



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

## **MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇLARI**

Aslıhan KART

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2019



# MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇLARI

Aslıhan KART

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2019

## ÖZET

KART, Aslıhan. *Marka Hakkına Tecavüz Suçları*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

Standartlaştırılmış öznelerden oluşan ve tüketim toplumu tarafından oluşturulan piyasa, bu standartlaştırılmış özneleri sembolize ettiği kabul edilen marka işaretlerinin tanınması ve bu markaların ulusal ve uluslararası düzenlemelerle korunması temelinde teşekkül etmiştir.

Günümüz piyasasında, markalar, temsil ettikleri ürünlerin önüne geçerek ayrıca metalaştırılmış ve hatta markanın üründen daha değerli olduğu bir sistem ortaya çıkmıştır. Doktrinde, iktisadi rekabetin entelektüel emekle ilgili yasal kurallara yol açan ekonomik ve sosyal sebep ve koşullardan biri olduğuna dair bir kabul görülmektedir.

Serbest piyasa ekonomisi her dönemde kendi hukukunu yaratmakta olup bugün kabul edilen ekonomik sistem ve kamu düzeni anlayışı bağlamında, devletin görevlerinden biri de ekonomik düzeni, tehdit ve ihlallerden korumaktır. Ancak (özel) idari kolluk müdahaleleri düzeni korumak için yeterli değildir; medeni ve ceza hukuku kurallarına da ihtiyaç vardır.

Marka ve patent, entelektüel sermaye ve bilgi ekonomisinin önemli bir göstergesi haline geldiğinde, marka değeri, şirketlerin değerini belirlemede ana etkenlerden biri haline gelmiş, değerlendirme etkisi sadece şirket üzerinde değil piyasada da kendini göstermektedir. Ticari markanın gücü daha önemli hale geldiğinde, yatırım ilişkileri üzerinde doğrudan bir etki ortaya çıkmaya başlamış; uluslararası düzeyde sistemi kontrol altında tutmak için, sözleşmeler süreci yürürlüğe girmiş; ulusal sınırlar dahilinde ise bilhassa ceza hukukuyla korunma yolları geliştirilmiştir.

Öte yandan, bu fiillerin cezalandırılması tüketicilerin korunması, halk sağlığı ve vergi kayıplarının önlenmesi gibi başka nedenleri içermektedir. Ancak, bu

nedenler asıl hedefin sermaye ve piyasanın ceza hukuku ile korunması olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Türk hukukunda 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, fikri mülkiyet alanında uzun yıllar süren kanun hükmünde kararnameler dönemi sona ermiş, ceza hukuku düzenlemeleri de en nihayetinde kanunilik ilkesine uygun surette bir temele kavuşmuştur.

Tez çalışmasında, mezkûr Kanun'da marka hakkına ilişkin suç ve ceza hükümleri suçun unsurları ve yargılama usulü açısından incelenmiş, öncesinde ise marka hukuku ile ilgili temel kavramlara, ekonomik yönüyle ilgili açıklamalara ve yer verilmiştir.

### **Anahtar Sözcükler**

Marka, iktibas, iltibas, tasarruf, marka işareti kaldırma, tecavüz, devir, lisans, rehin, sözleşme, cezai koruma.

## ABSTRACT

KART, Aslihan. *Criminal Trademark Infringements*, Master Thesis, Ankara, 2019.

The market of standardized subjects for the consumption society, has resulted in the recognition of the marks symbolizing these standardized subjects and the protection scope by national and international regulations.

In today's market, marks are also commodified. This creates a system where the mark is even more valuable than the product.

The free market economy creates its own law in each period. In the context of the economic system and public order acknowledged today, one of the duties of the state is to protect the economic order from threats and infringements. But the administrative law enforcement interventions are not sufficient; there is also need to civil and criminal law rules.

With trademark and patent becoming an important indicator of intellectual capital and knowledge economy, trademark value has become one of the main factors in determining the value of companies. With the strength of the trademark becoming more important, a direct impact on investment relations began to take place. In order to keep the international system under control, the contracts process has put in place and the ways of protection by criminal law were raised.

The punishment of these acts has other reasons such as the protection of consumers, public health and prevention of tax losses. However, these reasons don't change the fact that the real target is the protection of capital and market.

In Turkey, with the Industrial Property Law No. 6769, the period of decree law has come to an end and the criminal law regulations have finally achieved a basis for the principle of legality.

In the thesis, the criminal provisions for the right of trademark shall be examined in terms of the elements of the crime and the procedure of criminal trial, but before, the basic concepts related to the trademark law and economic aspects are explained.

**Keywords**

Trademark, quotation, ambiguity, transaction, remove the brand mark without authorization, infringement, transfer, license, pledge, contract, penal terms.

## İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY .....	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI .....	ii
ETİK BEYAN .....	iii
ÖZET .....	iv
ABSTRACT .....	vi
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR DİZİNİ.....	xiii
GİRİŞ .....	1
BİRİNCİ BÖLÜM .....	6
MARKA, MARKA HAKKI VE İLGİLİ MEVZUAT HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR .....	6
1.1. MARKANIN TANIMI VE UNSURLARI .....	6
1.1.1. Markanın Tanımı ve Marka Olabilecek İşaretler .....	6
1.1.1.1. Kişi Adları .....	9
1.1.1.2. Sözcükler .....	9
1.1.1.3. Şekiller .....	10
1.1.1.4. Renkler.....	10
1.1.1.5. Harfler, Sayılar ve Bunların Birleşimi.....	11
1.1.1.6. Sesler .....	12
1.1.1.7. Biçimler .....	12
1.1.2. Markanın Unsurları.....	13
1.1.3. Markanın İşlevleri .....	16
1.1.4. Marka İle İlgili Mevzuat.....	18
1.1.4.1. Uluslararası Düzenlemeler .....	18
1.1.4.2. Ulusal Düzenlemeler .....	20
1.1.5. Marka Hakkı .....	21
1.1.5.1. Marka Hakkının Tanımı ve Özellikleri.....	21
1.1.5.2. Marka Hakkının Niteliği .....	21
1.1.5.2.1. Genel Olarak Mülkiyet Hakkı .....	21



1.1.5.2.2.	Fikri Mülkiyet Hakkının Tarihçesi ve Tanımı .....	22
1.1.5.2.3.	Hakkın, Mülkiyet Hakkı Olarak Kabulü .....	26
1.1.5.3.	Marka Hakkının Kazanılması ve Tescil İlkesi .....	30
1.1.5.4.	Marka Hakkı Sahipliği.....	31
1.1.5.5.	Marka Hakkının Kapsamı .....	32
1.1.5.6.	Marka Hakkının Sona Ermesi.....	36
1.1.5.6.1.	Hükümsüzlük.....	36
1.1.5.6.2.	İptal .....	36
1.1.5.6.3.	Koruma Süresinin Dolması ve Markanın Süresi İçinde Yenilenmemesi.....	37
1.1.5.6.4.	Marka Sahibinin Marka Hakkından Vazgeçmesi veya Başvurunun Geri Çekilmesi.....	38
<b>1.2.</b>	<b>MARKA HAKKI ÜZERİNDEKİ CEZA HUKUKU KORUMASI .....</b>	<b>38</b>
1.2.1.	Giriş.....	38
1.2.2.	Ekonomik Suç Kavramı .....	39
1.2.3.	Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı.....	44
1.2.4.	Marka Hakkının Korunmasının Ekonomik Açıdan Önemi..	48
1.2.5.	Marka Hakkının Ceza Hukuku Kapsamında Korunması ...	56
<b>İKİNCİ BÖLÜM .....</b>	<b>İKİNCİ BÖLÜM .....</b>	<b>62</b>
<b>MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇLARINDA SUÇUN UNSURLARI.....</b>	<b>MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇLARINDA SUÇUN UNSURLARI.....</b>	<b>62</b>
<b>2.1. GENEL OLARAK - MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇLARINA İLİŞKİN ORTAK HÜKÜMLER.....</b>	<b>2.1. GENEL OLARAK - MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇLARINA İLİŞKİN ORTAK HÜKÜMLER.....</b>	<b>62</b>
2.1.1.	Hukuki Konu.....	65
2.1.1.1.	Genel Olarak Hukuki Konu.....	65
2.1.1.2.	Marka Suçlarında Hukuki Konu .....	69
2.1.2.	Maddi Konu .....	70
2.1.2.1.	Genel Olarak Maddi Konu .....	71
2.1.2.2.	Marka Suçlarında Maddi Konu .....	72
2.1.2.3.	Tescil Koşulu.....	72
2.1.2.3.1.	Markanın Tescil Edilmiş Olması .....	73
2.1.2.3.2.	Markanın Türkiye’de Tescil Edilmiş Olması.....	74
2.1.3.	Fail .....	76
2.1.4.	Mağdur .....	77
2.1.4.1.	Genel Olarak Mağdur .....	77
2.1.4.2.	Marka Suçlarında Mağdur .....	79
2.1.4.2.1.	Suçun Mağduru .....	79
2.1.4.2.2.	Tüzel Kişilerin Mağdur Olması .....	79
2.1.4.2.3.	Lisans Sahibinin Durumu .....	80

<b>2.2. İKTİBAS VEYA İLTİBAS SURETİYLE MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇU</b> .....	85
2.2.1. Giriş.....	85
2.2.2. Fiil.....	87
2.2.2.1. İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçunda Hareket.....	90
2.2.2.1.1. İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz.....	90
2.2.2.1.1.1. İktibas.....	93
2.2.2.1.1.2. İltibas Suretiyle .....	97
2.2.2.1.1.3. Markasal Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanma .....	105
2.2.2.1.1.4. Benzer Mal veya Hizmet .....	110
2.2.2.1.1.5. Mal Üretmek veya Hizmet Sunmak, Satışa Arz Etmek veya Satmak, İthal ya da İhraç Etmek, Ticari Amaçla Satın Almak, Bulundurmak, Nakletmek veya Depolamak Fiilleri	115
Mal Üretmek veya Hizmet Sunmak	116
Satışa Arz Etmek veya Satmak	117
İthal ya da İhraç Etmek	120
Ticari Amaçla Satın Almak	120
(Ticari Amaçla) Bulundurmak ve Depolamak	122
(Ticari Amaçla) Nakletmek	123
2.2.3. Hukuka Aykırılık .....	123
2.2.3.1. Hukuka Aykırılık .....	123
2.2.3.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	127
2.2.3.2.1. TCK'de Yer Alan Hukuka Uygunluk Nedenleri .....	128
2.2.3.2.2. SMK'de Yer Alan Özel Hukuka Uygunluk Nedenleri .....	134
2.2.3.2.2.1. Muvafakat Verme .....	135
2.2.3.2.2.2. Dürüstçe Kullanım.....	136
2.2.3.2.2.3. Kişisel İhtiyaç Ölçüsünde Kullanım.....	138
2.2.4. Kusurluluk .....	138
2.2.4.1. Genel Açıklamalar .....	138
2.2.4.1.1. Kusurluluğa İlişkin Genel Açıklamalar .....	138
2.2.4.1.2. Kasta İlişkin Genel Açıklamalar .....	140
2.2.4.1.3. Taksire İlişkin Genel Açıklamalar .....	142
2.2.4.1.4. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suça İlişkin Genel Açıklamalar.....	143
2.2.4.2. Marka Suçlarında Kusurluluk .....	144
2.2.4.3. "Ticari Amaç" Saiki .....	146
2.2.4.4. Hata.....	149
<b>2.3. MARKA KORUMASI OLDUĞUNU BELİRTEN BİR İŞARETİ MAL VEYA AMBALAJ ÜZERİNDEN YETKİSİ OLMADAN KALDIRMA SUÇU</b> .....	151

2.3.1.	Fiil.....	152
2.3.2.	Hukuka Aykırılık .....	154
2.3.3.	Kusurluluk .....	154
<b>2.4.</b>	<b>YETKİSİ OLMADIĞI HALDE BAŞKASINA AİT MARKA HAKKI ÜZERİNDE DEVRETMEK, LİSANS VE REHİN VERMEK SURETİYLE TASARRUFTA BULUNMA SUÇU .....</b>	<b>156</b>
2.4.1.	Fiil.....	157
2.4.1.1.	Hareket.....	158
2.4.1.1.1.	Devretmek.....	159
2.4.1.1.2.	Lisans Vermek.....	162
2.4.1.1.3.	Rehin.....	167
2.4.2.	Hukuka Aykırılık .....	168
2.4.3.	Kusurluluk .....	169
<b>ÜÇÜNCÜ BÖLÜM .....</b>		<b>170</b>
<b>SUÇUN DİĞER ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ, MUHAKEME USULÜ VE YAPTIRIM.....</b>		<b>170</b>
<b>3.1. SUÇUN DİĞER ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ .....</b>		<b>170</b>
3.1.1.	Teşebbüs .....	170
3.1.1.1.	Marka Suçlarında Teşebbüs .....	173
3.1.2.	İştirak.....	178
3.1.2.1.	Marka Suçlarında İştirak.....	180
3.1.3.	İçtima.....	183
3.1.3.1.	Marka Suçlarında İçtima.....	185
<b>3.2. YARGILAMA USULÜ .....</b>		<b>189</b>
3.2.1.	Dava Açılmayacak Kişiler .....	189
3.2.1.1.	Tazminat Ödenmesi Üzerine El Koyma Tedbirine Başvurulmaması.....	190
3.2.2.	Şikâyete Bağlı Olma.....	191
3.2.3.	Uzlaştırma .....	197
3.2.4.	Arama ve El Koyma.....	200
3.2.4.1.	Arama.....	200
3.2.4.2.	El Koyma .....	205
3.2.5.	Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	208
3.2.6.	Zamanaşımı .....	211
<b>3.3. YAPTIRIM .....</b>		<b>215</b>
3.3.1.	Ceza.....	215
3.3.1.1.	Hürriyet Bağlayıcı Ceza.....	215

3.3.1.2.	Adli Para Cezası.....	218
3.3.2.	Güvenlik Tedbirleri .....	219
3.3.2.1.	Müsadere .....	220
3.3.2.1.1.	Marka Suçlarında Müsadere .....	222
3.3.2.1.2.	Hukuk Mahkemesi ile Ceza Mahkemesi Kararlarının Karşılaşması.....	225
3.3.2.1.3.	Mülkiyet Hakkı Tanınması Sorunu.....	227
3.3.2.2.	Tüzel Kişiler İçin Güvenlik Tedbirleri .....	230
<b>SONUÇ</b> .....		<b>231</b>
<b>KAYNAKÇA</b> .....		<b>238</b>
<b>EK 1. ORJİNALLİK RAPORU</b> .....		<b>257</b>
<b>EK 2. ETİK KURUL / KOMİSYON İZİNİ YA DA MUAFİYET FORMU</b> .....		<b>259</b>

**KISALTMALAR DİZİNİ**

AB	Avrupa Birliği
ABAD (ECJ)	Avrupa Birliği Adalet Divanı
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
BDDK	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
DTÖ	Dünya Ticaret Örgütü
E.	Esas Numarası
GTB	Gümrük ve Ticaret Bakanlığı
K.	Karar Numarası
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KMK	Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu
Madrid Protokolü	Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Sözleşmesi ile İlgili Protokol
Madrid Sözleşmesi	Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Sözleşmesi
Nice Sözleşmesi	Marka Tescilinde Eşyaların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırmasına İlişkin Nice Sözleşmesi
Paris Sözleşmesi	Sınai Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Birlik Oluşturulması Hakkında Paris Sözleşmesi

SEP	Standardda Esas Patent
Singapur Antlaşması	Marka Kanununa İlişkin Singapur Antlaşması
SMK	Sınai Mülkiyet Kanunu
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TLT	Marka Kanunu Anlaşması
TMK	Türk Medeni Kanunu
TPE	Türk Patent Enstitüsü
TRIPS	Dünya Ticaret Örgütü (WTO) Kuruluş Anlaşması ve eki Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TÜRKPATENT	Türk Patent ve Marka Kurumu
Viyana Sözleşmesi	Markaların Figüratif Elemanlarının Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana Sözleşmesi
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve devamı
WIPO	Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı

## GİRİŞ

Her şeyin değer - biçime sahip kılınmasını sağlayan toplumsal koşullar ve sonuçlar, haz ve tüketim odaklı bir toplum yaratmış, böyle bir güdülenme birbirini etkileyen bir üretim ve tüketim silsilesi doğurmuş, piyasada tek tipleşmiş özneleri, bu özneleri temsil ettiği kabul edilen işletmelere itibar edilmesi ve ulusal ve uluslararası düzenlemeler eliyle bu işletmelerin korunması sonucunu doğurmuştur.

Nitekim geçmişteki tüketim kaygısı ile sonrasına ait kaygılar arasında şöyle bir fark ortaya çıkmaktadır: 19. yüzyıla kadar, üretimin yetersiz olmasından kaygı duyulurken, sanayileşmenin ivme kazanması ve kapitalistleşmiş ülkelerin aşırı üretimiyle birlikte, tüketimin yeterli olmayacağından kaygı duyulmaya başlanmış ve hatta bu dönemde tüketime neredeyse "vatanseverlik"le<sup>1</sup> eşdeğer anlamlar yüklenmiştir.

Birbirini sürekli ve bir sonrakinde daha fazla tetikleyen bu üretim ve tüketim döngüsünden<sup>2</sup> müteşekkil piyasada, tek tipleşen ürünleri temsil eden işletmelerin de metalaştığı ve hatta ürünün kendisinden de değerli hale geldiği bir sistem ortaya çıkmaktadır. Marka ve markanın bir hak olarak korunması tam da bu noktada önemini arttırarak merkezi bir konum edinmeye başlamıştır.

Serbest piyasa ekonomisinin, ortaya çıkan ekonomik kamu düzeni kavramı ile birlikte kendine özgü bir hukuk sistemini de yarattığı görülmektedir. Keza tıpkı cezalandırma politikası gibi ekonomik kamu düzeni kavramının tanımlanmasının da o dönem ve yerde kabul edilen devlet politikasına göre değişeceğini söylemek mümkündür<sup>3</sup>. Bugün kabul edilen ekonomik sistem ve ekonomik kamu düzeni kavramı bağlamında, devletin en önemli görevlerinden biri ekonomik (kamu) düzeni tehdit ve ihlallere karşı koruma - kollama olup düzenin

---

<sup>1</sup> KARAKEHYA, Naime, **Tüketim Toplumunun Çevresel Etkileri**, International Conference On Eurasian Economies, Eylül 17-18, (s. 778 - 782), s. 780. <http://www.avekon.org/proceedings/eecon2013.pdf>

<sup>2</sup> KARAKEHYA, 2013, s. 778.

<sup>3</sup> OKAY, Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Ana Bilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2009, s. 147 - 148.

yalnızca (özel) idari kolluk müdahaleleri, düzenleme ve denetleme kurumları eliyle korunması yeterli gelmemekte, hukuki ve bilhassa cezai koruma yolları da öngörülmektedir.

Bu halde, marka hakkının (cezai yollarla) korunması ekonomik sistem ve bu doğrultuda piyasanın korunması açısından önemli etkilere sahiptir. Nitekim bu etki, *Hirsch* ve *Ayiter* tarafından da fikri emeğe ilişkin hukuk kurallarını doğuran toplumsal ve iktisadi sebep ve şartların "iktisadi rekabet"<sup>4</sup>; serbest rekabete dayanan, liberal ekonomiyi benimsemiş sanayi devletlerinde hukukun önemli görevlerinden birinin, patent tekellerinin kırılarak sistemin serbest rekabet prensibiyle bağdaşacak hale getirilmesinin<sup>5</sup> gerekliliği olduğu belirtilmiştir.

Marka ve patentin, entelektüel sermaye ve bilgi ekonomisinin önemli bir göstergesi haline gelmesi ile birlikte marka değeri de piyasada faaliyet gösteren şirketlerin değerinin belirlenmesinde temel faktörlerden biri haline gelmiş; bu değerlemenin yalnızca şirketler özelinde değil, piyasa üzerinde etkileri ortaya çıkmış; markanın gücünün daha önem kazanması ile birlikte yatırım ilişkileri üzerinde doğrudan etki oluşmaya başlamış; özellikle uluslararası sistemin kontrol altında tutulabilmesi için sözleşmeler süreci devreye girmiş; ulusal sınırlar içerisinde ise ceza hukuku kapsamında koruma yolları gündeme gelmiştir. Başka bir ifade ile marka hakkının korunması da artık cezalandırma politikası gereği, piyasanın korunması için cezalandırma çemberinin içine alınmıştır.

Diğer yandan marka hakkını ihlal eden bazı fiillerin cezalandırılmasında, tüketicilerin korunması, kamu sağlığının korunması, devletlerin vergisel kayıplarının önüne geçilmesi gibi daha pratiğe yönelik saikler de mevcuttur.

Bu konuda, uluslararası alanda pek çok sözleşme akdedilmiş, bunların tümüne ülkemizce de taraf olunmuş ve gerekli usuller takip edilerek uygun bulunan bu

<sup>4</sup> HIRSCH, Ernst, **Eser Sahipliği Fikri ve Sınai Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni Bir Görüş**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 3, Ankara, 1944, (s. 330 - 342), s. 336.

<sup>5</sup> AYİTER, AYİTER, Nuşin, **Milletlerarası İhtira Hukukunun Bugünkü Durumu ve İktisaden Geri Kalmış Ülkelerde İhtira Hukuku Problemleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 3, Ankara, 1968, (s. 137 - 165), s. 145.



sözleşmeler Türk hukukunun da bir parçası haline gelmiştir. Nitekim Türk hukukundaki diğer iç hukuk düzenlemeleri de bu sözleşmeler mihenk alınarak yürürlüğe konulmuştur.

22.12.2016 tarihinde kabul edilen ve 10.01.2017 tarihinde (pek çok hükmü) yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu öncesinde mülga 556 sayılı KHK ile düzenlenen alan, bilhassa suç ve cezalar açısından tartışılmalıdır. Zira kanun hükmünde kararname ile suç ve ceza getirilmesinin her şeyden önce kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği malum idi. Uzun yıllar süren bu karmaşanın ardından kanunlaşmaya gidilmiş<sup>6</sup> ve 6769 sayılı SMK yürürlüğe girmiştir.

<sup>6</sup> Kanunlaşmaya giden süreçte ise çok boyutlu bir tartışma aşaması olmuştur. 6769 sayılı SMK, bu alanda hazırlanan pek çok kanunlaşma çalışmasının ardından da TBMM’de, bir yandan bu kanunun, Türk markalarının yaratılmasını ve ekonominin uluslararası alanda rekabetini artıracığı, Türk sanayisinin ihracata dönük, teknoloji yoğun, katma değeri yüksek, yerli kaynaklara dayalı, istihdam sağlayan, uluslararası rekabet gücü yüksek, sürdürülebilir bir üretim yapısına sahip olarak Avrasya’nın ileri bir üretim merkezi olmasının hedeflendiği, markalaşma ve etkin pazarlama yoluyla katma değeri yüksek bir yapıya geçişin sağlanacağı gibi görüşlere karşı, Türk ekonomisinin üretime dayalı bir ekonomi olmadığı, bu halde bu kanun ile yerli üreticinin özellikle yüksek teknoloji ürünleri açısından savunmasız bırakılacağı, yabancı sermaye, uluslararası tekel karşısında yaşayamaz hale geleceği gibi itirazlar da sunulmuştur. [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_g\\_sd.birlesim\\_baslangic?P4=22799&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=77](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=22799&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=77).

Kanunun genel gerekçesine bakıldığında ise şunlar görülmektedir: Mülga KHK’ler döneminde Anayasa Mahkemesi’nde verilen iptal kararları nedeniyle oluşan hak kayıplarından kaynaklanan hukuki belirsizlik sorunlarından söz edilmiş, bu belirsizliğin yarattığı sorunların kanunlaşma yoluyla giderilmesiyle uluslararası uygulamalara ve AB mevzuatına uyumun artacağı, böylelikle Türkiye’nin, yatırımcılar açısından daha cazip ve öngörülebilir hale geleceği, sınai mülkiyet tescil süreçleriyle ilgili uygulamada yaşanan sorunlar büyük ölçüde giderilerek o alanda da uyumun sağlanacağı gerekçelendirilmiştir. Bununla birlikte Türkiye’de sınai mülkiyet hakları alanındaki başvurularda büyük artışların olduğu, “uluslararası sözleşmeler ve AB mevzuatıyla uyumun artırılması ve daha nitelikli ve etkin işleyen çağdaş bir sınai mülkiyet sistemine geçişin sağlanması için mevcut sistemin revize edilmesi” gerektiği, daha etkin bir koruma sistemine sahip olan ülkemizin saygınlığını artırarak sosyal, ekonomik ve ticari hayatta güç kazanacağı, kamu kaynaklı projeler sonucunda ortaya çıkan buluşların hak sahipliğinin buluşu yapan tarafa verilmesiyle buluşların daha kolay ticarileşmesinin sağlanmış olacağı kanun gerekçesinde belirtilmektedir. <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0699.pdf>.

Kanun, henüz kabul edilmeden önce tasarıyı değerlendirenler, Türkiye’nin ihtiyacı olanın küresel eğilimlere uyumlu bir sürdürülebilir kalkınma ve büyüme stratejisi ile rekabet gücünü artırıcı farklı adımlarla yatırımcılar açısından tercih edilir ülke olması gerekliliği olduğunu; bu kanun ile fikri mülkiyet sisteminin artık Anglosakson benzeri

Mülga 556 sayılı KHK'ye oranla SMK'de suç sayısı azaltılmış, Kanun'un 29. maddesinde tecavüz halleri sayılmakla birlikte suç teşkil eden fiiller aynı Kanun'un 30. maddesinde bulunan, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, marka koruması olduğunu belirten bir işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma suçu ve yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretme, lisans ve rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçu ile sınırlı tutulmuştur.

Bu doğrultuda marka hakkı aleyhine gerçekleşen fiillerin ceza hukuku kapsamında korunması, 6769 sayılı SMK bünyesinde düzenlenen suçlar özelinde incelenecek ve bu inceleme aşağıda ayrıntıları sunulan biçimde üç temel Kısım'dan hareketle gerçekleştirilecektir.

Birinci Kısım'da, markanın tanımı, unsurları ve işlevlerine ana hatlarıyla yer verildikten sonra marka hakkına geçilmekte, marka hakkının bir sınai mülkiyet hakkı olarak mülkiyet hakkına benzer bir hak olduğu, kazanılma yolları, tescil ilkesine bağlı olduğu, hakkın kapsamı ve sona ermesi ile ilgili bilgilere yer verilmektedir. Aynı Kısım'da marka ile ilgili ulusal ve uluslararası mevzuat da sayılmaktadır.

Bu kısımda ayrıca ekonomik suçtan başlayarak kamu hukuku bağlamında ekonomik kamu düzeni kavramına yer verilmiş, marka hakkının korunmasının ekonomik açıdan önemi ve bu önemin cezalandırma politikası bağlamında ceza hukuku eliyle nasıl karşılık bulduğuna ilişkin açıklamalar görülmektedir.

Tezin İkinci Kısım'ında üçlü ayırım esas alınarak suçun unsurları incelenmektedir. Suçun hukuki konusu, maddi konusu, faili ve mağduru SMK'de düzenlenen üç suçun tümü için ortak hükümler olarak ele alınmıştır.

---

olacağını, kullanılmayan çok sayıda markanın yeniden tesciline imkan doğacağını belirtirken sektörel sorunlar açısından ticarileşme ve ilgili uluslararası anlaşmalara uyumlu düzenlemelerin yeterli olmaması vurgusunu yapmışlardır. [https://www.tepav.org.tr/upload/files/1457346768-6.Yeni\\_Sinai\\_Mulkiyet\\_Kanunu\\_\\_Turkiye\\_nin\\_ ihtiyacina\\_cevap\\_ verebiliyor\\_mu.pdf](https://www.tepav.org.tr/upload/files/1457346768-6.Yeni_Sinai_Mulkiyet_Kanunu__Turkiye_nin_ ihtiyacina_cevap_ verebiliyor_mu.pdf), <https://www.dunya.com/ekonomi/300-bin-marka-yeniden-tescile-acilacak-haberi-310218>; [http://www.ttaturkey.org/upload/articles-useful-links/TTO\\_Modul-4FMH\\_Calistay-Bildirgesi\\_Kapadokya-IP-Days\\_2016.pdf](http://www.ttaturkey.org/upload/articles-useful-links/TTO_Modul-4FMH_Calistay-Bildirgesi_Kapadokya-IP-Days_2016.pdf).

İkinci Kısım'ın devamında SMK'nin 30/ 1 fıkrasında düzenlenen iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, 30/ 2 fıkrasında düzenlenen marka koruması olduğunu belirten bir işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma suçu ve 30/ 3 fıkrasında yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretme, lisans ve rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçu açısından birbirinden ayrı başlıklar altında fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurları açıklanmaktadır. Bilhassa, uygulamada da diğerlerine nazaran çok karşılaşılan marka hakkına tecavüz suçu türü olduğundan, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu özelinde unsurlar, daha detaylı bir incelemeye tabi tutulmuştur. Ayrıca hukuka aykırılık unsuru altında hukuka uygunluk nedenleri de ele alınmış, marka hakkına tecavüz suçlarında değişen görüşlere göre hukuka uygunluk nedeni sayılan ve sayılmayan özel hallere ilişkin kendi tespit ve görüşlere yer verilmiştir.

Üçüncü Kısım'da suçların teşebbüs, içtima ve iştirak şeklinde diğer ortaya çıkış biçimleri, şikâyete ve uzlaşmaya tabi olma, arama ve el koyma geçici tedbirlerinin uygulanabilmesi, görevli ve yetkili mahkeme gibi yargılama usulüne ilişkin hususlar yer almaktadır. Son bölümde ise, ceza ve güvenlik tedbirleri açıklamaları bulunmaktadır. SMK'nin 30. maddesinde marka hakkına tecavüz suçları için öngörülen hapis ve adli para cezalarının ardından güvenlik tedbirleri konusunda uygulamada hukuk ve ceza mahkemeleri arasında yaşanan çatışma ve çakışmalar da dikkate alınarak bilhassa müsadere hakkındaki bilgiler paylaşılmıştır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### MARKA, MARKA HAKKI VE İLGİLİ MEVZUAT HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Esasında sermayenin, serbest piyasanın ve rekabetin korunması amacına yönelik olduğu görülen fikri mülkiyet hakkı koruması, serbest piyasa ekonomisinin, her dönemde kendine özgü bir hukuk sistemini de yarattığı göz önüne alındığında yapılan düzenleme ve uygulamaların cezalandırma politikası ile de doğrudan irtibatlı olduğu görülmektedir.

Markanın gerek şirketlerin piyasa değeri, gerek piyasa üzerinde yarattığı etkiler, gerekse daha pratiğe yönelik olarak tüketicilerin korunması, devletlerin vergisel kayıplarının önüne geçilmesi, kamu sağlığının korunması gibi saikler, marka hakkının hukuki düzlem üzerinde ele alınmasını ve cezalandırma çemberine dahilini beraberinde getirmektedir.

Bu çerçevede, tezin bu ilk bölümünde, ceza hukuku açıklamalarına geçilmeden önce, marka hukuku ile ilgili ulusal ve uluslararası mevzuata, markanın ve marka hakkının tanımına, marka hakkı sahipliğinin tanımına ve kazanılmasına ilişkin bilgilere kısaca yer verilecektir. Tezin konusu yalnızca ceza hukuku bakımından bir suç incelemesi niteliğinde olduğundan marka ile ilgili ayrıntılı uluslararası metin açıklamalarına ve ihlal halinde başvurulabilecek hukuki koruma yollarına değinilmeyecektir.

#### 1.1. MARKANIN TANIMI VE UNSURLARI

##### 1.1.1. Markanın Tanımı ve Marka Olabilecek İşaretler

Marka, “bir ticari malı, herhangi bir nesneyi tanıtmaya, benzerinden ayırmaya yarayan özel ad veya işaret”<sup>7</sup>; “bir teşebbüsü andıran, temsil eden ve hedef

---

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

kitleyi ona bağlayan kısa simge”<sup>8</sup>; “bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğerlerinden ayırmaya yarayan işaret”<sup>9</sup>; “taciri ve/ veya işletmeyi değil, belli bir işletmeye ait mal veya hizmetin tanıtılması ve ayırt edilmesine yarayan işaret”<sup>10</sup>; “bir mamulü benzerlerinden ayırmak ve onun menşeyini belirtmek amacıyla konan herhangi bir işaret”<sup>11</sup> gibi biçimlerde tanımlanmaktadır.

Mülga 556 sayılı KHK'nin 2/ 1(a) maddesinde *marka, ortak markalar ve garanti markaları dahil ticaret markaları veya hizmet markaları*<sup>12</sup> olarak tanımlanmış ve 5. maddesi ile marka olabilecek işaretler belirlenmiştir.

6769 sayılı SMK hükümlerine bakıldığında ise mülga KHK'deki gibi bir marka tanımına yer verilmediği, doğrudan, marka olabilecek işaretlerin düzenlendiği, 3. maddesindeki “Sınai Mülkiyet Hakkı” tanımında sınai mülkiyet hakkının markayı da ifade ettiğinin belirtildiği görülmektedir. Bu bağlamda, marka tanımı marka olabilecek işaretleri ilgilendiren hükümler ve özellikle SMK'nin 4. maddesi özelinde incelenecektir.

Marka, mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'nda, “*Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda, imal, ihzar, istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi*

<sup>8</sup> TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 360.

<sup>9</sup> ÇOLAK, Uğur, **Türk Marka Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 8; ÇAĞLAR, Hayrettin, **Marka Hukuku Temel Esaslar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 11; DOĞAN, Beşir Fatih, **Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı: 3, Ankara, 2006, (s. 17 - 42), s. 17; KAYA, Arslan, **Marka Hukuku**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 13.

<sup>10</sup> ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017, s. 285.

<sup>11</sup> DONAY, Süheyl - ERMAN, Hasan, **Sınai Mülkiyet Aleyhine Suçlar ve İlgili Mevzuat: Özellikle İhtiras Beratı - Marka ve Haksız Rekabet Suçları**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973, s. 44 - 45.

<sup>12</sup> 6769 sayılı SMK'nin 31/ 3 maddesinde ortak marka, üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işaret; 31/ 1 maddesinde garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işaret olarak tanımlanmış olup ticaret markası teşebbüslerin mallarını, hizmet markası ise teşebbüslerin sundukları hizmetleri bir diğerinden ayırmak için kullanılmaktadır. Ayrıca *Tekinalp*'e göre, hizmet markaları söz konusu olduğunda, mal/ ürün kavramı geniş yorumlanmaktadır. Buna göre örneğin bir bankanın müşterisine sunduğu kredi verme, hesap açma, havale yapma gibi her türlü hizmet ürün kabul edilmektedir. TEKİNALP, 2012, s. 445.

*emtiayı başkalarınıninkinden ayırt etmek için bu emtia ve ambalajı üzerine konulan, emtia üzerine konulamadığı takdirde ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler” olarak düzenlenmiş olup “işaretler” denilmekle yetinilmiş ve başkaca bir unsur sayma yoluna gidilmemiştir.*

551 sayılı Markalar Kanunu’nu ilga eden mülga 556 sayılı KHK ile ise daha ayrıntılı bir açıklama ile markanın içereceği işaretlerin neler olabileceğine yer verilmiştir.

Şöyle ki, mülga 556 sayılı KHK’nin 5. maddesi uyarınca 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”* içerebilecektir<sup>13</sup>.

SMK’nin 4. maddesi ile mülga 556 sayılı KHK’nin 5. maddesinin kapsamı genişletilmiştir. Mülga 556 sayılı KHK’nin yürürlükte olduğu dönemde marka olarak tescil edilebileceği kimi zaman TÜRKPATENT’in tescil işlemleri ile uygulamada, kimi zaman ise yargı kararları ile kabul edilen ve fakat mevzuatta açıkça marka işareti olarak düzenlenmeyen bazı unsurlar da marka olabilecek işaretler arasına alınmıştır. Buna göre marka, *“Bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaret”*tir<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> ARSLAN, Çetin - ÖZDEMİR, Didar, **Türk Hukukunda Marka Suçları - Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Ankara, 2016, (s. 1085 - 1110), s. 1089.

<sup>14</sup> [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr)

“Her tür işaret” ibaresinden de anlaşılacağı üzere, marka olabilecek işaretler tahdidi değildir. Bu doğrultuda maddede sayılan işaret türlerine kısaca değinilecektir<sup>15</sup>.

#### 1.1.1.1. Kişi Adları

Markayı tescil ettirmek isteyen kişiye ait olsun veya olmasın<sup>16</sup>, gerçek kişi adlarının, soyadlarının, ad ve soyadlarının veyahut müstear adlarının; tüzel kişilerin ise ticaret unvanlarının veya ticaret unvanı içerisindeki belirli bir kısmın marka olarak tescili mümkündür.

#### 1.1.1.2. Sözcükler

“Sözcükler” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, birden çok sözcüğün tek marka işareti olarak aynı tescil talebine konu edilmesi mümkündür. Önemli olan ayırt edici olmasıdır. Ancak, tescil edilmeden önce ayırt edicilik özelliği bulunmayan sözcüklerin tescil ile ayırt edilebilir hale gelmesi<sup>17</sup> de mümkündür.

Sözcüğün veya sözcüklerin anlamlı olması gerekmediği gibi Türkçe olması da zorunlu değildir. Yargıtay, “become what you are”<sup>18</sup>, “iWatch”<sup>19</sup>, “purehand”<sup>20</sup>

<sup>15</sup> SMK'nin 4. maddesi ile mülga 556 sayılı KHK'nin 5. maddesinde yapılan tanımdan farklı olarak, bir teşebbüsün mal ya da hizmetlerinin diğer teşebbüslerinkilerden ayırt edilmesini sağlamanın yanında “marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması” şartı da eklenmiştir. Bu şartın, kanun metnine de eklenen renk, ses gibi unsurların tesciline ilişkin bir tamamlayıcı hüküm olduğu tarafımızca düşünülmekte olup şart ile ilgili ayrıntılı açıklamaya Markanın Unsurları başlığı altında yer verilmektedir.

<sup>16</sup> ÇAĞLAR, 2015, s. 15.

<sup>17</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 20.11.2000 tarih ve E. 2000/ 7674, K. 2000/ 9346 sayılı kararı Karar için, Bkz. ÇAĞLAR, 2015, s. 16, Dipnot 55.

<sup>18</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 20.11.2000 tarih ve E. 2000/ 7674, K. 2000/ 9346 sayılı kararı Karar için, Bkz. ÇAĞLAR, 2015, s. 16, Dipnot 55.

<sup>19</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.01.2019 tarih ve E. 2017/ 3001, K. 2019/ 291 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>20</sup> Bu kararında Yargıtay, markanın İngilizce sözcüklerden oluşmasını “*ülkemizde İngilizce bilme oranının düşük olduğu da gözönünde bulundurulursa, 03. (sabun) ve 05.(tıbbi amaçlı hijyen sağlayıcı, dezenfektanlar) sınıflarda yer alan emtialar yönünden ayırt edici özelliği bulunduğu*” ve “*markanın tescilinin mümkün olduğuna*”

gibi ibarelerin konu olduğu kararları ile bunu ortaya koymaktadır. 6102 sayılı TTK'nin haksız rekabet hükümleri saklı kalmak kaydıyla, üstünlük belirten sözcüklerin de tesciline engel bulunmamaktadır. Birden çok sözcüğün bir araya gelmesi açısından sloganlar da özgün olmaları kaydıyla tescile konu olabilecektir<sup>21</sup>.

#### 1.1.1.3. Şekiller

Logo, hologram, etiket, tabela, çizim, kabartma gibi her tür şekil marka olarak tescil edilebilmektedir.

#### 1.1.1.4. Renkler

Madde metninden de görüldüğü üzere, renkler de marka olabilecek işaretlerdendir. Mülga 556 sayılı KHK düzenlemesinde renk ve sese yer verilmemiştir. Buna karşın örneğin, lila renginin marka olarak tescili talebinin reddine ilişkin olarak gördüğü davada Alman Federal Mahkemesi, rengin, mal ve hizmetlerin menşei bir işletmeyi işaret etmesi halinde marka olma özelliğini taşıyacağını ve bu rengin başkası tarafından kullanılması halinde marka hakkının ihlalinin gerçekleşebileceğine<sup>22</sup> hükmetmiştir. Keza, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Libertel* kararında<sup>23</sup> da rengin tek başına bir markayı oluşturma kabiliyetinin olmadığı ve fakat rengin, bir mal veya hizmetle bağlantılı olarak (*per se*) bizatihi bir işaret teşkil etmesi mümkün olabilecektir. Bu anlamda rengin sınırlı durumlarda marka olarak tescil edilebileceği Avrupa Birliği bünyesinde kabul edilmektedir.

Buna karşın Türk hukukunda, SMK'nin yürürlüğe girmesine kadar mevzuatta yer verilmemiş olan, "renk"lerin, marka olarak tescil edilemeyeceği yargı

---

karar vermiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 15.02.2017 tarih ve E. 2015/ 12719, K. 2017/ 820 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>21</sup> TEKİNALP, 2012, s. 362.

<sup>22</sup> DOĞAN, Beşir Fatih, **Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı: 4, Ankara, 2005, (s. 37 - 64), s. 37 - 38.

<sup>23</sup> ABAD (ECJ), *Libertel Groep BV vs. Benelux - Merkenbureau*, 06.05.2003, C-104/ 01, EU:C:2003:244, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=48237&doclang=en>.



kararları ile belirlenmiş idi. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararlarında, renk unsuru markadaki diğer unsurlarla birlikte tescil edildiğinde dahi bunun sadece renk ile ilgili tekel hakkı ve koruma sağlamayacağı<sup>24</sup>, soyut bir imaj olarak rengin tescilinin mümkün olmadığı<sup>25</sup> yönünde hükümler kurulmuştur. Bu anlamda SMK'nin 4. maddesine eklenen renk ibaresi ile artık renklerin de marka olarak tescil edilebileceği hususu yasal bir açıklığa kavuşmuştur.

#### 1.1.1.5. Harfler, Sayılar ve Bunların Birleşimi

Harflerin ve/ veya sayıların tek başlarına veya birden çok harf/ sayının marka olarak tescili mümkündür. Örneğin Yargıtay, Elektrophoretic Deposition işleminin kısaltması olan EPD harflerinin, tescil edildikleri sınıflarda ayırt ediciliğinin bulunduğundan marka olarak tescil edilebileceğine<sup>26</sup> karar vermiştir.

Ancak TÜRKPATENT'in Marka İnceleme Kılavuzu incelendiğinde, bir tasarım ürünü olmayan, standart fontlarla yazılmış, özgünlüğü bulunmayan tek harfler veya tek sayıların ayırt edici bulunmadığı görülmektedir<sup>27</sup>. Çağlar, TÜRKPATENT'in bu görüşüne katılmamakta, TÜRKPATENT'in de, "Z" harfinin bütün ürünleri için, "E" harfinin rüzgar enerjisi santrali için tescili yönündeki Alman Federal Mahkemesi kararlarında olduğu gibi özgün bir tasarımı olmasa dahi tek başına harf tescilinin mümkün olması gerektiğini savunmaktadır<sup>28</sup>.

Harf - sayı kombinasyonlarının tescili de mümkündür. A101 kombinasyonu buna örnektir<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 26.06.1998 tarih ve E. 1997/ 8873, K. 1998/ 4815 sayılı kararı Karar için, Bkz. ŞENOCAK, Kemal, **Soyut Renk Markaları**, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, (s. 55 - 125), s. 80.

<sup>25</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 07.07.1997 tarih ve E. 1997/ 3559, K. 1997/ 5453 sayılı kararı. Karar için, Bkz. TEKİNALP, 2012, s. 365.

<sup>26</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 09.01.2017 tarih ve E. 2015/ 12373, K. 2017/ 97 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>27</sup> Türk Patent Enstitüsü, **Marka İnceleme Kılavuzu**, 2015, s. 27, <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/F9E4CFAF-A7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf>.

<sup>28</sup> ÇAĞLAR, 2015, s. 16 - 17, Dipnot 57.

<sup>29</sup> Yargıtay kararına konu bir olayda, 11. Hukuk Dairesi, daha sonraki bir tarihte hakkında tescil talebinde bulunulan "A1" kombinasyonunun, müseccel olan "A101"

#### 1.1.1.6. Sesler

Sesler konusunda da mülga 556 sayılı KHK döneminde bir düzenleme olmamakla birlikte KHK'nin yürürlükte olduğu dönemde de sesler, orijinal halleriyle grafik biçiminde notaya dökülmek suretiyle ifade edildiğinde TÜRKPATENT<sup>30</sup> tarafından tescile konu edilmiş<sup>31</sup>, nitekim 6769 sayılı SMK'nin 4. maddesi ile yasal düzenlemeye de girmiştir. Keza ABAD'nın *Shield Mark* kararında<sup>32</sup> da, diğer işaretler için öngörülen koşulların sesler için de uygulanması suretiyle seslerin tescil edilebileceğine hükmedilmiştir.

#### 1.1.1.7. Biçimler

6769 sayılı SMK'nin 4. maddesi malların veya ambalajlarının biçimini de marka olabilecek işaretler arasında saymaktadır. Bunun açık ifadesi, üç boyutlu biçimlerdir. Üç boyutlu biçimler, tasarım hukuku tarafından da korunmakta<sup>33</sup> olup ayrıca marka olarak tescilleri mümkün olduğundan marka korumasına da tabi olmaktadır. Coca Cola içeceğinin cam şişesi<sup>34</sup> en bilinen örnektir.

SMK'nin 4. maddesinde sayılan marka olabilecek mezkûr işaretleri yukarıda açıklanan biçimde ifade ettikten sonra, maddede mevcut (mülga 556 sayılı KHK'nin 5. maddesinde mevcut tanımda da yer alan) "teşebbüs" ibaresine *Arkan, Çağlar ve Tekinalp* tarafından getirilen eleştirilere kulak verme ihtiyacı doğmaktadır.

---

markası ile ilişkilendirilme ihtimali doğuracağından tescil talebinin reddinin yerinde olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 02.07.2014 tarih ve E. 2014/544, K. 2014/12725 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>30</sup> Yeni mevzuat uyarınca, Türk Patent ve Marka Kurumu'nun yasal ve güncel kısaltması TÜRKPATENT olduğundan bu biçimde kullanılmıştır.

<sup>31</sup> ÇAĞLAR, 2015, s. 21.

<sup>32</sup> ABAD (ECJ), *Shield Mark BV vs Joost Kist* h.o.d.n. Memex, 27.11.2003, C-283/01, EU:C:2003:641.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd5db77914312844c7892c85fb091c0046.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPaNf0?docid=71437&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=450609>.

<sup>33</sup> TEKİNALP, 2012, s. 364.

<sup>34</sup> ÇAĞLAR, 2015, s. 18.

Bu eleştirilerden ilki, *Arkan* ve *Çağlar* tarafından getirilen, “teşebbüs” kavramı yerine “işletme” kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağı ve hatta işletme kavramının da yalnızca 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 11/ 1 maddesi ile belirlenen ticari işletme olarak da düşünülmemesi gerektiği, esnaf işletmesi, tarım işletmesi gibi ticari olmayan işletmeler için de marka hakkı sahibi olmanın mümkün olduğu, bu nedenlerle teşebbüs kavramının yetersiz kalabileceği eleştirisidir<sup>35</sup>.

Buna karşın *Tekinalp*, “teşebbüs” ibaresinin kanun koyucu tarafından bilinçli olarak kullanılarak marka sahibi olabilecek kişileri genişlettiğini, bunun bir teşebbüse bağlı olmayan gerçek veya tüzel kişilerin de marka sahibi olmalarını engellemediğini ifade etmektedir<sup>36</sup>.

Tüm bunların yanında, SMK’nin 4. maddesinde teşebbüs ibaresini kullanan kanun koyucu, SMK’nin başkaca maddelerinde bazen teşebbüs, bazen ise işletme tabirini kullanarak kavram karmaşası yaratmaktadır<sup>37</sup>.

Söz konusu eleştirilerin, “teşebbüs” ibaresinin 6769 sayılı SMK’nin 4. maddesinde aynı biçimde korunmuş olması nedeniyle, bu hükümler için de tekrarlanması mümkündür.

### 1.1.2. Markanın Unsurları

Mülga 556 sayılı KHK uyarınca markanın unsurları, marka olabilecek bir işaret, markanın ayırt edicilik özelliğine sahip olması, bir mal veya hizmete ilişkin olması ve “*çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen*” başka bir ifade ile çizgesel olarak ortaya konulabilir olması şeklinde sayılmakla birlikte yürürlükteki 6769 sayılı SMK uyarınca bazı farklı göstergeler eklendiği söylenebilecektir.

<sup>35</sup> ARKAN, 1998, s. 36; ÇAĞLAR, 2015, s. 11, Dipnot 38.

<sup>36</sup> TEKİNALP, 2012, s. 369, prg. 34.

<sup>37</sup> Buna örnek olarak, SMK’nin 23/ 4, 31 ve 32 maddeleri verilebilir.

Şöyle ki; marka olabilecek bir işaretin bulunması, markanın ayırt edicilik özelliğine sahip olması ve o işaretin bir mal veya hizmete ilişkin olması unsurları korunmakta iken çizgesel olarak ortaya konulabilme unsuru yerine

*“marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma”*

İbaresinin getirildiği görülmektedir. Kanımızca, böyle bir ibare, kanun metnine de eklenen renk, ses gibi soyut ve koku, tat gibi yeni marka işaretlerinin de tesciline imkân tanınmasını sağlamak üzere tercih edilmiştir. Keza bu düzenlemenin TRIPS’in 15. maddesine uyumlu olarak yeniden yazıldığı madde gerekçesinde de ifade edilmektedir<sup>38</sup>.

Diğer yandan ayırt edicilik niteliğinden de söz etmek gerekirse, 6769 sayılı SMK’nin 4. maddesinde de ifade edildiği üzere marka, bir teşebbüsün mal ya da hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mal ya da hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayacak bir işaret olmalıdır. Keza, SMK’nin 5. maddesinde de tescil başvurusundan önce de kullanılmakta olan ve başvuruya konu mal veya hizmetler açısından kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmış olan markaların tescil taleplerinin, bu işaretlerin ayırt edici olmadıklarından veyahut daha önceki bir tarihte tescil ettirilmediklerinden bahisle reddedilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hüküm de marka işaretinin ayırt edilebilme özelliğine verilen önemi vurgulamaktadır.

Ayırt edicilik *Tekinalp* tarafından, “markanın belleklerde yer etmesi”<sup>39</sup> olarak açıklanmaktadır. *Doğan* ise, somut ve soyut ayırt edicilik ayırımından söz

---

<sup>38</sup> TRIPS

Madde 15 - Korunabilir Marka Konusu

*“Bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret kombinasyonu bir marka oluşturabilecektir. Bu tür işaretler, özellikle kişisel adları, harfleri, sayıları, mecazi unsurları içeren sözcükler, renk kombinasyonları ve bu tür kombinasyonları, marka olarak tescil edilmek için uygun addedilecektir. İşaretler ilgili mal veya hizmetleri ayırt edici kılacak özellikte olmadıkları takdirde, üyeler tescil edilebilirliği kullanım aracılığıyla kazanılan ayırt edici özelliğe bağlı kılabilirler. Üyeler tescil işleminin bir şartı olarak işaretlerin görsel olarak algılanabilir özellikte olmasını talep edebilirler.”*

<sup>39</sup> TEKİNALP, 2012, s. 365.

etmektedir<sup>40</sup>. Buna göre, soyut nitelik ayırt edilmeye elverişli olma hali olup soyut durumu itibariyle bir marka işareti olmaya uygun olmayan işaretler<sup>41</sup> (*Dolar, Euro, marka, süper, mükemmel, hizmet, mal* sözcükleri gibi) soyut niteliği sağlamayacaktır. Somut nitelik ise, o işaretin, ilgili mal veya hizmet açısından ayırt edici olup olmaması anlamına gelmektedir. Örneğin, bir teknoloji üretim şirketi olan Apple Inc. markasının elma meyvesini kullanması, bulunduğu sektör, ürettiği mal ve sunduğu hizmet itibariyle somut bir ayırt edicilik sağlamaktadır.

Ayırt edicilik unsuru ile ilgili olarak iktibas ve iltibasa ilişkin açıklamalar, cezai hükümleri ilgilendirdiğinden, suçun unsurları başlığı altında ayrıntılı olarak yer verilecektir.

Tüm bunların yanı sıra, marka olabilecek bir işaretin, 6769 sayılı SMK'nin 5.ve 6. maddesinde düzenlenen mutlak ve nispi ret nedenleri kapsamına girmemesi gerekmektedir<sup>42</sup>. Mutlak ve nispi ret nedenleri kapsamındaki işaretler, marka olarak tescil edilemeyecektir.

---

<sup>40</sup> DOĞAN, 2006, s. 18.

<sup>41</sup> ÇAĞLAR, 2015, s. 12.

<sup>42</sup> 6769 sayılı SMK

Madde 5 - Marka tescilinde mutlak ret nedenleri

“(1) Aşağıda belirtilen işaretler, marka olarak tescil edilmez:

- a) 4 üncü madde kapsamında marka olamayacak işaretler.
- b) Herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler.
- c) Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler.
- ç) Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler.
- d) Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler.
- e) Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler.
- f) Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak işaretler.
- g) Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesine göre reddedilecek işaretler.

### 1.1.3. Markanın İşlevleri

Doktrinde markanın esas olarak, şu işlevlerinin olduğu belirtilmektedir:

ğ) Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş diğer işaretler ile yetkili mercilerce tescil izni verilmemiş olan armaları, nişanları veya adlandırmaları içeren işaretler.

h) Dinî değerleri veya sembolleri içeren işaretler.

i) Kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı işaretler.

ı) Tescilli coğrafi işaretten oluşan ya da tescilli coğrafi işaret içeren işaretler.

(2) Bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa bu markanın tescili birinci fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemez.

(3) Bir marka başvurusu, önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin Kuruma sunulması hâlinde birinci fıkranın (ç) bendine göre reddedilemez. Muvafakatnameye ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.”

Madde 6 - Marka tescilinde nispi ret nedenleri

“(1) Tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedilir.

(2) Ticari vekil veya temsilcinin, marka sahibinin izni olmaksızın ve haklı bir sebebe dayanmaksızın markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kendi adına tescili için yaptığı başvuru, marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir.

(3) Başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir.

(4) Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesi bağlamındaki tanınmış markalar ile aynı veya benzer nitelikteki marka başvuruları, aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedilir.

(5) Tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir markanın, Türkiye’de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği hâllerde, aynı ya da benzer markanın tescil başvurusu, haklı bir sebebe dayanma hâli saklı kalmak kaydıyla, başvurunun aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde yapılmış olmasına bakılmaksızın önceki tarihli marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir.

(6) Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir.

(7) Ortak markanın veya garanti markasının yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren üç yıl içinde yapılan, ortak marka veya garanti markasıyla aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri içeren marka başvurusu, önceki hak sahibinin itirazı üzerine reddedilir.

(8) Tescilli markanın yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren iki yıl içinde yapılan, bu markayla aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri içeren marka başvurusu, önceki marka sahibinin itirazı üzerine bu iki yıllık süre içinde markanın kullanılmış olması şartıyla reddedilir.

(9) Kötüniyetle yapılan marka başvuruları itiraz üzerine reddedilir.”

www.mevzuat.gov.tr.

Ayırt etme işlevi, markanın temsil ettiği mal veya hizmetin piyasada, başkaca mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlayan, o mal veya hizmete kimlik kazandıran<sup>43</sup> işlevdir.

Köken işlevi, kaynak gösterme işlevi olarak da ifade edilmektedir. Mal veya hizmetin kökeninin, hangi işletmeye ait olduğunu marka göstermektedir. *Tekinalp* köken işlevinin, malı üreten veya hizmeti sunan işletmenin ayırt edilmesinin artık önemini yitirdiği, markanın doğrudan malları veya hizmetleri birbirinden ayırt etmeye yarayan bir araç haline dönüştüğü gerekçeleriyle günümüzde anlamını kaybettiğini<sup>44</sup>, özellikle küresel üretimin artması ile birlikte *Çolak*, ürünün nerede üretildiğinin öneminin kalmadığını, örneğin ADİDAS marka bir ayakkabının ADİDAS'a ait olduğunun bilinmesinin yeterli olduğunu, ayakkabının aslında Amerika'da mı yoksa Endonezya'da veya Vietnam'da mı üretildiğinin bir öneminin kalmadığı gerekçesiyle köken işlevinin anlamının kalmadığını<sup>45</sup> belirtmektedir. Diğer görüşe göre köken işlevi tümüyle ortadan kalkmamış, biçim değiştirmiştir. Buna göre marka artık mal veya hizmetin hangi işletmeden geldiğini belirleme işlevini değil, farklı işletmelere ait olduğunu gösterme noktasında köken işlevini yerine getirmektedir<sup>46</sup>.

Reklam ve garanti işlevi, markanın piyasada tanınarak ilgili olduğu mal veya hizmetin bilinirliğini sağlaması ve alıcıda güven uyandırmasıdır. Burada sözü edilen garanti işlevi hukuki anlamda teminat sağlayan değil, ekonomik bir işleve sahiptir<sup>47</sup>. Bu ekonomik işlev, malın veya hizmetin kalitesine, belli standartlara sadık kalınarak sunulduğuna<sup>48</sup>, işletmeye, satıcıya duyulan güven biçimlerinde ortaya çıkabilmektedir.

<sup>43</sup> TEKİNALP, 2012, s. 378.

<sup>44</sup> TEKİNALP, 2012, s. 378.

<sup>45</sup> ÇOLAK, 2016, s. 13 - 14.

<sup>46</sup> UZUNALLI, Sevilay, **Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu**, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2008, s. 76.

<sup>47</sup> TEKİNALP, 2012, s. 378; BAŞBÜYÜK, İsa, **Marka Hakkının İhlâlinden Doğan Cezai Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 19.

<sup>48</sup> NOYAN, Erdal - GÜNEŞ, İlhami, **Marka Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 84.

Güçlenen marka, piyasada sağlam bir yer edinecek, yeni rakiplerin piyasaya girmeleri ve piyasada kalmaları güçleşecek, güçlü marka piyasada tekel hale gelecektir<sup>49</sup>. Bu da markanın tekelleşme işlevidir.

#### 1.1.4. Marka İle İlgili Mevzuat

Marka, marka hakkı, marka hakkı sahibi gibi tanımlamalara geçmeden önce marka konusundaki ulusal ve uluslararası hukuk metinlerinin neler olduğu bilgisine yer verilmesinde fayda görülmektedir.

##### 1.1.4.1. Uluslararası Düzenlemeler

Ülkeler arasında yaşanan yoğun ticari ilişkiler, küreselleşme söylemi ile ortaya çıkan sosyoekonomik gelişmeler, çok uluslu şirketlerin tekeli altında yürütülen ticari mal ve hizmet sunumu faaliyetleri ve bu faaliyetlerin uluslararası bir ekonomik ilişki sisteminde gerçekleşmesinin bir sonucu olarak ekonomik suçlar gittikçe daha uluslararası bir nitelik kazanmakta, bu da uluslararası tedbirlerin alınmasına neden olmuştur.

*Tiedemann*, bu tedbirlerin çoğu zaman bölgesel olarak ortaya çıktığını, Avrupa Birliği içerisindeki Adalet Divanı gibi sistemlerin veyahut Güney Amerika'daki Mercosur sistemi gibi uluslararası hukuk ve ticaret alanlarının oluşturulması suretiyle müşterek uygulamalar yaratıldığını belirtmektedir<sup>50</sup>.

Fikri mülkiyet hakları bakımından bu husus değerlendirildiğinde, kurulan uluslararası hukuk ve ticaret alanının bölgeselden öteye geçtiği, TRIPS'e taraf olan ülke sayısının yedi kıtadan 164 ülke olduğu görülmektedir<sup>51</sup>.

TRIPS'in bazı maddeleri incelendiğinde, bu hükümler ile aslında tekelleşmenin uluslararası düzeyde korunması amacının güdüldüğü görülmektedir. Şöyle ki; TRIPS'in 3. maddesinde, üye devletlerin, diğer üye devletlerin vatandaşlarına,

<sup>49</sup> TEKİNALP, 2012, s. 378.

<sup>50</sup> TIEDEMANN, Klaus, **Ekonomi Ceza Hukuku**, (Çev: Ayşe Nuhoğlu), Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2017, s. 32.

<sup>51</sup> <https://wipolex.wipo.int/en/treaties/parties/231>.



kendi vatandaşlarına sunduklarından daha az elverişli bir muamelede bulunamayacakları; 4. maddesinde de, bu hükmü pekiştirir mahiyette olmak üzere, bir üye devletin, başka bir üye devletin vatandaşlarına tanımış olduğu imtiyaz, avantaj, bağışıklık ve benzeri ayrıcalıklardan diğer tüm üye devletlerin kayıtsız şartsız yararlandırılacağı hükme bağlanmıştır.

Böyle bir uluslararası sistem, tekelleşmeyi de güvence altına aldığı gibi kanımızca, ulusal düzeyde suçu şikayete bağlı kılarak piyasanın canlılığını da korumaktadır.

Bu bağlamda, genelde fikri mülkiyet, özelde ise marka hakkı konusunda kabul edilen temel düzenlemelerin tümü TRIPS başta olmak üzere, uluslararası sözleşmelerden oluşmaktadır. Bu sözleşmelere taraf olunmasını müteakip ise uluslar düzeyinde iç hukuk düzenlemeleri getirilmiştir.

Markalar ile ilgili olarak;

- “Sınai Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Birlik Oluşturulması Hakkında Paris Sözleşmesi”<sup>52</sup> (“Paris Sözleşmesi”) (1883),
- “Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Sözleşmesi” (“Madrid Sözleşmesi”) (1891),
- “Marka Tescilinde Eşyaların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Sözleşmesi” (“Nice Sözleşmesi”) (1957),
- “Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) Kuruluş Sözleşmesi” (1967),
- “Markaların Figüratif Elemanlarının Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana Sözleşmesi” (“Viyana Sözleşmesi”) (1973),

---

<sup>52</sup> Patent kanunlarının anayasası olarak kabul edilen ve 1883 yılında, Türkiye Cumhuriyeti kurulmadan önce imzalanan Paris Anlaşması’na Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf oluşu, Lozan Anlaşması hükümleri gereğince olmuştur. Türkiye Cumhuriyeti, Paris Sözleşmesi’nin, 1925’te La Haye’de tespit edilen halini, 1930 yılında tasdik ederek katılmıştır. SOYAK, Alkan, **Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları: Tanımı, Tarihsel Gelişimi ve GOÜ’ler Açısından Önemi**, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, 2005, (s. 11 - 30), s. 15, Dipnot 17.

- “Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Sözleşmesi ile İlgili Protokol” (“Madrid Protokolü”) (1989),
- “Marka Kanunu Anlaşması” (“TLT”) (1994),
- “Dünya Ticaret Örgütü (WTO) Kuruluş Anlaşması ve eki Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması” (“TRIPS”) (1994)

Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanmasının ardından Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından uygun bulunarak Türk hukuk sisteminde yürürlüğe girmiştir. Marka Kanununa İlişkin Singapur Antlaşması (“Singapur Antlaşması”) ise, 28.03.2006 tarihinde imzalanmış olmakla birlikte henüz yürürlüğe girmemiştir<sup>53</sup>.

#### 1.1.4.2. Ulusal Düzenlemeler

Türk hukukundaki mevzuat geçmişine bakıldığında, esas olarak;

- 12.03.1965 tarihli ve 11951 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 551 sayılı “Markalar Kanunu”<sup>54</sup> (mülga),
- 551 sayılı Markalar Kanunu’nu yürürlükten kaldıran, 27.06.1995 tarihli ve 22326 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 556 sayılı “Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”<sup>55</sup> (“KHK”) (mülga) ve
- 10.01.2017 tarihli ve 29944 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 6769 sayılı “Sınai Mülkiyet Kanunu” (“SMK”)<sup>56</sup> görülmektedir.

Bu tez çalışmasında marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin incelemeler ve değerlendirmeler 6769 sayılı SMK hükümleri kapsamında yapılacaktır.

<sup>53</sup> <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/6E44B1F4-1827-4CA7-8208-47958FB5B17E.pdf;jsessionid=45F5156D92A161604E718E28E1E1D33F>

<sup>54</sup> [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc048/kanuntbmmc048/kanuntbmmc04800551.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc048/kanuntbmmc048/kanuntbmmc04800551.pdf)

<sup>55</sup> [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr).

<sup>56</sup> [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr).

### 1.1.5. Marka Hakkı

#### 1.1.5.1. Marka Hakkının Tanımı ve Özellikleri

Marka hakkı, özelliklerinden yola çıkarak, devir, lisans, rehin, teminat gibi hukuki işlemlere konu olabilen, on yıl koruma süresine tabi ve yine onar yıllık sürelerle yenilenebilen, sahibine tekel hakkı veren gayrimaddi bir hak olarak tanımlanabilir. Marka hakkı, para ile ölçülebilen bir karşılığı temsil ettiğinden mal varlığı hakları arasında yer almaktadır<sup>57</sup>. Aynı zamanda mutlak hak niteliğini haiz olan marka hakkı, sahibine, herkese karşı ileri sürülebilme hak ve yetkisini tanımaktadır. Hakkın hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara aşağıda ayrıntıları ile yer verilmektedir.

#### 1.1.5.2. Marka Hakkının Niteliği

Bir sınai hak olarak marka hakkının niteliğini belirleyebilmek için, öncesinde mülkiyet ve fikri mülkiyet hakkı kavramlarına değinilecektir. Zira marka hakkı bu hakla bağlantılı olarak incelenmektedir.

##### 1.1.5.2.1. Genel Olarak Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkı, toplumu şekillendirme ve dönüştürme etkisini haiz ekonomik, sosyal, siyasi ve hukuki boyutları olan bir kavram olarak görülmektedir<sup>58</sup>.

Bu nedenle, bir fikri hak unsuru olarak markanın korunmasının ekonomik anlamının ve öneminin ne olduğu açıklamalarına geçmeden önce genel olarak mülkiyet ve fikri mülkiyet kavramına, fikri mülkiyetin neden korunduğu hususuna değinmekte fayda görülmektedir. Nitekim bu açıklamalar içerisinde, uzun yıllardır yapılagelen, özelde marka hakkının, genelde ise fikri ve sınai hakların öz niteliğinin ne olduğu tartışmasına da yer verilmesi yerinde olacaktır.

<sup>57</sup> ÇOLAK, 2016, s. 9.

<sup>58</sup> GÜNEŞ, Yusuf - BİRBEN, Üstüner, **Mülkiyet Hakkının Kavramsal Temelleri**, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 9, Ocak 2015, (s. 197 - 218), <https://www.jurix.com.tr/article/4474>.

Sözlük anlamıyla mülkiyet, “sahiplik” anlamında gelmektedir<sup>59</sup>.

İlkel toplumlarda kolektif mülkiyet<sup>60</sup> olarak kendini gösteren mülkiyet kavramı, ilerleyen tarihsel süreçte emek ile ilişkili olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. Kapitalizmin gelişimi sürecinde klasik iktisatçıların mülkiyete ilişkin değerlendirmelerine bakıldığında temel olarak Adam Smith'in görüşleri ile karşılaşılmaktadır. Buna göre, bireylerin, kendi kişisel çıkarları doğrultusunda hareket etmeleri, hem etkin çıktılar elde etmek suretiyle toplumsal faydaya neden olacak, hem de kişisel fayda sağlayacaktır. Ancak bu durum, serbest piyasada faaliyet gösteren, tüm ekonomik faaliyetlerin özel şirketlerce, özel mülkiyetteki kaynakların, özel tüketim mallarına dönüştürüldüğü toplumlara uygun olacaktır<sup>61</sup>. Öyleyse bu yaklaşıma göre, sürekliliğin sağlanması için özel mülkiyet esastır. Böyle bir sistemde, yatırım teşvik edilen ve istenen bir şey olacaktır.

#### 1.1.5.2.2. Fikri Mülkiyet Hakkının Tarihçesi ve Tanımı

Özel mülkiyeti esas alan ekonomik sistemde fikri mülkiyet haklarının ortaya çıkışı ve yeri de incelenmelidir.

Genel olarak, fikri mülkiyet haklarının tarihçesine kısaca bakıldığında, bu hakların ortaya çıkışının ve gelişiminin ekonomi politik açıdan dünya tarihi ile bağlantılı biçimde paralel seyrettiği dikkati çekmektedir.

<sup>59</sup>[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b5472fc708386.74630163](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b5472fc708386.74630163) , (Erişim Tarihi: 22.07.2018)

<sup>60</sup> Kolektif (ortakçı) mülkiyet ve özel mülkiyete geçişin, *Güriz* tarafından, ilk önce kabile mülkiyetinin bulunduğu, toplama ekonomisinin ayırıcı özellik olduğu, hem toprak hem taşınır eşya üzerindeki mülkiyetin topluluk tarafından kolektif olarak kullanıldığı, zamanla toprağın aileler arasında bölünmeye başladığı, aile mülkiyetinin oturması ile birlikte aile komünizminin doğduğu ve kolektif mülkiyetin özel mülkiyete dönüştüğü şeklinde açıklandığı söylenebilir. GÜRİZ, Adnan, **Teorik Açısından Mülkiyet Sorunu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 253, Ankara, 1969, s. 2.

<sup>61</sup> GÜNEŞ - BİRBEN, 2015 (jurix).

İlkçağ, fikri mülkiyet hakkının “korunmama” çağı olup bu hak, bağlı olduğu maddi şeyin hâlihazırda bir parçası biçiminde yok sayılmakta<sup>62</sup> iken orta çağda eser ve fikri mülkiyet hakkı kavramı “anonim” olarak kabul edilmektedir. 1450’lerde matbaanın icadı ile birlikte artık daha hızlı biçimde çoğaltılabilen eser, ekonomik değer kazanmaya, dolayısıyla fikri mülkiyet hakkı belirgin hale gelmeye başlamış ve eserin basıldığı bölgenin hâkimi konumundaki kişilere tekel mahiyetinde imtiyaz hakkı<sup>63</sup> olarak verilmeye başlanmıştır.

Tarih, 1789 yılı olup Fransız Devrimi gerçekleştiğinde bugünkü anlamda fikri mülkiyet hakkı anlayışı dünya genelinde zihinlere yerleşmeye başlamıştır. 1791 yılında “*Fransız Patent Kanunu*” ile eserin, eser sahibinin hayatı boyunca ve eser sahibi öldükten sonraki on yıl süreyle koruma altında olacağına ilişkin hüküm getirilmiştir. Ölümden sonraki on yılın dolmasının ardından ise eser kamuya ait olacaktır<sup>64</sup>.

Sınai hakların korunmasına gelindiğinde ise ilk koruma düzenlemesi 1443’te Venedik’te yapılmış, 1474’te yine Venedik’te ilk patent kanunu yürürlüğe girmiştir. Bunları İngiltere’de 1624 yılında yürürlüğe konulan Tekel Kanunu, Amerika Birleşik Devletleri’nin 1776’da bağımsızlığını kazanmasının ardından gelen 1790 tarihli Patent Kanunu ile Fransa’da 1791 tarihli Fransız Patent Kanunu izlemiştir.

1800’lerde Sanayi Devrimi’nin başlaması ile birlikte sınai hakların (marka, patent ve tasarım) modern anlamda düzenlendiği görülmektedir. Bu bağlamda, 1815 yılında Rusya, 1864 yılında İtalya, 1877 yılında Almanya patent kanunları ve 1885 yılında Japonya Patent Tekeli Kanunu yürürlüğe girmiştir<sup>65</sup>.

Osmanlı Devleti’nde de 1879 yılında, 1791 tarihli Fransız Patent Kanunu’nun birebir çevirisi olan ve Türk Hukukunda 1995 yılına kadar mer’i olan “Osmanlı

<sup>62</sup> SULUK, Cahit, **Yeni Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu: Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele**, Hayat Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 25.

<sup>63</sup> SULUK, 2004, s. 26.

<sup>64</sup> SULUK, 2004, s. 26; SOYAK, 2005, s. 13.

<sup>65</sup> SOYAK, 2005, s. 13.

İhtira Beratı Kanunu"<sup>66</sup>; yine Fransız Markalar Kanunu'ndan çevirisi yapılan 1871 tarihli, kişileri sahteliğe karşı korumayı amaç edinen, "Eşya-i Ticariyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamname" yayınlanmış<sup>67</sup> ve böylelikle marka hakkının tanınmasının ve hukuki koruma altına alınmasının dünyadaki örneklerinden biri verilmiştir<sup>68</sup>.

Cumhuriyet döneminde ise ilk önemli ve kurumsal adımlar, Türkiye Cumhuriyeti'nin 1995 yılında DTÖ'ne (dolayısıyla TRIPS'e) üye olması ve aynı yıl Gümrük Birliği'ne geçişinin tamamlanması ile atılmıştır<sup>69</sup>. Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında imzalanan 1/ 95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı<sup>70</sup> (Gümrük Birliği Kararı) Kısım IV Madde 31 ve "Fikri, Sınai ve Ticari Mülkiyetin Korunması" Ek 8 kısmı ile Türkiye Cumhuriyeti, fikri mülkiyet haklarına Avrupa Ekonomik Topluluğu ile eş düzeyde bir koruma sağlayacağını, uluslararası düzenlemelerde öngörülen tedbir ve uygulamaları ifa edeceğini taahhüt etmiştir.

Uluslararası ve ulusal metinler ile doktrin ışığında fikri mülkiyetin tanımına bakıldığında, WIPO Kuruluş Sözleşmesi'nin 2. maddesi uyarınca fikri mülkiyet, şunları içermektedir:

- "Edebi, sanatsal ve bilimsel çalışmalar,
- İcra sanatçılarının performansları, fonogramlar ve radyo yayınları,
- İnsan emeğinin her alanındaki buluşlar,
- Bilimsel keşifler,
- Endüstriyel tasarımlar,

<sup>66</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. HIRSCH, Ernst, **Fikri ve Sınai Haklar**, Ar Basımevi, Ankara, 1948, s. 76-126 (Aktaran: SOYAK, 2005, s. 13, Dipnot 11).

<sup>67</sup> <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/History>.

<sup>68</sup> SOYAK, 2005, s. 14.

<sup>69</sup> PARLAKYILDIZ, F. Merve - GÜVEL, E. Alper, **Fikri Mülkiyet Hakları ve Bu Hakları Korumanın Ekonomik Önemi**, Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Cilt: 8, Sayı: 4, Ekim 2015, s. 33; GÜVEL, 2005, (s. 29 - 39), s. 31.

<sup>70</sup> <http://www.mfa.gov.tr/1-95-sayili-ortaklik-konseyi-karari-gumruk-birligi-karari.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 19.08.2018).

- Markalar, hizmet markaları ve ticari unvan ve adlar,
- Haksız rekabete karşı koruma,
- Endüstriyel, bilimsel, edebi veya sanatsal alanda yapılan fikri faaliyetten doğan diğer her türlü hak<sup>71</sup>.

TRIPS'te fikri mülkiyet hakkı düşünce hakkı olarak ifade edilmiş olup düşünce ürünleri üzerindeki mülkiyet hakkı olarak tanımlanmıştır.

Fikri mülkiyet hakları, insanın zekâ ürünü olan her türlü gayri maddi varlık<sup>72</sup>; maddi olmayan şeyler üzerinde kurulan, ilişkin olduğu eşyadan bağımsız, bölünebilir bir mutlak hak olma özelliklerini taşıyan bir tür mülkiyet hakkı<sup>73</sup>; eserini umuma bahşeden ve milletin düşünsel servetini artırarak topluma hizmet eden bu kişinin hizmetine karşılık sunulan ödül niteliğinde bir hak<sup>74</sup>; kişinin entelektüel çabasının sonucunda meydana gelen eserin taklit edilmesini önleyen hak<sup>75</sup>, kişilere ekonomik değer taşıyan emek ürünleri üzerinde tanınan mülkiyet hakkı<sup>76</sup> gibi biçimlerde tanımlanmaktadır. Ancak örneğin *Ayiter*, fikri mülkiyet hakkını, zeka ürünü olan her gayri maddi varlığın değil, zeka ve beceri sonucu olup ticarete konu olabilme özelliği taşıyan, hukuk düzenince korunan ve sahibine inhisari birtakım haklar veren bir gayri maddi mülkiyet hakkı çeşidi<sup>77</sup> olarak kabul etmektedir. *Tekinalp* de "fikri mülkiyet" teriminin geniş anlamda tüm fikri ve sınai hakları içerdiğini, bunun her bir hak özelinde hukuk yaratılmasına

<sup>71</sup> [http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file\\_id=283833](http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283833), (Erişim Tarihi: 08.08.2018).

<sup>72</sup> GÜVEL, E. Alper, **Fikri Mülkiyet Haklarının Ekonomik Analizi**, TOBB Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Ankara, 2005, (s. 88 - 93), s. 88.

<sup>73</sup> ATEŞ, Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 100 - 103.

<sup>74</sup> HIRSCH, 1944, , s. 333.

<sup>75</sup> DÜĞER, Sırrı, **Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Türk Patent ve Marka Kurumunun Görev Alanının İdarenin Regülasyon Faaliyeti Açısından Değerlendirilmesi**, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 10, Aralık 2017, (s. 259 - 292), s. 262.

<sup>76</sup> YÜKSEL, Mehmet, **Küreselleşme Sürecinde Fikri Mülkiyet Hakları**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 2, 2001, (s. 557 - 578), s. 557.

<sup>77</sup> AYİTER, Nuşin, **İhtira Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s. 1-2.

(marka hukuku, telif hukuku, patent hukuku gibi) engel olmadığını<sup>78</sup> ifade etmektedir.

#### 1.1.5.2.3. Hakkın, Mülkiyet Hakkı Olarak Kabulü

Hakkın, mülkiyet hakkı olarak kabulüne ilişkin değerlendirme yapıldığında öncelikle karşılaşılan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”) Ek 1. No.lu Protokol’ün,

*“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*

*Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez”<sup>79</sup> şeklinde 1. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkıdır.*

Bu hüküm çerçevesinde oluşan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) içtihadı incelendiğinde, bir hak veya menfaatin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için Mahkeme’nin üç unsuru bir arada aradığı görülmektedir. Buna göre;

- Bu hak veya menfaat ulusal hukuka göre önceden kazanılmış, başka bir ifade ile mevcut olmalı,
- “Makul bir şekilde ortaya konmuş icra edilebilir bir alacağın doğurduğu, ulusal mevzuatta belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma ihtimalinin

<sup>78</sup> TEKİNALP, 2012, s. 1-2.

<sup>79</sup> <http://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>.



yüksek olduğunu gösteren yerleşik bir yargı içtihadına dayanan, yeterli somutluğa sahip nitelikte”<sup>80</sup> bir meşru beklenti olmalı,

- İleri sürülen hak veya menfaat ekonomik bir değer oluşturmaldır. Diğer bir deyişle, belirli bir parasal değere sahip olmalıdır. Bu parasal karşılık da o şeyin sahip olduğu piyasa değeridir.

AİHM, AİHS Ek 1. No.lu Protokol’ün 1/ 1 maddesindeki hak tanımını, malvarlığı hakkı olarak nitelendirmekte olup buna özerk bir anlam<sup>81</sup> vermektedir. Buna göre, ulusal hukukta aslında mülkiyet hakkı kapsamında kabul edilemeyen pek çok hak veya menfaat, mal varlığı hakkı kabul edilmektedir. Fikri ve sınai haklara ilişkin ihlal iddiaları da bu bağlamda AİHS Ek 1. No.lu Protokol’ün 1. maddesi bağlamında mülkiyet hakkı ihlalinin bir türü olarak değerlendirilmektedir.

Örneğin, AİHM’in *Smith Kline ve French Laboratories* kararında<sup>82</sup> Mahkeme, patent hakkını mülkiyet kavramı içerisinde ele almış, keza *Melnychuk vs. Ukrayna* davasında<sup>83</sup> da, telif hakkı ihlalinin yine AİHS Ek 1. No.lu Protokol’ün 1. maddesi kapsamında değerlendirmişti<sup>84</sup>.

AİHM Büyük Daire, marka hakkına ilişkin bir ihlal iddiasında<sup>85</sup> da marka tescil başvurusunda bulunmanın birtakım mali hak ve menfaatleri ortaya çıkardığını, hatta ilgili ulusal mevzuata göre marka tescil başvurusu şarta bağlı kılınmış olsa dahi bu durumda yapılan bir başvurunun da malvarlığı hakkı yaratacağını,

<sup>80</sup> Anayasa Mahkemesi’nin, *Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014; *Hülya Çakalır*, B. No: 2014/8886, 5/10/2017 tarihli bireysel başvuru kararları. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>.

<sup>81</sup> AKKURT, Ali, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Yargı Organları İçtihatlarında Mülkiyet Hakkının Kapsamı ve Sınırlanması**, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 6, Aralık 2015, (s. 177 - 204).

<sup>82</sup> *Smith Kline ve French Laboratories Ltd v. Hollanda*, No. 12633/87, 4/10/1990 tarihli karar. <https://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>83</sup> *Melnychuk vs. Ukrayna*, No. 28743/03, 05/07/2005 tarihli karar. <https://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>84</sup> ŞİMŞEK, Suat, **Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz- II**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 92, Ankara, 2011, (s. 312 - 349), s. 340.

<sup>85</sup> *Anheuser-Busch vs. Portekiz*, No. 73049/01, 11/01/2007 tarihli karar. <https://hudoc.echr.coe.int>.

dolayısıyla marka hakkı ihlali iddiasının da AİHS Ek 1. No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında mülkiyet hakkı ihlali olarak ele alınacağına hükmetmiştir.

Nitekim konu ile ilgili yine uluslararası bir metin olan TRIPS'te fikri mülkiyet hakkı düşünce ürünleri üzerindeki mülkiyet hakkı olarak kabul edilmiş olup bu hakkın özel bir hak olduğundan hareketle sağlıklı bir teknolojik temel oluşturularak kamusal bir siyaset güdülmesi gerektiği belirtilmiştir. Başka bir ifade ile, TRIPS'e göre fikri mülkiyet hakları, kamusal korunmaya sahip olması gereken özel bir tür mülkiyet hakkıdır.

Türk hukukuna gelindiğinde Anayasa'nın, "Mülkiyet Hakkı" başlığını taşıyan,

*"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz"*<sup>86</sup>

Hükmünü amir 35. maddesi ile karşılanmaktadır.

Yakın zamanlı pek çok Anayasa Mahkemesi içtihadı incelendiğinde<sup>87</sup>, Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrîmaddi malların oluşturduğunun, marka hakkının fikri ve sınai mülkiyet hakları içerisinde yer aldığı ve bu hakların gayrîmaddi mal olduklarının, dolayısıyla mülkiyet hakkına konu olduklarının hükme bağlandığı görülmektedir.

Türk özel hukukunda, *Hirsch*'in görüşleri ile başlanabilir. *Hirsch*, fikri ve sınai hakkın nitelik olarak sırf malvarlığı hakkı mı, sırf kişilik hakkı mı, yoksa her iki türden de özellikler taşıyan sui generis bir hak mı olduğu konusunda yaptığı incelemede, aslında bu hakların tek başına hiçbirine denk düşmediğini; hem kişilik, hem de malvarlığı haklarından izler taşıdığını, ama kişilik hukuku ile malvarlığı hukuku kurallarının aslında birbiriyle sanılandan daha az bir

<sup>86</sup> [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr).

<sup>87</sup> AYM'nin 31.01.2008 tarih ve E. 2004/ 3, K. 2008/ 47; 31.01.2008 tarih ve E. 2004/ 81, K. 2008/ 48; 09.04.2014 tarih ve E. 2013/ 147, K. 2014/ 75; 13.05.2015 tarih ve E. 2015/ 49, K. 2015/ 46; 27.05.2015 tarih ve E. 2015/ 33, K. 2015/ 50; 23.12.2015 tarih ve E. 2015/ 15, K. 2015/ 118; 06.01.2016 tarih ve E. 2016/ 148, K. 2016/ 189 sayılı kararları. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>.

etkileşime<sup>88</sup> sahip olduğunu, bu nedenle, yaratmış olduğu eseri kamuya sunan kişinin sahip olduğu hakkın zamanla bir tür “faydalanma hakkı”na dönüştüğünü, bunun da kendisini bir inikası hak, başka bir ifade ile yansıma bir durum ortaya çıkardığını, dolayısıyla eser sahibinin ancak cezai müeyyide içeren açık bir hükümlerle, üçüncü kişilere yasaklanmış olan hakları kendi tekeline alabilmesinin mümkün<sup>89</sup> olduğunu belirtmektedir.

*Tekinalp*<sup>90</sup> ise, Türk doktrininde fikri ürünlerin mülkiyete konu olamayacaklarının savunulduğunu, zira soyut olan ve eşya niteliğinden olmayan bu ürünler için, fikri mülkiyet, sınai mülkiyet edebi mülkiyet gibi terimlerin kullanımda tercih edilmediklerini belirtmekte; 1/ 95 sayılı Ortaklık Konseyi (Gümrük Birliği) Kararı maddeleri ve Ek 8 kısmında “Fikri, Sınai ve Ticari Mülkiyetin Korunması” başlığından yola çıkarak buralarda kullanılan “mülkiyet” deyiminin malvarlığı üzerinde eşya hukuku anlamında bir mülkiyet hakkını karşılamadığını, daha ziyade, sahibine inhisari yetkiler veren bir mutlak hakkı ifade ettiğini, savunmaktadır.

Fikri mülkiyet hakkını, klasik mülkiyet hakkından ayıran özellikler de şu biçimde sıralanabilmektedir<sup>91</sup>:

- Fikri mülkiyet hakkı ve klasik mülkiyet hakkı farklı hukuk dallarının koruması altındadır. Fikri mülkiyet hakkı, fikri mülkiyet hukuku özelinde ele alınırken klasik mülkiyet hakkı eşya hukukunun kurallarına tabidir.
- Fikri mülkiyete konu ürünler, soyuttur, maddi varlığı yoktur<sup>92</sup>. Ancak dış dünya tarafından algılanabilir olması için cisimleştirilebilir veya somutlaştırılabilir. Buna örnek olarak seslerin, orijinal halleriyle grafik biçiminde notaya dökülmek suretiyle ifade edildiğinde tescil edilebilir olması halidir.

<sup>88</sup> HIRSCH, 1944, s. 336.

<sup>89</sup> HIRSCH, 1944, s. 333.

<sup>90</sup> TEKİNALP, Ünal, **Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LV, Sayı: 1 - 2, 1995 - 1996, (s. 27 - 86), s. 55 - 56.

<sup>91</sup> SULUK, 2004, s. 23 - 24.

<sup>92</sup> TEKİNALP, 2012, s. 5.

- Klasik mülkiyetten farklı olarak, fikri mülkiyete konu ürünler ülkesellik ilkesi gereğince yalnızca tescil edildikleri ülke sınırları içerisinde korumaya müstahak olurlar.
- Klasik mülkiyet hakkı süre ile sınırlı değilken, fikri mülkiyet sürelerle sınırlıdır. Sınai mülkiyet haklarından olan marka hakkının yasal korunma süresi tescil tarihinden itibaren on yıldır. Bu sürenin sonunda yenileme usulünün yerine getirilmesi gerekmektedir.

Tüm bu özelliklerin yanı sıra fikri mülkiyet hakları, devir, haciz, rehin, lisans gibi hukuki tasarruflara konu edilebilir ve miras yoluyla devredilebilir nitelikteki haklardandır. Söz konusu işlemler ile ilgili açıklamalar büyük ölçüde özel hukuk alanına girmekle birlikte bu tezin ilerleyen aşamalarında ceza hukuku ile ilgili oldukça işlemler özelinde konu kapsamı ile sınırlı olmak üzere açıklamalara yer verilecektir.

#### 1.1.5.3. Marka Hakkının Kazanılması ve Tescil İlkesi

SMK'nin 7. maddesinde belirtildiği üzere marka hakkı TÜRKPATENT nezdinde tutulan aleni sicile tescille kazanılır, buna "*tescil ilkesi*" denir ve üçüncü kişilere karşı koruma hakkı tescilin ilan tarihi itibarıyla elde edilir. Marka hakkı sahibi, ancak tescil yoluyla koruma kapsamına girdikten sonra, ihlallere karşı başvuru haklarına sahip olacaktır. Diğer bir deyişle kişinin, bu tez çalışmasına konu olan suçun mağduru/ şikâyetçisi olabilmesi için de tescil yoluyla kazanılmış bir marka hakkı sahipliğini haiz olması gerekmektedir.

Tescil ilkesinde, esas olan "*öncelik ilkesi*"dir. SMK'nin 5/ 1 (ç) ve 6/ 1. maddelerinde de öngörüldüğü üzere, işareti daha önce tescil başvurusunda bulunan ve adına tescil olunan kişi marka hakkının sahibi olacak<sup>93</sup> ve daha sonraki tarihlerde yapılan tescil başvuruları, marka üzerindeki koruma hakkı devam ettiği sürece reddedilecektir.

---

<sup>93</sup> MERAN, Necati, **Marka Hakları ve Koruması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 37.

#### 1.1.5.4. Marka Hakkı Sahipliği

Söz konusu tescil başvurusunda bulunabilecek ve dolayısıyla marka hakkı sahibi olabilecek kişiler SMK'nin 3. maddesinde sayılmıştır. Maddede sayılan;

- "Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları,
- Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler,
- Paris Sözleşmesi veya 15.04.1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişiler ve
- Karşılıklılık ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyuğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyuğundaki kişiler"<sup>94</sup>,

SMK'de tanınan hukuki korumalardan yararlanabilecektir.

Bu koruma kapsamına ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun mülga 556 sayılı KHK döneminde vermiş olduğu bir kararında<sup>95</sup>, bu hükmün, bir yandan tescil yoluyla kazanma ve ülkesellik ilkesine<sup>96</sup>, diğer yandan ise Paris Sözleşmesi'nin 5. maddesine göre, menşe/ köken devlette usulüne uygun tescil edilmiş olan markanın diğer üye devletler nezdinde de aynen kabul edileceğine ve korunacağına vurgu yaptığı belirtilmiştir. Bu bağlamda, sadece Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları değil, Türkiye Cumhuriyeti'nde yerleşim yeri olan veyahut sınai ya da ticari faaliyette bulunan (gerçek veya tüzel) kişiler ile uluslararası sözleşmeler ile hak tanınan kişiler de kanun korumasına dâhil edilmiştir.

<sup>94</sup> [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr).

<sup>95</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.02.2002 tarih ve E. 2002/ 11-62, K. 2002/ 115 sayılı kararı. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr).

<sup>96</sup> Ülkesellik ilkesi gereğince, marka, hangi ülkenin sicil sisteminde tescil edilmişse, kural olarak, yalnızca o ülkede korumaya sahip olur. Aynı markanın birden çok ülkede tescil edilmesi söz konusu olduğunda da, marka, tescil edildiği her bir ülkenin kendi ulusal düzenlemesine göre ve yine o ülke ile sınırlı olmak üzere korumadan yararlanacaktır. YASAMAN, Hamdi, **Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 97 vd.

Nitekim Paris Sözleşmesi'nin 2. maddesi uyarınca, sözleşmeye taraf devletlerden her birinin vatandaşları, sınai mülkiyet konusunda diğer taraf devletlerin kendi vatandaşlarına tanıdıkları haklara sahip olacaklar, öyleyse korumadan da yararlanacaklardır. Bu nedenle, Paris Sözleşmesi'ne dayanarak ileri sürülen taleplerde menşe ülke vatandaşlığı, ikamet etme ya da sınai ve ticari faaliyette bulunma şartı aranmayacaktır.

Tüm bunların yanında, SMK, markaların uluslararası tescilini sağlamak için tesis edilen ve tek başvuru ile birden çok ülkede tescili sağlayacak başvuruların yapılmasını temin etmeyi amaçlayan, Türkiye'nin de taraf olduğu Madrid Sistemi'ne de yer vermiştir. SMK'nin 14. maddesi ve 24.04.2017 tarihli ve 30047 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 24 ve 25. maddeleri uyarınca, Madrid Sözleşmesi ile Madrid Protokolü kapsamında uluslararası olarak yapılan bir başvuru, Türkiye'nin de tescil koruması talep edilmiş ülkeler arasında yer alması halinde<sup>97</sup> TÜRKPATENT'e doğrudan yapılan bir tescil başvurusuyla aynı sonuçları doğurmakta, TÜRKPATENT yine ulusal bir başvuruymuşçasına inceleme yapmakta ve başvuruyu uygun bulursa sicile tescil etmektedir. Dolayısıyla Madrid Sistemi kapsamında başvuru yapan kişilerin taleplerinin kabulü halinde yapılan tescilin de SMK bağlamında marka hakkı sahipliği sağladığı ve koruma kapsamına aldığı söylenebilecektir.

SMK'nin 7. maddesinde yer bulan ve marka hakkının aslen kazanılma yolu olan tescil ilkesi haricinde marka hakkının miras veya diğer yollarla devren kazanılması<sup>98</sup> da mümkündür. Bu hallerde, marka hakkını devir usulüne uygun surette devralan kişi marka hakkı sahibi olmaktadır.

#### 1.1.5.5. Marka Hakkının Kapsamı

Tanımda da bahsi geçtiği üzere, marka hakkı mutlak haklardandır. Diğer bir ifadeyle, kişiye, konusu üzerinde en geniş tasarruf yetkisini veren ve en üstün korumayı, herkese karşı sağlayan haklardandır.

<sup>97</sup> NOYAN - GÜNEŞ, 2015, s. 128; TEKİNALP, 2012, s. 399, prg. 58.

<sup>98</sup> TEKİNALP, 2012, s. 381.

Kural olarak tescil ilkesi esas olmakla birlikte SMK'nin 5/ 1 (ç) ve 6/ 1. maddelerinde de öngörüldüğü üzere, işaret hakkında tescil başvurusunun daha önce yapıldığı tarihin esas alınması da söz konusudur. Bu maddeler uyarınca, daha önceki tarihte yapılmış tescil başvuruları bulunduğu, sonraki başvurular, 5 ve 6. maddeler gereğince mutlak veya nispi ret nedenleri ile reddedilebileceklerdir. Dolayısıyla, henüz tescil edilmemiş bir işaretin de marka koruması çatısı altına girmesi mümkün olmaktadır. Kaldı ki, henüz tescil edilmemiş markalar açısından TTK'nin haksız rekabet düzenlemeleri kapsamındaki koruma hükümleri de bakidir.

Marka hakkının kapsamı, tescil kapsamına giren mal ve hizmetlerle (sınıfıyla) sınırlıdır. *Tekinalp* bu sınırlandırmaya, “*korumanın tescilin yapıldığı mal veya hizmetlerle ve benzeri mal ve hizmetlerle sınırlı olması ilkesi*” demektedir<sup>99</sup>. İstisnasını ise tanınmış markalar<sup>100</sup> oluşturmaktadır.

Marka hakkı sahipliğinin sağladığı hak ve yetkilere gelince, karşımıza ilk olarak marka hakkının kullanımı gelmektedir. Marka hakkı, sahibine, geniş ve münhasır bir tasarruf yetkisi vermekte olup marka hakkı sahibi hem sahibi olduğu markayı usulüne uygun surette dilediği gibi kullanma, hem de marka hakkı üzerinde devir, rehin, lisans verme, hacze konu edebilme, teminat olarak

<sup>99</sup> TEKİNALP, 2012, s. 429.

<sup>100</sup> Tanınmış marka; Paris Sözleşmesi Madde 6 Mükerrer 1 ile düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Birlik ülkeleri, tescilin yapıldığı ülkenin yetkili makamınca söz konusu ülkede bu sözleşmeden yararlanacağı kabul olunan bir kişiye ait olduğu, aynı veya benzeri mallar için kullanıldığı iyi bilinen tanınmış bir markanın herhangi bir karışıklığa yol açabilecek bir şekilde yeniden reproduksiyonunu, taklit edilmesini veya aslına yakın bir şekilde değiştirilmesini içeren bir markanın kullanılmasını gerek mevzuat izin verdiği takdirde re'sen gerekse ilgilinin isteği üzerine yasaklamayı ve tescilini reddetmeyi veya iptal etmeyi taahhüt ederler.

Markanın elzem bir bölümünün tanınmış bir markanın reproduksiyonundan oluşması veya bu tanınmış markayla karıştırılabilecek bir taklitten ibaret olması durumunda da, bu hükümler geçerli olacaktır.

(2) Böyle bir markanın iptalinin istenmesi için tescil tarihinden itibaren en az beş yıllık bir sürenin tanınması gerekecektir. Birlik ülkeleri, kullanmanın yasaklanması talebinin yapılması için gerekli süreyi tanıyabilirler.

(3) Kötü niyetli tescil edilen veya kullanılan markaların kullanımının yasaklanmasını veya iptalini istemek için süre tespit edilmeyecektir.”

[http://www.destekpatent.com.tr/documents/kutuphane/anlasmalar/paris\\_anlasmasi.pdf](http://www.destekpatent.com.tr/documents/kutuphane/anlasmalar/paris_anlasmasi.pdf)

gösterme gibi hukuki işlemleri gerçekleştirebilme hak ve yetkisine sahip olmaktadır.

Mutlak tasarruf yetkisi ile birlikte SMK'nin 7. maddesi uyarınca<sup>101</sup>, marka hakkı sahibinin, kendi izni olmaksızın yapılan ve maddede sayılan fiillerin önlenmesini

<sup>101</sup> Madde 7 - Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamı ve İstisnaları

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

(2) Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkı vardır:

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

b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.

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

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

a) İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması.

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

c) İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi.

ç) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.

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

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

f) İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması.

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

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

a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.

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



talep etme, ilgili işaretin ticari alanda kullanılması halinde yasaklanmasını talep etme, tazminat davası açma, marka hakkına tecavüz halinde 29 ve 30. maddeleri uyarınca cezai koruma sürecini harekete geçirme, 149/ 1..<sup>102</sup> hükmü uyarınca fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti, muhtemel tecavüzün önlenmesi, tecavüz fiillerinin durdurulması, tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini, tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulması, el konulan bu ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması, tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere, el konulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası, haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi taleplerinde bulunma hakları da bulunmaktadır.

---

*c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.”*  
www.mevzuat.gov.tr.

<sup>102</sup> Madde 149 - Sınai Mülkiyet Hakkı Tecavüze Uğrayan Hak Sahibinin İleri Sürebileceği Talepler

*“(1) Sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, mahkemeden aşağıdaki taleplerde bulunabilir:*

*a) Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti.*

*b) Muhtemel tecavüzün önlenmesi.*

*c) Tecavüz fiillerinin durdurulması.*

*ç) Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini.*

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

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

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

*g) Haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi.”* www.mevzuat.gov.tr.

Görüldüğü üzere, marka hakkı sahipliği, hak sahibine geniş bir tasarruf yetkisi ve koruma alanı sağlamaktadır. Bu çalışmanın devamında, yukarıda sözü edilen koruma alanlarından, esasen SMK'nin 29 ve 30. maddeleri ve bunların atıf kurdukları maddeler üzerinden suç fiilleri, bunlara karşı cezai koruma yolları ve usullere ilişkin bir ceza hukuku değerlendirmesi yapılacaktır.

#### 1.1.5.6. Marka Hakkının Sona Ermesi

Marka hakkı SMK'da sayılan hallerde sona erer. Bu haller, hükümsüzlük, iptal, koruma süresinin dolması üzerine yenilenmemesi ile marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesidir.

##### 1.1.5.6.1. Hükümsüzlük

SMK'nin 25. maddesi uyarınca, aynı Kanunun 5. maddesinde düzenlenen mutlak ve 6. maddesinde düzenlenen nispi ret nedenlerinin varlığı halinde ilgili markanın hükümsüzlüğü için menfaati olanlar, cumhuriyet savcısı veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini mahkemeden talep edebilirler. Marka hükümsüzlük davası, dava tarihinde, sicilde markanın sahibi olarak kayıtlı kişilere veya hukuki haleflerine karşı açılabilir<sup>103</sup>.

Mahkemenin vereceği hükümsüzlük kararı, SMK'nin 27/ 1. maddesi gereğince marka başvuru tarihinden itibaren herkese karşı etkili olur ve markaya SMK tarafından sağlanan koruma hiç doğmamış sayılır.

##### 1.1.5.6.2. İptal

Hükümsüzlük kararını mahkeme tesis etmekte iken, iptal kararını talep üzerine TÜRKPATENT vermektedir.

SMK'nin 26. maddesi ile düzenlenen iptal talebi; tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından

<sup>103</sup> [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr).

marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmaması, kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilmesi<sup>104</sup>, marka sahibinin kendi fiillerinin veya gerekli önlemleri almamasının sonucu olarak markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad hâline gelmesi, marka sahibi tarafından veya marka sahibinin izniyle gerçekleştirilen kullanım sonucunda markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetlerin özellikle niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltması<sup>105</sup> ve garanti markası veya ortak marka teknik şartnamesi ile ilgili 32. maddedeki usul ve esaslara uyulmaması hallerinde<sup>106</sup> ileri sürülebilmektedir.

Markanın iptali talebinde, ilgili kişiler, sicilde, markanın, talep tarihinde, sahibi olarak kayıtlı kişilere veya bu kişilerin hukuki haleflerine karşı TÜRKPATENT nezdinde bulunabilirler.

TÜRKPATENT tarafından verilecek iptal kararı, iptal talebinin TÜRKPATENT’e sunulduğu tarihten itibaren herkese karşı etkili olacaktır. Ancak SMK’nin 27. maddesi uyarınca, talep üzerine ve iptal hâllerinin daha önceki bir tarihte doğmuş olması hâlinde iptal kararının o tarihten itibaren etkili olacağına karar verilmesi de mümkündür.

Hükümsüzlük ve iptal kararı kesinleştiğinde marka sicilden terkin edilmektedir.

#### 1.1.5.6.3. Koruma Süresinin Dolması ve Markanın Süresi İçinde Yenilenmemesi

SMK’nin 23. maddesine göre, tescilli bir markanın koruma süresi on yıl olup bu süre, başvuru tarihinden itibaren başlar ve yine onar yıllık periyotlar hâlinde yenilenir. Yenileme talebi, marka sahibi tarafından yapılacak olup talepte bulunma süresi, koruma süresinin sona erme tarihinden önceki altı aydır. Marka

<sup>104</sup> ÇAĞLAR, Hayrettin, **6769 Sayılı Sınâî Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m. 14 Hükümünü İptal Eden Kararının Etkileri**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1, Ankara, 2017, (s. 3 - 19), s. 7 vd.

<sup>105</sup> ÇAĞLAR, **6769 Sayılı Sınâî Mülkiyet ...**, 2017, s. 4 - 5.

<sup>106</sup> [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr).

hakkı üzerindeki koruma süresinin sona ermesi ve marka hakkı sahibinin yenilememesi halinde marka hakkı sona ermektedir.

#### 1.1.5.6.4. Marka Sahibinin Marka Hakkından Vazgeçmesi veya Başvurunun Geri Çekilmesi

SMK, 28. maddesi ile marka hakkı sahibine, TÜRKPATENT'e yapacağı yazılı bir başvuru ile bu hakkından kısmen veya tamamen vazgeçme hakkını da tanımıştır. Vazgeçme, vazgeçmenin sicile kaydedildiği tarihten itibaren sonuç doğurmaktadır.

Vazgeçmenin sonuç doğurabilmesi için sicile kayıtlı hak ve lisans sahipleri ile hak üzerinde adına tedbir kararı tesis edilmiş kişilerin de izni gerekmektedir.

Marka tescil başvurusunun, tescil gerçekleşmeden önce, başvuru sahibi tarafından geri çekilmesi mümkündür. Başvurunun geri çekilmesi konusunda da vazgeçmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür.

## 1.2. MARKA HAKKI ÜZERİNDEKİ CEZA HUKUKU KORUMASI

### 1.2.1. Giriş

Marka hakkı üzerindeki ceza hukuku korumasının mahiyetini açıklayabilmek amacıyla öncelikle ekonomik suç kavramına değinilecek, daha sonra ekonomik suçların ihlal ettiği hususlardan sayılan ekonomik kamu düzeni kavramı açıklanacak, marka hakkına karşı gerçekleştirilen ihlallerin, bireylerin haklarının yanı sıra ve asıl olarak gerek ulusal, gerekse uluslararası piyasada nasıl etkiler doğurduğu ve bunun ekonomik açıdan korumanın temelini oluşturduğundan söz edilecektir.

Tüm bu sürecin ardından görülecektir ki, marka hakkının ceza hukuku kuralları eliyle korunması hem piyasa kurallarının sürekliliğinin temini, hem de piyasa aktörü olan marka hakkı sahiplerine sağladığı tekel hakkının zarar görmemesi açısından büyük önem taşımaktadır.

### 1.2.2. Ekonomik Suç Kavramı

Ekonomik suç kavramına geçmeden önce genel olarak suça ilişkin olarak nasıl tanımlar yapıldığını görmekte fayda bulunmaktadır.

*Hafizoğulları - Özen'e göre suçun şekli ve maddi tanımları bulunmaktadır. Suçun şekli tanımı; hukuk düzeninin kendisine bir ceza müeyyidesi bağladığı insana dair her fiil, insanın ceza hukukunca yasaklanan fiilleridir<sup>107</sup>. Suçun maddi tanımı ise, suçun özünde ne olduğunu araştırır. Hafizoğulları'nın tanımına göre, insan davranışları üzerine hukuk kuralı oluşturmaya yetkili makamların veya kimselerin değerlendirmelerine göre belirlenen, devletin amaçlarıyla çatışan, etkin bir biçimde yasaklanmaları ancak bir cezai müeyyideyle sağlanan fiillerdir<sup>108</sup>.*

*Demirbaş'a göre, suç, toplumsal barışın sağlanması amacıyla kişinin yapması veya yapmaması gerekli olan fiillerdir<sup>109</sup>.*

*Özgenç, suçu, örgütlenmiş bir hukuk toplumu içerisinde yaşayan kişinin, bu toplumsal düzenin devamı için gerekli olan hukuki değerleri açık ve bilinçli olarak ihlal etmesi veya bu konuda özensizlik göstermesi şeklindeki insan davranışları olarak tanımlamaktadır<sup>110</sup>.*

Bu ve benzeri suç tanımlarının tümü suçu bir bütün olarak ele almakta, bu tanımların ayrıştırılması ile birlikte ise suç tasnifleri zorunlu bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Suçlar, unsurlarına veya ihlal ettikleri değerlere göre, kasıtlı/ taksirli suç, hareket/ netice suçları veya askeri suçlar, cinsel suçlar, ekonomik suçlar gibi farklı tasniflere tabi tutulmuş ve her bir tasnife ilişkin farklılaştırılmış cezalar ve tedbirler öngörülmüştür.

Ekonomik suç ise doktrinde şu biçimlerde tanımlanmıştır.

<sup>107</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki - ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 150.

<sup>108</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015 s. 154.

<sup>109</sup> DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara, Eylül 2017, s. 200.

<sup>110</sup> ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 168

*Tesal*, maddi menfaat elde etmek amacıyla ekonomik düzen kurallarına aykırılık teşkil eden suçları ekonomik suç olarak ifade etmektedir. Bu ekonomik düzen, toplum yararına ve planlı olarak belirlenmiş düzendir<sup>111</sup>.

*Erman*'ın ekonomik suç tanımı, ticari-sınai bir işletmenin ticari işlemlerinin hukuka uygunluğunun ve menfaatlerinin korunması amacıyla gerçekleştirilen eylemlerden oluşmaktadır. Ancak bu eylemler sadece ilgili işletmenin mensupları tarafından işlenebilecektir<sup>112</sup>.

*Mahmutoğlu*, bir bütün olarak ekonomik düzene ilişkin düzenlemeleri ihlal eden fiiller olarak tanımlamaktadır<sup>113</sup>.

İlk zamanlarda, failin kimliğinden yola çıkan *Sutherland*, ekonomik suçu, beyaz yaka suçu, "saygınlık ve yüksek statüdeki mesleğini icra ederken bu statüye sahip" kişinin işlediği fiil olarak tanımlamıştır<sup>114</sup>. Bu halde failin, bu suçu işlemek için fırsatı vardır<sup>115</sup> ve elindeki bu fırsatı ve statüyü suiistimal ederek suç işlemektedir. Ancak dogmatik olarak kabul edilen bu görüşten uzaklaşmış<sup>116</sup>, yalnızca fail odaklı bir ekonomik suç tanımı terk edilmiştir<sup>117</sup>.

Pozitif hukuk bağlamında yapılan bu tanımların yanı sıra ekonomik suçun ve sonrasında marka suçlarının aralarındaki bağlantının kriminolojik yönden de ele alınması gerekmektedir. Ekonomik suçlar konusunda genel kabul görmüş bir tanımın ve ölçüleme yolunun bulunmaması ise net bir sınır çizmeye engel olmaktadır.

<sup>111</sup> TESAL, Reşat D., **İktisadi, Ticari ve Mali Suçlar**, Dilek Matbaası, İstanbul, 1977, s. 142.

<sup>112</sup> ERMAN, Sahir, **Ticari Ceza Hukuku - Genel Kısım**, İstanbul Üniversitesi Basımevi, 1992, s. 4.

<sup>113</sup> MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2003, s. 37.

<sup>114</sup> SUTHERLAND, Edwin Hardin, **White Collar Crime**, New York, 1961, s. 7.

<sup>115</sup> GÜVEL, Alper, **Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçlar**, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), **Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu**, TOBB Yayın No: 2005 - 25, Ankara, 2005, (s. 27 - 35), s. 29.

<sup>116</sup> Bu kısımda sözü edilen fail odaklı ekonomik suç tanımı özgü suç anlamında kullanılmamıştır. Ceza hukukunda özgü suçlar şüphesiz hala varlıklarını korumaktadırlar.

<sup>117</sup> TIEDEMANN, 2017, s. 63.

Öncelikle korunan hukuki menfaat açısından ekonomik suç ele alındığında zaman içinde bir değişimin gerçekleştiği görülmektedir. Ekonomik suç ilk zamanlarda, sadece malvarlığına karşı işlenen eylemlerle sınırlı iken artık pek çok ekonomik suçta bu zarar şartı aranmamaktadır. Örneğin rekabet suçlarında ilk derecede korunan hukuki menfaat, rekabet kurumunun güvence altına alınması ve serbest piyasa özgürlüğünün korunması iken, piyasada faaliyet gösteren şirketlerin malvarlıklarının korunması ikincil niteliktedir<sup>118</sup>. Bu bağlamda *Tiedemann*, ekonomi ceza hukukundaki suç tiplerini serbest ekonomideki gelişmelerin hukuki garantisi ve piyasa kurallarının içeriğini dolduran kurumsallaşma araçları olarak gördüğünü vurgulamaktadır<sup>119</sup>.

Alman hukukunda, ekonomik suçların, bireysel üstü menfaatleri koruduğu belirtilmektedir. Bu doğrultuda, ekonomik sisteme bağımlı olan ve olmayan ekonomik suçlar ayrımı getirilmektedir. Buna göre, bazı suçların işlenebilmesi için teşkilatlı bir ekonomik sisteme ihtiyaç vardır. Borsa, sermaye piyasası, rekabet piyasası gibi alanlarda görülen suçlar böyledir, ait bulunduğu sisteme bağımlıdır, ancak o sistem var olduğu sürece suç da doğar<sup>120</sup>.

Fikri mülkiyet hakları aleyhine işlenen suçlar ise sisteme bağlı olmayan suçlar olarak kabul edilmektedir. Fikri mülkiyet haklarını ihlal eden eylemler bir sermaye piyasası suçları veyahut rekabet ihlallerinde olduğunun aksine piyasaya bağımlı değildir<sup>121</sup>. Marka suçlarında da piyasa şüphesiz önemli ölçüde etkilenmektedir, ancak tek etki bu olmadığı gibi marka suçunun oluşması için mutlak surette özel bir piyasa varlığı da aranmaz. Marka, hak sahibine, ilgili piyasada bir varoluş ve devamında tekel hakkını da beraberinde sunmaktadır. Dolayısıyla marka hakkı sahibinin piyasadaki yerini doğrudan etkilemekte ve fakat yalnızca piyasaya değil hak sahibinin marka hakkına karşı da bir ihlal yaratmaktadır. Bu anlamda, ticari işletmenin gayrimaddi nitelikteki malvarlıklarından olan markaya karşı işlenen suçlar bireysel hukuki menfaatleri de ilgilendirmekle birlikte ekonomi ile ilişkili olduklarından ve üretim unsurları

<sup>118</sup> TIEDEMANN, 2017, s. 62.

<sup>119</sup> TIEDEMANN, 2017, s. 118.

<sup>120</sup> TIEDEMANN, 2017, s. 30.

<sup>121</sup> TIEDEMANN, 2017, s. 31.

açısından önem taşıdıklarından (korsan üretim, taklit ürün gibi) geniş anlamda ekonomik suç kabul edilmektedir<sup>122</sup>.

Ekonomik suçların, kural olarak yalnızca para cezası veya hürriyeti bağlayıcı cezaların yanında seçimlik olarak öngörölmüş para cezası ile tecziyesi mümkün kabul edilmektedir<sup>123</sup>.

Marka suçları da ekonomik suç sayılmakla birlikte, kanımızca, marka suçlarının tam anlamıyla “ekonomik suçta ekonomik ceza” prensibi kapsamında olduğunun savunulması mümkün değildir. Marka hakkı sahibi olan piyasa aktörünün tekel hakkına yönelik de bir saldırı olduğundan bu suçlarda ekonomik ceza ile yetinilmemiş, Üçüncü Kısım’da açıklanacağı üzere uzun süreli hapis cezaları da öngörölmüştür. Öyleyse, ekonomik suçun kriterinin, fiil karşılığında yalnızca ekonomik ceza öngörölmüş olması kabulü yeterli değildir.

Ekonomik suçlar, toplumda ekonomik düzeni ihlal eden fiiller olarak değerlendirilmekle birlikte bu kavramın belli ve net bir suç adı yerine, ticaret hayatının korunması, tüketicinin korunması, bireylerin malvarlıklarının sıhhati<sup>124</sup>, bireylerin ticari faaliyet ve kazançlarını meşru surette güvence altına alınması<sup>125</sup> ve en nihayetinde piyasanın korunması gibi ortak özelliklere sahip olabilecek veya ortak birtakım sonuçlar doğurabilecek birden çok suç tipinin oluşturduğu bir kategori olarak değerlendirildiğini söylemek mümkündür. Ticaret hayatının ve piyasanın korunmasından söz edildiği noktada da, benimsenen ekonomik sistemin ve suç siyasetinin, ceza hukuku kurallarını ve bu kuralların koruma alanını da belirleyeceği şüphesizdir.

Cezalandırma politikası, ekonomik suçlar söz konusu olduğunda bu koruma alanını belirlerken somut ve belirli bir zararın doğmasını dahi aramamış, sadece

<sup>122</sup> TIEDEMANN, 2017, s. 109.

<sup>123</sup> MAHMUTOĞLU, 2003, s. 40; BAŞBÜYÜK, 2018, s. 82.

<sup>124</sup> SADAK, Murat, **Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu**, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2014, s. 6.

<sup>125</sup> TİRYAKİ, Tercan - GÜRSOY, Türker, **Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açından Değerlendirilmesi**, Sayıştay Dergisi, Sayı: 55, Ekim - Aralık 2004, (S. 53 - 69), s. 54.



hareketin yapılması suretiyle ekonomik düzenin zarara uğraması tehlikesi yaratılmasının dahi yeteceğini, dolayısıyla ceza hukuku müdahalesi gerekeceğini kabul etmiştir<sup>126</sup>. Bu bağlamda ekonomik suçların salt hareket suçu ve tehlike suçu olduğu görülmektedir.

Ekonomik suçlar esas olarak, ilgili piyasayı düzenleyen mevzuatta yer alan özel ceza kanunları ve cezai hükümler olarak karşımıza çıkmakla birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki birtakım suçlar da ekonomik suç kapsamında değerlendirilmektedir. Bu suçlar madde sırasıyla "ihaleye fesat karıştırma" (TCK madde 235), "edimin ifasına fesat karıştırma" (TCK madde 236), "fiyatları etkileme" (TCK madde 237), "kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma" (TCK madde 238), "ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması" (TCK madde 239), "mal ve hizmet satımından kaçınma" (TCK madde 240) ile "tefecilik"tir (TCK madde 241).

Bu bağlamda devletin tercih ettiği ekonomik politika ve suç siyasetinin önemli olduğu vurgusu, sayılan suçların TCK'de "Topluma Karşı Suçlar" başlığı altında "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" olarak düzenlenmiş olmalarında kendini göstermektedir. Buna göre, Türk hukukunda ekonomik suçlar, topluma karşı ihlal niteliği taşımakta ve bu nitelikteki eylemlerin sonuçları ekonomik sisteme, sanayiye ve ticaretin yürümesine zarar verir nitelikte görülmektedir<sup>127</sup>.

Ekonomik suçlarla ilgili düzenlemelerde, piyasa aktörlerinin çoklukla tüzel kişilerden oluşması nedeniyle, tüzel kişilere yönelik yaptırımlar da yer almaktadır. Nitekim 6769 sayılı SMK'nin 30/ 4. maddesinde de, (bir ekonomik suç olan) marka hakkına tecavüz suçlarının, bir tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi hâlinde, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı belirtilmiştir.

<sup>126</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 76.

<sup>127</sup> *Erman*, ekonomik suç tanımlarının ve tasniflerinin ülkelerin izleyecekleri suç siyasetine göre değişeceğini belirtmektedir. Buna, sosyalist ülkelerde ekonomik düzen devlet kontrolünde olduğundan, ekonomik suçlar sosyalist sisteme yönelik suçlar arasında sayılırken, demokratik yönetimlerde kamu yararı bağlamında değerlendirildiği örneğini vermektedir. Aktaran; SADAK, 2014, s. 9.

### 1.2.3. Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı

Kabahatler hukukunun, ekonomi ceza hukukunun ilk şeklini oluşturduğu, ekonomik suç kavramının idari/ ekonomik kabahat kavramından evrildiği<sup>128</sup> ifadesi karşısında ekonomik kamu düzeni<sup>129</sup> konusunda öncelikle idare hukuku bağlamında “kamu düzeni” kavramına ilişkin kısa açıklamalara yer verilmelidir.

*Onar*, kamu düzenini “*ammeye taalluk eden ve gayri muayyen menfaatlere müstenid bulunan nizam*”<sup>130</sup> olarak tanımlamaktadır. Umumi yerlerde veya dış dünyada karşılık bulan kamu düzeni, idare hukuku bağlamında kamu yararı kavramıyla da bir arada değerlendirilmekte, idarenin tüm faaliyetleri kamu yararını temine yönelik olduğundan kamu düzeni de, bozulduğunda kamu yararının ortadan kalktığı ve kurulduğunda kamu yararının gerçekleştiği düzen olarak görülmektedir<sup>131</sup>.

*Gözler*, eserlerinde, kamu düzenini, klasik ve modern anlayış olmak üzere iki biçimde ele almaktadır<sup>132</sup>. Buna göre, klasik anlayış (“*geleneksel üçlü*”), kamu düzenini, kamu güvenliğinin, kamu huzurunun (dirlik ve esenliğinin) ve kamu sağlığının (genel sağlığın) temin edildiği durum olarak izah etmekte iken, modern anlayış bu üç unsura ek unsurlar getirmekte veya klasik anlayışın kesin bir dille reddettiği bazı hususları kamu düzeni kavramına dâhil etmektedir denilebilir. Örneğin, klasik anlayış “genel ahlak”ı kesin olarak kamu düzeninin dışında tutarken, modern anlayış her durumda olmasa da bazı hallerde genel ahlakın kamu düzenine dâhil edilebileceğini söylemektedir<sup>133</sup>. Modern anlayış,

<sup>128</sup> TIEDEMANN, 2017, s. 28 - 29.

<sup>129</sup> SADAK, 2014, s. 24; TİRYAKI - GÜRSOY, 2004, s. 57; ARSLAN, Mustafa, **İdari Kolluk Uygulamalarında Kolluk Kuvveti Anlayışından Kolluk Hizmeti Anlayışına Geçiş**, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 52, 2018, (s. 175 - 196), s. 183; AKINCI, Müslüm, **Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu**, Rekabet Dergisi, Sayı: 5, 2001, (s. 2 - 16), s. 4; ORER, Gürsel, **Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi**, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 6, 2015, (s. 363 - 394), s. 364.

<sup>130</sup> ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, 1966, s. 1479.

<sup>131</sup> GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011, s. 290.

<sup>132</sup> GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku I-II Cilt**, Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2009, s. 472.

<sup>133</sup> GÖZLER, 2009, s. 473.

benzer biçimde, kamusal estetiği sağlama<sup>134</sup>, insan onurunu<sup>135</sup> ya da bireylerin kendi güvenlik ve sağlıklarını<sup>136</sup> korumanın da kamu düzeni kavramı bünyesinde değerlendirilebileceğini savunmaktadır.

Görüldüğü üzere, aslında net bir tanımı olmayan, yer, zaman ve sürece göre pek çok alanın ve hususun dâhil edilebildiği veyahut hariç tutulabildiği kamu düzeninin sahip olduğu bu geniş çember, Anayasa Mahkemesi tarafından da “*cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden kurallar*”<sup>137</sup> denilerek belirlenmiştir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, en genel şekliyle suç, kamu düzenini bozan eylem olarak tanımlanırken ekonomik suçun da ekonomik kamu düzenini bozucu nitelikte olduğu söylenebilecektir.

Tarihsel gelişim içerisinde planlı ekonomi ve karma ekonominin ardından serbest piyasa ekonomisine geçilmesi, rekabete dayanan piyasa, girişim özgürlüğü, özelleştirme, uzmanlaşma gibi kavramların kutsanması, küreselleşmenin hâkimiyetini sağlaması, emek piyasalarında esneklik ile yeni tür iş ilişkilerinin<sup>138</sup> ortaya çıkması<sup>139</sup>, özel girişim ve yatırım faaliyetlerinin

<sup>134</sup> Mahalledeki evlerin dış cephelerinin belli renklere boyanması veya belli renklerin yasaklanması, estetik açıdan sakıncalı görülen enkaz ve birikintilerin kaldırılması örnekleri ve karar ayrıntıları için; Bkz. GÖZLER, 2009, s. 474-475.

<sup>135</sup> Fransa’da eğlence alanlarında oynatılan “Cüce Fırlatma” oyununun bir belediye tarafından insan onuruna aykırı bulunarak belde sınırları içerisinde oynatılmasının yasaklanması örneği ve karar ayrıntıları için; Bkz. GÖZLER, 2009, s. 475.

<sup>136</sup> Motosiklet şoförlerinin, kendi can güvenliklerini ve sağlıklarını korumak amacıyla kask takma zorunluluğunun getirilmesi örneği ve karar ayrıntıları için; Bkz. GÖZLER, 2009, s. 476.

<sup>137</sup> AYM’nin 28.01.1964 tarih ve E. 1963/ 128, K. 1964/ 8 sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>.

<sup>138</sup> Emek piyasalarında esneklik ile yeni tür iş ilişkilerinin ortaya çıkması konusunda, Türkiye’de, belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasındaki artış örnek gösterilebilir. Özellikle alt işveren olarak faaliyet gösteren şirketler, işçileri ile yaptıkları iş sözleşmelerini belirsiz süreli iş sözleşmesinden tek seferlik ve bir yıldan kısa bir süre için belirli süreli iş sözleşmesine çevirme eğilimindedirler. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız surette feshi halinde işverenin, işçiye parasal haklarını ödemesi gerekmektedir. Oysa belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işverenin işçiye ihbar tazminatı ve eğer belirli süreli iş sözleşmesi bir yılın altındaki bir süre için yapılmışsa kural olarak kıdem tazminatı ödeme borcu da olmayacağı gibi belirli süreli iş sözleşmesi işçiye işe iade hakkı da tanımamaktadır. Diğer yandan, her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu’nun 11/ 2 ve 3 maddeleri belirli süreli iş sözleşmesinin art arda birden çok kez yapılmasını yasaklamış ise de işverenler belirli

piyasada egemen olması, teknoloji transferi süreci ile birlikte piyasa yapısının sürdürülebilirliğinin ve kendi rekabetçi koşullarını kendinin belirlemesinin aslılığı ortaya çıkmıştır. Şüphesiz, devletin tercih ettiği ekonomik modelin yanı sıra, ticaretin akreditiften e-ticarete kadar uzanan surette uluslararasılaşması da kamu düzeninin ekonomik niteliğini öne çıkarmıştır<sup>140</sup>. Bu bağlamda her ne kadar ulus devletlerin ellerini ekonominin üzerinden büyük ölçüde çekmesi söz konusu ise de, devletler düzenleme ve denetleme yetkilerini de saklı tutmuşlardır.

Devletin, sınırlı da olsa, bu ekonomik sahayı düzenleme ve denetleme zorunluluğu da ekonomik kamu düzeni<sup>141</sup> kavramını güçlendirmiştir<sup>142</sup>. Uluslararası sözleşme rejiminin hâkim olması nedeniyle ve teknolojik gelişmelerin devamı için de (fikri mülkiyet sistemi gibi) yeni ve dar alanlı birtakım sistemlerin oluşturulması söz konusu olmuş, fikri mülkiyet haklarının

---

sürelî iş sözleşmesini zaten birden çok kez yapmamakta, özellikle vasıfsız işçilerin istihdam edildiği temizlik, yemek gibi hizmetlerin sunulması işlerinde ilk sözleşmenin süresi sona erdiğinde vasıfsız işçinin işine derhal son vermekte ve yerine yeni vasıfsız işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapmaktadırlar. Öyleyse piyasa, uygulamada bu yasağı da bertaraf etmiştir. Dolayısıyla, aslında belirsiz süreli olan işlerde belirli süreli iş sözleşmelerinin yaygınlaşması, kanımızca, emek piyasalarındaki esnekliğin yarattığı yeni ilişki türüne gösterilebilecek yerinde bir örnek teşkil etmektedir.

<sup>139</sup> Keza, kısmi zamanlı çalışma, taşeronlaşma, tele-çalışma, esnek çalışma saatleri, esnek emeklilik, fazla çalışma gibi usuller de emek piyasalarındaki esnekliğin yarattığı yeni ilişki türlerindedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. PARLAK, Zeki - ÖZDEMİR, Süleyman, **Esneklik Kavramı ve Emek Piyasalarında Esneklik**, Sosyal Siyaset Konferansları, Sayı: 60, 2011/ 1, (s. 1 - 60).

<sup>140</sup> ÖZKAN, Ahmet Fatih, **Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk**, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, Ankara, 2009, (s.75 - 94), s. 80.

<sup>141</sup> Fransız hukukunda ekonomik kamu düzeni, yönlendirici ve korumacı ekonomik kamu düzeni olarak ikiye ayrılarak ele alınmaktadır. Yönlendirici ekonomik kamu düzeninde devlet, ekonomik ilişkileri yönetmekte, örneğin, idari işlemleriyle fiyatları düzenlemektedir. Korumacı ekonomik kamu düzeninde ise devlet, farklı ekonomik statülerde olan taraflardan zayıf olanı korumaya yönelik tedbirler almaktadır. OKAY, 2009, s. 143.

<sup>142</sup> İşbu tez gereğince ceza hukuku, dolayısıyla kamu hukuku bağlamında değerlendirme yapılacak olmakla birlikte Tan'ın ekonomik kamu düzeni kavramını "özel hukuktaki kamusallaşma" olarak da tanımladığı belirtilmelidir. TAN, Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No: 210, Ankara, 1984, s. 10 ve 129.

uluslararasılaşması ve sonrasında korunması amacıyla gelişmiş ülkelerin şirket yapılanmalarından yoğun talepler<sup>143</sup> dile getirilmiştir.

Ekonomik sistemin yanı sıra ülkenin siyasal ve toplumsal değişiminde de esaslı bir dönüm noktası olan 24 Ocak (1980) kararları neticesinde karma ekonomiden serbest piyasa ekonomisine geçen Türkiye için de bu tarihten itibaren ekonomik kamu düzeninin esaslı bir surette benimsendiğini söylemek doğru olacaktır. Nitekim Danıştay'ın, 24 Ocak (1980) kararlarından dokuz ay kadar sonra tesis ettiği bir kararında<sup>144</sup> da, bir yandan Türkiye'de ekonomik kamu düzeninin temelini hala karma ekonominin teşkil ettiği ifade edilirken, diğer yandan artık genel bir kamu düzeni kavramıyla yetinilemeyeceği, kamu düzeninin yanında artık bir de ekonomik kamu düzeni kavramının yer aldığı ve bu kavramın sadece hukuk kavramlarıyla değil, ancak ekonomi - hukuk işbirliği ile belirlenebileceği hükme bağlanarak yeni dönemin kamu düzeni anlayışına vurgu yapılmıştır.

Dolayısıyla serbest piyasa ekonomisinin, ekonomik sistemin ötesinde ekonomik kamu düzeni kavramı vesilesiyle kendi hukuk sistemini de doğurduğunu<sup>145</sup> söylemek yanlış olmayacaktır<sup>146</sup>. Bu sistemde, devletin en önemli görevlerinden biri ekonomik (kamu) düzeni tehdit ve ihlallere karşı koruma ve kollamaya<sup>147</sup> dönüşmüşken düzenin yalnızca (özel) idari kolluk müdahaleleri<sup>148</sup> ile korunması yeterli bulunmamakta, hukuki ve cezai koruma yolları da koruma bünyesine eklenmektedir. Öyleyse, marka hakkının (cezai yollarla) korunmasının ekonomik

<sup>143</sup> CORREA, Carlos M., **Fikri Mülkiyet Hukuku; Gelişmekte Olan Ülkelerden Bir Perspektif**, (Çev. İlhami Güneş), Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı: 2, Ankara, 2005, (s. 15 - 33), s. 17.

<sup>144</sup> Danıştay 3. Dairesi'nin 13.10.1980 tarih ve E. 1980/ 157, K. 1980/ 181 sayılı kararı.

<sup>145</sup> ÖZKAN, 2009, s. 92.

<sup>146</sup> Ekonomik sistemin devletin ekonomi politikasının bir sonucu/ yolu olduğu, kesin bir ideal ekonomik sistemin olmadığı ve farklı koşullarda ve tarihlerde devletin politikası değiştiğinde ekonomik düzenin de değişeceği göz önüne alındığında ekonomik kamu düzeninin, kamu düzeninin mutlak bir parçası olduğunu savunmak çok yerinde olmayacaktır. Örneğin, bugün egemen olan neoliberal anlayış değiştiğinde ekonomik kamu düzeninden anlaşılan da değişeceği gibi, devletin müdahale sınırı, etki biçimi ve politikaları da değişecektir. Bkz. OKAY, 2009, s. 147 - 148.

<sup>147</sup> ÖZAY, İl Han, "**Hukuk-Ekonomi İlişisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı**" başlıklı oturumda sunulan tebliğ, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Cilt - 4, Ankara, 8 - 11 Ocak 2008, s. 24.

<sup>148</sup> TIRYAKI - GÜRSOY, 2004, s. 57.

sistem ve bu anlamda piyasanın korunması açısından öneminin ve etkilerinin irdelenmesi gerekmektedir.

Keza, fikri mülkiyet haklarının nereye dahil olacağını tartışan *Hirsch ve Ayiter* de, fikri ve sınai hakların nereye dahil olacağına ilişkin tüm bu belirsizliklere rağmen kesin olanın, fikri emeğe ilişkin hukuk kurallarını doğuran toplumsal ve iktisadi sebep ve şartların “iktisadi rekabet”<sup>149</sup> olduğunu, serbest rekabete dayanan, liberal ekonomiyi benimsemiş sanayi devletlerinde hukukun önemli görevlerinden birinin, patent tekellerinin kırılarak sistemin serbest rekabet prensibiyle bağdaşacak hale getirilmesi<sup>150</sup> ve bunun için de farklı ülkelerdeki değişik sistemlerin milletlerarası prensipler belirlenerek ahenge kavuşturulması gerektiğini savunmuşlardır<sup>151</sup>.

Tüm bu nedenlerle, fikri mülkiyet ve korunması kavramları değerlendirilirken ekonomik koşulların, rekabet ve piyasa gerçekliklerinin de göz önüne alınması, dolayısıyla ekonomik açıdan öneminin anlaşılması zorunludur.

#### 1.2.4. Marka Hakkının Korunmasının Ekonomik Açıdan Önemi

Günümüzde küresel anlamda dünya ticaretini yöneten gelişmiş ülkelerin ekonomik faaliyetleri incelendiğinde ekonomilerinin temelini bilgi ekonomisine (*knowledge economy*) dayandığı görülmektedir. Bilgi ekonomisi, teknolojik ve bilimsel ilerlemenin ve aynı zamanda da hızlı bir şekilde eskimenin veyahut tüketimin hızlandırılmasına katkıda bulunan bilgi-yoğun faaliyetlere dayalı üretim ve hizmetler<sup>152</sup> olarak tanımlanmaktadır. Bu ürün ve hizmetlerin kapsamına AR-GE çalışmaları, bilgi ve iletişim teknolojisi yatırımları, eğitim ve öğretim reformları ile birlikte entelektüel sermaye (*intellectual capital*) de dahil

<sup>149</sup> HIRSCH, 1944, s. 336.

<sup>150</sup> AYİTER, Nuşin, *Milletlerarası İhtira ...*, 1968, s. 145.

<sup>151</sup> AYİTER, Nuşin, *Milletlerarası İhtira ...*, 1968, s. 144.

<sup>152</sup> POWELL, Walter W. - SNELLMAN, Kaisa, *The Knowledge Economy*, Annual Review Sociology, Vol. 30, 2004, (s. 199 - 220), s. 201.

olup marka ve patentler de, entelektüel sermayenin ve bilgi ekonomisinin önemli bir göstergesi<sup>153</sup> haline gelmiştir.

Örneğin, bağımsız bir marka değerlendirme kuruluşu olan Brand Finance'in 2018 yılına ait, küresel düzeyde 500 markanın değerini gösteren raporu<sup>154</sup> ilgi çekicidir. Rapora göre, küresel çapta 2018 yılında en yüksek marka değerine sahip olan şirketlerin ilk beşini Amazon.com Inc., Apple Inc., Alphabet Inc., Samsung ve Facebook gibi bilgi teknolojisini kullanan şirketlerin oluşturduğu görülmektedir. Aynı raporda, marka değerlerinin şirketlerin pazarlama yatırımları, müşteri algıları ve finansal performansın bütüncül biçimde ele alınması suretiyle belirlendiği bilgisine yer verilmektedir. Marka değerinin tespiti için böyle bir değerlendirme yoluna gidilmesi, bilgi ekonomisinin gün geçtikçe hâkim hale geldiği bugünün ekonomisinde şirket politikalarının en etkin belirleyicisi konumuna fikri mülkiyet haklarını oturtmaktadır<sup>155</sup>.

Bu anlamda, fikrî mülkiyet korumasını güçlendiren ve bu sistemi kuran ülkelerin gelişmiş ülkeler oldukları, bu ülkelerde hâkim olan ekonomi politikasının liberal sistem olduğu, bu sayede daha hızlı bir büyüme oranına sahip oldukları ifade edilmektedir<sup>156</sup>. Yapılan birtakım çalışmalarda<sup>157</sup> da fikri mülkiyet korumasının ekonomik büyümenin, doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının, uluslararası ticaretin belirleyicisi olduğu belirtilmektedir.

Durum, marka özelinde ele alındığında, marka değerlendirme kavramı ile karşılaşılmaktadır. Zira şirketlerin değerini artık sadece sahip oldukları müesseseler, fabrikalar veya ortaya çıkardıkları maddi ürünler veyahut

<sup>153</sup> POWELL - SNELLMAN, 2004, s. 202.

<sup>154</sup> [http://brandfinance.com/images/upload/bf\\_global2018\\_500\\_website\\_locked\\_final\\_sp\\_read\\_03042018.pdf](http://brandfinance.com/images/upload/bf_global2018_500_website_locked_final_sp_read_03042018.pdf) (Erişim Tarihi: 22.07.2018)

<sup>155</sup> PARLAKYILDIZ - GÜVEL, 2015, s. 33; GÜVEL, 2005, (s. 29 - 39), s. 32.

<sup>156</sup> PARLAKYILDIZ - GÜVEL, 2015, s. 34.

<sup>157</sup> GOULD, David M. & GRUBEN, William C., **The Role of Intellectual Property Rights in Economic Growth**, Journal of Development Economics, Vol. 48, Issue: 2, 1996, (s. 323 - 350); SEYOUM, Belay, **The Impact of Intellectual Property Rights on Foreign Direct Investment**, Columbia Journal of World Business, Vol. 31, Issue 1, 1996, (s. 51 - 59); LANJOUW, Jean O. - COCKBURN Iain M., **New Pills for Poor People? Empirical Evidence After GATT**, World Development, Vol. 29, Issue 2, 2001, (s. 265 - 289); CO, Catherine Y., **Do Patent Rights Regimes Matter?**, Review of International Economics, Vol. 12, Issue 3, 2004, (s. 359 - 373).

kazandıkları nakit sermaye gibi maddi mal varlıkları değil, maddi olmayan mal varlıkları arasında sayılan markanın yaratılması ve yaratılan bu markanın doğru biçimde işletilerek kullanılması oluşturmaya başlamıştır. Hal böyle olunca, bilhassa ticaretin ve sermayenin uluslararasılaşması ile birlikte, şirket değerinin tespitinde marka değerlemesinin de önemi artmış, hatta bilgi teknolojisi gibi bazı piyasalarda şirketin marka değeri en temel değer unsuru haline gelmiştir.

Bir markayı sıfırdan yaratmak yerine şirket devralması yoluyla edinme uygulamasının da artması ile birlikte marka değerlendirme, şirketin neredeyse tüm değerini belirleyen unsur haline gelmiştir. Nitekim uluslararası şirketlerin şirket birleşme ve devralmalarında ödedikleri bedeller göz önüne alındığında doğru marka değerlemenin önemi ortaya çıkmaktadır.

Örneğin, 2012 yılında, Facebook, Instagram'ı satın almış ve 1 milyar dolar satın alma bedeli ödemiştir<sup>158</sup>.

Google, 2006 yılında Youtube'u 1.65 milyar dolar<sup>159</sup>, 2011 yılında Motorola Mobile Holdings Inc'yi 12.5 milyar dolar bedelle satın almıştır<sup>160</sup>. Google, Motorola satın alımı sonrasında, kendi sistemi üzerinden, en çok sorulan sorulardan birinin, Motorola'nın standarda esas patentlerinin<sup>161</sup> FRAND<sup>162</sup> hükümlerine tabi olmaya devam edip etmeyeceği<sup>163</sup> sorusu olduğunu yayınlamış, bu soruya "edecektir" diye yanıt vermiş ve hatta konu ile ilgili

<sup>158</sup> <https://www.bbc.com/news/technology-17658264> (Erişim Tarihi: 27.07.2018).

<sup>159</sup> [http://googlepress.blogspot.com/2006/10/google-to-acquire-youtube-for-165\\_09.html](http://googlepress.blogspot.com/2006/10/google-to-acquire-youtube-for-165_09.html) (Erişim Tarihi: 27.07.2018)

<sup>160</sup> <https://dealbook.nytimes.com/2011/08/15/google-to-buy-motorola-mobility/>.

<sup>161</sup> Standarda Esas Patent (SEP) kavramı, belirli bir standardının uygulanmasının kaçınılmaz/ zorunlu olarak belirlendiği tescilli teknolojiyi ifade eder. Örneğin, Avrupa Komisyonu akıllı telefon ve tabletlerin SEP kapsamında olduğunu, başka bir ifade ile bu ürünlerin standart uygulanmaksızın üretilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. YEŞİL, Tuba, "FRAND" İlkeleri Çerçevesinde Lisanslanan "Standarda Esas Patentler"e Dair Mahkeme Emri Uygulamaları: AB Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirme, Rekabet Dergisi, Vol. 18, Sayı: 1, Ankara, Haziran 2017, (s. 32 - 83), s. 39.

Ayrıca, akıllı telefon ve tablet örneğine ilişkin Avrupa Komisyonu'nun açıklamasının linki: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-14-322\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-322_en.htm). (Erişim Tarihi: 27.07.2018).

<sup>162</sup> FRAND; "Fair, Reasonable and Non-Discriminatory Licensing Terms" olarak açılan ilkeler, standardizasyona ilişkin genel ilkelerdir.

<sup>163</sup> <https://www.google.com/press/motorola/patents/> (Erişim Tarihi: 27.07.2018).



yazışmalarını da paylaşarak pay sahiplerinin veya pay sahibi adaylarının kaygılarını gidermeyi, borsa ve piyasada kendisine duyulan güveni sarsmamayı amaçlamıştır.

Marka değerlemede muhtelif yöntemler kullanılmaktadır. Bu yöntemler arasında henüz bir yeknesaklık oluşmamakla birlikte unsurlar üzerinde yapılan çok küçük değişikliklerin marka değerlerini büyük miktarlarda etkilediği, bu etkinin, şirketin borsadaki rekabet gücünün tahlili, marka gücünün ve marka yöneticilerinin performansının değerlendirilebilmesi açısından önemli olduğu<sup>164</sup> belirtilmektedir. Aynı biçimde marka alım-satımında, lisans anlaşmalarında, franchisingde, halka arzda, sermaye piyasasından borçlanmada, vergi planlamasında da marka değerinin tespitinin<sup>165</sup> önemli olduğu görülmektedir.

Marka değeri üzerinde hesaplamalar yoluyla oynama yapılarak, iflas etmek üzere olan birtakım şirketleri dahi iyi durumda gösteren marka raporları ve mali tablolar düzenlenmesi, diğer bir deyişle marka değerinin manipüle edilmesi ise yatırımcıların yanıltılması<sup>166</sup> sonucunu doğurmaktadır<sup>167</sup>.

Bu noktada, özellikle yatırımcıların yanıltılması konusunda, işbu tezin hazırlandığı tarihlerde güncelliğini koruyan bir vakia olarak varlığını sürdüren ve kamuoyunda “Çiftlik Bank Olayı” olarak bilinen vakianın da marka değeri ve markanın korunmasının ekonomik açıdan önemi bağlamında ele alınabileceği düşünülmektedir.

<sup>164</sup> ERKEN ÇELİK, Arzum, **Marka Değerleme**, Muhasebe ve Finansman Öğretim Üyeleri Bilim ve Araştırma Derneği (MUFAD) Muhasebe ve Finansman Dergisi, Sayı: 31, 2006, (s. 195 - 208), s. 196, <http://journal.mufad.org/attachments/article/427/21.pdf>.

<sup>165</sup> ERKEN ÇELİK, 2006, s. 196.

<sup>166</sup> KAYA, Yusuf, **Marka Değerleme Yöntemleri ve Markaların Mali Tablolara Alınmalarının Etkileri**, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü Sermaye Piyasası ve Borsa Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, s. 103, <http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/7/10>.

<sup>167</sup> Marka değerinin manipüle edilmesinin şirketin piyasa değerine olan etkisi de tartışılmaktadır. “Tartışılmaktadır” denildiği için, karşıt iki görüşün neyi savunduğuna kısaca yer verilmek istenmiştir: Bir görüş, fikri varlıkların ve markanın değerlemesinin yapılmasının daha iyi şirket yönetimi için zorunlu olduğunu savunurken (KAYA, 2005, s. 104), karşıt görüş, böyle bir değerın şirket bilançosuna eklenmesinin kötüye kullanılacağını ve şirketlerin ilgili yıla ait mevcut zararlarını gayri maddi mal varlığı olarak gösterip borçlanmasının manipüle edilmesinin (KAYA, 2005, s. 105 - 106) söz konusu olacağını belirtmektedir.

Olaya kısaca değinmek gerekirse, “Çiftlik Bank” adı altında bazı internet siteleri ve şirketler üzerinden yürütülen faaliyetler çerçevesinde Çiftlik Bank adlı oyun platformu aracılığıyla internet siteleri ve sosyal medya hesapları üzerinden, oyunculara (piramit satış yöntemiyle<sup>168</sup>) yüksek oranlarda getiri vaadinde bulunmuş, bu getirinin kaynağı olarak da ilgili şirketlerin hayvancılık sektöründe yaptıkları reel yatırımlar olduğu vaadi gösterilmiştir. İlerleyen zamanda, mevcut on binlerce oyuncuya, ilgili şirketlerin reelde de zarar ettiklerinden bahisle vaat edilen ödemeler yapılmamış ve kişiler zarara uğratılmıştır.

Adı “Çiftlik Bank” olan bu oluşumun, gerek ilk ortaya çıktığı zamanlarda, gerek haklarında Gümrük ve Ticaret Bakanlığı (“GTB”), Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (“BDDK”) ve Sermaye Piyasası Kurulu (“SPK”) tarafından soruşturma süreçlerinin<sup>169</sup> ve yasal işlemlerin<sup>170</sup> başlatılmasının ardından kamuoyunda yer almaya başladığında, bu ismin hem sosyal medyada, hem de kişiler nezdinde iki açıdan yanıltıcı etki yarattığı görülmüştür.

İlki, Çiftlik Bank adındaki “Çiftlik” kelimesinin, 1925 yılından itibaren ıslahına başlanan, 24 Mart 1950 tarih ve 5659 sayılı Kanunla kurumsallaşan, o tarihlerden bu yana tarım ve hayvancılık alanında önemli çalışmalar yapan, günümüzde de üretimlerine devam eden, dolayısıyla iyi, güvenilir<sup>171</sup> ve yıllara

<sup>168</sup> 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un “Piramit Satış Sistemleri” başlığını taşıyan 80. maddesi uyarınca;

“(1) Piramit satış; katılımcılarına bir miktar para veya malvarlığı ortaya koymak karşılığında, sisteme aynı şartlar altında başka katılımcılar bulma koşuluyla bir para veya malvarlığı kazancı olanağı ümidi veren ve malvarlığı kazancının elde edilmesini tamamen veya kısmen diğer katılımcıların da koşullara uygun davranmasına bağlı kılan, gerçekçi olmayan veya gerçekleşmesi çok güç olan kazanç beklentisi sistemidir.

(2) Piramit satış sisteminin kurulması, yayılması veya tavsiye edilmesi yasaktır.

(3) Bakanlık, piramit satış sistemleri ile ilgili gerekli incelemeleri yapmaya ve varsa elektronik sistemin ülkemizde durdurulması dâhil ilgili kamu kurum veya kuruluşlarıyla iş birliği içinde gerekli önlemleri almaya yetkilidir.” [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr).

<sup>169</sup> GTB’nin, 23.02.2018 tarihli Basın Duyurusu.

<https://www.gtb.gov.tr/duyurular/ciftlikbank-hakkinda-duyuru>

<sup>170</sup> SPK’nin 28.12.2017 tarih ve 2017/ 44 sayılı Bülteni.

<http://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2017&no=44>

<sup>171</sup> Orta Doğu Teknik Üniversitesi Mimarlık Fakültesi’nin AOÇ Araştırmaları Grubu’nun yaptığı ankette de AOÇ’ye duyulan güven ve ürünlerinin sağlıklı ve güvenilir olduğu için tercih edildiği yönünde halk tercihleri bilgisine yer verilmektedir. <http://aocarastirmalari.arch.metu.edu.tr/ankarali-aoc-hakkinda-ne-dusunuyor/>

sâri bir itibara sahip olduğu düşünölen Atatürk Orman Çiftliği'ni hatırlatır olmasındır. Bilhassa Atatürk Orman Çiftliği'nin gündelik dilde kısaca "Çiftlik" olarak anıldığı da düşünöldüğünde, Çiftlik Bank ismindeki "Çiftlik" kelimesinin halk nezdinde<sup>172</sup> yanıltıcı bir etkiye sahip olması kuvvetle muhtemeldir.

Yanıltıcı etki yarattığı düşünölen ikinci husus ise, Çiftlik Bank ismindeki "Bank" kelimesinden doğmaktadır. Çiftlik Bank yapılanması, bankacılık mevzuatı anlamında bir banka olmadığı halde "Bank" ismini kullanmış, halk nezdinde devlet kayıt ve denetimi altındaki güvenilir bir müessese olduğu etkisi yaratmıştır. Nitekim Çiftlik Bank'ın aslında bir banka veya başkaca bir bankacılık işlemi konusunda BDDK tarafından lisans verilmiş yahut yetkilendirilmiş finans kuruluşlarından olmadığı BDDK kayıtlarından da görölmektedir<sup>173</sup>.

Öyleyse, marka adının ve marka değeriinin önemini vurgulaması açısından dile getirdiğimiz bu örnek doğrultusunda Çiftlik Bank'ın, gerek "Çiftlik" isminin, gerekse "Bank(a)" kelimesinin halk nezdinde yarattığı yanıltıcı etkinin de gücüyle başka şartlar altında sağlayabileceğinden daha büyük bir etki yarattığı ve daha çok oyuncu/ katılımcı, dolayısıyla da daha fazla gelir toplayabildiği iddiasını dile getirmek yanlış olmayacaktır.

Çiftlik Bank, marka değeriinin önemine ve marka adının yanıltıcı surette kullanılması halinde ortaya çıkabilecek zararlara veya elde edilebilecek haksız menfaatlara, dolayısıyla marka değeriinin ve korumasının ekonomik açıdan önemine, ulusal düzeyde bir örnek olarak gösterilebilir.

Uluslararası düzeyde ise, ABD ve TRIPS ilişkisi ele alındığında da şöyle bir tablo ile karşılaşılmaktadır: Fikri ve sınai haklara ilişkin düzenlemeler, şüphesiz, her ulusal düzende farklı biçimde yer bulmaktadır. TRIPS ile amaçlanan,

<sup>172</sup> "Ortalama tüketici gözünde", GÜNEŞ, İlhami, **Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 147.

<sup>173</sup> <https://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Kuruluslar/Kuruluslar.aspx> (Erişim Tarihi: 22.07.2018)

devletlerarasındaki ulusal mevzuat farklılıkların TRIPS ile ortadan kaldırılmasıdır. Bu sayede uluslararası ticaretin önündeki engeller kalkacaktır<sup>174</sup>.

TRIPS'in gerçekleştirilmesi ve uluslararası arenada sınai mülkiyet hakları korumasının sertleştirilmesi için, ABD'nin baskı kurduğu; bunun nedeninin ise Doğu Asya ülkelerinin taklit ve uyarılama ürünlerle 1970'lerden itibaren yüksek bir rekabet düzeyine erişmeleri<sup>175</sup>, dolayısıyla küresel piyasada etkin ve belirleyici role sahip olarak büyük bir teknoloji üreticisi olan ABD'nin uluslararası piyasadaki gücünü zedelemeleri gösterilebilir.

Fikri ve sınai hakların korunmasının ekonomik önemini uluslararası düzeyde kavrayan ABD, arzu ettiği yeni yapılanmayı, önce, taklit malların uluslararası dolaşımından duyulan rahatsızlığın açık biçimde dile getirildiği 1973 yılında yapılan GATT - Tokyo Round'da<sup>176</sup> ve sonrasında 1986 - 1993 yılları arasında süren Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) çerçevesinde

<sup>174</sup> SOYAK, 2005, s. 19.

Ayrıca TRIPS, yükümlülükler ve hakları düzenlerken, avukatla temsilden, mahkeme kararlarının gerekçeli ve yazılı olmasına, 10 iş günü süreyle malların gümrükte tutulmasından ihtiyati tedbirin verilme usulüne kadar fazlasıyla ayrıntılı düzenlemelere yer verdiği görülmektedir. Bu düzenlemeler Sözleşme'nin bilhassa 1/ 1. ve 41/ 5. maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde, şöyle bir tablo ortaya çıkmaktadır:

Bu hükümler uyarınca, TRIPS tarafı devletler, sözleşme hükümlerine aykırı olmayacak şekilde, sözleşme ile öngörülenden daha geniş bir koruma kapsamı öngörebilir, bunu kendi hukuk sistemlerinde düzenleyebilirler. Bununla birlikte, 41/ 5. maddesi uyarınca fikri mülkiyet uygulamalarına yönelik olarak TRIPS'e taraf olmak nedeniyle doğacak kaynak taleplerinin az gelişmiş ülkelerce karşılanamayacağından bahisle, uzmanlaşmış fikri mülkiyet yargılaması sistemine veya fikri mülkiyet haklarını güçlendirmek için kayda değer miktarda kaynağın yeniden tahsisine acil biçimde ihtiyaç olmadığı, böyle bir yükümlülüğün öngörülmediği, üye devletlerin kendi yasalarında mevcut genel hükümleri uygulamaya devam edebilecekleri düzenlenmiştir. TRIPS'in özellikle 3. Kısım'dan itibaren böylesine ayrıntılı hükümler içermesinin de, TRIPS'e taraf olmakla birlikte henüz kendi hukuk sistemlerinde bir fikri mülkiyet ihtisas alanı kuramayacak olan ülkeler için müşterek bir davranış oluşturmaya yönelik olduğunu söylemek mümkündür. DINWOODIE, Graeme B. - DREYFUSS, Rochelle C., **A Neofederalist Vision of TRIPS: The Resilience of the International Intellectual Property Regime**, Oxford University Press; 1 edition, 2012, s. 80; TAUBMAN, Antony, **A Practical Guide to Working with TRIPS**, Oxford University Press, 2011, s. 112; YU, Peter K., **TRIPS Enforcement and Developing Countries**, American University International Law Review, Vol: 26, Issue: 3, 2011, (s. 727 - 782), s. 778 - 781.

<sup>175</sup> SOYAK, 2005, s. 19.

<sup>176</sup> ATEŞ, Mustafa, **Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı: 1, Ankara, 2003, (s. 13 - 64), s. 21.

yapılan son görüşme süreci olan Uruguay Müzakereleri sonunda<sup>177</sup> DTÖ ve eki anlaşma TRIPS ile kendi istediği doğrultuda şekillendirerek uluslararası sistemi etkilemiş; özellikle kendisinin hâkimi olduğu ve yüksek kâr getiren bilgisayar programcılığı, yarı iletken çipler, ilaç ve kimya imalatı, görsel - işitsel (audio visual) cihaz üretimi gibi önemli sanayilerde, uluslararası piyasada liderliği ve yüksek teknoloji hâkimiyetini yeniden sağlamıştır<sup>178</sup>.

Fikri mülkiyet hakları için kurulan uluslararası sistemin ekonomik kamu düzeni anlamında her bir ulus nezdindeki yansıması ise düzenleyici ve denetleyici faaliyetler olarak ortaya çıkmış olup ülkemizdeki ulusal kuruluş “Türk Patent ve Marka Kurumu”dur (“TÜRKPATENT”)<sup>179</sup>.

Kamu tüzel kişiliğine sahip bir kuruluş olarak TÜRKPATENT, 15.07.2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren “Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”nin 358. maddesinde de ifade edildiği üzere,

*“Türkiye’nin **teknolojik ilerlemesine katkıda bulunmak, ülke içinde serbest rekabet ortamını oluşturmak ve araştırma geliştirme faaliyetlerinin gelişmesini sağlamak üzere patent ve markalar ile sınai mülkiyet haklarının tesisi, bu konudaki korumanın sağlanması ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin yurt içi ve yurt dışında var olan bilgi ve***

<sup>177</sup> <https://ab.gtb.gov.tr/uluslararasi-orgutler/dunya-ticaret-orgutu>.

<sup>178</sup> HILL, Eileen, **Intellectual Property Rights**, Business America, Vol. 115, Issue 1, 1994, (s. 10 - 12), (Aktaran: SOYAK, 2005, s. 20).

<sup>179</sup> 24.06.1994 tarihli ve 21970 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 544 sayılı “Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK” ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na bağlı, idari ve mali özerkliğe sahip Türk Patent Enstitüsü’nün (TPE) kurulmuş, 06.11.2003 tarih ve 25294 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 5000 sayılı “Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun”un yürürlüğe girmesi ile birlikte TPE varlığını devam ettirmiş; 10.01.2017 tarih ve 29944 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak bazı hükümleri yayımı tarihinde, bazıları ise bir ve yedi yıl sonra yürürlüğe girecek olan 6769 sayılı SMK Kanunu ile Türk Patent Enstitüsü’nün adı, “Türk Patent ve Marka Kurumu” olarak değiştirilmiştir. Kurumun, TPE olan kısa adı ise, 15.07.2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren “Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” ile “TÜRKPATENT” olarak değiştirilmiş ve Kararname’nin 358 - 383 maddeleri uyarınca kurumun teşkilatlanması düzenlenmiştir.

*dokümantasyonun kamunun istifadesine sunulabilmesi amacıyla*<sup>180</sup> etkin surette devlet erkini kullanan bir düzenleme ve denetleme kuruluşur.

Kurumun, bu görevlerini yerine getirmekle ulaşacağı asli amaç serbest rekabet ortamını oluşturmak olacaktır. Dolayısıyla aslında fikri mülkiyet sistemi ve geliştirilen sicil ve koruma mekanizmaları, devletin piyasa müdahalesinin araçlarından biri olarak kendini göstermektedir. Bunun nedeninin de ekonomik kamu düzenini korumak olduğu, fikri mülkiyet hakkı düzeninin ekonomik düzenin bir tercihi olduğu<sup>181</sup> görülmektedir. Nitekim TRIPS'te, fikri mülkiyet hakkının, kamusal bir siyaset güdülerek korunması gereken özel bir mülkiyet hakkı olduğunun vurgulanması da bu noktada daha çok anlam kazanmaktadır. Devlet, TÜRK PATENT eliyle kamu gücünü kullanarak ekonomiye müdahale etmekte, fikri haklar sisteminin piyasa ile uyumlu çalışmasını temin etmektedir.

### **1.2.5. Marka Hakkının Ceza Hukuku Kapsamında Korunması**

Marka hakkı, hak sahipleri için, bireysel anlamda önem arz etmektedir. Mal varlığı hakları arasında sayılan bir hak olan marka hakkının ihlali halinde hak sahiplerinin, mülkiyet hakları ihlal edilecek ve bu hak üzerinden elde ettikleri ticari kazancın da kaybı sonucu doğacaktır. Bunun yanı sıra tüketicilerin korunması, kimi zaman taklit ürünleri engellemek yoluyla kamu sağlığının korunması gibi menfaatlerin de koruma nedeni olarak sayılması mümkündür.

Cezai korumanın, genel olarak ekonomik suçların varlığı, özel olarak ise marka hakkının korunmasının ekonomik açıdan önemi ile birlikte ele alınması ise, marka hakkının piyasaya ve ekonomik kamu düzenine etkisi nedeniyle önemlidir. Keza, TCK'nin 1. maddesinde düzenlenen amaç hükmü ele alındığında da, kanun koyucunun ceza normları eliyle, kişi hak ve özgürlükleri ile kamu düzenini ve kamu güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını koruma ile suç işlenmesini önleme amaçlarını gerçekleştirmeyi üstlendiği görülmektedir.

<sup>180</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/>.

<sup>181</sup> HIRSCH, Ernst, **Fikri ve Sınai Haklar**, Ar Basımevi, Ankara, 1948, s. 55.

Saf liberal devlette, devlet, ekonomi dışı alanda, bilhassa güvenlik alanında; sosyal devlet yapısında ise emeğin talep yönü esas alınarak sosyal hakların geliştirilmesi alanında müdahalede bulunmakta, bu müdahalecilik her iki sistemde de ulus devletin kendi sermaye gruplarının uluslararası rekabette korunması olarak kendini göstermektedir. Bunun yanında liberal sistemde devlet ayrıca ve esas olarak piyasanın bekası için müdahale etmekte, böyle bir müdahale, uluslararası sermayenin menfaatlerini belirli bir ulus devlette hayata geçirmesine yönelik olarak gerçekleşmektedir. İşte ulus devletin uluslararası sistemde yer almak üzere geçirdiği dönüşüm her dönemde ekonomik kamu düzenini, ekonomik sistemin önemli bir parçası kılmaktadır. Ceza hukuku da bunu temin etmenin en önemli araçlarından biridir.

Anayasa Mahkemesi de 2017 tarihli bir kararında, ceza hukukunun yapısı gereği toplumun kültürü ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla doğrudan ilgili olduğu, devletçe biçimlendirildiği, bu nedenle siyasal nitelik taşıyan bir hukuk dalı olduğu, devletin ceza siyasetinin doğrudan yasama organının takdir alanı demek olduğu ve bu takdir alanının ekonomik ilkelere ters düşmeyen bir çerçevede kullanıldığı sürece sakınca olmayacağı hükme bağlanmak suretiyle ekonomik düzenin selameti vurgusu yapılmıştır<sup>182</sup>.

Sermayeyi koruma saiki, devletin cezalandırma politikası ile birlikte ele alındığında ekonomik suçların, ceza kanunlarında önemli bir cezalandırma kalemini oluşturması açıklığa kavuşmaktadır. Neoliberal sistemde devletin piyasaya müdahalesinin amacı, bireyi korumak değil, piyasanın, üretim ilişkilerinin her gün yeniden ve güçlenerek üretilmesidir. Bunu sağlayabilmek için de devlet kimi zaman bazı hukuki sorumlulukları kendi üstüne alırken veyahut üstünden atarken<sup>183</sup>, kimi zaman da cezalandırma mekanizmalarını devreye sokmaktadır.

<sup>182</sup> AYM'nin 29.03.2017 tarih ve E. 2017/ 14, K. 2017/ 83 sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>.

<sup>183</sup> Buna örnek olarak, Türkiye'de, elektrik enerjisi naklinde ortaya çıkan "kayıp kaçak bedeli" konusunda yapılan düzenlemeler örnek gösterilebilir. Daha önce mevzuatta düzenlenmemiş olan ve "kayıp kaçak bedeli" adıyla bilinen kayıt dışı elektrik kullanımının bedeli, kayıtlı elektrik kullanımı aboneleri tarafından

*Godwin*'e göre, mülkiyet, malların eşitsiz dağılımını doğurmakla birlikte modern devletin niteliklerinden olan cezalandırma sistemiyle de doğrudan ve sıkı biçimde bağlıdır<sup>184</sup>. Dolayısıyla mülkiyet hakkının özel bir türü olarak nitelendirilen fikri mülkiyet haklarının ihlali konusunda da modern devlet, cezalandırma sistemini doğrudan devreye sokacaktır.

Fikri mülkiyet hakkı ihlalleri nedeniyle ABD işletmelerinin uğradıkları zararın yılda 200 - 250 milyar dolar arasında olduğu tahmin edilmektedir<sup>185</sup>. Fikri mülkiyet hakkı ihlalinden kaynaklanan zararlar, sadece soyut olarak kalmamakta, somut malları da değersiz hale getirmekte, hak sahibini, sadece fikri mülkiyet hakkının getirisinden değil, malın maddi değerinden de mahrum etmektedir<sup>186</sup>. Malın bulunma sıklığı, çeşidi, yoğunluğu azalmakla birlikte daha da önemli bir nokta vardır ki, o malın üretildiği sektördeki birikim ve sektöre yapılacak yatırım şevklerini de ortadan kaldırmaktadır.

---

ödenmekte idi. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.05.2014 tarih ve E. 2013/ 7-2454, K. 2014/ 679 sayılı kararı ile "*Elektrik enerjisinin nakli esnasında meydana gelen kayıp ile başka kişiler tarafından hırsızlanmak suretiyle kullanılan elektrik bedellerinin, kurallara uyan abonelerden tahsili yoluna gitmek hukuk devleti ve adalet düşünceleri ile bağdaşmamaktadır*" denilerek kayıp kaçak bedelinin kayıtlı/ yasal abonelerden tahsil edilemeyeceğine karar verilmiştir.

Bu karardan 2 yıl kadar sonra, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda 6719 sayılı Kanun ile yapılan, 17.06.2016 tarihli ve 29745 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren değişiklik ile, kayıp kaçak bedeli, "teknik ve teknik olmayan kayıp" adı altında kanuna girmiş, aynı Kanun'un 17/ 6 (ç) bendi ile bu bedelin kayıtlı aboneler tarafından ödenmesine mevzuat dayanağı oluşturulmuştur.

Değişiklik kanununun gerekçesini incelediğimizde, kuvvetli vurgu, kayıp kaçak bedelinin Yargıtay HGK kararında tanımlandığı üzere bir hizmetin nakli sırasındaki teknik kayıp ve hırsızlık neticesinde ortaya çıkan kayıp değil, sıradan bir maliyet kalemi olduğu, dolayısıyla tıpkı diğer maliyet unsurları gibi tüketici tarafından katlanması gereken bir unsur olduğu üzerinedir.

Kayıp kaçak bedeli, enerji hizmetinin nakli sırasında meydana gelen bir kayıp olduğundan, buna devletin ve hizmetin taşıyıcısı olan şirketin katlanması gerektiği düşünülse de neoliberal sistemde devletin piyasaya müdahalesinde bireyin faydası değil, piyasanın sürekliliği ve korunması amaçlanmaktadır. Öyleyse ilgili kanun değişikliği ile de kanun koyucu, devletin iktisadi politikasına uygun biçimde sorumluluk devlete veya piyasa aktörü olan şirkete değil, bireye yüklenmiştir.

<sup>184</sup> GÜNEŞ - BİRBEN, 2015, <https://www.jurix.com.tr/article/4474>.

<sup>185</sup> DUBOSE, Michael, **Criminal Enforcement of Intellectual Property Laws in the Twenty-First Century**, J.L. & Arts 481, Column. 29, 2006, (s. 481 - 495), s. 483.

<sup>186</sup> MANTA, Irina, **The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement**, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 24, No. 2, 2011, (s. 469 - 518), s. 479.



Bu noktada her ne kadar medeni hukuk alanındaki düzenleme ve yaptırımların ilerleme ve gelişim için yeterli olduğu düşünülse de, *Kahan*, gerek gerçek kişiler gerekse şirketler olsun, halkın asli talebinin, suçluların kınanması olduğunu savunmaktadır<sup>187</sup>. Buna göre, eğer toplum fikri hak ihlallerinde de failleri hırsızlar ve “parazitler” olarak görmeye başlamış ve bu konudaki onaylanma duygusu yeterince desteklenmişse<sup>188</sup> kanunun, bu uyuşmazlıkları hukuk mahkemelerinden daha etkili bir yol olarak kabul edilen ceza yargılamaları eliyle çözmeye çalışması daha yerinde olacak, halkın, failin kınanmasına ilişkin bu gerçekliği karşılandığında sosyal refah yaratılabilecektir<sup>189</sup>. Nitekim *Hafizoğulları* da, emirler ve yasaklar bütünü olan ceza hukuku kurallarını uygulama faaliyetinin, belli bir toplumsal gerçeklik üzerine getirilen ve o gerçekliği karşılama/ etkileme amacını güden bir faaliyet olduğunu belirtmektedir<sup>190</sup>. Öyleyse, *Kahan*'ın görüşü ile *Hafizoğulları*'nın görüşü birlikte ele alındığında, halkın, failin kınanması yönündeki talebinin, ceza hukuku eliyle karşılanması halinde ceza hukuku, medeni hukuk yollarıyla karşılanamayan bir tatmini sağlayacak ve bu tatmin, sosyal refahı da beraberinde getirecektir.

*Hafizoğulları*'nın da katıldığı biçimde, *Antolisei*'nin, günümüzde ceza hukukunun görevinin, yalnızca mevcut ortak toplumsal hayatı teminat altına almak değil, aynı zamanda toplumu daha ileriye götürmek olduğu yönündeki<sup>191</sup> görüşünün de fikri mülkiyet ihlallerinin gelişen ekonomik düzende ceza hukuku tarafından korunmasının temelini oluşturabileceğini söylemek mümkündür.

Marka hakkının korunmasının ekonomik açıdan önemi konusunda da ifade ettiğimiz üzere, günümüzde marka hakkı ve marka değeri artık ulusal ve küresel düzeyde piyasaların önemli taşıyıcılarından biri haline gelmiş olup gelecekte de bu konumunu güçlendirerek var olacağı öngörülmektedir.

<sup>187</sup> KAHAN, Dan M., **Social Meaning and the Economic Analysis of Crime**, The Journal of Legal Studies, Vol. 27, No. S2, 1998, (s. 609 - 622), s. 619.

<sup>188</sup> MANTA, 2011, s. 494.

<sup>189</sup> KAHAN, 1998, s. 619.

<sup>190</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Gözden Geçirilmiş, Ek Konulmuş İkinci Baskı, Ankara, 1996, s. 11 - 12.

<sup>191</sup> ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, PG, Milano, 1963, s. 3 (Aktaran; HAFIZOĞULLARI, 1996, s. 5 - 6, Dipnot 6).

Kişilerin düşük risk alarak yüksek kâr elde etmelerini temin eden fikri mülkiyet hakkı ihlalleri, kişileri bu eylemlere yöneltmekte, bireysel hak ihlalleri ve kayıpların ötesinde esas olarak ekonomik sistem üzerinde olumsuz etki yaratan bu eylemlere ilişkin olarak, ulusal ve uluslararası düzeyde mevcut hukuki veya idari yolların yeterli olmadığından bahisle, halkın kınama talebini tatmin amacını da gerçekleştirmek üzere, ceza normları kullanılmakta ve bu eylemler suç kabul edilmektedir.

Kınama talebi veyahut piyasa güvenliğinin sağlanması gibi sebeplerin yanında, marka hakkının sahibine tanıdığı tekel hakkı ile piyasada az sayıda ve büyük aktörün faaliyet göstermesini sağlayarak tekelleşmeyi pekiştirmesi de cezai korumanın sonuçlarından biri olarak sayılabilecektir.

Nitekim TRIPS'in 3 ve 4. maddesi gibi, uluslararası düzeyde müşterek bir sistem içerisinde tekelleşmeyi de güvence altına alan hükümleri, yine TRIPS'in, taraf devletlere, ceza hukuku alanında da düzenleme yapmaları için çerçeve çizen ve

*“Üyeler en azından, ticari ölçekte bilerek marka sahtekârlığı 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”<sup>192</sup> hükmünü*

<sup>192</sup> <http://www.destekpatent.com.tr/documents/kutuphane/anlasmalar/trips.pdf>.

amir 61. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, bu güvencenin cezai temelinin de oluşturulmasının amaçlandığı görülmektedir<sup>193</sup>.

Türk hukukunda en güncel ceza hukuku düzenlemesi, SMK'nin 29 ve 30. maddeleri ile atıfta buldukları diğer maddelerdir. 29. madde, marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri düzenlerken, 30. madde, cezai hükümleri getirmektedir. SMK'nin muhtelif maddelerinde de ceza ve ceza usul hukukuna ilişkin bazı hususlarda TCK'ye atıf kurulduğu gibi bazı hususlar da açıkça düzenlemiştir. Bu hükümler diğer bölümlerde yeri geldikçe ele alınacaktır.

---

<sup>193</sup> Bununla birlikte, bu ihlaller ile oluşan korsan/ taklit piyasa da ayrıca bir ticaret piyasası yaratmakta, bu ikincil piyasanın varlığı da korunmak istenmekte, rneğin Türk hukukunda bir yandan marka hakkına tecavüz suçları için ağır denilebilecek hapis cezaları ve beraberinde adli para cezaları öngörülmekte iken diğer yandan suç Şikayete tabi kılınmaktadır.

## İKİNCİ BÖLÜM

### MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇLARINDA SUÇUN UNSURLARI

#### 2.1. GENEL OLARAK - MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇLARINA İLİŞKİN ORTAK HÜKÜMLER

Mülga 556 sayılı KHK'nin 61/ A maddesinin 4128 ve 5194 sayılı Kanunlar ile düzenlenen ilk hallerinde pek çok fiil suç olarak düzenlenmiş<sup>194</sup> fakat 2009

<sup>194</sup> 4128 sayılı "12.9.1960 Tarihli ve 80 Sayılı, 29.6.1956 Tarihli ve 6762 Sayılı ve 10.6.1930 Tarihli ve 1705 Sayılı Kanunlar İle 24.6.1995 Tarihli ve 551, 552, 554, 555, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler İle 28.6.1995 Tarihli ve 560 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 5. maddesi ile düzenlendiği üzere;

"Madde 61/A-a) Marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapanlar, marka koruması olan bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş, marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıranlar, kendisini haksız olarak marka başvurusu veya marka hakkı sahibi olarak gösterenler hakkında bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına ve üçyüz milyon liradan altıyüz milyon liraya kadar para cezasına,

b) Hak ve alakası olmadığını veya tasarruf yetkisi bulunmadığını bilmesi gerektiği halde, marka korunmasına ilişkin mevzuatın devir ve intikal, rehin ve haciz ile ilgili maddelerinde yazılı haklardan birini veya bu hakla ilgili lisansı başkasına devreden, veren, rehmeden, bu haklar üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunanlar ile korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresinin bittiği veya marka hakkının hükümsüzlüğü veya marka korumasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında; kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticarî evrakına veya ilanlarına, hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde, işaretler koyan veya bu amaçla yazılı ve görsel basındaki ilan ve reklamlarda, bu tarzda yazı, işaret veya ifadeleri kullananlar hakkında, iki yıldan üç yıla kadar hapis cezasına ve altıyüz milyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına,

c) 61 inci maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve altıyüz milyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmolunur."

5194 sayılı "Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 16. maddesi ile getirilen,

"Madde 61/A. — Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamında;

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

yılında 5833 sayılı Kanun ile bugünkü düzenlemeye benzer biçimde iktibas veya iltibas suretiyle mal veya hizmet üreterek, satış arz ederek veya satarak marka hakkına tecavüz, marka koruması olduğunu belirten bir işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma ve yetkisi olmadığı halde başkasına ait

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

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

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

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

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

marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunmak fiilleri suç olarak düzenlenmiş, 6769 sayılı SMK'nin yürürlüğe girmesine kadar bu hükümler uygulanmıştır.

SMK'de ise "Marka Hakkına Tecavüze İlişkin Cezai Hükümler" başlığını taşıyan 30. maddesinde suç fiilleri getirilmiş ve maddenin;

Birinci fıkrasında, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üretmek veya hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak fiilleri,

İkinci fıkrasında marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırmak fiili,

Üçüncü fıkrasında ise yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunmak fiili hapis ve adli para cezası yaptırımına bağlanmıştır.

*Keyman* tarafından da ifade edildiği üzere, suçun incelenmesinde esas olarak iki metot bulunmaktadır. Bunlardan ilki, suçu unsurlarına ayırarak her bir unsur özelinde inceleyen tahlilci - analitik metot; diğeri ise, suçu bir bütün olarak değerlendiren bütüncü - sentetik metottur<sup>195</sup>. Bu metotlar arasında çoğunlukla kabul gören metot tahlilci - analitik metot olup bu tercihin bilimsel ve sistematik olarak da gerekli olduğu savunulmaktadır<sup>196</sup>.

Buna karşın suçun incelenmesinde tahlilci metot hakkında, suçun unsurlarına ayrılması ve bu unsurların adlandırılması konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır<sup>197</sup>. Bu tür tartışmaların çalışmanın boyutunu aşacağı

<sup>195</sup> KEYMAN, Selahattin, **Suç Genel Teorisinin İki Temel Sorunu: Genel ve Soyut Hareket Kavramı - Suçun İncelenmesinde Tekçi ve Tahlilci Yöntemler**, Prof. Dr. Fadıl Hakkı Sur'un Anısına Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1983, s. 465 vd.

<sup>196</sup> TOROSLU, Nevzat - TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 125.

<sup>197</sup> Bu metotlardan *Toroslu'nun* ve *Erem'in* benimsediği ikili ayırım, suçun unsurlarını maddi unsur ve manevi unsur olarak ikiye ayırarak suçu, "kusurlu irade ile işlenen

değerlendirilmekte olup nihayetinde marka hakkına tecavüz suçları incelenirken, *Hafizoğulları* tarafından benimsenen, hukuka aykırılığın ayrı bir unsur olarak kabul edildiği ve suçu “*hukuka aykırı ve kusurlu beşeri fiil*” olarak tanımlayan üçlü ayırım, *Hafizoğulları*’nın da ifadesi ile “didaktik ve pratik gereksinimleri daha iyi karşıladığı”<sup>198</sup> düşünüldüğünden tarafımızca da esas alınacaktır.

Suçun unsurlarının incelenmesine geçilmeden önce ise marka hakkına tecavüz suçları açısından ortak hükümlere yer verilerek sırasıyla suçun hukuki konusu, maddi konusu, faili ve mağduru ele alınacaktır.

### 2.1.1. Hukuki Konu

#### 2.1.1.1. Genel Olarak Hukuki Konu

Suçun hukuki konusu, sübjektif teorilere göre bir hak, objektif teorilere göre ise hukuk, hukuki yükümlülük ya da hukuki varlık veya menfaat olarak kabul

---

*eylem*” olarak kabul etmekte, hukuka aykırılığı, suçun özü olarak kabul ederek eylemin analizinde ayrı bir unsur olarak ele almamaktadır. TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 127 - 128; EREM, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, Ankara 1995, s. 247 - 248.

*Hafizoğulları*’nca izlenen üçlü ayırım ise, hukuka aykırılığı da suçun unsurlarından biri saymakta ve suçu “*hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil*” olarak tanımlamakta ve suçun unsurlarını fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere üç başlıkta incelemektedir. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 154, 155 ve 163.

*Dönmezer - Erman*’a göre, suç, yasallık/ tipiklik, maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarından oluşmaktadır. DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 308.

*Kunter* de dörtlü ayırımı esas almakta ve farklı bir unsur olarak “cezalandırılabilir”yi de suçun unsuru kabul etmektedir. KUNTER, Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, 1949, s. 171 vd.

<sup>198</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 165.

edilirken<sup>199</sup>, maddi konusu genellikle suçun üzerinde meydana geldiği kişi<sup>200</sup> veya şey<sup>201</sup> olarak sayılmaktadır<sup>202</sup>.

Kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenen her eylemin karşılık bulduğu bir hukuki konusu vardır. Ancak “kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi”, “hükümlü veya tutuklunun kaçması” örneklerinde de olduğu gibi, maddi konusu her zaman olmak durumunda değildir.

Hukuki konuyu oluşturan varlık veya menfaatler maddi veya manevi içerikte olabilirken, maddi konusunu insani veya cismani şeyler oluşturur<sup>203</sup>.

Bu bağlamda hukuki ve maddi konu hakkında tartışılan hususlardan ilki, aralarındaki ilişki konusundadır. Suçun hukuki konusu ile maddi konusu birbirinden kopuk iki kavram değildir, bazı somut olaylarda aralarındaki bağlantı net değilken bazılarında hukuki ve maddi konular birleşebilmektedir. *Erem*, bu duruma örnek olarak konut dokunulmazlığını ihlali vermektedir. Konut dokunulmazlığını ihlal suçunda maddi konu, bina değil, huzurdur. Korunan hukuki menfaat de yine kişilerinin konutlarının içerisindeki huzurun korunmasıdır<sup>204</sup>. *Erem*'e göre bu suçta suçun hukuki ve maddi konuları birleşmiştir. *Demirbaş*, hukuki ve maddi konu arasında doğrudan doğruya bir bağlantı bulunmakla birlikte maddi konu çoğu zaman suçun asli veya geçici bir unsuru iken hukuki konunun kanuni tipin bir unsurundan da öteye özü olduğunu

<sup>199</sup> TOROSLU, Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara, 1970, s. 87.

<sup>200</sup> ÇETİN, Soner Hamza, **Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu (TCK m. 191)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Ankara, 2016, (s. 1353 - 1480), s. 1371.

<sup>201</sup> EREM, Faruk, **Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, Ankara, 1968, (s. 11 - 33), s. 14; TOROSLU, 1970, s. 61, 187 - 188

<sup>202</sup> ÜNVER, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 125 ve devamı.

<sup>203</sup> Söz konusu “insani veya cismani şeyler” kapsamına, “algılama yeteneği”, “sırlar” veya “kişisel veri” örneklerinde olduğu gibi maddi olmayan insan varlıkları da dahildir. AKBULUT, Berrin, **Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 397.

<sup>204</sup> EREM, Faruk, 1968, s. 24.



belirtmektedir<sup>205</sup>. Özgenç ise, suçun konusunu maddi ve hukuki olarak ayırmamakta, “ihlal” ve “zarar/ tehlike” terimleri üzerinden bir değerlendirme yaparak suçun işlenmesiyle birlikte “korunan hukuki değer” ihlal edilirken, suçun konusunun zarara uğradığını veya tehlikeye maruz kaldığını ifade etmektedir<sup>206</sup>.

Suçun hukuki konusu, suç eyleminin ihlal niteliğini açıklayan bir husus olup suçu düzenleyen ceza normu tarafından koruma altındaki ve eylem ile ihlal edilen hukuki varlık veya menfaat<sup>207</sup>; suçun doğrudan doğruya ihlal ettiği korunan hukuki değer<sup>208</sup>; kanun kuralı ile korunan ve suçun zarar verme veya tehlikeye düşürme suretiyle ihlal ettiği hak veya menfaat<sup>209</sup> gibi biçimlerde tanımlanmaktadır.

Hukuki varlık, insanın ihtiyaçlarını tatmine yönelik ve cismani bir varlığı olmasa bile somut olarak dış dünyaya yansiyabilen<sup>210</sup> ve hukuken korunan her şey olarak tanımlanırken, menfaat, ihtiyacın giderilmesi için varlığın kullanılmasına imkân tanıyan ilişki biçiminde ifade edilmektedir<sup>211</sup>.

Hukuki konu bağlamında, “korunan hukuki menfaat” kavramı modern ceza hukukunda her dönem tartışılan bir konu olmuştur. Keza yürürlükteki Türk ceza hukuku sisteminin mehası olan Alman hukukunda da, korunan hukuki menfaate ilişkin yaklaşımlar pek çok değişim ve gelişim göstermiştir<sup>212</sup>.

<sup>205</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 555 - 556.

<sup>206</sup> ÖZGENÇ, 2018, s. 214; benzer biçimde, ÜNVER, 2003, s. 131 vd.

<sup>207</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 109.

<sup>208</sup> ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, İstanbul, 2013, s. 160 - 161.

<sup>209</sup> EREM, Faruk, 1968, s. 23.

<sup>210</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 93.

<sup>211</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 109; ÜNVER, 2003, s. 110.

<sup>212</sup> 19. yüzyılın ortalarında Johann Michael Franz Birnbaum “korunan hukuki menfaat” olarak çevrilen “*Gut*” kavramını getirmiştir ve bunu açıklamak için şöyle örnekler vermektedir: A kişisine ait bir mal, çalındığında malın zilyetliği değişmekte ve fakat sahiplik konusunda hiçbir şey değişmemektedir; mülkiyet hakkı hala A’dadır. B kişisi yaralandığında, vücut bütünlüğü ve esenliği hakkına hala sahiptir, C kişinin hürriyeti tahdit edildiğinde kişi hareket etme özgürlüğünü kaybetmez. Bu hakların yararlanıcılarının haklarını kullanmaları engellenerek hakların sadece alt katmanını oluşturan hukuki menfaatleri ihlal edilebilir.

Korunan hukuki menfaat teorisi, 19. yüzyılın sonlarında artık Alman yasal metinlerinde de yer bulmaya başlamıştır.

Türk hukukunda korunan hukuki menfaat kavramının değerlendirilmesine bakıldığında *Hafızoğulları - Özen*'in, belirli bir değer<sup>213</sup> ihlali olan ve olmayan suçlar ayırımına gittikleri görülmektedir. Belli bir hukuki değer veya menfaatin ihlali niteliği taşımayan, çoğunu dilencilik, kumar gibi kabahatlerin veyahut kendi ihtiyacı için uyuşturucu bulundurmamak ve kullanmak gibi eylemlerin oluşturduğu ve doktrinde salt amaç suçları olarak adlandırılan eylemler de bulunmaktadır<sup>214</sup>.

---

Karl Binding, Birnbaum'un "*Gut*" terimini "*Rechtsgut*" olarak değiştirerek kavramı daha yakından tanımlamaya çalışmış, korunan hukuki menfaatin ihlalinin suç olarak belirlenerek pozitif yasa ile yasama organı tarafından tanınması ve güvence altına alınması gerektiği sonucuna varmıştır. VORMBAUM, Thomas - BOHLANDER, Michael, **A Modern History of German Criminal Law**, (Almanca'dan İngilizce'ye Çev. Margaret Hiley), Springer-Verlag, Berlin, 2014, s. 55 - 56.

Suçun hakların ihlali ile tanımlanmasını, dar ve kısıtlı bulan Binding, korunan hukuki menfaat kavramı ile ceza yasa koyucusunun evrensel bir etkiye sahip olabileceğini savunur. *Rechtsgüter* ile korunan hukuki menfaatler, sübjektif haklar değildir; toplumun sağlıklı yaşaması için gereken gerçek şartlardır.

Franz von Liszt, bu görüşlere itiraz etmektedir.

Zira, yasama organı tarafından, suçun yasal tanımı yapılırken, korunan hukuki menfaate açıkça başvuru yapılmaz, tanımın içinin doldurulması doktrine ve yargıya bırakılır. Öyleyse bir suçu yorumlayan kişi, aynı zamanda suçu yorumlamak için kullanılan ölçütü de belirleyecektir. Bu içinden çıkılmaz bir döngü yaratacak ve nihai bir sonuca ulaştırmayacaktır. VORMBAUM- BOHLANDER, 2014, s. 56.

Nasyonal sosyalist dönemde ise, ceza hukukunun otoriter bir bakış açısıyla ele alınması söz konusudur ve ceza hukukunun alanı daraltılarak korunan hukuki menfaat görüşünden uzaklaşmıştır. Bu dönem ceza hukukunda, ulusal toplum homojen bir yapı kabul edilerek suç, ulus üyesi olan bireyin tipe uygun olup olmadığı temelinde tanımlanmaya başlanmıştır. VORMBAUM - BOHLANDER, 2014, s. 49 - 77.

Dolayısıyla ceza hukukunun ve cezalandırma politikasının birincil hedefi, saldırıya tepki göstermek değil, toplumdaki tehlikeli kişileri yok etmek olup odak noktası artık fiil ve korunan hukuki menfaat değil, topluma karşı toplumsal ödevlerini yerine getirmeyen failin bizzat kendisidir. 1960 ve 1970'lerin ceza politikası, Claus Roxin'in görüşlerinden etkilenmiştir. Korunan hukuki menfaat yaklaşımı faydacı ceza hukuku anlayışı ile geri dönmüş, failin imhasına yönelik pek çok eylem suç olmaktan çıkarılmıştır. Saldırı ve ihlaller ayrı ayrı düzenlenmiştir; saldırılar, suçlar ve kabahatler iken, ihlaller, devletin veya vatandaşlarının korunan hukuki menfaatinin ihlalidir. VORMBAUM-BOHLANDER, 2014, s. 234

<sup>213</sup> *Hafızoğulları - Özen*, yukarıda "hukuki varlık veya menfaat" biçiminde ifade edilen tanımdaki "varlık" yerine "değer" kullanılmaktadır. Keza, yapılan tanım da bu doğrultudadır. "Değer", insan ihtiyacını tatmine yarayan her şey iken "menfaat", ihtiyaç sahibi ile şey arasındaki ilişkidir. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015 s. 200. Bu nedenle, kendilerinin görüşlerine yer verilen kısımlarda "değer" ibaresi de kullanılmaktadır.

Keza doktrinde suçun hukuki konusunu ifade etmek için hukuksal değer, menfaat, korunan hukuki menfaat, korunan hukuki yarar, hukuki çıkar, hukuki yarar gibi pek çok tabirin kullanıldığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. ÜNVER, 2003, s. 48 vd.

<sup>214</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 207.

Suçun hukuki konusunu oluşturan bu menfaatler, bireysel, toplumsal, kamusal, ekonomik olabileceği gibi maddi veya manevi içerikli de olabilecektir<sup>215</sup>.

Tek suç ile birden çok değer veya menfaatin ihlali mümkündür. Yağma, iftira, konutta hırsızlık suçları buna örnektir<sup>216</sup>.

Korunan hukuki menfaatlerin mutlak bir kataloğu yoktur, içinde bulunulan zaman ve yer ile doğrudan ilişkilidir. Hangi menfaatin nasıl ele alınacağı, başka bir ifade ile ceza hukuku korumasının konusunu neyin oluşturacağı ise yasa koyucunun içinde bulunduğu dönemde hakim olan devlet modeline ve izlenecek cezalandırma politikasına göre değişiklik göstermektedir.

Türk hukukunda da bu cezai korumanın konusunu, Anayasa ile düzenlenen değer veya menfaatler oluşturmaktadır<sup>217</sup>. Örneğin, Anayasa'nın 10. maddesi ile kişilerin eşit muamele görme; 17. maddesi ile kişilerin hayatı, maddi ve manevi varlıkları, onur ve haysiyetleri; 20 ve devamı maddeleri ile kişilerin özel hayatlarının, haberleşme hürriyetlerinin, konutlarının dokunulmazlığı; 41. maddesinde aile düzeninin hukuki koruma altında olduğu görülmektedir.

#### 2.1.1.2. Marka Suçlarında Hukuki Konu

Korunan hukuki menfaat hususu, marka hakkının korunması bağlamında ele alındığında iki temel Anayasa hükmü ile karşılaşılmaktadır. Bunlardan biri Anayasa'nın, mülkiyet hakkının korunmasını düzenleyen 35. maddesi, diğeri ise devlete, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemesi, geliştirici tedbirlerin alınması yükümlülüklerini yükleyen 167. maddesidir<sup>218</sup>.

Özel bir tür mülkiyet hakkı olarak tanımlanan ve fikri mülkiyet haklarından olan marka hakkı da Anayasa'nın 35. maddesi ile mülkiyet hakkı üzerinde tanınan hukuki korumadan yararlanabilir.

<sup>215</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 110.

<sup>216</sup> Bunlara "çok ihlali suçlar" denilmektedir. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015 s. 204.

<sup>217</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki - GÜNGÖR, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 69, Ankara, 2007, (s. 21 - 50), s. 26.

<sup>218</sup> www.mevzuat.gov.tr.

*Arslan - Özdemir*, markanın, marka hakkına tecavüz suçunun hukuki konusunu oluşturduğunu<sup>219</sup> ifade etmekte ve bu ifadede sözü edilen “marka”nın, mülga KHK’nin 5. maddesinde tanımlanan marka işareti olduğunu belirtmektedirler.

Kanımızca, suçun hukuki konusu, yasal tanımdaki marka işareti yerine markanın, sahibine sağladığı hak olup ceza hukuku bu hak için bir hukuki değer yaratmakta, bu değer ihlalini yaptırıma bağlamakta ve değeri koruma altına almaktadır.

Bir hukuki varlık olan marka dolayısıyla markanın adına tescil edildiği kişinin sahip olduğu haklara tecavüz eylemi nedeniyle zarar gören veya tehlikeye düşen hukuki menfaatler, mülkiyet hakkı ihlali, tüketicilerin korunması saiki (ve bu saikin kamu güveni düzleminde piyasaya yansımaları), yeni yatırımların teşviki ile en nihayetinde piyasanın korunması ve sürekliliği olarak ortaya çıkmaktadır. Bu menfaatlerin korunması da suçun hukuki konusunu teşkil edecektir.

Nitekim *Güneş* de, SMK’nin bilhassa 30/ 1. maddesinde düzenlenen suç için korunan hukuki yararın markaya bağlı ekonomik menfaat olduğunu belirtmektedir<sup>220</sup>.

Keza, Birinci Kısım’da açıklandığı üzere, marka hakkının korunması her şeyden önce markanın haiz olduğu ekonomik değere ve bu değer piyasadaki bulduğu karşılığa binaen önem kazanmaktadır. Cezalandırma politikasının belirleyicisi olan devlet de, marka hakkının korunmasındaki hukuki menfaatleri esas alarak yasama organı eliyle Anayasa’nın 167. maddesi gereğince piyasanın menfaatini koruyacak ve sermayenin sürdürülebilirliğini sağlayacaktır.

Dolayısıyla marka hakkına tecavüz suçu ile bireysel, toplumsal, ekonomik ve uluslararası birden çok değer veya menfaatin koruma altına alındığını söylemek mümkündür.

### **2.1.2. Maddi Konu**

<sup>219</sup> ARSLAN - ÖZDEMİR, 2016, s. 1089.

<sup>220</sup> GÜNEŞ, 2017, s. 142.

### 2.1.2.1. Genel Olarak Maddi Konu

Suçun maddi konusu, suçu düzenleyen normda yer alan ve eylemin, üzerinde gerçekleştiği<sup>221</sup>; failin suçu üzerinde icra ettiği kişi ya da şeydir<sup>222</sup>.

Maddi konu kişi, eşya veya cisim olabileceği gibi insanın maddi olan veya olmayan varlıklarına ilişkin de olabilmekte, şeref, onur, huzur gibi manevi değerler de suçun maddi konusu olabilmektedir<sup>223</sup>.

Her suçun bir hukuki konusu bulunmakla birlikte maddi konusu olmayabilmektedir<sup>224</sup>. Neticesiz suçların birçoğunun maddi konusu yoktur. Bu suçlar için bir maddi konunun zarar görmesi veya tehlikeye düşmesi gerekmemekte, kanunda öngörülen hareketin gerçekleşmesi yeterli bulunmaktadır. Örneğin, TCK'nin 162. maddesinde öngörülen kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi, 292. maddesinde düzenlenen hükümlü veya tutuklunun kaçması eylemlerinde maddi konu bulunmayıp suçun kanuni tanımındaki davranışın gerçekleşmesi suça vücut vermektedir<sup>225</sup>.

Suçun maddi konusunu insanın maddi varlıklarının oluşturduğu, öldürme, yaralama, cinsel saldırı gibi suçlarda mağdur ile suçun maddi konusu birleşmektedir. Buna karşın mağdur ile suçun maddi konusunun aynı şey olmadığı bilinmelidir. Nitekim bazı hallerde suçun maddi konusunu yine bir insan maddi varlığı oluştururken mağdur tümüyle başka bir kimse olabilmektedir. *Hafizoğulları - Özen*, bu duruma, TCK'nin 234. maddesinde düzenlenen, velayet yetkisi elinden alınmış anne veya babanın 18 yaşını doldurmamış çocuğunu kaçırmamasını örnek vermektedir. Bu suçta, suçun maddi konusunu kaçırılan çocuk oluştururken suçun mağduru velayet yetkisi elinde olan kişidir<sup>226</sup>.

<sup>221</sup> TOROSLU, 1970, s. 185 vd.

<sup>222</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 553.

<sup>223</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 200.

<sup>224</sup> Hukuki konusu olmayan suç ise yoktur. Zira her suç ceza sisteminde korunan bir hukuki varlık, değer veya menfaatin ihlalidir. DEMİRBAŞ, 2017, s. 556; HAFIZOĞULLARI, 2015, s. 199.

<sup>225</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 111.

<sup>226</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 209.

### 2.1.2.2. Marka Suçlarında Maddi Konu

Maddi konu, her suçta bulunmayabilmektedir. Ceza hukuku anlamında asıl olan, suçun hukuki konusu olup bu, suç fiili ile ihlal edilen hukuki değer veya menfaatin ceza normu ile koruma altına alınması demektir.

Marka hakkına tecavüz suçu incelendiğinde suçun bir “kişi veya şey” gibi bir maddi konusunun bulunmadığı görülmektedir.

Suçun bir maddi konusunun bulunduğu ve bu maddi konunun “markalı ürün”ün kendisi olduğu yönündeki görüş, suçta aynılık veya benzerliğe konu edilen şeyin hem marka, hem ürün olduğunu, bu nedenle marka hakkına tecavüz suçunun konusunun markalı ürünün kendisi olduğunu savunmaktadır<sup>227</sup>. Markalı ürün ile marka (hakkı) birbirinden ayrı değerlendirilmesi gereken hususlardır. Ancak marka hakkı korumasına konu olan, ürünün kendisi değil, ürünü temsil eden işaret nedeniyle marka hakkı sahibinin elinde bulunan haktır. Kaldı ki bu hak da suçun hukuki konusunu karşılayan hukuki değere tekabül etmekte ve suçun bir maddi konusu da bulunmamaktadır.

Marka hakkı, TÜRK PATENT nezdinde tescil yoluyla kazanılmaktadır<sup>228</sup>. Ancak bu tescil, SMK'nin 7/ 1. maddesinde de ifade edildiği üzere, esas olarak marka hakkı korumasının elde edilmesini sağlamaktadır. Başka bir ifade ile, tescil markayı suçun maddi konusu açısından cismani hale getirmemekte veyahut “şey”leştirilmemekte; hakkı, hukuk alanında ileri sürülebilir kılmakta ve hakkın tasarruf sınırlarını belirlemektedir.

### 2.1.2.3. Tescil Koşulu

6769 sayılı SMK açısından da bakıldığında, markanın ceza korumasının sağlanması için markanın tescil edilmiş olması ve Türkiye’de tescilli olması şartlarının bir arada varlığının arandığı görülmektedir. Bu yönüyle bakıldığında, tescil koşulu, suçun ön şartı olarak ortaya çıkmaktadır.

<sup>227</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 93.

<sup>228</sup> TEKİNALP, 2012, s. 381.

Ön şart söz konusu olduğunda, suçun kurucu unsurları dışında, onlardan ayrı olarak<sup>229</sup> ve suçun unsurlarından önce var olması aranan<sup>230</sup> özel birtakım koşulların gerçekleşmesi aranmaktadır. Örneğin, çocuk düşürtme suçunun gerçekleşebilmesi için kadının gebe olması ön şartı mevcut olmalıdır.

Suçun ön şartı, her ne kadar suçun unsurlarından ayrı olarak kabul edilse de çok sıkı bir bağ içinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Şöyle ki, ön şart bulunmadığında suç oluşmayacaktır<sup>231</sup>. Bu yönüyle farkı yoktur. Ancak suçun ön şartı bilhassa kast teorisi bakımından önem arz etmektedir<sup>232</sup>. Ön şart, kişinin, haksızlık bilincine sahip olup olmadığı<sup>233</sup> açısından ele alınmaktadır.

Bu bağlamda, marka hakkına tecavüz suçları açısından da SMK'nin 30/ 5. maddesinde "*Bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye'de tescilli olması şarttır*" hükmüne yer verilmiştir. Maddede, marka hakkına tecavüz fiili yasaklanmıştır, ancak suçun oluşması için aranan ön şart markanın Türkiye'de tescilli olmasıdır<sup>234</sup>.

#### 2.1.2.3.1. Markanın Tescil Edilmiş Olması

SMK'nin 7/ 1 maddesi uyarınca, SMK ile sağlanan marka koruması, tescil yoluyla elde edilir. Tescilsiz markaların korunması konusunda ise, 6769 sayılı SMK hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Ticaret hayatında kullanılan bu tür markaların korunması konusunda TTK'nin haksız rekabete ilişkin hükümlerine başvurulması söz konusu olacaktır<sup>235</sup>.

<sup>229</sup> HAFIZOĞULLARI, - ÖZEN, 2015, s. 165.

<sup>230</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 209.

<sup>231</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 209.

<sup>232</sup> HAFIZOĞULLARI, - ÖZEN, 2015, s. 166.

<sup>233</sup> GÖKTÜRK, Neslihan, **Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, 2016, (s. 407 - 450), s. 429.

<sup>234</sup> DURSUN, tescil koşulunun, objektif cezalandırılabilme koşulu olduğunu belirtmektedir. DURSUN, Selman, **Markaların Korunması Hakkında KHK'daki Suçların Tasnifi ve Değerlendirilmesi**, Fikri ve Sınai Haklarda Problemler ve Çözüm Yolları Sempozyumu, 13 - 14 Ekim 2014, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2016, s. 26.

<sup>235</sup> ARSLAN, İbrahim, **Tescilsiz Markaların Korunması**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1, Konya, 2008, (s. 29 - 46), s. 31.

### 2.1.2.3.2. Markanın Türkiye’de Tescil Edilmiş Olması

SMK’nin 3/ c maddesinde “*Paris Sözleşmesi veya 15/4/1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişiler*” SMK ile sağlanan koruma kapsamında sayılmıştır. Başka bir ifade ile Paris Sözleşmesi Madde 6 Mükerrer 1 ile düzenlenen tanınmış markalar da Türkiye’de SMK kapsamında bazı korumalardan faydalanacaklardır. Ancak bu koruma yalnızca, tescil engelleri ve hükümsüzlük davası açma hakkı ile sınırlı olup hukuk ve ceza dava haklarını kapsamamaktadır<sup>236</sup>.

Bu halde, Paris Sözleşmesi uyarınca tanınmış marka ve hatta başka pek çok ülkede de tescilli olan bir markanın TÜRKPATENT nezdinde Türkiye’de tescil edilmemiş olması noktasında sorun doğmaktadır.

Tescil ülkesel etkiye sahip olduğundan, TÜRKPATENT nezdinde tescil edilmemiş bir marka, Türkiye’de tescilsiz marka hükmündedir.

Mülga 556 sayılı KHK’nin 61/ A - 5 maddesinde de cezai koruma için markanın Türkiye’de tescilli olmasının zorunlu olarak arandığı açıkça düzenlenmekte idi. Benzer bir hüküm SMK’de de getirilmiştir. SMK’nin 30/ 5 maddesi uyarınca “*bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır*”<sup>237</sup>.

TRIPS’in 61. maddesinde ceza usulleri düzenlenmiş ve bu maddede ticari ölçekte kasten marka sahtekârlığı veyahut telif hakkı korsanlığı eylemlerine uygulanacak cezai usul ve cezaların, fikri mülkiyet haklarının bunlardan başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve bu ihlaller özellikle kasıtlı ve ticari saikle işlendiğinde uygulanacak<sup>238</sup> cezai usullerin ve cezaların üye devletlerce hükme bağlanması gerektiği hükmü getirilmiştir<sup>239</sup>. Cezai korumanın ayrıntıları ise üye

<sup>236</sup> TEKİNALP, 2012, s. 382.

<sup>237</sup> www.mevzuat.gov.tr.

<sup>238</sup> SULUK, Cahit, **Patent İhlaline Cezai Yaptırımın Uygunluğu Tartışmaları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, İzmir, 2012, (s. 79 - 101), s. 84 - 85.

<sup>239</sup> WIPO’nun 1999 yılında kabul ettiği “Tanınmış Markaların Korunmasına İlişkin Ortak Tavsiye Metni (Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks, Geneva)”nin 2. maddesine göre, üye devletler bir markanın



devletlere bırakılmıştır<sup>240</sup>. Üye devletlerden olan ülkemizde cezai koruma, tescil şartına bağlanmış, tanınmış marka da olsa TÜRKPATENT nezdinde tescilli olması ön koşulu getirilmiştir.

Tanınmış markalar, reklam gücü yüksek ve bir kalite göstergesi haline geldikleri için<sup>241</sup>, bunların özellikle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun taklit ürünler nedeniyle mağduru olmaları, tanınmamış markalardan daha muhtemeldir. Ancak cezai korumadaki tescil zorunluluğu nedeniyle, tescilli olmadığı sınıflarda dahi haksız rekabet bağlamında hukuki korumadan faydalanabilecek bir tanınmış marka, SMK kapsamında bir cezai korumadan yararlanamayacaktır.

*Noyan - Güneş*, Türkiye’de tescilli olmayan bir tanınmış markanın, tanınmışlığından yararlanmak amacıyla bir başka kimse tarafından kullanılması halinde hak sahiplerinin sığınabileceği cezai korumanın SMK değil, doğrudan TTK’nin haksız rekabette cezayı gerektiren fiilleri düzenleyen 62. maddesi olabileceğini belirtmektedir<sup>242</sup>.

Bununla birlikte, SMK’nin 7/ 2 - (c) bendi ile de tanınmış markalara, “*aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmalarına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması*”<sup>243</sup> halinde men-i müdahale talebinde bulunma

---

tanınmış marka olup olmadığını belirlerken, markanın ilgili ülkede kullanılıyor olması, tescilli olması veya tescil başvurusunun yapılmış olması koşulunu başvuru sahiplerinde aramayacaklar, bir markanın tanınmış marka kabul edilmesi için, o ülkede toplumun ilgili kesimince tanınması yeterli kabul edilecektir. GÜNGÖR GÜRBÜZ, Esin, **Paris Sözleşmesi Kapsamında Tanınmış Markaların Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Korunması**, International Journal of Economic and Administrative Studies, 16. UİK Özel Sayısı, 2017, (s.293 - 310), s. 299. Ancak kanımızca, tavsiye kararında da sözü edilen bu durum, bir markanın tanınmış sayılması ile ilgilidir. Cezai korumadan yararlanma konusunda Türk ulusal hukuk düzenlemeleri nedeniyle yine TÜRKPATENT nezdinde tescil koşulu aranacaktır.

<sup>240</sup> NOYAN - GÜNEŞ, 2015, s. 1087.

<sup>241</sup> GÜNGÖR GÜRBÜZ, 2017, s. 294.

<sup>242</sup> NOYAN - GÜNEŞ, 2015, s. 1087; GÜNEŞ, 2017, s. 154 - 155.

<sup>243</sup> www.mevzuat.gov.tr.

imkânı verilmiştir. Ancak bu yol da hukuki koruma kapsamında olup, tanınmış marka TÜRKPATENT nezdinde tescilli olmadığı sürece, cezai korumayı ilgilendirmemektedir.

### 2.1.3. Fail

TCK'nin 37/ 1. maddesine göre, "suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi faildir". Suç tanımlarında da açıklandığı üzere, suç beşeri fiil, ceza kanununa aykırı insan davranışı olduğundan bir kimsenin bir suçun faili olabilmesi için insan olması ve yaşayan bir insan olması gerekmektedir<sup>244</sup>.

Suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilen eylemler niteliğindedir. Bununla birlikte kanun koyucu bazı suçlar için failin belli bir statüde bulunmasını veya belli özellikleri taşımasını öngörebilir. Bu suçlar, özgü suçlar olarak adlandırılırlar<sup>245</sup>.

SMK'nin 7, 29 ve 30. maddelerinde yer alan marka hakkına tecavüz suçuna vücut veren eylemler özgü nitelikte olmayıp herkes tarafından işlenebilen eylemlerdir. Failin herhangi bir kişi olması yeterli olup ayrıca esnaf, tacir veya sözleşme tarafı gibi sıfatları haiz olmasına gerek yoktur<sup>246</sup>.

Tüzel kişilerin marka hakkına tecavüz suçlarının faili olup olamayacakları, suçun faili incelenirken akla gelebilecek bir husustur.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 47. maddesinde tüzel kişilik, "*başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülümlenmiş olan bağımsız mal toplulukları*" olarak tanımlanmıştır. Tüzel kişiler şirket ana sözleşmesi, dernek tüzüğü, vakıf senedi gibi türlerine özgü statülerle tüzel kişilik kazanırlar. Tüzel kişinin, statüsünün izin verdiği ölçüde hak ve fiil ehliyeti bulunmaktadır.

<sup>244</sup> ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 189.

<sup>245</sup> AKBULUT, 2014, s. 333; TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 107; DEMİRBAŞ, 2017, s. 488 - 489.

<sup>246</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 89.

Tüzel kişilerin ceza sorumlulukları tartışması tüzel kişinin, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişilerin yerine veya bu kişilerle birlikte bir ceza ehliyetine sahip olmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır<sup>247</sup>.

TCK'nin "Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği" başlığını taşıyan 20. maddesinin 2. fıkrasında "tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı, ancak, güvenlik tedbiri uygulanabileceği"; "Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri" başlığını taşıyan 60. maddesinde de tüzel kişilere faaliyet izninin iptali ve müsadere hükümlerinin uygulanabileceği düzenlenmiştir. Keza 20. maddenin gerekçesinde de "*sadece gerçek kişiler suçun faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir*" denilerek bu amaç teyit edilmiştir.

Öyleyse TCK'nin 20 ve 60. maddeleri uyarınca tüzel kişiler suç faili olamazlar. Tüzel kişiyi ilgilendiren bir suçun vücut bulması halinde sorumlular, tüzel kişinin organı niteliğindeki gerçek kişiler olacaktırlar<sup>248</sup>.

Nitekim SMK'nin 30/ 4. maddesinde de 30. maddede sayılan eylemlerin bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, gerçek kişi failerin yanı sıra tüzel kişi için de ayrıca onlara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

#### 2.1.4. Mağdur

##### 2.1.4.1. Genel Olarak Mağdur

Suçun pasif süjesi olan mağdur, suç eylemiyle ihlal edilen ve ceza yaptırımı ile korunan hukuki menfaatin, değer, yararın sahibi olan kimsedir<sup>249</sup>. Dolayısıyla mağdur ihlalin doğrudan muhatabı olan kişidir.

<sup>247</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 238 - 239; YARSUVAT, Duygun, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, (s. 889 - 918), s. 889 vd.

<sup>248</sup> GÜNEŞ, 2017, s. 145.

Fail bir insan ve gerçek kişi olmak zorunda iken bu, mağdur için geçerli değildir. Öncelikle ceza yargılamasının kamusalının zorunlu nedeni ve sonucu olarak her suçun asli mağduru devlet olarak kabul edilmektedir<sup>250</sup>. Suçun işlenmesiyle birlikte ihlale doğrudan<sup>251</sup> maruz kalan kişi de mağdur olur. İhlal edilen menfaatin bireysel, toplumsal veya kamusal olması mümkün olduğu gibi menfaatin sahibinin tüzel kişiliği bulunmayan aile, toplum, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep topluluğu gibi kesimler olması da mümkündür.

Mağdur ile birlikte değerlendirilen ve sıkça karıştırılan diğer kişi suçtan zarar görendir. Suçtan zarar gören, suç nedeniyle tazminat isteme hakkına sahip olan kimsedir<sup>252</sup>. Zaman zaman mağdur ile suçtan zarar gören birleşebileceği gibi ayrı ayrı kişiler de olabilmektedirler. Örneğin yaralama suçunda mağdur ile suçtan zarar gören aynı kişi iken, öldürme suçunda ise mağdur maktul, suçtan zarar görenler maktulün eşi, çocukları, annesi, babası gibi mirasçılardır. *Demirbaş* tarafından suçun mağduru ceza ilişkisinin, suçtan zarar gören ise hukuk - tazminat ilişkisinin tarafı<sup>253</sup> olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte CMK'nin 237/ 1. maddesi ile hem mağdura, hem de suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlara, ilk derece mahkemesindeki

---

<sup>249</sup> DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II**, İstanbul, 1999, s. 26; KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Ankara 2012, (s. 657 - 693), s. 659 - 660; HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 208; TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 114; DEMİRBAŞ, 2017, s. 556; BAŞBÜYÜK, 2018, s. 90.

<sup>250</sup> ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 190. “*Suç Mağduru ve Devlet*” başlığı altında ayrıntılı bilgilendirme için, Bkz. KATOĞLU, 2012, s. 673 vd. Ayrıca Özgenç, devletin her suçun mağduru olduğu görüşünün, devleti hak süjesi kabul eden eski anlayışın bir uzantısı olduğunu belirtmekte, bazı suçlar özelinde toplumu oluşturan ve barış dolu bir hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkesin mağdur olacağını ifade etmektedir. ÖZGENÇ, 2018, s. 218 - 219.

<sup>251</sup> Mağduru belirlemek için “doğrudan” zarar görme ölçütüne başvurulmasını *Toroslu*, yetersiz bulmakta, suç eyleminin sonuçlarından hangisinin doğrudan veya dolaylı olduğunun tespitinin her zaman kolay ve mümkün olmadığı eleştirisini getirmektedir. TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 113.

<sup>252</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 209.

<sup>253</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 557.

kovuşturma evresinin her aşamasında (hüküm verilinceye kadar) olduklarını bildirerek<sup>254</sup> davaya katılma hakkının tanındığı da belirtilmelidir.

Tüzel kişilerin mağdurluğu hakkında iki temel görüş mevcuttur. Bunlardan birine göre, tüzel kişiler, mağdur olamazlar, ancak suçtan zarar gören olabilirler<sup>255</sup>. Diğer görüşe göre ise, tüzel kişilerin tüzel kişilere karşı işlenebilen (örneğin malvarlığına karşı) eylemlerin mağduru olmaları mümkündür<sup>256</sup>. Kanımızca da tüzel kişilerin, onlara karşı işlenebilecek suçlar açısından ve işbu tez çalışmasının konusu özelinde marka hakkına tecavüz suçları bakımından suçun mağduru olmaları mümkündür.

#### 2.1.4.2. Marka Suçlarında Mağdur

##### 2.1.4.2.1. Suçun Mağduru

Marka hakkına tecavüz suçu için SMK'nin 29 ve 30. maddelerine gelindiğinde, marka sahibinin, suçun mağduru olduğu anlaşılmaktadır. Marka sahibi, mülkiyet hakkına benzer bir hak kabul edilen marka hakkının tescil suretiyle maliki olup marka hakkının ihlali karşılığında öngörülen cezai yaptırımın koruduğu hukuki menfaatin sahibi olan kimsedir.

##### 2.1.4.2.2. Tüzel Kişilerin Mağdur Olması

Tüzel kişilerin mağdur olup olamayacakları konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. *Özgenç*, her suçun mağdurunun olduğunu, bu mağdurun yalnızca gerçek kişiler olabileceğini ve tüzel kişilerin mağdur değil ancak suçtan zarar gören sıfatını haiz olabileceğini<sup>257</sup>; *Önder*, tüzel kişilerin kullandığı iradenin temsilcileri olan gerçek kişilerin iradelerinden ibaret bulunduğunu ve tüzel kişinin

<sup>254</sup> KAFES, Veli, **Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 60, Sayı: 1, Ankara, 2011, (s. 83 - 156), s. 126.

<sup>255</sup> ÖZGENÇ, 2018, s. 218; AKBULUT, 2014, s. 396; ÜZÜLMEZ, İlhan - KOCA, Mahmut, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 108.

<sup>256</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 115; DEMİRBAŞ, 2017, s. 557.

<sup>257</sup> ÖZGENÇ, 2018, s. 218.

gerçek kişilerden bağımsız bir irade kabiliyetine sahip olmadığını<sup>258</sup>; aksi görüşteki *Erem* tüzel kişilerin mağdur olabileceklerini<sup>259</sup>; *Demirbaş*, tüzel kişilerin, tüzel kişilere karşı işlenebilecek suçların mağduru olabileceklerini<sup>260</sup>; *Toroslu* tüzel kişi de kendisini teşkil eden gerçek kişilerden bağımsız bir kişiliğe sahip olduğundan ve bu kişiliğine bağlı varlık ve menfaatlere sahip olduğundan tüzel kişinin de suçun mağduru olabileceğini<sup>261</sup> ifade etmektedir.

*Katoğlu* da, tüzel kişilerin, tüzel kişilere karşı işlenebilen suçların mağduru olabilecekleri yönündeki görüşünü, Bankacılık Kanunu'nun 74 ve 158. maddeleri ile "*bir bankanın itibarını kırabilecek veya şöhretine ya da servetine zarar verebilecek*" eylemlerin yasaklanarak ceza yaptırımına bağlandığı, burada mağdur olanın her halde banka tüzel kişiliği olduğu örneği ile desteklemektedir<sup>262</sup>.

Tüzel kişinin kendisini temsil eden gerçek kişilerden bağımsız bir hukuki kişiliğinin bulunduğu, bu kişiliğin de hak ve fiil ehliyetine sahip olduğu, dolayısıyla tüzel kişilere karşı işlenebilecek suçlarda mağdur olabileceği görüşünden hareketle ve SMK uyarınca tüzel kişilerin de marka hakkı sahibi olabileceklerinin düzenlendiği bir arada değerlendirildiğinde, marka hakkına tecavüz suçunda markanın adına tescil edildiği tüzel kişi de suçun mağduru olacaktır.

#### 2.1.4.2.3. Lisans Sahibinin Durumu

Marka hakkı üzerinde lisans hakkı kurulması mümkün olup bu hak inhisari olan ve olmayan içerikte kurulabilmektedir. İnhisari olsun veya olmasın, her iki halde de lisans sözleşmelerinin konusu, marka hakkının mülkiyetinin değil, kullanım hakkının devridir.

<sup>258</sup> ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 163.

<sup>259</sup> EREM, 1968, s. 16 ve 22.

<sup>260</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 557.

<sup>261</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 115; TOROSLU, 1970, s. 180.

<sup>262</sup> KATOĞLU, 2012, s. 672 - 673.

SMK'nin 24/ 2. maddesi uyarınca, bir lisans sözleşmesi, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, inhisari olmayan (basit) lisanstır. İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde, marka hakkı sahibi olan lisans veren markayı hem kendisi kullanmaya devam edebilmekte, hem de birden çok kişiye aynı hak üzerinde aynı veya farklı mahiyetlerde lisans kurabilmektedir.

İnhisari lisans sahibi, lisans hakkını aldığı marka hakkı üzerinde münhasır yetkiye sahip olan lisans alandır. SMK'nin 24/ 2. maddesi uyarınca, inhisari lisans söz konusu olduğunda, lisans veren, bir başkasına daha lisans veremeyeceği gibi, hakkını saklı tutmadıkça kendisi de markayı kullanamaz.

SMK'nin 158. maddesi ile lisans alanların ihtiyati tedbir talep etme ve dava açma hakları düzenlenmektedir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, inhisari lisans sahibi, üçüncü kişi tarafından marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda, marka hakkı sahibinin SMK uyarınca açabileceği davaları, kendi adına da açabilir ve ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir<sup>263</sup>. İnhisari olmayan lisans sahibi ise lisans sözleşmesi ile kendisine açıkça dava hakkı tanınmadıkça bu yollara başvuramayacaktır.

TCK'nin 73. maddesinde şikâyet hakkının kullanımı mağdura özgülenmemiş, madde "yetkili kimse" ibaresini kullanmıştır. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte *Yenisey - Nuhoğlu*, dar anlamda şikâyet hakkı bağlamında düşünüldüğünde suçtan doğrudan veya dolaylı olarak zarar gören kişilerin de şikâyet haklarını kullanabileceklerini ifade etmektedirler<sup>264</sup>. Öyleyse bu görüş doğrultusunda lisans sahibinin de suçtan zarar gören olarak şikâyette bulunma hakkının olacağı görülmektedir<sup>265</sup>. Keza, TCK'nin 73/ 4. maddesinde kanun koyucu, şikâyete bağlı suçlarda suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmesinin davayı düşüreceğini hükme bağladığından şikâyet hakkının kullanılması konusunda da suçtan zarar görenin hak sahibi olduğunu söylemek mümkündür.

<sup>263</sup> TEKİNALP, 2012, s. 511; YASAMAN, Hamdi, **556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt: II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 1087.

<sup>264</sup> YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 165.

<sup>265</sup> Şüphesiz, sözleşme ile bu hakkı alınmamış bir inhisari lisans sahibi veyahut sözleşme ile bu hakkı tanınmış inhisari olmayan bir lisans sahibi olmak ön koşulu ile.

SMK'nin 158. maddesinde her ne kadar yalnızca “dava açma” ifadesi kullanılmış olsa da, bu ifadenin ceza davasının öncülü olan şikâyet hakkının kullanılması açısından da (evleviyetle) geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Bu çerçevede, inhisari olmayan lisans alanın, lisans sözleşmesi ile kendisine bu hak tanınmadı ise, dava ve şikâyette bulunma hakkı bulunmamaktadır. Buna karşın, inhisari lisans alan, kural olarak, lisans verenden izin almasına gerek olmaksızın doğrudan<sup>266</sup> dava ve şikâyet hakkına sahip olup istisnai olarak eğer lisans sözleşmesinde, cezai koruma yollarına başvurma hakkı elinden alınmış ise bu hakkı kullanamayacaktır.

Yargıtay kararlarında da lisans sözleşmesinin inhisari olup olmadığına ya da cezai koruma yollarına başvurma yetkisi veren veyahut başvurmayı yasaklayan bir açık hüküm bulunup bulunmadığına dair inceleme yapıldığı görülmektedir<sup>267</sup>.

<sup>266</sup> TEKİNALP, 2012, s. 471.

<sup>267</sup> Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 11.01.2016 tarih ve E. 2015/ 16566, K. 2016/ 20 sayılı kararı;

“(…) davaya konu ....markasının “ ....” adına tescilli olup, müşteki .... Ltd. Şti. vekili tarafından dosyaya sunulan lisans sözleşmesinin müştekiye şikâyet ve dava açma hakkı vermediği”. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 09.11.2017 tarih ve E. 2015/ 34164, K. 2017/ 9438 sayılı kararı.

“(…) marka sahibi ... Ltd. olup, 6 aylık şikâyet süresi içerisinde gerçek hak sahibi ... Ltd. adına şikâyette bulunulmadığı, suç tarihi itibarıyla katılan ... ve Pazarlama A.Ş'ne marka hakkının devredildiğine dair (hüküm tarihinde yürürlükte bulunan) 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61/A-6, TCK'nın 73/4 maddesi anlamında hak sahipliğine ilişkin tescil edilmiş şikâyet ve dava hakkı tanıyan bir lisans sözleşmesi olmadığı, katılan şirketin marka sahibi adına şikâyet hakkının bulunmadığı anlaşılmalı (...).” <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 03.10.2016 tarih ve E. 2016/ 7741, K. 2016/ 21031 sayılı kararı;

“(…) dosyada mevcut anlaşma hükümlerinden de marka ve hak sahibi şirkete ait olan şikâyet hakkının ... Petrolleri AŞ şirketine devredildiğine ilişkin hükme rastlanmadığı anlaşılmalı; şikâyet hakkı bulunmayan şirketin davaya katılmasına karar verilmesi de hükmü temyize hak vermeyeceğinden (...).” <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 14.12.2017 tarih ve E. 2016/ 7936, K. 2017/ 11081 sayılı kararı;

“(…) katılan ... Malzemesi San. ve Tic. A.Ş'nin **inhisari nitelikte lisans sözleşmesi bulunmadığından**, marka sahibi olan ...adına şikâyet hakkının da olmadığı belirtildiğine göre, Türk Patent ve Marka Kurumundan suça konu ürünler üzerinde yer



Lisans alanın da marka hakkı sahibi olan lisans veren ile birlikte, lisansa konu marka adı altında “*üretilen mal veya sunulan hizmetin kalitesini garanti edecek önlemleri alma yükümlülüğü*”<sup>268</sup> bulunduğu da göz önüne alındığında lisans alanın da tıpkı marka hakkı sahibi gibi marka için koruma yollarına doğrudan başvurabilmesi doğru olmalıdır. Diğer yandan, lisans veren ile lisans alan arasındaki ilişki sözleşmeden doğan nispi bir ilişki iken tarafların her ikisinin de marka hakkı aleyhine üçüncü kişilerce gerçekleştirilen ihlallere karşı koyma hakları mutlak niteliktedir<sup>269</sup>. Dolayısıyla hem marka hakkı sahibi lisans veren, hem de inhisari lisans alan (*sözleşme ile aksi öngörülmedikçe*) koruma yollarına başvurabilecektir.

---

*alan ... markasına ait marka tescil belgeleri getirilip incelenerek, takibi şikayete bağlı olan Marka Hakkına Tecavüz suçu yönünden, katılanın şikayet hakkının olup olmadığı belirlendikten sonra sonucuna (...)*.<https://karararama.yargitay.gov.tr>.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 02.07.2014 tarih ve E. 2013/ 8558, K. 2014/ 14737sayılı kararı;

*“O., o.. markaları hakkında T.. P.. Enstitüsünden gelen belgelere göre marka hakkı sahibi Ü.. N.V firması olup, Ü.. Sanayi ve Tic. A.Ş. adına vekili aracılığıyla verilen şikayet dilekçesi ekindeki belgelere göre 197358 sayı ile tescilli “O..” markası sahibi Ü..N.V firmasının Türkiye’de marka kullanım hakkını şikayet eden şirkete devrettiğinin belirtildiği gözetilerek, suç tarihinde geçerli olacak şekilde marka hakkının devredilip devredilmediği araştırılıp şikayet ve yargılamaya katılma haklarının bulunup bulunmadığı tespit edilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken”*. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 23.02.2017 tarih ve E. 2017/ 310, K. 2017/ 1543 sayılı kararı;

*“(..) Dosya içerisinde bulunan ve 09.02.2011 tarihinde Massachusetts Eyaleti’nde düzenlenmiş olup, Beşiktaş 2. Noterliği tarafından 24.02.2011 tarihinde tercüme edilen 02946 yevmiye no’lu vekaletname kapsamına göre, suça konu markanın hak sahibi olan “...” şirketinin, sözkonusu markanın korunması adına şikayetçi “... İç ve Dış Ticaret Anonim Şirketini” markayı ihlal eden kişiler hakkında takibat yapılması ve adli ve cezai davaların açılması için vekil tayin ettiği, vekil tayin edilen firmanın da genel vekaletname ile vekil atadığı, söz konusu marka hakkının ihlali nedeniyle ...firması adına vekaleten şikayet hakkının süresinde kullanıldığı ve dolayısıyla ortada geçerli bir şikayet bulunduğu anlaşılınca, yargılamaya devam ile sonucuna göre karar verilmesi yerine, ...’den lisans hakkını devralan ... A.Ş. vekili tarafından verilen vekaletname ile ...adına şikayet hakkı kullanılmayacağı, dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma şartının gerçekleşmediği gerekçe gösterilmek suretiyle 556 sayılı KHK’nın 61/A-6, TCK’nın 73/4 ve CMK’nın 223/8. maddeleri uyarınca sanık hakkında açılan kamu davasının düşürülmesine dair yazılı şekilde hüküm tesisi nedeniyle bozulmuştur”*. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>268</sup> TEKİNALP, 2012, s. 470.

<sup>269</sup> ÖZEL, Çağlar, **Marka Lisansı Sözleşmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 182.

Lisans sözleşmesi ile dava ve şikâyet hakkı verilmemiş olan inhisari olmayan lisans alan veyahut lisans sözleşmesi ile dava ve şikâyet hakkı elinden alınmış olan inhisari lisans sahibi, SMK'nin 158. maddesinde düzenlenen usulü yine uygulayacaktır. Buna göre, marka hakkına tecavüz eyleminin varlığı halinde ve lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa, inhisari lisans sahibinin, suçtan zarar gören sıfatıyla doğrudan şikâyet yoluna başvurabileceği; inhisari olmayan lisans sahibinin ise şikâyet yoluna başvurulmasını hak sahibinden ihtarname yoluyla yapacağı bir bildirim ile talep edebileceği uyarlaması yapılabilir. Hak sahibi, lisans alanın, şikâyette bulunulması talebini açıkça kabul etmez veya bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde şikâyette bulunmaz ise, inhisari olmayan lisans alan, hak sahibine yaptığı bildirimini de ekleyerek, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde şikâyette bulunabilecektir<sup>270</sup>. Tıpkı hukuk davalarında olduğu gibi, inhisari olmayan lisans sahibinin şikâyette bulunduğunu da hak sahibine bildirmesi gerekmektedir. Ancak bu halde de TCK'nin 73. maddesinde öngörülen altı aylık şikâyet süresinin geçirilerek hak kaybı yaşanması ihtimali doğabilecektir. Bu hususun, şikâyet süresi ile ilgili sorun da göz önünde bulundurularak açık bir kanun hükmü ile çözülmesi, yasal eksikliğin açık hükümlerle giderilmesi gerekmektedir.

---

<sup>270</sup> “Kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde” ifadesi şu anlama gelmektedir: Lisans alanın şikâyet hakkı, lisans veren marka hakkı sahibinin şikâyet hakkından daha dar kapsamlı olup yalnızca lisans sözleşmesinin kapsamıyla sınırlıdır. Örneğin, lisans sözleşmesi, ürünün belli bir il veya bölgede satımı ile ilgiliyse veyahut marka birden çok mal ve hizmet sınıfında tescilli iken bunlardan yalnızca biri için lisans sözleşmesi yapılmış ise lisans alan sadece o coğrafi sınır veya mal ve hizmet sınıfı kapsamında haklarını kullanabilecektir. AYDIN, Hüseyin, **Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 50 - 51.

## 2.2. İKTİBAS VEYA İLTİBAS SURETİYLE MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇU

### 2.2.1. Giriş

6769 sayılı SMK'nin 30/ 1. maddesinde düzenlenen iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, Türk hukukunda, mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'nda ve 2009 yılına kadar mülga 556 sayılı KHK'de de yer bulmamış, en nihayetinde 2009 yılında yapılan değişiklik ile KHK'ye eklenmiştir. Genel ifadesiyle, başkasına ait bir markanın aynını veya benzerini kullanması suretiyle hak ihlalinde bulunması olarak düzenlenmiştir<sup>271</sup>.

Suç, mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 51/ 1 - (b) bendinde, "*Başkası adına tescil edilmiş bir markanın aynını veya benzerlerini kullananlar veya hak sahibinden gayri kimse tarafından haksız olarak kullanılan markayı taşıyan emtiayı bilerek satışa arz edenler, satanlar, dağıtanlar memlekete sokanlar veya memleketten çıkaranlar*" şeklinde düzenlenmiştir.

Bunun ardından 1995 yılında (mülga) 556 sayılı KHK yürürlüğe girmiş ve iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu açısından farklı bir dönem başlamıştır. Şöyle ki, KHK'nin ilk halinde cezai hükümler düzenlenmemiştir. 27.06.1995 tarih ve 22326 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren KHK'nin, yürürlük tarihinden sadece birkaç ay sonra 4128 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile KHK'ye 61/ A maddesi eklenmiştir. Fakat bu maddede iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu düzenlenmemiştir.

4128 sayılı Kanun ile getirilen mezkûr 61/ A maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinin ardından<sup>272</sup> 5194 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile 61/ A maddesi yeniden düzenlenmiş, ancak bu düzenlemede de yine iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçuna yer verilmemiştir.

<sup>271</sup> Güneş, bu suçu "*doğrudan doğruya üretim ve ticaretle marka ihlali*" olarak isimlendirmektedir. GÜNEŞ, 2017, s. 143.

<sup>272</sup> AYM'nin 02.04.2004 tarih ve E. 2002/ 92, K. 2004/ 25 sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>.

KHK'ye 5194 sayılı Kanun ile getirilen 61/ A maddesi de yine AYM kararı ile iptal edilmiş<sup>273</sup>, bu iptal kararı üzerine 5833 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile daha önce suç olarak düzenlenen pek çok fiil suç olmaktan çıkarılmış ve en nihayetinde *“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”* hükmü getirilmiştir<sup>274</sup>.

Yürürlükteki 6769 sayılı SMK'nin 30/ 1. maddesi ile de, mülga 556 sayılı KHK'nin 61/ A maddesinden bazı farklarla *“Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”* hükmü kabul edilmiş olup bu başlığın konusunu oluşturan iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu yaptırıma bağlanmıştır.

<sup>273</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarih ve E. 2005/ 15, K. 2008/ 2 sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>.

<sup>274</sup> 28.01.2009 tarih ve 27124 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5833 sayılı “Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 3. maddesi;

*“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 ceza hükmolünmaz.”* www.mevzuat.gov.tr.

### 2.2.2. Fiil

Fiil, suçun oluşması için kural olarak gerekli olan ve hareket, netice ve nedensellik bağından oluşan kavramdır. Bir fiilin suç biçiminde karşılık bulması için, ait olduğu düzenin yasa koyucusu tarafından konulmuş olan kanuni norma uygun, başka bir ifade ile “tipik” olması gerekmektedir.

Fiilin unsurlarından ilki olan hareket, dış dünyada açığa çıkan ve insandan çıkan bir faaliyet<sup>275</sup>, bütüncü anlayışa göre vücudun bilinçli ve iradi devinimi; mekanik anlayışta bedenın algılanabilir her devinimi, kımıldanması ve fakat hukuki açıdan amaçsallık özelliğini de taşıması gereken devinim<sup>276</sup>; süjenin iradesini belli hedeflere ulaşmak amacıyla açığa çıkardığı kas faaliyeti<sup>277</sup>; kişinin iradi olarak belli bir veya birden çok neticeyi gerçekleştirmek üzere dış dünyada sergilediği davranış<sup>278</sup>; sosyal hareket teorisine göre sosyal bakımdan önem taşıyan beşeri davranış<sup>279</sup>; *Roxin*'e göre kişilik ifadesi, karakter görünüşünün dışa yansımaları<sup>280</sup> gibi biçimlerde tanımlanmaktadır.

Günümüzde modern ceza hukukunda kabul gören görüş, amaçsallığı esas alan görüş olup *Hafizoğulları* bu amaçsallığı insanın, şuurulu ve iradi vücut devinimlerinin bir amaç sayesinde gerçekleşmesi olarak yorumlamaktadır<sup>281</sup>. Hukuk âleminde dikkate alınan hareket, kişinin iradesi ile gerçekleştirdiği, suçun diğer unsurları ile bağlantı ve sonuç ile nedensellik ilişkisi içerisinde bulunan belli bir veya birden çok amaca yönelmiş harekettir<sup>282</sup>.

Hareketin ele alınış biçimlerine göre farklı türlerde suç başlıkları oluşmaktadır. Bunlardan ilki, hareketin şekline göre icrai ve ihmali suçlar; hareketin sayısına göre, tek, çok ve seçimlik hareketli suçlar; suçun oluşması için bir hareketin

<sup>275</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 222.

<sup>276</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 169.

<sup>277</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 135 - 136.

<sup>278</sup> ÖZGENÇ, 2018, s. 173; ÖZGENÇ, İzzet, **Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti - Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler**, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1995, (s. 319 - 344), s. 319 vd.

<sup>279</sup> AKBULUT, 2014, s. 253.

<sup>280</sup> Aktaran; AKBULUT, 2014. S. 255 - 256.

<sup>281</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 169 - 170.

<sup>282</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 225.

yapılması yeterli görülmüş ise tek hareketli suç, birden çok hareketin kümülatif olarak gerçekleştirilmesi öngörülmüş ise çok hareketli suçlar meydana gelmektedir.

Hareketin sayısına göre seçimlik hareketli suçlarda, kanunun, suçun gerçekleşmesi için öngördüğü birden çok hareketten tercihe göre herhangi birinin veya birkaçının gerçekleşmesi yeterlidir. Fail, seçimlik hareketlerden birini, birden çoğunu veya hepsini gerçekleştirdiğinde bir kez suç işlemiş olacaktır<sup>283</sup>.

Harekete bağlı bir diğer suç ayrımı ise kanunun bir suçun oluşması için bir hareket öngörüp öngörmemesi ile ilgili bir ayrım olan serbest hareketli ve bağlı hareketli suçlardır. Kanun, bağlı hareketli suçta, suçu oluşturacak hareketi açık bir biçimde belirlemiş iken serbest hareketli suçlarda böyle bir açıklık getirmemiş<sup>284</sup>, harekete yönelik bir özelleştirme yapmamıştır<sup>285</sup>. TCK'nin 257/ 1. maddesi ile düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için kanunda belirli bir hareket öngörülmemiş, hareketin ne olacağı serbest bırakılmıştır. Buna karşın dolandırıcılık suçunu düzenleyen 157. maddede failin, bir kimseyi hileli davranışlarla aldatma suretiyle yarar sağlaması hükmü bağlı hareketli suçta örnektir<sup>286</sup>.

Fiilin unsurları arasında hareketin yanı sıra netice ve nedensellik bağı da bulunmaktadır. Netice, bir fiil ile ortaya çıkan her netice değil, hukuk normu tarafından tipikleştirilen, bir suçun unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturan, failin fiiliyle dış dünyada yarattığı tipik bir değişiklik olarak kabul edilmektedir<sup>287</sup>.

Kural olarak, suçlar neticeye sahip olup olmamaları açısından neticeli suçlar (*maddi suç*) ve neticesiz suçlar (*sırf hareket suçları*, *şekli suç*, *neticesi harekete bitişik suç*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Netice ile hareketin birbirinden

<sup>283</sup> ÖZGENÇ, 2018, s. 180.

<sup>284</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 229.

<sup>285</sup> AKBULUT, 2014, s. 269.

<sup>286</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 138.

<sup>287</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 174.

ayrılabilirdiği, fiilin dış dünyada belirli bir etki doğurmasının şart koşulduğu<sup>288</sup> suçlar neticeli suçlar olarak adlandırılır. Bu anlamda, tabiatçı görüşe göre, kimi zaman, suçun oluşması için mutlaka hukuki değer taşıyan bir neticenin meydana gelmesi zorunlu kılınmış iken, kimi suçlar ise böyle bir netice aranmaksızın salt hareketten ibarettir<sup>289</sup>. Hareketin tamamlanmasıyla suç tamamlanır. Konut dokunulmazlığını ihlal, hakaret, ihmâl suretiyle görevi kötüye kullanma, yalan tanıklık bu suçlara örnektir.

SMK'nin 30. maddesinde düzenlenen suçlarda kanun koyucunun hareketin yapılmasını yeterli gördüğü, ayrıca bir netice doğurmasını aramadığı marka hakkına tecavüz fiillerinin, netice ile bağlantılı olarak, sırf hareket suçu olarak düzenlendiği görülmektedir.

Nedensellik bağı ise, hareket ile netice arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir<sup>290</sup>. ancak sırf hareket suçları söz konusu olduğunda, bir netice bulunmadığından ve suçun oluşması için hareketin gerçekleşmesi yeterli olduğundan nedensellik bağı da aranmamaktadır.

Öyleyse, hareket, fiilin zorunlu unsurlarından biri iken netice ve nedensellik bağı değildir.<sup>291</sup>

<sup>288</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 143.

<sup>289</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 168.

<sup>290</sup> Nedenselliği inceleyen düşünceler, neticeden önce gerçekleşen ve yokluğunda neticeyi ortaya çıkarmayan her şartı nedensel kabul eden tabii nedensellik düşüncesi; neticeyi meydana getirmeye elverişli şartı nedensel kabul eden uygun nedensellik düşüncesi ve insanın, iradesi ve bilinciyle hakimi olduğu egemenlik alanı içinde, insanın neden olduğu veyahut önleyebilecek durumda iken önleyemediği nedenler ile netice arasında nedensellik bağı kuran beşeri nedensellik düşüncesidir. *Hafizoğulları - Özen*, beşeri nedensellik düşüncesini kabul etmekle birlikte TCK'de ve yargı nezdinde de belirli bir düşüncenin kabul edilmediğini, ancak 5237 sayılı TCK'nin de beşeri nedensellik anlayışına yaklaştığını belirtmektedirler. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 177 - 183.

<sup>291</sup> Bu nedenle, çalışmada her biri sırf hareket suçu niteliğinde olan marka hakkına tecavüz suçlarının incelemesi yapılırken her suç başlığı altında ayrı ayrı netice ve nedensellik bağı incelemesi yapılması tercih edilmemiştir.

### 2.2.2.1. İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçunda Hareket

6769 sayılı SMK'nin 30/ 1. maddesinde "*başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üretmek veya hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak*" eylemleri suç olarak düzenlenmiştir.

Madde hükmü ayrıştırıldığında iki temel unsur ortaya çıkmaktadır. Buna göre 30/ 1 maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüzün oluşabilmesi için,

- Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek,
  - Mal üretmek veya hizmet sunmak,
  - Satışa arz etmek veya satmak,
  - İthal ya da ihraç etmek,
  - Ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak fiillerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

#### 2.2.2.1.1. İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz

Marka hakkına tecavüz eylemi, bir markanın sahibi olmaksızın veyahut marka sahibinin yasal ve usule uygun izni olmaksızın ilgili markanın kullanılması olarak ifade edilebilir. SMK'nin 30/ 1. maddesi suçun temel merkezine marka hakkına tecavüz fiilini koymaktadır. Buna göre, hangi hallerin iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz hali sayılacağı tespiti için SMK'nin 29. maddesine ve 29. maddesinin atfıyla 7. maddesine bakmak lazım gelmektedir.



SMK'nin 29/ 1. maddesinde (md. 29/ 1 (a)) esas olarak aynı Kanunun 7. maddesine atıf kurulmuş ve tecavüz halleri buradan hareketle açıklanmıştır. Bu bağlamda 7/ 2. maddesi uyarınca,

- a) *“Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması”* (md. 7/ 2 (a)),
- b) *“Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması”* (md. 7/ 2 (b)),
- c) *“Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması”* (md. 7/ 2 (c)) halleri ile

29/ 1. hükmünün devamında sayılan,

- d) *“Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek”* (md. 29/ 1 (b)),
- e) *“Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak”* (md. 29/ 1 (c)),

- f) “Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek” (md. 29/ 1 (ç)) halleri marka hakkına tecavüz sayılan fiiller olarak belirlenmiştir.

Sayılan bu hallerin tahdidi mi yoksa örnek babında mı olduğu tartışmalıdır. Çoğunluk görüşüne göre tahdidi değildir<sup>292</sup>; kanun uygulamada sık karşılaşılabilecek bazı halleri örnek olarak saymıştır. Tecavüz hallerinin bu sayılanlardan farklı suretlerde ortaya çıkması da mümkündür.

Diğer görüş ise, maddelerin lafzından hareketle, sayılan hallerin tahdidi olduğunu savunmaktadır. Görüşe göre, kanun koyucu, bu hallerin tahdidi olmasını istemeseydi tıpkı Avrupa Birliği düzenlemelerinde olduğu gibi “şunlar da/ aşağıdakiler de yasaklanabilir, diğerleriyle birlikte” benzeri ifadelerle madde metnini ele alabilirdi<sup>293</sup>. Benzer biçimde *Tekinalp* de sayılan tecavüz hallerinin sınırlı sayı ilkesine göre tayin edildiğini kabul etmektedir<sup>294</sup>.

SMK'nin 7, 29 ve 30/ 1. maddeleri bir arada değerlendirildiğinde üç hükümde de biraz karışık ve tekrarlar içeren bir biçimde iktibas ve iltibas eylemlerinin tanımlandığı görülmektedir. Bu karışıklığı, mezkûr maddelerde kullanılan “aynı olan herhangi bir işaret”, “marka veya ayırt edilemeyecek kadar benzer”, “marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz” ibarelerinin aynı tür ihlalleri karşılamak üzere kavramsal yeknesaklık gözetilmeden her seferinde farklı biçimlerde kaleme alınması yaratmaktadır.

Bunun yanı sıra, 29/ 1. maddesi 7. maddeye atıf kurarak tecavüz fiillerini düzenlerken 30/ 1. maddesinin hem marka hakkına tecavüzü düzenlemesi, hem

<sup>292</sup> ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku Cilt II**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998, s. 211; ARKAN, Sabih, **Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu**, BATİDER, Cilt: 20, Sayı: 3, Ankara, 2000, (s. 5 - 13), s. 12; UZUNALLI, Sevilay, **Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 265.

<sup>293</sup> SARAÇ, Tahir, **Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur mu?**, BATİDER, Cilt: 24, Sayı: 2, Ankara, 2007, S. 452 (Aktaran: BAŞBÜYÜK, 2018, s. 137, Dipnot 340); SEKMEN, Orhan, **Sınai Mülkiyet Kanunu Üzerine Bir İnceleme**, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 2, Temmuz 2017, (s. 539 - 580), <https://www.jurix.com.tr/article/9707>.

<sup>294</sup> TEKİNALP, 2012, s. 492.

de bu maddelere atıf kurmaması kanımızca eksik bir husustur. 29. maddede sayılan haller “Marka Hakkına Tecavüz” kısım başlığı altında düzenlenmiş ve fakat yalnızca hukuki korumaya ilişkin ihlal fiilleri mi kast edilmiştir, belirli değildir. Bu nedenle, aynı Kısım altında düzenlenen 29 ve 30. maddeler açısından daha açık bir bağlantı kurulması ceza hukuku düzenlemesinin mevcudiyetine ve sınırların daha belirgin olmasına yarayacaktır<sup>295</sup>.

Ayrıca iktibas ve iltibas söz konusu olduğunda yasal çerçevenin yalnız 6769 sayılı SMK (veya eski tarihlerde mülga 551 sayılı Markalar Kanunu ve mülga 556 sayılı KHK) ile sınırlı olmayıp hukuk uyuşmazlıklarında, TMK'nin 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralının, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 57. maddesinde ve 6102 sayılı TTK'nin haksız rekabeti düzenleyen 54 - 63 maddelerinin de uygulanacağı malumdur. Ancak bu çalışmada ceza hükümleri bağlamında 6769 sayılı SMK'de yer alan hükümler ile ceza kanunları hükümlerinin değerlendirmesi yapılacağından sayılan düzenlemelere yer geldikçe değinilecek ve fakat bunlar üzerinde ayrıca bir inceleme yapılmayacaktır.

#### 2.2.2.1.1.1. İktibas

İktibas, sözlük anlamıyla, ödünç alma, alıntı<sup>296</sup>, başkasına ait bir sözü, görüşü, düşünceyi veya yazıyı aynen aktarma, alma<sup>297</sup> anlamlarına gelmektedir.

SMK 30/ 1. maddesi uyarınca başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek sayılan birtakım eylemlerde bulunmak suç olarak düzenlenmiştir.

Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47/ 1 (a) maddesinde iktibasın tanımına yer verilmiş ve iktibas, “*Başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana veya*

<sup>295</sup> Kanımızca bu bağlantının, 30/ 1 maddesi içeriğinde de 29. madde ile ilgili bir atfın veyahut 29. madde içerisinde bu maddede sayılan fiillerin hukuki koruma (haksız fiil) veyahut ceza koruması (suç) alanında olup olmayacağı konusunda bir düzenlemenin bulunması suretiyle kurulması mümkündür.

<sup>296</sup> www.tdk.gov.tr.

<sup>297</sup> YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 305.

*bunlardan birisi itibariyle eşini veya ebat yahut renk itibariyle veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış sayılır*” denilmek suretiyle açıklanmış idi.

Hükme göre markanın hem eşinin/ aynısının, hem de ayırt edilemeyecek derecede cüz’i değişiklik içeren benzerinin kullanılması iktibas olacaktır. SMK’de ise kanun koyucunun böyle bir tanımlamaya yer vermediği, bunun yerine farklı maddeler içerisinde çeşitli örneklendirmeler yoluyla iktibasa işaret ettiği görülmektedir. Bu işaret etmeyi ise “*aynen kullanma*”, “*markayı kullanma*”, “*ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanma*”, “*aynı olan işareti kullanma*”, “*tescilli marka ile aynı olan*” gibi ifadelerle gerçekleştirmektedir.

Mülga 556 sayılı KHK’nin 61/ 1 (b) maddesi, markayı taklit etmekten söz etmekte, sahibinin izni olmaksızın, markanın aynının veyahut ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması “markayı taklit” olarak tanımlanmaktadır<sup>298</sup>.

İktibasın kanun metninde nasıl ele alındığının anlaşılması bakımından, önceki bölümde yer verdiğimiz 7/ 2. ve 29/ 1. hükümlerinin yanı sıra SMK’nin marka tescilinde mutlak ret nedenlerini düzenlediği 5/ 1 (ç) hükmü de önem taşımaktadır. Bu hükümde de “*Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler*”in tescili talebinin reddedileceği düzenlenerek iktibas kavramı bir kez daha farklı bir biçimde tarif edilmiştir.

Bu değerlendirmelerin ardından iktibas, “markanın aynen (tıpkı) kullanılması” ve “ayırt edilemeyecek kadar benzer surette kullanılması” biçiminde incelenmelidir. *Markanın aynen (tıpkı) kullanılması*, markanın birebir kopyalanarak<sup>299</sup>, aynı

<sup>298</sup> MERAN, 2015, s. 500; Güneş, aynı marka işaretinin aynı sınıftaki aynı gruplar için kullanımında, markanın körü körüne (“*slavish imitation*”) taklidinden söz etmektedir. GÜNEŞ, 2017, s. 146.

<sup>299</sup> MERAN, 2015, s. 500.

resim, yazım, işaret, renk, ses, grafik, şekil gibi unsurlarına yer verilerek tescilli marka ile aynı tür ve sınıftaki mal veya hizmetler için kullanılmasıdır<sup>300</sup>.

“Ayırt edilemeyecek kadar benzer kullanım”da ise, tescilli markanın aynına yakın biçimde oluşturulan, çok dikkatli ve detaylı bir inceleme yapılmadan anlaşılacak kadar küçük değişiklikler içeren<sup>301</sup>, böyle bir inceleme olmadığında aynı marka olarak anlaşılabilir<sup>302</sup> bir marka kullanımı söz konusudur. Öyle bir benzerliktir ki, tüketici onun farklı veya taklit bir marka işareti olduğunu algılayamamakta, bu benzerlik ile alıcının iradesi iğfal edilmektedir<sup>303</sup>. Ayırt edilemeyecek kadar benzer kullanıma BUFFALO ile BUFAALO<sup>304</sup>, MANGO İLE MANGQ, aynı çizgili üçgen çizimi kullanılarak ve küçük harflerle yazılan “adidas” ve “adidos” işaret örnekleri verilebilir.

Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu’nun 47/ 1 (a) maddesinde, şekil, anlam, boyut veya renk olarak aynılık veyahut ayırt edilemeyecek kadar benzerlik hali iktibas sayılmakta idi. Bu hüküm, SMK bakımından ve bugünün uygulamaları ile değerlendirildiğinde, şeklin halen iktibasta esas alındığı görülmektedir. Markanın görsel, işitsel ve grafiksel olarak değerlendirildiği düşünülürken anlam aynılığı artık iktibasa konu edilmemektedir. Aynı marka işaretinin boyutlarının değiştirilerek kullanılması markanın aynen kullanımı bağlamında

<sup>300</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 101; TEKİNALP, 2012, s. 493 - 494.

<sup>301</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 101.

<sup>302</sup> MERAN, 2015, s. 500.

<sup>303</sup> Yargıtay, o işle iştilal etmekte olan satıcının iğfal edildiği yönündeki savunmalara ise pek itibar etmemekte, iktibas konusu ürünlerin iğfal kabiliyeti olup olmadığını somut olaya göre değerlendirmektedir. Örneğin, suç konusu çantaları satmak için pek çok çeşitte alıp vitrinine koyduğunu ve taklit olduklarını anlamadığını savunan satıcının, bu işle iştilal ettiğinden ve bu çantalar ne kadar profesyonelce taklit edilmiş olurlarsa olsunlar satıcı açısından iğfal kabiliyeti taşımayacaklarından suçun unsurlarının oluştuğuna karar verilmiştir. Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin 20.10.2000 tarih ve E. 2000/ 1015, K. 2000/ 13353 sayılı kararını aktaran; NOYAN - GÜNEŞ, 2015, s. 1087 - 1088. Benzer yönde, yakın tarihli kararlar; 7. Ceza Dairesi’nin 17.06.2014 tarih ve E. 2013/ 11885, K. 2014/ 13316; 11. Hukuk Dairesi’nin 08.05.2017 tarih ve E. 2015/ 14052, K. 2017/ 2707; 21.10.2015 tarih ve E. 2015/ 419, K. 2015/ 10867 sayılı kararları; Hukuk Genel Kurulu’nun 18.04.2018 tarih ve E. 2017/ 2, K. 2018/ 923 sayılı “sıradan olmayan”abiye elbiselerle” ilgili perakende satıcılık ticareti ile iştilal eden davalının yaptığı işi gereği tasarım hakkına tecavüz niteliğinde sayılabilecek eylemleri bilebilecek durumda ve kusurlu olduğunun kabulü” şeklindeki kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>304</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 20.02.2007 tarih ve E. 2005/ 11912, K. 2007/ 3207 (Aktaran: BAŞBÜYÜK, 2018, s. 102, Dipnot 263).

iktibas oluşturacaktır. Renk konusundaki aynılık veya ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin tespitinde baskın unsur açısından değerlendirme yapılmaktadır<sup>305</sup>. Rengin tescilli markanın bütünü bakımından bir etkisi yoksa tescilli marka işaretinin farklı renklere kullanılması iktibas olacaktır<sup>306</sup>. Kaldı ki, SMK uyarınca renklerin artık tek başlarına marka olarak tescili de mümkün hale geldiğinden artık tescil edilmiş bir renk zaten tek başına marka korumasına sahip olacaktır.

Markanın aynen veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması yerine, kısmen veya tamamen aynen kullanım kavramlarını kullanan görüş sahiplerine göre, tamamen aynı kullanımda aynen, tıpkı, birebir kullanım ifade edilmekte iken, kısmen kullanımda ayırt edilemeyecek kadar benzer kullanıma tekabül eden kullanım söz konusudur<sup>307</sup>.

Markanın benzerini kullanmak ile ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak birbirinden farklı kavramlar olup ilki iltibas fiilini karşılıarken, ikincisi iktibas karşılamaktadır<sup>308</sup>. Benzer kullanıma ilişkin açıklamalara iltibas başlığı altına yer verilecektir.

Markaya yapılan yan eklemelerle benzer veya ayırt edilemeyecek kadar benzer bir markanın yaratılarak kullanılması halinde, tescilli marka ile iktibas veya iltibas edildiği ileri sürülen işaretin baskın ve yan unsurlarının ne olduğunun tespiti gerekmektedir. Seyahat şirketlerinde görülen X Turizm - Öz X Turizm - Has X Turizm gibi örneklerden hareketle baskın unsurun yanında ikincil nitelikteki eklemelerin bulunması halinde ihlalin gerçekleşeceği açıktır. Ancak ortaya çıkan ihlalin iktibas mı, yoksa iltibas mı olduğu konusunda bu eklemenin baskın unsura eklenmek suretiyle markanın bütünü üzerinde nasıl bir etki yarattığına bakılması gerektiği savunulmaktadır. Yapılan ikincil ekleme, markanın bütünü üzerinde etki doğurmuyorsa, baskın unsurun aynen veya ayırt edilemeyecek kadar benzer kullanımı söz konusu olacağından iktibas; markanın

<sup>305</sup> ABAD (ECJ), Libertel Groep BV vs. Benelux-Merkenbureau, 06.05.2003, C-104/01, EU:C:2003:244. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=48237&doclang=en>.

<sup>306</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 105.

<sup>307</sup> CENGİZ, Dilek, **Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 6; MERAN, 2015, s. 500; AYDIN, 2003, s. 91.

<sup>308</sup> TEKİNALP, 2012, s. 493; MERAN, 2015, s. 500; BAŞBÜYÜK, 2018, s. 101.

bütünü üzerinde etki doğuruyorsa, aynen kullanım söz konusu olmayacağından iltibas söz konusu olacaktır<sup>309</sup>.

SMK, gerek markanın aynen kullanılmasında, gerekse ayırt edilemeyecek kadar benzer kullanımında, bu kullanımların marka sahibinin izni olmaksızın gerçekleşmesini aramaktadır. Bunun için, failin, marka hakkı sahibinden izin almamış olması, bu iznin marka hakkı sahibi tarafından reddedilmiş olması veyahut süreye veya şarta bağlı bir izin verildi ise izin süresinin bitmiş veyahut bozucu şartın gerçekleşmesi olması gerekmektedir. Bu izin, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir<sup>310</sup>. Keza izne dair bu açıklamalar, iltibas hali için de geçerlidir.

#### 2.2.2.1.1.2. İltibas Suretiyle

İltibas, andırışma<sup>311</sup>, iki şeyin birbirine, biri sanki öteki sanılacak kadar benzemesi, yanıltıcı, aldatıcı bir benzerliğin<sup>312</sup> söz konusu olma hali olarak tanımlanmaktadır.

Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu 47/ 1 (a) maddesi, iltibası, “*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*” diyerek tanımlamıştır.

İktibasta “markanın aynen (tıpkı) kullanılması” ve “ayırt edilemeyecek kadar benzer surette kullanılması” söz konusu iken iltibasta yine markanın benzerinin

<sup>309</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 104; YASAMAN, Hamdi, **556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt: I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 396. Özen de, markanın aynı olmasından anlaşılması gerekenin, asli ve yan unsurların birebir aynı olması olduğunu ifade etmektedir. ÖZEN, Mustafa, **Marka Hakkının 556 Sayılı KHK M. 9 ve M. 61/ 1 - a Kapsamında Korunması**, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 101, Ocak 2015, (s. 94 - 110), <https://www.jurix.com.tr/article/2585>.

<sup>310</sup> TEKİNALP, 2012, s. 493.

<sup>311</sup> [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr).

<sup>312</sup> YILMAZ, 2003, s. 308.

kullanılarak alıcının yanıltılması sorunu ortaya çıkmaktadır. Ancak iltibasta yapılan fiil, aynen bir taklit yaratmamakta, bir karışıklığa sebep olmaktadır<sup>313</sup>.

SMK'nin 30/ 1. maddesinde ise iltibasın ne olduğuna ilişkin hiçbir açıklamaya yer verilmemiş, sadece iltibas fiilinin marka hakkına tecavüz suçunu oluşturan fiillerden olduğu yazılmıştır.

*Meran*, iktibas başlığı altında da açıklanan kısmen/ tamamen aynen iktibas ayrımını savunmakta, markanın tıpkı aynının kullanılmasında tamamen aynen kullanımın, ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması halinde ise kısmen aynen kullanımın söz konusu olduğunu, bu iki halin de iktibasın karşılığı olan taklit kapsamında olduğunu ve marka hakkına tecavüz suçunu oluşturacağını belirtmektedir. Buna karşın, markanın benzerinin kullanılmasının iltibasa/ karışıklığa neden olacağını, bunun taklit kapsamında olmayacağını ve dolayısıyla marka hakkına tecavüz suçunu oluşturmayacağına kanaat getirmektedir<sup>314</sup>. Bu kanaate katılmak kanımızca mümkün değildir. Zira gerek mülga 556 sayılı KHK'nın ceza hükmünü düzenleyen 61/ A, gerekse SMK'nin 30/ 1. maddesi incelendiğinde "taklit" terimi ve kapsamı üzerinden bir düzenleme yapılmadığı, "*Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz etme*" denilerek marka hakkına tecavüz suçunun hem iktibas, hem de iltibas şeklinde gerçekleşen ihlal fiilleri açısından vücut bulacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle, iltibas halinde birebir veyahut ayırt edilemeyecek kadar benzerlik biçiminde bir taklit olmadığından bahisle marka hakkına tecavüz suçunun oluşmayacağı görüşünün yasal düzenlemelerde karşılığı bulunmamaktadır.

Uluslararası düzenlemelerde de iltibas "karıştırılma ihtimali" olarak ifade edilmiş, TRIPS ekinin "Sağlanan Haklar" başlıklı 16. maddesinde aynı mal ve hizmetler için aynı işaretin kullanılmasının yarattığı karıştırılma tehlikesinden, keza 89/ 104 sayılı Direktif'te (Topluluk Marka Yönergesi) de önceki markayla benzer veya aynı işaretin ilgili mal veya hizmet sınıfında tescilinden ötürü halk nezdinde

<sup>313</sup> TEKİNALP, 2012, s. 493.

<sup>314</sup> MERAN, 2015, s. 500.



doğacak karıştırılma ihtimalinden söz edilmekte idi<sup>315</sup>. Bu çerçevede, ulusal metinlerin kaynaklarını teşkil eden uluslararası metinlerin de iltibas ve karıştırma ihtimalini açıkça düzenlemeye bağladığı görülmektedir.

İltibas üzerine esaslı tartışmalardan biri, SMK'nin 7/ 2 (b) maddesinde yer alan "ilişkilendirilme ihtimali"dir. Mülga 556 sayılı KHK'nin 9/ 1 (b) hükmü de aynı düzenlemeye yer vermekte, ihlal iddiasına konu markada, tescilli marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılmasını<sup>316</sup>, önlenmesi talep edilebilecek hallerden saymaktaydı.

İlişkilendirilme ihtimali, genel olarak karıştırma ihtimalinden farklılık arz etmektedir. İlişkilendirme ihtimalinde alıcı, markanın farklı olduğunu algılamakta ancak farklı olduğunu düşündüğü bu iki marka veya üreticileri ya da sunucuları arasında bir ilişki, bağlantı olduğunu sanarak ürünü veya hizmeti almaktadır. Benzer markanın aynı işletmeye ait farklı mal veya hizmetler olduğunu düşünerek o markayı tercih etmektedir<sup>317</sup>.

Karıştırma ihtimalinde, alıcı, bir markanın mal veya hizmetini aldığını düşünerek aslında o markaya benzer başka ve aslında almayı ummadığı bir başka üretici veya sunucudan mal veya hizmet almakta veya alma tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır<sup>318</sup>. Bu anlamda ilişkilendirilme ihtimali de karıştırma ihtimali kapsamındaki yerini almaktadır.

İşaretler arasında bağlantı kurulması halinde karıştırma ihtimalinin araştırılmasına gerek bulunmadığı gibi ilişkilendirilme ihtimalini iltibasın bir

<sup>315</sup> BAŞER, Eren, **Marka Tescilinde Benzerlik ve Karıştırılma İhtimali Kavramları ile Bu Kavramların Farklı Ülke Sistemleri ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014 (Erişim: <http://www.teknolojitransferi.gov.tr/TeknolojiTransferPlatformu/resources/temp/AC39FCAB-7F33-4EDB-BA72-0443173861C4.pdf>)

<sup>316</sup> ÇAĞLAR, 2015, s. 110.

<sup>317</sup> TEKİNALP, 2012, s.440.

<sup>318</sup> EPÇELİ, Sevgi, **Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali**, İstanbul, 2006, s. 1 - 2.

alternatifi haline getiren görüşe<sup>319</sup> karşı, bizim de katıldığımız bu görüş gereğince ilişkilendirilme ihtimali karıştırma ihtimali kapsamında olup karıştırma ihtimaline alternatif ve ondan bağımsız bir başlık değildir<sup>320</sup>. Nitekim Yargıtay da ilişkilendirilme ihtimalini iltibastan bağımsız olarak ele almamakta, ilişkilendirilmeyi de iltibas adıyla açıklamaktadır<sup>321</sup>.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi<sup>322</sup>, piyasada tanınmış ve tescilli olan Pınar markasına benzer surette kullanılan "Umtaş Pıncık Yem", "Pınar Yem Umtaş", "Pınar Umtaş", "Pınar Un" gibi ibarelerin ürünlerin üretildiği fabrika, işletme ve ve ticaret unvanı konusunda alıcılar nezdinde bağlantı kurularak karıştırılma ihtimalini doğurduğuna; Hukuk Genel Kurulu<sup>323</sup>, eski tescilli olan "şekil+ETİ PAPATYAKEK" ve "PAPATYA" ile "GİZ PAPATYA" arasındaki uyumsuzlukta, PAPATYA markasını taşıyan malları almak isteyen alıcıların, GİZ PAPATYA işaretini taşıyan malları alma ihtimallerinin yüksek olduğuna, bunun nedeninin, alıcıların ürünleri aynı zannedecek olmalarının yanı sıra ürünlerin arasındaki farkı algılayabilecek durumdaki alıcıların da bu iki markanın aynı kişiye ait bulunduğunu zannetmelerinin söz konusu olabileceğine, dolayısıyla bu malları üreten işletmeler arasında idari ve/ veya ekonomik bir bağlılığın bulunduğu düşüncesine kapılmalarına, bu nedenle yanılacaklarına; Kurul, bir başka kararında<sup>324</sup>, marka olarak bir işaretin tescili için, o işaretin başka bir mal veya hizmeti ifade eden marka ile bir bağlantısının olduğunun halkın zihninde uyanmaması, bu derecede bir karıştırmaya sebebiyet verecek bir çağrışım olmamasının gerektiğine, işaretin, görsel, fonetik veya diğer bir açıdan farklı olsa bile, "bütünsel" anlamda herhangi bir biçimde müşteri gözünde başka bir

<sup>319</sup> ARKAN, Sabih, **İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 20, Sayı:2, Ankara, 1999, (s. 5 - 11), s. 6.

<sup>320</sup> UZUNALLI, 2012, s. 87; BAŞER, 2014, s. 48 ve 50; TEKİNALP, 2012, s. 440.

<sup>321</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21.12.2006 tarih ve E. 2005/ 9995, K. 2006/ 13737; 27.03.2008 tarih ve E. 2008/ 649, K. 2008/ 3957 sayılı kararları. (Kararları aktaran BAŞBÜYÜK, 2018, s. 109, Dipnot 278).

<sup>322</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 16.02.2004 tarih ve E. 2003/ 6890, K. 2004/ 1337 sayılı kararı. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr).

<sup>323</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.06.2006 tarih ve E. 2006/ 338, K. 2006/ 338 sayılı kararı. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr).

<sup>324</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.05.2015 tarih ve E. 2013/ 2286, K. 2015/ 1449 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

marka ile bağlantısı varmış intibainı yaratmaması gerektiğine, böyle bir bağlantı intibainın doğması halinde bunun tescil engeli olacağına hükmetmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2018 yılındaki bir kararında da ilişkilendirilme ihtimali ile iltibası ele almış ve özetle şu açıklamaları getirmiştir<sup>325</sup>:

Marka sahibinin, tescil ile sahip olduğu koruma, halk nezdinde, ilgili işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dâhil olmak üzere, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılmasının men edilmesini de kapsamaktadır. İşaret ile tescilli marka arasındaki "bağlantı olduğu ihtimali" de "karıştırılma ihtimali" kapsamına dâhildir. İltibas halinde halk, işareti kullanan işletmenin o marka ile aynı olduğu yanılgısına düşürülmekte, "karıştırılma ihtimali"nde ise bu iki işaret arasında herhangi bir sebeple bir bağlantı kurulabilir olması yeterli olmaktadır. Halk, söz konusu malın aslında başka bir işletmeye ait olduğunu fark etse ve fakat güvendiği, zihnindeki işletme ile malın üzerinde görünen işletme arasında ekonomik bir bağlantı bulunduğunu düşündüğünde de geniş anlamda "karıştırılma ihtimali" vardır. Tescilli marka ile kullanılan işaret arasında görsel, işitsel veyahut genel görünüş itibariyle bir benzerlik bulunmazken, halk bunlar arasında herhangi bir bağlantı kuruyorsa karıştırılma ihtimali var kabul edilecektir. Böylece, ilişkilendirilme ihtimali de karıştırma ihtimali ve dolayısıyla iltibas kapsamındadır.

Yargıtay bazı hallerde bu ilişkilendirmenin, alıcıyı yanıltmasının yanı sıra piyasada bir markanın diğer marka üzerinde yaratması muhtemel olumsuz etki açısından da incelemektedir. Bu ihtimalde bir ihlal bulunması, dolayısıyla örneğin bir tescilli marka ile tescilsiz ve ihlal niteliğindeki bir işaretin kullanımı zorunlu değildir. Tescilli iki markanın bulunması da söz konusudur. Başka bir ifade ile, SMK md. 30/1 kapsamında bir ihlal söz konusu olmasa dahi, alıcıların zihninde iki marka arasında idari ve/ veya ekonomik bir ilişkilendirme yapılmasının markalardan birinin kendi mal veya hizmet sınıfındaki ve kendi pazarındaki faaliyetini olumsuz etkileyebilecek olması halinde de yargı yeri

<sup>325</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.02.2018 tarih ve E. 2017/ 100, K. 2018/ 228 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

ilişkilendirme açısından inceleme yapmakta, bu ilişkilendirmenin böyle bir olumsuz etkisi olup olmadığını değerlendirmektedir.

Buna örnek olarak DERBY ibaresi üzerinden görülen uyuşmazlık gösterilebilir. Kişisel ihtiyaç ve bakım gereçleri arasında yer alan tıraş bıçağı üreticisi ve satıcısı olan DERBY ile endüstri ve ziraat alanında zımpara makinesi ve benzeri alanda bir ürün sunan DERBYTECH markası arasında görülen davada taraflardan DERBY, DERBYTECH'in mal ve hizmet alanı dolayısıyla kendisinin olumsuz etkileneceğini, kendi markası ile ilişkilendirileceğini, pürüzlü yüzeylerin düzeltilmesine dair bir ürünün tıraş bıçağı alanında mevcut tanınmışlığına ve itibarına zarar vereceğini ileri sürmüştür. Hukuk Genel Kurulu<sup>326</sup> yaptığı incelemede, burada kurulması muhtemel bir bağlantının öncelikle DERBY açısından bir olumsuzluğa yol açmayacağını, aksine DERBY markasının tıraş bıçağı olarak piyasada sahip olduğu olumlu imajın DERBYTECH marka iş makinelerinin alımına yönelik alıcı tercihlerinde olumlu etki yaratacağı, bu nedenle itibar zedelenmesi bir tarafa, aksine DERBY markasının itibarına olumlu katkı sunacağı ve böyle bir bağlantı veya ilişkilendirmenin iltibas anlamında bir karıştırılmaya yol açmayacağına hükmetmiştir.

*Tekinalp*, ilişkilendirilme ihtimali ile seri markaların birbirine karıştırılmaması gerektiği haklı uyarısını yapmaktadır<sup>327</sup>. Bağlantılı olma ihtimalinde iki işletme vardır ve tüketici bunun farkındadır, ancak bunların arasında hiçbir ilişki olmadığı halde, mütecaviz işletmenin marka hakkı ihlali yoluyla yanıltması nedeniyle bu işletmeler arasında bir bağ olduğu güveniyle hareket etmektedir. Seri markalarda ise aynı işletmenin ürettiği veya sunduğu aynı mal veya hizmetin farklı türleri vardır. Tüketici, aynı işletmenin farklı markalarını almaktadır.

Markaların benzerliğinin tespitinin nasıl yapıldığı konusuna gelince, birkaç adım ve yoldan söz etmek gerekmektedir. Dikkate alınan husus, ilgili işaretin ortalama tüketici/ halk üzerinde bıraktığı intibadır. Bu inceleme yapılırken, ayırt

<sup>326</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.04.2014 tarih ve E. 2013/ 656, K. 2014/ 427 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>327</sup> TEKİNALP, 2012, s. 440.

edici nitelikte olmayan veya anonim, herkes tarafından kullanılabilir unsurlar inceleme dışı bırakılmakta, asli ve ayırt edicilik niteliğini haiz unsurlar ele alınmakta; markaların öncelikle kelime unsurları, görsel ve işitsel açılardan benzerliği incelemeye alınmakta; benzer olabileceği düşünülen unsurların markanın bütünü üzerindeki tüketici algısını etkileyip etkilemediği, bilinirliğinin ne düzeyde olduğu gibi hususlar değerlendirmeye alınmaktadır<sup>328</sup>. Ayrıca markanın ayırt edicilik gücünün yüksekliği de benzerlik incelemesini etkilemektedir. Markanın bütün içerisindeki asli unsurlarının tüketici nezdindeki ayırt edicilik gücü ne kadar yüksekse, o marka açısından asli unsurlar ve ayırt edicilik hususu o derece belirgin olacaktır. Kodak, Canon, Exxon gibi markalar buna örnek gösterilebilir<sup>329</sup>.

Ayırt edicilik gücü düşük olan ibareleri taşıyan işaretlerin benzerlik ihtimali de düşüktür. Örneğin, “star”, “center”, “merkezi”, “7/ 24”, “süper”, “best”, “bir numara” gibi ibareler farklı kelime ve işaretlerle kombinlenerek çok yaygın surette kullanılmaktadırlar. Bu ibareleri taşıyan işaretler açısından aynı ibareleri taşıyan işaretler arasındaki ayırt edicilik gücü zayıftır<sup>330</sup>.

Ortalama tüketici nezdindeki karıştırma ihtimalini de yargı yerleri somut olay özelinde değerlendirmek durumundadır. Nitekim Yargıtay<sup>331</sup>, DİDO ile DİTTO markalarının okunuşunun benzer olduğu, markaların kullandığı malın alıcılarının çocuk olduğu dikkate alındığında yanıltıcılığının daha yüksek olacağı ve davacının meşhur Üiker DİDO markası ile davalıların DİTTO markası arasında iltibas bulunduğu bilirkşi incelemesi gerektirmeksizin kabulü gerektiği kararını vermiştir.

Ortaya çıkan benzerlik yalnızca harf veya kelime noktasında değil, renk<sup>332</sup>, ses, şekil veya anlamsal açıdan da söz konusu olabilmektedir. Yargıtay<sup>333</sup> Chanel ve

<sup>328</sup> BAŞER, 2014, s. 33 - 34.

<sup>329</sup> BAŞER, 2014, s. 51.

<sup>330</sup> BAŞER, 2014, s. 34.

<sup>331</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 01.02.2003 tarih, E. 2002/ 1728, K. 2003/ 7187 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>332</sup> Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 26.11.2014 tarih ve K. 2014/ 19921 ve 19922 sayılı kararı.

Şanel işaretleri arasında yazılış görünürde farklı olsa da söyleyişinin aynı olduğundan hareketle ses açısından benzer olduklarına; tek içimlik kahve tozu ürününün ambalajında tıpkı “Nescafe 3’ü 1 Arada” ürününde olduğu gibi kahve çekirdekleri üzerinde duran, sarı yaldızlı, kırmızı renkli, içi kahve dolu, üzerinde duman tütmeğe olan kahve fincanı resmini ambalajın ön ve arka yüzlerinde kullanılması vakasında mahkeme tüketiciyi yanıltıcı nitelikte olduğuna ve ihlalin gerçekleştiğine hükmetmiş, Yargıtay ise bu hususun uzmanlık gerektiren bir husus olduğundan bahisle bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğine karar vermiştir<sup>334</sup>. Anlamsal veya kavramsal benzerlik açısından da değerlendirme yapılmaktadır. Örneğin Yargıtay, Lacoste markasının kullandığı timsah şekli ile CROCODILE markası arasında anlamsal benzerlik olduğunu<sup>335</sup>, crocodile kelimesinin İngilizce’de timsah anlamına geldiğini, crocodile sözcüğünün Türkçe’de de özellikle turistik yerlerde ve yabancılara da satış yapan lüks satış yerlerinde krokodil (timsah derisi) olarak kullanıldığını, sektördeki kişilerce bilindiğini, bu nedenle çağrışım yoluyla iltibas ihtimalinin çok kuvvetli olduğunu belirterek CROCODILE markasının anlamsal açıdan benzer olduğuna ve iltibas yarattığına karar vermiştir<sup>336</sup>.

---

*“Sanık ... adına tescilli bulunan 64917 numaralı "ŞİTALL" adlı markayı, ürünlerinin bulunduğu ambalajlara tescil belgesindeki şekliyle değil de katılana ait 124227 numaralı "stahl" markasına benzeyecek şekilde "şital" şeklinde ve aynı renklerle yazarak kullandığı görüldüğünden ve dosya kapsamına uygun bulunan konusunda uzman bilirkişinin düzenlediği raporda da "müştekiye ait tescilli markanın iltibas (karıştırılabilecek şekilde taklit) edilmesi suretiyle kullanıldığı ürünlerde, 5833 sayılı kanun ile değişen 556 sayılı KHK'nin madde 61/A kapsamında marka hakkına tecavüz fiili işlendiği" belirtilmesi karşısında, marka hakkına tecavüz suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken". <https://karararama.yargitay.gov.tr>.*

<sup>333</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 11.06.1991 tarih ve E. 1991/ 8954, K. 1991/ 3909 sayılı kararı. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr).

<sup>334</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.04.2011 tarih ve E. 2010/ 744, K. 2011/ 57 sayılı kararı. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr).

<sup>335</sup> BAŞER, 2014, s. 39.

<sup>336</sup> Yargıtay 11 Hukuk Dairesi'nin 07.03.2009 Tarih ve E. 2012/ 2296, K. 2012/ 3523 sayılı kararı. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr)

### 2.2.2.1.1.3. Markasal Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanma

Markasal kullanım geçmişte 89/ 104 sayılı Direktif'te de sözü edilen bir husus olup bir işaretin marka anlamına gelmesi niyetiyle kullanılmasıdır<sup>337</sup>. Buna göre markasal kullanım, marka işaretinin, ait olduğu mal veya hizmetlerin köken olarak diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamaya yöneliktir. Bir işletmenin mal ve hizmetlerinin alıcılar nezdinde diğer işletmelerden ayrılmasını mümkün kılacak biçimde kullanılmasını ifade etmektedir<sup>338</sup>. Keza, SMK'nin 29/ 1 (a) fıkrasında da, ihlalin oluşabilmesi için, tecavüze konu markanın, aynı kanunun 7. maddesinde belirtilen biçimlerde haksız surette kullanmak gerektiği düzenlenmiştir.

Birinci Kısım'da markanın işlevlerini açıklamış idik. Bu çerçevede, markasal kullanımın markanın hangi işlevine ilişkin olduğuna dair farklı görüşler bulunmaktadır. Bu tartışmaya değinilmesinin önemi, markasal kullanımın nasıl tanımlanması ve devamındaki değerlendirmelerin nasıl yapılacağı noktasında ortaya çıkmaktadır.

*Dirikkan'a* göre, markasal kullanım köken işlevi dışında reklam ve garanti işlevlerini de karşılamaktadır<sup>339</sup>. Bu kabul, markasal kullanım tanımını genişletmekte; yazar, tescilli tüm markalar açısından (tanınmış olsun veya olmasın), benzer işaretlerin benzer mal ve hizmet sınıflarında karıştırılma ihtimaline neden olabilecek her türlü kullanımın ihlal doğuracağını savunmaktadır<sup>340</sup>. Keza, bu yorum, tanınmış markalar yönünden de ihlalin tespitinde markasal kullanımın aranmaması sonucunu doğurmaktadır<sup>341</sup>. *Başbüyük*'ün de ifade ettiği üzere, bu, tanınmış markalar yönünden yapılan genişletici yorum yerindedir. Ancak iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün, tanınmış marka olmayan tescilli markaların markasal kullanımı bağlamında tespiti söz konusu olduğunda, asıl olarak köken işlevi öne

<sup>337</sup> BİLGE, Mehmet Emin, **Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas**, I. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu, 28.11.2014, (s. 7 - 22), s. 12.

<sup>338</sup> ARKAN, 2000, s. 5.

<sup>339</sup> DİRİKKAN, Hanife, **Tanınmış Markaların Korunması**, Ankara, 2003, s. 272.

<sup>340</sup> DİRİKKAN, 2003, s. 282.

<sup>341</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 134.

çıkılmaktadır<sup>342</sup>. Bu noktada ilgili mal veya hizmetin kökenini, hangi işletmenin/ üreticinin mal veya hizmeti olduğunu ayırt etmeye yarayacak biçimde bir markasal kullanım gerekliliği öne çıkmaktadır.

SMK'nin 29/ 1 (a) fıkrası, haksız kullanım türleri için aynı kanunun 7. maddesine atıf kurmaktadır. Kanunun 7/ 3. fıkrasında markasal kullanım, "*işaretin ticaret alanında kullanılması hâlî*" olarak ifade edilmiş olup haksız kullanım halleri tahdidi olarak şöyle sayılmaktadır:

- a) "İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması",
- b) "İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi",
- c) "İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi",
- ç) "İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması",
- d) "İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması",
- e) "İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması",
- f) "İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması".

Bu hallerin gerçekleşmesi halinde marka hakkı sahibi, bu izinsiz kullanım fiillerinin, aynı kanunun 7/ 2. fıkrası gereğince önlenmesini talep edebilecektir.

Yargıtay da markasal kullanımı iktibas ve iltibas incelemesinde ele almaktadır<sup>343</sup>. Buna göre, marka başvurusunun reddedilebilmesi için tescil

---

<sup>342</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 135.



edilmek istenen marka ile tescil edilmiş markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olması gerektiği, 556 sayılı KHK'nin 7/ son hükmünün bir marka, tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetler ile ilgili olarak kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise, aynı maddenin (b) bendindeki, aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil başvurusunda bulunulmuş bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan marka bulunduğu bahisle tescil isteminin reddolunmayacağı belirtilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, markasal kullanıma bakarken, ürünün mal mı yoksa hizmet mi olduğunu da ayırt etmektedir. ÇADIRKEBAP örneğinde, 43. sınıftaki yiyecek içecek hizmeti sağlanması alanında işletme adı olarak kullanılan "Çadır Kebap" ibaresinin yine sadece işletme adı olarak kullanılmasında hukuka aykırılık bulmazken, restoranın girişlerinde, menülerde, peçete ve ıslak mendillerinde de "ÇADIRKEBAP+ şekil" markasının birebir aynısının kullanılmasının markasal kullanım yarattığına ve itibasa suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluştuğuna karar vermiştir<sup>344</sup>.

Bununla birlikte, Yargıtay yalnızca, ilgili işaretin davalı tarafından kullanılıyor olmasını yeterli görmemekte, davacının, davalının markasal kullanım bağlamında bir haksız kullanım gerçekleştirdiğini ispat etmesini aramakta, aksi halde, markasal kullanımın ispat edilemediğinden bahisle verilen ret kararlarını onamaktadır<sup>345</sup>.

Ayırt edici nitelikte olmayan veya anonim, herkes tarafından kullanılabilir işaretler söz konusu olduğunda, Yargıtay bu markasal kullanımın dürüst kullanım olup olmadığına bakmaktadır. Örneğin, Kasım 2017'de verdiği bir

<sup>343</sup> Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 03.07.2000 tarih ve E. 2000/ 5465, K. 2000/ 6306; 08.12.2003 tarih ve E. 2003/ 4210, K. 2003/ 11563 sayılı kararları. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr).

<sup>344</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.06.2018 tarih ve E. 2017/ 107, K. 2018/ 1260 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>345</sup> Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 01.11.2017 tarih ve E. 2016/ 3969, K. 2017/ 5976; 15.1.017 tarih ve E. 2016/ 3959, K. 2017/ 6201; 13.06.2017 tarih ve E. 2016/ 803, K. 2017/ 3672 sayılı kararları. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

kararına konu olayda<sup>346</sup>, davalı tarafından kullanılan Thermoset kelimesinin iktibas saikiyle değil, kırılmaz mutfak malzemesi üretiminde ilgili ürünlerin cinsini belirtmek için kullanıldığı, bu kullanımın dürüst kullanım olduğu, bu nedenle davacının asıl markası olan "NAZEN" ibaresinin yanında yer alan Thermoset ibaresinin davalı tarafından kullanılmasının markasal (haksız) kullanım olmadığı ve dürüstlük kurallarına da uygun olduğu yönünde hüküm kurulmuştur.

GALATASARAY kararında<sup>347</sup> da, markasal kullanımı değerlendirirken, Galatasaray Spor Kulübü'nün lisans olarak verdiği adı, renkleri, amblemi ve logosundan oluşan tescilli marka ve diğer işaretlerin, Çanakkale Savaşı döneminde Galatasaray Lisesi öğrencilerinin yaptıkları kahramanlıkları anlatan bir çizgi romanda, eserin adı ve alameti olarak kitabın çeşitli sayfalarında toplam dört kez ve kitabın konusu ve anlatım bütünlüğü içinde ilk bakışta göze çarpmayacak şekilde kullanılmış olmasını, markasal kullanım saymamıştır.

Markasal kullanım alan adlarında veya yönlendirici kodlarda da söz konusu olabilmektedir<sup>348</sup>. Örneğin, "Dabur Amla" adlı saç bakım yağı ürünü marka olarak tescil edilmiş olup köken olarak bağlantısı olmayan davalı tarafından www.daburamla.com ve www.daburamla.net şeklindeki alan adlarını haiz web siteleri kurulmuş, bu siteler üzerinde satış yapılarak kazanç sağlanmış, davacı bu sitelerin kapatılmasını talep etmiştir. Yargıtay bu olayı incelediği kararında markasal kullanım bulunduğu, kullanımın ve satışların durdurulmasına, web sitelerine erişimin engellenmesine<sup>349</sup> karar vermiştir<sup>350</sup>.

<sup>346</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 22.11.2017 tarih ve E. 2016/ 3414, K. 2017/ 6430 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>347</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.09.2015 tarih ve E. 2014/ 105, K. 2015/ 2019 sayılı kararı. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr).

<sup>348</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 139.

<sup>349</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 12.10.2017 tarih ve E. 2016/ 2499, K. 2017/ 5286 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>350</sup> Web siteleri üzerinden yapılan satışlarla ilgili bir uyuşmazlık, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na taşınmıştır. Taklit kozmetik ürünlerin, "www.gittigidiyor.com" web sitesi üzerinden satışa arzında, Yerel Mahkeme, Türk hukukunda internet ortamı yer sağlayıcısı olan mütecevizin marka hakkına tecavüzdüden kaynaklanan sorumluluğunun kanunda düzenlenmediği ve bu nedenle Avrupa Birliği Elektronik Ticaret Direktifi ve ABD Dijital Milenyum Telif Hakları Yasası hükümleri ile 5846 Sayılı FSEK ek 4. maddesindeki servis ve bilgi içerik sağlayıcılarının sorumluluk şartını düzenleyen

Markasal kullanım, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz ile doğrudan ilgili bir unsurdur. Nitekim Yargıtay da, tescilli markadan bir harf eksiği ile aynen kullanılan bir işaretin iltibasa yol açıcı özellikte bir markasal kullanım yarattığını, bu nedenle tecavüzün gerçekleştiğini hükme bağlamıştır<sup>351</sup>.

Markasal kullanım konusunda dekoratif veya süsleme amaçlı kullanım da kararlara konu olmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2005 yılında verdiği TWEETY kararında<sup>352</sup>, tescilli olan TWEETY+şekil markasının çizgi film karakteri olan tweety kuşunun resmini diğer pek çok çizgi film karakteri ile birlikte ürünlerinin üzerine yapıştıran davalının fiilinin süsleme ve dekorasyon amaçlı olduğuna, markasal kullanımın söz konusu olmadığına, bu nedenle ortaya çıkabilecek ihlalin marka hakkına tecavüz değil haksız rekabet veya diğer bir tür fikri hak ihlali olabileceğine karar veren ilk derece mahkemesi ile bu kararı onayan Yargıtay 7. Ceza Dairesi kararını, iltibasın tespiti konusunda eksik inceleme yapıldığından bahisle bozmuştur.

11. Hukuk Dairesi'ne konu olan bir olayda ise Daire, süsleme saiki konusunda aynı vakanın temyiz ve karar düzeltme aşamalarında farklı hükümler kurmuştur. Şöyle ki, davalı ürettiği ayakkabıların yan kısımlarına üç ve dört adet şerit koymakta ve bu ayakkabıları *www.mp.com.tr* ve *www.disc.com.tr* alan adlı web siteleri üzerinden satışa sunmaktadır. Bu şeritlerin sicilde adına tescil edildiği spor malzemeleri ve ayakkabıları üreticisi olan davacı, bunun markasal kullanım olduğunu ileri sürmekte iken davalı bunların süsleme mahiyetindeki çizgilerden

---

kısaca “uyar/ kaldır” olarak ifade edilen sistemin somut olayda uygulanması gerektiğini söylerken Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, böyle olmadığına hükmetmiştir. Buna göre, 556 Sayılı KHK'nin dava tarihinde yürürlükteki 61/(e) bendine göre, (a) ve (c) bentlerinde sayılan fiillerin işlenmesini hangi şekil ve şartlarda olursa olsun kolaylaştırmak marka hakkına tecavüz oluşmakta, internet servis sağlayıcılarının marka hakkına tecavüzden sorumluluk koşullarına dair özel bir düzenleme bulunmasına hacet bulunmamakta, uyuşmazlık halinde 556 Sayılı KHK' deki sorumluluğu düzenleyen 61 ve 62. madde hükümlerinin uygulanması her zaman mümkündür. Dolayısıyla web siteleri ve internet yer sağlayıcıları üzerinden gerçekleştirilen fiillerde de marka hakkı sahibinin tescilden kaynaklanan koruması devam etmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.01.2014 tarih ve E. 2013/ 1138, K. 2014/ 16 sayılı kararı. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr).

<sup>351</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 06.06.2017 tarih ve E. 2016/ 1002, K. 2017/ 3434 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>352</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.12.2005 tarih ve E. 2005/ 7-143, K. 2005/ 169 sayılı kararı. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr).

ibaret olduğunu ve markasal kullanım kastı olmadığını savunmuştur. Yargılamada, ilk derece mahkemesi, davalının savunmasına itibar etmiş ve markasal kullanım olmadığından marka hakkına tecavüzün gerçekleşmediğine, davanın reddine karar vermiştir. Temyiz incelemesini yapan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2014 yılında verdiği kararında<sup>353</sup> ilk derece mahkemesinin kararına uygun surette, markasal kullanımın olmadığına, şeritlerin ayakkabılar üzerindeki kullanımının süsleme mahiyetinde olduğuna ve ancak haksız rekabetten söz edilebileceğine hükmetmiştir. Aynı Daire, 2015 yılına gelindiğinde, aynı dosyanın karar düzeltme aşamasında<sup>354</sup> ise bu fiilin süsleme mahiyetinde olduğunun kabulünün doğru olmadığına, markasal kullanımın söz konusu olduğuna, dolayısıyla marka hakkına tecavüz fiilinin gerçekleştiğine karar vermiştir.

Bu çerçevede, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün tespitinde markasal kullanım da önemli başlıklardan birini oluşturmakta olup gerek ceza, gerek hukuk uyuşmazlıklarında yargı yerlerinin iktibas veya iltibas ortaya çıkarma konusunda dikkatle ele alması gereken bir kavram olarak kendini göstermektedir.

#### 2.2.2.1.1.4. Benzer Mal veya Hizmet

Bu başlık altında yapılacak açıklamalar hem iktibas hem de iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz fiilleri açısından geçerlidir.

SMK'nin 7/ 2, 29/ 1 ve 30/ 1. maddeleri bağlamında iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu oluşabilmesi için tescilli marka ile iktibas edildiği ileri sürülen işaretin aynı mal veya hizmete ilişkin olması gerekmektedir.

Marka başvuruları, Nice Sözleşmesi'ne uygun olarak düzenlenerek TÜRKPATENT tarafından yayınlanan "Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ" ile mal ve hizmet sınıflandırma

<sup>353</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 10.04.2014 tarih ve E. 2012/ 15716, K. 2014/ 7100 sayılı kararı. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr).

<sup>354</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 13.03.2015 tarih ve E. 2014/ 12795, K. 2015/ 3512 sayılı kararı. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr).

listesine göre düzenlenmektedir<sup>355</sup>. Her mal ve hizmet grubunun alt mal ve hizmet grupları bulunmaktadır. Bir kişi marka başvurusu yaparken, o markanın temsil edeceği mal veya hizmeti hangi sınıf ve alt grup kapsamında tescil ettirmek istediğini de talebine eklemektedir.

Tebliğ'in 3. maddesinde listenin, tüm malları ve hizmetleri kapsamadığı, genel başlıklardan ibaret olduğu, herhangi bir genel başlık kapsamına girmeyen ve listede belirtilmemiş malların veya hizmetlerin söz konusu olması halinde bunların listede yer alan benzer nitelik, işlev veya amaca sahip olan mallarla veya hizmetlerle aynı kapsamda<sup>356</sup> değerlendirilebileceği hükmüne yer verilmiştir.

Ayrıca, mülga 556 sayılı KHK'nin marka tescilinde mutlak ret nedenlerini düzenleyen 7/ 1 (b) maddesinde (6769 sayılı SMK'nin 5. maddesine tekabül etmektedir) belirtilen, aynı tür malın veya hizmetin tespitinde, bu Tebliğ ekindeki listede yer alan grupların esas alınacağı, bununla birlikte TÜRKPATENT'in marka tescil başvurularının veya itirazların incelenmesi aşamalarında bu grupları, aynı tür malın veya hizmetin tespitinde daha dar veya farklı mal veya hizmet gruplarını da içerecek şekilde daha geniş kapsamda değerlendirebileceği belirtilmiştir.

Uygulamada ve TÜRKPATENT nezdindeki başvuruların değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, Tebliğ'den hareketle aynı veya farklı tür mal veya hizmet sınıflarının daha geniş değerlendirilebilmesi mümkün görülebilecek ise de ceza yargılaması söz konusu olduğunda kanunilik açısından şu sorun ortaya çıkmaktadır:

Kanunun düzenlediği (SMK md. 7/ 2 (a) ve (b)) fiilin sınırlarının idarenin düzenleyici işlemi olan Tebliğ ile belirlenmiş olması ve bunun kanunilik ilkesi açısından yaratacağı sorun olup akla eksik ve açık ceza normunu getirmektedir. *Hafizoğulları*, eksik ceza normunu, ya sadece davranış kuralını, ya da sadece

<sup>355</sup> İşbu tezin yazıldığı ve sunulduğu tarihler itibarıyla yürürlükte olan Tebliğ, 30.12.2016 tarih ve 29934 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 2016/ 2 sayılı Tebliğ'dir.

<sup>356</sup> [www.turkpatent.gov.tr](http://www.turkpatent.gov.tr).

müeyyideyi içeren norm; açık ceza normunu da, müeyyidesi belirlenmiş, ancak hükmü henüz belirli olmayan ve fakat ileride eklenecek bir unsurla hükmü belirlenecek olan kural olarak tanımlamakta; eksik ve açık ceza normu söz konusu olduğunda, ceza normunu koyan otorite ile normu dolduran otoritenin farklı olduğu vurgusunu yapmaktadır<sup>357</sup>. Ceza normunu dolduran ise çoklukla idare olmaktadır. *Hafizoğulları*, eksik normu tamamlayan unsurun da, mevcut eksikliği gidererek açık hükme belirlilik kazandırdığından ceza normu veya ceza kanunu niteliğinde olacağını belirtmektedir<sup>358</sup>. Buna göre, marka hakkına tecavüz suçlarında benzer mal veya hizmetin tespiti için başvuru Tebliğ hükmünün de bir açık ceza normu olarak kabulü gerekmektedir<sup>359</sup>.

<sup>357</sup> HAFIZOĞULLARI, 1996, s. 280 - 281.

<sup>358</sup> HAFIZOĞULLARI, 1996, s. 282.

<sup>359</sup> Ceza normunun çizdiği sınırlarda idarenin düzenleme yetkisi konusunda Anayasa Mahkemesi'nin de çelişen kararlarına değinmek yerinde olacaktır.

Bu kararlardan ilki, Anayasa Mahkemesi'nin 10.02.2004 tarih ve E. 2001/ 143, K. 2004/ 11 sayılı kararıdır. Bu kararda Anayasa Mahkemesi, itiraz yoluyla başvuru mahkemenin 4533 sayılı 'Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu'nun 6. maddesinde "Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenen yerler dışında" ateş yakmayı suç olarak düzenleyip yaptırıma bağlayan kuralın kanunilik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla ilgili olarak,

*"Suçun maddi unsurunun Bakanlar Kurulu kararı ile 'belirlenen yerler dışında ateş yakmak' olarak tesbit edilmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Çünkü, idareye verilen bu yetki suçun tanımını doğrudan belirleyen bir yetki olmayıp, ulusal park sınırları içinde ateş yakılabilecek yerlerin belirlenmesiyle ilgilidir. Esasen coğrafi koşullara göre değişiklikler gösterebileceği gözetildiğinde işin niteliği gereği ateş yakılabilecek yerlerin yasa ile belirlenmesi de mümkün değildir. Bu durumda itiraz konusu düzenlemenin suçta kanunilik ilkesinin gereklerine aykırılığından söz edilemez"* diyerek bir idarenin düzenleme yetkisini kabul etmiş ve kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Diğer karar ise, Anayasa Mahkemesi'nin 07.07.2011 tarih ve E. 2010/ 69, K. 2011/ 116 sayılı kararına konu itiraz yolu başvurusunda TCK'nin "İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak" suçunu düzenleyen 297. maddesinin "*Birinci fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" şeklindeki 2. fıkrasının iptali talebiyle ilgilidir. Talep gerekçesi, hükmün, yasak eşyanın tek tek sayılması yerine idareye düzenleyici işleme hangi eşyaların infaz kurumundan bulundurulmasının yasak olduğunu belirleme ve suç tanımlama yetkisi verilmesinin Anayasa'nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırılık teşkil ettiği.

Anayasa Mahkemesi,

*"297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer*

Bu bağlamda artık bir açık ceza normu olarak kabul edilebilecek Tebliğ hükümlerinin ceza hakimi tarafından esas alınması halinde hakim, Tebliğ'in "aynı tür malın veya hizmetin tespitinde daha **dar** veya farklı mal veya hizmet gruplarını da içerecek şekilde daha **geniş** kapsamda değerlendirebileceği" hükmü karşısında mal ve hizmet gruplarını geniş değil, dar yorumlaması

---

*alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırıdır* (<http://www.edb.adalet.gov.tr/>)

gereğesiyle fıkrayı oy çokluğu ile iptal etmiştir.

Karara katılmayan karşı oylarda ise,

*"(...) itiraz konusu kuralda suçun ne gibi eylemleri kapsadığı açıkça belirtildiğine ve cezası da önceden saptandığına göre itiraz konusu kuralın Anayasa ve Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen 'kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesine uymayan bir yönü bulunmamaktadır. (...) yetkili makama verilen yetki suçun tanımını doğrudan belirleyen bir yetki olmayıp, infaz kurumuna veya tutukevine sokulacak eşyanın belirlenmesinden ibaret sınırlı bir yetkidir. (...) İnfaz kurumuna veya tutukevine sokulacak eşyaların belirlenmesi zaman itibarıyla de farklılık gösterebilir. Durumun özelliği gözetilerek bir infaz kurumunda belirtilen gerekçelerle belli nitelikte eşyanın sokulması yasaklanabilirken, değişen duruma göre bu yasağın kaldırılması gerekebilir. Belirtilen durumların çeşitliliği ve değişkenliği gözetildiğinde işin niteliği gereği infaz kurumuna veya tutukevine sokulacak eşyaların yasa ile belirlenmesi mümkün değildir" ve*

*"Bir fiili suç saymakla bir temel hakkın sınırlanması sonucuna ulaşıyor ise bunun ANCAK Yasa ile yapılması, gerektiği yürütmenin yetkisinin genişletilmesi Yasa'ya karşı hile ve keyfilik olacağı, böyle bir yetkinin kaynağının Anayasa'da bulunmadığı ve yasama yetkisinin devredilmiş sayılacağı ve böylece kanunilik ilkesinin kullanılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu fikri temel olarak benimsenebilir. Ancak, Mahkememizin de yerleşmiş içtihatlarında olduğu üzere yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin yasa koyucunun temel ilkeyi koyması, çerçevesini belirlemesi hallerinde sık sık önlemler alınması, kaldırılması veya teknik vb. uzmanlık isteyen alanlarda yasama organının yapısı nedeniyle ağır işlemesi ve günlük olaylara uzaklığı hak ve hukukun doğru zamandan da tecellisi ve alınacak tedbirlerin yürürlüğü için, idareye ayrıntı düzenleyen yetki verilmesini, yasama yetkisinin devri olarak nitelenmediği görülmektedir. Nitekim, temel hak ve hürriyetlerle ilgili alanda genel esaslar gösterilmek, sınırları ve şartları belirlenmek ve bu hudutlar içinde kalmak koşulu ile suç normunu tamamlayan düzenlemeler yapılabileceği, suç çerçevesinin bu anlamda doldurulabileceği doktrinde de kabul edilen bir görüştür. (...) Kaldı ki ceza ve tutukevi hürriyetten yoksunluğun bir yargı hükmü ile yaşanıldığı alan olup, zorunlu bulunan bu disiplin alanına idarenin teknik müdahalesi anlamı taşıyan kural da yasak sayılan eşyayı bilerek sokanların kastedildiği, o halde içeriye alınıp alınamayacak eşyalar yönünden belirsizlik varsayılmayacağı ve ayrıca infaz kurumuna veya tutukevine yasaklı eşya sokanlar yönünden bilgi edinilmiş/bilgilerine sunulmuş olmasına rağmen suçun subutu için KASIT yani bilmeye rağmen suç işleme kasdında olanların cezalandırılmak istendiği kasten olmayan fillerin ceza dışında tutulduğu fıkra kapsamından anlaşıldığından, yasaklı eşyayı bir kanuni düzenlemede tek tek sayılması gerektiği anlayışındaki Mahkeme düşüncesine katılmamış, Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir" denilmiştir.* (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>).

gerekliliğidir<sup>360</sup>. Ancak bu halde, ceza yargılamasında, Tebliğ ile ortaya çıkması muhtemel haksız sonuçların bir nebze olsun önüne geçilebileceği değerlendirilmektedir.

Kural olarak, Yargıtay da ret sebebinin veyahut suçun sübut bulması için, tescilli marka ile iktibas edildiği ileri sürülen işaretin aynı mal veya hizmete ilişkin olmasını aramakta ise de bazı somut olaylarda çok daha kılcal değerlendirmeler yaparak aynı mal veya hizmet sınıfındaki ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretlerin tesciline karar vermiştir.

Buna emsal olarak gösterilebilecek şu olayda, “Enerkon” markasının TPE nezdinde tescilli olması nedeniyle “Enercon” markasının başvurusu TPE tarafından 556 sayılı KHK m. 7/ 1 (b) uyarınca reddedilmiş, sürecin nihayetinde verilen TPE Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) kararının iptali talepli dava açılmıştır. Bu davada ilk derece mahkemesi, 7/ 1 (b) maddesindeki tescil engelinin varlığı için iki koşulun gerçekleşmesi gerektiğini, bu koşulların, başvuru ile önceki markaların aynı ve ayırt edilemeyecek kadar benzer olması ve başvuru ve önceki markanın kapsadığı mal ve hizmetlerin de aynı ya da aynı tür olması zorunluluğu olduğunu belirtmiş, Enercon ile Enerkon markaları arasında “c” ve “k” harfleri dışında bir farklılık bulunmamakla birlikte, gerek görsel gerek işitsel olarak her iki markanın ayırt edilemeyecek derecede benzer olduğuna karar vermiş, görsel ve işitsel benzerliğe rağmen, 7/ 1 (b) maddesindeki tescil engelinin varlığı için gereken ikinci koşul gerçekleşmediğinden, her iki markanın kapsadığı malların sınıfı (9. sınıf) aynı olsa da aynı sınıf içerisindeki “*alt grupların farklı olması*” nedeniyle, “aynı ve aynı tür mal ve hizmetlerin” söz konusu olmadığına kanaat getirmiştir. Temyiz incelemesini yapan Yargıtay da kararı onamıştır<sup>361</sup>.

<sup>360</sup> Bu konuda hukuk mahkemesi hâkimi, şüphesiz daha serbest olacaktır. Somut olaya göre, Tebliğ’de belirlenen mal veya hizmet sınıflarını daha geniş veya dar yorumlaması mümkün olabilecek, ceza hâkiminin geniş yorumlamasından doğacak sakıncalar ortaya çıkmayacak, kanunilik ilkesinin ihlali gibi bir tartışma doğmayacaktır.

<sup>361</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 06.07.2009 tarih ve E. 2008/ 4376, K. 2009/ 8320 sayılı kararı. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)



Görüldüğü üzere, SMK'nin 7/ 2 (a) ve (b) maddelerinde her ne kadar aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan sınıflarda olmamaktan söz edilse de, Yargıtay bu kararında, aynı sınıfta olsalar dahi o sınıfın tescil talep edilen alt gruplarının farklı olmasını, markaları ayırt edilemeyecek kadar benzer bulmasına karşın farklılık olarak kabul etmiştir.

Bununla birlikte, bir markanın tescil edildiği mal veya hizmet sınıfı aslında mutlak bir kategorizasyonu karşılamamaktadır. Nitekim bu husus, SMK'nin 11/ 4. maddesinde de "*Mal veya hizmetlerin aynı sınıflarda yer almaları benzer olduklarına, farklı sınıflarda yer almaları da benzer olmadıklarına karine teşkil etmez*" denilerek açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, somut olaya konu marka ve işaretler, salt Tebliğ'deki mal ve hizmet sınıfları farklı diye farklı sayılmak veya aynı sınıftalar diye mutlak surette benzer kabul edilmek zorunda değildirler. Keza Tebliğ'in 3. maddesinde TÜRK PATENT'e tanınan daha geniş kapsamda değerlendirme yetkisi de bunu desteklemektedir.

#### 2.2.2.1.1.5. Mal Üretmek veya Hizmet Sunmak, Satışa Arz Etmek veya Satmak, İthal ya da İhraç Etmek, Ticari Amaçla Satın Almak, Bulundurmak, Nakletmek veya Depolamak Fiilleri

SMK'nin 30/ 1. maddesi uyarınca fiili oluşturan hareketler, iktibas veya iltibas suretiyle mal üretmek veya hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak fiilleridir. İktibas veya iltibas suretiyle gerçekleşen bir haksız kullanım ancak bu hareketler gerçekleştirilmek suretiyle işlendiğinde suç oluşturacaktır<sup>362</sup>.

Mülga 556 sayılı KHK'in 61/ A - 1. maddesinde bu fiiller mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan şeklinde sayılmakta, mer'i kanunda mevcut ve ticari hayatta yoğun biçimde yapılan faaliyetleri karşılayan "*ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak*" fiilleri yer

<sup>362</sup> Seçimlik hareketli suç olduğu Hk. ÖZGENÇ, İzzet, **Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk**, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, 2003, (s. 831 - 864), s. 845.

almamakta idi. 6769 sayılı SMK'de bu fiillere de yer verilerek bir eksiklik giderilmiş<sup>363</sup> ve piyasa faaliyetleri ile uyum sağlanmıştır.

### *Mal Üretmek veya Hizmet Sunmak*

İktisadi anlamda bir üst başlık olarak "mal", insan ihtiyaçlarını dolaylı veya doğrudan karşılayarak fayda sağlamaya yönelik kullanılan ve bu amaca elverişli her şey olarak tanımlanmakta<sup>364</sup> olup maddi ve gayrimaddi mallar (hizmet) şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Buna göre, maddi mallar, maddi varlığı olan, üretildikten sonra muhafaza edilebilen, mülkiyeti devredilebilen, niteliğine göre anında veya muhafaza edildikten sonra istendiği zaman tüketilebilen tüm mallardır<sup>365</sup>. Ekonomide mal terimi ile tabir edilen mallar maddi mallardır.

Gayri maddi mallar ise hizmetlerdir. Dokunulamaz, maddi bir varlığa sahip değildir. Üretildiği anda tüketilmekte, muhafaza edilememekte ve üzerinde bir mülkiyet hakkı olmadığı için el değiştirememektedir<sup>366</sup>.

Yine iktisadi çerçeveden üretim kavramı incelendiğinde, üretim, sınırsız ihtiyaçları gidermeye yönelik olarak mal ve hizmetlerin miktarını, niteliğini, faydalarını artırmayı amaçlayan<sup>367</sup>, mal veya hizmet şeklinde ürün yaratmaya yönelik faaliyetlerdir<sup>368</sup>. Öyleyse mal gibi, hizmet de bir üretimdir.

SMK'nin 30/ 1. maddesi, mal üretmek veya hizmet sunmaktan söz etmektedir. İktibas veya iltibas suretiyle tecavüz fiiline konu olan ve bir üretim faaliyeti neticesinde ortaya çıkacak mal veya hizmet marka hakkına tecavüz suçunu oluşturacaktır.

<sup>363</sup> 6769 sayılı SMK öncesi dönemde, bu fiillerin mülga 556 sayılı KHK'nin 61/ A maddesinde yer almamasının marka hakkının layıkıyla kullanımı konusunda zafiyet yarattığı belirtilmiştir. ÇAĞLAR, 2015, s. 153.

<sup>364</sup> DİNLER, Zeynel, **İktisada Giriş**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2010, s. 18.

<sup>365</sup> DİNLER, 2010, s. 19.

<sup>366</sup> DİNLER, 2010, s. 19.

<sup>367</sup> DİNLER, 2010, s. 22.

<sup>368</sup> ERTEK, Tümay, **Mikroekonomiye Giriş (Basından Örneklerle)**, Beta Yayınları, İstanbul, Mayıs 2005, s. 33; BAŞBÜYÜK, 2018, S. 144.

Bu noktada, üretim fiilinin hangi aşamada suça vücut vereceği açıklanmalıdır. Üretim sürecinin içinde yapılan her bir işlem ve geçilen her bir aşama şüphesiz ürünün ortaya çıkması hedefine ilişkindir. Ancak bu aşamalarda ürün henüz tam anlamıyla meydana gelmediği için bu işlemler somut olaya göre hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilecektir, suç henüz tamamlanmamıştır<sup>369</sup>. Bunun için artık ürünün satışa arz edilebilir hale gelmiş olması aranmaktadır.

Kanun, üreten ve sunan ifadelerini kullanmaktadır. Buna karşın, failin, ürünü üçüncü bir kişiye ürettirmesi de mümkündür<sup>370</sup>. Bu halde fail cezai sorumluluktan kurtulamayacaktır ve fakat iştirak hükümleri devreye girecektir.

### *Satışa Arz Etmek veya Satmak*

SMK'nin 30/ 1. maddesindeki bu ibarenin yanı sıra aynı Kanununun 7/ 3 (b) hükmünde de *“işareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, (...) veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi”* denilerek hem satış hem de satışa arz etme hususları tekrar edilmiştir.

Arz etmek kelime anlamı olarak sunmak demektir. Buna göre, satışa arz etme, bir ürünün satış için sunulmasıdır. Satıştan farklı olmakla birlikte satışın öncülü niteliğinde bir fiildir<sup>371</sup>. Fail yine satışa yönelik bir irade göstermektedir. Ancak henüz satış gerçekleşmemiş, fail satışın gerçekleşmesi için bir eylemde bulunmaktadır.

Satışa arz etmede ortaya çıkan bir başka fark, satmanın aksine, taraflar arasında henüz bir satım ilişkisi kurulmadığından, alıcının henüz belli olmamasıdır.

<sup>369</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 144.

<sup>370</sup> Bu halde işlemin bir veya birden çok kişi tarafından birlikte yapılması arasında netice olarak fark yoktur. ÇAĞLAR, 2015, s. 111; BAŞBÜYÜK, 2018, s. 145.

<sup>371</sup> Satma ile satışa arz etme fiilleri arasındaki farklara ilişkin değerlendirmeler, doktrinde ağırlıklı olarak uyuşturucu ve uyarıcı madde satma suçları açısından yapılmıştır. Bu nedenle bu başlık altında tarafımızca yapılan bazı atıfların karşılığının uyuşturucu ve uyarıcı madde satma suçları başlıkları altında çıkabileceğini ifade etmek isteriz.

Satışa arz etmenin ancak kişinin elinde (hakimiyetinde) bulunan bir ürün ile ilgili olarak gerçekleşebileceği kabul edilmektedir. Öyleyse henüz hakimiyetinde bulunmayan, yakında temin edeceği bir ürünün satılmasına yönelik girişimler satışa arz olarak ifade edilemeyecektir<sup>372</sup>.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi, marka hakkına tecavüz suçu özelinde satışa arz etme kavramını kararlarında tanımlamaktadır. Buna göre, satışa arz etmek; bir kimsenin maliki ya da zilyedi olduğu mal veya eşyayı bilerek ve isteyerek satma iradesini açığa vuran herhangi bir davranışta bulunmasıdır. Daireye göre, örnek kabilinden olmak üzere, ticari amaçla elde bulundurmak, pazarlık etmek, müşteri aramak, anlaşmaya çalışmak, kapora almak gibi hareketler satışa arz etme niteliğindedir<sup>373</sup>.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin verdiği kararlardan örneklenildiğinde Daire'nin, ürünlerin internet sitesinde pazarlanmasını ve satılmak üzere siteye konulmasını<sup>374</sup> satışa arz etme kabul ettiği; satılmak üzere bir dükkan içerisinde müşterilere sunulan ürünler ile ilgili olarak davalı tarafından yapılan, ürünlerin orijinal markanın ikinci el veya defolu ürünleri olduğu yönündeki savunmayı dikkate almadan ürünlerin satışa arz edildiğinden hareketle ihlal kararı veren ilk derece mahkemesinin kararını eksik inceleme nedeniyle bozduğu ve ürünlerin taklit mi yoksa ikinci el özelliğini taşıyan orijinal ürünler mi olduklarının tespitinin gerektiğine hükmettiği<sup>375</sup>; üretilen taklit ürünlerin reklam ve tanıtımlarının yapılmasını satışa arz etme yollarından kabul ettiği<sup>376</sup> görülmektedir.

SMK'nin 30/ 1. maddesinde satışa arz etmenin devamında öngörülen bir başka fiil, "satmak"tır. Satış sözleşmesi, 6098 sayılı TBK'nin 207 ve devamı

<sup>372</sup> ÖZBEK, Veli Özer - KANBUR, Mehmet Nihat - DOĞAN, Koray - BACAKSIZ, Pınar - TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 759.

<sup>373</sup> Yargıtay 19. Ceza Dairesi 26.04.2016 tarih ve E. 2015/ 31769, K. 2016/ 16351 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>374</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 27.11.2017 tarih ve E. 2016/ 4381, K. 2017/ 6585; 13.06.2017 tarih ve E. 2016/ 803, K. 2017/ 3672; 02.06.2016 tarih ve E. 2015/ 12387, K. 2016/ 6150 sayılı kararları. <https://karararama.yargitay.gov.tr>

<sup>375</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 25.01.2017 tarih ve E. 2015/ 12267, K. 2017/ 500 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>

<sup>376</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 13.10.2016 tarih ve E. 2015/ 13588, K. 2016/ 8101 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>

maddelerinde düzenlenmektedir. TBK'nin 1 ve 2. maddeleri uyarınca sözleşme, tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulur. Aynı Kanununun 207. maddesi uyarınca, satış sözleşmesinde "satıcı, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcı ise bedel ödeme" borcunu üstlenmektedir.

Marka hakkına tecavüz anlamında da satmak fiilinin gerçekleşmesi için iktibas veya iltibas suretiyle üretilen ürünler veya sunulacak hizmet üzerinde anlaşma sağlanması yeterli olmayıp ürünlerin alıcının zilyetliğine geçmiş olması veyahut hizmetin sunulmuş ya da (devamlılık arz eden hallerde) sunulmakta olması da gerekmektedir.

Ancak ceza hukuku açısından satmak fiilinin değerlendirilerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından, özel hukuktaki kurallarla sıkı sıkıya bağlı olunacağı düşünülmemelidir. Kanımızca, satış eyleminin temelindeki özel hukuk ilişkisinin sıhhati, geçerliliği, ehliyet sorunları, şekil şartları suçun ve ceza hukuku açısından maddi gerçeğin tespitine etki etmemelidir. Önemli olan tipik fiilin hukuka aykırı surette işlenmesi, diğer bir ifade ile iktibas veya iltibas suretiyle ortaya çıkan ürünlerin haksız biçimde kullanılarak satılmasıdır<sup>377</sup>. Aksi yöndeki görüş ise, suçun oluşması için de borçlar hukuku anlamında sahî bir satış işleminin söz konusu olmasının şart olduğunu, özel hukuk yönüyle sahî olan bir işlem olması halinde SMK'nin 30/ 1. maddesindeki "satmak" fiili doğrultusunda marka hakkına tecavüz suçunun oluşacağını savunmaktadırlar<sup>378</sup>. Bu yöndeki görüşe açıklanan nedenlerle katılmak mümkün görünmemektedir.

---

<sup>377</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 150.

<sup>378</sup> DONAY - ERMAN, 1973, s. 57.

### *İthal ya da İhraç Etmek*

SMK'nin 7/ 3. fıkrasında sayılan haksız kullanım halleri arasında da yer alan işareti taşıyan malın ithal<sup>379</sup> ya da ihraç edilmesi, 30/ 1. maddesi uyarınca da marka hakkına tecavüz suçunu oluşturan fiillerdendir.

Mülga 556 sayılı KHK'nin 9/ 2 (c) fıkrasının ilk halinde de tıpkı bugün olduğu gibi işareti taşıyan malın ithal ve ihracı denilmekte iken 2009 yılında 5833 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile bu hüküm "*işareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması*" şeklini almış ve kapsamı genişletilmiştir. Bu halde eşyanın Türkiye gümrüğüne girmiş olması dahi gerekmemekte, eşya girmeden yapılan makbuz düzenlenmesi, beyanda bulunulması gibi işlemler de haksız kullanıma sebebiyet verecek idi<sup>380</sup>. Ancak SMK'nin 30/ 1. ve 7/ 3 (c) hükümleri ile yine sadece ithal ya da ihraç etmek fiilleri geri gelmiştir. Bu hükümler doğrultusunda, haksız kullanıma konu ve ithal ya da ihraç edilen malın gümrük işlemlerinden geçmiş olup olmaması önemli değildir; ürün, gümrük işlemlerinden geçerek veyahut gümrük işlemlerinden geçmeksizin kaçak yollardan ithalata veya ihracata konu edilse de ithal ya da ihraç etmek fiili oluşacaktır<sup>381</sup>.

### *Ticari Amaçla Satın Almak*

Satın almak fiili, *Satışa Arz Etmek veya Satmak* başlığı altında da açıklandığı üzere, aslında satış sözleşmesinin diğer bir tarafıdır. Satış sözleşmesinde satıcı, satılanın "zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme" borcu altındayken, satın alan ise bedel ödeme borcunu üstlenmektedir. Başka bir ifade ile satın alma fiilinden söz edilebilmesi için, bedel karşılığı bir zilyetlik ve mülkiyet devri zorunludur. Takas, trampa, bağış gibi borç ilişkileri bu fiile vücut vermeyecektir.

Hüküm, satın almanın ticari amaçla yapılmasını aramaktadır. Buna göre adi iş veya tüketici işlemi niteliğindeki satın almalar suç oluşturmazdır. İsnada

<sup>379</sup> İthal etmek, "*bir ülkeye başka ülkelerden mal getirmek*"; ihraç etmek ise, "*yurt dışına mal veya hizmet satmak*" olarak tanımlanmaktadır. <http://www.tdk.gov.tr>

<sup>380</sup> TEKİNALP, 2012, s. 446.

<sup>381</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 145.

konu fiilin hangi işlem niteliğinde olduğu ve ticari amaç taşıyıp taşımadığının tespiti bu açıdan önem taşımaktadır.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/ 1 (I) maddesindeki tanım doğrultusunda tüketici işlemi, "*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*"dir<sup>382</sup>. Sözleşmenin taraflarından biri ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden tüketici sıfatını haiz kişi iken diğer tarafı, ticari ve mesleki amaçla hareket eden bir gerçek veya tüzel kişidir<sup>383</sup>. Bu anlamda kişinin tüketici sıfatını kazanması, sözleşmeyi yaparken hangi amaçla hareket ettiği ile doğrudan ilişkilidir<sup>384</sup>. *Bahtiyar - Biçer*, ticari ve/ veya mesleki bir faaliyeti sürekli olarak yürütmeyen, tacir ve esnaf sıfatına sahip olmayan bir gerçek kişinin, karineten tüketici olarak kabulünün gerektiğini, aksinin ispatının gerektiğini ifade etmektedir<sup>385</sup>. Adi iş ise, TMK ve TBK'nin genel hükümlerine tabi olacak olup ticari iş ve tüketici işlemi sayılmayan işlerdir. TTK'de düzenlenen hususlar ile bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ise ticari iştedir.

Tümünü bir örnek çerçevesinde açıklamak gerekirse, bir öğrencinin ders çalışmak için arkadaşının kitabını satın alması adi iş; kişinin tacir veya esnaf sıfatını taşıyan veya taşımayan ancak ticari amaçlarla hareket eden bir kişiden otomobil alması tüketici işlemidir. Şayet otomobil satıcısı ticari amaçlarla hareket etmiyorsa, sadece eski arabasını elden çıkarmak için satışı gerçekleştirdiyse yine adi iş söz konusu olacaktır. Bir tacirin, işletme emtiasını sigortalatması veya işletmesine teçhizat satın alması ise ticari iştir. Örneklerden de anlaşıldığı üzere, satış işlemindeki saik önem taşımaktadır.

<sup>382</sup> www.mevzuat.gov.tr.

<sup>383</sup> BAHTİYAR, Mehmet - BIÇER, Levent, **Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt I, Cilt - Sayı: 22 - 3, İstanbul, 2016, (s. 395 - 436), s. 400.

<sup>384</sup> BAHTİYAR - BIÇER, 2016, s. 400.

<sup>385</sup> BAHTİYAR - BIÇER, 2016, s. 431.

SMK'nin 30/ 1. maddesi bağlamında da satın alma saikinin ticari olup olmadığının<sup>386</sup> ve aslında işlemin adi iş mi, tüketici işlemi mi yoksa ticari iş mi olduğunun tespiti suçun vücut bulması açısından önemlidir. Ticari iş niteliğinde ise marka hakkına tecavüz suçu ortaya çıkacaktır.

*(Ticari Amaçla) Bulundurmak ve Depolamak*

Sözlükte, “bulundurmak”, bir şeyin hazır bulunmasını sağlamak anlamına gelmektedir<sup>387</sup>. Depolamak ise biriktirmeyi ve saklamak ve korumak amacıyla bir yerde ambarlamayı da kapsamaktadır. SMK, “bulundurmak” ve depolamak fiillerine de yer vermiştir ve bu fiillerin de satın almada olduğu gibi ticari amaçla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bulundurulan veyahut depolanan ürünlerin ticari faaliyet konusu olması/ olacak olması gerekmektedir.

Bulundurmak ve depolamak fiillerinin doktrinde nasıl yorumlandıklarına bakıldığında, tanımların çoğunlukla uyuşturucu ve uyarıcı madde ile ilgili suçlar üzerinden yapıldığı görülmektedir. Buna göre, bulundurmak, madde üzerinde fiili egemenliğin bulunması ve devam etmesi iken, depolama maddenin bir yerde tutulmasıdır<sup>388</sup>. Gerek bulundurma, gerekse de depolama fiilinde, maddenin faile mi yoksa bir başkasına mı ait olduğunun, ücret karşılığı yapıp yapılmadığının, bulundurulan veya depolanan yerin kim ait olduğunun önemi bulunmamaktadır<sup>389</sup>.

Bulundurmak fiilinde, suç konusu ürünler, kişinin istediği zaman veyahut planlanan zaman geldiğinde tasarruf edilebilir biçimde uhdesindedir<sup>390</sup>.

<sup>386</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 152.

<sup>387</sup> www.tdk.com.tr

<sup>388</sup> YAVUZ, Hakan A., **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Uyuşturucu ve Uyarıcı Maddelerin Ruhsatsız Olarak İmal ve Ticaretine İlişkin Suçlar ve Kanunun Yer Bakımından Uygulama Kurallarının Bu Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi**, Adalet Dergisi, Yıl: 97, Sayı: 23, (s. 218 - 243), s. 233.

<sup>389</sup> ZAFER, Hamide, **Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu**, İlaç Hukuku Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı, No:2, İstanbul, 2007, (s. 94 - 125), s. 111.

<sup>390</sup> “Şikâyeteye konu ürünlerin, şikâyetçinin hak sahibi olduğu markaların yurt dışından kaçak yollarla yurda giren ve bilinen ürünlerin taklitleri oldukları, bu nedenle başlı başına ticaret amacıyla bulundurulması suç olan ve suçta kullanılan eşya sıfatına haiz



Bulundurmak fiilinin çok uzun süreli ve çok miktardaki ürünün muhafazasından çok daha kısa süreli ve satış veya satışa arzdan hemen önceki<sup>391</sup> aşamayı kapsadığı değerlendirilmektedir.

### *(Ticari Amaçla) Nakletmek*

Haksız kullanıma konu ürünlerin bir yerden başka bir yere ticari amaç güderek taşınması, nakletmek fiilini ortaya çıkaracaktır. Bu durumda fail, nakil işini yapan kişidir ve bu kişi (nakliyecisi) haksız kullanıma konu ürünleri nakil işini yaptığını bilmelidir. Nakil işinin fail tarafından ücret karşılığı yapılması da gerekmemektedir, ücretsiz yapılan nakil işinde de suç meydana gelebilecektir<sup>392</sup>.

## **2.2.3. Hukuka Aykırılık**

### 2.2.3.1. Hukuka Aykırılık

Suçun bir unsuru olup olmadığı tartışmalı olan hukuka aykırılık, hukukça korunmuş ve değere karşı yapılan saldırı, fiilin hukuk düzenine aykırı olması<sup>393</sup>, suçun, hukuk karşıtı olması, hukukla çatışması<sup>394</sup>, fiile, hukuk düzeninin cevaz vermemesi, çelişki halinde bulunması<sup>395</sup> olarak tanımlanmaktadır.

Hukuka aykırılık şekli - maddi ve genel - özel hukuka aykırılık biçiminde ayrımlara tabi tutulmaktadır<sup>396</sup>.

---

*olduğu*", Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 25.04.2017 tarih ve E. 2016/ 3296, K. 2017/ 3663 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>391</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, 154.

<sup>392</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, 155.

<sup>393</sup> KUNTER, 1949, s. 77.

<sup>394</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 117.

<sup>395</sup> KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 19; HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 193 - 194; DEMİRBAŞ, 2017, s. 265; AKBULUT, 2014, s. 467; BAŞBÜYÜK, 2018, s. 170.

<sup>396</sup> Ayrıntılı bir inceleme için Bkz. BAYRAKTAR, Köksal, **Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri**, Ceza Hukuku Günleri, Rapor, İstanbul, 1997, s. 67 vd.

Şekli hukuka aykırılık, fiilin, ceza kanunundaki emir ve yasaklara aykırılıktır<sup>397</sup>. Pozitif hukuk düzleminde mevcut ceza kuralı ile beşeri fiil arasındaki çelişmedir. Şekli hukuka aykırılığın tespitinde esas alınan, münhasır olarak kanunun değerlendirmesi olmaktadır<sup>398</sup>.

Maddi hukuka aykırılık ise, fiilin sosyal tehlikeliliği<sup>399</sup> ile ilgilenmektedir. Korunan hukuksal değer ile fiil çatışmaktadır. Pozitif hukukun ötesinde, şekli hukuka aykırılığın daha içsel bir ögesi olan maddi hukuka aykırılık, ceza normu ile korunan hukuki değerler gerçekten ihlal edilip edilmediğini tespiti amaçlamaktadır<sup>400</sup>.

Hukuka aykırılığın, fiilin ceza kanununu ihlali suretiyle hukuk düzeninde ortaya çıkardığı çatışmadan doğan ilişkinin, iki farklı yönde seyrettiği belirtilmektedir. Bu ilişkinin, içeriğın önemsenmediği, normun ihlali ve ihlale karşı yaptırım şeklinde gelişen bir etki - tepki ilişkisi veyahut “beşeri davranışın zararlılığı”<sup>401</sup> üzerinden bir değer çatışması ilişkisi olabileceği, hukuka aykırılığın bu iki ilişki üzerinde yorumlandığı ifade edilmektedir.

Hukuka aykırılığın suçun bir unsuru olup olmadığı tartışılmalıdır. Hukuka aykırılığın suçun objektif unsurlarından biri olduğu görüşü ilk kez 1880’lerde *Franz von Liszt* tarafından ifade edilmiştir<sup>402</sup>. Hukuka aykırılığı suçun unsuru kabul edenlerin<sup>403</sup> karşısında hukuka aykırılığın suçun kurucu unsuru değil, daha da fazlası, suçun özü, iç bünyesi kabul edenler bulunmaktadır<sup>404</sup>.

<sup>397</sup> KATOĞLU, 2003, s. 39; DEMİRBAŞ, 2017, s. 266.

<sup>398</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 198.

<sup>399</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2017, s. 119 - 120; KATOĞLU, 2003, S. 79 - 80.

<sup>400</sup> *Hafizoğulları - Özen*, bir ceza hukuku sisteminde maddi hukuka aykırılığa ağırlık verilmesi halinde, ceza hukukunun biricik kaynağının ceza kanunu olmaktan çıkabileceği, bunun kanunilik ilkesini zedeleyebileceği eleştirisini getirmektedirler. Zira bu durumda örfi ve içtihadî hukuk ile kıyasın da ceza hukukunun kaynağı olabileceği düşüncesinin ortaya çıkabileceğini, ceza hukukunun kaynaklarına bu şekilde bir çoğulculuk getirilmesinin yerinde olmadığını savunmaktadırlar. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 198.

<sup>401</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 194.

<sup>402</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 265.

<sup>403</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 267; AKBULUT, 2014, s. 467; Suçun unsurlarını “Fiilsiz Suç Olmaz”, “İhlalsiz Suç Olmaz” ve “Kusursuz Suç Olmaz” başlıkları altında inceleyen HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 192 vd.; hukuka aykırılığın suçun hukuka uygun

Ceza normuna aykırılık ve hukuk düzeniyle ilişkisinde meydana gelen çatışma durumunun hukuka aykırılığı tespit etmek için yeterli olmadığı, bu pozitif özelliğin yanında (*ceza normuna aykırı olması*), hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması şeklindeki negatif unsurun da bulunması gerektiği kabul edilmektedir<sup>405</sup>. Dolayısıyla gerek TCK’de, gerekse de somut olay bazında uygulanacak özel kanunlarda düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyeti halinde fiil objektif olarak hukuk aykırı olmaktan çıkacaktır.

Bununla birlikte hukuka aykırılığın ne olmadığına da belirtilmesinde fayda vardır. Şekli hukuka aykırılık her ne kadar pozitif ceza hukuk normuna aykırılık hali olarak tanımlansa da hukuka aykırılık tipiklik değildir. Tipiklik, bir suç tipi olarak ceza kanununda bulunmak, suçu karşılayan bir ceza normunun varlığı<sup>406</sup>, soyut açıdan suç anlamına gelmektedir. Hukuka aykırılık ise tipik olan suç fiilinin tüm hukuk düzeni içerisinde yarattığı çatışmayı karşılamaktadır. Benzer biçimde hukuka aykırılık kusurluluk kapsamında da değildir. Kusurluluk fail ile fiil arasındaki psikolojik ve iradi bağ, kınanabilirliktir<sup>407</sup>. Hukuka aykırılık ise, hem failin, hem de fiilin hukuk düzeni ile arasındaki ilişkide ortaya çıkan çatışmadır<sup>408</sup>.

Doktrinde, genel hukuka aykırılık ve özel hukuka aykırılık ayrımı da farklı görüşleri ortaya çıkarmıştır. Şu ana kadar yapılan açıklamalar esas olarak genel hukuka aykırılığı ifade etmekte olup kanun koyucunun bazı ceza normlarında<sup>409</sup>,

---

olmama unsuru olduğuna ilişkin olarak Bkz. ZAFER, Hamide, **Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı - Normatif Teorinin Öne Çıkışı - Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, İstanbul, 2009, (s. 151 - 194), s. 177.

<sup>404</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2017, s. 117.

<sup>405</sup> Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasının negatif unsur olarak hukuka aykırılığın bir ögesi kabul edilmesine ilişkin eleştiriler için Bkz. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 196 - 197.

<sup>406</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 266.

<sup>407</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 243.

<sup>408</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 266.

<sup>409</sup> Buna örnek birkaç madde metni şöyledir:

TCK md. 109/ 1, “Bir kimseyi *hukuka aykırı olarak* bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan”;

TCK md. 120/ 1, “*Hukuka aykırı olarak* bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan”;

TCK md. 135/ 1, “*Hukuka aykırı olarak* kişisel verileri kaydeden”;

ayrıca “haksız olarak”, “hukuka aykırı olarak”, “bir hakka dayanmaksızın” gibi ibarelere yer verdiği görülmekte ve özel bir hukuka aykırılık türü yarattığı savunulmaktadır. Buna göre, kural olarak hukuka aykırılık ceza normunda yazılı olsun ya da olmasın, zaten hâkim tarafından kendiliğinden ele alınmak zorunda olan bir husustur. Öyleyse kanun koyucunun ayrıca bir hukuka aykırılık vurgusu yapmasına aslında hacet yoktur. Buna karşın, kanun koyucu böyle bir düzenleme yaptı ise, hâkime, fiildeki hukuk aykırılık hususunu bilahare ve özel olarak değerlendirmesi yönünde bir vurgu yaptığı belirtilmektedir<sup>410</sup>. Zira kanun koyucu abesle işgal etmeyeceğinden, kanundaki özel hukuka aykırılık düzenlemesi boşuna olmasa gerektir. *Hafizoğulları* ise bu durumda özel hukuka aykırılığın değil, hukuka aykırılığı kaldıran özel hukuka uygunluk nedenlerinin mevcut olduğunu savunarak hukuka aykırılığın tek (genel) olduğunu ifade etmekte; özel hukuka uygunluk nedeni olarak ise ceza normu metninde yazılı “haksız olarak”, “hukuka aykırı olarak” gibi ifadeler açısından değil, milletvekili sorumsuzluğu, savunma dokunulmazlığı gibi özel düzenlemeler için söz konusu olduğunu açıklamaktadır<sup>411</sup>.

TCK ve özel kanunlarında yer alan suçlar gibi marka suçları bakımından da suçun incelenmesinde hukuka aykırılık hususu ele alınacaktır. Failin, fiilinin hem ceza normuna uygun olup olmadığı, hem de olayda bir hukuka uygunluk nedeni veyahut özel kanun ile tanınmış bir istisnadan yararlanıp yararlanmadığı değerlendirilecek ve hukuka aykırılık buna göre tespit edilecektir. Bu doğrultuda hukuka uygunluk nedenlerine geçilmesinde fayda vardır.

---

TCK md. 136/ 1, “Kişisel verileri, *hukuka aykırı olarak* bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren”;

TCK md. 154/ 1, “*Bir hakka dayanmaksızın* başkasına ait taşınmaz mal veya eklentilerini malikmiş gibi tamamen veya kısmen işgal eden veya sınırlarını değiştiren veya bozan veya hak sahibinin bunlardan kısmen de olsa yararlanmasına engel olan”.

<sup>410</sup> KATOĞLU, 2003, s. 123; DEMİRBAŞ, 2017, s. 270.

<sup>411</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 194 ve 213.

### 2.2.3.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hukuka uygunluk nedenleri mevcut olduğunda, hukukun tanıdığı bir yetki veya verdiği bir cevaz doğrultusunda<sup>412</sup>, bu neden olmasa idi aslında hukuka aykırı ve suç olacak bir fiil hukuka aykırı olma özelliğini kaybetmekte ve hukuka uygun hale gelmektedir. Bu nedenin varlığı failin iradesinden ve saikinden çoğunlukla bağımsızdır<sup>413</sup>. Örneğin, aslında kanunun emri niteliğindeki bir davranışı, kanun emri olduğunu bilmeksizin ifa eden bir kişinin fiili de kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden faydalanacaktır<sup>414</sup>. Bununla birlikte, failin hukuka uygun hale gelen fiiliyle arasında doğal bağ bulunmayan hukuka aykırı davranışları ise hukuka aykırı olmaya devam etmektedir. Buna örnek olarak, kendisine saldırıyı meşru müdafaa amacıyla ruhsatsız silahıyla vuran kişinin yaralama eylemi hukuka uygun olacak iken bu hukuka uygunluk ruhsatsız silah taşıma eylemini etkilemeyecek, o hukuka aykırı ve cezalandırılabilir olmaya devam edecektir<sup>415</sup>.

Hukuka uygunluk nedenleri genel ve özel hukuka uygunluk nedenleri olarak ayrılmaktadır. Genel hukuka uygunluk nedenleri tüm suçlar için ortak olan nedenler iken, özel hukuka uygunluk nedenleri belli bir suç özelinde kabul edilen nedenlerdir.

Hukuka uygunluk nedenleri, yalnızca tahdidi olarak ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler arasında sayılan nedenler olmayacaktır. Fiilin ceza normunda yer alan tanıma uygunluğunun yanında, hukuk düzeninin bütünlüğü gereğince<sup>416</sup>, bir hareketin yapılmasının başka bir kanunda veya hukuk alanında uygun görülüş ya da zorunlu kılınmış olması mümkündür<sup>417</sup>.

<sup>412</sup> Tecviz eden norm - tecrim eden norm ayrımı için Bkz. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 199 ve HAFIZOĞULLARI, 1996, s. 100 vd.

<sup>413</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 274.

<sup>414</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2017, s. 157.

<sup>415</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 274.

<sup>416</sup> ÜZÜLMEZ - KOCA, 2013, s. 254.

<sup>417</sup> ALACAKAPTAN, Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 372, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 96.

Bu halde somut olay özelinde, özel hukuka uygunluk nedenleri<sup>418</sup> söz konusu olabilecektir.

SMK'de yer alan bazı hallerin doktrinde her ne kadar özel hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilse de, kanımızca bu hallerin aslında hukuka uygunluk nedeni olmadıkları değerlendirildiğinden, marka hakkına tecavüz suçlarında, yalnızca SMK'nin 153/ 1. maddesinde düzenlenen kişisel ihtiyaç ölçüsünde kullanma hali ile 7/ 5. maddesinde bulunan dürüstçe kullanım halinin özel hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebileceği ve kural olarak TCK'deki genel hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanabileceği değerlendirilmektedir.

#### 2.2.3.2.1. TCK'de Yer Alan Hukuka Uygunluk Nedenleri

5237 sayılı TCK'de "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı İkinci Bölüm'ün altında hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmiştir. TCK'nin 24 ve 25. maddelerinde düzenlenen nedenler, kanun hükmünün ve amirin emrinin ifası, meşru savunma ve zorunluluk hali, 26. maddesinde mevcut nedenler ise hakkın icrası ve mağdurun rızası halleridir.

TCK'nin 24. maddesi uyarınca kanunun hükmünü yerine getiren veya yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmayacaktır. Kanun hükmüne örnek olarak, icra memurunun İcra ve İflas Kanunu'nun tanıdığı yetki ile haczedilecek yere gerektiğinde kapıyı kırılarak girebilmesi, polise, gümrük muhafaza memurlarına, orman koruma memurlarına ilgili mevzuatları ile verilen zor ve silah kullanma yetkisi verilebilir.

Yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi de hukuka uygunluk nedenlerindedir. İstisnası, konusu suç teşkil eden emirdir. TCK'nin 24. maddesi ile Anayasa'nın 137. maddesi de bir arada değerlendirildiğinde, kamu hizmetlerinde çalışmakta olan kimse amirinden aldığı emri mevzuata aykırı görürse yerine getirmeyecek, gördüğü aykırılığı o emri veren amirine bildirecek, eğer amiri bu emrinde yazılı olarak ısrar ederse emri yerine getirecektir. Yazılı emir üzerine görevini ifa eden

---

<sup>418</sup> *Alacakaptan*, genel/ özel ayrımı değil, ceza yasasında gösterilen ve gösterilmeyen hukuka uygunluk nedenleri ayrımını yapmaktadır. ALACAKAPTAN, 1975, s. 100.

kamu görevlisi bu eyleminden sorumlu olmayacaktır. Ancak emrin konusu yalnızca mevzuata aykırı olmayıp suç teşkil etmekte ise memur bu emri hiçbir şekilde yerine getiremez. Aksi halde hem emri veren amiri, hem de emri ifa eden memur sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır<sup>419</sup>. Öncelikle, TCK'nin 24. maddesinin gerekçesinde maddenin emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir "sorumsuzluk nedeni" olduğu açıklaması getirilmiştir.

Özgenç, Anayasa'nın 137. maddesindeki şartların yerine getirilmesi halinde verilen emir hukuka aykırı olsa dahi, emri yerine getiren açısından fiilin hukuka uygun sayıldığı yönünde olduğunu söyledikten sonra<sup>420</sup>, bu halin bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk sebebi/ mazeret sebebi olduğunu savunmaktadır<sup>421</sup>. Zira emrin ifası, hukuka uygun hale gelmemekte, hukuka aykırı nitelik devam etmektedir.

*Hafizoğulları - Özen*, kanunun gerekçesinin bu belirlemesinin yanlış olduğunu, suç genel teorisinde "sorumsuzluk nedeni " diye bir ceza hukuku kurumu bulunmadığını, gerekçede, amirin konusu hukuka aykırı emri verme fiili ile memurun bu emre uyararak emri ifası fiillerinin karıştırıldığını, memurun emri ifasının emrin hukuka aykırılığına etki etmediği, hukuka uygun olanın kanunun koyduğu koşullara uyan memurun emri yerine getirme fiili olduğunu

<sup>419</sup> Karşılaştırmalı hukuktaki tartışmalar için Bkz. DURSUN, Selman, **Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, Ankara, 2014, (s. 203 - 252).

Yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi nedeni konusunda, bilhassa amir ile memurun aralarındaki hiyerarşik ilişkinin bir sonucu olarak hukuki zaruret hali, ceza tehdidi ve mutlak itaat teorisi ile ilgili olarak ayrıntılı tartışmalar için Bkz. ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 236 - 238; ÖZGENÇ, 2018, s. 433 - 438; bunlara ek olarak hüsnüniyet açıklamaları için Bkz. AKMAN, Yağmur Müge, **Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s. 239 - 245.

<sup>420</sup> ÖZGENÇ, 2018, s. 433.

<sup>421</sup> ÖZGENÇ, İzzet, **Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 68, Sayı: 1-2-3, İstanbul, 1994, (s. 90 - 102), s. 99 - 101.

belirtmektedir<sup>422</sup>. Şahsilik ilkesi gereğince de emri ifa eden memur değil, verdiği emrin hukuka aykırı niteliği devam eden amir sorumlu olacaktır. Dolayısıyla, bu neden, memurun emri yerine getirmesi fiili açısından bir hukuka uygunluk nedenidir<sup>423</sup>. Bunu destekler mahiyette olmak üzere, CMK'nin 223/ 3 (b) bendi ile yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi halinde sanığın kusurunun bulunmaması dolayısıyla hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararının verileceği düzenlenmiştir<sup>424</sup>.

TCK'nin 25. maddesinde meşru savunma ve zorunluluk hali nedenleri düzenlenmiştir. Meşru savunmada fail, kendisine veya bir başkasına ait hakka yönelik olarak halihazırda gerçekleşmekte, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde savmak zorunluluğu ile fiili işlemektedir.

765 sayılı mülga TCK'nin 49/ 2 maddesinde meşru müdafaa yalnızca nefis veya ırza karşı gerçekleştirilen eylemlerle sınırlı tutulmakta iken 5237 sayılı TCK ile bu sınır her türlü hakka yönelik haksız bir saldırılar için genişletilmiştir<sup>425</sup>. Madde gerekçesinde, bu genişletme ile meşru savunma kurumunun “*bazen anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulması*” sorununun önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir<sup>426</sup>.

Fiilin hukuka aykırı olması yeterlidir. Cebir ve şiddet içermek zorunda olmayıp<sup>427</sup> ihmali olarak işlenmesi de mümkündür. Saldıranın (küçüklük, akıl hastalığı veya diplomatik dokunulmazlık, milletvekili dokunulmazlığı gibi nedenlerle)

<sup>422</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 215.

<sup>423</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 216.

<sup>424</sup> www.mevzuat.gov.tr.

<sup>425</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 286.

<sup>426</sup> “Her türlü yönelik meşru savunma” kavramında mülkiyet hakkı ile yaşam hakkının karşılaştırılması halinde, orantılı saldırı hususunu savunmaya konu haklar arasındaki oran biçiminde anlamak gerektiği ve mülkiyet hakkına yapılacak saldırıda TMK'nin zilyetlik ve mülkiyetin korunmasına dair hükümlerinin de devreye gireceği görüşü Hk. ŞEN, Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1 (M. 1 - 146)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 68.

<sup>427</sup> ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Ankara, 1995, s. 75.



cezalandırılmazlığı<sup>428</sup>, kendisine karşı meşru savunma yapılmasına engel değildir.

Meşru savunma ile ilgili olarak dikkat çekilmesi gereken bir başka husus, savunmanın, saldıran üzerinde gerçekleşmesi gerekliliğidir. Kişinin, kendisine haksız saldıran kişinin eşinin öldürmesi halinde meşru müdafaa yararlanması mümkün değildir. Ayrıca kişinin, saldırıdan kurtulmak için o meşru savunma eylemini gerçekleştirmekten başka şansı olmamalı<sup>429</sup>, saldırıdan ancak bu biçimde kurtulabilir olmalıdır<sup>430</sup>. Bu gerekliliğin, hukuka uygunluk nedeni kapsamındaki bir fiilin işlenmesinde sınırın aşılması hali uyarınca da mevcut olduğu söylenebilir. TCK'nin 27. maddesi uyarınca hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması halinde, eğer, fiilin taksirli hali kanunda düzenlenmiş<sup>431</sup> ise bu hükümde öngörülen ceza, altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunacak olup meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş<sup>432</sup> nedeniyle faile kusur isnadının mümkün olamayacağından<sup>433</sup> ileri gelmiş ise faile ceza verilmeyecektir. Ancak sınırın aşılması taksirle değil kasıtlı olarak gerçekleştirilmişse, fail, fiili nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumludur<sup>434</sup>.

Zorunluluk hali, kişinin, kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik ancak bilerek neden olmadığı ve başka bir biçimde korunma olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak ya da başkasını kurtarmak zorunluluğu

<sup>428</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 289 - 290.

<sup>429</sup> AKBULUT, 2014, s. 482.

<sup>430</sup> *Üzülmez - Koca*, hâlihazırda devam etmekte olan bir saldırının söz konusu olması halinde bu zorunluluğun aranmaması gerektiğini savunmaktadır. ÜZÜLMEZ - KOCA, 2013, s. 265.

<sup>431</sup> Madde metninde, taksirli halin cezalandırılacağını esas almış olmakla birlikte TCK'nin "*Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*" hükmünü amir 256. maddesinde bir kast karesi yaratıldığına ilişkin Bkz. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, S. 239.

<sup>432</sup> Bu durum "sınırın mücbir sebeple aşılması" olarak adlandırılmıştır. MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri**, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 5, İstanbul, Nisan 2005, (s. 42 - 60), s. 57.

<sup>433</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 341.

<sup>434</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 195.

ile fiil işlemesi halinde mevcut olur. Bu halde, mevcut tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araç arasında orantı bulunmalıdır.

TCK'nin 25/ 2 maddesinde düzenlenen zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olup olmadığı doktrinde tartışılmaktadır. *Alacakaptan*<sup>435</sup>, *Hafizoğulları*<sup>436</sup>, *Toroslu*<sup>437</sup> ve *Demirbaş*<sup>438</sup> zorunluluk halini hukuka uygunluk nedenlerinden kabul ederken, *Özgenç*<sup>439</sup>, zorunluk halinin bir hukuka uygunluk değil, mazeret nedeni olduğunu ve kusurluluğu içerdiğini; keza *Akbulut*<sup>440</sup> da zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedenlerinde olduğu gibi fiil değil, fail temelli olduğunu, failin kusurluluğunu etkileyen bir mazeret sebebi niteliğinde olduğunu savunmaktadır.

CMK'nin 223/ 3 (b) bendi uyarınca ise, ile yüklenen suçun zorunluluk hali etkisi ile işlenmesi halinde yine sanığın kusurunun bulunmaması dolayısıyla hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararının verileceği düzenlenmiştir.

TCK'nin 26/ 1 maddesi gereğince, hakkını kullanan kişiye ceza verilmeyecektir. Hakkın kullanılmasında, sözü edilen hak sübjektif bir haktır. Sübjektif bir hakkın varlığı için ise hukuken tanınmış ve korunan bir hak ile bu hakkın kullanımının kişinin iradesine bırakılmış olması gerekmektedir<sup>441</sup>. Zilyetliğin korunmasına, bir meslek veya sanatın icrasına, spor hareketlerine dair hükümler buna örnektir<sup>442</sup>.

Fail, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilmek için, hakkını bir merciin aracılığı olmaksızın doğrudan<sup>443</sup> ve yasal sınırlar içerisinde

<sup>435</sup> ALACAKAPTAN, 1975, s. 112 - 113.

<sup>436</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 222; ayrıntılı değerlendirme için; HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Türk Ceza Hukuk Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 1, Ankara, 1971, (s. 91 - 132).

<sup>437</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 170 vd.

<sup>438</sup> *Demirbaş* da, zorunluluk halini, hukuka uygunluk nedeni değil mazeret sebebi sayarak odağı fiilden faile çeviren Yargıtay içtihadı (örneğin; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.02.2008 tarih ve E. 2007/ 1-281, K. 2008/ 37 sayılı kararı) ve 25/ 2 maddesinin gerekçesinin bir tarafa bırakılarak zorunluluk halinin mazeret sebebinden ziyade hukuka uygunluk nedenine yaklaşan bir kurum olarak kabulünün gerektiğini belirtmektedir. DEMİRBAŞ, 2017, s. 297 - 298.

<sup>439</sup> ÖZGENÇ, 2018, s. 425 vd.

<sup>440</sup> AKBULUT, 2014, s. 519.

<sup>441</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 314.

<sup>442</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 318 - 327.

<sup>443</sup> AKBULUT, 2014, s. 487; ÖZGENÇ, 2018, s. 315.

kullanmak durumundadır. Bu sınırlar da yalnızca ceza hukukuna değil bütüncül olarak hukuk düzenine bakılarak bulunacaktır. Bu durumda bu hak ve sınırları ceza kanunundan doğabileceği gibi kamu veya özel hukuk alanlarındaki kanunlardan, yargı kararlarından, idari kararlardan, örfi kurallardan, hukuki işlemlerden de doğabilir<sup>444</sup>.

Aynı maddenin ikinci fıkrası ile rıza düzenlemesi getirilmiştir. Buna göre “hak sahibi olan kişinin, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez”. Örneğin konut sahibinin verdiği rıza ile konuta giren ve o rıza devam ettiği sürece konutta bulunan kişinin bu eylemi konut dokunulmazlığının ihlali suçunu doğurmayacaktır.

İlgilinin rızası bakımından önemli olan hususlar şöyle özetlenebilir:

Rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği konulara ilişkin olması gerekmektedir. Bunun sınırlarını bazen kanun çizmektedir. Örneğin TCK'nin 99/ 2 maddesinde düzenlendiği üzere, gebelik süresi on haftadan az olan kadın rızası ile çocuğunu düşürtebilecekken on haftanın aşılması halinde tıbbi zorunluluk olmadığı halde gebe kadının çocuğunun düşürtülmesi suç olarak düzenlenmiştir. Öyleyse gebeliği on haftanın altında olan kadın bu konuda tasarruf edebilecek iken, on haftayı aştığı andan itibaren bu tasarruf yetkisi kanun tarafından elinden alınmaktadır.

Ayrıca rıza gösterecek hak sahibinin, irade açıklamasında bulunmaya ehil gerçek veya tüzel kişi olması, neye rıza gösterdiğini, rıza gösterdiği şeyin sonuçlarının ne olacağını algılayabilecek durumda olması<sup>445</sup>, rıza açıklamasının iradeyi sakatlayan (tehdit, hile, aldatma gibi) hallerin etkisi altında olmaması, ahlaka ve hukuka aykırı mahiyetteki işlem ve uygulamalara yönelik

<sup>444</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 314 - 315; HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 227. Ayrıca madde gerekçesinde de “*bir hak, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlara dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabilir*” denilerek açıklama getirilmiştir.

<sup>445</sup> MAHMUTOĞLU, 2005, s. 55.

olmaması<sup>446</sup>, muhatabın rızaya konu eylemi gerçekleştirdiği sırada da devam etmesi<sup>447</sup> gerekmektedir.

İlgilinin rızası nedeni, marka suçları bakımından, marka hakkı üzerinde tasarruf etme imkânına sahip olan kişinin özgür iradesiyle tanımış olduğu rıza olarak yorumlanmalıdır. Ayrıca, marka hakkı sahibi, örneğin sözleşme ile rızasını göstererek kullanma hakkı vermiş ve sözleşme süresinin dolmasına karşın marka kullanılmaya devam edilmiş ise yine ilgilinin rızasına aykırılık teşkil eden bir durum ortaya çıkacaktır.

Marka suçları bakımından bu nedenlerin hangi derecede ve nasıl uygulanabilme imkânı olacağı somut olaya göre değişecektir. Bununla birlikte TCK'de yer alan bu hukuka uygunluk nedenlerinin yanı sıra TCK'nin 28 - 34 maddeleri arasındaki cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik ile geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma nedenlerinin de genel hükümler doğrultusunda somut olaya göre uygulanabilmesi mümkündür.

#### 2.2.3.2.2. SMK'de Yer Alan Özel Hukuka Uygunluk Nedenleri

Marka hakkına karşı gerçekleştirilen eylemler genel itibariyle incelendiğinde, bu eylemlerden bazılarının kanunlarda suç olarak kabul edildiği, bazılarının ise, "tecavüz fiili" adı altında düzenlensin ya da düzenlenmesin, özel hukuk alanında bir kötüye kullanma veyahut haksız fiil olarak karşılık bulunduğu görülmektedir.

SMK hükümleri ile bazı hallerde markanın başkalarınca ve/ veya başka biçimlerde kullanımına imkân tanınarak istisnalar getirilmiş olmakla birlikte, bu kullanımların karşılığının SMK'nin 30. maddesinde düzenlenen üç suç fiilinden herhangi birini ortaya çıkarmadığı görülmektedir.

Başka bir ifade ile bu haller, bir tipik ve hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getirir nitelikte değildirler. Zira bu hallerin yokluğu halinde, işlenen fiilin vücut

<sup>446</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 332.

<sup>447</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 190.

verdiği bir suç bulunmamaktadır. Hal böyle iken bu özel halleri hukuka uygunluk nedeni sayarak, bulunmamaları durumunda fiilin bir suça vücut vereceği varsayımının, her şeyden önce suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil edeceği tarafımızca düşünülmektedir.

Sözü edilen hallere, SMK'nin 8. maddesinde düzenlenen başvuru eserinde yer alma, 152. maddesinde düzenlenen marka hakkının tüketilmesi ve bununla bağlantılı olarak paralel ithalat; 25/ 6. maddesinde mevcut sessiz kalma hali; 5/ 2. maddesindeki kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanma halleri örnek verilebilir.

Bu haller özel hukuk açısından istisnalar, tasarruf hakkı üzerindeki sınırlandırmalar, belli hallerde marka hakkı sahibine başvuru hakkı tanıyan ve sonrasında da genel hukuki koruma ve tazmin hükümlerine başvurma olanağını saklı tutan özel düzenlemeler veyahut idari inceleme sürecine ilişkin olarak görülmelidir. Hukuka uygunluk nedenleri, şüphesiz yalnızca ceza hukuk değil, tüm hukuk düzeni bakımından fiili hukuka uygun hale getiren nedenlerdir<sup>448</sup>. Bununla birlikte, ceza hukuku açısından, bu nedenler var olmadığında elde kalanın, ceza kanununda düzenlenmiş bir fiile denk düşmesi gerekmektedir. Sayılan hallerin, belirtilen nedenlerle hukuka uygunluk nedeni olarak kabulleri mümkün değildir.

Bunun yanı sıra SMK'de düzenlenen özel hukuka uygunluk nedenleri de bulunmakta olup bunlar SMK'nin 5/ 3. maddesinde mevcut muvafakat ile tescile imkân tanıma, 7/ 5. maddesinde bulunan dürüstçe kullanım hali ve 153/ 1. maddesinde düzenlenen kişisel ihtiyaç ölçüsünde kullanım halidir.

#### 2.2.3.2.2.1. Muvafakat Verme

SMK'nin 5/ 3. maddesinde muvafakat kurumu düzenlenerek, markanın adına tescilli olduğu marka hakkı sahibine veyahut önce tarihli başvuru sahibine, aynı marka işareti için yapılan daha sonraki tarihli bir marka tescil başvurusuna noter onaylı bir belge ile muvafakat etme hakkı tanınmıştır. Bu halde, marka hakkı

<sup>448</sup> DEĞİRMENCİ, Olgun, **Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 110, Ankara, 2014, (s. 129 - 188), s. 165.

sahibi adına tescilli olan marka işareti ile aynı veya ayırt edilemeyecek benzer olan bir marka, birlikte var olarak<sup>449</sup>, sicile tescil edilebilecek, TÜRKPATENT'in ret kararı ile karşılaşmayacaktır.

Böyle bir muvafakatname olmasa idi sicile tescil edilemeyecek olan ve tescilsiz bir işaret olarak, SMK'nin 30/ 1. maddesinde belirtilen fiiller gerçekleştirilmek suretiyle kullanılması halinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu oluşturacak olan hareket, muvafakatnamede gösterilen rıza iradesi ile artık suç oluşturmamaktadır. Dolayısıyla muvafakat verilmesi, TCK'nin ilgilinin rızasını düzenleyen 25/ 2. maddesi ile bağlantılı bir özel hukuka uygunluk nedeni olarak düşünülebilecektir.

#### 2.2.3.2.2.2. Dürüstçe Kullanım

TCK'de düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri arasında kanunun 26/ 1 maddesinde düzenlenen hakkın kullanılması nedeninden bahsedilmiş idi. SMK'nin 7/ 5 maddesinde bulunan dürüstçe kullanım hükmünün de hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni ile ilişkilendirilebilecek bir hüküm olduğu değerlendirilmektedir. Buna göre, marka sahibi, markasının, üçüncü kişiler tarafından, dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde aşağıda belirtilen şekillerde kullanılmasını engelleyemeyecektir. Bu haller;

- a) *“Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi”*,
- b) *“Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması,”*
- c) *“Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olması”*dır.

<sup>449</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. KILIÇ, Ahmet Hasan, **Markaların Birlikte Var Olma Sözleşmesi**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Ticaret ve fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, Ankara, 2017, (s. 77 - 96).

Dürüstçe kullanıma konu edilen marka, tescilli marka ile benzer veya aynı olsa bile sayılan hallerde üçüncü kişi tarafından kullanılabilir<sup>450</sup>.

Yargı yerleri dürüst kullanımı somut olaya göre değerlendirmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2017 tarihli bir kararında, yetkili servis imajı vererek faaliyet gösteren davalının, eski yıllara dayanan yetkili satıcılık sözleşmesinin süresi bittikten sonra da orijinal marka ve logoları kullanmaya devam etmesini dürüst kullanım sayan ilk derece mahkemesi kararı, davalının işyerindeki ve bina dış kısmındaki tanıtıcı işaretlerin, marka ve logonun davalının tanıtımında markasal ve baskın mahiyet arz edecek şekilde yer aldığı, bunun da dürüstçe kullanım olarak nitelenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle bozulmuştur<sup>451</sup>. Aynı Daire'nin 2018 tarihli bir başka kararında ise ikinci el ürün satan davalının, davacının logosunu ikinci el satış mağazasında ürün çeşitliliğini göstermek amacıyla kullanması ve ilerleyen zamanda davacının talebi üzerine bu kullanımına son vermesi dürüstçe kullanım olarak kabul edilmiştir<sup>452</sup>.

SMK'nin 30/ 1 maddesi ile tescilli markanın aynının veya benzerinin, üçüncü bir kişi tarafından kullanılarak bu işareti taşıyan malın üretilmesi veya hizmetin sunulması, satışa arz edilmesi veya satılması, ithal ya da ihraç edilmesi, ticari amaçla satın alınması, bulundurulması, nakledilmesi veya depolanması iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, SMK'nin 7/ 5 maddesinde öngörülen dürüst kullanım şartları kapsamında bir kullanımın söz konusu olması halinde, yine tescilli markanın aynı veya benzerinin üçüncü bir kişi tarafından, marka hakkı sahibinden izin veya yetki alınmaksızın kullanılması söz konusu olduğu halde, fiil hukuka aykırı olmayacak, hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkacaktır. Bu nedenle, dürüstçe kullanımın, TCK'nin hakkın kullanılması başlıklı genel hukuka uygunluk nedeni ile bağlantılı bir özel hukuka uygunluk nedeni olduğu düşünülmektedir.

<sup>450</sup> UZUNALLI, 2012, s. 188.

<sup>451</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 31.05.2017 tarih ve E. 2016/ 454, K. 2017/ 3242 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>

<sup>452</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 16.01.2018 tarih ve E. 2016/ 6041, K. 2018/ 341 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>

### 2.2.3.2.2.3. Kişisel İhtiyaç Ölçüsünde Kullanım

SMK'nin 153/ 1 fıkrasında düzenlenen halin ise hukuka uygunluk nedeni olarak kabulü mümkündür. Fıkra, kişisel ihtiyaç ölçüsünde kullanım hükme bağlamaktadır. Buna göre, marka hakkı sahibi tarafından, hakkına tecavüz eden kişinin piyasaya sürdüğü ürünleri kendi kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran veya kullanan (üçüncü) kişilere karşı hukuk davası açılmayacağı gibi cezai koruma için şikâyette de bulunamayacaktır.

Diğer bir deyişle, fail tarafından ihlal gerçekleştirilmiş, ürünler piyasaya sürülmüş, bu ürünler fail tarafından kendi kişisel ihtiyaçları kadarıyla elinde bulundurulmuş veya kullanılmıştır. İşte marka hakkı sahibi, bu kişiler aleyhine SMK'de düzenlenen hukuki ve cezai koruma yollarına başvuramayacaktır. Maddenin lafzından hareketle, hakkında suç isnadı bulunan kişi, ürünlere ilişkin bulundurmasının veya kullanımının, kişisel ihtiyaç ölçüsünde olduğunu ispat ettiğinde, bulundurma veya kullanma fiili artık hukuka aykırı olmayacaktır<sup>453</sup>.

## 2.2.4. Kusurluluk

### 2.2.4.1. Genel Açıklamalar

#### 2.2.4.1.1. Kusurluluğa İlişkin Genel Açıklamalar

Suç, tanımlarda da vurguladığımız özelliği itibariyle, beşeri fiildir. Failin, fiili gerçekleştirmesi cezai sorumluluk için tek başına yeterli değildir; ayrıca kusurlu

<sup>453</sup> Benzer hüküm 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "Manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz" başlığını taşıyan 71. maddesinde de yer almaktadır. Maddeye göre;

*"Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek: 1. Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, **kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran** ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur."* www.mevzuat.gov.tr.



olması da gerekmektedir<sup>454</sup>. Kusurluluğun kabulü<sup>455</sup>, ceza sorumluluğunun doğması için davranışın öncelikle bilinçli ve iradi olmasını gerektirmekte; bu gereklilikten de kast, taksir ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlardaki kusurluluğa ulaşılmaktadır<sup>456</sup>.

Anayasa'nın 38/ 7 ve TCK'nin 20/ 1 maddeleri uyarınca ceza sorumluluğu şahsi olup kimse başkasının fiilinden sorumlu tutulamaz. Bu hükümlerin, kişinin kendi kusurlu fiilinden dolayı sorumlu olması şeklinde yorumlandığı görülmektedir<sup>457</sup>.

TCK'nin 21. maddesinde kast, 22. maddesinde taksir, 23. maddesinde ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlenmektedir.

<sup>454</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 200; kusurluluk ile manevi unsurun örtüştüğü Hk. SANCAR, Türkan Yalçın - KÖPRÜLÜ, Timuçin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmalar**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 131.

<sup>455</sup> Özgenç, kusurun, kast ve taksirden tümüyle ayrıştırılarak bağımsız bir değer yargısı olarak ele alınamayacağını söylemekle birlikte, kusurun, suç fiilinin bir vasfı olmadığını, failin, suç teşkil eden fiili işlemesi nedeniyle ona yöneltilebilecek kınama yargısını ifade ettiğini, failin kınanabilirliği yargısının tespitinden önce kanundaki tipikliğe uygun bir haksızlığın kast veya taksir manevi unsuru ile gerçekleştirilmiş olması ve fail özelinde ayrıca kusur yargısının belirlenmesi gerektiğini, bu nedenle ülkemizde de devam eden klasik suç teorisi anlayışındaki gibi, manevi unsur ile kusurun aynı kavramlar olarak kullanılmaması gerektiğini ifade etmektedir. ÖZGENÇ, 2018, s. 236 - 238 ve 390 - 393; aynı yönde, AKBULUT, 2014, s. 407 - 408.

<sup>456</sup> Kusurluluk ile isnat edilebilirlik ilişkisi tartışılmaktadır. *Hafizoğulları*, failin, suçu işlediği sırada akli melekelerin yerinde olması, işlediği fiilin anlamını, önemini ve sonucunu algılayabilecek durumda olması ile sınırlı tutulacak bir isnat edilebilirliğin kusurluluğun ön şartı sayıldığını ve dolayısıyla hukuki kusur ile ahlaki kusurun çakışmasının savunulmasına karşı çıkmakta, özellikle TCK'nin 4. maddesinde düzenlenen "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" hükmü ele alındığında hukuki kusurun, kanun bilinmediğinde dahi var olduğunun kanıtı olduğunu ve bu nedenle ahlaki kusur ile hukuki kusurun bir tutulamayacağını veya birbirlerinin unsuru olamayacaklarını belirtmektedir. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 245; aynı yönde; TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 203 - 205.

Kanımızca, isnat edilebilirlik fiil değil faile ilişkin bir şart olup failin isnat edilebilir olmaması suçun vücut bulmasına engel değildir; failin cezalandırılabilirliği ile ilgilidir. Isnat yeteneği olmayan kişinin işlediği fiil, yine tipik fiil olma ve ihlal niteliğini taşımaktadır ve fakat kusurlu olmayan bir tipik fiildir. TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 203.

<sup>457</sup> "Kusursuz suç olmaz" ilkesine işaret ettiği Hk. Bkz. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 247; ÖZENBAŞ, Nazmiye, **Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esasları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 390.

### 2.2.4.1.2. Kasta İlişkin Genel Açıklamalar

21. maddeye göre, suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kastın unsurları bilme ve isteme unsurlarıdır.

Bilme unsuru, kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek gerçekleştirmesidir. Kast ile taksiri birbirinden ayıran en önemli unsur olan “bilme”de fail, suçu düzenleyen normlardaki esaslı/ kurucu unsurları bilmeli, buna rağmen hareketini gerçekleştirmelidir.

TCK'nin hatayı düzenleyen 30/ 4 maddesinde de fiilin haksızlık taşıdığı konusunda hataya düşen kişinin bu hatasından faydalanacağı düzenlendiğinden failin, fiilin hukuka aykırılığını<sup>458</sup>, antisosyalliğini<sup>459</sup> de bilmesi gerekmektedir. Tüm bu yönleriyle kast aslında kötü niyetli bir irade özelliği göstermektedir. Öyleyse fail, suçun maddi konusunu, nitelikli hallerini, ağırlaştırıcı nedenlerini, fiilin hukuka aykırı olduğunu ve antisosyalliğini bilmelidir. Hafifletici nedenlerin varlığı, kovuşturma ve cezalandırılabilme şartları ve hukuka uygunluk nedenleri açısından bilme şartı aranmayacaktır<sup>460</sup>.

Failin, bildiği bu hususları gerçekleştirmek için iradesi bulunmalı, o hareketi ve (neticeli suçlarda) neticeyi gerçekleştirmeyi istemelidir. Neticesiz suçlarda ise kanun koyucu ihmalin veya hareketin kendisini, bir netice doğurmasa dahi tehlikeli görerek yaptırma bağladığından, failin yalnızca hareketi bilmesi ve istemesi, kastın gerçekleşmesi için yeterlidir.

Bilhassa doğrudan kastta bilme ve isteme unsurlarının çakışması aranmaktadır<sup>461</sup>. İstemenin ne olduğu, hangi noktadan itibaren mevcut

<sup>458</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 258.

<sup>459</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 220 - 221. Failin, antisosyal bir davranış yaptığını bilmesi gerekmele birlikte fail, kanun hükmünü bilmesine karşın davranışı gerçekleştiriyorsa ve hatta bu davranışın zararlı ve tehlikeli olduğuna inanmıyorsa, yine hata söz konusu olmayacak, failin kastla hareket ettiği kabul edilecektir. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 260.

<sup>460</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 372.

<sup>461</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 372; HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 48, Sayı: 1 - 4, Ankara, 1999, (s. 1 - 14), s. 5. Aksi görüş; istemenin, kastın bir unsuru olmadığı,

sayılacağı konusunda doktrinde tartışılan iki teori, tasavvur ve irade teorileridir. Tasavvur teorisi, failin sonucu tasavvur etmesini, zihninde canlandırmasını, o sonuca niyet etmesini temel alırken, irade teorisi, hareketle netice arasında bir araç ve amaç ilişkisi bulunduğunu, hareketin netice amacı için başvurulması gereken bir araç olduğunu, dolayısıyla failin asıl amacının ve iradesinin netice olduğunu savunmaktadır<sup>462</sup>. Bilhassa tek fiil ile birden çok neticenin gerçekleşmesi hali için günümüzde kabul edilen ölçüt ise rıza ölçütüdür. Buna göre failin, gerçekleşmesi ihtimaline, tehlikesine rıza gösterdiği neticeler açısından isteme unsurunun oluştuğu kabul edilmektedir<sup>463</sup>.

Kanuni tanımında kast, doğrudan kast ve olası (dolaylı, muhtemel) kast olarak ayrılmaktadır. Doğrudan kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi; olası kast ise failin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirebileceğini öngörmesine, muhtemel saymasına rağmen, hareketi ile doğrudan o neticeye yönelmemekle birlikte “gerçekleşirse gerçekleşsin” düşüncesi ile fiili işlemesi halidir. Kanun, olası kast halinde daha az ceza öngörmektedir.

Doğrudan - olası kast ayrımının yanı sıra, kast başka türlere de ayrılmaktadır<sup>464</sup>.

Bunlardan, genel kastta fail, suçun maddi unsurlarını bilmekte ve istemekte iken özel kastta failin belirli bir saikle hareket etmesi gerekmektedir<sup>465</sup>.

---

kişinin, işlediği fiilin sonuçlarını öngörmesinin, bu neticeyi istemese dahi kasıtlı harekete işaret olduğu Hk. ÖZGENÇ, 2018, s. 247.

<sup>462</sup> Ayrıntılı değerlendirme ve eleştiriler için Bkz. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 254 - 256.

<sup>463</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 217; HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 255.

<sup>464</sup> Bu genel ayrımların dışında *Demirbaş*, seçimlik kast ve Weber kastından da söz etmektedir. Buna göre, seçimlik kastta fail, hareketi ile, gerçekleşmesi muhtemel birden fazla neticeyi göze almaktadır, ancak fiili, bu neticelerden ancak birini gerçekleştirmeye yeterlidir. Diğer muhtemel sonucun meydana gelmesi ise fail açısından önem taşımaz. Türk hukuku bağlamında böyle bir kast öngörülmemekle birlikte, buna benzer hususlar fikri içtima bağlamından çözümlenmektedir. Weber kastı ise, nedensellik ilişkileridir. Failin ilk hareketi ile gerçekleştirmek istediği neticenin gerçekleşmediği halde gerçekleştiğini düşünerek ikinci bir hareket daha yapmakta ve netice bu ikinci hareket ile meydana gelmektedir. Örneğin, öldürmek kastıyla hareket eden fail, icra hareketlerini tamamlamasına rağmen kişi ölmemiştir ve fakat fail öldüğü düşünerek ve cesedi ortadan kaldırmak saikiyle kişiyi suya atmaktadır. İlk hareket neticende aslında ölmeyen kişi, suda boğulma sonucunda ölmektedir. Tek suç var kabul edilmektedir. DEMİRBAŞ, 2017, s. 385 - 386.

Ani kast - düşünce kastı ayrımı, failin suçu işlemesi ile hayata geçirmesi arasında bir süre olup olmadığı ile ilgilidir. Fail ani biçimde suçu işliyorsa ani kast, suçu işlemeye karar vermesi ile harekete geçmesi arasında bir süre varsa, tasarlama söz konusudur ve düşünce kastından söz edilecektir.

Failin, hareketi ile olmasını istediği, kanunun koruduğu bir varlığa zarar vermek olabileceği<sup>466</sup> gibi zarar vermeksizin tehlikeye düşürmek de olabilmektedir. Bu halde zarar ve tehlike kastı ayrımı ortaya çıkmaktadır.

Kast ile ilgili bir başka ayrım başlangıç kastı - hem zaman (eş zamanlı olarak oluşan) kast - sonradan oluşan kast ayrımıdır. Hareketin yapıldığı anda var olan kast, başlangıç kastı, hareketin başladığı an ile neticenin ortaya çıkması arasındaki zamanda mevcut olan kast hem zaman kast, hareketin başladığı an ile neticenin ortaya çıkması arasındaki zamanda ortaya çıkan kast ise sonradan oluşan kاست<sup>467</sup>.

#### 2.2.4.1.3. Taksire İlişkin Genel Açıklamalar

Taksir, suçta kusurluluğun bir başka görünüşü olup istisnai niteliktedir. Taksir değerlendirmesi yapılabilmesi için, kanunda o suçun taksirli halinin açıkça cezalandırılmakta olması gerekmektedir.

TCK'nin 22. maddesinde de düzenlendiği üzere, taksirde fail, dikkat (dikkatsizlik) ve özen yükümlülüğünü (tedbirsizlik) yerine getirmeyerek, meslekte ve sanatta acemilik nedeniyle veyahut nizamlara, emirlere talimatlara uymayarak<sup>468</sup> bir hareket yapmakta ve o hareket için suçun kanuni tanımında belirtilen, aslında öngörmesi gereken<sup>469</sup> neticeyi dikkatli ve özenli olmadığı için

<sup>465</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 384; HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 260; TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 222.

<sup>466</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 223.

<sup>467</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 223 - 224; HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 261.

<sup>468</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 399 - 400.

<sup>469</sup> *Hafizoğulları - Özen*, sonucun öngörülebilir ve önlenebilir olduğunun tespiti için model - ajan ölçütüne başvurulacağını belirtmektedir. Bu bağlamda, failin eğitimi, yaşı, fiziki durumu, işbölümü, uzmanlaşma gibi pek çok farklı faktör göz önünde bulundurulacaktır. Somut olay ve fail özelinde daha dar belirlemeler yapılması da

öngörmemektedir. Başka bir ifade ile fail, hareketi istemekte, ancak o hareketin neticesini öngörmemekte ve istememektedir<sup>470</sup>. Bu nedenle taksirli suçlar, kasıtlı suçlara göre daha az antisosyal görülmektedir<sup>471</sup>.

Ceza artırımı sonucunu doğuran bilinçli taksir halinde ise fail, neticeyi öngörmekte ve fakat o neticenin meydana gelmesini istememektedir. Bilinçli taksirde failin neticeyi öngördüğü halde hareketini devam ettirmesi, neticenin gerçekleşmeyeceğine olan inancı<sup>472</sup>, dikkat ve özen yükümlülüklerini yerine getirmediği halde kendine güven beslemesi<sup>473</sup>, yükümlülüklerini getirmiyor olsa da somut olayda o neticenin gerçekleşmeyeceği kanaatini güçlendiren bazı unsurların bulunması<sup>474</sup> gibi hallere bağlanmaktadır. Fail bu gibi nedenlerle öngördüğü neticenin olmayacağını düşünerek hareketi devam ettirmekte ve fakat netice gerçekleşerek suç oluşmaktadır.

Kanun koyucu, taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek cezanın failin kusuruna göre belirleneceğini söyledikten sonra taksirli suçlarda iştirakin olmayacağını kabul etmiştir. TCK'nin 22/ 5 hükmüne göre birden fazla kişinin taksirle suç işlemesi halinde, her fail kendi kusurundan sorumlu olacak ve her failin cezası da kendi kusuruna göre belirlenecektir.

#### 2.2.4.1.4. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suça İlişkin Genel Açıklamalar

Kimi zaman failin hareketi, onun kast ettiği neticenin daha ağır bir halinin veya tümüyle farklı bir neticenin oluşmasına sebep olabilmektedir. Bu halde kişinin

---

mümkündür. Örneğin bir uzman doktorun tıpta uzmanlık alanıyla ilgili model-ajan belirlenmesi gerekecektir. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 272; aynı yönde, TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 236.

<sup>470</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 263; farklı görüş olarak, Akbulut, taksirin sadece netice ile ilişkilendirilmemesi gerektiği, failin suçun diğer unsurların yönünden de taksirli hareket edebileceği bilgisine yer vermektedir. AKBULUT, 2014, s. 433.

<sup>471</sup> AKBULUT, 2014, s. 437.

<sup>472</sup> ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 310.

<sup>473</sup> ÖZGENÇ, İzzet, **Bilinçli Taksir**, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, (Ed. Köksal Bayraktar), Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, (s. 697 - 722), s. 719.

<sup>474</sup> İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1967, s. 194.

ortaya çıkan ağır veya farklı neticeden sorumlu tutulabilmesi için o netice bakımından en azından taksirli olması (ve şüphesiz o neticenin taksirli halinin kanunda düzenlenmiş olması) gerekmektedir. Zira fail, o neticelerden birini öngörürken ve hedeflerken, ağır veyahut farklı biçimde tezahür eden neticeyi öngörmemekte ve istememektedir.

Kanun koyucu her ne kadar, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda bir taksir karinesi getirmiş<sup>475</sup> ise de ispat açısından somut olayda failin, ağır veya farklı netice açısından taksirden daha güçlü olarak bilinçli taksirle mi, olası veya doğrudan kastla mı hareket ettiği de araştırılacaktır<sup>476</sup>. Kaldı ki, bu halde eğer failin olası veya doğrudan kastla hareket ettiği tespit edilecek olursa, taksir karinesi aşılmış olacak ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç oluşmayacaktır.

#### 2.2.4.2. Marka Suçlarında Kusurluluk

TCK'nin 5. maddesi uyarınca, TCK'nin genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacaktır. Bu bağlamda, 6769 sayılı SMK'nin 30. maddesinde düzenlenen suçlardaki kusurluluk da genel hükümler çerçevesinde ele alınmalıdır.

SMK'nin 30/ 1. maddesinde düzenlenen iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu, fail bilerek ve isteyerek işleyebilir. Buradaki bilme ve isteme unsurları, failin, ürettiği veya sunduğu, satışı arz ettiği veya sattığı, ithal ya da ihraç ettiği, ticari amaçla satın aldığı, bulundurduğu, naklettiği veya depoladığı malın veya hizmetin aslında tescil koruması altındaki bir marka olduğunu ve kullandığı işaretin de o işaret ile iktibasta aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer, iltibasta ise benzer olduğunu bilmesi şeklinde

<sup>475</sup> *Hafizoğulları - Özen*, bu karinenin aksi ispat edilemeyecek bir taksir karinesi olduğunu ve failin, beklenmeyen hal ve mücbir sebep halleri dışında, dikkat ve özen gösterdiğini ispat ederek cezai sorumluluktan kurtulma olanağı kalmadığını belirtmektedir. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 289.

<sup>476</sup> AKBULUT, 2014, s. 456; ÖZGENÇ, 2006, s. 300 - 301.S

kendini göstermektedir<sup>477</sup>. Suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden taksirle işlenmesi mümkün değildir.

*Güneş*, kast konusunda, tanınmamış, yaygın bilinmeyen markalar konusunda farklı bir görüş getirmektedir. Sadece satış yapan kişilerin, sattıkları ürünün, iktibas veya iltibas edilmiş tescilli bir marka olduğunu bilemeyebileceklerini, bu halde, failin malın ve markanın durumunu, niteliğini, kaynağını, fatura, irsaliye ve benzeri vergisel kayıtlarını bilebilecek durumda olup olmadığı gibi somut olayın özelliklerine bakılması gerektiğini söylemektedir<sup>478</sup>. Ancak böyle bir değerlendirmenin marka suçlarının dahil oldukları kusurluluk açısından farklı bir sonuç yaratmayacağı düşünülmektedir. Zira bu halde de yapılan, failin suç işlerken kusurluluk açısından bilme ve isteme unsurlarını taşıyor olup olmadığının tespiti ve dolayısıyla kastla hareket edip etmediğinin belirlenmesidir. Bu değerlendirmenin sonunda doğrudan kastla hareket etmediği kanaatine varılması halinde zaten suçun taksirli hali düzenlenmediğinden suçun gerçekleşmediği yönünde karar verilecek ve faile ceza verilmeyecektir. Öyleyse araştırılan, yine kastın varlığı veya yokluğudur.

Olası kastta fail, hareketi ile doğrudan o neticeye yönelmemekle birlikte “gerçekleşirse gerçekleşsin” düşüncesi ile fiili işlemekte, başka bir deyişle bir netice öngörmektedir. Marka hakkına tecavüz suçu ise neticesiz/ sırf hareket suçu olduğundan olası kastla işlenmesi mümkün görülmemektedir<sup>479</sup>. Failin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz fiillerini o işaretin tescilli olabileceğinden şüphe etmesine rağmen işlemesi halinde somut olaya göre olası kast yerine hata kurumunun gündeme gelebileceği tarafımızca değerlendirilmektedir.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, diğer kast türleri açısından, failin suçun maddi unsurlarını bilmesi ve istemesi yeterli olduğundan

<sup>477</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 156.

<sup>478</sup> GÜNEŞ, İlhami, **Sınai Mülkiyet Suçlarının Soruşturma ve Kovuşturmasına İlişkin Ortak Özellikler**, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Sayı: 11, İstanbul, 2007, (s. 627 - 649), s. 631.

<sup>479</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2016, s. 64 - 65 ve 68.

genel kastla<sup>480</sup>; ticari amaçla satın alma, bulundurma, nakletme depolama hareketleri açısından özel kastla; suçu işlemesi ile hayata geçirmesi arasında bir süre olması da olmaması da mümkün olduğundan hem ani kastla, hem de düşünce kastıyla işlenebilir.

Suç, neticesiz suç (sırf hareket suçu) olduğundan, suçun oluşması için hareketin yapılması yeterli olup dış dünyada ayrıca bir netice doğurması gerekmemektedir. Öyleyse iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu açısından başlangıç kastı - hem zaman (eş zamanlı olarak oluşan) kast - sonradan oluşan kast ile zarar ve tehlike kastı değerlendirmesi yapılamayacaktır.

#### 2.2.4.3. “Ticari Amaç” Saiki

Amaç/ saik faili harekete geçiren, failin hareketine yol açan<sup>481</sup>, kasttan önce gelen düşüncedir<sup>482</sup>.

Amaç, suçun unsurlarından biri değildir. Ancak kanun koyucu bazı suçlarda birtakım amaçlara suçun veya nitelikli şeklinin bir unsuru olarak yer verebilmektedir. Örneğin, marka hakkına tecavüz suçunda “ticari amaçla satın alma, bulundurma, nakletme veya depolama” eylemleri açısından “ticari amaç” unsurunu getirirken, insan öldürme suçunun kan gütme veya töre saikiyle işlenmesini ağırlaştırıcı neden olarak öngörmektedir. Yargıtay ise amacı, bazı kararlarında özel kast olarak, bazı kararlarında ise özel kasttan ayrı bir başlık olarak değerlendirmektedir<sup>483</sup>.

<sup>480</sup> Bunun istisnası yine aynı madde metninde yer alan “ticari amaçla satın alma, bulundurma, nakletme veya depolama” eylemleri oluşturmaktadır. Buradaki ticari amaç, aşağıdaki başlıklarda açıklanmaktadır.

<sup>481</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 378.

<sup>482</sup> OZANSÜ, Mehmet Cemil,  **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 135; ÖZGENÇ, 2018, 302.

<sup>483</sup> Örneğin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 02.03.1992 tarih ve E. 1992/ 9-38, K. 1992/ 61; 17.02.1986 tarih ve 1986/ 4-431, K. 1986/ 48 sayılı kararlarında özel kasta vurgu yapılırken, 16. Ceza Dairesi'nin 20.11.2017 tarih ve E. 2017/ 2426, K. 2017/ 5373 sayılı kararında, TCK 265. maddesi kapsamındaki kamu görevlisine karşı görevini



Amacın, kanun metninde ayrıca belirtilmediği hallerde de hâkim cezayı belirlerken, TCK'nin 61/ 1 - (g) bendi uyarınca failin güttüğü amaç ve saiki de göz önüne alacaktır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında da belirtildiği üzere amaç, suçun unsurunu oluşturuyor ise temel cezanın belirlenmesinde ayrıca dikkate alınmayacaktır. SMK'nin 30/ 1 maddesinin aksine mülga 556 sayılı KHK döneminde 61/ A/ 1 maddesinde düzenlenen iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda ticari amaç unsurundan söz edilmemiştir. Bu nedenle, mülga KHK dönemindeki yargı kararlarında Yargıtay'ın marka hakkına tecavüz suçu için de TCK'nin 61/ 1 - (g) bendi uyarınca failin güttüğü amaç ve saiki genel kapsamda dikkate alarak cezayı belirleme yoluna gittiği görülmektedir<sup>484</sup>.

SMK'nin 30/ 1 maddesinin ihlali için, fail, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz ederek gerçekleştireceği satın alma, bulundurma, nakletme veya depolama eylemlerini ticari amaçla yapmalıdır.

Ticaret hukukunda da bilindiği üzere, ticaret hayatının aktörlerinin (bilhassa sermaye şirketlerinin) amacı, kazanç ve kâr elde etmektedir. Faaliyetlerin sonunda kazanç veya kâr elde edilip edilememesi, faaliyetin amacını değiştirmez. Marka hakkına tecavüz suçu bakımından da satın alma, bulundurma, nakletme veya depolama eylemlerinin kazanç temin etmek amacıyla yapılması gerekmektedir. Ticari amacın tespitine yönelik kanunda açık bir yöntem getirilmesi, hayatın olağan koşullarına ve ticaret hayatının dinamiklerine uygun olmayacağı için, böyle bir düzenleme bulunmamakta olup hâkim, somut olaya göre failin fiilinin ticari amaç taşıyıp taşımadığını tespit edecektir. *Başbüyük*, ürünlerin sayısının, çeşitliliğinin, muhafaza edilmesinin ve failinin daha önce böyle bir eyleminin bulunup bulunmadığının, başka bir ifade ile sicilinin, piyasada müşteri arama, gelir elde etme girişimlerinin ticari amacın tespiti konusunda temel alınabilecek unsurlar olduğunu belirtmektedir<sup>485</sup>.

---

yaptırmamak amacıyla direnme suçunun genel kastla ve kamu görevlisine görevini yapmasını engellemek saikiyle işlenebilen bir suç olduğu açıklaması yapılmıştır.

<sup>484</sup> Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 14.12.2017 tarih ve E. 2016/ 7854, K. 2017/ 11079 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>485</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 159 - 160.

*Başbüyük*'ün saydığı hususlar örnek kabilinden olup hakim şüphesiz, somut olaya göre değerlendirme yapacaktır. Bu açıdan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2014 tarihli bir kararı ilgi çekicidir<sup>486</sup>. Daire, “*dava dışı (...) Lojistik firmasının kendi internet sitesinin bulunduğu, dava konusu sitede alan adının (...) Lojistik firmasına ait olduğunun belirtilmesi karşısında dava konusu alan adı ile dava dışı firma arasında irtibat bulunduğu ve karıştırılma ihtimalinin doğduğu, ticari amaçla alınan alan adlarında "com." ibaresinin kullanıldığı da dikkate alındığında, dava konusu alan adının ticari amaçlı kullanılmak üzere alındığının anlaşıldığı, buna göre ticari etki yaratacak şekilde kullanım koşulunun oluştuğu anlaşılmaktadır*” diyerek “com.” uzantılı web adresi alınmış olmasını ticari kullanıma delil kabul etmiştir.

Birinci Kısım'da da izah edildiği üzere, marka hakkına tecavüz fiillerinin ceza hukuku eliyle korunmasının en önemli nedenlerinden biri marka hakkının sahip olduğu ekonomik değer ve piyasanın korunmasıdır. Bu ekonomik değer, ticari hayatın bir parçası olarak hem tek tek bireyler, hem de ulusal ve küresel piyasalar bakımından ortaya çıkmaktadır. Öyleyse kanun koyucunun marka hakkına tecavüz suçunun vücut bulması için satın alma, bulundurma, nakletme veya depolama eylemleri için ticari amaçla hareket edilmesi şartını araması anlaşılırdır.

Buna karşın yine madde lafzından hareketle failin, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz ederek gerçekleştireceği mal üretme veya hizmet sunma, satışa arz etme veya satma, ithal ya da ihraç etme eylemlerinde ise ticari amaç gütmemesi aranmamaktadır.

SMK'nin 7/ 3 maddesinde “*işaretin ticaret alanında kullanılması*” ve 29/ 1 - (c) maddesinde ise ürünleri “*başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak*”, “*ticari amaçla elde bulundurmak*” fiillerinden söz edilmektedir. Bu doğrultuda, ticari amaç unsurunun tüm fiilleri kapsayabileceği düşünülebilir. Ceza normu olan 30/ 1 maddesinde, satın alma, bulundurma, nakletme veya depolama fiillerinin aksine, mal üretme veya hizmet sunma, satışa arz etme veya satma, ithal ya da

<sup>486</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 02.12.2014 tarih ve E. 2014/ 10178, K. 2014/ 18794 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

ihraç etme fiilleri açısından ticari amacın arandığı belirtilmemiştir. Kanımızca kanunilik ilkesi gereğince, bu fiiller için 7/ 3 ve 29/ 1 - (c) maddesine atıf kurarak ticari amaç aranması mümkün değildir.

#### 2.2.4.4. Hata

Hata, kişinin yanılması, bilmeden ve istemeden bir eylemde bulunmasıdır. Hata, kast ve taksiri ortadan kaldırmaktadır<sup>487</sup>.

Hata, hukuki ve fiili hata olarak ayrılmakta olup bu haller TCK'de 30. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmeyen bir kimse, hataya düşmüş sayılır ve fakat bu hata tam bir sorumsuzluk hali yaratmaz. Kişi sadece kasten hareket etmiş sayılmaz. Şayet, suçun taksirli hali kanunda düzenlenmiş ise bundan sorumlu olacaktır.

Fail, bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşebilir ve bu hatasından yararlanacaktır<sup>488</sup>.

Kişinin ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi de söz konusu olabilmektedir. Bu fıkraya hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşülmesi hali de dahildir. Özellikle iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu söz konusu olduğunda, hukuka uygunluk nedenlerinde hata konusu önem arz etmektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın etkisi, esaslı olup olmadığına göre değişmektedir<sup>489</sup>. Failin hatası esaslı nitelikteyse, başka bir ifade ile, hatanın ortaya çıkışında faile bir kusur izafe edilemiyorsa<sup>490</sup>, fail kaçınılmaz biçimde<sup>491</sup>,

<sup>487</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 294.

<sup>488</sup> Örneğin, öldürdüğü kişinin annesi olduğunu bilmiyor ise, üst soy açısından söz konusu olan ağırlaştırıcı neden kendisine uygulanmayacaktır.

<sup>489</sup> Hukuka uygunluk nedenlerinde hata, hukuka uygunluk nedeninin varlığında yanılma, maddi şartlarında yanılma, sınırın aşılmasında yanılma biçimlerinde kendini gösterebilmektedir. Ayrıntılı değerlendirme için Bkz. DEĞİRMENCİ, 2014, s. 166 - 181.

<sup>490</sup> ALACAKAPTAN, 1975, s. 99.

<sup>491</sup> TCK'nin 30/ 3 maddesinde ilk iki fıkradan farklı olarak "kaçınılmaz hataya düşmek"ten söz edilmiştir. Bununla kastedilen, failin, kendi kusuru ile hataya düşmesi

ortada bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu zannederek fiili işlediyse bu hatasından yararlanacaktır.

İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz. Fail, fiilin, haksızlık olup olmadığı konusunda hatalı değerlendirmede bulunmakta ve fakat fiilinde suç açısından kast ile hareket ettiği söylenebilecek ise de aslında o fiilin haksızlık oluşturmadığını, mevcut hukuk düzeninde meşru olduğunu düşünmektedir. Bu hatasından yararlanacak ve cezalandırılmayacaktır.

TCK'nin hataya ilişkin genel hükmü, SMK'nin 30/ 1 maddesinde düzenlenen iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda da uygulanacak, marka hakkına tecavüz suçunun faili de, belirtilen hallerde hatasından faydalanacaktır.

---

*(biraz daha dikkatli ve özenli olsaydı saldırının olmadığını anlayabilecek miydi?)* halidir. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 300. Hatanın kaçınılabilirliği ise, failin, somut olaya, yaşam deneyimlerine, bilgisine, sosyal çevresine, mesleğine, kişilik durumuna, eğitimine göre hataya düşmemek için gerekli çabayı göstermesine göre değerlendirilir. ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 341 - 343; DEĞİRMENCİ, 2014, s. 146 - 147.

### 2.3. MARKA KORUMASI OLDUĞUNU BELİRTEN BİR İŞARETİ MAL VEYA AMBALAJ ÜZERİNDEN YETKİSİ OLMADAN KALDIRMA SUÇU

SMK'nin 30/ 2 maddesinde marka koruması olduğunu belirten bir işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma suÇu ve yaptırımını düzenlenmiştir.

6769 sayılı SMK'nin 30/ 2 maddesinde düzenlenen marka koruması olduğunu belirten bir işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma suÇu, mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'nda düzenlenmemiş, mülga 556 sayılı KHK'nin 4128 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile KHK'ye eklenen 61/ A maddesinin (a) bendinde,

*“Marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıranlar (...) hakkında bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına ve üçyüz milyondan altıyüz milyon liraya kadar para cezasına hükmolunur”* şeklinde düzenlenmiş, daha sonra 5194 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile yeniden düzenlenen 61/ A maddesinin (a) bendinde,

*“Marka koruması olan bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıranlar (...) hakkında, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına veya ondörtmilyar liradan yirmiyedimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine hükmolunur”* denilmiş, en nihayetinde 5833 sayılı Kanun ile

*“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”* denilerek yürürlükteki 6769 sayılı SMK'nin 30/ 2 maddesi hükmüne en yakın düzenleme getirilmiştir.

SMK'nin 30/ 2 maddesi ile ise,

*“Marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldıran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli*

*para cezası ile cezalandırılır*” hükmü kabul edilmiş olup bu başlığın konusunu oluşturan marka hakkına tecavüz suçu yaptırıma bağlanmıştır.

Türk hukukunda bu işaretlerin kullanım zorunluluğuna, kullanım şartlarına veyahut usulüne ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla marka sahibi, bu işaretleri kullanıp kullanmamakta serbesttir. Ancak kullanmayı tercih etmesi halinde, bu kullanıma yönelik bir ihlal gerçekleşirse cezai korumadan da yararlanacaktır.

### 2.3.1. Fiil

Marka koruması olduğunu belirten bir işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma suçunun vücut bulabilmesi için,

- a) Marka koruması olduğunu belirten bir işaret olmalı,
- b) Bu işaret ürün veya ambalajın üzerinde kullanılmalı,
- c) İşareti mal veya ambalajın üzerinde kullanan kişi, bu işareti kullanmaya yetkili kimse olmalı,
- d) İşareti kaldıran fail, bu işareti kaldırmaya yetkisiz kişi olmalıdır.

Marka koruması işareti, ürünün veya ambalajının üzerine konulan ve koruma altında olduğunu gösteren bir işarettir. “Trade Mark (Ticaret Markası)” anlamına gelen “™”, “Service Mark (Hizmet Markası)” anlamına gelen “SM” ve “Registered (Müsecel, Tescilli)” anlamına gelen “®” marka koruması işaretleridir<sup>492</sup>. ™ ve SM henüz başvuru süreci devam etmekte iken kullanılırken, ® ise (ticaret veya hizmet markası ayrımı olmaksızın) işaret tescil edildikten sonra kullanılmaktadır<sup>493</sup>. İşaretler bu sayılanlarla sınırlı değildir. Ulusal veya uluslararası alanda marka koruması işareti olarak kullanılan başkaca işaretlerin

<sup>492</sup> Örneğin “©” de “Copyright (Telif Hakkı)” için kullanılan işarettir.

<sup>493</sup> DEMİRKAYA, Mustafa, **Marka Üzerinde Kullanılan İşaretler Neyi İfade Eder?**, [http://www.gidamarka.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1661:marka-inde-kullan-r-tm-sm-itleri-neyi-ifade-eder&catid=40:mustafa-demkaya&Itemid=73](http://www.gidamarka.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1661:marka-inde-kullan-r-tm-sm-itleri-neyi-ifade-eder&catid=40:mustafa-demkaya&Itemid=73)

veya numaraların da bulunması mümkündür<sup>494</sup>. Bu işaretler, tescilin, markanın sahibi tarafından kullanıldığıнын bir tür ilan gibi değerlendirilmektedir.

İfadelerin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. “*Tescilli müseccel bir markadır*”, “*Tescilli markadır*”, “*X adına tescillidir*” gibi ifadelerin kaldırılması halinde de marka koruması işaretinin mi kaldırılmış sayılacağı belirsizdir. *Başbüyük*, bu ifadelerin, işaret olmadıklarından bu suçun oluşmayacağını ifade etmektedir. Bununla birlikte SMK'nin kabulü ve yürürlüğünden önce, 2006 yılında hazırlanan Markalar Kanunu Taslağı'nda bu suçun, “*Tescilli bir marka sahibi olmadığı halde, tescilli bir marka sahibi olduğu anlamına gelecek yazı, işaret veya ifadeleri kullanan kişi*” şeklinde düzenlenerek ifadelerin ve yazıların da eklenmesi önerisi getirilmiş idi. Ancak 6769 sayılı SMK'de böyle bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle yalnızca işaret niteliğindeki göstergelerin yetkisiz kaldırılması halinde suçun oluşacağı değerlendirilmektedir.

İşaretin, ürün ve/ veya ambalaj üzerinde kullanılması gerekmektedir. İfade ve yazıya ilişkin açıklamalarımız ile bağlantılı olarak, işaretin, evrak üzerinde, fiyat kataloglarında veyahut web sitesinden<sup>495</sup> kaldırılması halinde suç oluşmayacaktır. İşaret, eşyanın veya ambalajının üzerinde, markanın koruma altında olduğunu göstermeye yetecek biçimde bulunmalıdır. Bu nedenle, somut olaya göre, ürünün veya ambalajın ilk bakışta görülmeyecek bir yerine konulan işaretin yetkisiz kişi tarafından kaldırılması halinde suç oluşmayabilecektir<sup>496</sup>.

İşareti mal veya ambalajın üzerinde kullanan kişi, bu işareti kullanmaya yetkili kimse olmalıdır<sup>497</sup>. Değindiği üzere, Türk hukukunda marka koruması işaretlerinin kullanımı konusunda bir zorunluluk veyahut bu yönde özel bir düzenleme mevcut değildir ve fakat her bir işaretin taşıdığı anlam doğrultusunda bir kullanılma şekli ve özelliği bulunmaktadır. ™ ve SM de henüz tescil süreci tamamlanmamış iken, ® de artık tescil gerçekleşmiştir. Öyleyse,

<sup>494</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 194.

<sup>495</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 197.

<sup>496</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 198.

<sup>497</sup> TEKİNALP, 2012, s. 519.

henüz tescil edilmemiş bir marka için ® işaretinin kullanılması doğru değildir. Marka koruması olduğunu belirten bir işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma suçunun oluşabilmesi için, marka sahibi, yetkisiz kimse tarafından kaldırılan suça konu işaretin gereğini yerine getirmiş, örneğin ® işaretini kullanabilmek için markayı adına tescil ettirmiş olmalıdır.

Son olarak, işareti kaldıran fail, bu işareti kaldırmaya yetkisiz kişi olmalıdır. Bu yönüyle, suçun faili herkes olabilir<sup>498</sup>.

Suçtaki hareket ise “kaldırmak” davranışıdır. Marka koruması işaretinin, kullanıldığı mal veya ambalaj üzerindeki varlığına herhangi bir şekilde son vermeye yönelik her hareket kaldırma sayılacaktır<sup>499</sup>. Bu kazıma, yırtma, boyama, karalama, üzerine başka bir şey yapıştırma gibi pek çok ve sınırlı sayıda olmayan biçimlerde yapılabilir.

### 2.3.2. Hukuka Aykırılık

Genel hükümlerde açıklanan hukuka uygunluk nedenleri marka koruması olduğunu belirten bir işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma suçunda da söz konusu olacaktır.

Hakkın kullanılması hususunu ise ayrıca açıklamak gerekmektedir. Malın mülkiyetini edinen tüketicinin, aldığı malı boyayarak, ambalajını parçalayarak ya da kazıyarak işareti kaldırması suça vücut vermeyecektir. Zira, kişi, mülkiyet hakkı sayesinde mal üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma hakkını haizdir<sup>500</sup>.

### 2.3.3. Kusurluluk

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda olduğu gibi, marka koruması olduğunu belirten bir işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi

<sup>498</sup> NOYAN - GÜNEŞ, 2015, s. 1090.

<sup>499</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 198.

<sup>500</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 200; AYDIN, 2003, s. 80; BAĞCI, Gamze, **Marka Suçları**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.



olmadan kaldırma suçunda da kusurluluğun esası kasttır. Fail, işaretin marka koruması olduğunu bilmeli ve işareti kaldırmayı istemelidir. Kanun, suçun taksirli şeklini suç olarak düzenlemediğinden taksirle işlenemez. İşaretin, marka korumasını olduğunu bilmeden veya bildiği halde kaldırmayı istemeden sehven işlenen fiiller açısından TCK'nin hata hükmü devreye girebilecektir<sup>501</sup>.

---

<sup>501</sup> AYDIN, 2003, s. 80; BAŞBÜYÜK, 2018, s. 199.

## 2.4. YETKİSİ OLMADIĞI HALDE BAŞKASINA AİT MARKA HAKKI ÜZERİNDE DEVRETMEK, LİSANS VE REHİN VERMEK SURETİYLE TASARRUFTA BULUNMA SUÇU

SMK'nin 30/ 3 maddesinde yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunan kişinin bu fiili cezalandırılmaktadır.

Fikri/ sınai mülkiyetin bir türü olarak nitelendirilebilecek marka hakkı, sahibine, münhasır tasarruf yetkilerini tanır. Marka hakkı sahibi bu sayede marka üzerinde her türlü tasarruf ve taahhüt işlemi bulabilecektir. Bu yetkiler, SMK'nin 148. maddesinde de tekrar edilerek sınai mülkiyet hakkının, devredilebileceği, miras yolu ile intikal edebileceği, lisans konusu olabileceği, rehin verilebileceği, teminat olarak gösterilebileceği, haczedilebileceği veya diğer hukuki işlemlere konu olabileceği, bu hukuki işlemlerin işletmeden bağımsız olarak marka sahibi tarafından gerçekleştirilebileceği hükme bağlanmıştır. Şüphesiz, marka hakkıyla ilgili olarak yapılabilecek işlemler, salt 148. maddede sayılan şekilde sınırlı sayıda olmayıp marka hakkı sahibinin sözleşme serbestisi bağlamında pek çok başka işleme konu olması da mümkündür<sup>502</sup>. Örneğin, bir adi veya ticaret ortaklığına sermaye olarak konulabilir; hasılat kirasına, intifa hakkına konu olabilir<sup>503</sup>.

Kimi özel kanunlarda sınai hakların konu olamayacakları alanlar belirtilmiştir. Buna örnek olarak, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 19/ 1 maddesi verilebilir. Bu maddeye göre, bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmış nüshaları hariç olmak üzere patent gibi fikrî ve sınai haklar finansal kiralama sözleşmesine konu olamayacaktır.

Mülkiyet hakkının tanıdığı ve sözleşme serbestisi bağlamında yapılacak tüm bu işlemlerden devretme, lisans verme ve rehin verme işlemlerinin yetkisi olmayan kişilerce yapılması ise, 30/ 3 maddesinde suç olarak düzenlenmiştir.

<sup>502</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 200.

<sup>503</sup> TEKİNALP, 2012, s. 462.

### 2.4.1. Fiil

SMK'nin 30/ 3 maddesinde düzenlenen yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma eylemi, mülga 556 sayılı KHK'ye 1995 yılında 4128 sayılı Kanun ile eklenen 61/ A - (b) bendinde,

*“Mevcut olmadığını veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu Kanun Hükümünde Kararname'nin devir, intikal, rehin ve haciz ile ilgili maddelerinde yazılı haklardan birini veya bu hakla ilgili lisansı başkasına devreden, veren, rehneden, bu haklarla ilgili herhangi bir tasarrufta bulunanlar...”,* şeklinde düzenlenmekte idi.

Görüldüğü üzere, bu düzenleme ile hem “bilmek” ve “bilmesi gerekme” denilerek kastın sınırları medeni hukuktaki iyi niyet kuralına benzer biçimde genişletilmiş; hem de devir, lisans, rehin gibi birkaç işlem örneği sayılmakla beraber maddenin sonunda “herhangi bir tasarrufta bulunanlar” denilerek her türlü hukuki işlemin suça konu olabileceği kabul edilmiş idi.

Bu madde, 2009 yılında 5833 sayılı Kanun ile;

*“Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulun(ma)”* şeklini almış, devir, rehin ve lisans vermenin yanı sıra satma fiiline de yer verilmiş idi.

SMK'nin 30/ 3 maddesinde ise “satma” fiili suç hareketi olarak düzenlenmemiş, marka hakkı üzerinde yetkisiz biçimde “herhangi bir tasarrufta bulunmak” ile başlayan suç kapsamı gittikçe daraltılarak 30/ 3 maddesi ile “*devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunmak*” ile sınırlandırılmıştır<sup>504</sup>.

<sup>504</sup> ÇAĞLAR, Hayrettin, **Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Ocak 2017, (s. 139 - 154), <https://www.jurix.com.tr/article/7528>.

#### 2.4.1.1. Hareket

Suç, yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunmaktır.

Bu doğrultuda suçun vücut bulabilmesi için,

- a) Tescilli ve geçerliliği devam eden bir marka olmalı,
- b) Marka hakkı üzerinde belirtilen şekillerde tasarrufta bulunan kişi, marka hakkı sahibi/ sahiplerinden veya marka hakkı sahibi tarafından yetkilendirilmiş kişilerden olmamalı,
- c) Bu tasarruflar, devir, rehin ve/ veya lisans vermek şeklinde olmalıdır.

Marka sahibinin marka hakkı, hukuken mevcut olmalıdır. Başka bir ifade ile, marka TÜRK PATENT nezdinde tescilli olmalı, koruma süresi sona ermemiş olmalı veya hükümsüz olmamalıdır<sup>505</sup>.

Marka hakkı üzerindeki işlemler, marka hakkı sahibi/ sahiplerinden veya marka hakkı sahibi tarafından yetkilendirilmiş kişilerden olmamalıdır. Ancak buradaki “marka hakkı sahiplerinden” ibaresinin karışıklık yaratmaması adına şu açıklamayı yapmak gerekmektedir. Bazı durumlarda kişi, marka hakkı sahibi/ sahiplerinden olsa dahi tasarrufta bulunma yetkisini taşımayabilmektedir. Buna miras ortaklığı örnek verilebilir<sup>506</sup>. Marka hakkının da dahil olduğu tereke üzerinde miras ortaklarının hakkı, paylı mülkiyet veya el birliği mülkiyet şeklinde olabilmektedir. Paylı mülkiyet olması halinde, pay sahibi olan mirasçının, diğerlerinin payları üzerindeki işlemleri, el birliği mülkiyeti olması halinde ise, mirasçılardan herhangi birinin (bir pay belirlemesi söz konusu olmaksızın) hakkın tümü üzerindeki tasarrufu, yetkisiz tasarruf olacaktır. O mirasçının da marka hakkı sahiplerinden olması yetkisiz olduğunu değiştirmemektedir. Bu halde de suçun mağduru, marka hakkının diğer (mirasçı) sahipleridir.

<sup>505</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 203; NOYAN - GÜNEŞ, 2015, s. 1090.

<sup>506</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 202; NOYAN - GÜNEŞ, 2015, s. 1090.

SMK'nin 30/ 3. maddesinden öngörülen suç seçimlik hareketlidir. Yetkisi olmayan kişi, başkasına ait marka hakkı üzerinde devretme, lisans verme veya rehin verme hareketlerinden herhangi birini veya hepsinin aynı kasta dayalı olarak aynı zaman dilimi içerisinde gerçekleştirdiğinde suç oluşmaktadır.

Yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçunun, Anayasa'nın "*Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz*" hükmünü amir 38/ 8. maddesine aykırılık teşkil ettiği, zira bu halde sözleşmeden doğan bir ihlal nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza öngörüldüğü ileri sürülmektedir<sup>507</sup>. Karşı olan görüşe göre ise, burada cezalandırılan sözleşmeye aykırılık değil, sözleşmenin kuruluşundaki bir hile veya dolandırıcılık mahiyetindeki eylemdir. Kaldı ki, bir hukuka aykırılığın hem sözleşmeye aykırılık, hem de haksız fiil, hem de suç teşkil etmesi mümkündür<sup>508</sup>. Bu nedenle, kanımızca ikinci görüşe uygun surette, yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçu, sözleşmeden doğan yükümlülük nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülen bir hal olarak kabul edilmemelidir.

Bu çerçevede, marka hakkı üzerinde gerçekleştirilecek devir, rehin ve lisans işlemleri temel özellikleri ile açıklanmalıdır.

#### 2.4.1.1.1. Devretmek

Marka hakkı, gayri maddi bir varlık üzerinde kurulan ve bir mutlak hak olarak özel bir tür mülkiyet hakkı yaratan, devren de kazanılabilen bir haktır<sup>509</sup>. Devredilen hak, söz konusu fikri/ sınai haktır.

SMK'nin 148/ 6. maddesi uyarınca, devrin, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü için veya kısmen olması mümkündür. Marka hakkı sahibi,

<sup>507</sup> KESKİN, 2003, s. 124.

<sup>508</sup> TOPÇU, 2007, s. 103; BAŞBÜYÜK, 2018, s. 75.

<sup>509</sup> ÖZSUNAY, Ergun, **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Baskı, İstanbul, 1986, s. 284.

birden çok alan için tescil ettirdiği markasını, bu alanlardan biriyle sınırlı olarak devredebilmektedir<sup>510</sup>. Devirde, markayı devralan kişi adına yeni bir tescil belgesi düzenleniyor<sup>511</sup> ise de, bu kişinin marka korumasından yararlanması bu yeni tescil belgesi ile değil, devreden marka sahibinin marka korumasının başladığı, önceki tarihten itibaren başlamaktadır<sup>512</sup>. Bu husus devralan için, özellikle koruma süresinin bitiminin takibi açısından önem taşımaktadır.

Kanun'un 148/ 4. fıkrasında, devir sözleşmesinin şekil şartına yer verilmiştir. Buna göre, devir sözleşmesinin yazılı olarak ve noter onayı<sup>513</sup> ile yapılması geçerlilik koşuludur. SMK'de, marka devir sözleşmesi konusunda her ne kadar bir içerik öngörülmemiş ise de, sözleşmenin, devredilen markanın ne olduğuna, hangi mal ve hizmet sınıflarında ve gruplarında devrin gerçekleştiğine ilişkin hususlar<sup>514</sup> ile 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 92. maddesinde onaylama noter işlemleri için öngörülen unsurları içermesi gerekmektedir.

Devir sözleşmesinin imzalanmasından ve noter onayından sonra, devir işlemi TÜRKPATENT nezdinde sicile kaydedilmektedir. 148/ 7. hükmü gereğince garanti markası veya ortak markanın devri için bu tescil kurucu, nitelikteyken, diğer markalar açısından bildirici mahiyettedir. Diğer bir deyişle, garanti markası veya ortak markanın devri için sözleşmenin imzalanması ve ardından sicile kayıt zorunlu olup hak ancak böyle devrolacaktır. Diğer markalar açısından ise marka hakkının devri için sözleşme aşamasının tamamlanması yeterlidir, hakkın devri için ayrıca sicile kayıt gerekmemektedir. Bu markalar için sicile kayıt, sicile güven ilkesinin uygulanması bakımından önemlidir. Zira SMK'nin 41/ 2. maddesinde de ifade edildiği gibi sicil alenidir. Devrin bildirici olduğu hallerde,

<sup>510</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s.

<sup>511</sup> ÜNAL, Mücahit, **Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 47.

<sup>512</sup> ASLANTAŞ, Zerrin, **Markanın Devri**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Programı, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011, s. 55.

<sup>513</sup> 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 90 - 93. maddelerinde de açıklandığı üzere, noterin onaylama işlemleri, hukuki işlemlerin altındaki imzanın onaylanması imzayı atan şahsa ait olduğunun bir şerhle belgelendirilmesi şeklinde yapılır. Bunun için, imzanın noter huzurunda atılması veya kendisine ait olduğunun ilgili tarafından kabulü ile gereklidir. İşlemin, mühür, tarih, parmak izi veya imza yerine geçen el işaretinin noter tarafından onaylanması ile de yapılması mümkündür.

<sup>514</sup> TEKİNALP, 2012, s. 464.

sicile kaydolmamış olması, tarafların sahip oldukları hakkı, sicile güvenerek işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürememeleri sonucunu doğuracaktır<sup>515</sup>. Keza, 148/ 5. hükmü ile de işverenin buluşa ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan hakların iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir.

Ayrıca, garanti markası ve ortak marka dışındaki diğer markalar açısından her ne kadar tescilin açıklayıcı olduğu vurgulansa da, markayı devralan ve fakat sicile tescil ettirmeyen yeni hak sahibi o markayı tekrar bir başkasına devredemeyecek, üzerinde rehin, lisans veya sair haklarını kuramayacaktır<sup>516</sup>. Öyleyse (teoride, bildirici nitelikte olan) tescil, hakların layığıyla kullanımı açısından uygulamada aslında zorunluluk olarak var olmaktadır.

Şekil koşulları ve sicil ile ilgili hususlar, yetkisi olmayan fail tarafından başkasına ait marka hakkı üzerinde devretme işleminin gerçekleştirilmesi konusunda değerlendirildiğinde, garanti ve ortak markalar için suçun, sözleşmenin yapılmasından sonra sicile tescil ile, diğer markalar açısından ise sözleşmenin yapılması ile gerçekleşeceği görülmektedir.

Devrin ivazlı veya ivazsız olması, suçun oluşması için önemli değildir. Gerek ivazlı bir sözleşme olan satım sözleşmesi, gerekse ivazsız bir sözleşme olan bağış sözleşmesi olsun<sup>517</sup>, ivaz aranmaksızın, mutlak mülkiyet hakkının devri sonucunu doğuran her türlü sözleşme suça vücut verebilecektir.

SMK'nin 148 ve TTK'nin 11/ 3. maddesi bir arada değerlendirildiğinde, sınai mülkiyet hakkının ticari işletme malvarlığı bünyesinde olduğu, işletme ile birlikte veya işletmeden ayrı olarak devredilebildiği anlaşılmaktadır. Burada sözü edilen işletme devrine, birleşme<sup>518</sup> ve devralma halleri de dahildir<sup>519</sup>.

<sup>515</sup> ARKAN, 2017, s. 315; TEKİNALP, 2012, s. 464.

<sup>516</sup> NOYAN - GÜNEŞ, 2015, s. 1091; AYDIN, 2003, s. 84.

<sup>517</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 206.

<sup>518</sup> 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi gereğince bazı birleşme ve devralmaların Rekabet Kurulu'na bildirilerek Kurul'dan izin alınması gerekmektedir. Ancak bu halde birleşme/ devralma işlemi hukuki geçerlilik kazanmaktadır. Bu bildirimlere ilişkin hususlar ise yine Rekabet Kurulu tarafından yayınlanan ve güncellenen tebliğ yoluyla belirlenmektedir. Dolayısıyla bu biçimde izin

Hem işletmenin, hem de marka hakkının sahibi olan devreden, marka hakkını işletme ile birlikte devredebileceği gibi işletmeyi devrederken marka hakkını ayrı tutarak devretmeyebilir. Bu halde, eğer işletme ile birlikte devrediliyor ise, işletmenin devri sözleşmesi yazılı olarak yapılmak ve sicile tescil edilmek zorunda olduğundan marka devri için ayrıca bir sözleşme yapılmasına hacet yoktur. Marka devri yönünden de yazılılık koşulu ifa edilmiş olacaktır<sup>520</sup>.

Sorun, işletme sahibi ile marka hakkı sahibinin farklı kişiler olması halinde doğmaktadır. Marka hakkı sahibi olmayan işletme sahibi, yaptığı işletme devri sözleşmesinde marka hakkı ile ilgili bu durumu belirtmez ve marka hakkını devreder ise ne olacaktır? Bu halde, işletme sahibi, marka hakkı sahibi olmadığından ve devir konusunda marka hakkı sahibi tarafından başkaca bir suretle de yetkilendirilmediğinden yetkisi olmayan fail durumunda olacak ve suç oluşacaktır<sup>521</sup>.

Markanın devrinde, koruma süresi kesilmeden veyahut durmadan devam eder. Devralan, devredenden kalan süreden yararlanacaktır<sup>522</sup>.

#### 2.4.1.1.2. Lisans Vermek

Lisans sözleşmesi ile marka hakkı sahibi hakkın kullanımını belli bir süreliğine ve ivazlı biçimde lisans alana bırakır<sup>523</sup>. Marka lisansının özelliği, bilhassa inhisari lisans olduğunda, lisans alana önemli bir tasarruf alanı vermesidir. Lisans sözleşmesinde marka, marka hakkı sahibinin malvarlığı içinde kalmaya devam etmekte, ancak kullanılması lisans alana devredilmektedir<sup>524</sup>. Marka

---

şartına bağlı bir birleşme veya devralmanın söz konusu olması halinde markanın işletme ile birlikte devri de aynı koşula tabi olacaktır.

<sup>519</sup> TEKİNALP, 2012, s. 463.

<sup>520</sup> TEKİNALP, 2012, s. 464.

<sup>521</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 207.

<sup>522</sup> ARKAN, 2017, s. 315.

<sup>523</sup> TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C. I, Ankara, 1987, s. 63 - 64; ÖZDEMİR, Saibe Oktay, **Sınai Haklara İlişkin Rekabet Hukuku Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2002, s. 9; ÜNAL, 2007, s. 143.

<sup>524</sup> ÖZEL, 2015, s. 47.



hakkının, hak sahibinden başka bir kimse tarafından, o kişiye mülkiyet devredilmeksizin kullanılması yalnızca lisans vermek yoluyla mümkündür<sup>525</sup>.

Lisans sözleşmesi karma nitelikli bir sözleşmedir. Sözleşmede, adi ortaklık hükümleri ağır basmakta, satım ve hasılat kirası sözleşmelerinden de unsurlar bulunmaktadır<sup>526</sup>. Nitekim Yargıtay içtihadında da bu husus, örneğin lisans sözleşmesinin feshi konusunda adi ortaklık hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ve Borçlar Kanunu'nun 640. maddesindeki fesih sürecinin izleneceği şeklinde açıklanmaktadır<sup>527</sup>.

Sözleşme ile, lisans veren, lisans alana markayı kullandırma, lisans alan ise lisans ücretini ödeme borcu<sup>528</sup> altına girmektedir<sup>529</sup>. Lisans alanın yükümlü olduğu ivaz, bedel biçiminde olabileceği gibi reklam, imaj çalışması gibi bir hizmetin verilmesi şeklinde de olabilmektedir<sup>530</sup>.

Marka hakkı için lisans konusu SMK'nin 24. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, lisans, marka hakkının tescil edildiği mal veya hizmetlerin tamamı için olabileceği gibi kısmi olarak da verilebilir.

Marka hakkı üzerindeki lisans, iki biçimde yapılmaktadır. İnhisari (münhasır, tekeli) lisans, isminden de anlaşıldığı üzere, lisans alanın kendisine bırakılan haklara tekel biçiminde sahip olması, hakları kullanabilmesi, başka lisans alanlar olması bir tarafa, marka hakkı sahibi olan lisans verenin dahi bu hakları lisans süresince kullanamaması sonucunu doğurmaktadır<sup>531</sup>. Bu halde, lisans veren, inhisari lisans alan dışındaki bir başka kişiye daha lisans veremeyecek, lisans süresince hakkın münhasır kullanıcısı inhisari lisans alan olacaktır.

<sup>525</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 208.

<sup>526</sup> TEKİNALP, 2012, s. 468.

<sup>527</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 10.03.2014 tarih ve E. 2013/ 15301, K. 2014/ 4472 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>528</sup> Lisansın bedelsiz olduğu haller de olabilir, bunlara "serbest lisans" denilmektedir. TEKİNALP, 2012, s. 469.

<sup>529</sup> ÖZDEMİR, 2002, s. 141; ÜNAL, 2007, s. 175; TEKİNALP, 2012, s. 470.

<sup>530</sup> TEKİNALP, 2012, s. 470.

<sup>531</sup> ÖZEL, 2015, s. 50 - 51.

İnhisari olmayan (münhasır olmayan, tekelci olmayan, basit) lisansta ise, lisans veren, hem başka kimselere de aynı hak üzerinde lisans verme, hem de marka hakkı sahibi olarak hakkı bizzat kullanma hakkını saklı tutar<sup>532</sup>. Diğer bir ifade ile, lisans alana münhasırlık tanımaz.

Yapılan bir lisans sözleşmesi kural olarak, inhisari olmayan lisans sözleşmesi olup inhisari olmayan lisans sahibi yalnızca olağan kullanma yetkisini haizdir<sup>533</sup>. Taraflar inhisari lisans hakkı tanımak istiyorlarsa bunu sözleşmede açıkça kararlaştırmalıdır.

SMK'nin 148/ 4 fıkrasındaki "*hukuki işlemler yazılı şekilde şartına tabidir*" hükmü uyarınca lisans sözleşmesinin yazılı olarak yapılması yeterlidir, ayrıca bir noter onayı aranmaz. Sicile tescil, lisans verme işlemi için de açıklayıcı niteliktedir<sup>534</sup>. Ancak devirde olduğu gibi, lisansta da sicile güvenerek işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı lisans hakkının ileri sürülebilmesi mümkün olmayacaktır. 148/ 7 maddesinde ise garanti markası ve ortak marka düzenlenmiştir. Buna göre, garanti markası değil fakat ortak marka için lisans verilmesi halinde sicil kurucu etkiye sahiptir.

Devrin belli bir bölge, şehir ve benzeri alanla sınırlı olarak yapılması mümkün değil iken lisans hakkının belli bir bölge için verilmesi mümkündür<sup>535</sup>.

Mülga 556 sayılı KHK'nin 21/ 8 maddesinde kalite garantisi öngörülmekte, marka sahibine, lisans alan tarafından üretilen malın veya sunulan hizmetlerin kalitesini garanti edecek önlemleri alma yükümlülüğü verilmekte idi. Benzer hüküm SMK'nin 24/ 4 maddesinde de getirilmiş, tarafların karşılıklı yükümlülükleri ifade edilmiş, lisans veren marka hakkı sahibinin, lisans alan tarafından üretilecek malın veya sunulacak hizmetlerin kalitesini garanti altına alacak önlemleri alma, lisans alanın da, lisans sözleşmesinde yer alan şartlara

<sup>532</sup> TEKİNALP, 2012, s. 468; ARKAN, 2017, s. 317; NOYAN - GÜNEŞ, 2015, s. 1091; ÖZDEMİR, 2002, s. 12; ÜNAL, 2007, s. 164; BAŞBÜYÜK, 2018, s. 209.

<sup>533</sup> Özel, "olağan kullanma yetkisi"ni tekelleştirme hakkı bahşetmeyen, "inhisari lisans alanın tekelleştirme biçiminde kullanma yetkisine sahip olduğu haklardan farklı olarak" anlamında kullanmaktadır. ÖZEL, 2015, s. 50.

<sup>534</sup> TEKİNALP, 2012, s. 469.

<sup>535</sup> ARKAN, 2017, s. 317.

uymak zorunda olduğu tekrarlanmıştır. Bu yükümlölüklerin yerine getirilmemesi hali *Tekinalp* tarafından da sözleşme feshi nedeni olarak sayılmaktadır<sup>536</sup>.

Marka suçlarında mağdur/ suçtan zarar gören olarak lisans sahibinin durumu açıklanmış idi. SMK'nin 30/ 3. maddesinden düzenlenen yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretme, lisans ve rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçunda ise marka hakkı sahibinin doğrudan mağduriyeti söz konusudur. Sahibi olduğu marka hakkı üzerinde başkalarınınca lisans hakkı kurulmaktadır.

Yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde lisans vermek suretiyle tasarrufta bulunma eyleminde, lisans veren kişi, marka hakkı üzerinde lisans verme yetkisine sahip olmamalıdır. Örneğin, şirket yönetim kurulu üyesinin şirket tüzel kişiliğine ait bir marka hakkı üzerinde tek başına yaptığı tasarrufla lisans vermesi, yetkisiz lisans verme sayılacaktır<sup>537</sup>.

Lisans her ne kadar mutlak bir hak ve kullanım hakkı sağlıyor ise de mülkiyetin devrini sağlamamakta, kullanım hakkı ve yetkisi vermekte<sup>538</sup>, mülkiyet gibi mutlak bir tasarruf yetkisi vermemektedir. Dolayısıyla lisans alanın, bu hakkını bir başka kişiye devredebilmesi veya alt lisans kurabilmesi için de SMK'nin 24/ 3. maddesi uyarınca bu iznin sözleşmede açıkça yer alması lazımdır<sup>539</sup>.

Lisans alana, sözleşme ile alt lisans kurma yetkisinin verilmiş olması halinde de suçun oluşması mümkündür. Lisansın verdiği markayı kullanma hakkı sınırlarının lisans alan tarafından, sözleşmedeki alt lisans izni dayanak gösterilerek, sözleşmeye veya hakkın doğasına aykırı şekilde genişletilmesi halinde de yetkisiz işlem yapılması söz konusu olabilir. Ancak inhisari lisans sahibinin, sözleşmede izin verilmediği halde alt lisans kurması halinde, özel hukuk ilişkisi bağlamında sözleşmeye aykırılık olacağı muhakkak olmakla

<sup>536</sup> TEKİNALP, 2012, s. 469.

<sup>537</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 210.

<sup>538</sup> BAHTİYAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku – Ders Notları, Soru Örnekleri**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 135.

<sup>539</sup> ÖZEL, 2015, s. 53.

birlikte, “SMK’nin 30/ 3. maddesinde yazılı suç oluşacak mıdır” sorusu yanıtlanmalıdır.

*Başbüyük*, sözleşmede izin verilmediği halde alt lisans kuran lisans alanın, üzerinde tasarrufta bulunduğu hakkın marka hakkı değil, lisans sözleşmesi ile marka hakkı sahibi tarafından kendisine tanınan lisans hakkı olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle “*başkasına ait marka hakkı üzerinde*” lisans verme fiilinin vücut bulmayacağını belirtmektedir. Zira üzerine alt lisans kurulan, marka hakkı (mülkiyet) değil, lisans hakkıdır. Bu anlamda, SMK’nin 24/ 3. maddesinde öngörülen, alt lisans kurabilmesi için sözleşmede açık hüküm gerekliliğinin ihlali<sup>540</sup> veya hüküm ile öngörülen sınırın aşılması, 30/ 3. hükmünün ihlalini doğrudan karşılamamaktadır<sup>541</sup>.

Keza lisans verenin, inhisari lisans verdiği lisans alandan bir başka kimseye daha aynı marka hakkı üzerinde lisans vermesi halinde de, marka hakkı sahibi, yine kendisine ait olan marka hakkı üzerinde lisans verdiği için ve “*başkasına ait marka hakkı üzerinde*” lisans verilmesi söz konusu olmadığından<sup>542</sup>, suç oluşmayacaktır. Bu hususun, inhisari lisans sözleşmesinin münhasırlık hükmüne aykırılık olduğu muhakkaktır, ancak ceza hukuku yönünden suç oluşmayacaktır.

*Güneş* ise, inhisari lisansta, lisans verenin, markayı bir başkasına daha lisans verirse, bunun yetkisiz alanda gerçekleştirilen bir tasarruf olacağını ve cezai sorumluluğun doğacağını savunmaktadır<sup>543</sup>.

Kanımızca, örneklendirilen hallerde lisans veren ile inhisari (ilk) lisans alan arasında sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanabileceği, hukuki koruma

<sup>540</sup> Yargıtay da, sözleşmede olmadığı halde alt lisans verilmesi halinde, alt lisans veren lisans alanın, yetkisiz olduğunu, sözleşmeye aykırı davrandığını belirterek yaptığı alt lisans sözleşmesinin geçersiz olduğuna karar vermektedir. Uyuşmazlık, sözleşmeye aykırılık bağlamında çözülmektedir. Örneğin; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 31.10.2017 tarih ve E. 2016/ 3779, K. 2017/ 5929 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>541</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 210 - 211.

<sup>542</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 212.

<sup>543</sup> NOYAN - GÜNEŞ, 2015, s. 1091.

yollarına başvurulabileceği ve fakat SMK'nin 30/ 3 maddesinde belirtilen suç oluşmayacağından cezai hükümlerin uygulanamayacağı değerlendirilmektedir.

#### 2.4.1.1.3. Rehin

TMK'nin 954. maddesinde başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer rehin haklarının rehne konu olabileceği, SMK'nin 148/ 1 ve 2. fıkralarında da, markanın, rehin işlemine konu edilebileceği düzenlenmiştir.

Rehin, işletmeden bağımsız veya işletme ile birlikte olabilir.

Gayri maddi bir hak olan fikri ve sınai mülkiyet hakkı ne taşınır, ne de taşınmaz mal olarak kabul edilirken, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 5/ 1 - (c) bendinde üzerinde rehin hakkı kurulabilecek taşınır mallar arasında sayılmıştır. Aynı Kanun'un 4. maddesinde rehin hakkının, sözleşmenin yapılması, noterce onaylanması (veyahut sözleşmenin sicil memuru huzurunda imzalanması) ve sonrasında sözleşmenin Rehinli Taşınır Sicili'ne tescili ile kurulduğu, rehin sözleşmesinin yazılı veya elektronik ortamda düzenlenebileceği hükmü yer almaktadır.

6750 sayılı Kanun'un 5/ 2. maddesinde işletmenin tamamı üzerinde rehin kurulması hâlinde, rehnin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlığın rehnedilmiş sayılacağı söylendikten sonra 6/ 2. maddesinde tarafların eklentilerin rehne dahil olmayacağını kararlaştırmaları mümkün kılınmıştır.

Şüphesiz, işletme üzerinde bir rehin kurulmasının söz konusu olmadığı veyahut marka hakkı sahibinin bir işletme ile bağıının dahi olmadığı durumlarda marka rehne tek başına konu olacaktır.

Bu da SMK'nin 148/ 4. fıkrasındaki "*hukuki işlemler yazılı şekilde şartına tabidir*" hükmü uyarınca rehin sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını gerektirecektir. Madde, sözleşmede noter onayını yalnızca devir sözleşmesi için öngörmüştür. Buna göre, yazılı biçimde yapılacak rehin sözleşmesi noter onayına tabi olmayacaktır. Rehin işlemi için öngörülen bu düzenlemenin, genel hükümler

bağlamında TMK'nin 955/ 3. maddesinde öngörülen “*Diğer (senede bağlı olan veya olmayan alacaklar dışında kalan) hakların rehninde, yazılı rehin sözleşmesiyle birlikte, bu hakların devri için öngörülen şekle uyulması gerekir*” hükmü ile uyumsuz olduğu kanaatindeyiz. Mademki marka hakkının devri için sözleşme ve noter onayı gerekmektedir, öyleyse TMK 955/ 3. uyarınca, bu hakkın rehni için de aynı usulün öngörülmesi gerekmekte idi.

Sicile tescil, rehin açısından da açıklayıcı niteliktedir<sup>544</sup>. Ancak rehnin, sicile güvenerek işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi konusunda uygulamadan doğan zorunlu fayda görüşümüz burada da tekrarlanmaktadır.

Bu çerçevede, failin, marka üzerinde hak sahibi olmayan, hak sahibi tarafından yetkilendirilmeyen veyahut kendisine verilen yetkiyi aşarak marka hakkı üzerinde rehin işlemi yapması halinde suç gerçekleşmiş olacaktır.

#### **2.4.2. Hukuka Aykırılık**

Genel hükümlerde açıklanan hukuka uygunluk nedenleri, yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçunda da söz konusudur.

Ancak bu suç özelinde hukuka uygunluk nedenlerinden ilgilinin rızası bilhassa öne çıkmaktadır. Marka hakkı sahibinin, marka hakkının, bir üçüncü kişiye temsil yetkisi vererek devir, rehin veya lisans verme işlemlerinin bu kişi tarafından yapılmasına rıza göstermesi halinde veyahut kanundan doğan velayet/ vesayet gibi bir temsil yetkisi ile hareket edilmesi halinde temsilcinin yaptığı bu işlem hukuka uygun olacaktır<sup>545</sup>.

<sup>544</sup> TEKİNALP, 2012, s. 465.

<sup>545</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 214 - 215.

### **2.4.3. Kusurluluk**

Diğer marka suçlarında olduğu gibi, yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçunda da kusurluluk unsuru kasttır. Fail, yetkili olmadığını ve tescilli marka hakkı üzerinde devir, rehin veya lisans verme işlemlerini gerçekleştirdiğini bilmeli ve bu işlemleri yapmayı istemelidir. Kanun, suçun taksirli şeklini suç olarak düzenlemediğinden taksirle işlenemez. Hata ile ilgili genel hükümler bu suç açısından da geçerli olacaktır.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### SUÇUN DİĞER ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ, MUHAKEME USULÜ VE YAPTIRIM

#### 3.1. SUÇUN DİĞER ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

##### 3.1.1. Teşebbüs

Zamansal süreçte suç yolu (iter criminis) incelendiğinde, bu sürecin, failin dış dünyadan gözlemlenemeyen zihinsel faaliyeti olan “suç işleme kararı”, failin işleyeceği suç için mutlak surette ihtiyaç duyduğu konulara ilişkin hazırlık yapma aşaması olan ve henüz suçla korunan hukuksal değer üzerinde bir tehlike yaratılmadığı “hazırlık hareketleri” ile “suçun icrasına doğrudan doğruya başlamak”, “tamamlanma”, “bitme” aşamalarından oluştuğu görülmektedir<sup>546</sup>. Ancak suçtan söz edebilmek için tüm bu aşamaların tamamlanması zorunlu değildir. İşte teşebbüs halinde kalan eylemde suçun tamamlanması aşaması gerçekleşmemiştir<sup>547</sup>.

Teşebbüs, suçun sınırlarını genişleten bir norm türü olarak hazırlık hareketleri ile icra hareketleri ayrımı ve suçun icrasına doğrudan doğruya başlanması hususlarının belirlenmesi, somut olayı layıkıyla çözümlayebilmenin yanı sıra, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, kişinin hürriyet alanlarının çizilmesi ve temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin önüne geçilebilmesi açısından da önemlidir.

Hazırlık hareketi, suç alanının dışında ve cezalandırılmayan davranışlardır<sup>548</sup>. Suçta kullanılacak aracın belirlenmesi, temini, mağdur, suçun konusu ya da yer

<sup>546</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, S. 289 ve 291, ÜZÜLMEZ - KOCA, 2013, s. 392; ÖZGENÇ, 2018, 485.

<sup>547</sup> ALACAKAPTAN, 1975, s. 63.

<sup>548</sup> Kural olarak, hazırlık hareketleri cezalandırılmaz olarak kabul edilmekle birlikte 5237 sayılı yeni TCK’de bazı hazırlık hareketlerinin cezalandırma sınırına geçebileceği düzenlenmiştir. Örneğin, TCK’nin 227/ 1 maddesi uyarınca, çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi için ceza öngörülmekle birlikte aynı fıkranın ikinci cümlesinde



hakkında bilgi edinilmesi, icra planlarının yapılması gibi faaliyetler suça hazırlık niteliğindedir. Hazırlık hareketleri, kural olarak, cezalandırma alanının dışındadır<sup>549</sup>.

Bu anlamda, hazırlık hareketleri ile icra hareketleri arasındaki ayırım sorunu, hazırlık hareketlerinin hangi anda tüketildiği ve dolayısıyla icra hareketlerinin hangi anda başladığı noktasında kendini göstermektedir. Suç yolunda, failin dış dünyada algılanabilir olan hangi hareketleri hazırlık hareketi sayılırken, hangileri icra hareketi olacaktır? Nitekim *Dönmezer*'in de ifade ettiği gibi, teşebbüse ait unsurların en önemlisi icraya başlamaktır<sup>550</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu<sup>551</sup> da teşebbüsü, suçun tamamlanmasından önce, fakat hazırlık hareketleri aşamasından sonra gelen, başlanmış ancak bitirilememiş bir eylemli aşama olarak tanımlamış ve cezalandırılabilir davranışların, yani suça teşebbüsün sınırlarının saptanmasının, diğer bir ifadeyle suç yolunda ilerleyen sanıkla ilgili olarak hangi andan itibaren ceza hukukunun devreye gireceği sorununun çözülmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.

Uygulamada ise icra hareketlerinin başlangıç anının belirlenmesi hâkime bırakılmakta, hâkimden, hukuki bilgisi, sağduyusu ve vicdani kanaatiyle, içinde olduğunu zaman diliminin bilimsel imkânlarından da yararlanarak hareketi tespit etmesi beklenmektedir<sup>552</sup>.

TCK'nin 35/ 1. maddesi uyarınca "*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*". Aynı maddenin ikinci

---

bu suçun işlenişine yönelik "hazırlık hareketlerinin" de "tamamlanmış suç gibi" cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

<sup>549</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 310.

<sup>550</sup> DÖNMEZER, Sulhi, **Teşebbüste Hazırlık Hareketi ve İcra Hareketlerinin Tefriki**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 8, Sayı: 3 - 4, İstanbul, 1942, (s. 433 - 456), s. 436.

<sup>551</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09.06.2015 tarih ve E. 2014/ 600, K. 2015/ 194 sayılı kararı. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>552</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 316.

fıkrasına göre ise, suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, daha az ceza ile cezalandırılmaktadır.

Madde lafzından da yola çıkarak, suça teşebbüs için, bir suçun icrasına kasıtlı olarak başlanması gerekmektedir<sup>553</sup>. Başka bir ifade ile teşebbüs, kasten işlenen suçlarda mümkündür. Doğrudan kast ile işlenen suçlarda tartışma yoktur. Ancak olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsün olup olmayacağı tartışılmaktadır. Buna göre, *Hafizoğulları - Özen ve Demirbaş*, olası kastta netice suçu belirlediğinden ve teşebbüs söz konusu olduğunda netice aşaması tamamlanmadığından olası kastla işlenen suça teşebbüsün olmayacağını<sup>554</sup>; diğer görüşteki *İpekçioğlu, Sözüer, Ozansü ve Özgenç* ise, failin, işlemeye başladığı fiilin sebep olacağı muhtemel neticenin gerçekleşmemesi halinde olası kastla hareket etmiş olsa da teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiği yönünde görüş serdetmektedirler<sup>555</sup>.

Suçun icrasına başlanmalıdır. Bu noktada, hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin ayrıştırılması önem arz etmektedir.

Suçun icrasına, elverişli hareketlerle başlanmalıdır. Failin işlemek istediği suçun özelliklerine ve unsurlarına göre<sup>556</sup>, fail, işlemek istediği suçun neticesini meydana getirmeye uygun hareketler ve vasıtalarla icraya başlamalıdır. Zira elverişli vasıtalarla icraya başlamaması (veyahut maddi konu yokluğu) halinde<sup>557</sup> işlenemez suç söz konusu olacaktır<sup>558</sup>.

<sup>553</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 309; DEMİRBAŞ, 2017, s.458; ÖZGENÇ, 2018, s. 486; TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 305 - 307.

<sup>554</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 310; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.12.2005 tarih ve E. 2005/ 1-131, K. 2005/ 167 sayılı kararında da olası kast halinde suça teşebbüsün olmayacağına, aksi yorumun olası kastın sınırlarını genişleteceğine ilişkin, DEMİRBAŞ, 2017, s.460.

<sup>555</sup> İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Ankara, 2009, s. 168; SÖZÜER, Adem, **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, 1994, s. 163; OZANSÜ, 2007, s. 190; ÖZGENÇ, 2018, s. 488.

<sup>556</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 307.

<sup>557</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 318.

<sup>558</sup> Alman hukukunda elverişsiz teşebbüs olarak ifade edilen durum cezalandırılırken, Türk hukukunda işlenemez suç cezalandırılmamaktadır. HEINRICH, Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, (Çev. - Ed. Yener Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 440; TOZMAN, Önder, **Suçta Teşebbüs**, Ankara, 2015, s. 179 - 180; aynı yönde;

Fail, gönüllü olarak değil, suçu işlemeye devam etmek istediği halde elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamamalıdır<sup>559</sup>. Failin suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak, bir dış baskı olmaksızın vazgeçmesi veyahut suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini kendi çabalarıyla önlemesi halinde gönüllü vazgeçme söz konusu olacaktır<sup>560</sup>. TCK'nin 36. maddesi uyarınca bu halde fail, ilk başta işlemek istediği suça teşebbüs halinde cezalandırılmaz. Eğer o ana kadar tamamladığı kısım bir suça vücut veriyorsa sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.

Teşebbüsten söz edebilmek için ise, failin kendi iradesiyle değil, bir dış etki ile suçu tamamlayamaması gerekmektedir. Fail, o suçu tamamlama konusunda kararlıdır<sup>561</sup> ve fakat dışarıdan gelen bir etki bunu engellemektedir<sup>562</sup>.

Kanun koyucu bazı hallerde ise suç tamamlanmış olduğu halde pişmanlık gösteren fail için cezasızlık veya ceza indirimi öngörmektedir. Buna "etkin pişmanlık" denilmektedir<sup>563</sup>. Etkin pişmanlıkta, failin artık neticeyi değiştirebilmesi mümkün değildir, suç sona ermiştir. Ancak fail, hareketin etkilerini ortadan kaldırmaya veya azaltmaya çalışmaktadır<sup>564</sup>. Kanun koyucu, etkin pişmanlık öngördüğü suç tiplerini ayrıca düzenlemektedir<sup>565</sup>.

#### 3.1.1.1. Marka Suçlarında Teşebbüs

SMK'nin 30. maddesinde düzenlenen marka suçları, sırf hareket suçlarıdır. Sırf hareket suçlarında hareket tamamlandığında suç da tamamlanmıştır<sup>566</sup>. Ancak birden çok hareketin meydana getirdiği veya hareketleri belirli bir oluşum

---

ÖZTÜRK, Bahri (Ed.), **Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 392.

<sup>559</sup> ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 373.

<sup>560</sup> ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 376; AKBULUT, 2014, s. 561.

<sup>561</sup> TOZMAN, 2015, s. 152.

<sup>562</sup> TOZMAN, 2015, s. 152 - 153.

<sup>563</sup> ÖZTÜRK, 2017, s. 375; HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 323; TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 312; DEMİRBAŞ, 2017, s. 478.

<sup>564</sup> BAYRAKTAR, Köksal, **Faal Nedamet**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 33, Sayı: 3 - 4, İstanbul, 1967, (s. 120 - 154), s. 123.

<sup>565</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 235.

<sup>566</sup> TOZMAN, 2015, s. 228.

sürecinde gerçekleştirilen sırf hareket suçlarında<sup>567</sup>, diğer bir ifadeyle icra hareketlerinin bölünebilir olması halinde teşebbüs söz konusu olabilecektir<sup>568</sup>.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma ve yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma şeklindeki marka suçlarının üçünde de teşebbüs mümkündür. Ancak hâkim, her somut olay özelinde icra hareketlerinin bölünebilirliğini ve hareketlerin hangi aşamada kaldığını tespit etmek durumundadır.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin kararına konu bir olayda, Daire, taklit markalı poşete çay dolduran ve bunları henüz piyasaya arz etmeden yakalanan sanığın eyleminin teşebbüs derecesinde kaldığına hükmetmiştir<sup>569</sup>.

Örneğin, Yargıtay<sup>570</sup>, davacı adına tescil edilmiş "A-101" markası ile iltibas oluşturacak şekilde "AA-101 ŞARKÜTERİ&MANAV" yazılı tabelayı yaptırıp iş yerine asan sanığın eyleminin tamamlandığına hükmederek eylemin teşebbüs aşamasında kaldığından daha az cezaya hükmeden ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

<sup>567</sup> İPEKÇİOĞLU, 2009, s. 186.

<sup>568</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 315; AKBULUT, 2014, s. 553; ayrıca, örneğin, "Bu suç sırf hareket suçu olup, suçun konusunu oluşturan maddelerin ya da alkollü içeceğin spor alanlarına sokulmasıyla tamamlanmış olur. Ancak, hareketler kısımlara bölünebiliyorsa teşebbüs mümkün olacaktır. Böylelikle, bu suçlar teşebbüse elverişli bir suçtur" diyen Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 22.06.2016 tarih ve E. 2015/ 32304, K. 2016/ 20099 sayılı kararı. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

Ayrıca Tozman, hareketin bölünebilir olması halinde sırf hareket suçlarında teşebbüsün mümkün görülmesinin, ağırlıklı olarak Alman doktrini görüşü olduğunu belirtmektedir. TOZMAN, 2015, s. 228, Dipnot 168.

<sup>569</sup> Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 12.12.1995 tarih ve E. 1995/ 3963, K. 1995/ 9860 sayılı kararı. Karar için Bkz. NOYAN - GÜNEŞ, 2015, s. 1098.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise 19.06.2015 tarih ve E. 2015/ 2397, K. 2015/ 8545 sayılı kararı ile, yine çay poşetine ilişkin bir uyuşmazlıkta, davacının tasarım ve marka tescil belgeli "Ç.F.Ç." çay paketlerinin, renk, dizayn, ambalaj ve isim ile aynen taklit ederek "M.Ç.F." markası adı altında piyasaya sürülmesini hem marka, hem de endüstriyel tasarım haklarına tecavüz saymıştır. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>570</sup> Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 08.09.2015 tarih ve E. 2015/ 7093, K. 2015/ 4003 sayılı kararı. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

Ele geçirilen ürünlerin üretimlerinin henüz tamamlanmamış olması somut olaya göre suç oluşturmayabileceği gibi teşebbüse de vücut verebilecektir. Örneğin, üzerine marka işaretleri dikilmiş ve fakat henüz düğmeleri dikilmemiş bir taklit giysi üretiminde bu yarım üretim teşebbüs sayılacakken<sup>571</sup> Yargıtay kararına konu bir olayda, sanığın işyerinde ele geçirilen ürün etiketi ve kurdele malzemelerinin sadece bulundurulmasının başlı başına suç oluşturmadığına, aramada, tescilli markayı taşıyan ürünlerin ele geçmediği ya da belirtilen etiketlerin bu ürünlerde kullanılmaya teşebbüs edildiğine yönelik maddi delil de bulunmadığından suç oluşmadığına karar verilmiştir<sup>572</sup>.

Diğer yandan, (mülga 556 sayılı KHK'de) suç fiilinin hizmet üreten, satışa arz eden veya satan şeklinde sayıldığından bahisle sadece naklin transit olarak gerçekleştirilmesinde teşebbüs aşamasında kalan şüpheli firmanın suç işlemediğine karar verilmiştir<sup>573</sup>.

Mülga 556 sayılı KHK'nin 61/ A - 1. maddesinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçun oluşturan fiiller yalnızca "*mal veya hizmet üretmek, satışa arz etmek veya satmak*" olarak sayılmakta ve bu fiiller açısından ticari amaç unsuru aranmamakta iken, SMK'nin 30/ 1 maddesi ile bu fiiller "*mal üretmek veya hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak*" olarak belirlenmiş ve satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak fiilleri için ayrıca bir ticari amaç saiki öngörülmüştür. Bu bağlamda mülga KHK döneminde örneğin bulundurmak eylemi teşebbüs olarak değerlendirilebilirken, SMK'de bulundurmanın da açıkça suç eylemi olarak düzenlenmesi nedeniyle artık teşebbüs değil, tamamlanmış suç olarak kabul edilecektir<sup>574</sup>. SMK'nin 30. maddesinde mülga KHK düzenlemelerine göre suça vücut veren daha fazla sayıda fiile yer verilmiş olması, bu suçlarda teşebbüsün alanını KHK dönemine oranla daraltmaktadır. Zira işlendiğinde suçun tamamlandığı fiiller artmıştır.

<sup>571</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 223.

<sup>572</sup> Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 19.12.2016 tarih ve E. 2016/ 11676, K. 2016/ 23685 sayılı kararı. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>573</sup> Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 10.03.2016 tarih ve E. 2015/ 36100, K. 2016/ 8066 sayılı kararı. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>574</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 222.

Marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma suçunda da somut olaya göre, kişinin çeşitli yollarla bu işareti kaldırmaya teşebbüs etmesi ancak elinde olmayan nedenlerle kaldırma fiilini tamamlayamaması halinde fiil, teşebbüs aşamasında kalabilecektir.

Yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçu, devretmek eylemi açısından sözleşmenin imzalanması ve noter onayı ile tamamlanırken, lisans ve rehin vermek eylemlerinde sözleşmenin imzalanması ile tamamlanmaktadır. Bu durumda, sözleşme yapılmadan hemen önce failin, marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunma konusunda yetkisiz olduğunun anlaşılması<sup>575</sup> veyahut devir işleminde tarafların kendi aralarındaki sözleşme yapmışken henüz noter onayı yapılmadan yetkisizliğin ortaya çıkması gibi hallerde teşebbüs söz konusu olabilecektir. Ancak sözleşmeden önce tarafların bu işlem konusundaki zihni anlaşmaları hazırlık hareketi sayılmalıdır<sup>576</sup>.

SMK'nin 30/ 7. maddesi ile marka suçlarında, taklit markalı ürünü satışa arz etme veya satma fiilleri ile sınırlı olmak üzere bir etkin pişmanlık hükmü getirilmiştir. Buna göre, satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretkenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması hâlinde kişiye ceza verilmeyecektir.

Bu hüküm incelendiğinde birkaç husus dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki, etkin pişmanlığın 30/ 1. maddesindeki iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun yalnızca iktibas unsurunu mu içerdiğine ilişkindir. Madde lafzında “başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş mal”dan söz edilmekte, “taklit” ibaresi akla yalnızca iktibas ihtimalini getirmektedir. Kanunda açıklık olmamakla birlikte, bu kabul halinde, iltibas suretiyle tecavüz eylemleri etkin pişmanlıktan yararlanamayacaktır<sup>577</sup>.

<sup>575</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 224.

<sup>576</sup> AYDIN, 2003, s. 85.

<sup>577</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 236.

Bir diğ er husus ise, 30/ 1. maddesinde iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunu doğ uran fiiller arasında yalnızca satışa arz etmek veya satmak de ğ il, mal üretmek veya hizmet sunmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak fiillerinin de sayılıyor olmasıdır. Dolayısıyla SMK'nin 30/ 7. hükmünde etkin piş manlık malı satışa arz etmek veya satmak eylemleri ile sınırlı tutulduğ undan, 30/ 1 maddesinde sayılan diğ er eylemleri gerçekleştiren kişiler, etkin piş manlığ ın ruhuna uygun surette hareketlerinin sebep oldu ğ u etkilerini ortadan kaldırmaya veya azaltmaya ç alışsalar dahi etkin piş manlıktan faydalanamayacaklardır.

Etkin piş manlıktan faydalanabilecek olan, taklit markalı mal satışa arz eden veya satan kişi, hem malı nereden ve kimden<sup>578</sup> temin ettiğ ini bildirmek, hem de bu bildirim neticesinde malı üret enlerin ortaya ç ıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını saç lamak durumundadır. Yargıtay da, kanun lafzına uygun biçimde, bu koş ulların bir arada gerçekleş mesini aramaktadır<sup>579</sup>.

<sup>578</sup> BAŞ BÜYÜK, 2018, s. 237.

<sup>579</sup> Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 09.01.2017 tarih ve E. 2016/ 1784, K. 2017/ 87 sayılı kararında;

*"(...) koş ullarının birlikte gerçekleş mesi gerektiğ i, yapılan yargılamada toplanan delillere göre sanığ ın ele geç irilen taklit malları nereden satın aldıklarını bildirdiğ i, ancak sanığ ın ürünlerini satın aldığ ını belirttiğ i ... Ayakkabıcılıkta fiil tarihinden sonra herhangi bir arama yapılmadığ ı ve herhangi bir ürün ele geç irilmediğ i nazara alınarak malları üret enlerin ortaya ç ıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını saç lamanın söz konusu olmadığı, bu itibarla 556 sayılı KHK'nın 61/A-son maddesinde yazılı etkin piş manlık hükmünün uygulanmasını gerektiren koş ulların gerçekleş mediğ i (...)"*.www.karararama.yargitay.gov.tr.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 10.06.2015 tarih ve E. 2015/ 4888, K. 2015/ 2575 sayılı kararında;

*"(...) etkin piş manlık nedeniyle cezaya hükmolunmaması için sanığ ın taklit malları nereden aldığ ını bildirmesi, suça konu malı üret enlerin ortaya ç ıkarılmasını ve üretilmiş malların elkonulmasını saç laması koş ullarının birlikte gerçekleş mesi gerektiğ i gözetildiğ inde, sanıklarca sunulan faturaların içeriklerinin doğ ru olup olmadığı araştırılmadan ve yukarıda açıklanan şartların ne şekilde gerçekleş tiğ i açıklanmadan yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı olduğ u (...)"*.www.karararama.yargitay.gov.tr.

### 3.1.2. İştirak

İştirakin ne olduğu açıklamalarına geçmeden önce tek failli ve çok failli suçların tanımlarına değinmek yerinde olacaktır.

Kanun koyucu, bazı suçların oluşması için tek bir kişi tarafından işlenmesini yeterli görürken, bazı suçların ise ancak birden çok kişinin karşılıklı olarak (karşılaşma suçları) veya karşılıklılık aranmaksızın bir araya gelmesi ile (yakınsama) işlenebileceği yönünde düzenleme yapmaktadır<sup>580</sup>. Bunlardan, rüşvet karşılaşma suçu iken, suç işlemek amacıyla örgüt kurma yakınsama suçu olarak karşımıza çıkmaktadır.

İştirak ise, bir suçun, kanun ile belirlenen faillerin yanına katılan başka kişilerle birlikte işlenmesi halidir.

Bu anlamda, tek failli suçlarda zaten ortaya çıkabilecek olan iştirak halinin çok failli suçlarda da söz konusu olması muhtemeldir. Çok failli suçlarda, suçun oluşması için zorunlu olan birden çok fail, iştirak oluşturmayacak<sup>581</sup>, bu faillerin yanı sıra, suça katkısı olan diğer kişiler iştirak edebilecektir<sup>582</sup>.

İştirak, TCK'nin 37 ila 41 maddelerinde düzenlenmektedir. Buna göre iştirakin şartları, birden çok kişinin katılımı, suçun en azından teşebbüs aşamasına kadar gelmiş olması, şeriklerin suça nedensel katkılarının varlığı<sup>583</sup> ve şeriklerin suça katılma, ortaklaşa suç işleme iradelerinin bulunmasıdır.

“Birden çok kişi”nin konumu kanunda, (müşterek) faillik ve şeriklik biçiminde ayrılmaktadır. TCK'nin 37/ 1. hükmü uyarınca suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, (müşterek) fail olarak sorumlu olur.

<sup>580</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 490 - 491.

<sup>581</sup> Çok failli suçlar, “zorunlu iştirak” olarak da ifade edilmektedir. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 325; TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 316.

<sup>582</sup> ÖZEN, Mustafa, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı**, TBB Dergisi, Sayı: 73, Ankara, 2007, (s. 239 - 253), s. 239.

<sup>583</sup> Zaten şerikler, bu nedensel katkıları nedeniyle işlenen fiilden sorumlu tutulmaktadırlar. AKBULUT, 2014, s. 574.



Her bir failin sorumluluğu, suçu adeta tek başına işlemişçesine belirlenecektir<sup>584</sup>.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise dolaylı faillik hali düzenlenmiş, suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişinin de fail olarak sorumlu tutulacağı hükmü getirilmiştir. Dolaylı faillikte bu hüküm ile fail olarak cezalandırılan kişi, perde arkasında bulunan ve görünürdeki faili araç olarak kullanan, yönlendiren kişidir<sup>585</sup>.

Şeriklik ise TCK'nin 38 ve 39. maddelerinde, azmettirme ile suçun işlenmesine yardım etme, suç işlemeye teşvik etme, suç işleme kararını kuvvetlendirme, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etme, suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösterme, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlama, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırma biçimlerinde yardım etme olarak düzenlenmiştir. Buna göre, azmettiren de - fail gibi - işlenen suçun cezası ile cezalandırılacak, yardım etme halinde ise indirimli ceza uygulanması söz konusu olacaktır.

Suçta iştirak, ancak kasten işlenen ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiilde olabilir<sup>586</sup>. Başka bir ifade ile, hazırlık hareketlerine iştirak söz konusu olamayacağı gibi<sup>587</sup> fail/ failler ile şerikler icra hareketlerine kasten, kanunun suç saydığı neticeyi bilerek ve isteyerek doğrudan doğruya başlamış olmalıdırlar<sup>588</sup>. Keza fail ve şeriklerin işleme kastında buldukları suç da aynı olmalıdır. Aksi halde ortak olarak işlemek istedikleri suçun sınırları dışına çıkarak suç işleyen kişi, işlenen o suçtan ayrıca sorumlu olur<sup>589</sup>.

<sup>584</sup> ÖZGENÇ, 2018, s. 523 - 524.

<sup>585</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 507.

<sup>586</sup> ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 428 - 429.

<sup>587</sup> ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 429.

<sup>588</sup> ÖZEN, 2007, s. 240.

<sup>589</sup> ERDEM, Mustafa Ruhan, **Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı**, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:5, 2005, (s. 204 - 215), s. 207; TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 346.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme özellik arz etmekte olup sirayet etmez. Sadece gönüllü vazgeçen şerik bundan yararlanacak olup ayrıca suçtaki nedensel katkısını da ortadan kaldırması gerekmektedir.

TCK'de ceza sorumluluğunu etkileyen hallerin fail ve şerikler arası ilişkide nasıl etki edeceği konusunda düzenleme yapılmamıştır. *Hafizoğulları - Özen*, bu halde, kişiye ilişkin hafifletirici ve ağırlaştırıcı nedenlerin şeriklere sirayet etmeyeceğini, fiile ilişkin ağırlaştırıcı nedenlerin ise sadece bilenler açısından uygulanma kabiliyeti bulacağını ifade etmektedir<sup>590</sup>. Fiile ilişkin hafifletirici nedenler ise tüm failere ve şeriklere uygulanacaktır<sup>591</sup>.

### 3.1.2.1. Marka Suçlarında İştirak

SMK'nin 30. maddesinde düzenlenen marka suçlarına da iştirak mümkün olup bu suçlar için özel bir iştirak hükmü öngörülmemiştir. Bu nedenle marka suçları açısından iştirak, genel hükümler çerçevesinde ele alınır.

Ekonomik olarak zor durumda bir kimseye taklit ürünler satarak durumunu düzeltebileceğini söyleyip bu ürünleri satma fikrini yerleştiren kişi azmettiren olarak veyahut somut olaya göre yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçunda ilgili sözleşmelerin yapılması konusunda aracılık yapan kişi de şerik olarak sorumlu olabilecektir<sup>592</sup>.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin marka hakkına tecavüz suçu ile ilgili 2015 yılında verilmiş bir kararında mevcut muhalefet şerhinde şeriklerin suça katkıları konusu tartışılmıştır<sup>593</sup>. Karara konu olayda, ilk derece mahkemesindeki sanık ifadelerine göre, sanıklar arasında sıradan bir istihdam ilişkisi yoktur. Taklit çantaların satıldığı işyerinin sahibi olan sanık A.E., sadece akşamları işyerine

<sup>590</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 342.

<sup>591</sup> ŞAHİN, Meral Ekici, **İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 64, Sayı: 3, Ankara, 2015, (s. 637 - 686), s. 669.

<sup>592</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 225.

<sup>593</sup> Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 15.06.2015 tarih ve E. 2015/ 6127, K. 2015/ 2753 sayılı kararı. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

uğradığını, kasa sayımını yapıp işyerini kapattığını, alınan ürünlerden bilgisi olmadığını; işyerinde tüm gün bulunan sanık ise, kendisinin mal alım satım yetkisi olmadığını, suça konu çantaları tümüyle kendi inisiyatifiyle aldığını, diğer sanığı bu durumdan haberdar etmediğini ve onun ürünleri hiç görmediğini ifadesinde teyit etmiştir. Yargılamada, ilk derece mahkemesi, sanık A.E.’nin doğrudan bilgisi ve isteği yok ise de raflardaki teşhir ürünleri denetlemek zorunda olduğu, bu ürünlerden habersiz olmasının ve bu ürünler için ödenen paraları bilmemesinin mümkün olmadığı, sanığın işyerinin denetiminde “ihmalî” bulunduğundan bahisle A.E.’ye de ceza vermiş, Daire de bu kararı onamıştır.

Muhalf üye ise, failer arasındaki ilişkinin müşterek faillik mi yoksa fail - şerik ilişkisi mi, fail - şerik ise azmettirme mi, yoksa yardım etme boyutunda mı olduğu, A.E.’nin “tescilli markanın taklidi ürünleri satışa sunma ve satma” eylemine ne şekilde iştirak ettiğinin, iştirakin niteliği ve derecesinin tartışılması gerektiği, yapılacak bu tespite göre asli fail veya yardım eden ya da diğer sanıkta suç işleme kararı yokken, suç işlemesi konusunda azmettiren olacağı, bunlardan her birinin kabulünün, sanığın hukuki durumunu da farklılaştıracağı gerekçeleri ile karar katılmadığını şerh düşmüştür.

Kanımızca da bu belirlemeler yapılmaksızın A.E.’nin ve diğer sanığın fail olarak aynı biçimde cezalandırılmaları doğru değildir. Bunun yanında, kararın bir diğer sorunlu noktası ise, yalnızca kast ile işlenebilen marka hakkına tecavüz suçu için, ilk derece mahkemesi ve bu kararı onayan Daire’nin, A.E.’nin raflardaki teşhir ürünleri denetlemek zorunda olduğu, bu ürünlerden habersiz olmasının ve bu ürünler için ödenen paraları bilmemesinin mümkün olmadığı gibi tahminler ile ihmalden sorumlu tutmasıdır. Böyle bir değerlendirme doğrudan kast ile işlenebilen marka hakkına tecavüz suçlarında kusurluluğun, iştirak vesile edilerek kanuna aykırı biçimde genişletilmesi sonucunu doğuracaktır. Kaldı ki böyle bir değerlendirme, kanunilik açısından da sorun teşkil edecektir. Zira marka hakkına tecavüz suçları açısından “denetim yükümlülüğünü ihlal” gibi bir hareket kanunda öngörülmemektedir.

Kaldı ki böyle bir değerlendirme, objektif sorumluluk esasını da akıllara getirmektedir. Aynı Yargıtay, başka kararlarında<sup>594</sup> TCK gerekçesine atıfla, ceza hukukunda objektif sorumluluğun kabulünün “*orta çağ kanonik hukukunun kalıntısı olan ‘versari in re illicita’, yani ‘hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır’ anlayışının ürünü olduğu*” ve çağdaş ceza hukukunun bu anlayışı çoktan terk ettiği vurgusunu yaparken, yalnızca kast ile işlenebilen marka hakkına tecavüz suçu konusunda kusurluluğu ihmal varsayımlarına dayandırarak kişi hakkında objektif sorumluluğa yaklaşarak mahkumiyet hükmü kurmaktadır.

Diğer yandan örneğin işyeri sahibi olan A.E.’nin, işyerinde gün içinde sürekli duran diğer sanığı, taklit çantaların satılması konusunda kullanıyor olsa idi, diğer sanığın çantaların taklit olduğunu bilmemesi halinde A.E. açısından dolaylı faillik, biliyor olması halinde ise farklı bir kombinasyona sahip iştirak ortaya çıkacak idi.

Buna karşın, ayrıntılı bir somut olay değerlendirmesi yapılan 2017 tarihli bir Yargıtay kararında, Adidas marka taklit ayakkabı üretilen bir atölyede çalışan ve şerik olarak itham edilen bir kimsenin, sadece getir götür işlerine bakıyor olduğu ve taklit olarak üretilen ayakkabılar hakkında bilgisi olmadığı yönündeki, tanık beyanları ile de doğrulanan savunmalarına itibar eden 19. Ceza Dairesi, kişinin, iş yerinde yapılan taklit imalat ile ilgili hiçbir tasarruf yetkisi bulunmadığından ve suça iştirak ettiğine dair delil olmadığından beraatine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>595</sup>.

<sup>594</sup> Örneğin, Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 13.04.2015 tarih ve E. 2014/ 10168, K. 2015/ 6316; 04.05.2015 tarih ve E. 2014/ 18994, K. 2015/ 7255; 02.02.2016 tarih ve E. 2015/ 2255, K. 2016/ 1094 sayılı kararları. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr).

<sup>595</sup> Yargıtay 19. Ceza Dairesi’nin 05.10.2017 tarih ve E. 2015/ 32966, K. 2017/ 7780 sayılı kararı. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

### 3.1.3. İçtima

Kural olarak, her netice ayrı bir suç<sup>596</sup> olup (gerçek içtima) birden çok kez ceza kanununun ihlal edilmesi birden çok suçun ortaya çıkması<sup>597</sup> demektir. Ancak bazı hallerde kanun koyucu ceza sorumluluğunu daraltarak suçların içtimaından, bir araya toplanmasından söz eder. TCK'de, bu bir araya getirmenin üç yolu öngörülmüştür. Bunlar, bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtimadır.

Kanunların içtimaı olan görünüşte içtimanın genel ilkelerine değinmek gerekirse, görünüşte içtima uygulanmak suretiyle failin tek kanun hükmünü ihlal etmiş gibi sayılmasını sağlayan norm ilişkilerinden söz edilmelidir. Bunlar, genel normda mevcut unsurların yanında bir unsur, özellik getiren bir özel normun varlığı halinde artık özel normun uygulanmasını öngören özel - genel norm ilişkisi; yardımcı normun sonralığına dayalı asli - tali norm ilişkisi; bir normu diğer bir normu bünyesine katarak tükettiği tükenen - tüketilen norm ilişkisidir<sup>598</sup>.

TCK'nin 42. maddesinde düzenlenen bileşik suç, tüketen - tüketilen norm ilişkisinin bir görünümüdür<sup>599</sup>. Bünyesinde birden çok suç vardır. Bu suçlardan biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmektedir. Bileşik suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenen her bir suç artık tek başlarına suç olma özelliğini yitirmekte ve bileşik suçun çatısı altında bağımsız tek bir suç haline gelmektedirler<sup>600</sup>.

TCK'nin 148. maddesinde düzenlenen yağma suçunda, tehdit, cebir ve hırsızlık suçları yağma suçunun birer unsuru haline gelmiş iken, 142/ 2 - (h) maddesinde düzenlenen bina içinde hırsızlık suçunda hırsızlık suçunun konut

<sup>596</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 531.

<sup>597</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 354.

<sup>598</sup> İÇEL, Kayıhan, **Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 14, İstanbul, 2008, (s. 35 - 49), s. 37 - 38.

<sup>599</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 534.

<sup>600</sup> ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 401; DEMİRBAŞ, 2017, s. 534; bileşik suça ilişkin olarak ceza kanununun genel hükümlerinde ayrıca bir düzenleme yapılmasının gereksiz olduğu Hk. ÖZGENÇ, 2018, s. 593.

dokunulmazlığının ihlal edilmesi suretiyle bina içinde gerçekleşmesi hali ağırlaştırıcı neden olarak bileşik suça vücut vermiştir<sup>601</sup>.

Zincirleme (müteselsil) suçta, birden çok suç söz konusu olduğu halde tek ceza verilmekte olup zincirleme suçu oluşturacak haller TCK'nin 43. maddesinde sayılmıştır. Buna göre, fail tarafından aynı kişiye karşı farklı zamanlarda aynı suçun işlenmesi veya birden çok kişiye karşı aynı zamanda tek fiille suç işlenmesi hali zincirleme suçu ortaya çıkarır. Önemli olan nokta ise bu suçların, suç işleme kararında birlik ile (tek suç işleme kararıyla) işlenmesidir. Bu halde işlenen suçlar tek suç sayılmakta ve faile tek ceza verilmektedir<sup>602</sup>. Ancak suç için öngörülen ceza artırılarak uygulanır.

Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçları açısından zincirleme suç uygulanmaz. Bunlar dışında kalan tüm suçlar için zincirleme suçun uygulanması mümkündür.

Zincirleme suç, ancak kasten işlenen suçlarda söz konusu olmaktadır, taksirli suçlarda zincirleme suç olmaz<sup>603</sup>. Zincirleme suçun şartları arasındaki suç işleme kararındaki birlik de göz önüne alındığında, failin kast ile hareket etmesinin aranması doğaldır. Ancak *Hafizoğulları - Özen*, suç işleme kararındaki birliğin, kasttan ayrı olarak ve ötesinde suçun birden çok fiille veya birden çok kişiye karşı işleme iradesini göstermesi hali olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir<sup>604</sup>.

TCK'nin 44. maddesi ile düzenlenen fikri içtima halinde, fail, tek fiili ile birden çok kanun hükmünü ihlal etmekte ve birden suça vücut vermekte, bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suç ile cezalandırılmaktadır. En ağır cezayı belirlemede somut ceza esas alınmaktadır<sup>605</sup>.

<sup>601</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 359; HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 357; DEMİRBAŞ, 2017, s. 535.

<sup>602</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 364.

<sup>603</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 543.

<sup>604</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 362.

<sup>605</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 370.

Fikri içtimada suçlar aslında bağımsızdır<sup>606</sup>. Sadece en ağır olan cezanın tek ceza olarak verilmesi nedeniyle bir içtima gerçekleşmektedir. Suçlardan en ağır cezaya sahip olan ortadan kalkarsa (örneğin vakıada hukuka uygunluk nedenleri veyahut şikâyete bağlı ise şikâyet süresinin kaçırılması gibi nedenler olabilir<sup>607</sup>), diğer suç veya suçlardan sorumluluk devam etmektedir<sup>608</sup>.

### 3.1.3.1. Marka Suçlarında İçtima

İçtima hükümleri, marka suçları açısından da uygulanabilir.

TCK, 43/ 3. maddesinde sayılan suçların (kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma) dışında kalan tüm suçlar açısından zincirleme suçun uygulanmasını mümkün kılmıştır. Dolayısıyla özel kanun olan SMK'de düzenlenen marka suçları da bu kapsamda olacak, haklarında zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

Yargıtay, sanığın işyerinde aynı gün içinde yapılan aramada farklı firmalar adına tescilli markaların taklidi olan ürünlerin bulunması olayında, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nin 43/ 1 ve 2. fıkraları gereğince "tek suç işleme kararının icrası" kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçu birden fazla işlemesi sebebiyle zincirleme suç kapsamında kaldığına karar vermiştir<sup>609</sup>.

Yakın tarihli kararlarda, eylemler arasında hukuki kesinti oluşmadığından bunun tek suç işleme kararının icrası kapsamında olduğuna<sup>610</sup>; aynı mahalde birbirine

<sup>606</sup> AKBULUT, Berrin, **Zincirleme Suça İlişkin Özel Belirlemeler Hakkında Bazı Tespitler**, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 69 - 70, 2010, (s. 133 - 154), s. 133 - 134.

<sup>607</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 551.

<sup>608</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 359.

<sup>609</sup> Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 05.11.2014 tarih ve E. 2013/ 12449, K. 2014/ 18319 sayılı kararı. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>610</sup> Yargıtay 19. Ceza Dairesi 21.09.2017 tarih ve E. 2015/ 31983, K. 2017/ 7138 sayılı kararı.

*"(...) anılan her iki eylemde de sanığın işyerinde yapılan aramada aynı firma adına tescilli markaları taşıyan taklit ürünleri satışa arz ederken yakalanması karşısında; eylemler arasında hukuki kesinti oluşmadığı, sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçu birden fazla işlemesi nedeniyle, TCK'nin 43/1.maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması*

çok yakın bulunan iki ayrı işyerinde uyuşmazlığa konu tescilli markaların iltibas edilerek kullanıldığı taklit ürünlerin ele geçmesi karşısında, sanığın zincirleme suç bağlamında tek eylemden sorumlu tutulması gerektiğine<sup>611</sup> hükmedilmiştir<sup>612</sup>.

---

*gerektiği gözetilmeksizin her bir eylem için ayrı ayrı ceza verilmesi (...) bozmayı gerektirmiş (...)*".www.karararama.yargitay.gov.tr.

<sup>611</sup> Yargıtay 19. Ceza Dairesi 11.01.2015 tarih ve E. 2015/ 8224, K. 2016/ 16 sayılı kararı.

*"Sanık hakkında, 25/08/2011 tarihinde 13:30 ve 12:45 sıralarında tutulan tutanaklar nedeni ile sanık hakkında 29/09/2011 ve 30/09/2011 tarihli iddianameler ile kamu davalarının açılması ve anılan her iki eylemde de, sanığın aynı mahalde birbirine çok yakın bulunan iki ayrı işyerinde katılan firmaların hak sahibi olduğu tescilli markaların iltibas edilerek kullanıldığı taklit ürünlerin ele geçmesi karşısında, sanığın tek eylemden sorumlu tutulup marka hakkına tecavüz suçu nedeniyle bir kez cezalandırılması ve birden çok hak sahibi şikayetçiye karşı aynı fiili işlediği gözetildiğinde, hakkında 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinin ikinci fıkrası gereğince zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekirken, her iki eylemden ayrı ayrı ceza tayin edilmesi (...)"*.www.karararama.yargitay.gov.tr.

<sup>612</sup> Benzer biçimde;

Yargıtay 19. Ceza Dairesi 07.12.2017 tarih ve E. 2016/ 14297, K. 2017/ 10726 sayılı kararı.

*"(...)dava konusu eşyalarda kullanıldığı iddia olunan marka ve logolar ile orjinal ürünlerde yer alan marka ve logoların karşılaştırılabilmesi için örnekleri veya resimlerinin de temyiz denetimine olanak verecek şekilde dosyaya eklenmesinden sonra, suça sürüklenen çocuğun hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, katılan firmalar tarafından düzenlenen raporlar ile yetinilerek, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması; suça sürüklenen çocuğun birden çok hak sahibi şikayetçiye karşı aynı fiili işlediği gözetildiğinde, hakkında 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinin ikinci fıkrası gereğince zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, 3 kez ayrı ayrı cezalandırılmak suretiyle fazla ceza tayini kanuna aykırı olduğundan (...)"*.www.karararama.yargitay.gov.tr.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi 10.06.2015 tarih ve E. 2015/ 2288, K. 2015/ 2640 sayılı kararı.

*"Suç tarihinde sanığın kullanmakta olduğu kamyonette yapılan aramada katılan ve müşteki adına tescilli O. Matik ve A.Matik markalarının takliti 27 paket toz deterjan ele geçirildiği, müşteki şirketlerin sanıktan şikayetçi oldukları ve söz konusu deterjanların marka takliti olduğunun bilirkişi raporuyla tespit edildiği anlaşılma ile, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesi gereğince bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi sebebiyle zincirleme suç kapsamında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi (...)"*.www.karararama.yargitay.gov.tr.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi 26.12.2016 tarih ve E. 2016/ 11576, K. 2016/ 23916 sayılı kararı.

*"Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlendiği dikkate alınarak, sanıklar hakkında zincirleme suça ilişkin 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinin uygulanmaması (...)"*. www.karararama.yargitay.gov.tr.



5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile marka suçlarının yolu sık kesişmektedir. 5607 sayılı KMK'nin 3. maddesi ile kaçakçılık suçları düzenlenmiş, buna göre eşyayı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın veya gümrük kapıları dışından ya da aldatici işlem ve davranışlarla gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin ülkeye sokmak kaçakçılık suçudur. Eşyayı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın veya gümrük kapıları dışından ülkeye sokma suçunun cezası 1 ila 5 yıl hapis cezası ile on bin güne kadar adli para cezası iken aldatici işlem ve davranışlarla gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin ülkeye sokmak 2 ila 5 yıl hapis cezası ile on bin güne kadar adli para cezasıdır.

SMK'nin 30/ 1 maddesi uyarınca başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal ithal ya da ihraç etmek ise marka suçu olarak düzenlenmiş olup cezası 1 ila 3 yıl hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasıdır.

Taklit bir ürünün ithal veya ihraç edilmesi fiilinin, ürünü gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın veyahut gümrük kapıları dışından ya da aldatici işlem ve davranışlarla gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin ülkeye sokulması suretiyle işlenmesi halinde tek tek hareketlerden birden çok suç oluşarak fikri içtimain ortaya çıkacağı ve cezası daha ağır olan kaçakçılık suçu üzerinden yargılama yapılacağı belirtilmektedir<sup>613</sup>.

Buna karşın Yargıtay, bazı kararlarında 5607 sayılı KMK'deki suçlar ile marka hakkına tecavüz suçunun farklı olduklarına, mülga 556 sayılı KHK'de unsurları yazılı marka hakkına tecavüz suçları ile KMK'de düzenlenen kaçakçılık suçlarının unsurlarının birbirinden farklı eylemleri içerdiğine, öngörülen ceza

---

Yargıtay 19. Ceza Dairesi 11.05.2015 tarih ve E. 2015/ 2010, K. 2015/ 1304 sayılı kararı.

*“Aynı gün sanığın işyerinde yapılan aramada farklı firmalar adına tescilli markaların taklidi olan ürünlerin bulunması karşısında, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinin ikinci fıkrası gereğince aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi sebebiyle zincirleme suç kapsamında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi (...).”* www.karararama.yargitay.gov.tr.

<sup>613</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 233 - 234.

hükümlerinin ve yargılama usullerinin farklı olduğuna ve her iki suçtan ayrı ayrı yargılama yapılabileceğine, böyle bir yargılamanın mükerrer yargılama kapsamında olmayacağına karar vermektedir<sup>614</sup>. Bu noktada fikri içtima oluşup

<sup>614</sup> Yargıtay 19. Ceza Dairesi 13.04.2016 tarih ve E. 2016/ 616, K. 2016/ 15054 sayılı kararı.

*“5271 sayılı CMK'nın 225. maddesi uyarınca hükmün konusunun, iddianamede gösterilen fiilden ibaret olması ve sanık hakkında 5607 sayılı Kanun'un 3/5. maddesinde düzenlenen kaçakçılık suçundan kamu davası açıldığı gözetildiğinde birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olan “kaçakçılık” ve “marka hakkına tecavüz” suçlarının birbirine dönüşmeyeceği nazara alınmadan iddianame dışına çıkılarak marka hakkına tecavüz suçundan yazılı şekilde hüküm tesisi kanuna aykırı”.*  
www.karararama.yargitay.gov.tr.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi 25.04.2017 tarih ve E. 2016/ 13094, K. 2017/ 3661 sayılı kararı.

*“Suç tarihinde yürürlükte bulunan ve 21/01/2009 tarihli 5833 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu 556 sayılı KHK'nın 61/A-1 maddesinde yer alan, güncel haliyle 10/01/2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 30. maddesinde yer alan “marka hakkına tecavüz” suçunun unsurlarının, “Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üretmek, satışı arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla; satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak” olduğu, (...) kaçakçılık suçuna dair soruşturma dosyasından temin edilen arama, el koyma tutanağının marka hakkına tecavüz iddiasıyla başlatılan soruşturma dosyasına kazandırıldığı, aynı şüphelinin aynı eylemi hakkında (...) Mahkemesinin (...) sayılı dava dosyasında sadece kaçakçılık suçundan kamu davası açıldığı görülmektedir.*

*Somut olaya bakıldığında; şikayete konu ürünlerin, şikayetçinin hak sahibi olduğu markaların yurt dışından kaçak yollarla yurda giren ve bilinen ürünlerin taklitleri oldukları, bu nedenle kaçakçılık suçundan şüpheli hakkında kamu davası açıldığı, ancak aynı zamanda 556 sayılı KHK'da yer alan marka hakkına tecavüz suçundan dolayı bir kamu davası açılmadığı görülmekte, Cumhuriyet savcılığı tarafından, soruşturma konusu olayla ilgili olarak başka bir soruşturma dosyasında iddianame düzenlendiğinden bahisle, marka hakkına tecavüz suçundan dava açılmasının mükerrer yargılamaya neden olacağı gerekçesiyle kovuşturmayla yer olmadığına karar verildiği anlaşılmaktadır.*

*(...) dava dosyası kapsamında 5607 sayılı Kanunda unsurlarının yer aldığı kaçakçılık suçlarına dair cezalandırılması için kamu davası açılmış ve devam etmektedir. 556 sayılı KHK'da unsurları yazılı marka hakkına tecavüz suçları ile kaçakçılık suçlarının unsurları birbirinden farklı eylemleri içermekte, adı geçen maddelerde farklı ceza hükümleri öngörülmekte, yargılama usulleri de farklılıklar arz etmektedir. Soruşturma dosyasında mevcut deliller kapsamında yeni bir araştırma yapılmasına lüzum görülmez, Kemer 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 2015/331 E. sayılı dava dosyası kapsamında toplanan mevcut delillere atıfla, somut olayda; marka hakkına tecavüz suçundan da ayrı bir kamu davası açılması gerektiği anlaşılmakla”.*  
www.karararama.yargitay.gov.tr.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 03.12.2014 tarih ve E. 2014/ 13916, K. 2014/ 18908 sayılı kararı.

*“(…) davalılarca kullanılan araçta ele geçen Nokia markalı ve bu firmaya ait telefon kod numaralarını içeren telefonların ve aksesuarların taklit niteliğinde bulunduğu, her ne*

oluşmayacağına dair değerlendirmede, iddiaya konu eşyanın orijinal olup olmadığının da dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Zira eşya orijinal, fakat gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın veya gümrük kapıları dışından ya da aldatici işlem ve davranışlarla gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin ülkeye sokuldu ise, yalnızca KMK hükümlerine aykırılık oluşacak, SMK'nin 30. maddesinde sayılan suçların unsurları oluşmayabilecektir.

SMK'nin 30/ 1. maddesinde düzenlenen iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun oluşması için seçimlik olarak öngörülmüş birden çok hareket bulunmaktadır. Bu hareketlerden birden çoğunun yapılması da içtima neden olmayacak, seçimlik hareketli suçun doğası gereği tek suça vücut verecektir<sup>615</sup>.

Marka suçuna giden süreçte işlenen diğer suçlar, marka suçları ile içtima hükümleri bağlamında bağlantılandırılabilir suçlar değil iseler şüphesiz ayrıca cezaya konu olacaklardır. Örneğin yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçunda marka hakkı üzerinde yetkili olduğuna dair sahte TÜRKPATENT tescil belgesi hazırlayan kişi, marka suçunun yanında, içtima dahil olmaksızın resmi belgede sahtecilik suçundan ayrıca yargılanacaktır<sup>616</sup>.

## 3.2. YARGILAMA USULÜ

### 3.2.1. Dava Açılmayacak Kişiler

SMK'nin "Dava Açılmayacak Kişiler" başlığını taşıyan altında 153. maddesinde, marka hakkı sahibinin cezai koruma yollarına başvurabilmesi için

---

*kadar kaçakçılık suçundan dolayı sanıklardan ...' ün beraatine karar verilmiş ise de, karar gerekçesinin delil yetersizliğine ilişkin bulunduğu, ayrıca ceza dosyasındaki yargılama konusunun marka hakkına tecavüz değil, kaçakçılık mevzuatına ilişkin olduğu".* www.karararama.yargitay.gov.tr.

<sup>615</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 231; ÖZGENÇ, 2003, 845.

<sup>616</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 228.

özel bir durum öngörülerek bir tür dava şartı oluşturulmuştur<sup>617</sup>. Bu hal söz konusu olduğunda, marka hakkı sahibi, fail hakkında cezai koruma yollarına başvuramayacak, şikayette bulunamayacaktır.

Mülga 556 sayılı KHK'nin 69. maddesinde, *“Marka sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı marka sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı, Kanun Hükmünde Kararnamenin bu bölümünde yer alan davaları açamaz”* denilmiş, yalnızca kişisel ihtiyaç ölçüsünde kullanım hali düzenlenmiş olup SMK'nin 153/ 2. fıkrasındaki hukuk mahkemesinin tazmin kararı üzerine el koyma tedbirine başvurulmaması hali mevcut değildi. SMK ile getirilen bu fıkra ile ise bir şikâyet engeli öngörülmektedir.

### 3.2.1.1. Tazminat Ödenmesi Üzerine El Koyma Tedbirine Başvurulmaması

Mülga 556 sayılı KHK'nin 69. maddesinde bulunmayan ve SMK'nin 153/ 2. maddesinde düzenlenen *“Sınai mülkiyet hakkı sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı kendisine tazminat ödeyen kişi tarafından, sınai mülkiyet hakkı sahibinin elkoymaması nedeniyle piyasaya sürülmüş ürünleri ticari amaçla kullanan kişilere karşı, bu Kanunda yer alan hukuk davalarını açamaz veya ceza davası açılması için şikâyette bulunamaz”* hükmü, mağdura, şikâyet hakkını kullanabilmesi için bir şart sunmakta ve bu koşulun gereğinin yerine getirilmesini mağdurun takdirine bırakmaktadır<sup>618</sup>.

<sup>617</sup> Ceza yargılamasında kural, koşula bağlı olmaksızın harekete geçilmesidir. Ancak bazı hallerde şikayette bulunulması, davanın açılması, yargılamanın başlatılması ve sürdürülmesi birtakım şartlara bağlı kılınabilmektedir. Bu şartlara “ceza muhakemesi şartları” denilmektedir. ÖZTÜRK, 2017, s. 33. Bu haller gerçekleşmeleri halinde şart, gerçekleşmemeleri halinde engel olmaktadır. YENİSEY - NUHOĞLU, 2017, s. 165.

<sup>618</sup> Mülga 556 sayılı KHK'nin 69. maddesi;

*“Marka sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı marka sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı, Kanun Hükmünde Kararnamenin bu bölümünde yer alan davaları açamaz.”*

*Yasaman*, zaten kişisel kullanımın tazminat borcu doğurmayacağını, öyleyse mezkur hükmün ticari kullanımı içerdiğini belirtmekte; SMK'nin 153. maddesine nazaran çok daha ilkel, dar ve belirsiz kapsamda yer verilen bu hükmün, bir hukuka uygunluk

Buna göre, marka hakkı sahibinin, failin tazminat ödediği bir durumda, tazminat konusu ürünler hakkında el koyma tedbiri uygulanmaması halinde, piyasadaki o ürünleri kullanan kişiler aleyhine şikâyette bulunma hakkı ortadan kalkmaktadır.

Bu fıkrada, artık 153/ 1. fıkrasının aksine, kişisel ihtiyaç ölçüsünde kullanıma bakılmamakta; bu kapsamdaki üçüncü kişiler piyasada mevcut ürünleri kişiselden öteye ticari amaçla da kullansalar, mağdurun ürünler hakkında el koyma tedbiri icra ettirmemiş olması, kendi aleyhine işlemekte ve marka hakkı sahibi, ürünleri kullananlar aleyhine cezai koruma yollarına başvurma hakkını kaybetmektedir. Diğer bir deyişle, kişinin şikâyet hakkını kullanabilmesi için, el koyma tedbirini uygulama şartını yerine getirmesi ve ürünlerin toplanması gerekmektedir.

Bu tazminata, hukuk mahkemesince hükmedilmiş olabileceği gibi, tarafların mahkeme dışı bir yolla (alternatif uyuşmazlık çözümleri veyahut sulh gibi) anlaşmaya gitmeleri üzerine ödenmiş bir tazminat olması halinde de, marka hakkı sahibi, ürünlere el koydurmamış ve bu ürünler piyasaya sürülmüşse, yine SMK kapsamında hukuk ve ceza korumasına başvurma haklarını kaybetmektedir. Bu nedenle, bir hak kaybının doğmaması için, marka hakkı sahibinin mahkeme dışı yolları izlerken de basiretli ve dikkatli davranması gerekmektedir<sup>619</sup>.

### 3.2.2. Şikâyete Bağlı Olma

Şikâyet de bir ceza muhakemesi şartı olarak yer bulmaktadır<sup>620</sup>.

Ceza hukuku sisteminde suçların soruşturulması ve kamu davası açma görevi Cumhuriyet savcısına aittir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 157 ve devamı

---

nedeninden ziyade, mükerrer tazminat taleplerini önleme amacıyla getirilmiş bir özel hüküm olduğunu ifade etmektedir. YASAMAN, 2004, (C. II), s. 1185.

*Tekinalp* de benzer biçimde, marka sahibinin, tecavüzü gerçekleştiren kişiye karşı dava açıp tazminat almışsa ve ürünleri piyasadan toplatmamışsa artık ürünleri kullanan kişiler aleyhine dava açamayacağını söylemektedir. TEKİNALP, 2012, s. 511.

<sup>619</sup> GÜNEŞ, 2017, s. 171.

<sup>620</sup> ÖZTÜRK, 2017, s. 35; YENİSEY - NUHOĞLU, 2017, s. 593 - 594; ayrıca, şikâyetin bir ceza hukuku kurumu mu, yoksa ceza muhakemesi hukuku kurumu mu olduğu Hk. Bkz. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 531.

maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısı, soruşturma işlemlerini yürütecek, soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda Cumhuriyet savcısı nezdinde yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyecek, kamu davası açılarak failin cezalandırılması yönündeki taleplerini ileri sürecek; kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde ise kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verecektir.

Bu soruşturma sürecinin başlatılması için ise, savcılığın suçu kendiliğinden öğrenmiş olması veya CMK'nin 158. maddesinde sayılan yerlere ihbar veya şikâyette bulunulmuş olması gerekmektedir.

*Hafizoğulları - Özen*, bazı durumlarda mağdura sorulmaksızın soruşturma yapılmasının mağdur açısından onulmaz zararlara yol açabileceğini, bireysel çıkar ile kamusal çıkarın çatıştığı durumlarda mağdurun iradesinin üstün kılınması gerektiğini, bu nedenle bazı suçların soruşturma konusu edilmesi konusunda mağdurun şikâyet şeklinde vuku bulan iradesinin arandığını ifade etmektedir<sup>621</sup>. Bireysel çıkar - kamusal çıkar ayrımının, dönemin ceza hukuku sistemi ve kanun koyucunun tercihleri doğrultusunda oluşan cezalandırma politikasına göre belirleneceği ise malumdur.

TCK'nin 73. maddesi şikâyete bağlı suçları düzenlemekte ve "soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar" ifadesini kullanmaktadır. Kovuşturma aşamasına geçilmesi için, yukarıda da ifade edildiği üzere, Cumhuriyet savcısının, topladığı deliller neticesinde suçun işlendiği konusunda yeterli şüpheyeye ulaşması halinde iddianame düzenlemesi, kamu davası açılarak failin cezalandırılmasını talep etmesi, CMK'nin 175. maddesi uyarınca iddianamenin mahkemece kabul edilmesi ve kamu davasının açılarak kovuşturma aşamasının açılması gerekmektedir. Bu nedenle, kanımızca, madde başlığı ve lafzındaki kovuşturması şikâyete bağlı suçlar tabirinin, kovuşturmanın başlaması için şikâyetin aranması şeklinde değil, kovuşturmanın devamı için kişinin şikâyetinin devam etmesi gerekliliği şeklinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira şikâyete

<sup>621</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 531.

tabi suçlarda soruşturma aşaması şikâyet ile başlayacaktır ve fakat kovuşturma aşamasını başlatacak olan savcının iddianame hazırlaması ve bu iddianamenin kabulüdür. Şikâyet ile kovuşturma ilişkisi ise, müştekinin şikâyetinin devam etmesi halinde olacaktır. Kovuşturma aşamasında müştekinin şikâyetinden vazgeçmesi halinde, sanığın da kabulü ile kovuşturma aşaması sona erecek ve mahkeme düşme kararı vererek dosyayı kapatacaktır. Bu anlamda kanun lafzındaki “kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar” ifadesinin, kovuşturma sürecinin başlamasına değil, devamlılığına ilişkin olduğu düşünülmektedir.

Kural, Cumhuriyet savcısının re’sen soruşturmaya başlaması olduğundan şikâyete bağlı suçlar istisnaidir ve bir suçun şikâyete bağlı olduğu kanunda açıkça belirtilmelidir<sup>622</sup>.

Şikâyette bulunacak kişi, TCK’nin 73/ 1. maddesinde “suç hakkında yetkili kimse” olarak ifade edilmiştir. “Yetkili kimse” ifadesi yerinde değildir. *Hafizoğulları - Özen*’e göre, “yetkili kişi” ifadesi ile anlatılmak istenen, ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin hamili olan kişi<sup>623</sup>; *Toroslu*’ya göre, suçun pasif süjesi veya mağdurdur<sup>624</sup>. *Demirbaş*, şikâyeti, suç kurbanının iradesi olarak tanımlamaktadır. *Yenisey - Nuhoğlu* ise, mağdurun suç fiili ile hukuki menfaati doğrudan zedelenen kişi, suçtan zarar görenin ise suçun neticelerinden doğrudan etkilenen kişi olduğunu; dar anlamda şikâyet hakkı bağlamında düşünüldüğünde suçtan doğrudan veya dolaylı olarak zarar gören kişilerin şikâyet haklarını kullanabileceklerini ifade etmektedirler<sup>625</sup>.

Şikâyette bulunma hakkı, filin ve failin öğrenilmesinden itibaren (dava zamanaşımı süresi içinde kalmak kaydıyla<sup>626</sup>) altı aylık süreye tabi kılınmıştır. Bu sürenin kısa olduğu düşünülebilecek olsa da müştekinin, yalnızca fiili öğrendiğinde şikâyette bulunması da mümkün olup faili soruşturma makamı bulabilecektir. Kanun koyucunun hem faili, hem de fiili öğrenme tarihinden itibaren altı aylık şikâyet süresinin başlayacağını hükme bağlaması ise

<sup>622</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 216.

<sup>623</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 533;

<sup>624</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 481.

<sup>625</sup> YENİSEY - NUHOĞLU, 2017, s. 165.

<sup>626</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 483.

kanımızca bu sürenin uygulamada uzamasına hizmet eden bir düzenleme olup sürenin kısalığından kaynaklanan sorunları çözmeye yönelik olduğu düşünülmektedir.

Mağdurların birden fazla olması halinde, süre her biri için bağımsız olarak işlemektedir<sup>627</sup>. Hak düşürücü nitelikteki şikâyet süresinin biri tarafından geçirilmesi halinde diğerleri bundan etkilenmez. İştirak halinde işlenen suçlarda ise, şikâyetin sirayeti ilkesi gereğince müştekinin faillerden veya şeriklerden biri hakkındaki şikâyeti hepsine sirayet edecektir. Ya müşteki hiçbirini şikâyet etmeyecektir, ya da içlerinden birini şikâyet etse dahi tümü soruşturmanın tarafı olacaktır.

Müştekinin, hüküm kesinleşinceye kadar şikâyetten vazgeçme hakkı vardır. Ancak şikâyetten vazgeçmenin sonuç doğurabilmesi için şüphelinin/ sanığın bunu kabul iradesi göstermesi gerekmektedir<sup>628</sup>. Şikâyet, tek taraflı bir beyan iken şikâyetten vazgeçme, iki taraflı bir hukuki işlem olarak ortaya çıkmaktadır<sup>629</sup>. Bu düzenlemenin, şikâyet edilene aklanma hakkı tanınması ile doğrudan ilişkili olduğunu değerlendirmekteyiz. Şikâyet edilene, masumiyetini ispat etme, işlediği bir suç fiili var ve fakat müşteki tarafından affedilmiş gibi bir izlenimle hayatını sürdürmeme, üzerindeki şüpheyi atma hakkı tanınmakta<sup>630</sup>, bu nedenle şikâyetten vazgeçme halinde şüphelinin/ sanığın da kabul iradesi aranmaktadır.

Kanunda düzenlenmemekle birlikte, kişinin, henüz şikâyetinde bulunmadan önce şikâyet hakkından yazılı veya zımni olarak feragat etmesi de mümkündür.

<sup>627</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 217.

<sup>628</sup> "(S)anık hakkındaki şikâyetten vazgeçtiğini bildirmiş olmasına göre, (...) 5237 sayılı TCK'nın 73/6. maddesi uyarınca şikâyetten vazgeçmeyi kabul edip etmediği hususu sanıktan sorularak sonucuna göre hukuki durumunun değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması". Aynı mahiyette örneğin, Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 20.03.2017 tarih ve E. 2015/ 32423, K. 2017/ 2355; 08.03.2017 tarih ve E. 2016/ 14389, K. 2017/ 1965; 06.04.2017 tarih ve E. 2017/ 2317, K. 2017/ 3830; 31.01.2017 tarih ve E. 2016/ 1430, K. 2017/ 603 sayılı kararları. www.karararama.yargitay.gov.tr.

<sup>629</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 218.

<sup>630</sup> TANER, Fahri Gökçen, **Orada Bir Hak Var Uzakta: Sanığın Aklanmayı İsteme (Aklanma) Hakkı**, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Cilt I, Ankara, 2013, (s. 617 - 633), s. 625 - 626.



SMK'nin 30/ 6. maddesinde, bu maddede yer alan suçların şikâyete tabi olduğunun belirtilmesi ile yetinilmiş, şikâyet konusunda ayrıca bir hüküm öngörülmemiştir. Bu nedenle marka suçlarında şikâyet hususu, TCK'nin genel hükümleri çerçevesinde ele alınmaktadır.

Şikâyet hakkı kural olarak marka hakkı sahibine aittir. Mülga 556 sayılı KHK'nin 61/ A maddesinde 2009 yılında 5833 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde TPE ve tüketici dernekleri de şikâyet hakkına sahip kılınmıştı. Ancak bu hükme 6769 sayılı SMK'de yer verilmemiştir. Şikâyet hususu, istisnai olduğundan şikâyete ilişkin hususların kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesi gerektiğini değerlendirilmektedir. Öyleyse SMK'de hükme bağlanmadığından TÜRKPATENT veya tüketici dernekleri veyahut başkaca kişilerin müşteki olması mümkün değildir.

Lisans hakkı sahiplerinin şikâyet hakkını kullanması konusunda ise şu açıklamalara kısaca yeniden yer vermek gerekirse, SMK'nin 158. maddesinde düzenlendiği üzere lisans alanların ihtiyati tedbir talep etme ve dava açma hakları bulunmaktadır. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, inhisari lisans sahibi, üçüncü bir kişi tarafından sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hak sahibinin SMK uyarınca açabileceği davaları, kendi adına da açabilir ve ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir<sup>631</sup>. İnhisari olmayan lisans sahibi ise lisans sözleşmesi ile kendisine açıkça dava hakkı tanınmadıkça bu yollara başvuramayacaktır.

İnhisari lisans alan, lisans verenden izin almasına gerek olmaksızın doğrudan<sup>632</sup> dava ve şikâyet hakkına sahip olup istisnai olarak eğer lisans sözleşmesinde, cezai koruma yollarına başvurma hakkı elinden alınmamış ise bu hakkı kullanabilecektir. Nitekim Yargıtay kararlarında da sözleşmede yetki veren veyahut yasaklayan bir açık hüküm bulunup bulunmadığına dair inceleme yapıldığı görülmektedir<sup>633</sup>.

<sup>631</sup> TEKİNALP, 2012, s. 511; YASAMAN, 2004, (C. II), s. 1087.

<sup>632</sup> TEKİNALP, 2012, s. 471.

<sup>633</sup> Örneğin; Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 11.01.2016 tarih ve E. 2015/ 16566, K. 2016/ 20 sayılı; 09.11.2017 tarih ve E. 2015/ 34164, K. 2017/ 9438 sayılı; 03.10.2016 tarih ve

Lisans alanın da marka hakkı sahibi olan lisans veren ile birlikte, lisansa konu marka adı altında “*üretilen mal veya sunulan hizmetin kalitesini garanti edecek önlemleri alma yükümlülüğü*”<sup>634</sup> de bulunduğundan lisans alanın da doğrudan şikâyet hakkını kullanabilmesi olağandır. Diğer yandan, lisans sözleşmesi ilişkisi nispi nitelikte iken marka hakkı aleyhine üçüncü kişilerce gerçekleştirilen ihlallere karşı koyma hakkı mutlak niteliktedir<sup>635</sup>. Öyleyse hem marka hakkı sahibi, hem de inhisari lisans alan (sözleşme ile aksi öngörülmedikçe) cezai koruma yollarına başvurabilecektir.

Lisans sözleşmesi ile dava ve şikâyet hakkı verilmemiş olan inhisari olmayan lisans alan veyahut lisans sözleşmesi ile dava ve şikâyet hakkı elinden alınmış olan inhisari lisans sahibi, SMK'nin 158. maddesinde düzenlenen usulü ise yine uygulayacaktır<sup>636</sup>.

Yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçunda, failin, kendisini devralan, lisans alan veya rehin alana yetkili imiş gibi göstererek iğfal etmesi halinde bu kişinin de şikâyet hakkının bulunduğu düşünülebilir. Böyle bir durumda, somut olaya göre, yalnızca marka suçlarının değil, dolandırıcılık, resmi veya özel belgede sahtecilik, tehdit veya bilişim suçları gibi başkaca suçların da ortaya çıkması muhtemeldir. Sayılan suçlar ile marka suçları arasında içtima hükümleri de söz konusu olmayacağından, sözleşmenin karşı tarafı olan devralan, lisans alan veya rehin alanın ortaya çıkan diğer suçlar

---

E. 2016/ 7741, K. 2016/ 21031 sayılı; 14.12.2017 tarih ve E. 2016/ 7936, K. 2017/ 11081 sayılı; 02.07.2014 tarih ve E. 2013/ 8558, K. 2014/ 14737 sayılı; 23.02.2017 tarih ve E. 2017/ 310, K. 2017/ 1543 sayılı kararları. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>634</sup> TEKİNALP, 2012, s. 470.

<sup>635</sup> ÖZEL, 2015, s. 182.

<sup>636</sup> Marka hakkına tecavüz eyleminin varlığı halinde ve lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa, inhisari lisans sahibinin, suçtan zarar gören sıfatıyla doğrudan şikâyet yoluna başvurabileceği; inhisari olmayan lisans sahibinin ise şikâyet yoluna başvurulmasını hak sahibinden ihtarnâme yoluyla yapacağı bir bildirim ile talep edebileceği uyarlaması yapılabilir. Hak sahibi, lisans alanın, şikâyette bulunulması talebini açıkça kabul etmez veya bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde şikâyette bulunmaz ise, inhisari olmayan lisans alan, hak sahibine yaptığı bildirim de ekleyerek, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde şikâyette bulunabilecektir. Tıpkı hukuk davalarında olduğu gibi, inhisari olmayan lisans sahibinin şikâyette bulunduğunu da hak sahibine bildirmesi gerekmektedir.

açısından şikâyet hakkı bulunmakla birlikte marka hakkı sahibi olmadıklarından, yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçu üzerinden müşteki olmaları kanımızca mümkün değildir.

Şikâyetin, şikâyet hakkı olmayan bir kişi tarafından yapılması halinde o şikâyet geçersiz olacaktır. Şikâyet hakkının kullanımında, yetkisiz kişinin şikâyetine sonradan icazet verilmesi gibi bir usul bulunmamaktadır<sup>637</sup>.

Marka hakkı sahibi, CMK'nin 158/ 5. maddesi uyarınca şikâyetini yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapabilir.

Marka suçları söz konusu olduğunda cezai koruma ile hukuki taleplere ilişkin takip ve davalar çoğunlukla paralel biçimde yürümektedir. Buna ilişkin olmak üzere, TCK'nin 73/ 7. maddesi ile müştekinin şikâyetinden vazgeçmesi halinde şahsi haklarından da vazgeçmiş olmayacağı, ancak şahsi haklarından vazgeçtiğini ayrıca açıklaması halinde artık hukuk mahkemeleri nezdinde talepte bulunamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Böyle bir irade serdetmediyse, kamu davası şikâyetten vazgeçme nedeniyle düşme ile de sonuçlansa hukuk mahkemeleri nezdinde talepte bulunma hakkı devam etmektedir.

### 3.2.3. Uzlaştırma

CMK'nin 253. maddesinde 25 fıkra halinde düzenlenen bir kurum olarak uzlaştırma şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin bir araya getirilerek ve failin birtakım yükümlülükleri yerine getirmesi suretiyle uyuşmazlığın mahkeme dışı bir yol ile çözülmeye çalışılmasıdır<sup>638</sup>.

CMK'nin 253/ 7. maddesi uyarınca suç, birden çok kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebep olduysa uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur

<sup>637</sup> ÖZTÜRK, 2017, s. 36.

<sup>638</sup> KETİZMEN, Muammer, **Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği İlkesinin Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Ankara, 2012, (s. 1 - 10), s. 2.

veya suçtan zarar görenlerin tümünün uzlaşmayı kabul etmesi gerekmektedir. Failin birden çok olması halinde ise, ancak uzlaşan kişinin uzlaşmadan yararlanacağı anlamına gelen “uzlaşmanın sirayet etmezliği” kuralı ile karşılaşılmaktadır<sup>639</sup>.

Uzlaşma sürecinin sonunda ya uzlaşmaya varılmakta ve 253/ 17 ve 19. fıkraları uyarınca bir edim öngörüldü ise şüphelinin bir edimini bir defada yerine getirmesi halinde hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı; edimin ileri bir tarihte ifası, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi söz konusu ise, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmektedir. Erteleme kararının ardından, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde ise kamu davası açılmaktadır.

253/ 19. fıkrasında da ifade edildiği üzere, uzlaşmanın sağlanması, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmasına engel olup açılmış olan tazminat davasından da feragat etmiş sayılmak sonucunu doğurmaktadır.

CMK'nin 254. maddesi uyarınca suçun uzlaştırmaya tabi bir suç olduğu kovuşturma aşamasında anlaşılırsa uzlaşma süreci mahkeme tarafından başlatılmaktadır. En nihayetinde uzlaşma sağlanamaması halinde ise, soruşturma süreci devam edecektir.

SMK'de marka suçları soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar olarak düzenlendiklerinden ve uzlaşmaya tabiiyetleri konusunda kanunda ayrıca bir hüküm bulunmadığından CMK'nin 253/ 1 - (a) bendi uyarınca uzlaşma kapsamındadırlar ve genel hükümler uyarınca soruşturma aşamasında veya kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından yapılacak yönlendirme ile uzlaşma sürecine tabi olacaklardır.

Ancak CMK'nin 253/ 3. maddesinde 02.12.2016 tarih ve 29906 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6763 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 34. maddesi ile

---

<sup>639</sup> Bu kuralın, bilhassa mağdurun yargılanacak kişileri seçebilmesi şeklinde bir tasarruf imkânı olarak yargılamaya/ ceza yargılamasının kamusalılığına etki eder olduğu eleştirileri Hk. KETİZMEN, 2012.

yapılan değişiklik öncesinde marka suçları için uzlaştırmaya gidilmesi mümkün değil idi.

CMK'nin 253/ 3. fıkrasında “Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, *“etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile”* cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez” denilmekteydi. Maddedeki *“etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile”* ibaresi ve hem mülga 556 sayılı KHK'nin 61/ A/ 7, hem de 6769 sayılı SMK'nin 30/ 7 fıkrasında mevcut olan *“Başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı, satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması hâlinde hakkında cezaya hükümlenmez”* şeklindeki etkin pişmanlık hükmü nedeniyle marka suçları uzlaştırma kapsamı dışında kalmaktaydı.

6763 sayılı değişiklik kanunu ile *“etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile”* ibaresi CMK'nin 253/ 3. maddesi metninden tümüyle çıkarılmıştır. Bu sayede, marka suçlarında etkin pişmanlık hükmü kanundaki yerini hâlihazırda korumakta iken, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar olan marka suçları uzlaştırma kapsamına girmiş, bu süreçte, Yargıtay kararlarında da, uzlaşma kurumunun uygulanması gerektiğine yönelik bozma kararları çıkmaya başlamıştır<sup>640</sup>.

<sup>640</sup> Örneğin, Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 11.10.2018 tarih ve E. 2017/ 619, K. 2018/ 10271; 08.11.2018 tarih ve E. 2018/ 2262, K. 2018/ 11624; 04.10.2018 tarih ve E. 2017/ 5549, K. 2018/ 9884; 06.12.2017 tarih ve E. 2017/ 5001, K. 2017/ 10671 sayılı kararları. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

*“Hükümden önce sanık ve katılana uzlaştırma teklifinde bulunulmadığı anlaşılacakla, 02.12.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun’un 34. maddesiyle Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253. maddesinde değişiklik yapılarak madde içeriğinden “etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile” ibaresinin çıkarılması nedeniyle özel bir etkin pişmanlık hükmü olan (suç ve karar tarihinde yürürlükte bulunan) 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61/7. maddesinin aynı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61/A maddesinde düzenlenen satışa arz etme veya satma suçu yönünden de uzlaştırma kurumunun uygulanmasına engel teşkil etmemesi, uzlaştırmının soruşturma ve kovuşturmalarda mutlaka öncelikle uygulanması zorunlu bir maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku kurumu olması karşısında, sanık hakkında 6763 sayılı Kanun’un 34. maddesiyle değişik CMK’nin 253 ve 254 maddelerinin uygulanması zorunluluğu”* olduğuna hükmedilmiştir.

Marka suçları söz konusu olduğunda, şikâyetten vazgeçme, şahsi haklardan da vazgeçildiği ayrıca açıklanmadıkça hukuk mahkemeleri nezdinde talepte bulunmaya engel veyahut hâlihazırda devam etmekte olan davalardan feragat edilmiş sayılması sonucunu doğurmamakta idi. Uzlaştırma kurumunda ise uzlaşma sağlandığında, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmadığı gibi açılmış olan davalardan da feragat edilmiş sayılması sonucu doğmaktadır. Kanunun, bu yeni düzenlemeleri ile şikâyetten vazgeçme ile şikâyetle bulunduktan sonra uzlaşma arasında, hukuk talepleri açısından bir fark doğmuş, ilkinde hukuk davası imkanını korurken, diğerinde tümüyle ortadan kaldırmıştır<sup>641</sup>. Bu nedenle marka suçlarının, büyük maddi/ manevi kayıpları da beraberinde getirdiği düşünüldüğünde kanımızca marka hakkı sahiplerinin uzlaşmada mutlaka bir edim kararlaştırmaları, bu edimin tayinini ise hukuk davası açma haklarını kaybetmelerine değecek bir bedel üzerinden yapmaları faydalı olacaktır.

### 3.2.4. Arama ve El Koyma

Cezai koruma yollarının kullanılması amacıyla alınacak koruma tedbirlerinden arama ve el koyma tedbirleri konusunda başvurulacak yer 5271 sayılı CMK'nin 116 ve devamı maddeleridir.

Bu doğrultuda, marka suçları açısından arama ve el koyma tedbirleri CMK bağlamında açıklanacak olmakla birlikte el koyma hakkında mülga 556 sayılı KHK ve SMK'de yer alan birtakım özel düzenlemelere de değinilecektir.

#### 3.2.4.1. Arama

Arama, alınan karar üzerine, suç şüphesine konu kişilerin veya şeylerin ele geçirilmesi amacıyla kişilerin üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerde uygulanan tedbir olup delilleri, suçu ve failini ortaya çıkarma

---

<sup>641</sup> YENİSEY - NUHOĞLU, 2017, s. 601.

konusunda en çok başvurulan yöntemlerden biridir<sup>642</sup>. CMK'nin 116 ila 122 maddelerinde düzenlenen arama tedbirinde, kişinin özel hayatı ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak bir araştırma işlemi yapılmaktadır.

Arama işlemi yapılabilmesi için (delillere dayanan) makul şüphe yeterlidir<sup>643</sup>. Burada aranan makul şüphe, failin suçu işlediğine dair bir şüphe değil, arama konusu kişinin veya şeyin arama yerinde bulunduğuna dair bir şüphedir<sup>644</sup>. Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüpheye dayanmadan yapılan bir arama ve el koyma işlemi neticesinde elde edilen deliller, hukuka aykırı delil sayılacak ve hükme esas alınmayacaktır<sup>645</sup>.

CMK'nin 119. maddesine göre arama kararı, arama işleminin yapılmasından önce, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından yapılır. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilecektir. Burada sözü edilen hâkim, CMK'nin 162. maddesine de atıfla Sulh Ceza Hâkimidir.

Arama kararında veya emrinde aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi<sup>646</sup> ya da eşya ile karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi açıkça gösterilmek durumundadır.

<sup>642</sup> YILMAZ, Yeşim, **Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 124, Ankara, 2016, (s. 247 - 304), s. 248.

<sup>643</sup> Makul şüphe kavramı hakkında ayrıntılı açıklama için Bkz. YILMAZ, 2016, Dipnot 37.

<sup>644</sup> YENİSEY - NUHOĞLU, 2017, s. 392.

<sup>645</sup> YENİSEY - NUHOĞLU, 2017, s. 396.

<sup>646</sup> Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 25.04.2017 tarih ve E. 2016/ 3296, K. 2017/ 3663 sayılı kararında,

*“Sulh Ceza Hakimliği'nin arama kararında yazılı Ağa Han 1. Kat 4 numarada yer alan işyerinin deposunda arama yapılmasına ve arama sonucunda elde edilecek taklit ürünlere el konulmasına karar verildiği, (...) arama ve el koyma işleminin arama kararında yer almayan Ağa Han 1. Kat 3 numarada yapıldığı öne sürülmüş ise de, 08/05/2015 tarihli tutanak içeriğine göre depoda yapılan aramanın şüphelinin*

120. madde uyarınca, eğer aramaya Cumhuriyet savcısı katılmayacak ise arama yapılan yerde o yer ihtiyar heyeti veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulacaktır. Bunun yanı sıra, aranacak yerlerin sahibi, eşyanın zilyedi, kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri, kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur. Kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına ise hiçbir durumda engel olunamaz.

Arama neticesinde aramanın kanundaki şartları taşıyıp taşımadığı, el konulan veya koruma altına alınan eşyanın bir listesi, hakkında arama kararı uygulanan kişinin görüş ve mülkiyet iddialarını içeren bir tutanak tanzim edilerek, kişinin talebi üzerine 121. madde gereğince kendisine verilir. Mülkiyet iddialarının kaydı, aramaya konu eşyanın kişinin mülkiyetinde olması şart olmadığından, zilyetlik yeterli bulunduğundan önemlidir<sup>647</sup>.

Arama konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde kural olarak gündüz yapılacaktır. Ancak CMK'nin 118/ 2. maddesi uyarınca suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin söz konusu olması veyahut firari kişinin veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramaların gece vakti yapılması mümkündür. Alınacak arama kararında aramanın gece

---

*huzurunda, rızası dahilinde ve kendisine ait olduğu ikrar edilen depoda gerçekleştirildiğinin anlaşılması karşısında, arama ve el koyma işleminde herhangi bir usulsüzlük bulunmadığı gözetilmeden, farklı adreste arama ve el koyma işlemi yapıldığından bahisle arama kararının kaldırılması ile el konulan malların iadesine karar verilmesinde isabet görülmediği,*

*Somut olayda; arama kararında yazılı adreste arama yapıldığı, usulüne uygun alınan arama ve el koyma kararının, yerinde olmayan ve ispat gücü olan hiçbir delille desteklenmeyen soyut iddialarla ortadan kaldırıldığı, şikâyete konu ürünlerin, şikâyetçinin hak sahibi olduğu markaların yurt dışından kaçak yollarla yurda giren ve bilinen ürünlerin taklitleri oldukları, bu nedenle başlı başına ticaret amacıyla bulundurulması suç olan ve suçta kullanılan eşya sıfatına haiz olduğu, ancak yasal ve yerinde olmayan gerekçeyle şüpheliye iade edildiği anlaşılmakla”* denilerek 4 numaralı bölüm için çıkarılan arama kararının gereğinin 3 numaralı bölümün aranması suretiyle yerine getirildiği iddiasının kanıtlanamadığına ve şüphelinin de arama yapılan yerine kendisine ait olduğunu belirttiği ve aramaya rıza gösterdiğinden bahisle arama işleminin hukuka aykırı olmadığına karar verilmiştir. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>647</sup> ÖZTÜRK, 2017, s. 338.



yapılacağı hususu ile gecikmesinde neden sakınca olduğunun gerekçesi de açıkça belirtilmek durumundadır<sup>648</sup>.

Sayılan bu hususlara aykırı olarak yapılan bir arama, hukuka aykırı olacak, bu arama sırasında elde edilen deliller de hukuka aykırı delili niteliğinde olacaktır. Keza AİHM kararlarında da, usulüne aykırı aramanın hukuka aykırı olduğuna ve başvuruçuların adil yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar vermektedir<sup>649</sup>.

Yargıtay ise her zaman böyle düşünmemektedir. Ceza Genel Kurulu, sanığa ait işyerinde yapılan aramada, hâkim veya savcının hazır bulunmadığı hallerde konut veya işyerinde ya da kapalı alanlarda arama yapabilmek için ihtiyar heyeti üyelerinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulacağı hükmüne uyulmadan hukuka aykırı olarak yapılmış bir arama sonucu elde edilen delillerin, somut olayda, usulüne göre alınmış bir arama kararı bulunmakta, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itiraz bulunmamakta, hatta sanığın "arama sonucunda ele geçen bornozların, kendi işyerinden ele geçirildiğine ilişkin" açık ikrarı bulunmakta ve arama işlemine ve arama yapılırken birtakım

<sup>648</sup> Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 08.12.2014 tarih ve E. 2014/ 1269, K. 2014/ 20809 sayılı kararında;

"Adli aramaların nasıl yapılacağını düzenleyen 5271 sayılı CMK'nun 116. maddesi arama kararı verebilmesi için makul şüphenin bulunması ve aynı yasanın 119. maddesi aramanın, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı takdirde, kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlilerince yapılabileceği biçimindedir. Bu koşullara uyulmadan yapılan arama kanuna aykırıdır.

Dosya kapsamına göre; Cumhuriyet Savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunduğu bahisle verilmiş yazılı bir arama izni bulunmasına rağmen arama kararında gecikmesinde sakınca bulunan halin gerekçesinin belirtilmediği, dosya içerisinde bulunan 02.02.2011 tarihli arama tutanağının tarih ve saati incelendiğinde aramanın hafta içi mesai saatleri içerisinde yapılmış olması nedeniyle arama kararının savcılık tarafından verilemeyeceği, buna göre yapılan aramanın usul ve yasaya aykırı olduğu, sanık aşamalarda ki savunmalarında ise sigaraları içmek amacıyla aldığını, ticari amacının olmadığını beyan etmiş olup işyerinde yapılan aramada da herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı, usulsüz arama sonucu kanuna aykırı olarak elde edilen delil (eşya) dışında sanığın mahkûmiyetini gerektirecek başkaca bir delil de elde edilemediği ve kaçak eşyanın miktar ve mahiyeti gözetildiğinde, dava konusu eşyayı ticari amaçla bulundurduğuna dair sanığın savunmasının aksine mahkûmiyeti için her türlü şüpheden uzak, kesin, yeterli ve inandırıcı delil bulunmadığı halde" denilerek hafta içi mesai saatleri içinde hâkime ulaşmak mümkün olacağından savcı kararı ile yapılan aramanın hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>649</sup> AYDIN, Devrim, **Ceza Muhakemesinde Deliller**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 100.

hakların ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir şikâyet bulunmamakta iken sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılamayacağına, salt bu nedenle, "hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil" olarak nitelenemeyeceğine ve dolayısıyla mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edebileceklerine karar vermiştir<sup>650</sup>.

Yeni tarihli kararlarında ise, tıpkı Ceza Genel Kurulu'nun üstte yazılı kararına konu olayda olduğu gibi, CMK'nun 119/ 4. maddesi hükmüne aykırı olarak ihtiyar heyetinden veya komşulardan kimse bulundurulmadan gerçekleştirilen aramada el konulan ve mahkûmiyete esas alınan eşyanın hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil niteliğinde olduğu ve adli yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiğinin kabul edildiği görülmektedir<sup>651</sup>.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 19.11.2014 tarih ve 2013/ 6183 Başvuru numaralı kararı ile de ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmadan yapılan arama sonucunda elde edilen hukuka aykırı delillerin hükme esas alınmasının adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracağına karar verilmiştir.

AİHM nezdinde görülen Aydemir vs. Türkiye davasında da, arama esnasında hazır bulunması gereken görevli veya bulunması gerekenler yer almadan konutta yapılan aramanın, AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine karar verilmiştir<sup>652</sup>.

<sup>650</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 26.06.2007 tarih ve E. 2007/ 7-147, K. 2007/ 159 sayılı kararı. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr).

<sup>651</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.04.2015 tarih ve E. 2013/ 464, K. 2015/ 132; 25.11.2014 tarih ve E. 2014/ 166, K. 2014/ 514 sayılı kararı. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>652</sup> AİHM, Aydemir vs. Türkiye, Başvuru No: 17811/ 04, Karar Tarihi: 24 Mayıs 2011; "(...) Son olarak, aramanın yürütülme şekli ile ilgili olarak AĞHM, arama sırasında bir hakim/avcı ya da eski Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 97. maddesine göre bir hakim/savcı olmadığı durumlarda yer alması gereken köy muhtarının da bulunmadığını gözlemlemektedir. AĞHM, demokratik toplumun menfaati doğrultusunda konut dokunulmazlığının sağlanması dikkate alınarak yapılması gereken bu ihtilafli müdahalenin izlenen meşru amaçla makul bir orantı göstermediği sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla bu noktada, başvuranlar Muhacir ve Süleyman ile ilgili olarak AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir". <https://hudoc.echr.coe.int>.

### 3.2.4.2. El Koyma

El koyma başlığı altında, ilk olarak muhafaza kavramından söze başlanmalıdır. CMK'nin 123. maddesinin ilk fıkrasında muhafaza tedbiri, ikinci fıkrasında ise el koyma tedbiri tanımlanmıştır. Buna göre, muhafaza isnat konusu suçun ispatında araç olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin, zilyedinin rızasıyla alınmasıdır. Zilyedinin, rızasıyla teslim etmediği halde ise zilyedin tasarruf yetkisi kaldırılarak o eşyaya el konulmaktadır<sup>653</sup>. Bu durumda, muhafaza zilyedin rızası ile olduğundan hakim kararına ihtiyaç yokken, el koymada zilyedin rızası hilafına bir işlem yapıldığından, CMK'nin 127. maddesi uyarınca, el koyma, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından yapılabilmektedir. Bu hallerden, hakim kararı olmaksızın yapılan el koyma işlemi yirmi dört saat içerisinde hakim onayına sunulmak, hakim ise kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklamak durumundadır. Aksi hâlde el koyma kendiliğinden kalkacaktır.

CMK'nin 124. maddesi gereğince, ispat aracı olarak yararlı görülen eşya veya diğer malvarlığı değerlerini yanında bulunduran kişi, istem üzerine bunları göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün kaçınması halinde disiplin hapsi uygulanabilecektir. Ancak, bu yükümlülüğün düştüğü kişi, şüpheli, sanık ya da tanıklıktan çekinebilecek kişilerden ise bu hükmün uygulanma alanı yoktur.

El koyma işlemi de tüm soruşturma işlemleri gibi, CMK'nin 169. maddesi gereğince tutanağa bağlanmaktadır.

El koyma işlemi, müsadere değildir. Tedbir olarak geçici olup tedbire konu şey, yargılamanın sonunda ya müsadere edilir, ya da zilyedine iade edilir<sup>654</sup>.

<sup>653</sup> TOROSLU, Nevzat - FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 249 - 250.

<sup>654</sup> TOROSLU - FEYZİOĞLU, 2017, s. 254 - 255.

El koymaya konu eşyanın muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler adliye tarafından alınmak zorunda olmakla birlikte eşyanın tükenen, bozulan, zarar uğrayabilecek veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelebilecek nitelikte veya böyle bir tehlike altında olması söz konusu olabilmektedir. Bu halde, eşya, hükmün kesinleşmesinden önce, soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme kararıyla elden çıkarılabilir veyahut münasip görülen bir mercie teslim edilebilir<sup>655</sup>.

Elkonulan eşyanın, muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilmesi yolunun tercih edilmesi de mümkündür. Bu halde, CMK'nin 132/ 5. maddesi uyarınca bu teslim karşılığında teminat gösterilmesi istenebilmektedir.

El koyma tedbiri, marka suçları özelinde ele alındığında, öncelikle marka suçlarının SMK uyarınca şikâyete bağlı suçlar oldukları dikkate alınmalıdır. Bu nedenle soruşturma ve kovuşturma makamları şikâyetçi marka hakkı sahibinin, şikâyetinde yer alan marka ile bağlı olacak, *Başbüyük*'ün örneği ile, birden fazla taklit markanın satıldığı bir işyerine dair şikâyette, bu taklit markalardan hangisi şikâyete konu edildi ise yalnızca o markaya ilişkin ürünlere el koyabilecek, şikâyete konu edilmeyen ve fakat taklit olduğu anlaşılan diğer marka ürünlere el koyamayacaktır<sup>656</sup>. Bu hususun aslında CMK'nin 138. maddesi ile bağlantılı olduğu değerlendirilmektedir. Şayet marka suçları re'sen soruşturulabilir suçlardan olsa idiler, kolluk tarafından, arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, hâlihazırda yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, başkaca bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınarak durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilecek idi<sup>657</sup>. Marka hakkına tecavüz suçları ise şikâyete bağlı olduklarından, CMK'nin 138. maddesi kapsamında tesadüfen elde edilen deliller, şikâyete konu marka ve ürün ile ilgili olmadıkça muhafaza altına alınarak Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilmeyeceklerdir. Kolluğun yetkisi, sadece şikâyete konu ürünlere ilişkin arama ve el koyma ile sınırlı kalacaktır.

<sup>655</sup> YENİSEY - NUHOĞLU, 2017, s. 417.

<sup>656</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 254.

<sup>657</sup> ÖZTÜRK, 2017, s. 345.

SMK'nin 141. maddesinde patent veya faydalı model hakkına tecavüz sayılan fiiller arasında buluş konusu usulle "doğrudan doğruya" elde edilen ürünleri satmak ve benzeri fiiller sayılmıştır. Patent ve faydalı model aleyhine gerçekleştirilen ihlaller söz konusu olduğunda, el koymaya konu üretim araçlarının sadece tecavüze konu ürünlerin üretimine tahsis edilmiş olup olmadığının araştırılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>658</sup>. Marka aleyhine gerçekleştirilen ihlallerde ise, SMK'nin 30/ 1. fıkrasında mal üretimi suç fiili olarak belirlenmiş olmakla birlikte patent ve faydalı model ihlallerinde olduğu gibi bir üretim araçları açıklaması öngörülmemiştir. Ancak SMK'nin 149/ 1 - (d) bendinde de benzer bir hüküm getirilerek bu cihaz ve makinelerin "münhasıran" tecavüze konu malların üretiminde kullanılması şartıyla ve tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulması gerektiği açık biçimde düzenlenmiştir<sup>659</sup>.

Keza, bir emsal olayda Yargıtay, ilk derece mahkemesinin, taklit markalı ürünlere ve bu ürünlerin üretiminde kullanıldığı tespit edilmiş olan ekipmana el konulmasına ilişkin kararını, üretim ekipmanının, sadece dava konusu taklit ürünlerin üretimini gerçekleştirme işine tahsis edilip edilmediğinin ayrı bir bilirkişi marifetiyle kesin olarak belirlenmesi gerektiğinden bahisle bozmuş, böyle bir tespit gerçekleştirilmeden taklit ürünlerin üretiminde kullanılan ekipmana el konulmasına karar verilmesini yerinde görmemiştir<sup>660</sup>. Bu bağlamda Yargıtay uygulaması da dikkate alındığında, marka hakkına tecavüz suçlarında da, tecavüze konu malın üretimine münhasıran özgülenmemiş olan üretim araçlarının el koymaya konu olamayacağı sonucu çıkmaktadır.

Marka hakkına tecavüzün, malın kendisinde değil, ambalajı üzerinde yapılan bir işlem ile gerçekleştirilmesi halinde *Tekinalp*, yalnızca ambalaja değil malın kendisine de el konulabileceğini savunmaktadır. Bunun gerekçesini, mülga 556

<sup>658</sup> ÇOLAK, 2016, s. 762.

<sup>659</sup> Nitekim mülga 556 sayılı KHK'nin 62. maddesinde el koyma talebi için, marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtaların söz konusu olması gerektiği kanunda açıkça düzenlenmekte idi.

<sup>660</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 16.01.2013 tarih ve E. 2012/ 260, K. 2013/ 843 sayılı kararı. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

sayılı KHK'nin 9. maddesinde<sup>661</sup> işaretin, mal veya malın ambalajı üzerine konulmasının, yasaklama nedeni sayılmış olmasına dayandırmaktadır. İhlal niteliğindeki işaret, malın üzerine de ambalajın üzerine de konulursa ihlal söz konusudur ve hem ambalaja, hem de malın kendisine el konulması mümkün olmalıdır<sup>662</sup>. *Çolak* ise, bu durumda, marka hakkına tecavüzün konusunu oluşturanın malın kendisi değil ambalajı olduğunu, bu nedenle yalnızca ambalajına el konulması gerektiğini, her ikisine de el konulsa bile, malın kendisinin iade edilmesi gereğinin ortaya çıkacağını ifade etmektedir<sup>663</sup>.

### 3.2.5. Görevli ve Yetkili Mahkeme

SMK'nin 156. maddesinde görevli ve yetkili mahkeme düzenlenmiştir.

Buna göre, SMK'de öngörülen ceza davalarında görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir. Fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi bulunmayan yerlerde o yerdeki asliye ceza mahkemesi görevli olacaktır.

SMK'nin 156. maddesi hukuk davaları için yetkili mahkemeyi de belirlerken, ceza yargılaması için böyle bir belirleme yapmamıştır. Bu nedenle CMK'nin genel ve özel yetki kurallarına başvurulacaktır.

CMK'nin 12. maddesine göre genel yetkili mahkeme, suçun işlendiği yer mahkemesi olup teşebbüs halinde son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili olacaktır.

Bu şekilde ifade edildiğinde hükümler açık gibi görünmekte ise de marka suçları açısından, marka suçlarının, bilhassa, pek çok kişiye, şehre ve hatta ülkeye yayılmış bir ağ içerisinde işlendiği göz önüne alındığında suçun işlendiği yerin tespiti her zaman kolay olamayabilmektedir.

<sup>661</sup> SMK'nin 7. maddesine tekabül etmektedir.

<sup>662</sup> TEKİNALP, 2012, s. 509.

<sup>663</sup> ÇOLAK, 2016, s. 762.

Bu çerçevede, en genel ifadesiyle, SMK'nin 30/ 1. maddesinde düzenlenen iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda, malın üretildiği veya hizmetin sunulduğu, satışa arz edildiği veya satıldığı, ithal ya da ihraç edildiği, ticari amaçla satın alındığı, bulundurulduğu, nakledildiği veya depolandığı; 30/ 2. maddesinde yazılı, marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırılması suçunda, işaretin kaldırıldığı; 30/ 3. maddesinde öngörülen yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunmak suçunda tasarrufun gerçekleştiği yer mahkemesi yetkili olacaktır.

Yetkili mahkemenin belirlenebilmesi için, fiilin nerede gerçekleştiğinin, her suç ve hareket özelinde doğru tespiti gerekecektir. Örneğin yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunmak suçunda devretmek fiili için, devir sözleşmesinin taraflarca imzalanmasının yanı sıra bu sözleşmenin noter tarafından da onaylanması gerekmekte iken lisans ve rehin verme işlemlerinde sözleşmenin imzalanması yeterli olup noter onayı aranmamaktadır. Kanımızca bu halde, devretmek işlemi açısından noter onayının yapıldığı yer mahkemesi yetkili olabilecekken, lisans ve rehin verme işlemleri bakımından sözleşmenin imzalandığı yer mahkemesi yetkili olacaktır.

Bilhassa iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda, çok sayıda fiil seçimlik olarak kabul edilmektedir. Gerek fiillerin çokluğu, gerekse de uygulamada bu fiillerin her birinin farklı kişilerce işlenmesi suretiyle bir silsilenin neticesinde suçun hayata geçirildiği düşünüldüğünde, bu konuda CMK'nin 8 ve 16. maddesinde düzenlenen bağlantılı suçlar bağlamında belirleme yapılması mümkündür. 8/ 1. maddesi uyarınca bir suçta her ne sıfatla olursa olsun birden fazla sanık bulunursa bağlantı var sayılmakta; 16/ 1. maddesi uyarınca her biri farklı yetki alanlarındaki mahkemelerin yetkisi içinde bulunan bağlantılı ceza davaları, yetkili mahkemelerden herhangi birisinde birleştirilerek görülebilmektedir. Bir şehirde üretilen taklit çantaları başka bir şehirde satan failler hakkındaki ceza yargılamasının, bu iki şehirden birinde veyahut bu

şehirlerden birinde ihtisas mahkemesi var diğ erinde yoksa ihtisas mahkemesi bulunan şehirde yapılması mümkündür<sup>664</sup>.

SMK'nin 30/ 1. maddesinde ö ngörülen mal üretme veya hizmet sunma, satışa arz etme veya satma, ithal ya da ihraç etme, ticari amaçla satın alma, bulundurma veya depolama eylemlerinden tümü hakkında daha net bir belirleme yapmak daha imkân dâhilinde sayılabilecek iken nakletme eylemi açısından nasıl bir belirleme yapılacağı nın daha belirsiz olduğu düşünülebilir. Diğ er bir ifade ile, ö rneğ in iktibas konusu taklit ürünleri bir ş ehirde diğ erine ticari amaçla ve kasten nakleden kiş inin yargılaması hangi ş ehirde yapılmalıdır?

Bu sorunun yanıtının, yetki kuralları çerçevesinde birkaç ihtimalden hareketle ele alınması gerekmektedir.

Nakletmek eyleminde, suçun işlendiğ i yer belli değ ilse, CMK'nin 13. maddesi uyarınca (nakletme fiilinin faili olan) ş üpheli veya sanığ ın yakalandığ ı yer; yakalanmamış sa, yerleşim yeri mahkemesi; Türkiye'de yerleşim yeri yoksa Türkiye'de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi; bu suretle de belirleme imkanı yoksa, ilk usul işleminin yapıldığ ı yer mahkemesi yetkili olacaktır.

Nakletme iş i, kural olarak (bilhassa ülke içinde) karayolu taşımacılığ ıyla yapılmakta olup deniz, hava veya demir yolu taşımacılığ ıyla yapılması da söz konusu olabilmektedir. Bu biçimde, karayolu dışındaki yollarla nakil işinin yapılması halinde CMK'nin 15. maddesi hükümleri geçerli olacak, suç, Türk bayrağ ını taşıma yetkisine sahip olan bir gemide veya böyle bir taşıt Türkiye dışında iken işlenmiş se, geminin ilk uğradığ ı Türk limanında veya bağlama limanında bulunan mahkeme; Türk bayrağ ını taşıma hakkına sahip olan hava taşıtları ile demiryolu taşıtları için de aynı biçimde belirlenen mahkeme; ülke içerisinde deniz, hava veya demiryolu taşıtlarında ya da bu taşıtlarla işlenen suçlarda, bunların ilk ulaştığ ı yer mahkemesi seçimlerlik olarak yetkili mahkeme olacaktır.

---

<sup>664</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 258 - 259.



### 3.2.6. Zamanaşımı

SMK'de marka suçlarından iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu için 1 ila 3 yıl hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası; marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma suçu için, 1 ila 3 yıl hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası; yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunan kişi 2 ila 4 yıl hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür.

SMK'de marka suçları için özel bir zamanaşımı hükmü yer almadığından TCK'deki genel hükümler bağlamında zamanaşımı süresi belirlenmektedir. Buna göre, o suçtan dava açılmaması veyahut açılmış davaya devam edilememesi anlamına gelen<sup>665</sup> dava zamanaşımı TCK'nin 66/ 1 - (e) bendi uyarınca beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adlî para cezasını gerektiren suçlarda 8 yıl; kesinleşmiş mahkumiyet kararının infaz edilmemesi nedeniyle cezanın infazını kaldıran neden olan<sup>666</sup> ceza zamanaşımı ise 68/ 1 - (e) bendi uyarınca beş yıla kadar hapis ve adlî para cezalarında 10 yıldır.

Bir suç için birden çok seçimlik ceza öngörülmüş ise, başka bir ifade ile hapis cezası ile adli para cezası bir arada düzenlenmiş ise TCK'nin 66/ 4. maddesi gereğince dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde hapis cezasının yukarı sınırı, ceza zamanaşımında da en ağır ceza için öngörülen sınır göz önüne alınacaktır<sup>667</sup>. Buna göre, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu için öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı 3 yıl; marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma suçu için öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı 3 yıl; yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçu için öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı 4 yıl olduğundan, dava zamanaşımı 8, ceza zamanaşımı ise 10 yıl olarak hesaplanacaktır.

<sup>665</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 743.

<sup>666</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 760.

<sup>667</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 524.

TCK'nin 66/ 6. maddesinde dava zamanaşımının başlama anı belirlenmiştir. Buna göre, dava zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlamaktadır.

Marka hakkına tecavüz suçları ani suçlardır. Fail tarafından sürekli işleniyor olması onu mütemadi yapmaz, somut olaya göre farklı suçlara vücut verir veya zincirleme suç hükümlerine tabi kılar. Bu nedenle marka suçlarında dava zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği, teşebbüs aşamasında kalması halinde son hareketin yapıldığı, zincirleme olarak yapılmakta ise de son suçun işlendiği günde başlayacaktır.

Dava zamanaşımının durması ve kesilmesi zamanaşımı engelleri olarak geçmektedir. Zamanaşımının durmasına ve kesilmesine neden olacak haller TCK'nin 67. maddesinde sayılmıştır.

Soruşturma yapılması veya kamu davası açılması bir izin veya karar alınmasına, başka bir merci önündeki bir hususun sonucuna bağlı ise, zamanaşımı, izin veya kararın alınmasına ya da meselenin çözümüne veya fail hakkındaki kaçaklık kararı kaldırılıncaya kadar dava zamanaşımı durmaktadır. Zamanaşımının durması halinde, durduğu ana kadar geçen süre mevcudiyetini korumakta, ancak engel ortadan kalkana kadar aynı etki ve sonuçları doğurmamakta, engel kalkınca, başta geçen sürenin üzerine işlemeye devam etmektedir<sup>668</sup>.

TCK'nin 67/ 1. maddesinin yanı sıra bazı özel hükümlerde de durma nedenlerine yer verilmiştir. CMK'nin 253/ 21. fıkrasında ilk uzlaşma teklifinde bulunulan tarihten uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek uzlaştırma bürosuna verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresinin duracağı

<sup>668</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 750.

düzenlenmiştir. Keza, CMK'nin 231/ 8 fıkrası uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı gereğince uygulanan denetimli serbestlik süresi; 171/ 4. maddesinde öngörülen erteleme süresi içinde dava zamanaşımı durmaktadır.

TCK'nin 67/ 2. maddesi uyarınca şu hallerde dava zamanaşımı kesilmektedir:

- a) Şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi,
- b) Şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi,
- c) Suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi,
- d) Sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi.

Dava zamanaşımının kesilmesi halinde, durmanın aksine, kesilme nedeninin ortaya çıkışına kadar işlemiş olan süre yok olmakta ve neden ortadan kalktığı anda en baştan işlemeye başlamaktadır. 3. fıkraya göre, somut olayda zamanaşımını kesen birden çok neden olması halinde, süre, son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlayacaktır. Zamanaşımı süresi en çok yarısı kadar daha uzayabilmektedir<sup>669</sup>.

Dava zamanaşımı mahkeme tarafından re'sen dikkate alınmaktadır. Dava zamanaşımının dolması ile birlikte henüz dava açılmamış ise artık açılmaz; açılmış ise hakkında düşme kararı verilir. Zamanaşımı nedeniyle verilen düşme kararı, esasa yönelik bir karar olmadığından ne bis in idem etkisi yaratmaz<sup>670</sup>. Dolayısıyla, yeni delillerin ortaya çıkması, bu yeni delillerin suç niteliğini değiştirmesi ve ortaya çıkan yeni suçun zamanaşımının daha uzun süreli olması halinde bu yeni suç açısından esastan inceleme yapılmasına engel yoktur.

<sup>669</sup> Örneğin, 20 yıllık zamanaşımı süresinin son gününde bir kesilme nedeninin ortaya çıkması ve sürenin kesilmesi halinde, o ana kadar geçen 20 yıllık süre yok olacak ve en fazla 10 yıl kadar daha uzayacaktır. DEMİRBAŞ, 2017, s. 758.

<sup>670</sup> ÖZTÜRK, 2017, S. 568.

Dava zamanaşımının dolması, özel hukuk taleplerine engel değildir, zira TCK'nin 74/ 2. maddesinde düşme kararı verilmesi halinde şahsi hak davalarının etkilenmeyeceği düzenlenmiştir<sup>671</sup>.

Ceza zamanaşımında süre, cezanın yüksekliği ile doğru orantılı olup sürenin hesaplanmasında hükmedilen ceza miktarı esas alınmaktadır<sup>672</sup>. Ceza zamanaşımı, sanık hakkında hükmedilen cezanın kesinleşmesi veya infazın herhangi bir şekilde kesintiye uğraması ile başlamaktadır.

Ceza zamanaşımının durmasına ilişkin ayrıca hüküm olmamakla birlikte birtakım özel hükümlerde "durma"dan bahsedilmektedir. Örneğin, Anayasa'nın 83/ 3. maddesinde düzenlenen milletvekili sıfatının kazanılması, cezanın infazının 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 16. maddesi kapsamında verilen hastalık veya 17. maddede belirtilen hallerde hükümlünün talebi üzerine infazın ertelenmesi hallerinde de ceza zamanaşımı durmaktadır<sup>673</sup>. Ceza zamanaşımının durmasının sonuçları dava zamanaşımının durması ile aynıdır.

Ceza zamanaşımının kesilmesi ise TCK'nin 71. maddesinde yazılı hallerde söz konusu olmaktadır:

- a) İlamın infazı için hükümlüye yapılan tebligat,
- b) Hükümlünün, infaz için yakalanması,
- c) Bir suçtan dolayı mahkûm olan kimsenin, üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi.

Eğer hapis cezası ile adli para cezası gibi çeşitli cezalar verilmiş ise, ceza zamanaşımının kesilmesi nedeni, tüm cezalar yönünde kesilme nedeni olmakla

---

<sup>671</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 759.

<sup>672</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 760.

<sup>673</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 764.

birlikte hükümlü hakkında verilen cezalar birden çok suçtan kaynaklanıyorsa, hangi suç için zamanaşımı kesilmişse sadece o suç etkilenecektir<sup>674</sup>.

İştirak halinde işlenen suçlarda *Demirbaş*, kesilme nedenlerinin etkisinin de şahsi olduğunu, dolayısıyla her fail veya şerik açısından kesilme nedenlerinin ayrı ayrı ortaya çıkması gerektiğini belirtmekte<sup>675</sup> iken, *Öztürk - Erdem*, iştirak halinde işlenen suçlarda ceza zamanaşımının kesilmesinin diğer şeriklere de sirayet edeceğini ifade etmektedir<sup>676</sup>.

TCK, hak yoksunlukları ve müsadere açısından da hüküm getirmiş, cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunluklarının süresi ceza zamanaşımı ile denk olup müsadere zamanaşımı, müsadere hükmünün kesinleşmesinden itibaren yirmi yıldır. Bu süre geçtikten sonra infaz edilemez.

### 3.3. YAPTIRIM

#### 3.3.1. Ceza

##### 3.3.1.1. Hürriyet Bağlayıcı Ceza

Ceza, ancak kanunla konulabilen; Devletin egemen iradesinin hukuki bir tepkisi, irade tezahürü olarak ortaya çıkan<sup>677</sup>, Topluma zarar veren fiillerin karşılığı olarak, bir emri ihlal ettiği<sup>678</sup> işlediği yargısal bir karar ile sabit olan kimseyi yine yargısal bir kararla<sup>679</sup>, kusuru ve sorumluluğu oranında bazı yoksunluklara tabi kılarak ıslah etmeyi<sup>680</sup>, bu davranışları egemenin onaylamadığını belirtmeyi ve genel önlemeyi temin etmeyi amaçlayan korkutucu yaptırımdır.

Günümüz ceza hukuku sisteminde cezalar esas olarak hürriyeti bağlayıcı cezalar (hapis cezaları) ve para cezaları biçimine ikiye ayrılmaktadır.

<sup>674</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 767.

<sup>675</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 767.

<sup>676</sup> ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, S. 577.

<sup>677</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 410.

<sup>678</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 430.

<sup>679</sup> ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 446.

<sup>680</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 563.

TCK'nin 46. maddesi uyarınca Türk hukukunda kabul edilen hapis cezaları, "ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası", "müebbet hapis cezası" ve "sürelili hapis cezaları"dır. Sürelili hapis cezaları da kendi için uzun ve kısa sürelili hapis cezaları olarak ikiye ayrılmaktadır. 49. maddede, açıkça uzun sürelili hapis cezası ibaresi yer almamakla birlikte, maddenin 2. fıkrasında, bir yıl ve daha az sürelili hapis cezalarının kısa sürelili hapis cezası olduğu belirtilmektedir. Bir yılın üzerindeki hapis cezalarının uzun sürelili olarak tabir edilmesi, doktrin ve yargı kararlarında görülen bir adlandırma<sup>681</sup> olup TCK'nin başkaca bazı hükümlerinde de uzun sürelili hapis cezası tabiri kullanılmaktadır<sup>682</sup>.

Kısa sürelili ve uzun sürelili hapis cezalarının arasındaki tek fark, sürelerin ne kadar olduğu değildir. Bunun dışında, infaz rejimine ve seçenek yaptırımlara ilişkin bazı önemli farklar mevcuttur. Örneğin yalnızca kısa sürelili hapis cezaları TCK'nin 50. maddesinde sayılan adli para cezası başta olmak üzere seçenek yaptırımlara çevrilebilmekte, basit (bilinçsiz) taksirle işlenen suçlarda hapis cezası uzun sürelili olsa seçenek yaptırıma dönüştürülebilmekte, yine kısa sürelili hapis cezası 5275 sayılı CGTİHK'nin 110. maddesinde öngörülen özel (ve konutta infaz, hafta sonu infaz, geceleri infaz gibi daha esnek) birtakım infaz usullerine tabi iken, uzun sürelili hapis cezalarında böyle bir imkan yoktur.

Marka suçları incelendiğinde, iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası; marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma suçu için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ve yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçu için iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, marka suçları için öngörülen cezalar bir yıldan daha uzun olduğundan uzun sürelili hapis cezası

<sup>681</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 590; HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 450; ÖZTÜRK, 2017, s. 456.

<sup>682</sup> Örneğin, TCK'nin 50/ 4 maddesinde "*Taksirli suçlardan dolayı hükümlenen hapis cezası uzun sürelili de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir*" denilerek uzun sürelili hapis cezası tabirine yer verilmiştir.

sınıfındadır. Dolayısıyla, seçenek yaptırımlara çevrilme, özel infaz usullerinden yararlanma gibi, kısa süreli hapis cezası için öngörülen avantajlar marka suçlarının cezaları için söz konusu olmayacaktır.

Marka suçlarının uzun süreli hapis cezası (ve seçenek değil ek yaptırım olarak düzenlenen adli para cezası) ile tecziyesinin, orantılılık ilkesi ve marka suçları için ceza hukukunun son çare olması gerektiğinden hareketle doğru olmadığı<sup>683</sup>, örneğin iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun çok basit şekillerde çok farklı kesimlerce de işlenebildiği<sup>684</sup>, ülkesel koşullar nazara alındığında marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma ve yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçlarının da suç olmaktan çıkarılması gerektiği<sup>685</sup> savunulmaktadır.

Cezalandırma politikası, kanun koyucu tarafından hangi eylemlerin suç olarak düzenleneceği hususunun yanında, bu eylemlerin nasıl ve ne kadar cezalandırılacağı, tecziye ve infaz sisteminin nasıl olacağı gibi unsurları da içermektedir. Tezin Birinci Kısım'ında daha ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, günümüzde marka, temsil ettiği değer ile ulusal ve uluslararası düzeyde piyasaların önemli taşıyıcılarından biri haline gelmiştir. Kişilerin düşük risk olarak ve küçük maliyetle yüksek kâr elde etmelerine neden olan fikri mülkiyet hakkı ihlalleri, bireysel hak ihlalleri ve kayıpların ötesinde aslında ekonomik sistem üzerinde olumsuz etki yaratmakta, kayıt dışı ekonomi ile bağlantılı olarak vergi kayıpları ve bu vergi kaybının doğrudan faiz hadlerine, yatırımlara, milli gelire, fiyatlandırmaya ve piyasadaki rekabete ilişkin etkileri doğmakta, sermaye piyasasındaki ve borsalardaki şirket değeri üzerinde de etki yaratarak yine piyasa düzeyinde olumsuzluklara neden olmaktadır. Tüm bu olumsuz etkilerin ortadan kaldırılabilmesi veya azaltılabilmesi için de idari ve hukuki koruma yolları yeterli bulunmamış, egemenin iradesini doğrudan göstermede en önemli ve etkin aracı olan cezai koruma yolları da bu nedenle öngörülmüştür. Bu etkiler sebebiyle, marka suçları için öngörülen cezaların birtakım avantajlardan

<sup>683</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 275.

<sup>684</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 73.

<sup>685</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 74.

yararlanma imkanı verecek biçimde kısa süreli hapis cezası olarak düzenlenmediği değerlendirilmektedir.

### 3.3.1.2. Adli Para Cezası

Adli para cezası TCK'de gün para cezası sistemi esas alınarak düzenlenmiştir. Hükümlünün ödeme gücüne göre belirlenen miktar, kanunda belirlenen sınırlar içerisinde kalınarak hâkim tarafından tayin edilen kat sayı (gün sayısı) ile çarpılır ve adli para cezası hesaplanır<sup>686</sup>. Adli para cezası Devlet hazinesine ödenir.

TCK'nin 52/ 1. maddesinde adlî para cezasının, 5 günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde 730 günden fazla olmayacağı düzenlenmiştir. TCK'nin 52/ 1. maddesi "*kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde*" diyerek başka kanunlarda 5 ile 730 sınırlarının dışında düzenleme yapma imkanı tanıdığından marka suçları için SMK'nin öngördüğü beş bin günden yirmi bin güne değişen adli para cezaları bu kapsamdadır. Ancak TCK, adli para cezasında üst sınırı 730 gün olarak belirlerken marka hakkına tecavüz suçları için bu sürenin beş bin ve yirmi bin gün olarak belirlenmiş olması, tıpkı hapis cezası sürelerinde olduğu gibi orantılılık açısından tartışmaya açıktır.

Mülga 556 sayılı KHK'nin 61/ A maddesinde 2004 yılında 5194 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile yapılan değişiklik ile hapis cezası "veya" belirtilen miktarlarda ağır para cezası "veya her ikisi" denilmek suretiyle seçimlik olarak düzenlenmiş idi. Ancak 2009 yılında 5833 sayılı Kanun ile KHK'de yapılan değişiklik ile bugünkü mer'i düzenleme ile aynı olan, hapis "ve" belirtilen gün kadar adli para cezası hükümleri getirilerek adli para cezası seçimlik ceza olmaktan çıkarılmış, uzun süreli hapis cezasına ek olarak verilmek durumunda olan bir ceza konumunda düzenlenmiştir. Böylelikle marka hakkına tecavüz suçları için öngörülen ceza daha da ağırlaşmıştır.

Bir önceki bölümde ifade edilen biçimde marka suçları açısından sayılan nedenlerle ağır bir cezalandırma politikasının benimsendiği kabulü, adli para

<sup>686</sup> DEMİRBAŞ, 2017, s. 629.



cezasının da seçimlik değil ek ceza olarak öngörüldüğü ve TCK'dekinin onlarca kat fazlası olarak üst sınırının çizildiği de bir arada dikkate alındığında, mezkûr cezaların ağır oldukları fikri pekişmektedir.

### 3.3.2. Güvenlik Tedbirleri

Anayasa'nın 38/ 3. maddesinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmek suretiyle güvenlik tedbirlerinin de kanunilik ilkesine tabi oldukları ortaya konmuştur.

Güvenlik tedbirlerinin esası, tehlikelilik hali olup muhatabı, ceza verilemeyen veya verilse dahi tehlikeliliklerinin giderilemediği kişilerdir<sup>687</sup>. Güvenlik tedbirlerinde de amaç, cezada olduğu gibi toplumsal savunma olup yine devleti, faile yönelik azap verici bir tepkisi olarak kendini göstermektedir. Bu azap güvenlik tedbirlerinde kişinin hukuki değerlerini azaltma, mahrum kılma, kısıtlama, bazı davranışları sergilemeye mecbur bırakma gibi biçimlerde ortaya çıkmaktadır<sup>688</sup>.

TCK'nin 53 ve devamı maddelerinde düzenlenen güvenlik tedbirleri, hak yoksunluğu, müsadere, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, tekerrür ve tüzel kişilere yönelik güvenlik tedbirleri olarak başlıklandırılmaktadır.

Hak yoksunluğu, TCK'nin 53. maddesinde düzenlenmekte olup sayılan yoksunluklar mahkûmiyete ek bir yasal sonuç olarak getirilmiştir<sup>689</sup>. Kısa süreli hapis cezası ertelenen kişiler hakkında ise TCK'nin 53. maddesinde sayılan hak yoksunluğu hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Marka suçlarında uzun süreli hapis cezası öngörüldüğünden, somut olaya uygun biçimde hak yoksunluğu hallerinin uygulanması mümkün olabilecektir.

<sup>687</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 474.

<sup>688</sup> HAFIZOĞULLARI, 1996, s. 233 - 234.

<sup>689</sup> Öztürk - Erdem, "ek bir yasal sonuç" ibaresi ile birlikte "ek ceza" tabirini kullanmaktadır. ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 529.

Marka suçları ile ilgili olarak müsadere ve tüzel kişilere yönelik güvenlik tedbirleri aşağıda ayrı başlıklar altında daha ayrıntılı biçimde incelenecektir.

### 3.3.2.1. Müsadere

Müsadere TCK'nin "Güvenlik Tedbirleri" başlıklı İkinci Bölümü'nde yer almakta olup bir ceza müeyyidesi değil güvenlik tedbiridir<sup>690</sup>. Müsadere ile amaçlanan da yeni suçların işlenmesini önlemektir<sup>691</sup>.

Müsadere, kasten işlenen bir suça özgülenmiş veya suçun bir çıktısı olarak meydana gelmiş bir eşyanın veya bu vesileyle edinilmiş bir kazancın mülkiyetinin yargılama sürecinde veya neticesinde Devlete geçirilmesi olarak tanımlanabilir. Bu eşya veya kazanç iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmamalıdır<sup>692</sup>.

Müsaderenin türleri eşya müsaderesi ve kazanç müsaderesidir.

Eşya müsaderesi, TCK'nin 54. maddesinde düzenlenmiş olup suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesi anlamına gelmektedir. Bu eşya, üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alınması ve satılması suç oluşturan eşya olabilir.

Müsadereye konu eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmaması gerekmele birlikte eğer eşya üzerinde iyiniyetli üçüncü kişi lehine tesis edilmiş bir sınırlı ayni hak söz konusu müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilmektedir. Eşyanın müsaderesinin, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya başka surette imkânsız hale gelmesi durumunda bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilmekte olup buna "kaim değer müsaderesi" de denilmektedir.

<sup>690</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, 2015, s. 482; müsaderenin güvenlik tedbiri olmadığı, ceza niteliğini haiz olduğu konusunda Bkz. ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 535.

<sup>691</sup> TOROSLU - TOROSLU, 2018, s. 466.

<sup>692</sup> ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 534.

Hâkimin, müsadere kararı vermesi zorunlu değildir. Hâkim, müsaderenin, işlenen suçta oranla daha ağır sonuçlar doğuracağı ve hakkaniyete aykırı olacağını değerlendirdiğinde, müsadere kararı vermeyebilecektir.

Müsadere, bütüne ilişkin olabileceği gibi kısmi de olabilir. Yine birden çok kişinin ortak mülkiyetinde olan eşya üzerinde, sadece suçta iştirak edenin payının müsaderesine karar verilmesi de mümkündür.

Kazanç müsaderesinin konusu ise, TCK'nin 55. maddesinde, "*suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazanç*" olarak tanımlanmıştır. Kaim değer müsaderesi, eşya müsaderesinde olduğu gibi kazanç müsaderesine konu olan maddi menfaatler için de kabul edilmiştir<sup>693</sup>.

Müsadere, el koyma tedbiri ile karıştırılabilmekte olup bu ikisi arasındaki farklara kısaca değinmekte fayda görülmektedir. Müsadere, güvenlik tedbiri iken, el koyma, ceza muhakemesinde delil elde etmeyi ve delillerinde kaybolmasını önlemeyi sağlayan bir koruma tedbiridir. Müsaderede, müsadere edilen eşya veya kazancı mülkiyeti Devlete geçerken, el koymada mülkiyet devri yoktur<sup>694</sup>. Koruma tedbirlerinin geçici mahiyeti gereği, eşya, el konularak bir tür geçici muhafaza altına alınır. El koyma tedbirine başvurulabilmesi için makul şüphe yeterlidir. Müsadere hakkında ise, yargılama neticesinde (bazı istisnai hallerde yargılama devam ederken) hüküm ile birlikte karar verilmektedir<sup>695</sup>.

Arama neticesinde, yine bir koruma tedbiri olarak, üzerlerinde el koyma tedbiri uygulanmış olan ürünler için yargılama neticesinde müsadere veya iade kararı

<sup>693</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 23.6.2016 tarih ve E. 2014/ 5098, K. 2016/ 6705 sayılı kararına konu olayda, ilk derece mahkemesinin, rüşvet teklifine konu parayı eşya kabul ederek TCK'nin 54. maddesi uyarınca müsadere etmesi hatalı bulunarak, rüşvet teklifine konu paranın, suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaat niteliğinde olması sebebiyle TCK'nin 55. maddesi uyarınca kazanç müsaderesi olarak müsadere edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. GÜNGÖR, Devrim - TOROSLU, Haluk, **Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Ankara, 2016, (s. 1967 - 1980), s. 1975, Dipnot 22.

<sup>694</sup> ÖZTÜRK - ERDEM, 2017, s. 541.

<sup>695</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 276.

verilmesi söz konusudur. Birbirinden tümüyle farklı kurumlar olan el koyma ve müsadere arasındaki bağlantı bu açıdan ortaya çıkmaktadır.

Marka hakkına tecavüz suçları açısından gerek el koyma tedbiri, gerekse müsadere büyük önem arz etmektedir. Bilhassa iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu bakımından tescilli marka ile aynı veya benzer ürünler üzerinde el koyma tedbirinin uygulanması ve yargılama sonrasında bu ürünlerin müsaderesine veya iadesine karar verilmesi söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, marka suçları açısından müsadere hususunun ihtimaller üzerinden ayrıntılı olarak incelenmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

#### 3.3.2.1.1. Marka Suçlarında Müsadere

Müsadere, taksirli suçlarda uygulanması mümkün olmayan, sadece kasıtlı suçlarda uygulanabilen bir güvenlik tedbiridir. SMK'de düzenlenen marka hakkına tecavüz suçları da kasten işlenebilen suçlar olduklarından, müsadereye tabi olacaklardır. SMK, müsadere için özel bir düzenleme öngörmemekte olup bu husus yine TCK ve CMK hükümlerinin uygulanması suretiyle çözülecektir.

Bu anlamda, yargılama neticesinde mahkûmiyet, beraat, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, şikâyetten vazgeçme veya zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilmesi hallerinde müsaderenin durumunun ne olacağı konularına değinmekte fayda görülmektedir.

Sanığın, SMK'nin 30. maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçlarından herhangi birinden mahkûmiyetine karar verilmesi halinde TCK'nin 54 veya 55. maddeleri uyarınca eşya veya kazanç müsaderesine karar verilmesi mümkündür. Ancak bir önceki başlık altında da belirtildiği üzere, mahkûmiyet halinde dahi müsadere kararı mutlaka verilmek durumunda değildir. Şayet hâkim müsaderenin, mahkûmiyete konu suça oranla daha ağır sonuçlar doğuracağına ve böyle bir müsadere kararının hakkaniyete aykırı olacağına kanaat getirirse, müsadere kararı vermeyebilecektir.

Kişi hakkında beraat kararı verilmesi halinde, bazı istisnai haller haricinde, müsadere kararı verilmeyecektir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında da bu durum "*müsadere eyleme bağlı olup eşyanın bulundurulması, üretimi, kullanılması, alım satımı ve taşınması suç oluşturmuyorsa zoralım kararı verilemeyecektir*" denilerek hükme bağlanmıştır<sup>696</sup>. Ancak Güneş, kasıt yokluğu nedeniyle beraat kararı verilmesi halinde eşyanın özelliği nedeniyle müsadere kararı verilebilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>697</sup>.

Diğer yandan TCK, müsadere kararı verilebilmesi için, kişinin bir suçtan mahkum olmasını mutlak surette aramamaktadır<sup>698</sup>. Mahkûmiyet koşulunun aranmadığı bu istisnai haller, kanunda, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olmak koşuluyla, suçta kullanılmak üzere hazırlanmış eşya üzerinde müsadere uygulanması halleridir<sup>699</sup>. Buna örnek olarak TCK'nin 186. maddesindeki bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti ya da 187. maddesindeki kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma eylemleri gösterilebilir.

Şikâyetten vazgeçme halinde, TCK'nin 73 ve 74. maddeleri ile CMK'nin 223. maddesi uyarınca mahkeme düşme kararı verilir. Düşme kararı, uyuşmazlığı doğrudan ve esastan çözmektedir<sup>700</sup>. Dolayısıyla düşme kararı verildiğinde bu karar, ne mahkûmiyet, ne de beraat anlamına gelmektedir. Şikâyete bağlı suçlar olan marka suçlarında, yargılamanın her aşamasında şikâyetten vazgeçme halinde verilecek kovuşturma yapılmasına yer olmadığı veya düşme kararı neticesinde müsadere kararı verilmesi kural olarak mümkün olmayacaktır. Ancak kanımızca, tıpkı beraat kararı ile ilgili açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından

<sup>696</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18.12.2012 tarih ve E. 2012/ 157, K. 2012/ 1858 sayılı; 3. Ceza Dairesi'nin 24.12.2014 tarih ve E. 2014/ 15596, K. 2014/ 42970 sayılı kararları. www.karartek.com.tr.

<sup>697</sup> GÜNEŞ, İlhami, **Sınai Mülkiyet Suçlarında El Konulan Eşyanın Zoralımı**, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 12, Ağustos 2007, (s. 63 - 69), <https://www.jurix.com.tr/article/192>.

<sup>698</sup> ÖZTÜRK, 2017, s. 539.

<sup>699</sup> ÖZTÜRK, 2017, s. 534.

<sup>700</sup> YENİSEY - NUHOĞLU, 2017, s. 799.

tehlikeli eşyaların söz konusu olması halinde yine müsadere uygulanması mümkün olabilecektir.

Marka hakkını ihlal eden eşyanın, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak açısından tehlikeli bir durum arz etmemesi halinde düşme kararı verilen dosyada, ürünlerin ilgililere iadesi en uygun çözümdür. Nitekim Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin kararına konu bir olayda Daire, el konulan *Lacoste* taklit markalı ürünler hakkında şikâyet olmadığını tespit etmiş ve ilk derece mahkemesinin, şikâyet konusu olmayan bu ürünler hakkında müsadere kararı vermesini hukuka aykırı bulmuştur<sup>701</sup>.

Zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilmesi haline ilişkin olarak da, şikâyetten vazgeçme haline dair açıklamaların geçerli olacağını değerlendirmekteyiz<sup>702</sup>.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması hali de kendi içinde ayrıksı bir durum barındırmaktadır. Şöyle ki, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunda, sanık hakkındaki mahkûmiyet hükmü askıya alınmakta<sup>703</sup>, açıklanmamaktadır. Dolayısıyla bu kişi hakkında bir cezanın infazı veyahut mahkûmiyete bağlı yaptırım ve güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkün değildir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da<sup>704</sup> "*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kesin bir mahkûmiyet anlamında değildir. Bu sebeple ortada ceza hukuku anlamında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmadığından hukuk hâkimini bağlamayacaktır*" diyerek hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının mahkûmiyet hükmü niteliğinde olmadığını hükme bağlamıştır.

Bu nedenle, marka hakkına tecavüz suçlarından yargılanan sanık hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde, müsadere kararı verilemeyecektir. Ancak TCK'nin 54/ 1 ve 4. fıkralarında yer verilen, yukarıda da ifade edilen, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak

<sup>701</sup> Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 03.03.2005 tarih ve E. 2003/ 11920, K. 2005/ 1344 sayılı kararı. [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr).

<sup>702</sup> Aynı yönde Bkz. NOYAN - GÜNEŞ, 2015, s. 1103.

<sup>703</sup> GÜNGÖR - TOROSLU, 2016, s. 1976.

<sup>704</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 01.02.2012 tarih ve E. 2011/ 19-639, K. 2012/ 30 sayılı kararı. [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr).

açısından tehlikeli olan eşya ile üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın müsaderesinin, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi hali için de mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir<sup>705</sup>.

SMK'nin 30/ 7. maddesinde öngörülen etkin pişmanlık halinde, sanık olarak yargılanmakta olan satışı arz eden veya satan kişinin ifadesi ile el konulan üretilmiş mallar üzerinde de müsadere uygulanması mümkün olacaktır. Bu müsadere, yalnızca üretilmiş ürünleri, çıktıları değil, üretim araçlarını da kapsayabileceği belirtilmektedir<sup>706</sup>.

#### 3.3.2.1.2. Hukuk Mahkemesi ile Ceza Mahkemesi Kararlarının Karşılaşması

Marka suçları ile ilgili süreç, çoğunlukla ceza ve hukuk yargılamasının eş zamanlı olarak seyretmesi şeklinde işlemektedir.

Marka hakkı ihlal edilen kişi cezai koruma yollarına başvurabileceği gibi SMK'nin esas olarak 149. maddesinde sayılan hukuki taleplere ve koruma yollarına da başvurabilmektedir. Bu talepler;

- a) Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti,
- b) Muhtemel tecavüzün önlenmesi,
- c) Tecavüz fiillerinin durdurulması,
- ç) Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini şeklinde öngörülmüştür.

Bu taleplerde bulunan talep hakkı sahibinin aynı maddenin (d), (e) ve (f) bentleri uyarınca şu taleplerde de bulunması mümkündür:

<sup>705</sup> GÜNGÖR - TOROSLU, 2016, s. 1978.

<sup>706</sup> NOYAN - GÜNEŞ, 2015, s. 1102.

- d) Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulması,
- e) (d) bendi uyarınca elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması<sup>707</sup>,
- f) Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre elkonulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası.

Görüldüğü üzere, marka ihlali halinde hukuk mahkemesi de tecavüze konu ürünlere el koyabilmekte ve el konulan bu ürünlerin imhasına karar verebilmektedir. Suç nedeniyle ceza mahkemesi nezdinde yapılan yargılamada, ceza yargılaması makamlarının da TCK ve CMK'den kaynaklanan elkoyma tedbirini uygulama ve müsadere kararı verme yetkilerinin olduğu malumdur.

Tartışma ise, birbiriyle eş zamanlı yürüyen hukuk ve ceza yargılama süreçlerinin sonunda bu mahkemelerin, el konulan ürünler üzerinde veya o ürünleri de etkileyecek nitelikte farklı sonuçlar doğuracak kararlar vermeleri halinde ortaya çıkmaktadır.

Örneğin, hukuk mahkemesi imha kararı vermiş iken, ceza mahkemesinin de müsadere kararı vermesi veyahut ceza mahkemesinin kişinin beraatı ile ürünlerin iadesine karar vermiş olması ihtimallerinin vuku bulması muhtemeldir. Bu hallerde ne olacağı tartışma yaratmaktadır.

Bu noktada öncelikle hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının birbirleri üzerindeki etkisine kısaca değinmekte fayda görülmektedir. 6098 sayılı TBK'nin 74.

---

<sup>707</sup> (e) bendinde ifade edilen mülkiyet hakkı tanınması hususu, aşağıda ayrı bir başlık altında inceleneceğinden burada sözü edilmeyecektir.



maddesinde ceza mahkemesi ile hukuk mahkemesi kararlarının etkileşimleri ele alınmış, hukuk hâkiminin, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı, ceza hukukundaki sorumluluk hükümleriyle, failin beraatına ilişkin kararlarıyla, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesi ve zarar belirlemesi ile bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Ancak hukuk mahkemesi, ceza mahkemesinin belli bir maddi vakiayı saptayan mahkûmiyet kararı ile bağlı olacak ve 6100 sayılı HMK uyarınca hukuk mahkemesinde kesin delil niteliğinde olacaktır<sup>708</sup>. Bu nedenle, hukuk mahkemesinin, aynı ihlal iddiası ile ilgili eş zamanlı yürüyen bir ceza soruşturması veya kovuşturması süreci var ise onu bekletici mesele yaparak onun neticesini beklemesi nihai karar açısından yerinde olacaktır.

Hukuk mahkemesi bekletici mesele yapmış ve kişi hakkında ceza mahkemesinde beraat kararı ile ürünlerin iadesine karar verilmiş olabilir. Bu halde bir kişinin aynı eylemi nedeniyle hukuk mahkemesi nezdinde örneğin tazminat veya men kararı ile birlikte yargılama sırasında el konulan ürünlerin imhası yönünde karar verilmesi de mümkün olacaktır.

Böyle bir karar çatışmasının söz konusu olması halinde *Çolak*'a göre, örneğin ceza mahkemesinin iade kararı verdiği bir somut olayda hukuk mahkemesi imha kararı verdi ise, imha kararının uygulanarak marka hakkı ihlali teşkil eden ürünlerin yeniden piyasaya salınmasının bir şekilde önüne geçilmelidir<sup>709</sup>.

### 3.3.2.1.3. Mülkiyet Hakkı Tanınması Sorunu

SMK'nin 149. maddesinin (d) bendinde tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulmasından, (e) bendinde ise elkonulan bu ürün, cihaz ve makineler üzerinde sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan kimse lehine

<sup>708</sup> Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.01.1975 tarih ve E. 1971/ 406, K. 1975/ 1; 23.01.1985 tarih ve E. 1983/ 10-372, K. 1985/ 21; 27.04.2011 tarih ve E. 2011/ 17-50, K. 2011/ 231; 09.04.2014 tarih ve E. 2013/ 4-1008, K. 2014/ 490 sayılı kararları. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

<sup>709</sup> ÇOLAK, 2016, s. 775 - 776.

mülkiyet hakkı tanınmasını talep etmesinden söz edilmektedir. Bu sayede, ürünler ticaret alanı dışına çıkarılmamakta ve hakkı ihlal edilen kişinin tasarrufuna sunulmaktadır.

Ancak mülkiyetin tanınması hususu, hukuk ve ceza yargısı arasında, bilhassa ceza mahkemesinin bu yönde bir karar verip veremeyeceği konusu üzerinden bir uyuşmazlığa yol açmaktadır.

*Aydın*, ceza mahkemesinin, böyle bir mülkiyet devrine karar verebileceğini savunmaktadır. Tıpkı hırsızlık suçunda çalınan malın sahibine iade edilmesine karar verebilen ceza mahkemesi, marka suçlarında da el konulan ürünlerin mülkiyetinin karşı tarafa devrine karar verebilmelidir<sup>710</sup>.

*Albayrak* da, ceza mahkemesinin mahkûmiyet hükmü kurması halinde, taklit olduğu ortaya çıkan ürünler üzerinde, ceza yargılaması esnasında müşteki - müdahillerin talepte bulunmaları kaydıyla "mülkiyet hakkı" tanınabileceğini, müşteki - müdahillerin böyle bir talepte bulunmamaları halinde mahkemenin dava konusu malların müsaderesine karar verebileceğini savunmaktadır<sup>711</sup>.

*Güneş* ise, hak sahibine mülkiyet tanınması hükmünün ancak hukuk davalarında uygulanabileceğini, ceza mahkemesinin böyle bir mülkiyet transferi gerçekleştirmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir<sup>712</sup>.

Kanımızca, el konulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan kimse lehine mülkiyet hakkı tanınması kararını verebilecek olan merci ceza mahkemesi değil, SMK'nin 149. maddesi uyarınca hukuk mahkemesidir. Ceza hukukundaki kanunilik ilkesinin de bir sonucu olarak, ceza mahkemesinin yapabileceği işlem TCK ve CMK'nin ilgili hükümleri doğrultusunda ve sınırları içerisinde kalmak suretiyle, müsaderenin gereklerine karar vermekten ötesi değildir. Diğer bir deyişle, müsadere, el konulan ürünün

<sup>710</sup> AYDIN, 2003, s. 58.

<sup>711</sup> ALBAYRAK, Mustafa, **Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılamasında Sorunlar ve Çözüm Yolları**, Türkiye Barolar Birliği, Sayı: 57, Ankara, 2005, (s. 334 - 357), s. 349.

<sup>712</sup> GÜNEŞ, 2007, (*jurix*); GÜNEŞ, ... **Soruşturma ve Kovuşturmasına İlişkin Ortak Özellikler**, 2007, s. 634.

Devletin mülkiyetine geçirilmesi ile sınırlı olduğundan, ceza mahkemesinin, kendisine, müsadere kapsamında olmayan bir yetki yaratarak ürünün mülkiyetini bir taraftan alıp Devlet dışındaki bir gerçek veya tüzel kişiye nakletmesi mümkün değildir.

Diğer yandan, *Başbüyük*'ün de ifade ettiği üzere, mülkiyet iddiası, özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlık olup buna ilişkin talepler hukuk mahkemesi nezdinde dile getirilmeli ve hükme bağlanmalıdır<sup>713</sup>. Konu, SMK'nin, mülkiyet nakline konu edilen ürün, cihaz ve makinelerin değerinin, tazminat miktarından düşüleceği ve hatta bunların değerinin, tazminat miktarını aşması halinde aşan kısım farkını hak sahibinin karşı tarafa ödeyeceği şeklindeki 149/ 2. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, mülkiyet hakkı tanınması hususunun hukuk mahkemesine hasredildiği ve tazminat kararına bağlı bir sonuç olarak düzenlendiği daha açık biçimde görülmektedir<sup>714</sup>. Zira SMK'nin 156. maddesi uyarınca, tazminat davasında görevli mahkeme de hukuk mahkemeleridir.

Nitekim Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin bir kararında da bu husus,

*“eşya üzerinde talebi halinde katılan tarafa mülkiyet tanınmasına dair karar verilmesi, katılan marka tescil sahibi tarafından Hukuk Mahkemelerinde açılacak tazminat davalarında tazminat miktarından düşülmek şartı ile mümkün olup ceza davalarında uygulama olanağı bulunmadığından”*

Denilmek suretiyle kabul edilmiştir<sup>715</sup>.

<sup>713</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 278.

<sup>714</sup> Ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması kararı verilmesi, davacının talebine bağlı olduğundan, marka hakkı tecavüze uğrayan davacının, kanımızca, mahkemenin talebi yönünde mülkiyet hakkı tanınması karar vermesi halinde SMK'nin 149/ 2 fıkrası gereğince borçlu da çıkabileceğini, davalıya fark ödemesi yapması gerekebileceğini değerlendirerek bu talepte bulunması gerekmektedir.

<sup>715</sup> Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 03.06.2008 tarih ve E. 2005/ 14548, K. 2008/ 15049 sayılı kararı. Karar için; BAŞBÜYÜK, 2018, s. 278.

### 3.3.2.2. Tüzel Kişiler İçin Güvenlik Tedbirleri

Marka hakkına tecavüz suçunda markanın adına tescil edildiği tüzel kişinin de suçun mağduru olacağı belirtilmiş idi.

TCK'nin 60/ 4. maddesi uyarınca bu hüküm, kanunda ayrıca belirtilen hallerde uygulanabilir<sup>716</sup>. SMK'nin 30/ 4. maddesi ile de 30. maddede düzenlenen marka suçlarının bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı açıkça yazılı olduğundan bu hüküm uygulanacaktır.

Genel hükümler çerçevesinde TCK'nin 60. maddesi uyarınca suç, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle o tüzel kişi yararına işlenmiş kasıtlı bir suç ise, mahkûmiyet kararı ile birlikte tüzel kişinin izninin iptaline karar verilecektir.

Tüzel kişiler için de müsadere hükümleri uygulanabilecektir.

---

<sup>716</sup> ÇAĞLAR, 2015, s.154.

## SONUÇ

Serbest piyasada, ürünleri temsilen karşılık bulan marka artık, başlı başına bir değer haline gelmiştir. Tüketim odaklı toplumun talebinin piyasada standartlaşmış öznelerden ibaret hale gelmesi, bu özneleri temsil eden işaretlerin itibarının artmasına ve hatta değerinin, ürünün veya hizmetin değerini aşmasına neden olmuştur.

Sanayi devletlerinde “iktisadi rekabet”in temel sebep ve şartlarından olduğu belirtilen fikri mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin düzenlemelere, bir yandan ekonomik kamu düzeninin korunması, düzenlenmesi ve denetlenmesi açısından değer atfedilirken, diğer yandan bu düzenlemelerin ekonomik sistem ve bu doğrultuda piyasanın korunması açısından da önemli etkilere sahip olduğu görülmektedir.

Marka değerlemesinin, şirketlerin değerinin belirlenmesinde temel faktörlerden biri haline gelmesi, bunun da yatırım ilişkilerini doğrudan etkilemeye başlaması, bilhassa uluslararası ticaret açısından sözleşmeler sürecini başlatmıştır.

Nitekim ABD'nin teşvikiyle DTÖ'nün kurucu anlaşmasına ek olarak kabul edilen TRIPS buna ilişkin en önemli örneklerden biridir. Bu doğrultuda TRIPS'in taraf devletlerin marka hakkının korunması açısından cezai himayeye önem verdiği görülmektedir. TRIPS'in 3 ve 4. maddeleri gibi tekelleşmenin uluslararası düzeyde korunması amacını güttüğü hükümleri ile yine TRIPS'in, taraf devletlere, ceza hukuku alanında da düzenleme yapmaları için çerçeve çizen ve ceza usullerini düzenleyen 61. maddesi bir arada ele alındığında, bu maddede ticari ölçekte kasten marka sahtekârlığı veyahut telif hakkı korsanlığı eylemlerine uygulanacak cezai usul ve cezaların, fikri mülkiyet haklarının bunlardan başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve bu ihlaller özellikle kasıtlı ve ticari saikle işlendiğinde uygulanacak cezai usullerin ve cezaların taraf devletlerce (ulusal hukuk çerçevesinde) hükme bağlanması gerektiği görülmektedir. Başka bir ifade ile TRIPS, güvencenin cezai temelini de oluşturulmasını amaçlamaktadır.

Türkiye'nin de taraf olduğu söz konusu sözleşme kapsamında Türkiye'de de mevzuat çalışmaları yapılmış ve marka hakkının cezai koruması ile ilgili olarak tezin içeriğinde ayrıntılı olarak değinilen düzenlemeler yapılmıştır.

Çalışmanın Sonuç kısmında, cezai hükümler açısından ayrıntılı olarak incelenen mevcut düzenlemeler açısından sorunlu gördüğümüz bazı temel noktalara ilişkin görüşlerimize yer verilecektir.

Türk hukukunda fikri mülkiyet alanına dair düzenlemeler uzun yıllar KHK'ler aracılığıyla yapılmaya çalışılmış, ancak suç ve cezalara ilişkin hükümler kanunilik ilkesinin ihlali sonucuyla karşılaşmıştır. En nihayetinde 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu düzenlemesi ile birlikte Kanun'un 29 ve 30. maddeleri ile bunların atıfta buldukları diğer maddeler sayesinde marka suçları ve cezaları kanuni düzenlemeye kavuşmuştur.

SMK'nin 29. maddesi, marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri düzenlerken, 30. madde, cezai hükümleri getirmektedir. Ancak 29/ 1 maddesi 7. maddeye atıf kurarak tecavüz fiillerini düzenlerken 30/ 1 maddesinin hem marka hakkına tecavüzü düzenlemesi, hem de bu maddelere atıf kurmaması eksik bir husustur. 29. maddede sayılan haller "Marka Hakkına Tecavüz" kısım başlığı altında düzenlenmiş ve fakat 29. madde ile yalnızca hukuki korumaya ilişkin tecavüz fiilleri mi kast edilmiştir, yoksa bunlar uygun oldukları ölçüde cezai koruma kapsamında da suça vücut verecekler midir, belli değildir. Bu nedenle, aynı Kısım altında düzenlenen 29 ve 30. maddeler açısından, 30/ 1. maddesi içeriğinde de 29. madde ile ilgili bir atfın veyahut 29. madde içerisinde bu maddede sayılan fiillerin hukuki koruma (haksız fiil) veyahut ceza koruması (suç) alanında olup olmayacağı konusunda bir açıklık getirilmesi, ceza hukuku düzenlemesinin mevcudiyetine ve sınırların daha belirgin olmasına yarayacaktır.

Mülga 556 sayılı KHK'ye oranla SMK'de suç sayısı azaltılmış, suçlar Kanun'un 30. maddesinde düzenlenen iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, marka koruması olduğunu belirten bir işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma suçu ve yetkisi olmadığı halde başkasına

ait marka hakkı üzerinde devretme, lisans ve rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma suçu ile sınırlı tutulmuştur. 2009 yılına kadar KHK'lerde de yer almayan iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu, SMK'nin 30/ 1 maddesi ile 2009 yılında mülga 556 sayılı KHK'nin 61/ A maddesine yapılan eklemesindeki metinden daha fazla fiile yer verilerek düzenlenmiş ve bu fiillerden "satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak" fiilleri için ayrıca bir ticari amaç saiki öngörülmüştür. Dolayısıyla mülga KHK döneminde suç oluşturmayacak veyahut teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilebilecek bazı fiiller SMK ile artık tamamlanmış suç olarak değerlendirilecektir.

SMK'nin 7/ 2, 29/ 1 ve 30/ 1. maddeleri bağlamında iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu oluşabilmesi için tescilli marka ile iktibas edildiği ileri sürülen işaretin aynı mal veya hizmete ilişkin olması gerekmektedir. Bu aynılık ise, Nice Sözleşmesi'ne uygun olarak düzenlenerek TÜRK PATENT tarafından yayınlanan "Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ" ile belirlenmektedir.

Tebliğ'in 3. maddesinde listenin, tüm malları ve hizmetleri kapsamadığı, genel başlıklardan ibaret olduğu, herhangi bir genel başlık kapsamına girmeyen ve listede belirtilmemiş malların veya hizmetlerin söz konusu olması halinde bunların listede yer alan benzer nitelik, işlev veya amaca sahip olan mallarla veya hizmetlerle aynı kapsamda değerlendirilebileceği hükmüne yer verilmiştir.

İdari değerlendirme sürecinde Tebliğ'den hareketle aynı veya farklı tür mal veya hizmet sınıflarının daha geniş değerlendirilebilmesi mümkün görülebilecek ise de ceza yargılaması söz konusu olduğunda kanunilik açısından sorun ortaya çıkmaktadır. Eksik ve açık ceza normu bağlamında yapılacak bir değerlendirme neticesinde, marka hakkına tecavüz suçlarında benzer mal veya hizmetin tespiti için başvuru Tebliğ hükmünün bir açık ceza normu olarak kabulü gerekmektedir. Bu bağlamda Tebliğ hükümlerinin ceza hakimi tarafından esas alınması halinde hakimin yapması gereken mal ve hizmet gruplarını geniş değil, dar yorumlaması gerekliliğidir. Bu konuda hukuk mahkemesi hâkimi, şüphesiz daha serbesttir. Somut olaya göre, mal veya hizmet sınıflarını geniş de

yorumlaması mümkün olup bu halde kanunilik ilkesinin ihlali gibi bir tartışma doğmayacaktır.

Marka hakkına tecavüz suçlarında suçun maddi konusu tartışma konusu olmuştur.

Bu suçların bir maddi konusunun bulunduğu ve bu maddi konunun marka veyahut “markalı ürün”ün kendisi olduğu savunulmaktadır. Ancak marka hakkı korumasına konu olan, ürünün kendisi değil, ürünü temsil eden işaret nedeniyle marka hakkı sahibinin elinde bulunan hak olup bu hak da suçun maddi değil, hukuki konusunu karşılayan hukuki değere tekabül etmektedir. Dolayısıyla bu suçların bir maddi konusu bulunmamaktadır.

Yine TÜRK PATENT nezdindeki tescilin, markayı cismanileştirdiği ve hukuken “şey”leştirdiği belirtilmekte ise de tescil, suçun maddi konusu açısından markayı cismani hale getirmemekte veyahut “şey”leştirmemekte; hakkı, hukuk alanında ileri sürülebilir kılmakta ve hakkın hukuki tasarruf sınırlarını belirlemektedir.

Hukuka aykırılık unsuru değerlendirilirken, ele alınması gereken temel konulardan biri de hukuka uygunluk nedenleridir. Marka hakkına tecavüz suçlarında, TCK’de yer alan genel hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanabileceği şüphesizdir. Ancak SMK’de düzenlenen bazı hallerin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda farklı bir değerlendirme yapmak ihtiyacı bulunmaktadır.

Marka hakkına karşı gerçekleştirilen ihlal eylemlerinin bazıları suç fiili olarak kabul edilirken, bazılarının ise özel hukuk alanında bir kötüye kullanma veyahut haksız fiil olarak düzenlendiği görülmektedir. Bir kısmı ise markanın başkalarının ve/veya başka biçimlerde kullanımına imkân tanımakta ancak buna aykırı kullanımın karşılığı olarak hukuka aykırı ve suç olacak bir fiili düzenlememektedir. Öyleyse bu çeşitli düzenlemelerden, yokluğu halinde işlenen eylemin karşılığı kanunda suç olarak düzenlenmiş ise hukuka uygunluk nedeninden söz edilebilecektir. Diğer haller ise, bir tipik ve hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getirir nitelikte olmadıklarından hukuka uygunluk nedeni



sayılmamalıdır. Zira bu hallerin yokluğu halinde ortaya çıkacak fiilin hangi suça vücut vereceği SMK'de tanımlanmamıştır. Hal böyle iken SMK'da izin veren norm kapsamında düzenlenen istisnasız her halin özel hukuka uygunluk nedeni sayılması, kanımızca yerinde olmayıp her şeyden önce suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle, tarafımızca, özel hukuka uygunluk nedeni olarak yalnızca bunlar SMK'nin 5/ 3. maddesinde mevcut muvafakat ile tescile imkân tanıma, 7/ 5. maddesinde bulunan dürüstçe kullanım hali ve 153/ 1. maddesinde düzenlenen kişisel ihtiyaç ölçüsünde kullanım hali kabul edilmiştir. Kaldı ki bu hallerin de aslında TCK'de yer alan, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası genel hukuka uygunluk nedenleri ile bağlantılı oldukları görülmektedir.

Lisans alanın başvuru hakları konusunda inhisari olan ve olmayan lisans ayrımı ile lisans sözleşmesindeki yetkilendirme ya da yasaklama hükmü bir arada değerlendirilmektedir. Buna göre, inhisari lisans alan, kural olarak, lisans verenden izin almasına gerek olmaksızın doğrudan dava ve şikâyet hakkına sahip olup istisnai olarak eğer lisans sözleşmesinde, cezai koruma yollarına başvurma hakkı elinden alınmış ise bu hakkı kullanamayacaktır. İnhisari olmayan lisans alanın ise, lisans sözleşmesi ile kendisine başvurabilme hakkı tanınmadıysa, dava ve şikâyette bulunma hakkı bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay da lisans sözleşmesinin inhisari olup olmadığına ya da cezai koruma yollarına başvurma yetkisi veren veyahut başvurmayı yasaklayan bir açık hüküm bulunup bulunmadığına dair inceleme yapmaktadır.

Lisans ile ilgili bir başka tartışma ise, alt lisans kurma yetkisi ile ilgilidir. Lisans alana, sözleşme ile alt lisans kurma yetkisinin verilmiş olması halinde de suçun oluşması mümkündür. Şöyle ki, lisansın verdiği kullanma hakkı sınırlarının aşılması, sözleşmeye veya hakkın doğasına aykırı şekilde genişletilmesi hali ve bu nedenle yetkisiz işlem söz konusu olabilir. Ancak inhisari lisans sahibinin, sözleşmede izin verilmediği halde alt lisans kurması halinde, özel hukuk ilişkisi bağlamında sözleşmeye aykırılık olacağı muhakkak olmakla birlikte, SMK'nin 30/ 3. maddesinde belirtilen suç oluşmayacağından cezai hükümlerin uygulanamayacağı değerlendirilmektedir.

Marka hakkına tecavüz suçlarında uygulanacak müsadere bağlamında önemli bir sorun SMK'nin 149/ 1. maddesinin (e) bendinde, (d) bendi uyarınca elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan kimse lehine mülkiyet hakkı tanınması konusunda doğmaktadır. Mülkiyetin tanınması hususunda, bilhassa ceza mahkemesinin bu yönde bir karar verip veremeyeceği konusu üzerinden farklı görüşler ortaya çıkmaktadır. Ceza mahkemesinin böyle bir hüküm kurabileceği yönündeki görüşlere karşın kanımızca, SMK'nin 149/ 1 - (d) ve (e) bendi uyarınca el konulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan kimse lehine mülkiyet hakkı tanınması kararını verebilecek olan merci ceza mahkemesi değil, hukuk mahkemesidir. Ceza mahkemesinin yapabileceği işlem TCK ve CMK'nin ilgili hükümleri doğrultusunda ve sınırları içerisinde kalmak suretiyle, müsadereye gereklerine karar vermekten ötesi değildir. Müsadere ise, el konulan ürünün Devletin mülkiyetine geçirilmesinden ibaret olup mülkiyetin Devlet dışındaki bir gerçek veya tüzel kişiye nakli yetkisini tanımaz. Kaldı ki, SMK'nin mülkiyet nakline konu edilen ürün, cihaz ve makinelerin değerinin, tazminat miktarından düşüleceği ve hatta bunların değerinin, tazminat miktarını aşması halinde aşan kısım farkını hak sahibinin karşı tarafa ödeyeceği, başka bir ifade ile mülkiyet hakkı tanınması hususunu tazminat kararına bağlı bir sonuç olarak düzenlendiği 149/ 2. maddesi ve tazminat davasında görevli mahkeme olarak hukuk mahkemesini belirleyen SMK'nin 156. maddesi de bir arada ele alındığında mezkûr yetkinin hukuk mahkemesinde olduğu açıkça görülmektedir.

Bilhassa iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçu fiilleri ile oluşan taklit ürünlerin de bir korsan/ taklit piyasası oluşturduğu ve aslında piyasa dinamikleri açısından bakıldığında bu ikincil ticaret piyasasının varlığının da korunmak istendiği görülmektedir. Bu isteğin ceza hukuku alanına yansması ise kanımızca, hem TRIPS ile taraf devletlerin ceza hukuku düzenlemeleri konusunda serbest bırakılmaları, hem de örneğin Türk hukukunda bir yandan marka hakkına tecavüz suçları için uzun süreli hapis cezaları ve beraberinde (seçenek değil ek yaptırım olarak) adli para cezaları öngörülmekte iken diğer yandan suçun şikâyete tabi kılınmasıdır.

Bu yaptırımların, özellikle ülkesel koşullar göz önüne alınarak ve bu koşullar altında 30/ 2 ve 3. fıkralarının suç olmaktan çıkarılması, yaptırımların yumuşatılması ve azaltılması gerektiği savunulmaktadır<sup>717</sup>. Bununla birlikte, günümüzde marka, bir işaret olarak temsil ettiği itibari değer ile ulusal ve uluslararası düzeyde piyasaların önemli taşıyıcılarından ve değerlendirme göstergelerinden biri haline gelmiştir. Markanın bu gücünü dayanak alan kişiler gerçekleştirdikleri fikri mülkiyet hakkı ihlalleri yoluyla düşük risk ve az maliyetle yüksek kâr elde etmekte, bireysel hak ihlalleri ve kayıpların ötesinde aslında ekonomik sistem üzerinde olumsuz etki yaratmakta, kayıt dışı ekonomi ile bağlantılı olarak vergi kayıpları ve bu vergi kaybının doğrudan faiz hadlerine, yatırımlara, milli gelire, fiyatlandırmaya ve piyasadaki rekabete ilişkin etkileri doğmakta, sermaye piyasasındaki ve borsalardaki şirket değeri üzerinde de etki yaratarak yine piyasa düzeyinde olumsuzluklara neden olmaktadır. Kanımızca fikri mülkiyet hakkı ihlallerinin yaptırıma bağlanması ile güdülen asli amaç piyasanın ve büyük aktörlerin uluslararası piyasadaki varlıklarının korunması ve pekişmesi olduğundan kanun koyucu, uluslararası taahhütleri ve rolü gereği bazı eylemleri suç olmaktan çıkararak veyahut yaptırımları yumuşatarak bir esneme yolunu kısa vadede tercih etmeyecektir.

İkincil (korsan) piyاسasının korunmasını ise, daha önce de ifade edildiği üzere, fiilleri şikâyete bağlı kılmak suretiyle çözümlendiği düşünülmektedir.

---

<sup>717</sup> BAŞBÜYÜK, 2018, s. 73, 74, 275.

## KAYNAKÇA

### 1. Kitaplar

AKBULUT, Berrin, **Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

ALACAAPTAN, Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 372, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku Cilt II**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998.

ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017.

ATEŞ, Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

AYDIN, Devrim, **Ceza Muhakemesinde Deliller**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

AYDIN, Hüseyin, **Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

AYİTER, Nuşin, **İhtira Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968.

BAHTİYAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku - Ders Notları, Soru Örnekleri**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016

BAŞBÜYÜK, İsa, **Marka Hakkının İhlâlinden Doğan Cezai Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2018.

CENGİZ, Dilek, **Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1995.

- ÇAĞLAR, Hayrettin, **Marka Hukuku Temel Esaslar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- ÇOLAK, Uğur, **Türk Marka Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara, Eylül 2017.
- DINWOODIE, Graeme B. - DREYFUSS, Rochelle C., **A Neofederalist Vision of TRIPS: The Resilience of the International Intellectual Property Regime**, Oxford University Press; 1 edition, 2012.
- DİNLER, Zeynel, **İktisada Giriş**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2010.
- DİRİKKAN, Hanife, **Tanınmış Markaların Korunması**, Ankara, 2003.
- DONAY, Süheyl - ERMAN, Hasan, **Sınai Mülkiyet Aleyhine Suçlar ve İlgili Mevzuat: Özellikle İhtira Beratı - Marka ve Haksız Rekabet Suçları**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973.
- DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II**, İstanbul, 1999.
- EPÇELİ, Sevgi, **Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali**, İstanbul, 2006.
- EREM, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, Ankara 1995.
- ERMAN, Sahir, **Ticari Ceza Hukuku - Genel Kısım**, İstanbul Üniversitesi Basımevi, 1992.
- ERTEK, Tümay, **Mikroekonomiye Giriş (Basından Örneklerle)**, Beta Yayınları, İstanbul, Mayıs 2005.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku I-II Cilt**, Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2009.

- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011.
- GÜNEŞ, İlhami, **Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- GÜRİZ, Adnan, **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 253, Ankara, 1969.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki - ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2015.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki - ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Gözden Geçirilmiş, Ek Konulmuş İkinci Baskı, Ankara, 1996.
- HEINRICH, Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, (Çev. - Ed. Yener Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- HIRSCH, Ernst, **Fikri ve Sınai Haklar**, Ar Basımevi, Ankara, 1948.
- İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1967.
- İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Ankara, 2009.
- KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- KAYA, Arslan, **Marka Hukuku**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 13.
- KUNTER, Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, 1949.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2003.

- MERAN, Necati, **Marka Hakları ve Koruması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- NOYAN, Erdal - GÜNEŞ, İlhami, **Marka Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, 1966.
- OZANSÜ, Mehmet Cemil, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer - KANBUR, Mehmet Nihat - DOĞAN, Koray - BACAKSIZ, Pınar - TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- ÖZDEMİR, Saibe Oktay, **Sınai Haklara İlişkin Rekabet Hukuku Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2002.
- ÖZEL, Çağlar, **Marka Lisansı Sözleşmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Ankara, 1995.
- ÖZENBAŞ, Nazmiye, **Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esasları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ÖZSUNAY, Ergun, **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Baskı, İstanbul, 1986.
- ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri (Ed.), **Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

- SANCAR, Türkan Yalçın - KÖPRÜLÜ, Timuçin,  **Ceza Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmalar**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.
- SÖZÜER, Adem, **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, 1994,
- SULUK, Cahit, **Yeni Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu: Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele**, Hayat Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- SUTHERLAND, Edwin Hardin, **White Collar Crime**, New York, 1961.
- ŞEN, Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1 (M. 1 - 146)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- TAN, Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No: 210, Ankara, 1984.
- TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C. I, Ankara, 1987.
- TAUBMAN, Antony, **A Practical Guide to Working with TRIPS**, Oxford University Press, 2011.
- TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- TESAL, Reşat D., **İktisadi, Ticari ve Mali Suçlar**, Dilek Matbaası, İstanbul, 1977.
- TIEDEMANN, Klaus, **Ekonomi Ceza Hukuku**, (Çev: Ayşe Nuhoğlu), Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2017.
- TOROSLU, Nevzat - FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.
- TOROSLU, Nevzat - TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- TOROSLU, Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara, 1970.



TOZMAN, Önder, **Suçta Teşebbüs**, Ankara, 2015.

UZUNALLI, Sevilay, **Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu**, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2008.

UZUNALLI, Sevilay, **Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

ÜNAL, Mücahit, **Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

ÜNVER, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

ÜZÜLMEZ, İlhan - KOCA, Mahmut, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

VORMBAUM, Thomas - BOHLANDER, Michael, **A Modern History of German Criminal Law**, (Almanca'dan İngilizce'ye Çev. Margaret Hiley), Springer-Verlag, Berlin, 2014.

YASAMAN, Hamdi, **556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt: I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

YASAMAN, Hamdi, **556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt: II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

YASAMAN, Hamdi, **Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, İstanbul, 2013.

## 2. Makaleler

AKBULUT, Berrin, **Zincirleme Suça İlişkin Özel Belirlemeler Hakkında Bazı Tespitler**, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 69 - 70, 2010, (s. 133 - 154).

AKINCI, Müslüm, **Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu**, Rekabet Dergisi, Sayı: 5, 2001, (s. 2 - 16).

AKKURT, Ali, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Yargı Organları İçtihatlarında Mülkiyet Hakkının Kapsamı ve Sınırlanması**, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 6, Aralık 2015, (s. 177 - 204).

ALBAYRAK, Mustafa, **Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılamasında Sorunlar ve Çözüm Yolları**, Türkiye Barolar Birliği, Sayı: 57, Ankara, 2005, (s. 334 - 357).

ARKAN, Sabih, **İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 20, Sayı:2, Ankara, 1999, (s. 5 - 11).

ARKAN, Sabih, **Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu**, BATİDER, Cilt: 20, Sayı: 3, Ankara, 2000, (s. 5 - 13).

ARSLAN, Çetin - ÖZDEMİR, Didar, **Türk Hukukunda Marka Suçları - Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Ankara, 2016, (s. 1085 - 1110).

ARSLAN, İbrahim, **Tescilsiz Markaların Korunması**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1, Konya, 2008, (s. 29 - 46).

ARSLAN, Mustafa, **İdari Kolluk Uygulamalarında Kolluk Kuvveti Anlayışından Kolluk Hizmeti Anlayışına Geçiş**, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 52, 2018, (s. 175 - 196).

- ATEŞ, Mustafa, **Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı: 1, Ankara, 2003, (s. 13 - 64).
- AYİTER, Nuşin, **Milletlerarası İhtira Hukukunun Bugünkü Durumu ve İktisaden Geri Kalmış Ülkelerde İhtira Hukuku Problemleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 3, Ankara, 1968, (s. 137 - 165). (“Milletlerarası İhtira...”)
- BAHTİYAR, Mehmet - BİÇER, Levent, **Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt I, Cilt - Sayı: 22 - 3, İstanbul, 2016, (s. 395 - 436).
- BAŞER, Eren, **Marka Tescilinde Benzerlik ve Karıştırılma İhtimali Kavramları ile Bu Kavramların Farklı Ülke Sistemleri ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014 (Erişim: <http://www.teknolojitransferi.gov.tr/TeknolojiTransferPlatformu/resources/temp/AC39FCAB-7F33-4EDB-BA72-0443173861C4.pdf>).
- BAYRAKTAR, Köksal, **Faal Nedamet**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 33, Sayı: 3 - 4, İstanbul, 1967, (s. 120 - 154).
- CO, Catherine Y., **Do Patent Rights Regimes Matter?**, Review of International Economics, Vol. 12, Issue 3, 2004, (s. 359 - 373).
- CORREA, Carlos M., **Fikri Mülkiyet Hukuku; Gelişmekte Olan Ülkelerden Bir Perspektif**, (Çev. İlhami Güneş), Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı: 2, Ankara, 2005, (s. 15 - 33).
- ÇAĞLAR, Hayrettin, **Sınaî Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Ocak 2017, (s. 139 - 154), <https://www.jurix.com.tr/article/7528>.

ÇAĞLAR, Hayrettin, **6769 Sayılı Sinaî Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m. 14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1, Ankara, 2017, (s. 3 - 19).

ÇETİN, Soner Hamza, **Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu (TCK m. 191)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Ankara, 2016, (s. 1353 - 1480).

DEĞİRMENCİ, Olgun, **Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 110, Ankara, 2014, (s. 129 - 188).

DOĞAN, Beşir Fatih, **Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı: 4, Ankara, 2005, (s. 37 - 64).

DOĞAN, Beşir Fatih, **Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı: 3, Ankara, 2006, (s. 17 - 42).

DÖNMEZER, Sulhi, **Teşebbüste Hazırlık Hareketi ve İcra Hareketlerinin Tefriki**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 8, Sayı: 3 - 4, İstanbul, 1942, (s. 433 - 456).

DUBOSE, Michael, **Criminal Enforcement of Intellectual Property Laws in the Twenty-First Century**, J.L. & Arts 481, Column. 29, 2006, (s. 481 - 495).

DURŞUN, Selman, **Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman Ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak**

**İncelenmesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, Ankara, 2014.

DÜĞER, Sırrı, **Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Türk Patent ve Marka Kurumunun Görev Alanının İdarenin Regülasyon Faaliyeti Açısından Değerlendirilmesi**, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 10, Aralık 2017, (s. 259 - 292).

ERDEM, Mustafa Ruhan, **Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı**, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:5, 2005, (s. 204 - 215).

EREM, Faruk, **Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, Ankara, 1968, (s. 11 - 33).

ERKEN ÇELİK, Arzum, **Marka Değerleme**, Muhasebe ve Finansman Öğretim Üyeleri Bilim ve Araştırma Derneği (MUFAD) Muhasebe ve Finansman Dergisi, Sayı: 31, 2006, (s. 195 - 208).

GOULD, David M. & GRUBEN, William C., **The Role of Intellectual Property Rights in Economic Growth**, Journal of Development Economics, Vol. 48, Issue: 2, 1996, (s. 323 - 350).

GÖKTÜRK, Neslihan, **Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, 2016, (s. 407 - 450).

GÜNEŞ, İlhami, **Sınai Mülkiyet Suçlarında El Konulan Eşyanın Zoralımı**, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 12, Ağustos 2007, (s. 63 - 69), <https://www.jurix.com.tr/article/192>.

GÜNEŞ, İlhami, **Sınai Mülkiyet Suçlarının Soruşturma ve Kovuşturmasına İlişkin Ortak Özellikler**, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Sayı: 11, İstanbul, 2007, (s. 627 - 649).

- GÜNEŞ, Yusuf - BİRBEN, Üstüner, **Mülkiyet Hakkının Kavramsal Temelleri**, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 9, Ocak 2015, (s. 197 - 218), <https://www.jurix.com.tr/article/4474>.
- GÜNGÖR GÜRBÜZ, Esin, **Paris Sözleşmesi Kapsamında Tanınmış Markaların Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Korunması**, *International Journal of Economic and Administrative Studies*, 16. ÜİK Özel Sayısı, 2017, (s.293 - 310).
- GÜNGÖR, Devrim - TOROSLU, Haluk, **Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme**, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, Ankara, 2016, (s. 1967 - 1980).
- GÜVEL, Alper, **Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçlar**, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), **Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu**, TOBB Yayın No: 2005 - 25, Ankara, 2005, (s. 27 - 35).
- GÜVEL, E. Alper, **Fikri Mülkiyet Haklarının Ekonomik Analizi**, TOBB Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Ankara, 2005, (s. 88 - 93).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 48, Sayı: 1 - 4, Ankara, 1999, (s. 1 - 14).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki - GÜNGÖR, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 69, Ankara, 2007, (s. 21 - 50).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Türk Ceza Hukuk Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma**, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 28, Sayı: 1, Ankara, 1971, (s. 91 - 132).
- HIRSCH, Ernst, **Eser Sahipliği Fikri ve Sınai Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni Bir Görüş**, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 3, Ankara, 1944, (s. 330 - 342).

- İÇEL, Kayıhan, **Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 14, İstanbul, 2008, (s. 35 - 49).
- KAFES, Veli, **Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 60, Sayı: 1, Ankara, 2011, (s. 83 - 156).
- KAHAN, Dan M., **Social Meaning and the Economic Analysis of Crime**, The Journal of Legal Studies, Vol. 27, No. S2, 1998, (s. 609 - 622).
- KARAKEHYA, Naime, **Tüketim Toplumunun Çevresel Etkileri**, International Conference On Eurasian Economies, Eylül 17-18, (s. 778 - 782).
- KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Ankara 2012, (s. 657 - 693).
- KETİZMEN, Muammer, **Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği İlkesinin Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Ankara, 2012, (s. 1 - 10).
- KEYMAN, Selahattin, **Suç Genel Teorisinin İki Temel Sorunu: Genel ve Soyut Hareket Kavramı - Suçun İncelenmesinde Tekçi ve Tahlilci Yöntemler**, Prof. Dr. Fadıl Hakkı Sur'un Anısına Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1983.
- KILIÇ, Ahmet Hasan, **Markaların Birlikte Var Olma Sözleşmesi**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Ticaret ve fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, Ankara, 2017, (s. 77 - 96).
- LANJOUW, Jean O. - COCKBURN Iain M., **New Pills for Poor People? Empirical Evidence After GATT**, World Development, Vol. 29, Issue 2, 2001, (s. 265 - 289).

- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri**, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 5, İstanbul, Nisan 2005, (s. 42 - 60).
- MANTA, Irina, **The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement**, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 24, No. 2, 2011, (s. 469 - 518).
- ORER, Gürsel, **Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi**, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 6, 2015, (s. 363 - 394).
- ÖZEN, Mustafa, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı**, TBB Dergisi, Sayı: 73, Ankara, 2007, (s. 239 - 253).
- ÖZEN, Mustafa, **Marka Hakkının 556 Sayılı KHK M.9 ve M.61/1-a Kapsamında Korunması**, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 101, Ocak 2015, (s. 94 - 110), <https://www.jurix.com.tr/article/2585>.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Bilinçli Taksir**, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, (Ed. Köksal Bayraktar), Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, (s. 697 - 722).
- ÖZGENÇ, İzzet, **Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 68, Sayı: 1-2-3, İstanbul, 1994, (s. 90 - 102).
- ÖZGENÇ, İzzet, **Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk**, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, 2003, (s. 831 - 864).
- ÖZGENÇ, İzzet, **Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti - Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler**, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1995, (s. 319 - 344).



- ÖZKAN, Ahmet Fatih, **Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk**, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, Ankara, 2009, (s. 75 - 94).
- PARLAK, Zeki - ÖZDEMİR, Süleyman, **Esneklik Kavramı ve Emek Piyasalarında Esneklik**, Sosyal Siyaset Konferansları, Sayı: 60, 2011/1, (s. 1 - 60).
- PARLAKYILDIZ, F. Merve - GÜVEL, E. Alper, **Fikri Mülkiyet Hakları ve Bu Hakları Korumanın Ekonomik Önemi**, Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Cilt: 8, Sayı: 4, Ekim 2015, s. 33; GÜVEL, 2005, (s. 29 - 39).
- POWELL, Walter W. - SNELLMAN, Kaisa, **The Knowledge Economy**, Annual Review Sociology, Vol. 30, 2004, (s. 199 - 220).
- SEKMEN, Orhan, **Sınai Mülkiyet Kanunu Üzerine Bir İnceleme**, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 2, Temmuz 2017, (s. 539 - 580), <https://www.jurix.com.tr/article/9707>.
- SEYOUM, Belay, **The Impact of Intellectual Property Rights on Foreign Direct Investment**, Columbia Journal of World Business, Vol. 31, Issue 1, 1996, (s. 51 - 59).
- SOYAK, Alkan, **Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları: Tanımı, Tarihsel Gelişimi ve GOÜ'ler Açısından Önemi**, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, 2005, (s. 11 - 30).
- SULUK, Cahit, **Patent İhlaline Cezai Yaptırımın Uygunluğu Tartışmaları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, İzmir, 2012, (s. 79 - 101).
- ŞAHİN, Meral Ekici, **İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 64, Sayı: 3, Ankara, 2015, (s. 637 - 686).

- ŞENOCAK, Kemal, **Soyut Renk Markaları**, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, (s. 55 - 125).
- ŞİMŞEK, Suat, **Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz- II**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 92, Ankara, 2011, (s. 312 - 349).
- TANER, Fahri Gökçen, **Orada Bir Hak Var Uzakta: Sanığın Aklanmayı İsteme (Aklanma) Hakkı**, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Cilt I, Ankara, 2013, (s. 617 - 633).
- TEKİNALP, Ünal, **Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LV, Sayı: 1 - 2, 1995 - 1996, (s. 27 - 86).
- TİRYAKİ, Tercan - GÜRSOY, Türker, **Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi**, Sayıştay Dergisi, Sayı: 55, Ekim - Aralık 2004, (S. 53 - 69).
- YARSUVAT, Duygun, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, (s. 889 - 918).
- YAVUZ, Hakan A., **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Uyuşturucu ve Uyarıcı Maddelerin Ruhsatsız Olarak İmal ve Ticaretine İlişkin Suçlar ve Kanunun Yer Bakımından Uygulama Kurallarının Bu Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi**, Adalet Dergisi, Yıl: 97, Sayı: 23, (s. 218 - 243).
- YEŞİL, Tuba, **"FRAND" İlkeleri Çerçevesinde Lisanslanan "Standarda Esas Patentler"e Dair Mahkeme Emri Uygulamaları: AB Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirme**, Rekabet Dergisi, Vol. 18, Sayı: 1, Ankara, Haziran 2017, (s. 32 - 83).
- YILMAZ, Yeşim, **Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 124, Ankara, 2016, (s. 247 - 304).

YU, Peter K., **TRIPS Enforcement and Developing Countries**, American University International Law Review, Vol: 26, Issue: 3, 2011, (s. 727 - 782).

YÜKSEL, Mehmet, **Küreselleşme Sürecinde Fikri Mülkiyet Hakları**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 2, 2001, (s. 557 - 578).

ZAFER, Hamide, **Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı - Normatif Teorinin Öne Çıkışı - Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, İstanbul, 2009, (s. 151 - 194).

ZAFER, Hamide, **Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu**, İlaç Hukuku Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı, No:2, İstanbul, 2007, (s. 94 - 125).

### 3. Diğer Yayınlar

AKMAN, Yağmur Müge, **Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.

ASLANTAŞ, Zerrin, **Markanın Devri**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Programı, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011.

BAĞCI, Gamze, **Marka Suçları**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.

BAYRAKTAR, Köksal, **Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri**, Ceza Hukuku Günleri, Rapor, İstanbul, 1997.

BİLGE, Mehmet Emin, **Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas**, I. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu, 28.11.2014, (s. 7 - 22).

DEMİRKAYA, Mustafa, **Marka Üzerinde Kullanılan İşaretler Neyi İfade Eder?**,

[http://www.gidamarka.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1661:marka-inde-kullan-r-tm-sm-itleri-neyi-ifade-eder&catid=40:mustafa-demkaya&Itemid=73](http://www.gidamarka.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1661:marka-inde-kullan-r-tm-sm-itleri-neyi-ifade-eder&catid=40:mustafa-demkaya&Itemid=73)

DURŞUN, Selman, **Markaların Korunması Hakkında KHK'daki Suçların Tasnifi ve Değerlendirilmesi**, Fikri ve Sınai Haklarda Problemler ve Çözüm Yolları Sempozyumu, 13 - 14 Ekim 2014, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2016.

KAYA, Yusuf, **Marka Değerleme Yöntemleri ve Markaların Mali Tablolara Alınmalarının Etkileri**, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü Sermaye Piyasası ve Borsa Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, (Erişim: <http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/7/10>)

OKAY, Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2009.

ÖZAY, İl Han, **“Hukuk-Ekonomi İlişisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı”** başlıklı oturumda sunulan tebliğ, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Cilt - 4, Ankara, 8 - 11 Ocak 2008.

SADAK, Murat, **Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu**, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2014.

SAYAR, Gökhan, **Türk Hukukunda Marka Suçları**, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.

Türk Patent Enstitüsü, **Marka İnceleme Kılavuzu**, 2015.  
<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/F9E4CFAF-A7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf>

#### 4. İnternet Adresleri

<https://ab.gtb.gov.tr/uluslararasi-orgutler/dunya-ticaret-orgutu>.

<http://aocarastirmalari.arch.metu.edu.tr/ankarali-aoc-hakkinda-ne-dusunuyor/>

<https://www.bbc.com/news/technology-17658264>

<https://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Kuruluslar/Kuruluslar.aspx>

[http://brandfinance.com/images/upload/bf\\_global2018\\_500\\_website\\_locked\\_final\\_spread\\_03042018.pdf](http://brandfinance.com/images/upload/bf_global2018_500_website_locked_final_spread_03042018.pdf)

<http://curia.europa.eu>.

<https://dealbook.nytimes.com/2011/08/15/google-to-buy-motorola-mobility/>.

<https://www.dunya.com/ekonomi/300-bin-marka-yeniden-tescile-acilacak-haberi-310218>

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-14-322\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-322_en.htm)

<https://www.google.com/press/motorola/patents/>

[http://googlepress.blogspot.com/2006/10/google-to-acquire-youtube-for-165\\_09.html](http://googlepress.blogspot.com/2006/10/google-to-acquire-youtube-for-165_09.html)

<https://www.gtb.gov.tr/duyurular/ciftlikbank-hakkinda-duyuru>

<https://hudoc.echr.coe.int>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://www.karartek.com.tr/>

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>

<http://www.kazanci.com>

<http://www.mfa.gov.tr>

<http://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2017&no=44>

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

<https://www.tepav.org.tr/upload/files/1457346768->

6.Yeni\_Sinai\_Mulkiyet\_Kanunu\_\_Turkiye\_nin\_ihtiyacina\_cevap\_verebiliy  
or\_mu.pdf

[http://www.ttaturkey.org/upload/articles-useful-links/TTO\\_Modul-4FMH\\_Calistay-Bildirgesi\\_Kapadokya-IP-Days\\_2016.pdf](http://www.ttaturkey.org/upload/articles-useful-links/TTO_Modul-4FMH_Calistay-Bildirgesi_Kapadokya-IP-Days_2016.pdf)

<http://www.turkpatent.gov.tr>

<https://wipolex.wipo.int/en/treaties/parties/231>