koruması işaretini kaldırma*” ve “*marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf*” olmak üzere, üç ayrı suç tipine yer verilmiştir.

4. Marka hakkına tecavüz suçunda, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz ederek, mal veya hizmet üretilmesi, satışa arz edilmesi ve satılması cezalandırılmıştır. Buna göre, aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından, tescilli bir marka ile aynı veya benzer bir işaretin kullanılması suretiyle mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kimse marka hakkına tecavüz suçunu işlemiş olacaktır.

KHK'nın hiçbir maddesinde yer verilmeyen iktibas ve iltibas kavramlarına, marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin düzenlemede yer verilmesi, bizce doğru

değildir. Nitekim marka hakkına tecavüz sayılan fiiller belirtilirken, bu kavramlara yer verilmeyip, marka hakkına tecavüzün suç olarak düzenlendiği KHK m.61/A'da ise iltibas ve iltibas kavramlarından söz edilmesi, iki düzenleme arasında kopukluk yaratmaktadır. Bu durum kanunilik ilkesinin uzantısı olan belirlilik ilkesine uygun değildir. Şöyle ki, iltibasın bağlantı ihtimalini de kapsayıp kapsamadığı konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Kimi görüşe göre, bağlantı kurma bir iltibas hali değildir. Kimi görüşe göre ise, iltibas, karıştırma ihtimalinin karşılığını oluşturduğundan ve KHK'da karıştırma ihtimali içerisinde bağlantı kurma ihtimali de düzenlendiğinden, bağlantı ihtimali de bir tür iltibas hali olarak ifade edilmektedir. Söz konusu düzenleme bir ceza normu olduğu için, iltibas kavramı yorumlarken ceza hukukunun güvence fonksiyonuna göre bir değerlendirme yapılmalı ve bağlantı ihtimali marka hakkına tecavüz suçu kapsamında cezalandırılmamalıdır.

Marka hakkına tecavüz suçu bakımından sıkıntı yaratan diğer husus ise, benzer nitelikte mal veya hizmetlerin neler olduğu konusunda önceden yapılmış bir belirlemenin olmamasıdır. Uygulamada, mal veya hizmetin benzer olup olmadığı alıcı kitlesi, mal veya hizmetin niteliği, piyasanın anlayışı gibi kriterler çerçevesinde tespit edilmektedir. Bu durum, mahkemelerin birbirinden farklı kararlar vermesinin önünde geçemediği için, adaletin göreceliliğine neden olabilir.

Yine marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin olarak haksız kullanım şekillerinin sınırlayıcı olup olmadığı tartışılmalıdır. Doktrinde farklı görüşler olsa da, marka hakkına tecavüz suçu bakımından bir sonuca varabilmek için, korunan hukuki değerden hareket edilmelidir. Bu suçla korunan hukuki değer marka hakkı olduğu için, markanın işlevlerini yerine getirmeye müsait olan her izinsiz kullanım, haksız kullanım şekli olarak değerlendirilmelidir.

Marka hakkına tecavüz suçunda yalnızca üretmek, satışa arz etmek veya satmak fiilleri cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bulundurmak fiili ise madde kapsamı dışında bırakılmıştır. Buna göre, tecavüze konu malların bulundurulması, somut olayında özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, failin suçun icrasına doğrudan

doğruya başladığı konusunda kesin bir kanı oluşturuyorsa, teşebbüs bakımından önem arz edebilir.

5.KHK m.61/A'nın ikinci fıkrasında marka koruması işaretini kaldırma suçu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, yetkili olmaksızın, markasının tescilli olduğunu ifade eden işaretlerin, eşya veya ambalaj üzerinden kaldırılması suç teşkil edecektir. Hükümde işareten söz edildiği için, bir markanın tescilli olduğunu belirten açıklamaların kaldırılması bu fıkra kapsamında suç teşkil etmeyecek, koşulların oluşması halinde haksız rekabet hükümleri çerçevesinde koruma talep edilebilecektir. Diğer taraftan, yalnızca eşya veya ambalaj üzerinde bulunan marka koruması işaretinin kaldırılmasından söz edildiği için, iş evraklarında, reklam panolarında, broşürlerde yer alan marka koruması işaretlerinin kaldırılması ise yine bu suçu oluşturmayacaktır.

6. KHK m.61/A'nın üçüncü fıkrasında ise marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, başkasına ait marka hakkı üzerinde, yetkisi bulunmaksızın satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kimsenin fiili marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunu oluşturacaktır. Belirtmek gerekir ki, bu madde de yalnızca başkasına ait marka hakkı üzerindeki yetkisiz tasarruflar cezalandırılmaktadır. Buna göre, hak sahibi olmakla birlikte tasarruf yetkisine sahip olmayan kimselerin yapmış olduğu işlemler, bu suçun kapsamına girmemektedir.

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma suçu, neticesi hareketine bitişik bir suç olarak düzenlendiği için, tasarruf işlemleri bakımından kanunun öngördüğü şekil şartlarının yerine getirilmesi, suçun oluşması bakımından yeterlidir; ayrıca bu işlemlerin geçerli olup olmadığının bir önemi yoktur.

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunda, satmak ile devretmek unsuruna birlikte yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, devretmek, satımı da kapsayan bir tasarruf işlemdir. Diğer bir ifadeyle, satmak, devretmenin bir şekli olarak karşımıza çıktığı için, satmaya yönelik fiiller zaten devir kapsamından

değerlendirilebilecektir. Şu halde, hukuka aykırı tasarruf işlemleri arasında satmak seçimlik hareketine yer verilmesi, gereksizdir. Eleştirilmesi gereken bir başka husus ise, söz konusu tasarruf işlemleri arasında kiralamanın da sayılmış olmasıdır. Bilindiği üzere, ancak taşınır veya taşınmaz mallar kiranın konusu oluşturabilir. Marka hakkı ise maddi varlığı olmayan fakat ekonomik değer taşıyan bir mal varlığıdır. Fikri mülkiyet hukukunda, gayri maddi bir varlık üzerinde tekel hakkına sahip olan kimsenin, bu hakkını bir başkasına kullandırması, ancak lisans sözleşmesi ile mümkün olabilir. Şu halde, maddedeki “kiralamak” ifadesinden, “lisans vermek” anlaşılmalıdır.

7.KHK m.61/A’da düzenlenen marka suçlarının konusunu oluşturan markanın Türkiye’de tescilli bir marka olması gerekmektedir. Tescilli olmadığı müddetçe, markanın tanınmış marka olup olmamasının bir önemi yoktur. Yine markanın KHK hükümlerine uygun tescil edilmiş olması gerekmektedir. Buna göre mutlak red sebebinin varlığına rağmen tescili yapılmış markanın, marka suçlarına konu olması mümkün değildir.

8.Marka suçları kasten işlenebilen suçlar şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, bir kimsenin, marka hakkına karşı işlenen suçlardan sorumlu tutulabilmesi için tipte yer alan unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. Kanunda açıkça belirtilmediği için, taksirle işlenen fiiller, KHK çerçevesinde cezalandırılmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin olarak, kastın varlığı, failin taklit olgusunu “*bilebilecek durumda*” olmasına bağlanamaz. Suç genel teorisi çerçevesinde “*bilebilecek durumda olmak*” ifadesinden anlaşılması gereken, taklit olgusunun objektif olarak bilmesinin failden beklenebilir olmasına karşılık, failin taklit olgusunu bilmemesidir. Eğer fail malların gerçekten taklit olduğunu bilmiyorsa, kastın bilme unsuru gerçekleşmediği için, fiil suç teşkil etmeyecektir. Failin, suça konu malların taklit mal olduğunu gerçekten bilip bilmediğini ise, somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirebiliriz. Gerçekten, kast kişinin manevi dünyasına ait bir olgudur ve bu nedenle kastın varlığını ortaya koyabilmek için dışa



yansıyan bir takım hareketlerin dikkate alınması gerekir. Buna göre, yıllardır aynı işi yapan tacirin, çok düşük fiyata, faturasız, kutusuz, garanti belgesiz vs. olarak satışını yaptığı malların taklit olduğunu bilmediğini ileri sürmesi, geçerli bir savunma teşkil etmez. Dışa yansıyan davranışlar, failin en azından olası kastının varlığını ortaya koymaya yetecek düzeydedir. Şu halde, vermiş olduğumuz örnekte failin kasten hareket etmiş olduğu kabul edilmelidir. Fakat bu durum, failin taklit markalı malları “bilebilecek durumda olması” şeklinde değil, “bildiği” şeklinde ifade edilmelidir. Dolayısıyla yargı kararlarında da kastın tayini konusunda benzer bir değerlendirme yapılmalı, dışa yansıyan hareketler failin söz konusu malların taklit olduğunu bildiğini ortaya koyuyorsa, kastın bilme unsurunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Vurgulamak istediğimiz bir diğer husus ise şudur: Failin tacir olması, uzun yıllardır bu işi yapması gibi sebeplere dayanarak failin kastını ortaya koymaya çalışmak hatalıdır. Failin tacir ve uzun yıllardır aynı işi yapıyor olması, failin söz konusu ürünlerin niteliklerini bildiğini her zaman göstermez. Diğer bir ifadeyle, gerçekten bilgisizliği, acemiliği, tacirin taklit markalı malları satmasına yol açmış olabilir. Bunun için, failin niteliği yanında, ürünün durumu, fiyatı, satış biçimi gibi hususlar da birlikte değerlendirilerek, kastın tayini yoluna gidilmelidir. Bu husus, kararın gerekçeli verilmesi bakımından da önem arz etmektedir. Aksi halde bu durum, salt tacir olduğu için her olay bakımından failin kasten hareket ettiğini ortaya koyan matbu bir gerekçe halini alır.

9. Marka suçları bakımından TCK’da yer verilen ilgilinin rızası, kanun hükmünü icra ve hakkın icrası uygunluk sebepleri uygulama alanı bulabilir. Bununla birlikte, hukuk düzeninin tekliği ilkesi gereğince, marka hakkına tecavüz suçu bakımından, marka korumasının sınırını oluşturan hallerden markanın dürüst kullanımını (KHK m.12) hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal olarak ele alınabilir. Buna göre, tescilli bit marka ile aynı veya benzer olsa dahi, bir işaret ad, adres, unvan vs. olarak kullanılabilir. Fakat bunun koşulu, kullanımın dürüst olmasına bağlıdır. Eğer KHK m.12 çerçevesinde belirtilen işaretler, birer marka işlevi görecektir şekilde kullanılırsa, bu durumda dürüst kullanımın varlığından söz edilemeyecektir. Kullanımın dürüst olup olmadığı ise, somut olayın özellikleri çerçevesinde tespit

edilebilecek bir husustur. Örneğin, ticaret unvanının, eşya veya ambalaj üzerinde kullanılması dürüst kullanım kapsamında kalmaz.

Doktrinde markanın dürüst kullanılması dışında, marka hakkının tükenmesi, markanın başvuru eserlerinde yer alması ve kullanma ile ayırt edicilik kazandırma hallerinin de, marka suçları bakımından hukuka uygunluk nedeni olabileceğini belirten yazarlar bulunmaktadır. Bizce markanın dürüst kullanılması kuralı dışında, marka korumasının sınırını oluşturan diğer hallerden hiç biri, marka suçlarının korumaya aldıkları fiillerle örtüşmemektedir. Dolayısıyla, marka hakkının tükenmesi, markanın başvuru eserlerinde yer alması ve kullanma ile ayırt edicilik kazandırma, marka hakkına tecavüz oluşturan fiiller bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmemektedir.

10. Haksız rekabet suçları, tescilli-tescilsiz ayrımı yapmaksızın markanın aynı veya benzerinin kullanılmasını yönelik fiiller de kapsamaktadır. Ayrıca marka hakkına tecavüz suçu kapsamında cezalandırılmayan **“bulundurmak”** fiili de haksız rekabet suçu kapsamında cezalandırılabilir. Bu yönüyle yalnızca tescilli markalar bakımından koruma öngören marka hakkına tecavüz suçu karşından haksız rekabet suçları genel bir düzenleme teşkil etmektedir. Şu halde, marka hakkına tecavüz suçu ile cezalandırılmayan fiillerin haksız rekabet suçları ile cezalandırılması mümkündür.

Marka hakkına tecavüz suçu ile marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçları ile birlikte dolandırıcılık suçunun işlenmesi mümkündür. Diğer taftan eşya veya ambalaj üzerindeki marka koruması işaretini kaldır suçu ile de mala zarar verme suçu bir arada bulunabilir. Bu durumda fikri içtima kuralı gereğince, fail en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olacaktır.

11. KHK m.61/A'nın beşinci fıkrasında taklit markalı ürünleri satan ve satışa arz edenler bakımından etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Buna göre, fail suça konu malı nerden temin ettiğini bildirip, bu malları üreticilerin yakalanmasına ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlarsa ceza almayacaktır. Söz konusu düzenleme

iki yönden eleştirilmelidir. Öncelikle etkin pişmanlık halinin yalnızca taklit markalı malları satışa arz eden veya satan kimseleri kapsamaması, buna karşılık iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz etmek suretiyle, mal satışa arz eden veya satan kimseleri kapsamaması adil değildir. Diğer taraftan, ekin pişmanlıktan yararlanma koşulları çok sıkıdır. Failin malı nerden temin ettiğini bildirmesi, üretenlerin yakalanmasını sağlayabilirse de, üretilmiş mallara el konulmasını her zaman sağlamayabilir. Nitekim bu, her durumda failin bilgisi dâhilinde olan bir husus olmayabilir. Şu haliyle etkin pişmanlık hükmünün uygulanması zor gözükmektedir.

12. Marka suçları takibi şikâyete bağlı suçlardandır. Hak sahibinin fiili ve faili öğrendiği tarihten itibaren altı ay içerisinde şikâyet hakkını kullanması gerekir. Kendisine sözleşmede dava açma hakkı tanınmış olan lisans sahipleri de şikâyet haklarını kullanabilirler. Buna karşılık dava açma hakkı olmayan lisans sahipleri ise, şikâyet koşulunun yerine getirilmesini hak sahibinden isteyebilirler. Hak sahibi şikâyet hakkını kullanmaz ise, bu durumda dava açma hakkı olmayan lisans sahipleri de şikâyette bulunabilir.

13. Bugün ekonomik düzen toplumsal düzen ile doğrudan ilişkilidir. Dolayısıyla, ekonomik yaşama dair bazı fiilleri suç olarak belirlerken, toplumsal yaşamı durağan hale getirmemeye özen gösterilmelidir. Bunun için, suçlar oranlı olmalı, hapis cezalarıyla birlikte seçimlik olarak para cezalarına yer verilmeli, hak sahibinin menfaatinin ön planda olduğu durumlarda şikâyet koşulu getirilmeli, yalnızca kasıtlı davranışlar cezalandırılmalı ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri öngörülerek, TCK'nın genel kanun olma özelliği korunmalıdır. KHK'da yer verilen marka suçları bu yönden eleştirilmelidir. Öncelikle KHK m.61/A'nın ikinci ve üçüncü fıkrasındaki marka koruması işaretini kaldırma ile marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufların niçin suç olarak düzenlendiği kafalarda soru işareti bırakmaktadır. İlk olarak, marka koruması işareti kullanılması zorunlu olmayan ve bu yönüyle kaynağını yasadan almayan bir işarettir. Bu işaretin tek bir fonksiyonu vardır, o da birlikte kullanıldığı markanın tescilli marka olduğunu ifade etmek. Bizce kullanılmasına herhangi bir hukuki sonuç bağlanmayan marka koruması işaretinin kaldırılmasını ayrıca suç olarak düzenlemek oranlılık ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Diğer taraftan, marka hakkı üzerindeki, yetkisiz tasarruflar, zaten özel hukuk bakımından geçerliliği olmayan işlemlerdir. Cezai korumanın varlığını kabul etmek için, söz konusu hukuka aykırı işlemlerle özel hukuk yoluyla mücadelenin yetersiz kaldığını düşündürecek bir takım verilere ihtiyacımız vardır. Aksi halde bu suçun gerekliliği tartışmalı halde gelir.

Son olarak, bireysel yararı koruma aldığı ve bu yönüyle toplumun genelini ilgilendirmeği için, takibi şikâyet şartına bağlanan marka suçlarına, üst sınırı dört yıla kadar çıkan hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülmesinin de oranlılık ilkesiyle bağdaşmadığını, adaletsiz sonuca yol açmadığını belirtmek gerekir. Hele ki iktibas suretiyle tecavüze nazaran haksızlık içeriği daha az olan iltibas suretiyle tecavüzün aynı madde de düzenlenmesi de adil değildir. Bu durumda hâkim, iltibas suretiyle tecavüzün söz konusu olduğu durumlarda alt sınırdan ceza tayini yoluna gitmelidir.

## **KAYNAKÇA**

**AKİPEK**, G. Jale/**AKINTÜRK**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

**ALACAKAPTAN**, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1973.

**ALICA**, Tülay, Marka, Tasarım ve Patent Hakkına Tecavüz Suçlarına İlişkin Hükümlerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, S:2, 2007, s.153.

**ARKAN**, Sabih, İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi, **BATİDER**, C:XX, S:2, 1999, (Anılış: İltibas).

**ARKAN**, Sabih, Marka Hakkına Tecavüz – İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu, **BATİDER**, C:XX, S:3, 2000.

**ARKAN**, Sabih, Marka Hakkına Tecavüz Halleri, **GSÜHFD**, Prof. Dr. Erden **KUNTALP**'e Armağan, C:I, S:1/2004, (Anılış: Marka Hakkına Tecavüz).

**ARKAN**, Sabih, Marka Hakkının Tüketilmesi, Pof. Ali **BOZER**'e Armağan, Ankara 1998, (Anılış: Marka Hakkının Tüketilmesi).

**ARKAN**, Sabih, Marka Hukuku, C:I, Ankara 1997.

**ARKAN**, Sabih, Marka Hukuku, C:II, Ankara 1998.

**ARKAN**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2005, (Anılış: Ticari İşletme).

**ARSAN**, İbrahim, Tescilsiz Markaların Korunması, **SÜHFD**, C:16, S:1, 2008.

**ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, A. Caner, 4. Bası, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.

**ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007.

**ASLAN**, Adem, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, İstanbul 2004

**ASLANER**, Nuran, Almanya Uygulamasında “Renk” Markalar, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2007

**AYDIN**, Hüseyin, Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2003.

**AYOĞLU**, Tolga, Anayasa Mahkemesi’nin 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 9 ve 61. Maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 3.3.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, FMR, C:8, S:2008/4.

**BAĞCI**, Gamze, Marka Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GSÜSBE, 2007.

**CENGİZ**, Dilek, Türk Hukukunda İltibas veya İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995.

**CENTEL**, Nur/ **ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2008.

**CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, İstanbul 2006.

**ÇİÇEKÇİ**, Çiğdem, Markaya Özgü Kullanım Kavramı ve Markaya Tecavüz Fiilleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, DEÜSBE, 2007.

**DARAGENLİ**, Vesile Sonay, Tehlike Suçları, Sahir ERMAN’a Armağan, İstanbul 1999.

**DEMİRBAŞ**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2009.

**DEMİRBAŞ**, Timur, Kriminoloji, Ankara 2005.

**DİRİKKAN**, Hanife, Tanınmış Markaların Korunması, Ankara 2003.

**DONAY**, Süheyl/**ERMAN**, Hasan, Sınai Mülkiyet Aleyhine Suçlar, İstanbul 1973.

**DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:I, İstanbul 1997.

**DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II, İstanbul 1999.

**DURAL**, Mustafa/**SARI**, Suat, Türk Özel Hukuku C:I, İstanbul 2005.

**EPÇELİ**, Sevgi, Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, İstanbul 2006.

**ERMAN**, Sahir, Askeri Ceza Hukuku, İstanbul 1983.

**ERMAN**, Sahir, Ticari Ceza Hukuku, Genel Kısım, 3. Bası, İstanbul 1992.

**ERMAN**, Sahir/**ÖZEK**, Çetin, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, 1995.

**EROĞLU**, Sevilay, Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, DEÜHFD, C.V, S.1, 2003.

**GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz/ **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4. Baskı, Ankara 2003, s.325.

**GÖZLER**, Kemal, Hukuka Giriş, 2. Bası, Bursa 2003.

**GÜMÜŞ**, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2008.

**GÜNEŞ**, İlhami, Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2009.

**HAFIZOĞULLARI**, Zeki, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, AÜHFD, C.48, S. 1-4, Ankara 1999.

**HAFIZOĞULLARI**, Zeki/ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010.

**HIRS**, Ernest, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948.

**HIRSCH**, Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948.

**İÇEL**, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, (Anılış: Taksir).

**İÇEL**, Kayıhan, Suçların İctimai, İstanbul, 1972.

**İÇEL**, Kayıhan/EVİK, A. Hakan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2007.

**İÇEL**, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Fusun/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/ÜNVER, Yener, Suç Genel Teorisi, İstanbul 2000.

**KARAHAN**, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002, (Anılış: Hükümsüzlük).

**KARAHAN**, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, Ekim 2007,(Anılış:Ticari İşletme).

**KARAHAN**, Sami/SULUK, Cahit/ SARAÇ, Tahir/ NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 2. Bası, Ankara 2009.



**KARAN**, Hakan/**KILIÇ**, Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004.

**KARASU**, Rauf, Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları, BATİDER, C:XXIV, S:3, HAZİRAN 2008.

**KARAYALÇIN**, Yaşar, Ticaret Hukuku, Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968.

**KATOĞLU**, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s.19.

**KAYA**, Arslan, Marka Hukuku, İstanbul 2006.

**KAYIHAN**, İçel/**SÜHEYL**, Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Türk Ceza Hukuku, Birinci Kitap, 3. Bası, İstanbul 1999.

**KESKİN**, Serap, Fikri Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları İle Korunması, 2003.

**KESKİN**, Serap, Marka Patent Suçları, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2007.

**KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006.

**KIRCA**, İsmail, Tescilli Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması, BATİDER, C.XXII, S.2, 2003.

**KOCA**, Mahmut, Fikri İçtima, CHD, Yıl:2, S:4, 2007.

**KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2010.

**KORKUT**, Ömer, Ticaret Unvanı Kullanımıyla Marka Hakkına Tecavüz Hakkında Bir İnceleme, BATİDER, C:XXIV, S:3, 2008.

**KUNTER**, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/ **NUHOĞLU**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008.

**KUNTER**, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949.

**KÜÇÜKALİ**, Canan, Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Ankara 2009.

**MAHMUTOĞLU**, Fatih Selami, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara 2003.

**NOMER**, Füsun, “Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW-AUDI Örneği”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Engin NOMER ’e Armağan, Yıl: 22, Sayı: 2002/2.

**OCAK**, Nazmi, Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı, Ali BOZER’e Armağan, Ankara 1998.

**OĞUZMAN**, Kemal/**BARLAS**, Mustafa, Medeni Hukuk, 16. Baskı, İstanbul, 2010,

**OĞUZMAN**, Kemal/**SELİÇİ**, Özer/ **ÖZDEMİR-OKTAY**, Saibe, Eşya Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2009.

**ÖÇAL**, Akar, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara 1967

**ÖNDER**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

**ÖZBEK**, Veli Özer, Müstehcenlik Suçu, Ankara 2009, (Anılış: Müstehcenlik).

**ÖZBEK**, Veli Özer, Ticari Ceza Hukukuna Hakim Olan Ceza Hukuku İlkeleri ve Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Yapılan Değişikliklerin Söz Konusu İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, CHD, Yıl:4, Sayı:9, Nisan 2009, (Anılış: İlkeler).

**ÖZBEK**, Veli Özer/ **KANBUR**, M. Nihat/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar/ **TEPE**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011, (Anılış: Muhakame).

**ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray, Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği, DEÜHFD, Cilt: 9, Sayı 2, 2007.

**ÖZBEK**, Veli Özer/**KANBUR**, Nihat/ **BACAKSIZ**, Pınar/ **DOĞAN**, Koray/**TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2011, (Anılış: Genel Hükümler).

**ÖZBEK**, Veli Özer/**KANBUR**, Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, (Anılış: Özel Hükümler).

**ÖZDAL**, Şule, Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2007.

**ÖZDEMİR**, Saibe Oktay, Sınai Haklara İlişkin Rekabet Hukuku Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002.

**ÖZEN**, Mustafa, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları, Ankara Barosu, FMR, Y:9, C:9, 2009/2.

**ÖZGENÇ**, İzzet, Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, Ünal TEKİNALP'e Armağan, C:III, İstanbul 2003, (Anılış: Marka Hakkına Tecavüz).

**ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2010, (Anılış: Genel Hükümler).

**ÖZGENÇ**, İzzet/ **ŞAHİN**, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2001.

**ÖZTEK**, Selçuk, 556 Sayılı KHK'da Benzer Mal veya Hizmetler, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2007.

**ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008, (Anılış: Muhakeme).

**ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 9. Bası, Ankara 2006, (Anılış: Genel Hükümler).

**PEKDİNÇER**, Remzi Taner, Marka Hakkı ve Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2001.

**PINAR**, Hamdi, Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, 2000 İstanbul, s.861.

**POROY**, Reha/**TEKİNALP**, Ünal, Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Haluk Tandoğan Anısına Armağan, Ankara 1990.

**POROY**, Reha/**YASAMAN**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, 2004 İstanbul.

**SARAÇ**, Tahir, Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur Mu?, **BATİDER**, C:XXIV, S:2, Aralık 2007.

**SEROZAN**, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2006.

**SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5 Baskı, Ankara 2006.

**SOYASLAN**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007.

**ŞAHİN**, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007.

**ŞENOCAK**, Kemal, Soyut Renk Markaları, Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ'e Armağan, Ankara 2003.

**ŞENOCAK**, Kemal, Soyut Renk Markaları, Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ'e Armağan, Ankara 2003.

**TAYLAN**, Esin Çamlıbel, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001.

**TEKİL**, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997.

**TEKİNALP**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004, (Anılış: Fikri Mülkiyet).

**TEKİNALP**, Ünal, Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması, Pfor. Dr. Oğuz İMREGÜN'e Armağan İstanbul 1998, (Anılış: Markanın Kullanılması).

**TİRYAKİ**, Tercan/ **GÜRSOY**, Türker, Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi, S:55, Ekim- Aralık 2004.

**TOPÇU**, Deniz, Smaî Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2007.

**TOROSLU**, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 11. Bası, Ankara 2008.

**TOROSLU**, Nevzat/**FEYZİOĞLU**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

**TOSUN**, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul, 1981.

**UMAR**, Bilge, Hukuk Başlangıcı, İzmir 1997.

**UZUNALLI**, Sevilay, Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi İle Bağlantılı Kavramların Yorumu, Çağa Hukuk Ödülü 2007, İstanbul 2008.

**ÜLGEN**, Hüseyin/ **TEOMAN**, Ömer/ **HELVACI**, Mehmet/ **KENDİGELEN**, İ. Abuzer/ **KAYA**, Arslan/ **NOMER-ERTAN**, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006.

**ÜNAL**, Mücahit, Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, SÜHFD, C:13, S.2005/2, (Anılış: İşaretler).

**ÜNAL**, Mücahit, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara 2007, (Anılış: Hukuki İşlemler).

**ÜNVER**, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

**ÜNVER**, Yener/**HAKERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.

**YASAMAN**, Hamdi, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, İstanbul 2003.

**YASAMAN**, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, C:I, İstanbul 2004.

**YASAMAN**, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, C:I, İstanbul 2004.

**YAŞAR**, Osman/**GÖKCAN**, Hasan Tahsin/**ARTUÇ**, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:IV, Ankara 2010.

**YURTCAN**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2005.

**YÜKSEL**, Mehmet, Küreselleşme Sürecinde Fikri Mülkiyet Haklarına Sosyolojik ve Felsefi Açıdan Genel Bir Bakış, Hukuk ve Adalet, S:4, Ekim-Aralık 2004.

**ZAFER**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.

**ZEVKLİLER**, Aydın/**ACABEY**, Beşir/**GÖKYAYLA**, K. Emre, Medeni Hukuk, Ankara 1999.

**ZEVKLİLER**, Aydın/**HAVUTÇU**, Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2007.